

LOUVAIN LOCKS

**O CONTROLE PREVENTIVO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA
INDÚSTRIA DIGITAL**

CURITIBA/PR

2022

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LOUVAINÉ LOCKS

O CONTROLE PREVENTIVO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA
INDÚSTRIA DIGITAL

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre, sob orientação do Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves.

CURITIBA/PR

2022

Dados da Catalogação na Publicação
Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Sistema Integrado de Bibliotecas – SIBI/PUCPR
Biblioteca Central
Sônia Maria Magalhães da Silva – CRB 9/1191

L813c
2022

Locks, Louvaine

O controle preventivo dos atos de concentração na indústria digital /
Louvaine Locks ; orientador: Oksandro Osdival Gonçalves. – 2022.
149 f. ; 30 cm

Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná,
Curitiba, 2022

Bibliografia: 139-149

1. Indústria – Inovações tecnológicas. 2. Concorrência. 3. Direito e
economia. I. Gonçalves, Oksandro Osdival. II. Pontifícia Universidade Católica
do Paraná. Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

Dóris 3. ed. – 341. 39

LOUVAINÉ LOCKS

**O CONTROLE PREVENTIVO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NA
INDÚSTRIA DIGITAL**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Econômico e Desenvolvimento da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), como exigência parcial para obtenção do título de Mestre, sob orientação do Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves
(Orientador – Presidente)

Prof. Dr. Eduardo Oliveira Agostinho

Prof. Dr. João Luis Nogueira Matias

AGRADECIMENTOS

Escrever esse agradecimento significa expressar a minha gratidão aos que me acompanharam nessa jornada e com os quais divido as alegrias dessa conquista. Os olhos se enchem de lágrimas, por lembrar de ter pessoas tão especiais comigo.

Agradeço pela presença divina, a qual sempre esteve comigo e fez com que não me sentisse sozinha em nenhum momento.

Aos meus pais e irmãos, por me ensinarem que nada é impossível e que a vida só tem graça quando realizamos nossos sonhos.

Ao Lucas, meu companheiro e amor da minha vida, agradeço pela paciência, suporte diário, carinho e compreensão em todos os momentos.

Aos meus amigos, que prefiro não citar nomes para não ser injusta, agradeço pelo incentivo e apoio.

Aos amigos do Mestrado, agradeço por dividirem essa jornada comigo, em especial a minha dupla de todas as horas, pesquisas e trabalhos acadêmicos, Juliana Markendorf Noda e ao Guilherme Henrique Auerhahn, nosso exemplo de dedicação e descontração nos dias difíceis.

Aos colegas do PPGD-PUCPR, em especial a Aline Hagers, Danna Luciani, Diogo Richter, Felipe de Siqueira, João Paulo Dresch, Miriam Knopik, Thiago Oliveira e Thaís Bazzaneze, em que pese a pandemia ter afastado nossa convivência pessoal, agradeço pela parceria e espero revê-los em projetos futuros.

Ao GRAED PUCPR e aos Membros do Grupo, agradeço pelos conhecimentos compartilhados.

Ao Professor Oksandro Gonçalves, meu orientador, por acreditar no meu projeto, me ajudar em vários momentos nessa caminhada e por ser essencial na conclusão dessa pesquisa.

Aos demais professores do PPGD-PUCPR agradeço por todos os ensinamentos.

Aos profissionais do PPGD-PUCPR, em especial a Eva Curelo e Nerissa Sulin, por todo o suporte.

RESUMO

A transformação da economia mundial em decorrência dos avanços tecnológicos desenvolvidos pela indústria digital, resultou no desenvolvimento de novos modelos de negócios com características inéditas que conformam a estrutura dos mercados presentes dentro de tal indústria e impactam nos mercados tradicionais. Embora todos os aspectos desse novo contexto ainda não sejam totalmente compreendidos, esse ambiente desafia os modelos regulatórios-normativos mundiais, as políticas de defesa da concorrência e respectivas análises promovidas pelas autoridades da concorrência. Como se intensifica a concentração de poder econômico nessa indústria em mãos de poucos agentes econômicos conhecidos como titãs tecnologia, o objetivo da pesquisa é analisar se o atual controle dos atos de concentração, inserido na política brasileira de defesa da concorrência e desenvolvido dentro de outro cenário econômico e social, mostra-se suficiente para prevenir infrações contra a ordem econômica e promover o desenvolvimento nacional e uma economia de livre mercado capaz de assegurar a todos a finalidade da existência digna, de acordo com ditames da justiça social. O método lógico-dedutivo foi a base metodológica do estudo, partindo da interpretação geral e sistemática dos institutos estudados para se chegar a sua aplicação dentro da indústria digital, considerando que o atual controle das concentrações econômicas não foi desenvolvido pressupondo a vinda de uma era digital. Por isso, a importância de ser reavaliado e de ser amparado em instrumentos hábeis a lidar com as repercussões concorrenciais e práticas anticompetitivas derivadas do novo contexto da economia digital, a partir de mercados dinâmicos influenciados por tecnologia, tratamento de dados e plataformas digitais.

Palavras-chave: Economia Digital. Concentração Econômica. Defesa da Concorrência.

ABSTRACT

The transformation of the world economy as a result of technological advances developed by the digital industry has resulted in the development of new business models with unprecedented characteristics that shape the structure of the markets present within such industry and impact traditional markets. Although all aspects of this new context are not yet fully understood, this environment challenges global regulatory and normative models and competition defense policies and respective analyzes promoted by competition authorities. As the concentration of economic power in this industry in the hands of a few economic agents known as technology titans intensifies, the objective of the research is to analyze whether the current criteria for analyzing mergers, inserted in the Brazilian competition defense policy and developed within another economic and social scenario, are sufficient to prevent infringements against the economic order and promote national development and a free market economy capable of assuring everyone the purpose of existence dignified, according to the dictates of social justice. The logical-deductive method was the methodological basis of the study. It will start from the general and systematic interpretation of the studied institutes to arrive at its application within the digital industry, considering that the current control of economic concentrations was not developed assuming the coming of a digital age. Therefore, the importance of being reassessed and supported by tools capable of dealing with the repercussions of competition and anti-competitive practices derived from this new context of the digital economy, from dynamic markets influenced by technology, data processing and digital platforms.

Keywords: Digital Economy. Economic Concentration. Competition Defense.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. CONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA: A ECONOMIA DIGITAL E SEUS DIVERSOS IMPACTOS	10
1.1. O DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA DIGITAL	10
1.2. CARACTERÍSTICAS DA ECONOMIA DIGITAL E DOS NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS.....	22
1.3. CONCLUINDO: O CHAMADO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO E SEUS IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS.....	33
2. A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS CONTROLES ATUAIS	44
2.1. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E O MERCADO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA	44
2.2. A LIVRE CONCORRÊNCIA E A REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO COMO PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA	53
2.3. EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO.....	62
2.4. OBJETIVOS DA LEI ANTITRUSTE	65
2.5. O CONTROLE PREVENTIVO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO	70
2.6. DISCIPLINA GERAL DO CONTROLE PREVENTIVO NO SISTEMA BRASILEIRO.....	76
2.7. O CONTROLE DE CONDUTAS NO SISTEMA BRASILEIRO.....	88
3. REPENSANDO O CONTROLE PREVENTIVO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO	96
3.1. AS REPERCUSSÕES DO CONTEXTO DA ECONOMIA DIGITAL NAS ESTRUTURAS DE MERCADO	96
3.2. O CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS E AS POSSÍVEIS LACUNAS	107
3.3. É PRECISO REPENSAR O CONTROLE PREVENTIVO NA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA A PARTIR DAS REPERCUSSÕES DA ECONOMIA DIGITAL?	126

CONCLUSÃO.....	135
REFERÊNCIAS	139

INTRODUÇÃO

A presente dissertação se propõe a analisar o controle preventivo dos atos de concentração em relação à indústria digital, conhecida como a indústria da tecnologia. Para isso, a pesquisa foi dividida em três capítulos para enfrentar a seguinte questão: os critérios previstos atualmente na Lei Antitruste brasileira para o controle dos atos de concentração são suficientes para prevenir infrações contra a ordem econômica, considerando o contexto da indústria digital e das características próprias da economia e mercados digitais?

Para atingir tal objetivo, o primeiro capítulo contextualizará a importância e atualidade do estudo, entendendo inicialmente o desenvolvimento da indústria e da economia digital, impulsionadas pelos avanços tecnológicos no setor da computação e da tecnologia da informação, expansão do uso da internet e desenvolvimento de dispositivos móveis. Ainda, será explorado o papel central dos dados nessa indústria, principalmente os dados pessoais, os quais se tornaram um de seus verdadeiros combustíveis.

Em um segundo momento, são exploradas as características da economia digital e dos novos modelos de negócios formados, com a consolidação das plataformas digitais e dos agentes econômicos protagonistas dessa indústria, em especial os conhecidos pelo acrônimo GAFAM: Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft, tratados como as cinco “gigantes” ou cinco “titãs” da tecnologia, por dominar esses mercados.

Ao final desse primeiro capítulo, se consolidará as características do capitalismo contemporâneo dentro do ambiente da economia digital e o ineditismo de diversas circunstâncias que provocam a reavaliação de modelos regulatórios e análises antitruste tradicionais.

No segundo capítulo, a análise é direcionada a compreender a política de defesa da concorrência no direito brasileiro e suas bases atuais, a partir da evolução da relação entre Estado e mercado e sua interação com a disciplina da concorrência.

Se situará a ordem econômica estabelecida na Constituição brasileira de 1988, orientada pela dignidade da pessoa humana e justiça social, trazendo seus fundamentos e princípios. A opção da ordem econômica pelo sistema capitalista e pela economia de mercado, mas abdicando de uma economia totalmente autorregulada e liberal. A defesa da livre concorrência e a repressão ao abuso do poder como parte integrante desse regime constitucional e o tratamento constitucional dos mercados como parte integrante do patrimônio nacional.

Se situará ainda a evolução e os objetivos da Lei Antitruste. As hipóteses do controle preventivo dos atos de concentração econômica atualmente vigentes e os aspectos do controle repressivo de infrações contra a ordem econômica, os tipos previstos, as condutas tipificadas e as sanções previstas na Lei nº 12.529/2011.

O terceiro e último capítulo sintetizará as mudanças observadas na estrutura desses mercados, em como se manifesta o poder econômico das gigantes da tecnologia e os impactos sobre os mercados tradicionais, para identificar os impactos na concorrência ao ponto de se tornar uma preocupação antitruste.

Consolidará ainda as conclusões da pesquisa sobre possíveis lacunas no atual controle prévio das concentrações econômicas nessa indústria, com base principalmente na revisão de estudos nacionais e estrangeiros a respeito do tema, propondo revisões no parâmetros atualmente utilizados para o controle prévio dos atos de concentração à indústria digital, por ser a disciplina da concorrência e os mecanismos nela insertos, desenvolvidos no direito brasileiro dentro de outro cenário econômico e social.

Assim, o objetivo geral do trabalho é, a partir do texto normativo brasileiro, analisar se os critérios atualmente disciplinados para o controle das concentrações econômicas são suficientes para prevenir infrações contra a ordem econômica, diante das características próprias da economia digital, propondo pontos de revisão na política de defesa da concorrência nesse sentido.

O método lógico-dedutivo foi a base metodológica do estudo, com ampla revisão bibliográfica e de estudos de autoridades antitruste, partindo da interpretação geral e sistemática dos institutos estudados para se chegar a sua aplicação dentro da indústria digital, considerando que o atual controle das concentrações econômicas não foi desenvolvido pressupondo a vinda de uma era digital. Por isso, a importância de ser reavaliado e de ser amparado em instrumentos hábeis a lidar com as repercussões concorrenciais e práticas anticompetitivas derivadas do novo contexto da economia digital, a partir de mercados dinâmicos influenciados por tecnologia, tratamento de dados e plataformas digitais.

1. CONTEXTUALIZANDO O PROBLEMA: A ECONOMIA DIGITAL E SEUS DIVERSOS IMPACTOS

O objetivo desse capítulo, como seu próprio título sugere, será contextualizar o ambiente vivido nos mercados da economia digital, com os esclarecimentos sobre o desenvolvimento da indústria digital, as suas características, os novos modelos de negócios formados nesse ambiente e os agentes econômicos protagonistas dessa indústria, em especial as cinco gigantes da tecnologia GAFAM: Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft. Se finalizará o capítulo consolidando as características do capitalismo contemporâneo dentro desse ambiente digital.

1.1. O DESENVOLVIMENTO DA ECONOMIA DIGITAL

As modificações das estruturas econômicas e sociais são observadas ao longo da história, em especial a partir da noção de convívio em sociedade.¹ Conceição aponta que qualquer sistema social se sujeita a “uma permanente tensão entre ruptura e regularidade, exigindo constante reavaliação de comportamentos rotinizados e decisões voláteis de outros agentes”².

Consolidadas por diversas razões, essas modificações podem ser analisadas com base na cronologia das revoluções.³ As modificações desencadeadas pelas revoluções, podem não ser vividas de forma linear em todo o planeta⁴, mas são marcadas principalmente pelas alterações nos meios de produção e nas “forças” neles empregadas, a partir do desenvolvimento de novas tecnologias e de inovações consideradas disruptivas.⁵

¹ Como esclarece Albuquerque, na sociologia o trabalho de Ferdinand Tönnies é referência ao sistematizar os conceitos comunidade e sociedade, os quais passaram a ser instrumentos de “identificação e compreensão de contextos sociais e períodos históricos”, indicando “configurações sociais contrastantes, tais como o arcaico e o moderno, o afetivo e o racional, o sagrado e o secular” Cf.: ALBUQUERQUE, Leila Marrach Basto de. Comunidade e sociedade: conceito e utopia. **Raízes**, ano XVIII, n. 20, 1999, p. 50.

² CONCEIÇÃO, Otavio Augusto. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista. **Análise Econômica**, ano 18, n. 33, p. 25-45, 2000, p. 29.

³ Nesse sentido, pode ser considerada a obra referencial de SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019.

⁴ Schwab destaca que “a segunda revolução industrial precisa ainda ser plenamente vivida por 17% da população mundial, pois quase 1,3 bilhão de pessoas ainda não têm acesso à eletrecidade”. Também lembra que boa parte da população mundial “vive em países em desenvolvimento sem acesso à internet” e que “o tear mecanizado (a marca da primeira revolução industrial) levou quase 120 anos para se espalhar fora da Europa”, mas “em contraste a internet espalhou-se pelo globo em menos de uma década”. Cf.: SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019, p. 17.

⁵ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019, pp. 15-34 e 58.

As inovações disruptivas são enxergadas como um dos elementos mais essenciais para promoção de desenvolvimento da sociedade e aquelas “que dão origem a novos mercados, modelos de negócio, apresentando soluções mais eficientes dos que as que já existem”.⁶

Essa vinculação da inovação com os ciclos econômicos e com a ideia de desenvolvimento foi sustentada pelo economista Schumpeter, defensor de um movimento dinâmico no qual novas tecnologias substituem as antigas. As inovações, segundo seu trabalho, podem desencadear um processo de mudança mais abrupto e radical, ou ainda, incrementar um processo já iniciado.⁷

O papel do agente econômico inovador apresenta-se em lugar de destaque em sua obra, por considerar ser aquele que insere no mercado novos produtos e serviços, por meio de invenções, inovações tecnológicas e técnicas que combinam fatores de produção de maneira mais eficiente.⁸

O ineditismo da proposta de Schumpeter é reconhecido por ter sido “o primeiro a introduzir o conceito de inovação aplicado à economia”⁹, por ter “relacionado diretamente o desenvolvimento de produtos e processos produtivos de uma empresa com seu desempenho econômico”¹⁰ e por observar “a inovação como fator crítico para transformações na esfera econômica de longo prazo”.¹¹

De acordo com Schwab¹², porém, esses movimentos e o processo de mudança não afetam unicamente o âmbito econômico e os sistemas econômicos, mas remodelam as estruturas sociais:

A palavra “revolução” denota mudança abrupta e radical. Em nossa história, as revoluções têm ocorrido quando novas tecnologias e novas formas de perceber o mundo desencadeiam uma alteração profunda nas estruturas sociais e nos sistemas econômicos. Já que a história é usada como referência, as alterações podem levar anos para se desdobrar.¹³

⁶ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GARCIA, Evelin Naiara. Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas. **RIL Brasília**, a. 55, n. 217, jan./mar. 2018.

⁷ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997.

⁸ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997, pp. 69-89.

⁹ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GARCIA, Evelin Naiara. Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas. **RIL Brasília**, a. 55, n. 217, jan./mar. 2018, p. 225.

¹⁰ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GARCIA, Evelin Naiara. Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas. **RIL Brasília**, a. 55, n. 217, jan./mar. 2018, p. 225.

¹¹ AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GARCIA, Evelin Naiara. Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas. **RIL Brasília**, a. 55, n. 217, jan./mar. 2018, p. 225.

¹² SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019, pp. 15-16.

¹³ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019, p. 15.

Segundo esse autor, a primeira alteração significativa no modo de viver humano se deu com o desenvolvimento da agricultura. Imputa, no entanto, às revoluções industriais as mudanças mais expressivas. A primeira delas, marcou o início da produção com uso de energia mecânica. A segunda pelo desenvolvimento da eletricidade e de linhas de montagem permitindo a produção em massa. A terceira, pelo desenvolvimento da computação e da internet.¹⁴

Ao tratar da quarta revolução industrial, contexto de interesse da presente pesquisa, defende se basear na revolução digital e se distanciar da anterior, por apresentar avanços tecnológicos e inovações capazes de caracterizar rupturas e movimentos próprios e distintos do desenvolvimento da computação e da internet vivido na terceira revolução industrial, estampados na ubiquidade, na mobilidade acentuada das tecnologias e proporcionada pela internet, no desenvolvimento da inteligência artificial, automação da aprendizagem, na união de tecnologias e na interação cada vez mais frequente entre o físico, o digital e o biológico.¹⁵

Para elucidar essas fases, o quadro abaixo resume seus principais destaques:

1ª Revolução Industrial	Energia mecânica	Alteração do modo de produção com uso de energia mecânica.
2ª Revolução Industrial	Energia elétrica	Alteração do modo de produção com o uso da eletricidade e desenvolvimento de linhas de montagem, permitindo a produção em massa.
3ª Revolução Industrial	Computação e internet	Alteração do modo de produção com o uso da computação e da internet.
4ª Revolução Industrial	Revolução digital e cibernética	Alteração do modo de produção com avanços na computação e da internet, capazes de propiciar ubiquidade, mobilidade, desenvolvimento da inteligência artificial, automação da aprendizagem, união de tecnologias e interação entre o físico, o digital e o biológico.

Outros atributos diferenciadores dessa quarta revolução baseiam-se na amplitude e na velocidade das mudanças sistêmicas, proporcionadas pelas inovações e tecnologias com ponto comum de se aproveitar da “capacidade de disseminação da digitalização e da

¹⁴ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019, pp. 15-16.

¹⁵ Segundo o autor, a quarta revolução industrial “não diz respeito apenas a sistemas e máquinas inteligentes e conectadas. Seu escopo é muito mais amplo. Ondas de descobertas ocorrem simultaneamente em áreas que vão desde o sequenciamento genético até a nanotecnologia, das energias renováveis à computação quântica. O que torna a quarta revolução industrial fundamentalmente diferente das anteriores é a fusão dessas tecnologias e a interação entre os domínios físicos, digitais e biológicos. Nessa revolução, as tecnologias emergentes e as inovações generalizadas são difundidas muito mais rápida e amplamente do que as anteriores, as quais continuam a desdobrar-se em partes do mundo” Cf.: SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019, pp. 16-17.

tecnologia da informação” e de terem “impulsionadores tecnológicos”, divididos em três categorias.¹⁶

a) A categoria física, principalmente com desenvolvimento de veículos autônomos, impressão em 3D, robótica avançada e novos materiais;

b) A categoria digital, tendo tecnologias inéditas como blockchain como principal ponte entre aplicações físicas e digitais e a internet das coisas (IoT), por meio do uso plataformas e tecnologias conectadas por dispositivos móveis, viabilizadoras da chamada economia sob demanda (ou economia de plataforma); e

c) A categoria biológica prometendo profundas modificações na medicina, agricultura e produção de biocombustíveis.¹⁷

Essas considerações auxiliam a contextualizar o cenário em que se situa a quarta revolução industrial e os impactos desses avanços aos sistemas sociais e à economia global.¹⁸

Essa era digital advinda da quarta revolução industrial caracteriza-se, assim, pela ubiquidade, por tecnologias que permitem a integração entre o físico, o biológico e o digital. Permite a instantaneidade da comunicação, facilitam o contato humano e afastam ou reduzem barreiras físicas e territoriais. Dessa maneira, à medida que essas tecnologias avançam, permitem mais interação mundial em diversas searas, como na política, social, cultural e econômica, além de intensificar o fenômeno da globalização e as trocas mercantis em âmbito internacional.¹⁹

Embora Eros Roberto Grau posicione a era digital na terceira revolução industrial, ele destaca que a globalização se trata de fato histórico viabilizado pelo desenvolvimento

¹⁶ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019, pp. 16-34.

¹⁷ SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019, pp. 23-34.

¹⁸ Micklethwait e Wooldridge sustentam também uma mudança na própria ideia e figura do Estado e de sua relação com sociedade, decorrente desse novo contexto digital trazido pelas inovações tecnológicas e pela acessibilidade de informações: “O atual Estado centralizado baseava-se na ideia de que a informação era escassa e fortalecia-se pelo fato de saber muito mais que as pessoas comuns. Hoje, porém, a informação é um dos recursos mais abundantes no mundo, disponível em enormes quantidades e acessível a quem quer que tenha um computador ou um smartphone. Conforme Eric Schmidt, chairman da Google, e Jared Cohen, que trabalhou com Hillary Clinton, observam em *The New Digital Age*, isso muda a natureza do relacionamento entre indivíduos e autoridades. Cf.: MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. **A quarta revolução**: a corrida global para reinventar o Estado. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015, p. 203.

¹⁹ Nesse sentido, descreve Silveira em os “Efeitos da globalização e da sociedade em rede via internet na formação de identidades contemporâneas” Cf.: SILVEIRA, Marcelo Deiro Prates. **Efeitos da globalização e da sociedade em rede via internet na formação de identidades contemporâneas**. 2004, pp. 42-51. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932004000400006>>. Acesso em: 25 jun. 2021; e, Cavedon et al. em “O meio ambiente digital sob a ótica da Teoria da Sociedade de Risco: os avanços da informática em debate”. Cf.: CAVEDON, Ricardo; FERREIRA, Helene Sivini; e FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O meio ambiente digital sob a ótica da Teoria da Sociedade de Risco: os avanços da informática em debate. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 5, n. 1, p. 194-223, 2015.

da “informática, microeletrônica e telecomunicações” e que se realiza “como globalização financeira”²⁰.

A globalização ou “movimento de internacionalização econômica” também pode ser explicada considerando o objetivo dos agentes econômicos de expansão de seus negócios, sobretudo estruturas monopolistas, em busca de novos mercados.²¹ Com isso, a “globalização diluiu as fronteiras comerciais entre os países” e as “grandes empresas passaram a poder exercer seu poder econômico em outros mercados que não o de origem”²².

Esse ambiente, por outro lado, intensifica a competição internacional, de modo que “o conhecimento científico e a inovação tecnológica tornaram-se ainda mais relevantes”, por estarem “intimamente relacionados ao desenvolvimento econômico de qualquer país”. Os agentes econômicos privados se destacam quanto às inovações tecnológicas, por ser “essencial para sua própria sobrevivência em um mercado altamente competitivo”. A falta de inovação em produtos e serviços acarreta o fim de muitas empresas e negócios que perdem espaço “ao nascimento e consolidação de negócios que trazem ao mercado um novo bem ou serviço, ou ainda um produto ou serviço tecnologicamente mais avançado”²³.

Apesar desse incentivo à competição internacional pelo desenvolvimento e aprimoramento tecnológico, os Estados Unidos e a China são tidos como os dois países líderes em inovação no mundo. Dentro da indústria digital, porém, as empresas norte-

²⁰ “A globalização é um fato histórico; o neoliberalismo, uma ideologia. A globalização decorre da terceira Revolução Industrial – informática, microeletrônica e telecomunicações -, realizando-se como globalização financeira. É isso que efetivamente surge de novo, a globalização financeira, que permitiu que o dinheiro deixasse de ser, definitivamente, um mero intermediário na troca entre valores de uso, exercendo uma função própria, como propõe a fórmula de Marx, D-M-D [...]. Quero dizer, com isso, (i) que não há relação necessária entre globalização e neoliberalismo e (ii) que, em outras fossem as condições político-sociais, a globalização poderia conviver com outras ideologias que se tornassem hegemônicas”. Cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 53-54.

²¹ Sobre o tema da expansão ou internacionalização de estruturas monopolistas pode ser consultada a obra de SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle]

²² PLAWIAK, Rainier Belotto. O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Org.). **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 63.

²³ GONÇALVES, Oksandro Osdival; KALIL, Gilberto Alexandre de Abreu. Incentivos fiscais à inovação tecnológica como estímulo ao desenvolvimento econômico: o caso das Start-ups. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 17, n. 113, out. 2015/jan. 2016, p. 500.

americanas lideram o mercado²⁴, criando dependência para a população mundial das suas tecnologias e agregando poder em diversos sentidos, inclusive econômicos e políticos.²⁵

Os agentes econômicos líderes da economia digital ficaram conhecidos como as cinco “gigantes” da tecnologia ou pelo termo GAFAM, acrônimo de Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft²⁶, todas empresas norte-americanas. Com um segundo grupo de empresas em plena ascensão, um segundo termo: NATU, passou a tratar do acrônimo de Netflix, Airbnb, Tesla e Uber, todas também originárias Estados Unidos.²⁷ Para as empresas chinesas, BATX representa a Baidu, Alibaba, Tencent e Xiaomi.²⁸

A forte presença desses agentes e de suas tecnologias no cenário mundial dispensa prolixidade, pois pode ser examinada em uma constatação simples: eles integram o dia a dia de boa parte da humanidade, que possui interface diária com uma ou mais de suas tecnologias, produtos e serviços e deles dependem em alguma medida. Se vincula, em parte, a assunção da hegemonia desses grupos como a capacidade em definir “os novos padrões dos sistemas técnicos e informáticos, alcançado um número gigantesco de usuários e consumidores”²⁹.

A popularização da internet foi fundamental para essa indústria digital, mas não deixa de ser instigante o fato de sua criação e desenho inicial (da internet) não ser nem econômico e nem comercial. Se tratou de “plataforma colaborativa em círculos

²⁴ Nesse sentido, Christakis destaca “US and China dominate when it comes to innovation” e sinaliza que continente europeu concentraria menos de 4% das 70 maiores plataformas digitais com maior valor de mercado do mundo, enquanto a América concentraria cerca de 73% e a China cerca de 18%. Cf.: CHRISTAKIS, Theodore. *European Digital Sovereignty: Successfully Navigating Between the “Brussels Effect” and Europe’s Quest for Strategic Autonomy*. Multidisciplinary Institute on Artificial Intelligence. **Grenoble Alpes Data Institute**, e-book, December 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3748098>>. Acesso em: 18 mar. 2021.p. 45.

²⁵ Christakis apesar de se dedicar a perspectiva europeia, sintetiza que o poder da indústria tecnológica (“Big Tech”), composta por agentes privados, não é visto apenas em termos econômicos, mas também políticos, destacando a preocupação aos líderes europeus do poder que acaba em mãos desses agentes: “the fear of ceding power to unelected tech executives”. Cf.: CHRISTAKIS, Theodore. *European Digital Sovereignty: Successfully Navigating Between the “Brussels Effect” and Europe’s Quest for Strategic Autonomy*. Multidisciplinary Institute on Artificial Intelligence. **Grenoble Alpes Data Institute**, e-book, December 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3748098>>. Acesso em: 18 mar. 2021. pp. 45-48.

²⁶ DOWBOR, Ladislau. **O capitalismo se desloca**: novas arquiteturas sociais. São Paulo: Edições Sesc São Paulo, 2020, p. 129.

²⁷ TOZI, Fabio. Da nuvem ao território nacional: uma periodização das empresas de transporte por aplicativo no Brasil. **Geosp – Espaço e Tempo (On-line)**, v. 24, n. 3, dez. 2020, p. 489.

²⁸ DOWBOR, Ladislau. **O capitalismo se desloca**: novas arquiteturas sociais. São Paulo: São Paulo: Edições Sesc, 2020, p. 129.

²⁹ TOZI, Fabio. Da nuvem ao território nacional: uma periodização das empresas de transporte por aplicativo no Brasil. **Geosp – Espaço e Tempo (On-line)**, v. 24, n. 3, dez. 2020, p. 489.

governamentais, militares e acadêmicos”, na qual os participantes “estariam interessados numa colaboração por razões alheias as motivações comerciais”³⁰.

Somente a partir da década de 1990, o investimento na tecnologia e a comercialização da internet resultou em um processo seguinte, o processo de monetização do ambiente digital e o uso da base de dados dos usuários e do tráfego e histórico de navegação como importante insumo nesse meio. O uso desses dados passou a ser precioso no desenvolvimento dos negócios pelas empresas de tecnologia, que apesar desse caráter de verdadeira matéria-prima, não representa incremento de custo direto.³¹

Assim, o investimento inicial, voltado ao desenvolvimento de tecnologias de informação, comercialização da internet e desenvolvimento de produtos e serviços que fossem vinculados ao uso da internet, resultou em um processo seguinte, o de fomentar negócios a partir da base de informações extraídas da mineração de dados.³²

O Google, embora desenvolvido como mecanismo de busca na internet, destaca-se no referido processo como um dos precursores na publicação de anúncios online, mas provavelmente o ápice do sucesso comercial da empresa e das outras nessa indústria digital, foi a capacidade de monetizar as informações extraídas da base de usuários e do tráfego e histórico de dados de navegação, para direcionar os anúncios aos usuários, saindo da esfera do mero anúncio para seguir o caminho da personalização, do anúncio apto a atender as necessidades e refletir os interesses de seus usuários.³³

Essa dinâmica reflete na capacidade da empresa, ou das suas tecnologias desenvolvidas, de “coletar os valores e as preferências dos usuários em seu histórico de buscas” para “minimizar os ruídos e desperdícios dos anúncios”, por viabilizar a individualização das preferências dos usuários e tornar assertivas as buscas, seja do ponto de vista do usuário, seja do ponto de vista do anunciante.³⁴

³⁰ POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais**: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Portifolio-Penguim, 2019, p. 220.

³¹ POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais**: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Portifolio-Penguim, 2019, pp. 217-219.

³² POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais**: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Portifolio-Penguim, 2019, pp. 215-256.

³³ POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais**: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Portifolio-Penguim, 2019, pp. 217-219.

³⁴ POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais**: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Portifolio-Penguim, 2019, pp. 217-219.

Dinâmica similar, porém, mais assertiva, mostrou a atuação do Facebook capaz de “aprender detalhes sobre os usuários”³⁵ e de identificar o momento propício ao anúncio, ao passo do desenvolvimento com gastos mínimos com programadores.³⁶

Esses são apenas dois exemplos do complexo caminho que permitiu monetizar a esfera digital, mas intimamente ligado às diversas tecnologias desenvolvidas na revolução digital ou quarta revolução industrial e que foram capazes de integrar a internet, o histórico de dados que seu próprio uso pode fornecer, somada a automatização de processos e decisões, principalmente por meio de tecnologias baseadas em algoritmos.³⁷

Em outros termos, a indústria digital foi capaz de desenvolver tecnologias capazes de fomentar modelos de negócios inéditos, dando forma a economia digital. Esses negócios são comumente relacionados à atenção do usuário, sendo comum defender que a indústria digital compete pela atenção do usuário³⁸, que autoalimentará seus próprios negócios e lhes tornarão mais atrativos, exigindo a capacidade de explorar informações valiosas de dados coletados e tratados com tecnologias relacionadas à inteligência artificial, *data analytics*³⁹ e *big data (big data-related markets)*⁴⁰.

A expressão *big data* pode ser definida para referir-se ao “conjunto substancial ou massivo de informações independentemente de serem estruturados, ou seja, que já

³⁵ POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais**: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Portifolio-Pinguim, 2019, pp. 217-219.

³⁶ O Facebook gastaria cerca de 1% apenas de seu valor com programadores. O restante viria gratuitamente dos usuários. Cf.: POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais**: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Portifolio-Pinguim, 2019, p. 218.

³⁷ Ao analisar as plataformas digitais, Mateus afirma que o principal objetivo dessas é desenvolver algoritmos que processam *big data* com os chamados 4 V's: volume, velocidade, variedade e veracidade. Conforme a referência original: “the main object of DPs is to develop algorithms that process big data with the four Vs – big volumes, processed at high velocity, of large varieties and with reasonable veracity” Cf.: MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. p. 9).

³⁸ “The GAFAM have developed a large ecosystem of products and services and are more and more competing for attention” Cf.: GAUTIER, Axel; LAMESCH, Joe. **Mergers in the Digital Economy**. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3529012>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 2.

³⁹ De forma bastante simplória, é a ciência de examinar dados, extrair padrões e conclusões a partir dos mesmos.

⁴⁰ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 8.

estejam em suporte pesquisável ou não”⁴¹, ou ainda, para referir-se à “coleta e análise de grandes conjuntos de dados”⁴².

Alguns dos mercados mais importantes da economia digital, como se mostra da publicidade online⁴³, confere aos dados de diversas naturezas, mas principalmente aos dados pessoais, um papel protagonista como insumos ou combustível dessa nova economia contemporânea⁴⁴, com o desenvolvimento de ferramentas ou técnicas capazes de explorar - ou minerar⁴⁵ - os dados em volume, variedade e velocidade.⁴⁶

De acordo com Bagnoli a quarta revolução industrial pode ser considerada também como a “Revolução Industrial de Dados”:

Desde o início do séc. XXI diversas inovações tecnológicas e o maior acesso à aparelhos digitais viabilizaram a Revolução Industrial de Dados (Industrial Revolution of Data) caracterizada pela enorme difusão em quantidade e diversidade de dados digitais em tempo real. A tecnologia digital cada vez mais presente na vida das pessoas permite um aprendizado sem precedentes do comportamento humano e incluiu a internet na forma como as pessoas se comunicam, relacionam-se, divertem-se e trabalham.

Algumas peculiaridades fazem com que a revolução em curso se caracterize como a 4ª Revolução Industrial, ou a Revolução 4.0. Trata-se da velocidade, da amplitude e profundidade e, ainda, do impacto sistêmico por ela promovido.⁴⁷

⁴¹ BAPTISTA, Adriane Nakagawa. Big Data: os indivíduos, seus dados e as mudanças de paradigma tecnológico e jurídico. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira *et al.* [coord.] **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019, p. 182. [Versão Kindle]. Ou ainda, conforme a doutrina estrangeira: “big data is a term describing the storage and analysis of large and or complex data sets using a series of techniques including, but not limited to: NoSQL, MapReduce and machine learning” Cf.: MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. p. 3.

⁴² TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 425.

⁴³ A publicidade online evoluiu para um grande negócio mundial em pouco mais de vinte anos e gera grandes receitas para algumas das gigantes da tecnologia, mas também para proprietários de sites, blogs, grandes jornais online. Está no centro das pautas de reguladores europeus e norte-americanos com destaque para GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 1-45.

⁴⁴ As obras de PARISER (2012), TIROLE (2020) e POSNER e WEYL (2019) situam tal contexto.

⁴⁵ Para Parchen a “Mineração de Dados é uma prática consistente na extração forçada das informações para posterior revenda das mesmas a terceiros que irão oferecer publicidade direcionada e segmentada. O objetivo da Mineração de Dados é transformar o dado bruto (aquele sem significado ou estrutura) em dado ‘limpo’ ou categorizado e acessível de imediato a todos, oportunidade em que haverá, então, agregação de conhecimento”. Mas esse processo teria o “nefasto mercado de compartilhamento de dados pessoais e não pessoais a parceiros comerciais que estão dispostos a pagar por ele: trata-se da contraprestação que o consumidor é obrigado a dar em troca da possibilidade de usar um software gratuitamente”. Cf.: PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; MEIRELES, Jussara Maria Leal de. As técnicas de neuromarketing nos contratos eletrônicos e o vício do consentimento na era digital. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 23, n. 2, p. 521-548, 2018, p. 530.

⁴⁶ BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 215.

⁴⁷ BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira *et al.* [coord.] **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019, p. 538. [Versão Kindle].

Os usuários da internet, titulares dos dados, passaram a ter suas informações pessoais, como “dados identificativos, gostos, opiniões, mensagens, fotografias, vídeos” registrados em formato digital e utilizados pelos agentes econômicos no direcionamento de anúncios, publicidade e oferecimento de produtos e serviços no meio digital⁴⁸, revelando a capacidade de “escavar nossas emoções e usar nossas relações sociais como matéria prima”⁴⁹.

Essa capacidade mostra-se diretamente vinculada ao volume acumulado de dados pessoais, por aumentar as chances de assertividade nos resultados das preferências e interesses dos usuários a serem atingidos, por meio do tratamento ou mineração capaz de “encontrar tesouros de informação e conhecimento”.⁵⁰

Daí porque o volume de dados pessoais, aliados às técnicas de sua mineração, passaram a ter significativo papel na dinâmica da economia digital. De acordo com Pariser, “a fórmula dos gigantes da internet para essa estratégia de negócios”⁵¹ seria muito simples, pois “quanto mais personalizadas forem suas ofertas de informação, mas anúncios eles conseguirão vender e maior será a chance de que você compre os produtos oferecidos”⁵².

Importa elucidar a distinção entre o que se concebe por dados, informação e conhecimento para fins dessa pesquisa. De maneira sucinta, os dados estão atrelados à ideia de “qualquer elemento identificado em sua forma bruta”, quando processados ou tratados, resultam na informação⁵³ “relacionada ao contexto de dados que permitem a

⁴⁸ DONEDA, Danilo. Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais. Universidad de los Andes. **Facultad de Derecho (Bogotá, Colombia)**, n. 1, Julio-Diciembre, 2012, p. 1-12.

⁴⁹ ZANATTA, Rafael A. F.; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Revista Estudos Avançados**, 2019, p. 428.

⁵⁰ BOFF, Salette Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018, p. 190.

⁵¹ PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Trad. Diego Alfaro. Zahar: Rio de Janeiro, 2019, p. 12.

⁵² PARISER, Eli. **O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você**. Trad. Diego Alfaro. Zahar: Rio de Janeiro, 2019, p. 12.

⁵³ Para Adriana M. Simões a informação é concebida em três momentos, quando ainda não possui valor agregado (informação potencial), quando passa a ser uma informação com valor agregado (informação consolidada) e quando se transforma em conhecimento: “O primeiro, onde temos uma informação potencial, ainda sem valor, porque não está sendo utilizada e que só terá significado diante da noção de futuro que permitirá a construção desse significado. No segundo momento esta informação é selecionada para e pelo usuário, transformando-se em uma informação com valor agregado, ou informação consolidada. É no terceiro momento que a informação se transforma em conhecimento e deixa de ser um fim, para tornar-se um meio. Durante esse processo a informação vai deixando de ser apenas “aquilo que diminui incertezas” ideia defendida por alguns autores - e passa a ser também “aquilo que provoca incertezas”, que suscita novas perguntas”. Cf.: SIMÕES, Adriana Machado. O processo de produção e distribuição de informação enquanto conhecimento: Algumas reflexões. **Perspectivas em Ciência da Informação**, Belo Horizonte, v.

representação de fatos, conceitos ou instruções”. Assim, “grosso modo, informação é conhecimento produzido como resultado do processamento dos dados”. E, “conhecimento é o objetivo da informação”⁵⁴.

Referida distinção permite confirmar que o avanço tecnológico, por meio de informações qualificadas, consegue obter um verdadeiro conhecimento prévio do perfil e comportamento do usuário da internet, incentivando que o agente econômico busque aumentar o acesso aos dados dos usuários, suas preferências, gostos, opiniões e de diferentes fontes, para realizar uma combinação dessa variedade de dados coletados e de diferentes fontes, de onde emerge o verdadeiro valor de se ter dados, quando se tem tecnologia capaz de extrair valor desse complexo processo. O valor, portanto, não decorre espontaneamente da mera obtenção de dados.⁵⁵

De toda maneira, em muitos dos modelos de negócios desenvolvidos pela indústria digital, uma base de dados dos usuários é a principal forma de entrada no mercado.⁵⁶ Assim, a popularização do uso da internet abriu as portas para uma nova economia, fortificada pela exploração econômica dos dados dos usuários e do seu histórico de navegação, sendo eficiente fonte de aquisição, consolidação e exercício de estratégias mercadológicas e desenvolvimento de novos produtos e serviços, especialmente em mercados interconectados.

À medida que a indústria digital se desenvolveu, foi criando um verdadeiro ecossistema (digital) interconectado de produtos, aplicativos, serviços, conteúdo e

1, n.1, p. 81-86, jan./jul. 1996. Disponível em: <http://www.brapci.inf.br/repositorio/2010/08/pdf_18c55ad8fa0011624.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020. p. 81.

⁵⁴ MILAGRE, José. SEGUNDO, José Eduardo Santarém. A propriedade dos dados e a privacidade na perspectiva da Ciência da Informação. **Revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação**, v. 20, n. 43, p. 47-76, mai./ago., 2015, p. 48.

⁵⁵ Esse destaque sobre o valor decorrente da combinação de uma variedade de dados coletados de diferentes fontes, possibilitaria a sofisticação da análise dos dados: “Moreover, as no specific dataset has in principle a particularly higher value than the rest, but the value comes from the large combination of a variety of data collected from different sources (e.g. data analytics’ sophistication), then the incentive for big data firms will be looking for expanding the variety of data collected.” Cf.: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 12.

⁵⁶ É o que se destaca sobre a publicidade direcionada: “examples of this type of data are keyword searches, “likes” on social media, location information, websites visited and videos watched, etc. Of all types of Big Data, popular academic and economic discourse has set its sights predominantly on consumer data. It is the primary input in the platforms’ most profitable application: targeted advertising”. Cf.: SANTESTEBAN, Cristian; LONGPRE, Shayne. How Big Data Confers Market Power to Big Tech: Leveraging the Perspective of Data Science. **The Antitrust Bulletin**, v. 65, 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3556232>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

usuários para oferecê-los aos grupos de usuários nele envolvidos, permitindo integração “entre e dentro deles”⁵⁷.

Por isso, os reflexos da era digital à humanidade ainda não são totalmente dimensionáveis, mas são significativos em diversos aspectos e revela novas conformações sociais e econômicas, com verdadeira transformação da sociedade contemporânea e da economia mundial, a partir das “várias formas de atividade econômica proporcionadas pela economia digital”⁵⁸ e do surgimento de novos modelos de negócios.⁵⁹

A força dessa indústria digital, por meio principalmente de cinco grandes líderes mundiais GAFAM, foi observada mesmo durante a pandemia da COVID-19. Em sentido contrário às recessões econômicas históricas, a posição desses grupos se consolidou ainda mais, em parte porque a situação atípica vivida eclodiu uma verdadeira necessidade de adesão mundial em massa aos produtos e serviços tecnológicos.⁶⁰

Essas principais gigantes do setor lucraram juntas mais de um trilhão de reais em 2020. A Amazon se destacou com aumento de mais de 80% (oitenta por cento) dos lucros se comparados aos números do ano anterior (2019), seguida da Netflix 70% (setenta por cento). Outros grupos como Tesla, Google, Facebook, Microsoft e Apple igualmente tiveram crescimento em seus resultados mesmo diante do cenário crítico mundial.⁶¹

⁵⁷ GAUTIER, Axel; LAMESCH, Joe. **Mergers in the Digital Economy**. 2020. Disponível em: Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3529012>. Acesso em: 18 mar. 2021, p. 2.

⁵⁸ DIAS JUNIOR, Antônio Augusto Souza. Tributação da Economia Digital – Propostas Doutrinárias, OCDE e o Panorama Brasileiro. **Revista Direito Tributário Internacional Atual**, n. 6, p. 13-34, São Paulo, IBDT, 2º sem. 2019, p. 14.

⁵⁹ Esses pontos podem ser observados nas obras referenciais ao estudo do tema: SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019; TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Tradução André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020; e POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa**. Tradução Denise Bottman. São Paulo: Portfolio-Penguim, 2019.

⁶⁰ De acordo com a Comissão Europeia “a crise do coronavírus veio demonstrar a importância assumida pelas tecnologias digitais em todos os aspectos da vida moderna. Mostrou claramente que a nossa economia e sociedade dependem dos serviços digitais e destacou tanto os benefícios como os riscos decorrentes do atual quadro de funcionamento dos serviços digitais”. Cf.: COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE**. Bruxelas, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>. Acesso em 03 nov. 2021.

No mesmo sentido, se avalia a expansão desses negócios a partir da necessidade da migração de diversas atividades aos ambientes estritamente virtuais. Cf.: GONÇALVES, Priscila Brolio; COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Vírus e Telas: o direito econômico das plataformas digitais na pandemia de COVID-19. **Revista Direito e Práxis**, 2020, no prelo. Disponível em: <<https://bit.ly/3hpaj06>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁶¹ Informação disponível em: <https://cnf.org.br/big-techs-ganharam-mais-de-r-1-trilhao-em-2020/>.

1.2. CARACTERÍSTICAS DA ECONOMIA DIGITAL E DOS NOVOS MODELOS DE NEGÓCIOS

Os novos modelos de negócios formados na era da economia digital revelam o ineditismo de diversas características de uma nova estrutura de mercado. Para tentar evidenciar os aspectos que mais importam a essa pesquisa, ao longo do trabalho o foco será mais direcionado a publicidade online e aos mercados de *big data*, nos quais os dados dos usuários ou consumidores são observados como uma das principais entradas.

O desenvolvimento da tecnologia digital favoreceu uma economia nos quais os dados são verdadeiras matérias-primas (*commodities*) com adeptos da expressão “dadopólio”⁶².

Ao analisar o caso do Facebook, enquanto rede social, SRINIVASAN⁶³ destaca que embora represente uma nova era nos serviços de comunicação, com uma base de usuários que supera a casa dos dois bilhões de pessoas, o Facebook passou a conhecer a identidade dos consumidores justamente por ocupar esse papel de ser uma rede de comunicação “para construir dossiês sobre consumidores incomparáveis no mercado privado”⁶⁴, por meio da aplicação de tecnologias de rastreamento que lhe permite extrair e coletar dados a partir do monitoramento e rastreamento dos usuários, obtendo histórico sobre os interesses, atividades, preferências, consultas, pesquisas, acessos, leituras e compras dos usuários, conectados e não conectados, as chamadas pegadas digitais dos consumidores⁶⁵, incluindo tudo que dizem e fazem no ambiente virtual.⁶⁶

O referido conhecimento é utilizado para monetizar seu negócio, principalmente por intermédio da publicidade digital comportamental direcionada, tendo um grande

⁶² STUCKE *apud* ZANATTA, Rafael A. F; ABRAMOVAY, Ricardo ABRAMOVAY. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Revista Estudos Avançados**, p. 421-446, 2019, p. 431.

⁶³ SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. pp. 39-101.

⁶⁴ Conforme o texto original “Facebook knows consumers’ identities by virtue of its position as this century’s new communications network and leverages this knowledge to build dossiers on consumers that are unrivaled in the private market” Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 41.

⁶⁵ Conforme o texto original “digital footprints” Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 99.

⁶⁶ Conforme o texto original “Facebook watches, monitors, and remembers what over 2 billion people do and say online” Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 98.

diferencial em relação a outras tecnologias de rastreamento, por ter desenvolvido a capacidade de correlacionar dados de rastreamento com a identidade dos consumidores⁶⁷.

Ainda, confere ao Facebook poder de mercado capaz de influenciar outros agentes do mercado, ao ponto de atingir os dados e rastrear os consumidores/usuários desses agentes para seus próprios fins comerciais.⁶⁸

O principal modelo de negócio dessa indústria, a publicidade direcionada, incentivaria a concorrência pela atenção do usuário com a oferta de produtos e serviços aparentemente gratuitos ou sem cobrança monetária direta aos consumidores. Essa “gratuidade” atrai usuários, permitindo que a plataforma, dentre outras formas, seja remunerada pelos anunciantes para dar acesso a esses consumidores.⁶⁹

De acordo com Glick e Ruetschlin⁷⁰, os conglomerados que compõe o núcleo GAFAM, dominam vários mercados no setor de tecnologia digital, operando em mercados de plataformas online para fornecer produtos e serviços e facilitar a interação entre compradores e vendedores, usuários e provedores de conteúdo, anunciantes e consumidores.

A respeito das plataformas, Trindade⁷¹ aponta que a economia de plataforma vem ocupando espaço importante dentro dos sistemas de mercado, se revela como uma nova conformação das estruturas de mercado e caracteriza-se pela virtualização dos mercados, pela padronização dos contratos e dos termos contratuais. É responsável por aproximar

⁶⁷ SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. pp. 73-75.

⁶⁸ “Reflecting its ability to influence market actors in the ecosystem, Facebook then required all businesses to change their own privacy policies to extract from their own users the consent to have Facebook track them for commercial purposes. For convenience, Facebook provides exact copy-and-paste legal language to use” Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 73.

⁶⁹ “targeted advertising and the competition for consumer attention via the provision of free products and services. Indeed, these firms are sometimes referred to as attention platforms, which broadly comprises any firm that attracts consumers with a service or content, then charges advertisers for access to these consumers. Since the business model revolves around capturing consumer attention, it encompasses a vast portion of online and mobile activity by consumers, including web, voice, and specialized search, maps, social media, and other consumer facing applications”. Cf.: SANTESTEBAN, Cristian; LONGPRE, Shayne. How Big Data Confers Market Power to Big Tech: Leveraging the Perspective of Data Science. **The Antitrust Bulletin**, v. 65, 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3556232>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 16.

⁷⁰ GLICK, Mark; RUETSCHLIN, Catherine. **Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine**: The Case of Facebook (October 1, 2019). Institute for New Economic Thinking Working Paper Series n. 104. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3482213>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁷¹ TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. **RJLB**, ano 6, n. 4, p. 1977-2013, 2020.

oferta e demanda, podendo ser vista como importante fonte de redução de custos de transação e representar ganhos em termos de eficiência econômica⁷².

Os produtos e serviços oferecidos são muito diversificados. Desde mecanismos de busca, redes sociais, comércio eletrônico, publicidade digital, até lojas de aplicativos e sistemas operacionais. A grande vantagem das plataformas, no entanto, consistiria em facilitar a conexão online das partes para facilitar as transações. Essa seria a principal razão da internet ter tornado as plataformas tão excepcionais em conectar os usuários finais.⁷³

Por isso, as plataformas normalmente atuam em mercados de dois lados ou múltiplos lados “incluindo um mercado voltado para o consumidor para serviços digitais e um mercado para publicidade online”. Para manter essa posição, deve-se manter desejável aos usuários e impedir a migração para outras plataformas, já que a grande concentração de usuários é importante em todos os mercados, por apresentarem fortes efeitos de rede. No exemplo das redes sociais, os usuários buscam participar de uma rede com o máximo alcance possível de outros usuários. Já no mercado de publicidade, o interesse do anunciante é do anúncio alcançar o maior número possível de usuários finais, cujas chances aumentam de acordo com o número de usuários que trafegam pela plataforma e de acordo com a assertividade do direcionamento do anúncio, viabilizada por meio do conhecimento sobre as necessidades e interesses dos usuários.⁷⁴

Com isso, o agente econômico estabelecido em um determinado mercado, tende a buscar e consolidar seu domínio, por força dos efeitos de rede e da eficiência que os dados permitem nos mercados digitais aos seus modelos de negócios.⁷⁵

⁷² Na mesma linha, a redução dos custos de transação e os ganhos econômicos são apontados por SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019, p. 29.

⁷³ “Their services include search engines, social networks, ecommerce, digital advertising, app stores, and operating systems, where platforms connect parties online to facilitate transactions. The internet has made platforms exceptionally efficient in connecting end users”. Cf.: GLICK, Mark; RUETSCHLIN, Catherine. **Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine**: The Case of Facebook (October 1, 2019). Institute for New Economic Thinking Working Paper Series n. 104. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3482213>. Acesso em: 18 mar. 2021. pp. 4-5.

⁷⁴ Conforme a referência original: “Online platforms typically operate in two-sided markets including a consumer-facing market for digital services and a market for online advertising. In order for a platform to maintain its position in both the digital services and the online advertising markets, it must maintain the most desirable platform for users and prevent users from switching to other platforms. User traffic is important to both markets because they each exhibit strong network effects. In social networking, for example, users value the social network with the most opportunities to reach others; advertisers benefit from greater user numbers in terms of reach and consumer targeting”. Cf.: GLICK, Mark; RUETSCHLIN, Catherine. **Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine**: The Case of Facebook (October 1, 2019). Institute for New Economic Thinking Working Paper Series n. 104. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3482213>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 5.

⁷⁵ Conforme a referência original: “Once a dominant firm is established in an online platform market, the network effects and datadriven efficiencies in digital markets tend to reinforce dominance even when

Com isso, o acesso a dados seria diretamente relacionado a capacidade de aprimorar produtos e serviços, tornando o negócio mais atraente aos usuários. Ao mesmo tempo, essa concentração pode desincentivar o ingresso de rivais, por aumentar os custos para competir no mercado e devido ao efeito do vencedor leva tudo “*winner takes all*”:

Second, some big data markets - especially online platforms - are characterized by strong network effects that are enhanced by economies of scale and scope. The greater the scale and scope of data extracted, the better the quality of products and, therefore, the more attractive for consumers. The more consumers, the greater the volume and variety of data collected, and so on. On the one hand, this would mean efficiencies, but on the other hand, this would mean enhancing rivals' costs for competing in the market, because having access to the same amount or variety of data to get similar valuable information would require significant investments. This spiral effect may generate a so huge gap between the incumbent and its rivals, that the ultimate outcome may be the platform ending up “tipping” in favour of the incumbent, who will be end up winning of the whole market.⁷⁶

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE destaca também o efeito “*feedback loops*”, consistente no fato de um agente com uma grande base de usuários, ter acesso a um grande volume de dados para aprimorar produtos, serviços, gerar receitas e adquirir novos usuários. Isso desenvolve a capacidade nesses agentes de explorar esses dados para melhorar seu negócio e gerar fundos para reinvestir no negócio e atrair cada vez mais usuários de ambos os lados. Esses seguidos e intermináveis ciclos dificultam a entrada de novos agentes nesses mercados:

Unlike the brick-and-mortar retail economy, modern business models are frequently characterised by data-driven network effects that can improve the quality of the product or service. These data-driven network effects are the result of the two user feedback loops depicted in Figure 1. On the one hand, a company with a large base of users is able to collect more data to improve the quality of the service (for instance, by creating better algorithms) and, this way, to acquire new users – ‘user feedback loop’. On the other hand, companies are able to explore user data to improve ad targeting and monetise their services, obtaining additional funds to invest in the quality of the service and attracting again more users – ‘monetisation feedback loop’. These interminable loops can make it very difficult for any entrant to compete against an incumbent with a large base of customers.⁷⁷

improved or novel products are produced by new rivals”. Cf.: GLICK, Mark; RUETSCHLIN, Catherine. **Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine**: The Case of Facebook (October 1, 2019). Institute for New Economic Thinking Working Paper Series n. 104. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3482213>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 5.

⁷⁶ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 19.

⁷⁷ THIEMANN, Ania; GONZAGA, Pedro. **Big data**: bringing competition policy to the digital era. Background note by the Secretariat. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico –

Um outro aspecto diz respeito à configuração dos agentes atuantes na indústria digital em grandes conglomerados. Segundo Hoffmann e Johannsen⁷⁸ existiriam ao menos três grandes incentivos para formação de conglomerados digitais. O primeiro deles seria a possibilidade de expansão no acesso aos dados, decorrendo o incentivo em construir redes interconectadas e estruturadas como conglomerados digitais, aumentando o volume e variedade de dados, aumentando valor a toda rede de negócios, ao invés de um único específico segmento, como seria comum nos mercados tradicionais.⁷⁹

O segundo deles seriam os efeitos de rede baseados em dados, em três níveis. De um lado de uma plataforma, nos múltiplos lados da plataforma e consequência da relação dos diversos negócios e plataformas do conglomerado, inclusive na expansão do digital para o mundo offline, como na conexão de bens inteligentes (IoT), impulsionando a criação de redes complexas⁸⁰.

O terceiro incentivo seria o próprio aumento de produtos e serviços como decorrente da estratégia de cobrir o máximo possível das necessidades digitais dos seus clientes, na estratégia de engajamento da empresa como único provedor digital⁸¹.

OCDE, 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2021.

⁷⁸ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁷⁹ “As noted, due to its multifunctionality, the same data may be useful to provide a better service in the core business, to improve the services on related markets, and to develop a disruptive technology. Thus, the more and different data is collected and processed to get useful information, the bigger the chances of expansion within the same market or into new other markets. Accordingly, one of the incentives for many big data companies is building interconnected networks structured as digital conglomerates (some of them identified as techgiants), committed to extract and process large volumes of varied data in order to be continuously adding value to their entire network of big data-related businesses, rather than just to a specific business, as would occur in a traditional Market” Cf.: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 17.

⁸⁰ “A second reason to be structured as a conglomerate, is because of the existence of data-driven network effects, in three levels: first, in one side of a platforms; second, in the multiple sides of the platform; and third, as consequence of the interrelation of the several conglomerate`s businesses and platforms. Moreover, these interrelated businesses do not circumscribe to the digital world solely, but they expand also to the offline world, connected by IoT smart goods. All these more or less related businesses boost the creation of complex value chain networks, generating incentives for establishing collaborative deals between firms that were perceived to have vastly disparate production lines”. Cf.: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 17.

⁸¹ “Finally, a third reason for choosing a conglomerate model is because increasing the scope of products and services offered to customers may be part of a strategy to cover most of the customers` digital needs,

Em complemento, os autores observam que alguns desses conglomerados digitais têm o objetivo de criar um verdadeiro ecossistema digital para atender todas (ou quase todas) as necessidades dos usuários, para criar um “ecossistema robusto de serviços digitais e dispositivos inteligentes interconectados”, que apesar de aparentar trazer grandes benefícios aos consumidores finais, pode ter diversas implicações negativas, como dificuldades de interoperabilidade, práticas de venda casada e altos custos de comutação dos consumidores.⁸²

No levantamento realizado por Sagers, a configuração dos agentes atuantes na indústria digital em grandes conglomerados também é observada, ao passo que destaca que a Amazon, apesar de ter foco em varejo diversificado, fez grandes inovações em logística e automação, envolveu-se em diversos negócios, desde o e-commerce, plataforma de serviços em nuvem, produtos “casa inteligente”, assistente pessoal virtual (Alexa), distribuição, produtos de consumo de marca própria, produção de conteúdo de vídeo e serviço de assinatura.⁸³

A Apple iniciou com foco em computador pessoal, mas expandiu para produtos de *hardware* específicos, conjunto de dispositivos móveis que teriam a finalidade de serem centrais na vida digital de seus usuários, atuando também na distribuição de mídias, plataforma de serviços em nuvem, assistente pessoal virtual (Siri), dentre outros.⁸⁴

O Facebook inicialmente focado em plataformas de redes sociais, expandiu seus negócios principalmente para a publicidade online, formando o chamado “duopólio” da

ultimately engaging them with the firm as the only digital provider”. Cf.: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 18.

⁸² “Some digital conglomerates have as primary goal to meet the greatest amount of consumer needs, for which they are continually working on building a robust ecosystem of digital services and interconnected smart devices. This, in competition terminology, means offering one-stop-shopping services thanks to the economies of scope achieved by the merged group. This could generate great benefits for final consumers, but also has the risk of creating a digital ecosystem extremely difficult to match, ideal for exerting leverage conducts in” specific sub-markets, and for facilitate exploitative practices due to the high consumers’ switching costs”. Cf.: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. pp. 20-21.

⁸³ SAGERS, Chris, **Antitrust e Tech Monopoly**: A General Introduction to Competition Problems in Big Data Platforms: Testimony Before the Committee on the Judiciary of the Ohio. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3471823>>. Acesso em: 25 jun. 2021. pp. 7-12.

⁸⁴ SAGERS, Chris, **Antitrust e Tech Monopoly**: A General Introduction to Competition Problems in Big Data Platforms: Testimony Before the Committee on the Judiciary of the Ohio. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3471823>>. Acesso em: 25 jun. 2021. pp. 12-14.

publicidade digital com o Google, pela precisão no que diz respeito as pegadas digitais de seus usuários.⁸⁵

O Google possuiria uma variedade de linhas de negócio, sendo o líder como mecanismo de pesquisa, tendo como principal negócio a publicidade online e as complexas ferramentas e serviços inerentes a esse mercado da publicidade online, e, dentre outros negócios, a distribuição de mídias, plataforma de serviços em nuvem, assistente pessoal virtual, dona do distribuidor de vídeos YouTube, do aplicativo Waze, mecanismo de recomendações de restaurantes e negócios de viagens, líder nas pesquisas de carros autônomos e de cidades inteligentes.⁸⁶

Por fim, a Microsoft atuaria no desenvolvimento de programas, de equipamentos, dona da rede social LinkedIn, plataforma de serviços em nuvem, dentre outros.⁸⁷

Assim sendo, ao mesmo tempo que essa interação do usuário permite a personalização dos produtos e serviços e o alcance ao maior número possível de usuários finais, aumenta os custos de comutação, desincentivando eventuais trocas para outras plataformas, produtos ou serviços ainda que possam ser superiores⁸⁸, causando espécie de aprisionamento.

Os mercados da economia digital revelam a tendência em ter concentração e dominância por grandes líderes⁸⁹, a partir desses chamados efeitos de rede, da formação desses mercados de dois ou múltiplos lados, do ciclo de concentração de dados e do aprisionamento dos usuários:

O mercado digital baseado em dados apresenta características particulares, tais como os efeitos de rede (*network effects*), os mercados de dois lados ou

⁸⁵ SAGERS, Chris, **Antitruste e Tech Monopoly**: A General Introduction to Competition Problems in Big Data Platforms: Testimony Before the Committee on the Judiciary of the Ohio. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3471823>>. Acesso em: 25 jun. 2021. pp. 14-15.

⁸⁶ SAGERS, Chris, **Antitruste e Tech Monopoly**: A General Introduction to Competition Problems in Big Data Platforms: Testimony Before the Committee on the Judiciary of the Ohio. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3471823>>. Acesso em: 25 jun. 2021. pp. 15-16.

⁸⁷ SAGERS, Chris, **Antitruste e Tech Monopoly**: A General Introduction to Competition Problems in Big Data Platforms: Testimony Before the Committee on the Judiciary of the Ohio. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3471823>>. Acesso em: 25 jun. 2021. pp. 16-17.

⁸⁸ Nesse sentido alertam SANTESTEBAN, Cristian; LONGPRE, Shayne. How Big Data Confers Market Power to Big Tech: Leveraging the Perspective of Data Science. **The Antitrust Bulletin**, v. 65, 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3556232>>. Acesso em: 25 jun. 2021. pp. 1-45

⁸⁹ Rodrigues aponta uma tendência de verticalização das empresas nessa nova economia, por uma rede ou plataforma tem seu valor aumentado quando utilizada por mais pessoas e o acúmulo de dados para viabilizar o aprendizado sobre o “comportamento de seus usuários e oferecer serviços e produtos mais atraentes”, criando uma relação de dependência (path dependence). Isso acaba por fomentar a busca por se tornar a plataforma dominante, até como maneira de se manter no mercado. Cf.: RODRIGUES, Eduardo Henrique Krueel. **O direito antitruste na economia digital**: implicações concorrenciais do acesso a dados. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016, pp. 51-52.

múltiplos lados (*two-sided markets* ou *multiple-sided markets*), o ciclo virtuoso da concentração dos dados (*feedback loop*), a migração natural dos consumidores para as plataformas dominantes (*market tipping*) e o aprisionamento desses usuários aos serviços do agente econômico dominador, em razão da impossibilidade de substituição do produto ou do serviço (*lock-in effect*), bem como da impossibilidade de os concorrentes suportarem todos esses efeitos (*barreiras de entrada de mercado*).⁹⁰

Essas características inéditas remodelam a concorrência nesses mercados, que embora altamente impulsionada por tecnologia e inovações, mostra-se marcada pela concentração e verticalização dos mercados:

a concorrência nos mercados digitais tem suas próprias características, incluindo tendências como o “vencedor leva tudo”, efeitos de rede, mercados de dois lados ou até mesmo mercados ou plataformas multilaterais, estímulo a inovação e altos investimentos. A economia digital caracteriza-se também pela concorrência dinâmica baseada em ciclos contínuos de inovação, desenvolvimento e rupturas, mas também pela concentração de mercados envolvendo diferentes agentes econômicos com posição dominante e um crescente desequilíbrio entre grandes empresas e médias, pequenas empresas e consumidores.⁹¹

A busca de ferramentas para lidar com essas características inéditas, com a complexidade das relações e interdisciplinaridade envolvida, ocupa agenda importante em diversas autoridades concorrenciais globais.

No caso da autoridade brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, emitiu o documento nº 05/2020, intitulado “Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados”⁹².

Em tal documento, indicou-se pelo menos vinte e um estudos de autoridades e de centros de pesquisa de todo o mundo⁹³ “para mapear eventuais desafios à ampla e livre

⁹⁰ BUENO, Samara Schuch. **Regulação do tratamento de dados pessoais e contribuições ao combate do abuso do poder econômico**. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019, p. 110.

⁹¹ BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. *In*: DOMINGUES, Juliana Oliveira *et al.* [coord.] **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019, p. 652. [Versão Kindle].

⁹² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁹³ O documento revisou os seguintes estudos: 1. Sub-committee on Market Structure and Antitrust Report do Comitê para o Estudo de Plataformas Digitais do Stigler Center da Universidade de Chicago, Estados Unidos; 2. Big Data and Innovation: key themes for competition policy, do Competition Bureau do Canadá; 3. Competition Law and Data, realizado pela Autorité de la Concurrence Francesa e pelo Bundeskartellamt Alemão; 4. Competition Policy for the Digital Era, relatório preparado por três experts para o Directorate-General of Competition da União Europeia; 5. Digital Platforms Inquiry – Final Report, da Australian Consumer and Competition Commission (ACCC); 6. Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets da consultoria LEAR para a Competition and Markets Authority do Reino Unido; 7. Market Study – Mobile App Stores, da Authority for Consumers and Markets dos Países Baixos; 8. Price Effects

concorrência em uma economia digital” e ainda “permitir a tais autoridades antever eventuais falhas de mercado que possam ser endereçadas por políticas antitruste”, viabilizando “o desenvolvimento de novos procedimentos e de instrumentos que permitam a tais agentes cumprir com efetividade a missão de defesa da concorrência que lhes foi designada”.⁹⁴

Da mesma maneira, o intitulado “Mercado de Plataforma Digitais” se dedica aos mercados de plataformas digitais e ao estudo de “como foram as análises do CADE nos processos de atos de concentração e investigação de condutas nos mercados das plataformas digitais”.⁹⁵

O CADE indica que “variedade de dados e efeitos de rede caracterizam as plataformas digitais”, as quais “muitas vezes as plataformas surgem integradas em ecossistemas digitais que proveem uma variedade de produtos e/ou serviços”, e, quando “não exigem contrapartida financeira, tais sistemas visam agregar usuários e atenção para que sejam direcionados para mercados monetizados (por exemplo: publicidade digital)”.

Diante disso, “a análise concorrencial, para captar as essências desses mercados, considera essas especificidades”, pois “nesses mercados, há propensão para a concentração, o que faz com que as análises de atos de concentração sejam especialmente relevantes”⁹⁶.

of non-brand bidding agreements in the hotel sector, da Authority for Consumers and Markets dos Países Baixos; 9. Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU Competition Authorities in 2016, da Comissão Europeia em conjunto com a European Competition Network; 10. Digital Comparison Tools Market Study da Competition and Markets Authority do Reino Unido; 11. Publicité En Ligne: La Constitution d’un Écosystème En Forte Croissance et Tiré Par Deux Acteurs da Autorité de la Concurrence Francesa; 12. Online Platforms and Digital Advertising – Market Study Final Report da Competition and Markets Authority do Reino Unido; 13. Report of the study group on data and competition policy da JFTC Japonesa; 14. Report regarding trade practices on digital platforms da JFTC Japonesa; 15. Rethinking Competition in the Digital Economy do COFECE Mexicano; 16. Unlocking Digital Competition, relatório preparado por experts para o Governo do Reino Unido; 17. Working paper: Market power of platforms and networks do Bundeskartellamt Alemão; 18. Modernizing the Law on abuse of Market power de Heike Schweitzer, Justus Haucap, Wolfgang Kerber, Robert Welker a pedido do Ministério da Economia Alemão; 19. A New Competition Framework for the Digital Economy da Comissão “Competition 4.0” a pedido do Ministério Federal Alemão para Economia e Energia; 20. Ecossistemas Digitais, Big Data e Algoritmos da Autoridade da Concorrência Portuguesa; 21. Market Study on E-Commerce in India da Competition Commission of India.

⁹⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

⁹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021. p. 8.

⁹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021.

O CADE destaca ser um dos desafios às autoridades de concorrência, a identificação de atos de concentração, com potencial risco ao livre desenvolvimento da concorrência, mas os quais, pelo volume de negócios não ser elevado, distanciar-se-iam dos valores mínimos previstos em lei para análise dos atos de concentração:

Estas concentrações preventivas podem ter como objetivo a expansão/reforço do ecossistema via incorporação de produtos, ou a descontinuação/limitação da introdução de novos produtos. Um dos desafios das autoridades de concorrência de todo o mundo é evitar que atos de concentração que apresentam risco concorrencial escapem do controle dessas autoridades por não alcançarem os patamares de valores mínimos exigidos por lei, em especial quando o volume de negócios das empresas a serem adquiridas não é elevado.⁹⁷

No relatório, são relacionadas onze dessas características observadas nas plataformas digitais, que devem basear os estudos desses mercados⁹⁸:

(i) Os efeitos de rede positivos diretos, considerado como aqueles em que “a utilidade para os usuários deriva do número de usuários do mesmo lado”.

(ii) Os efeitos de rede positivos indiretos, dentro dos mercados de múltiplos lados, ocorrendo quando “grupo de usuários se beneficia mais quando cresce o número de membros em outro grupo e, possivelmente, vice-versa”.

(iii) O subsídio cruzado, total ou parcial, que seria “uma das formas que as plataformas usam para atingir um tamanho viável de explorar a natureza de mercado de múltiplos lados, devido às estruturas de preços”, pois “empresas subsidiam um lado do mercado para que consigam ser bem-sucedidas em outro lado”, como mecanismo de busca que “não cobra por elas para que tenha um maior número de buscas e assim seja mais atraente para os anunciantes”. A estratégia seria a mais utilizada pelos “principais mecanismos de pesquisa, redes sociais, plataformas de mídia e plataformas de mensagens instantâneas”, por “as receitas de publicidade possibilitam oferecer serviços gratuitos para usuários do outro lado dos negócios da plataforma”.

(iv) Escala sem massa, porque “plataformas têm possibilidade de crescer de maneira mais rápida e barata, comparativamente com os mercados de bens físicos”, no qual “não há um bem tangível, físico” e os custos são baixos e muitas vezes “reduzidos para dados processamento, armazenamento, replicação e transmissão de dados”.

⁹⁷ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021. p. 10.

⁹⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021. pp. 11-15.

(v) Baixo custo marginal, pois “depois de absorver custos com hardware e servidor para armazenamento de dados, há um custo marginal extremamente baixo para que se some mais um usuário à plataforma”, situação relevante, pois a “economia de escala, é extremamente relevante para as plataformas” e influencia “na política de precificação e de diferenciação de produto, além de serem elementos que podem favorecer a concentração de mercado”.

(vi) Alcance global da internet e o potencial de atingir clientes em toda parte do mundo.

(vii) Economia de escala e escopo “complementaridades entre dois ou mais dos serviços que prestam em uma determinada plataforma ou entre elas”, pois os “custos e/ou dados de desenvolvimento podem ser compartilhados entre linhas de negócios”. O aumento do número de serviços e produtos oferecidos reflete também no grau de aprisionamento do usuário e consumidor na plataforma, tendo o aspecto positivo, pois “pode levar a eficiências em termos concorrenciais”, mas, por outro lado “pode levar a condutas anticompetitivas em relação aos usuários de negócios a jusante ou a montante”.

(viii) Geração e uso de dados do usuário, característica de “economia de escala dinâmica”, mas que pode constituir prejuízos ao desenvolvimento da concorrência, na medida em que as empresas “com mais dados melhoram os seus produtos com custos mais baixos do que as empresas menores”, tendo “uma potencial barreira de entrada”. A verdadeira “aquisição de dados pode ser usada para aumentar a produtividade e ganhar mais participação de mercado, o que expande ainda mais a quantidade de dados disponíveis e o poder de mercado”.

(ix) Inovação disruptiva, pois a “maioria das plataformas alterou ou criou novos mercados”.

(x) Custos de troca, pois “podem gerar altos custos para que os usuários troquem de plataformas”, como “configuração de um novo perfil, upload de novos conteúdos, uma nova comunidade de amigos ou seguidores”, aprisionando, de certo modo, o usuário e dificultando sua migração para outra plataforma, ainda que ao custo do “aumento dos preços, queda da qualidade ou menos privacidade”.

(xi) “*Winner take all*” ou “*winner take most*”, vistos naqueles mercados cujos efeitos de rede diretos são fortes, os custos de transação são altos e “os usuários devem achar difícil ou não desejável o ‘multi-homing’ (o que significa que eles não tendem a usar plataformas múltiplas ou rivais simultaneamente)”. O caminho, assim, aos entrantes pode ser mais difícil, pois “diferentemente da primeira empresa, eles estão entrando em

um mercado que já possui um grande e promissor incumbente que se beneficia da economia de escala e dos efeitos de rede diretos”.

Classifica também que os tipos mais comuns de modelos de negócios das plataformas digitais seriam os modelos de: (i) assinatura, no qual “somente existem duas partes envolvidas (um fornecedor do serviço e o usuário que paga uma assinatura para acessá-lo)”;

(ii) publicidade, no qual normalmente não há pagamento pelo usuário, pois “as plataformas ganham indiretamente através de publicidade e comercialização de informações que aumentam a efetividade da publicidade”;

e, (iii) de acesso aberto no qual “plataforma funciona como um mercado ao conectar os fornecedores de bens ou serviços com os usuários que podem ou não ter custos posteriores”.⁹⁹

A revisão desses documentos preparados pelo CADE demonstram a importância e atualizada da pesquisa, por evidenciar ser a economia digital rica em avanços e desenvolvimento de novos negócios baseados em alta tecnologia, dados e plataformas digitais não imagináveis em mercados tradicionais, ao tempo que tendem a concentração, a criação de barreiras à entrada e ao aprisionamento dos usuários, revelando uma estrutura que favorece o direcionamento de comportamentos e práticas anticompetitivas.

1.3. CONCLUINDO: O CHAMADO CAPITALISMO CONTEMPORÂNEO E SEUS IMPACTOS SOCIAIS E ECONÔMICOS

Os aspectos apresentados indicam novos contornos ao sistema capitalista. Nessa perspectiva, o capitalismo contemporâneo revela traços inéditos, considerando o poder emergido dos dados para criar perfis precisos, revelando da capacidade da indústria digital de antecipar comportamentos, norteados por tecnologias pensadas para coletar dados e saber das preferências e interesses dos usuários. Esses traços podem ser resumidos em:

- (i) a existência de objetos materiais pensados e desenvolvidos para coletar e transmitir dados, como os celulares, computadores;
- (ii) a publicidade direcionada, de precisão, em razão dessa capacidade de criar perfis de personalidade, de comportamento de consumidores, por meio dos dados;
- (iii) capacidade de antecipar comportamentos ou tendências de mercado e adotar estratégias a partir daí¹⁰⁰.

⁹⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021. pp. 11-15.

¹⁰⁰ ZANATTA, Rafael A. F.; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Revista Estudos Avançados**, p. 421-446, 2019, pp. 431-433.

Zuboff¹⁰¹ aborda o tema da perspectiva do chamado capitalismo de vigilância. Analisou diversos aspectos objetivando demonstrar como “o capitalismo se transforma na determinação que todo comportamento humano pode ser traduzido em dados”.

A conclusão de Srinivasan¹⁰² ao estudar o desenvolvimento do Facebook e sua relação com a vigilância, é no sentido de que passou a ser exercida pelo Facebook após a eliminação da maior parte dos concorrentes, com práticas escusas e pouco compreendidas pelos usuários e consumidores, com o objetivo de vender publicidade e monetizar o uso do ambiente digital. Esse monitoramento e registro incluiria a capacidade de acompanhar as atividades dos usuários off-line ou fora da plataforma do Facebook. A capacidade de realizar vigilância comercial sem precedentes é um alicerce das receitas e lucros atuais do Facebook. O novo utilitário de comunicação da era digital, portanto, apresenta o custo da vigilância digital generalizada.

A opacidade na coleta e no tratamento dos dados, por meio da vigilância massificada arquitetada pelas GAFAM, são algumas das razões de se questionar a legitimidade da ascensão desses agentes e se essa conquista de mercado se deu por mérito. De acordo com Frazão, parte do poder e posições alcançadas são relacionadas a “ausência de uma regulação de dados, cujo vácuo foi preenchido por uma autorregulação abusiva e sem limites, estabelecida apenas em favor dos interesses das próprias plataformas”¹⁰³.

Na Europa, a pretensão da regulação da esfera digital guardaria o contexto de evitar o “erro anterior de confundir globalização com a desregulamentação e digitalização com uma atitude ‘livre para todos’”¹⁰⁴.

Frazão¹⁰⁵ defende a constituição de uma nova forma de capitalismo impulsionada pelo uso massivo de dados “fundado na vigilância constante e controle disperso sobre

¹⁰¹ ZUBOFF *apud* FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1002-1033, 2021, p. 1.008.

¹⁰² SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

¹⁰³ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Versão Kindle] posição 1373.

¹⁰⁴ CHRISTAKIS, Theodore. European Digital Sovereignty: Successfully Navigating Between the “Brussels Effect” and Europe’s Quest for Strategic Autonomy. Multidisciplinary Institute on Artificial Intelligence. **Grenoble Alpes Data Institute**, e-book, December 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3748098>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 39.

¹⁰⁵ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Versão Kindle]

cidadãos”, com principal uso para publicidade e estratégias de marketing e no qual a violação de privacidade teria se tornado um negócio. Aponta que a capacidade de gerar mais dados e mais aplicação sobre estes, revela um poder de manipulação que decorre do próprio processamento de dados e antes sem qualquer proteção estatal, gerando ausência de dever de transparência e *accountability*.

Em que pese não ser objeto específico dessa pesquisa, vale destacar que os problemas surgidos na indústria digital pela coleta e uso dos dados pessoais, foi uma das razões a motivar a disciplina da proteção de dados pessoais, calcada em diversos fundamentos como no direito à privacidade. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, emitiu as primeiras orientações para regulação da matéria na década de 1980, atualizadas em 2003.¹⁰⁶

No Brasil, o regime geral foi estabelecido pela Lei nº 13.709/2018, conhecida como a Lei Geral de Proteção de Dados - LGPD¹⁰⁷. A lei resguarda diversos direitos do titular dos dados, com destaque ao consentimento do titular, definido como a “manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada” (artigo 5º, XII, da LGPD), mostrando-se importante ferramenta para atingir aos objetivos da lei e para alcançar a transparência, respeito à privacidade e o equilíbrio nas relações envolvidas.¹⁰⁸

Segundo previsto pela LGPD, o tratamento e compartilhamento de dados pessoais exige o consentimento explícito e não admite autorizações genéricas (artigos 5º, XII, 7º e 8º, da LGPD). O consentimento, dessa maneira, “compreende a liberdade de escolha” e associa-se a “à autodeterminação existencial e informacional do ser humano, mostrando-

¹⁰⁶ OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais**. Versão Português, 2003. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

¹⁰⁷ Conforme descreve Ana Frazão “uma lei geral de proteção de dados, como é o caso da LGPD, tem papel crucial e estratégico, até por oferecer uma base comum de regras e princípios que poderá ser utilizada por outras áreas, sempre que tiverem que lidar com a problemática dos dados”. Cf: FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Versão Kindle] posição 1373.

¹⁰⁸ Nesse sentido, destaca o texto de: TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara S. de. Consentimento e Proteção de Dados Pessoais na LGPD. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Versão Kindle]

se imprescindível para a proteção do indivíduo e a circulação de informações”, além de dar ao titular a opção de “escolher entre aceitar ou recusar”.¹⁰⁹

A privacidade, todavia, é um dos pontos sensíveis do capitalismo contemporâneo. Além do aspecto de sua violação, em si, fomentador da disciplina da proteção de dados acima indicada, depara-se ainda com o chamado paradoxo da privacidade.

Esse paradoxo é visto sob duas perspectivas. Primeiro, da perspectiva de desalinhamento das ações no ambiente digital em descompasso com as preferências individuais em relação à sua privacidade, e, com isso, o desafio de promover o consentimento informado em plataformas que apresentam diversas limitações a respeito da transparência de informações¹¹⁰. E, segundo, da perspectiva da capacidade dos consumidores, como usuários de produtos e serviços baseados na internet, serem capazes de tomar decisões racionais e/ou bem-informadas sobre seus dados nesse ambiente de diversas limitações¹¹¹.

Isso se relaciona de certa forma com o fato das inovações decorrentes da inteligência artificial e do uso de algoritmos, serem capazes de determinar as informações a serem “encontradas na internet, produzidas, consideradas relevantes para cada indivíduo e escolhidas e/ou consumidas”, como uma verdadeira “seleção algorítmica” que “governa a evolução e o uso da Internet, influenciando o comportamento de todos os usuários e moldando a formação de preferências e decisões no produção e consumo de bens e serviços”. Isso reflete a construção de uma realidade baseada em uma “governança marcada pela seleção direcionada ou omissão de informações, que eventualmente molda subconscientemente o comportamento dos consumidores”¹¹².

¹⁰⁹ BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 197.

¹¹⁰ TIROLE, Jean. **Digital Dystopia**. 13th Digital Economics Conference, Toulouse, 2020. Disponível em: < https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/images/conference/Digital_conf_2020/tirole_digital_dystopia_080120.pdf >. Acesso em: 03 jan. 2022.

¹¹¹ SANTESTEBAN, Cristian; LONGPRE, Shayne. How Big Data Confers Market Power to Big Tech: Leveraging the Perspective of Data Science. **The Antitrust Bulletin**, v. 65, 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3556232>>. Acesso em: 25 jun.2021.

¹¹² “This information resembles a digital reality, which is first of all detached from the traditional rational understanding of information by society and secondly is also detached from its traditional role within a sphere of social communication. Digital technologies led to a bifurcation and disassociation of information and communication. This has consequences for the role of communication in a digital age. Automated algorithmic information selection on the Internet governs a wide spectrum of individual action and creates statistical knowledge that is detached from a social reality. Entire business models and marketing strategies in e-commerce are now built on the creation of ML algorithms that govern or determine what information is found on the Internet, produced, considered relevant for each individual⁸⁴ and chosen and/or consumed. Algorithmic selection essentially co-governs the evolution and use of the Internet by influencing the behaviour of individual producers and users, shaping the formation of preferences and decisions in the production and consumption of goods and services. This leads to a construction of reality, a kind of governance marked by the targeted selection or omission of information, which eventually subconsciously

Como destaca Camurça e Matias “a publicidade online e a personalização de anúncios, em si, não são um problema. A questão está na falta transparência e nas práticas obscuras que por vezes as permeiam, indo de encontro à vida privada do usuário”¹¹³.

Somada a essa perda de autonomia ou limitação nas escolhas, os mercados também são moldados a partir de incentivos econômicos para produção estandardizada e massificada.

Gibran¹¹⁴ lembra o fenômeno da produção estandardizada e massificada, advindo do avanço industrial e tecnológico. Vê em tal forma de produção e na necessidade do seu completo escoamento, o afloramento de um consumo enfermo e desvirtuado (consumismo), sem consciência cidadã. Enquanto “consumir é ato necessário para manutenção da vida o consumismo é ato impensado, exagerado, impulsivo”¹¹⁵.

A autora relembra a obra de Bauman, o qual enxergou na sociedade tida como moderna a transformação dos consumidores em verdadeiras mercadorias e o consumismo como uma “síndrome cultural”¹¹⁶. Os consumidores se tornaram verdadeiros objetos a serem atingidos pelos agentes econômicos, por meio de incentivos das mais variadas formas para aquisição de produtos e serviços até mesmo como fator de aceitação social.

Nas palavras de Bauman¹¹⁷:

O objetivo crucial, talvez decisivo, na sociedade de consumidores (mesmo que raras vezes declarado com tantas palavras e ainda como menos frequência debatido em público) não é a satisfação de necessidades, desejos e vontades, mas a comodificação ou recomodificação do consumidor: elevar a condição dos consumidores à de mercadorias vendáveis. É, em última instância, por essa

shapes the consumers' behaviour”. Cf.: HOFFMANN, Jörg. Safeguarding Innovation through Data Governance Regulation: The Case of Digital Payment Services (May 18, 2020). *In*: German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, **Nomos**, 2021, pp. 343-400, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 20-08. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3613798>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

¹¹³ CAMURÇA, Lia Carolina V.; MATIAS, João Luís Nogueira. Direito à privacidade e à proteção de dados pessoais: análise das práticas obscuras de direcionamento de publicidade consoante a lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 26, n. 2, p. 6–23, 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1590>. Acesso em: 3 jan. 2022. pp. 14.

¹¹⁴ GIBRAN, Fernanda Mara. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012, p. 21.

¹¹⁵ GIBRAN, Fernanda Mara. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012, p. 21.

¹¹⁶ GIBRAN, Fernanda Mara. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012, p. 22.

¹¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008, pp. 74-76.

razão que passar no teste do consumidor é condição inegociável para a admissão na sociedade que foi remodelada à semelhança do mercado. Passar no teste é précondição de todas as relações contratuais que tecem a rede de relacionamentos chamada “sociedade de consumidores” e que nela são tecidas. É essa précondição, sem exceção ou possibilidade de recusa, que consolida o agregado das transações de compra e venda numa totalidade imaginada.

Thaler e Sunstein¹¹⁸ atentam para o círculo vicioso que essa dinâmica pode se transformar, devido a tendência de adotar condutas padronizadas, por comodidade em optar por algo previamente configurado e formatado, sem precisar escolher. Ou ainda, por condutas impulsionadas no pensamento do que a sociedade espera de cada pessoa, resultando em influências constantes nos hábitos de consumo, os “nudges sociais”¹¹⁹, concebendo em influência social capaz de se traduzir em influência econômica.

E as referidas questões passaram a ser cada vez mais exploradas por agentes econômicos, principalmente em publicidades objetivando “influenciar os consumidores dizendo o que a maioria da população está fazendo”¹²⁰, e, com isso sinalizar que a aceitação social depende da aderência a tal cultura. Asseveram também que “muitas vezes a competição no mercado é positiva, mas em alguns casos as empresas têm um forte incentivo a atender e, ao mesmo tempo, explorar as fraquezas das pessoas”¹²¹.

Os fatores - ou combinação deles - capazes de influenciar ou direcionar escolhas humanas são estudados em diversas ciências, em especial nas relacionadas ao comportamento humano. Na área de economia comportamental, por exemplo, a par da investigação do processo de tomada de decisão dos indivíduos, busca-se tratar dos vieses e heurísticas da condição humana, capazes de induzir ou direcionar decisões e escolhas consideradas não racionais. Ou seja, aquelas que não favorecem o próprio indivíduo:

Muitas vezes, as escolhas realizadas sob a influência de processos mentais obscuros conduzem os indivíduos a tomar decisões deletérias. Os exemplos adiante mencionados poderão evidenciar os comportamentos vulneráveis, tomados por impulso de problemas de cognição, os quais formam um padrão de repetição contrária ao interesse dos próprios agentes. Quando somadas, essas armadilhas mentais provocadas por vieses e heurísticas da condição humana, reduzem, significativamente, a condição de bem-estar social.¹²²

¹¹⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Trad. Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, pp. 74-103.

¹¹⁹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Trad. Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, pp. 74-103.

¹²⁰ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Trad. Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, pp. 77 e 92.

¹²¹ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge**: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade. Trad. Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019, pp. 77 e 92.

¹²² PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia Comportamental e Direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 457-472, 2018, p. 458.

Pode-se traçar, dentro de tal perspectiva, uma interpretação no sentido de que a cultura propagada de consumo e objetivo de monetizar os modelos de negócios formados na economia digital, desencadeiam traços da possibilidade de interferência no processo de tomada de decisão dos consumidores, que sequer tomam consciência da manipulação ou direcionamento de suas escolhas.¹²³

A identificação e a previsão de comportamentos podem, por exemplo, serem aliadas à biotecnologia, para manipulação baseada no chamado neuromarketing:

A aplicação de métodos de Mineração de Dados é meio insidioso pelo qual os dados pessoais são extraídos do aparato tecnológico e está expressamente previsto nas cláusulas contratuais dos produtos e dos serviços baseados na Internet. Somam-se a estes métodos as técnicas de neuromarketing, que podem persuadir o consumidor a produzir mais dados e informações, causando a dependência destes produtos e serviços que só subsistem graças à produção diária e incessante de dados que precisam ser filtrados, categorizados e catalogados para serem transformados em conhecimento passível de ser repassado, podendo até mesmo ser comercializado direta ou indiretamente aos anunciantes dispostos a obter as preferências e os gostos dos usuários e dos consumidores que servirão de base ao direcionamento de publicidade segmentada e personalizada¹²⁴.

O neuromarketing seria utilizado por “fornecedores de produtos e serviços baseados na Internet para, incidindo no consentimento do consumidor, fomentar o consumo impulsivo”, na medida que teria desenvolvido técnicas capazes de conduzir o comportamento humano:

O neuromarketing explora a fundo os sistemas reptiliano e límbico do cérebro humano em busca da indução ou da sugestão do automatismo e do inconsciente, usando artifícios que ativem ou os exacerbem, bem como que produzam emoções e sensações de prazer no cérebro, diminuindo, portanto, a atuação ou a preponderância do córtex responsável pela decisão racional. Verifica-se que o neuromarketing é ferramenta que pode potencializar o consumo, pois se vale de uma visão multidisciplinar para, estudando o mecanismo de ondas cerebrais bem como as sinapses e as regiões onde ocorrem estímulos, conseguir identificar se o ato humano está ocorrendo por impulso (cérebro reptiliano), por elementos como as emoções (sistema

¹²³ Nesse sentido: “as práticas manipulatórias compreendem três características: (i) ocorrem de maneira oculta, (ii) abusam da cognição humana, especialmente das condições emocionais ou vulnerabilidades do processo de decisão, bem como (iii) são direcionadas a determinados públicos ou pessoas de maneiras personalizadas e customizadas. A tecnologia da informação faz com que as práticas de manipulação se tornem significativamente mais fáceis. Devido à ubiquidade das tecnologias de vigilância, as vulnerabilidades humanas foram facilmente descobertas, interpretadas e utilizadas em aplicativos dinâmicos, personalizados, e projetados para explorar cada uma delas de maneira individual. Dá-se o nome de manipulação online para especificar a classe particular de práticas manipulatórias inerentes ao capitalismo de vigilância”. Cf.: NISSENBAUM apud MORAES, Felipe Américo. *Mineração de dados no sistema financeiro: uma ofensa à autonomia humana*. In CAVALLE, Ángel Urquizu *at al.* **Direito, novas tecnologias e proteção de dados**. Curitiba: Instituto Memória, 2020.

¹²⁴ PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; MEIRELES, Jussara Maria Leal de. As técnicas de neuromarketing nos contratos eletrônicos e o vício do consentimento na era digital. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 23, n. 2, p. 521-548, 2018, p. 523.

límbico) ou por puro raciocínio (córtex cerebral). Conhecedor destas informações, pode o fornecedor aplicar tais técnicas para moldar ou conduzir o comportamento do consumidor, visando ao aumento das vendas e da lucratividade.¹²⁵

Araújo destaca as dificuldades na análise do objeto e método no que diz respeito ao neuromarketing, embora tenha sido “até agora, uma adaptação dos pressupostos, teorias e métodos das neurociências e a sua combinação com as disciplinas que gravitam em torno do Marketing e da Teoria do Consumidor”¹²⁶, tendo por “objeto principal fornecer explicações – num registo válido em termos neurocientíficos – para o condicionamento profundo da conduta dos consumidores”¹²⁷.

Assim, a espontaneidade das escolhas nesses negócios é colocada a prova, por essa indústria ter a capacidade de induzir escolha com o uso de ferramentas e aliança de diversas técnicas, cujo insumo principal é a utilização de dados e informações sobre preferências e comportamentos individuais:

Isso passou a ocorrer de maneira muito mais severa com as tecnologias de vigilância, as quais permitem o *microtargeting*, ou seja, devido à extração e interpretação dos dados, as empresas conhecem as vulnerabilidades das pessoas e possuem a capacidade de entendê-las individualmente. O uso dos dados pessoais que permitem conhecer as vulnerabilidades de maneira individual torna possível campanhas publicitárias direcionadas de maneira altamente customizada para induzir, de maneira muito mais agressiva, a compra de um produto. É o caso não somente de entregar propagandas de determinados produtos para pessoas que possuem o interesse, mas dar descontos exatamente no quando o alvo manifesta comportamentos ansiosos ou depressivos em frente ao celular. O abuso dessa técnica é chamado por Yeung de *hypernudging*, que podem ser compreendidas como o meio de condução do processo de decisão alavancado pelo Big Data.¹²⁸

¹²⁵ PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; MEIRELES, Jussara Maria Leal de. As técnicas de neuromarketing nos contratos eletrônicos e o vício do consentimento na era digital. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 23, n. 2, p. 521-548, 2018, p. 528.

¹²⁶ ARAÚJO, Fernando. Neuromarketing: algumas reflexões sobre objecto e método. In: LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando. [coord.] **Direito, Tecnologia e Empreendedorismo: uma visão luso-brasileira**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, p. 374-413.

¹²⁷ ARAÚJO, Fernando. Neuromarketing: algumas reflexões sobre objecto e método. In: LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando. [coord.] **Direito, Tecnologia e Empreendedorismo: uma visão luso-brasileira**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, p. 374-413.

¹²⁸ O autor complementa que “As grandes empresas de tecnologia, há muito, entenderam que os dados pessoais de seus usuários são extremamente valiosos. Eles não somente permitem prever os desejos de consumo futuro, mas, de uma maneira muito mais eficiente, permitem influenciar e manipular o comportamento humano de modo a beneficiar seus interesses. Ao invés de prever o comportamento, o causam”, sem sequer as pessoas terem ciência dessa subversão do seu processo de tomada de decisão, desrespeitando a autonomia e liberdade individual e seria o que “Zuboff nomina de meios de alteração e controle comportamental e constitui uma nova forma de poder que reduz os seres humanos à condição de meros instrumentos, dispostos à atender interesses alheios, chamados de poder instrumentário”. Cf.: MORAES, Felipe Américo. Mineração de dados no sistema financeiro: uma ofensa à autonomia humana. In CAVALLE, Àngel Urquizu *at al.* **Direito, novas tecnologias e proteção de dados**. Curitiba: Instituto Memória, 2020.

Ana Frazão considera que as plataformas digitais “por muito conhecerem sobre nós, muito podem fazer em relação a nós e até contra nós”. O conhecimento “associado ao poder da comunicação, hoje também embasado nos estudos da biologia, neurociência e psicologia, pode ser facilmente utilizado para manipular as pessoas, bem como tentar modificar suas crenças e opiniões”¹²⁹.

Sob outra perspectiva, Forgioni destaca a mudança do ambiente institucional a partir da década de 1980, pois “aflorou a chamada economia da informação”, em ambiente no qual a “a força competitiva das empresas depende cada vez mais de sua capacidade de gerar, processar e aplicar conhecimento”, dentro dos quatro principais fatores de produção, “capital, trabalho, recursos naturais e tecnologia”. Os principais focos de negócio no século XXI é a “informação, tecnologia e conhecimento”. O conhecimento passa a ser indispensável para acesso e permanência no mercado, revelando que restringir o acesso à informação poderia “implicar em elevados prejuízos sociais” e que a “tecnologia da informação” introduziu “um padrão de descontinuidade nas bases materiais da economia, sociedade e cultura”¹³⁰.

A análise de Calixto Salomão Filho revela a preocupação decorrente da expansão da internacionalização dos monopólios que caminha para reivindicar soluções estruturais ao próprio sistema capitalista, por apresentar características comuns em todo o mundo.¹³¹

Em suas considerações, destaca que “a recente história do Capitalismo demonstra que, do ponto de vista das companhias engajadas na produção de bens e serviços, a expansão geográfica é uma progressão natural”, na medida em que os “lucros tendem a decair com o tempo em regiões com desenvolvimento industrial e tecnológico mais elevado, como resultado da grande competição entre companhias”. Com isso, os agentes

¹²⁹ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Versão Kindle]

¹³⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 328-329.

¹³¹ Segundo suas palavras “como um resultado do processo de internacionalização, os efeitos negativos das estruturas monopolistas (os efeitos de “tripla drenagem”) também alcançam o chamando mundo desenvolvido. Desemprego, dominação de serviços públicos por monopólios privados e o consumismo são características comuns no mundo. O uso predatório do meio ambiente é um problema comum. Soluções estruturais são, portanto, não mais necessárias apenas para Países subdesenvolvidos, mas também para o sistema capitalista como um todo”. Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 58. [Versão Kindle]

econômicos movimentam-se para “procurar novos mercados nos quais a competição não seja tão feroz e em que lucros monopolistas ainda possam ser extraídos”.¹³²

Ele defende que esses movimentos, por diversos fatores, acabam por desencadear novos monopólios com “terríveis efeitos”, principalmente em países em desenvolvimento, por aumentar os níveis de desemprego e desigualdades econômicas, por romper “a rede de segurança de serviços públicos”, substituindo muitos por serviços privados, por levar ao esgotamento de recursos naturais (impactos predatórios ao meio ambiente) e por concentrar o domínio tecnológico, de informação e o poder nas mãos das estruturas monopolistas que controlam essas tecnologias.¹³³

Esse movimento de dominação geral sobre tecnologia e informação e os efeitos de rede global “que se tornou possível com as novas tecnologias da informação” teriam contribuído para a “formação de monopólios globais que antes não poderiam nem mesmo ser imaginados”¹³⁴, gerando impactos importantes, por:

Primeiro, torna-se mais difícil disciplinar ou regular o comportamento de tais estruturas. O caráter internacional delas e o caráter transformador das tecnologias (que podem se transformar completamente em poucos anos) fazem sua existência mais líquida e difícil de controlar.

Segundo, a dominação tecnológica por elas exercida permite padrões de consumo a serem continuamente determinados. A dominação tecnológica permite que as companhias que a detêm criem gostos e utilidades para seus novos produtos e tecnologias. Como resultado, o último elemento do efeito de tripla drenagem – a extração de lucros anormais do consumo – se expande.¹³⁵

Devido ao rápido avanço deste novo contexto econômico e social, a tutela jurídica desses assuntos passou a ascender como uma necessidade para acomodar todos os interesses e direitos envolvidos.

Como dito em linhas anteriores, a proteção de dados pessoais, por meio da regulação do tratamento dos dados pessoais, foi um desses regramentos fruto da necessidade de equilibrar os interesses dos titulares dos dados com aqueles dos agentes econômicos, em meio aos apontamentos da falta de transparência nesse sentido e consequente violação de direitos fundamentais, como da liberdade e da privacidade.¹³⁶

¹³² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 56-58. [Versão Kindle]

¹³³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, pp. 56-58. [Versão Kindle]

¹³⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 58. [Versão Kindle]

¹³⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 58. [Versão Kindle]

¹³⁶ DONEDA, Danilo. Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais. Universidad de los Andes. **Facultad de Derecho (Bogotá, Colombia)**, n. 1, Julio-Diciembre, 2012, pp. 1-12.

A tutela legal, no entanto, passou a ser implementada quando a maioria desses negócios, nos quais há um intenso tráfico de dados principalmente dos usuários, já haviam se estabelecido em nível global e conformado essas grandes corporações tecnológicas¹³⁷. A consolidação desses negócios se enraizou sem praticamente cruzar com nenhuma regulação ou regulamentação específica até bem pouco tempo, e, como se abordará abaixo, deixando de passar pelo escrutínio das autoridades antitruste.¹³⁸

Há que se entender, todavia, se esse ambiente no (e do) qual se desenvolveu a indústria digital, reclama repensar também a política de defesa da concorrência e os mecanismos nela insertos, devido ao contínuo aumento do poder econômico dessas grandes corporações tecnológicas e concentrações nesses mercados. Nessa pesquisa, se enfatizará principalmente sob o aspecto do controle dos atos de concentração previstos no direito brasileiro.

¹³⁷ “Não há dúvida que as empresas de tecnologia estão se desenvolvendo de forma mais rápida que o Direito [...]. Quando notaram que o mercado e a sociedade mudaram, os algoritmos e as plataformas digitais já estavam presentes no dia-a-dia”. Cf.: ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em mercados digitais e desafios ao controle de atos de concentração. **RDC**, v. 7, n. 2, p. 99-120, nov. 2019.

¹³⁸ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Versão Kindle]

2. A POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO E SEUS CONTROLES ATUAIS

O objetivo do segundo capítulo é analisar a política de defesa da concorrência no direito brasileiro e suas bases atuais, abordando aspectos da evolução da relação entre Estado e mercado, a interação dessa relação com a disciplina da concorrência e com o regime constitucional da ordem econômica estabelecido na Constituição de 1988.

Em seguida, o capítulo tratará da evolução e dos objetivos da Lei Antitruste brasileira. As hipóteses do controle preventivo dos atos de concentração econômica previstos atualmente na Lei nº 12.529/2011 e os aspectos do controle repressivo de infrações contra a ordem econômica, os tipos previstos, as condutas tipificadas e as sanções previstas na Lei nº 12.529/2011.

2.1. O DIREITO DA CONCORRÊNCIA NA RELAÇÃO ENTRE ESTADO E O MERCADO E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA

A contextualização da evolução da relação entre Estado, mercado e economia que desencadeou a constitucionalização da ordem econômica, apesar de não ser o objeto específico do trabalho, é importante por ser o campo no qual se situa o direito da concorrência e seu papel na sociedade contemporânea.

Nesse sentido, as lições de Eros Roberto Grau são pertinentes por realizar um recorte temporal, reconhecendo uma mudança no papel do direito e do Estado no sistema capitalista no início do século XX, motivada, dentre outras questões, na aceitação das imperfeições do liberalismo.¹³⁹

Foi nessa fase que o Estado liberal, no qual a economia e os mercados seguiriam seu próprio curso, sem praticamente nenhuma presença do Estado, cede espaço a um novo modelo, o “Estado moderno”, o qual “nasce sob a vocação de atuar no campo econômico”, alterando ao longo do tempo o “seu modo de atuar, inicialmente voltado à constituição e a preservação do modo de produção social capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado”.¹⁴⁰

¹³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁴⁰ O autor identifica, a partir dos postulados de Jürgen HABERMAS, quatro categorias de atividade estatal, entendendo que “afim de *constituir* e *preservar* o modo de produção, certas premissas de existência continua hão de ser realizadas”, garantindo o Direito Civil, instituições de propriedade e liberdade de

Essa repaginação foi essencial à sobrevivência do próprio regime capitalista¹⁴¹, para promover sua renovação e modernização e motivou-se pelo reconhecimento das “imperfeições do liberalismo”¹⁴² e pela “incapacidade de autorregulação dos mercados”, pois ao ignorar e recusar “a ideia de poder econômico” e defender a ampla liberdade econômica “abria campo às manifestações do poder econômico” e “levou à supressão da concorrência”¹⁴³, não se sustentado diante das cíclicas crises”¹⁴⁴.

Com a inviabilidade do capitalismo estritamente liberal, o Estado assumiu o “papel de agente regulador da economia”¹⁴⁵, já que deixar a “economia de mercado desenvolver-se de acordo com suas próprias leis”, mostrou que ela mesma “criaria grandes e permanentes males”, mostrando-se o sistema jurídico e político importante para funcionamento e desenvolvimento dos próprios mercados, e, concomitantemente, prover a proteção social, visando à defesa e preservação do sistema”¹⁴⁶.

Ana Frazão ao tratar da obra de Adam Smith e o “significado histórico do princípio da mão invisível” agregado a tal obra¹⁴⁷, observa que adotar o postulado de

contratar, protegendo o “sistema de mercado contrato efeitos secundários autodestrutíveis”, como jornada de trabalho, legislação antitruste, estabilização da moeda, assegurando “premissas de produção dentro da economia”, promovendo capacidade de competir internacionalmente, integridade nacional interna e externa. *Complementar* o mercado, utilizando o sistema jurídico para adequar novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento. *Substituir* o mercado “em reação frente a debilidade das forças motrizes econômicas [...] criando novas situações econômicas”. Por fim, para *Compensar* “disfunções do processo de acumulação, que se manifestam no seio de certas parcelas do capital, da classe operária ou de outros grupos organizado, produtoras de reações que se procuram impor pelas vias políticas”, assumindo “efeitos externos da economia privada”. (HABERMAS, 1973, *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 18-21).

¹⁴¹ Assevera que a própria “constituição do modo de produção capitalista dependeu da ação estatal”, pois “não existiria o capitalismo sem que o Estado cumprisse a sua parte, desenvolvendo vigorosa atividade econômica, no campo dos serviços públicos” e atuação na “ordem econômica internacional”, além do que o capitalismo dependeria de previsões seguras, estabilidade, de forma que sem o direito moderno, não poderia existir, pois o “bom funcionamento de uma economia de mercado depende de regras estáveis”, que também seriam importantes para reduzir riscos. Cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 31-54.

¹⁴² As imperfeições do liberalismo podem ser resumidas “no surgimento dos monopólios, no advento de cíclicas crises econômicas e no exacerbamento do conflito entre capital x trabalho”. Cf.: VIDIGAL, 1988, p. 14 *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

¹⁴³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 21-28.

¹⁴⁴ DINIZ, Claudio Smirne. Estado e Desenvolvimento Econômico. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Org.). **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 241-257.

¹⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 25.

¹⁴⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 29-31.

¹⁴⁷ Que, segundo a autora, “destacou a importância da interação espontânea entre os agentes econômicos como a principal estrutura de alocação de recursos e de crescimento econômico”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1218-1231.

mercado equilibrado dependeria de premissas como de que as “pessoas são racionais, sabem o que querem e têm o poder de barganha em suas transações”. Esse raciocínio, conforme analisa, poderia fazer sentido à época, com “razoável pulverização dos agentes econômicos” e cujo maior “desafio era lutar contra um Estado altamente interventor na economia”, contudo, alterado o contexto político e econômico, difícil de ser sustentado.¹⁴⁸

Tirole observa que “refletir o papel do Estado requer uma identificação dos problemas que o mercado coloca para o bom funcionamento da nossa sociedade e dos limites da intervenção estatal”¹⁴⁹. Na sua visão, apesar dos “adeptos do mercado” insistirem “em sua eficiência e integridade” e considerarem que “a comparação dos padrões de vida entre economias planejadas e economias de mercado por ocasião do Muro de Berlim em 1989 [...] deixa pouca dúvida quanto aos benefícios econômicos da liberdade econômica”, o mercado apresenta inúmeras falhas a corrigir¹⁵⁰. O Estado e mercado não são, assim, “alternativos um ao outro”, mas “mutuamente dependentes”¹⁵¹.

A análise ora realizada também tangencia o que se entende por mercado, na sua acepção de um regime fundado na liberdade de iniciativa e de consumo, ainda que a estrutura não seja de uma economia totalmente autorregulada¹⁵², como se constata ser

¹⁴⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1218-1231.

¹⁴⁹ TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 166. Fábio Nusdeo aponta que os limites dessa relação entre Estado e economia não se trata “um parâmetro técnico, mas puramente instrumental e político”, de maneira que caberá “a cada sociedade, ao longo de sua trajetória histórica, determinar o quanto de mercado e o quanto de Estado deseja ter”. Cf.: NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: RT, 1995. p. 36. Da mesma maneira, o autor aborda que o “quanto de Estado” é uma questão “insuscetível de resposta científica”, por se tratar de “opção política da sociedade e ela tenderá a combinar as parcelas de Estado e mercado nas proporções que lhe afigurem desejáveis ao longo dos diferentes estágios de sua trajetória histórica”. Cf.: NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 218.

¹⁵⁰ Ele as classifica em seis categorias: 1) o negócio pode afetar terceiros, por definição contrários a ele; 2) o negócio pode não ser realizado com pleno conhecimento de causa e de maneira consentida; 3) é possível que o comprador seja sua própria vítima; 4) a realização de um negócio pode ultrapassar a capacidade do indivíduo; 5) empresas podem dispor de poder de mercado; 6) se o mercado produz eficiência, ele não tem nenhuma razão para produzir equidade. Cf.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, pp. 167-170.

¹⁵¹ Ele destaca que o “debate público costuma opor o defensor do mercado ao defensor do Estado; ambos consideram o mercado e o Estado como concorrentes. E, no entanto, o Estado não consegue fazer seus cidadãos viverem (dignamente) sem o mercado; e o mercado precisa do Estado: não só para proteger a liberdade de empreender e salvaguardar os contratos através do sistema jurídico, como para corrigir suas falhas” Cf.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 171.

¹⁵² Adotando-se as explicações de Brito, pode-se considerar que o “mercado somente existe onde há liberdade de iniciativa e consumo livre”, longe de “sistema econômico de plano coletivista” e pode ser definido como “conjunto de seres humanos que produzem e trocam bens, independentemente de prévia decisão do Estado, típico das economias planificadas. Ele explica que o “mercado está aqui entendido na sua acepção de fenômeno resultante da decisão dos consumidores sobre aquilo que deve ser produzido, ou seja, resultante das preferências manifestadas quanto ao que pretendem adquirir, abstraídas aqui as técnicas,

o caso da ordem econômica na Constituição brasileira, matéria a ser aprofundada no próximo item desse capítulo.

Para compreender o mercado segundo os ensinamentos de Natalino Irti, primeiro é preciso reconhecê-lo como *locus artificialis* e não *locus naturalis*. A artificialidade, juridicidade e historicidade afasta o chamado “naturalismo econômico”¹⁵³ a partir de três pressupostos:

- (i) que a economia de mercado, em relação a outras e diversas estruturas (coletivista, mista, etc.) é *locus artificialis*, e não *locus naturalis* [...];
- (ii) que essa artificialidade deriva de uma escolha do direito, a qual, dependente de decisões políticas, confere forma à economia e a faz, de tempo em tempo, mercantil coletivista ou mista, e assim por diante;
- (iii) que aquelas decisões políticas são, por si só, mutáveis, de modo que os vários regimes da economia vêm marcados pela historicidade, e nenhum pode dizer-se absoluto e definitivo.¹⁵⁴

A falta desse “naturalismo” seria expressado no fato das próprias “leis de mercado” ou “leis da economia” serem “todas povoadas de institutos jurídicos” e não naturais, desde a “propriedade privada à autonomia contratual, do dever de cumprir os acordos à liberdade de disposição testamentária”¹⁵⁵, não se tratando, portanto, de “instituição espontânea e natural”¹⁵⁶ e nem de “ordem encontrada”, mas de “ordem construída”, sendo o mercado a “lei que o rege e constitui; e toma forma a partir das decisões políticas e regulatórias”¹⁵⁷.

Assim, definir mercado como *locus artificialis* rebate a concepção dele não precisar do “do direito estatal”, por ser “capaz de produzir o seu próprio direito”, por não se conhecer “como verdadeiro algum mercado (mercado determinado no tempo e espaço) que não pressuponha institutos jurídicos”, considerando, por exemplo, que o “mercado

modernamente conhecidas na sociedade de consumo, de condução de tais preferências”. Ou ainda “entendido em concepção oposta à forma das trocas realizadas em condições decididas previamente pelos poderes públicos que se constituem no sujeito econômico privilegiado: o Estado, o qual determina, por um plano periódico, o programa da atividade econômica”. Cf.: BRITO, Edvaldo Pereira de. **Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no Domínio Econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 791-793.

¹⁵³ Que se traduziria no pensamento do mercado funcionar por leis próprias “leis de mercado”, em zona neutra, técnica e independente, com “índole antipolítica e antijurídica” Cf.: IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 145, p. 44-49, jan./mar. 2007, p. 44.

¹⁵⁴ IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 145, p. 44-49, jan./mar. 2007, p. 44.

¹⁵⁵ IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 145, p. 44-49, jan./mar. 2007, p. 45.

¹⁵⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 29.

¹⁵⁷ SAGNOTTI, Simona. **Il mercato. Diritto, etica ed economia**. Torino: G. Giappichelli, 1999. p. 6.

não cria, mas postula distinção entre “meu” e “teu” (propriedade) nas trocas”¹⁵⁸.

Para Sagnotti, a questão não é admitir que mercado é um conceito econômico, mas refletir se é exclusivamente econômico, a partir de sua compreensão. Historicamente, o mercado é compreendido como espaço no qual os agentes realizam trocas. É nele, por consequência, que se realiza a distribuição de recursos escassos.¹⁵⁹ Essa escassez, pode ser relacionada a bens materiais, decorrente de fatores naturais e humanos, e, de bens imateriais, decorrente de fatores humanos.¹⁶⁰

Pode decorrer de diversos fatores, incluindo escolhas humanas e políticas, concretizadas por meio de normas positivadas em um sistema jurídico. O mercado nesse contexto se configura um ambiente complexo em que interagem múltiplos fatores não exclusivamente econômicos, mas também éticos e/ou legais.¹⁶¹

Eros Roberto Grau considera que a evolução do conceito de mercado decorre do abandono de sua concepção de “significar exclusivamente o lugar no qual são praticadas relações de troca” para também “expressar um projeto político, como princípio de organização social” e se projeta como instituição jurídica “institucionalizado e conformado pelo Direito posto pelo Estado” e reivindica desse próprio direito “que garanta a liberdade e, concomitantemente, opere a sua regulamentação”¹⁶².

¹⁵⁸ IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 145, p. 44-49, jan./mar. 2007, p. 45.

¹⁵⁹ Segundo ele, a referência é realizada, pois economistas definem bens e recursos somente aqueles em que há escassez. Cf.: SAGNOTTI, Simona. **Il mercato. Diritto, etica ed economia**. Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 7.

¹⁶⁰ Conforme o autor: “Mentre la scarsità dei beni del primo tipo che chiameremo materiali (pane, latte, oro, ecc.) può dipendere tanto da fattori naturali (carestie altro) quanto da fattori umani (la scelta di limitarne la produzione o la immissione sul mercato), la scarsità dei beni del secondo tipo (opportunità e diritti) dipendi sempre da fattori umani: non si dà, infatti, in natura alcuna causa che posso ridurre il numero delle opportunità o dei diritti”. Cf.: SAGNOTTI, Simona. **Il mercato. Diritto, etica ed economia**. Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 7.

¹⁶¹ “Ben si vede quindi che la distribuzione di beni scarsi com le opportunità e i diritti e che il mercato è, in realtà, um luogo assai complesso in cui si intrecciano, interagendo fra loro, fattori molteplici. Non si deve comunque dimenticare che opportunità e diritti no sono solo beni scarsi, ma anche, e prima, risultati di teorie etiche e giuridiche, precetti morali e giuridici. E allora appare evidente che il mercato non è luogo esclusivamente economico, ma anche um luogo morale e giuridico. Um luogo in cui la scarsità di um'opportunità dipende dal valore che gli viene attribuito o la scarsità di um diritto è il fruto di una scelta politica che ha trovato la sua realtà storica in un diritto positivo. D'altro canto, si è già detto che anche la scarsità di beni strettamente materiali può dipendere da fattori extraeconomici, ad es, da scelte di politica economica da parte di un governo o di una comunità sovranazionale[...]. In conclusione, anche con i pochi argometi sviluppati sin qui, sembra dimostrato che il mercato è un luogo assai vasto e complesso in cui interagiscono fattori più strettamente economici e fattori etici e/o giuridici”. Cf.: SAGNOTTI, Simona. **Il mercato. Diritto, etica ed economia**. Torino: G. Giappichelli, 1999, p. 8.

¹⁶² Isso imprimiria a chamada “racionalidade do Direito Moderno”, a ser concebido para permitir a “fluência da circulação mercantil” e dar “previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos humanos, sobretudo àqueles que se dão nos mercados”. A lei em seu caráter geral e abstrato, conferiria uma dupla garantia, assegurar o liberalismo político (contra o Estado), e, ao mesmo tempo preservar o mercado, o liberalismo econômico (em favor do mercado, na relação dos agentes que atuam no mercado). Cf.: GRAU,

Com isso, o direito é o meio de assegurar a liberdade de iniciativa e de exploração de atividades econômicas aos agentes econômicos e assegurar a liberdade desses mesmos agentes de concorrerem livremente no mercado, sem a ingerência, como regra, do Estado e nem barreiras ou impedimentos impostas por outros competidores.¹⁶³

Na visão de Frazão¹⁶⁴ “a experiência ocidental desde a Idade Média mostra que nunca houve um mercado espontâneo, cuja formação e funcionamento independesse de instituições sociais, políticas e jurídicas”¹⁶⁵, pois a ideia dos mercados seguirem “leis naturais e espontâneas” e de serem “espaços espontâneos que tendem necessariamente ao equilíbrio” e como “principal estrutura de alocação de recursos e de crescimento econômico”¹⁶⁶, acabou encobrindo “o fato de que as forças de mercado não existem de forma independente das instituições, especialmente do direito”¹⁶⁷.

Importa lembrar que Douglass C. North define instituições como as regras do jogo (“institutions are the rules of the game”¹⁶⁸), ou como as “constrições humanamente concebidas que estruturam a interação humana”, formadas por “restrições formais (regras, leis, constituições)”, “restrições informais (normas de comportamento, convenções e códigos de conduta autoimpostos)” e “suas respectivas características impositivas”. As instituições unidas “definem a estrutura de incentivos das sociedades e, especificamente, das economias”¹⁶⁹.

Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 34-37.

¹⁶³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 37.

¹⁶⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle]

¹⁶⁵ Para a autora, até mesmo “a *lex mercatoria* medieval foi, essencialmente, um fenômeno de poder e não resultado da mera interação espontânea dos agentes econômicos”, na medida em que “o grande poder das corporações de mercadores” criaram um direito próprio e “garantiram o seu *enforcement* por meio dos tribunais de comércio”, além de garantir a “exclusividade da atividade comercial apenas para os comerciantes nelas inscritos”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle] posição 1206.

¹⁶⁶ A autora menciona nesse sentido a obra de Adam Smith e o “significado histórico do princípio da mão invisível” agregado a tal obra. Também observa que adotar o postulado de mercado equilibrado dependeria de premissas como de que as “pessoas são racionais, sabem o que querem e têm o poder de barganha em suas transações”, o que poderia fazer sentido quando da elaboração da obra, com “razoável pulverização dos agentes econômicos e o grande desafio era lutar contra um Estado altamente inventor na economia”, mas alterado o contexto político e econômico da época, seria “difícil sustentar essa visão”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle] posição 1218-1231.

¹⁶⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle] posição 1206.

¹⁶⁸ NORTH, Douglass C. Institution and the performance of economies over time. In: MENARD, Claude; SHIRLEY Mary M. (eds.). **Handbook of New Institutional Economics**. Holanda: Springer, 2005, p. 22.

¹⁶⁹ NORTH, Douglass C. Desempenho econômico através do tempo. Economic performance through time. **Revista de Direito Administrativo**, v. 255, p. 13–30, 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v255.2010.8428>>. Acesso em: 01 dez. 2021. p. 16.

Por sua vez, para sustentar a importância das instituições – e aqui delimitando as jurídicas – ao mercado e ao próprio desenvolvimento da economia, Frazão defende que mesmo no século XIX o “direito foi fundamental para a economia”, por “oferecer toda a infraestrutura jurídica imprescindível para a atividade econômica”, fornecendo o direito “os instrumentos necessários para desenvolvimento da atividade econômica”, além de promover incentivos e proteger economias internas. Assim sendo, defende ser “irreal” a “ideia de *laissez-faire* e de uma economia que se desenvolveu e progrediu sem qualquer participação relevante do Estado”¹⁷⁰.

Moreira sustenta configurar um modelo teórico o cenário de concorrência perfeita ou “mercado concorrencial perfeito”, o qual nunca ocorreu de fato. É utilizado pelos economistas como “meio de avaliar o grau de concorrência nos mercados reais”¹⁷¹.

Admitir esse ponto permite aceitar que o modelo de absoluta abstenção do Estado na relação com o mercado “padece de um defeito estrutural intransponível, pois nem Estado nem mercado pode ser concebidos puramente como instrumentos de uma concepção econômica teórica”, sendo “resultados da real evolução histórica das relações sociais e econômicas e nesses termos devem ser compreendidos”. Com isso, o liberalismo puro não encontraria lugar na sociedade contemporânea, “especialmente em países subdesenvolvidos com graves falhas estruturais como o Brasil”¹⁷².

Ainda de acordo com North, uma estrutura elaborada de instituições, formais e informais, consolidadas ao longo do tempo, é determinante ao desenvolvimento econômico. Ao mesmo tempo, reestruturar essas instituições econômicas e políticas solidificadas, apresenta-se como um grande obstáculo ao próprio desenvolvimento: “The dominant beliefs – those of political and economic entrepreneurs in a position to make policies – produce over time an elaborate structure of institutions – both formal rules and informal norms – that determines economic/political performance. The resultant institutional matrix imposes severe constraints on the choice set of entrepreneurs when they seek to introduce new or modified institutions in order to improve their economic or political positions”. E, ainda, conclui que “Indeed an historic dilemma of fundamental importance has been the difficulties of economies shifting from a political economy based on personal exchange to one based on impersonal exchange. An equally wrenching change can be the movement from a 'command' economy to a market economy. In both cases the necessity to restructure institutions - both economic and political - has been a major obstacle to development; it still is the major obstacle for third world and transition economies”. Cf.: NORTH, Douglass C. Institution and the performance of economies over time. In: MENARD, Claude; SHIRLEY Mary M. (eds.). **Handbook of New Institutional Economics**. Holanda: Springer, 2005, p. 25 e 29.

¹⁷⁰ Frazão defende que “nunca houve propriamente o *laissez-faire*, mas sim uma regulação jurídica ‘sob medida’ em favor da classe dominante” Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1242-1271.

¹⁷¹ MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016. pp. 260-261.

¹⁷² MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016, pp. 260-261. A análise de Fábio Nusdeo também indica que “as limitações do mercado e a colocação de objetivos de política econômica levaram os sistemas descentralizados ocidentais a evoluírem no sentido de admitir, em caráter permanente, um segundo centro decisório a atuar ao lado do mercado, descaracterizando-se como modelos típicos de autonomia, longe, porém, do outro extremo, o da centralização pela autoridade política. Daí as expressões sistemas mitos ou de iniciativa dual, ambas felizes por retratarem a nova realidade”. Cf.: NUSDEO, Fábio. **Curso de**

Os mercados enquanto “construções sociais, políticas e jurídicas”, como observa Frazão, “precisam ser compreendidos e regulados de acordo com os valores e as preocupações que resultam dessa interação institucional”, de maneira que o Estado é chamado a “intervir ao menos para assegurar a preservação do próprio mercado”, mostrando-se “objetivo para o qual o Direito da Concorrência tem um importante papel”, por possibilitar “um ambiente no qual os agentes econômicos possam entrar e permanecer em razão do seu mérito”¹⁷³.

A “sociedade capitalista”, como leciona Eros Roberto Grau, se constitui “essencialmente jurídica e nela o Direito atua como mediação específica e necessária das relações de produção que lhe são próprias”. Esse direito teria a missão de “disciplinar os mercados, de modo que se pode dizer que ele se presta a permitir a fluência da circulação mercantil, para domesticar os determinismos econômicos”¹⁷⁴.

Isso explicaria também a mudança do papel do direito a partir do estabelecimento de um regime constitucional da ordem econômica, ou ainda, “um conjunto de normas compreensivo de uma ordem econômica”, por sinalizar “marcante transformação que afeta o Direito”, deixando de “meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder” para agregar a possibilidade de “funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas”¹⁷⁵.

No mesmo sentido, Fábio Nusdeo analisa que “no campo constitucional, as cartas políticas deixaram de se limitar às garantias individuais e à organização do Estado para incluírem direitos de caráter econômico e dito social e a implícita ou explicitamente contemplar programas para o aperfeiçoamento do sistema econômico”, chamadas de “constituições programa”. Ainda, complementa que “a lei perde o sentido meramente

economia: introdução ao direito econômico. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 206.

¹⁷³ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência:** pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1296.

¹⁷⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 31. Por sua vez, Tércio Sampaio FERRAZ JR. considera que a “Era Moderna” apresenta a figura do Estado-gestor da economia, com uma nova conformação dada ao direito, o qual “tornou-se comando, norma soberana que regula o fazer social, torna-se agora labor, algo como uma regra técnica de organização da atividade contínua do homem na produção de bens de consumo para sua sobrevivência”. Cf.: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. As Origens do Estado Contemporâneo ou o Leviathan Gestor da Economia. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. XXXVI, n. 148, p. 298-313, out./nov./dez. 1987, p. 312.

¹⁷⁵ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988.** 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 15. De sua perspectiva, Moreira explica que uma das maneiras do Estado intervir na economia será por meio do direito e “não se presta apenas a regular o mercado preexistente ou a criar o mercado onde ele não existe. Visa também a realizar políticas públicas através da economia, declinando das máximas conceituais do livre mercado”. Cf.: MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia.** Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016, p. 130.

literal para ser interpretada funcional e finalisticamente”¹⁷⁶.

Essa base teórica, portanto, fundamenta boa parte da compreensão do direito da concorrência como meio de instrumentalizar a intervenção do Estado para preservar os sistemas econômicos, apoiado em uma ordem econômica constitucional a lhe sustentar¹⁷⁷.

Trazendo essa base teórica ao campo da indústria digital, a autorregulação dos mercados é inserida como argumento a fim de repelir intervenções em seus mercados, pois o ambiente altamente tecnológico permitiria aos próprios competidores desafiarem os mercados, segundo suas próprias leis.

Em parte porque o setor de alta tecnologia sofreria constante pressão competitiva pela possibilidade de inovações disruptivas, baixas barreiras de entrada em alguns dos seus segmentos, a onipresença e multifuncionalidade dos dados, que não se esgotam e podem ser coletados por outros agentes econômicos, diferente das informações (exclusivas) protegidas por propriedade intelectual. Esse ambiente, somadas as eficiências esperadas nas concentrações econômicas convertidas em benefícios substanciais aos consumidores com novos produtos e serviços, dispensaria a desnecessidade dos controles estatais.¹⁷⁸

O desenrolar da indústria digital, no entanto, não confirma de maneira expressiva tais perspectivas. Muitos mercados não foram afetados e nem interrompidos por produtos

¹⁷⁶ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 229.

¹⁷⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1319.

¹⁷⁸ Hoffmann e Johannsen defendem que o tratamento dado pela Comissão Europeia na análise dos atos a ela submetidos nos últimos anos, por exemplo, seguem muito em direção a esses aspectos e no caminho da intervenção ser excepcional e somente quando impedisse realmente o acesso aos dados necessários para os rivais competirem, como destacam no seguinte trecho: “However, there also exists one opinion in the debate on competition and big data that defends the general idea that merger control should play a minor role in big data markets, based on three main arguments. First, because of the efficiencies that are usually expected from the concentrations in these markets. Second, because in the high-tech industry firms are supposed to permanently be exposed to the competitive pressure from disruptive innovators. Accordingly, it will be hard to predict how these markets are going to evolve in the future and, therefore, any enforcement effort may lead to inefficient outcomes. Third, because, in any case, even though there is no evidence of efficiencies and no innovation that disrupt the market, still the low entry barriers in data-related markets - due to the ubiquity and non-rivalry nature of information contained in data - would allow rivals to be competitive enough to challenge the market. The way in which the Commission has dealt with big data-related mergers so far fits well with the scenario described above, since it means intervention only in very exceptional circumstances - where the merged entity has the incentives and ability to raise barriers making it impossible for rivals to access the information required to compete, which is unlikely, as discussed above. It can thus be argued that the Commission has pursued a policy, which has tended to avoid overenforcement.”. Cf.: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexel (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 14.

e serviços inovadores após as concentrações econômicas, como se esperava a partir da alegada pressão “natural” da competição disruptiva. Ao contrário, o aumento da concentração de poder econômico nas mãos das GAFAM demonstram ter fortificado ainda mais a posição dessas grandes corporações no mercado mundial, dificultado contestar esses mercados e criado barreiras cada vez maiores à entrada.¹⁷⁹

Os alegados benefícios aos consumidores também são colocados em dúvida, em parte pelos argumentos desenvolvidos no capítulo anterior a respeito da opacidade das políticas internas adotadas por essa indústria, pela vigilância massificada dos usuários das plataformas e pelos indícios de limitação de escolhas e de interferência no processo de tomada de decisão humana.¹⁸⁰

Com base em avaliações dessa natureza, que diversas autoridades da concorrência constataram problemas com as fusões e aquisições das plataformas digitais e com subaplicação das normas antitruste, como concluiu Mateus.¹⁸¹

É a partir dessa avaliação que o alcance da disciplina da concorrência no direito brasileiro continuará a ser examinado nos tópicos seguintes.

2.2. A LIVRE CONCORRÊNCIA E A REPRESSÃO AO ABUSO DO PODER ECONÔMICO COMO PRINCÍPIOS DA ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A Constituição brasileira de 1988 dedica um título para tratar da ordem econômica e financeira. O artigo 170 estabelece ser a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Tem por fim assegurar a todos uma existência

¹⁷⁹ Essa é a conclusão que Hoffmann e Johannsen chegaram ao estudar as concentrações que gerariam acúmulo de dados ou mercado relacionado a *big data*: “However, today it seems rather difficult to maintain such a noninterventionist stance. On the one hand, it is not only questionable whether efficiency considerations are the norm in big data merger cases, it is also difficult to define data specific economic efficiencies that have to be assessed with due regard for data protection obligations. On the other hand, the evidence shows how during the last years some datadriven markets instead of having been disrupted by new, innovative products or services, have even increased their strong market positions, like Google’s search engine or Facebook’s social network and communication online services (through Messenger and WhatsApp).” Cf.: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 14.

¹⁸⁰ Esse tema foi aprofundado no item 1.3 do primeiro capítulo.

¹⁸¹ MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021.

digna, conforme os ditames da justiça social e observa diversos princípios¹⁸², os quais “são balizamentos para a atuação dos operadores econômicos no mercado”¹⁸³.

A Constituição também disciplina algumas das funções do Estado dentro da ordem econômica, como a possibilidade do Estado excepcionalmente explorar diretamente atividades econômicas, dentro das hipóteses autorizadas de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, conforme o artigo 173¹⁸⁴, e na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica, por meio do exercício de funções de fiscalização, incentivo e planejamento, determinantes ao setor público e indicativo ao setor privado, conforme o artigo 174.¹⁸⁵

Trazer esses dispositivos permitem examinar o regime constitucional da ordem econômica sobre diferentes aspectos. Em primeiro lugar, que a “ordem econômica constitucional brasileira possui uma relativamente clara de visão entre as esferas pública e privada na economia”, na qual a “regra na nossa Constituição é que todas as atividades econômicas são livres à iniciativa privada e vedadas à iniciativa pública (art. 1.º, IV; 170; 173, CF)”. Há, assim, a diretriz da “garantia da iniciativa privada e vedação da iniciativa pública na economia”¹⁸⁶.

Em segundo lugar, leva a confirmar que por ser a livre iniciativa fundamento da República (artigo 1º da Constituição) e da ordem econômica (artigo 170 da Constituição), exprime a necessidade de suas exceções serem igualmente “autorizadas pelo próprio texto da Constituição de 1988 que o consagra”, impedindo “que o legislador ordinário possa livremente excluí-la, salvo se agir fundamentado em outra norma constitucional específica”¹⁸⁷.

Em terceiro lugar, confirma a opção da Constituição brasileira de 1988 pelo sistema econômico capitalista que assegura o livre exercício de atividades econômicas à

¹⁸² Princípios da soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte. O parágrafo único assegura o livre exercício de atividades econômicas.

¹⁸³ MATIAS, João Luis Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009, p. 37.

¹⁸⁴ Como trata o caput do artigo 173 “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

¹⁸⁵ Conforme o artigo 173 “como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”.

¹⁸⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais**. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 51.

¹⁸⁷ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 226, p. 187-212, out./dez. 2001, p. 189.

iniciativa privada e livre concorrência. Apesar disso, o regime jurídico da ordem econômica abdica de uma economia totalmente autorregulada e liberal e se configura uma ordem econômica intervencionista, mas comprometida em preservar o capitalismo e privilegiar uma economia de mercado.¹⁸⁸

Em quarto lugar, confirma que ordem econômica disposta na Constituição brasileira, ao mesmo tempo que privilegia a livre iniciativa, apresenta “importantes elementos como a justiça social, função social da propriedade, busca do pleno emprego e valorização do trabalho”¹⁸⁹.

Essa finalidade desenhada pela ordem econômica pode ser constatada por meio da leitura do artigo 170. Nas palavras de Eros Roberto Grau¹⁹⁰:

As relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios...

Gonçalves assevera que “o processo de constitucionalização da ordem econômica no Brasil” está “imbricado sob o princípio da dignidade da pessoa humana”, pressupondo a adoção de uma visão sistêmica e uma interação da ordem econômica com outros dispositivos constitucionais e com direitos fundamentais, dentre os quais pode se identificar o próprio direito ao desenvolvimento econômico, de terceira geração¹⁹¹:

Como a ordem econômica está inserida no corpo constitucional é preciso adotar uma visão sistêmica que permita a interação entre todos os seus dispositivos. Assim, a ordem econômica constitucionalizada interage vivamente com um conjunto de outros tantos dispositivos constitucionais de forma contínua. A partir desta percepção, tem-se que tratar ainda dos direitos fundamentais, pois o direito ao desenvolvimento econômico estaria contemplado na terceira geração dos chamados direitos fundamentais. Desse modo, a ordem econômica constitucionalizada no Estado Democrático de Direito pressupõe o respeito a um conjunto de dispositivos que tem como princípio fundante a proteção e defesa da dignidade da pessoa humana.¹⁹²

¹⁸⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 71-73.

¹⁸⁹ ROSSIGNOLI, Marisa; REIS, Ubiratan Bagas dos. Lei da liberdade econômica e a análise de impacto regulatório: um olhar sobre a perspectiva do pensamento econômico. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 6, n. 3, p. 1547-1566, 2020.

¹⁹⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

¹⁹¹ GONÇALVES, Oksandro Osdival. A ordem econômica no estado democrático de direito e a teoria de martha nussbaum: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 4, n. 5, p. 211-232, 2018, pp. 212-215.

¹⁹² GONÇALVES, Oksandro Osdival. A ordem econômica no estado democrático de direito e a teoria de martha nussbaum: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 4, n. 5, p. 211-232, 2018, pp. 212-215.

Para Barroso a Constituição também harmoniza os fundamentos da e objetivos fundamentais da República (artigo 1º e 3º) com a ordem econômica:

A Constituição harmoniza os objetivos da ordem econômica - redução das desigualdades, pleno emprego e existência digna para todos - com os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, constantes do art. 3º da Carta. Também ali pode-se ler, nos incisos III e IV, que erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais, e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, são objetivos fundamentais do Estado brasileiro como um todo.¹⁹³

Esse conjunto de elementos ora retratado demonstra que as disposições constitucionais refletem a “positivação constitucional de um Estado Democrático de Direito de configuração capitalista”, mas “orientado pela dignidade da pessoa humana e justiça social”¹⁹⁴.

No entendimento de Luís Roberto Barroso, a Constituição brasileira consagra o princípio da livre iniciativa, optando por um livre mercado concorrencial. Embora legitime o Estado a intervir na esfera econômica¹⁹⁵, inclusive disciplinando (campo

¹⁹³ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 226, p. 187-212, out./dez. 2001, pp. 196-197. No mesmo sentido, Gonçalves também destaca que livre iniciativa e valorização do trabalho humano, além de fundamentos da ordem econômica, são também fundamentos da República Federativa do Brasil, de acordo com o artigo 1º da Constituição. Cf.: GONÇALVES, Oksandro Osdival. **A ordem econômica no estado democrático de direito e a teoria de martha nussbaum: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano**. Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB), ano 4, n. 5, p. 211-232, 2018, p. 213.

¹⁹⁴ Para Moreira, no entanto, elementos como a dignidade da pessoa humana e a justiça social não se traduz na leitura de que o capital privado e os agentes econômicos são reduzidos a permanecer ao dispor do “Estado unicamente para a obtenção de resultados socialmente úteis”, de uma “desenfreada participação do Estado no cenário econômico” e nem pode chegar ao ponto de inviabilizar o exercício das liberdades igualmente previstas, como a liberdade econômica e de concorrência, pois o sistema capitalista permanece enquanto escolha do constitucional, mas agora “qualificado por sua humanização”. Por isso, a “positivação constitucional da dignidade da pessoa humana e da justiça social torna inviável a exclusiva cogitação acerca de tais princípios como singelos resultados de um mercado livre”, por não serem “consequências dele, mas finalidades a ser por ele buscadas – quer espontaneamente, quer mediante a intervenção estatal”. Cf.: MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016, p. 242-272.

¹⁹⁵ O autor defende que os “particulares são os principais atores da ordem econômica brasileira. Têm eles direito subjetivo à livre concorrência e à busca do lucro e o dever jurídico de observarem os princípios de funcionamento da atividade econômica”. Ao Estado (e somente ao Estado) caberia o papel de preservar e promover “os princípios de funcionamento e implementação de programas para a realização dos princípios-fins”, ainda que estimulando comportamentos da iniciativa privada. Para o exercício desse papel do Estado, a intervenção na economia, dentro dos limites constitucionais, se legitima e pode assumir algumas formas. Ele destaca algumas classificações da doutrina, como “(a) regulatória, (b) concorrencial, (c) monopolista e (d) sancionatória”, ou ainda “(a) poder de polícia, (b) incentivos à iniciativa privada e (c) atuação empresarial” e identifica mecanismos de intervenção: “a atuação direta, o fomento e a disciplina”. Na atuação direta, o Estado assume, quando autorizado na Constituição por ser uma exclusão da livre iniciativa, “ele próprio, o papel de produtor ou prestador de bens ou serviços”, atuando na “(a) prestação de serviços públicos” ou na “(b) exploração de atividades econômicas”. No fomento, o Estado apoia, via normas diretivas, “a iniciativa privada e estimulando (ou desestimulando) determinados comportamentos, por meio, por exemplo, de incentivos fiscais ou financiamentos públicos”, com propósito preponderante de “atingir os princípios-fins da ordem econômica”. A disciplina da atividade econômica se daria mediante a

jurídico-normativo) a atividade econômica, não pode se afastar desse alicerce que significa a opção pela “atuação espontânea do mercado”:

O dirigismo econômico é próprio dos modelos coletivistas, baseados na planificação centralizada e cogente e na propriedade coletiva dos meios de produção. O mercado deixa de estar centrado na atividade das pessoas e dos grupos privados e passa a ser largamente manipulado pelo Estado. Já nos Estados que optaram pela livre iniciativa, a disciplina é um instrumento de intervencionismo econômico - prática que teve o seu ponto alto no período em que se fortaleceu a ideia de Estado de bem-estar social -, mas se rege por um postulado essencial: o de que o livre mercado concorrencial é o mecanismo mais eficaz de produção de riquezas e bem-estar (ainda que longe de ser perfeito). Em suma: a disciplina é forma de intervenção que se dá não contra o mercado, mas a seu favor.

À luz da Constituição brasileira, a ordem econômica funda-se, essencialmente, na atuação espontânea do mercado. O Estado pode, evidentemente, intervir para implementar políticas públicas, corrigir distorções e, sobretudo, para assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento. Este é o fundamento e o limite de sua intervenção legítima. A característica da disciplina está, exatamente, em que ela não pretende nem pode pretender substituir o mercado em seu papel central do sistema econômico.¹⁹⁶

Com isso, compreende que disciplinar a atividade econômica (artigo 174 da Constituição), se trata de hipótese excepcional e só se legitima se fundamentada na “(i) reorganização da livre iniciativa e da livre concorrência; (ii) valorização do trabalho humano e (iii) realização dos princípios de funcionamento da ordem econômica”:

A primeira possibilidade que justifica a intervenção disciplinadora do Estado, ainda que se trate de hipótese excepcional, é um quadro de deterioração generalizada do princípio da livre iniciativa e da livre concorrência, exigindo-se a ação estatal para sua reorganização. [...]

Em segundo lugar, a valorização do trabalho humano, por ser co-fundamento da ordem econômica brasileira, ao lado da livre iniciativa (CF, art. 170), pode justificar a intervenção estatal. [...]

Por fim, o terceiro fundamento da disciplina, e seu propósito principal, é, exatamente, preservar ou promover os princípios de funcionamento da ordem econômica. Justifica-se a disciplina estatal, em tese, na medida em que ela busque: (i) assegurar a soberania estatal e os próprios comandos constitucionais sobre a matéria; (ii) proteger a propriedade privada e assegurar a realização de sua função social; (iii) defender o consumidor; e (iv) defender o meio ambiente. Em todo caso, lembre-se, os limites constitucionais referidos acima deverão ser observados. Isto é: o Poder Público não poderá, ainda que com o propósito de promover esses princípios, violar o conteúdo básico da

edição de normas cogentes, sobretudo com propósito de preservar e promover “os princípios de funcionamento da ordem econômica”, no campo das competências normativas primárias e de “normas decisivas para o desempenho da atividade econômica”, como no “Código do Consumidor (art. 5, XXXII)” e na “lei de repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, § 4)”;

ou ainda, de competências normativas de cunho administrativo, como decretos, regulamentares, resoluções, dentre outras. Por fim, o exercício “poder de polícia, restringindo direitos e condicionando o exercício de atividades em favor do interesse coletivo (e.g., polícia ambiental, sanitária, fiscalização trabalhista)”. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 226, p. 187-212, out./dez. 2001, pp. 198-208.

¹⁹⁶ BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 226, p. 187-212, out./dez. 2001, p. 205.

livre iniciativa e nem implementar qualquer medida que não resista ao teste da razoabilidade.¹⁹⁷

Na visão de Eros Roberto Grau, a livre concorrência (art. 170, inciso IV) está conectada ou configura-se como uma das faces da livre iniciativa¹⁹⁸, mas deve possibilitar o jogo das forças do mercado que acaba por representar a desigualdade ao final da competição, a partir de um “quadro de igualdade jurídico-formal”, com a repressão ao abuso do poder econômico (artigo 173, §4º), impedindo, com isso, questões disfuncionais decorrentes das imperfeições do mercado quem impliquem em domínio dos mercados, eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.¹⁹⁹

A livre concorrência também deve ser dimensionada em dois sentidos. Primeiro, garantir aos agentes econômicos a liberdade de concorrer livremente sem a interferência do Estado, respeitando, se ocorrer, os contornos estabelecidos na Constituição e normas relacionadas. Segundo, ser uma garantia em face dos demais competidores, para se garantir o ambiente de entrada e permanência no mercado pelo mérito, repelindo condutas que criem obstáculos artificiais ou ilegais que prejudiquem o exercício dessa mesma liberdade de competir livremente, ou em outras palavras, que infrinjam a ordem econômica.²⁰⁰

Essas questões também imprimem uma nova roupagem ao princípio da livre concorrência, a partir de elemento comportamental que remete a vários ângulos, como na

¹⁹⁷ Como já explicitado acima, o autor considera ser princípios de funcionamento os referidos nos incisos I a VI do artigo 170: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor e defesa do meio ambiente. Cf.: BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 226, p. 187-212, out./dez. 2001, pp. 206-207.

¹⁹⁸ Segundo Eros Roberto Grau, a consagração da livre concorrência como princípio constitucional autônomo poderia ser dispensada, por ser a livre concorrência uma das faces do princípio da livre iniciativa: “inúmeros sentidos, de toda sorte, podem ser divisados no princípio, em sua dupla face, ou seja, enquanto liberdade de comércio e indústria e enquanto liberdade de concorrência. A este critério classificatório acoplando-se outro, que leva à distinção entre liberdade pública e liberdade privada, poderemos ter equacionado o seguinte quadro de exposição de tais sentidos:

a) liberdade de comércio e indústria (não ingerência do Estado no domínio econômico):

a.1) faculdade de criar e explorar uma atividade econômica a título privado - liberdade pública; a.2.) não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei - liberdade pública;

b) liberdade de concorrência:

b.1) faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal - liberdade privada;

b.2.) proibição de formas de atuação que deteriam a concorrência - liberdade privada;

b.3) neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes - liberdade pública." Cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 201-207.

¹⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 205-210.

²⁰⁰ Nesse sentido, explicita a obra de GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 197-212 e FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1296.

“descentralização” ou na ausência de “coordenação”, como “forma de tutela do consumidor”, como forma de “desconcentração de poder” e de “garantia de uma sociedade mais equilibrada”. Nas palavras de Tercio Sampaio Ferraz Jr.²⁰¹:

A livre concorrência de que fala a atual Constituição como um dos princípios da ordem econômica (art. 170, IV) não é a do mercado concorrencial oitocentista de estrutura atomística e fluida, isto é, exigência estrita de pluralidade de agentes e influência isolada e dominadora de um ou uns sobre outros. Trata-se, modernamente, de um processo comportamental competitivo que admite gradações tanto de pluralidade quanto de fluidez. É este elemento comportamental - a competitividade - que define a livre concorrência. A competitividade exige, por sua vez, descentralização de coordenação como base da formação dos preços, o que supõe livre iniciativa e apropriação privada dos bens de produção. Neste sentido, a livre concorrência é forma de tutela do consumidor, na medida em que competitividade induz a uma distribuição de recursos a mais baixo preço. De um ponto de vista político, a livre concorrência é garantia de oportunidades iguais a todos os agentes, ou seja, é uma forma de desconcentração de poder. Por fim, de um ângulo social, a competitividade deve gerar extratos intermediários entre grandes e pequenos agentes econômicos, como garantia de uma sociedade mais equilibrada.

A indispensabilidade da livre concorrência ao funcionamento do sistema capitalista, assim, transforma o instituto. Não se limita a ser criação espontânea do próprio mercado, mas passa a também decorrer do “conjunto de normas de política econômica” capaz de reestabelecer as condições do mercado livre:

A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste na existência de diversos produtores ou prestadores de serviço. [...]. O contrário da livre concorrência significa o monopólio e o oligopólio, ambas situações privilegiadoras do produtor, incompatíveis com o regime de livre concorrência.

A livre concorrência hoje, portanto, não é só aquela que espontaneamente se cria no mercado, mas também aquela outra derivada de um conjunto de normas de política econômica. Existe, portanto, o que pode ser chamado em regime moderno normativo da defesa da concorrência voltada ao restabelecimento das condições do mercado livre. O princípio constitucional autoriza esta sorte de intervenção ativa no mercado sem falar na negativa consistente na eliminação das definições e imperfeições.²⁰²

Eros Roberto Grau lembra ainda que o poder econômico é reconhecido no contexto da ordem econômica brasileira (artigo 173, §4º) não apenas como um “elemento da realidade”, mas “como dado constitucionalmente instituído”. Não há repressão de sua existência, mas aos abusos do poder econômico que impliquem na dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros. Em outros termos,

²⁰¹ FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A economia e o controle do Estado**. Parecer publicado em 04/06/1989. *apud* GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 207-208.

²⁰² BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2018.

a dimensão de que sua manifestação (do poder econômico) no mercado se configurava patológica, cede espaço a sua assimilação como um elemento próprio a constituição natural do mercado”. Patológico, portanto, são os abusos, a serem regulamentados por lei.²⁰³

Para Ives Gandra Martins, a positivação da repressão ao abuso do poder econômico, por meio do artigo 173, §4º, da Constituição, assinala estar “na filosofia da macroeconômica brasileira, regras claras contra o domínio da concorrência”²⁰⁴.

Nas lições de Calixto Salomão Filho, a “ideia de regulamentação do poder econômico no mercado tem origem em uma premissa socioeconômica fundamental”, ou seja, que qualquer agrupamento social “organizado ou não sob a forma de Estado, que queira ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado”, o que consiste em garantir “um nível mínimo de controle das relações econômicas”. O conjunto dessas “regras constitui aquilo que a doutrina chamou de Constituição Econômica.”²⁰⁵

Do que se pode observar, a proteção da livre concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, como parte da ordem econômica, configuram elementos que vão muito além de uma garantia de livre mercado no sentido de estrutura ideal, espontânea e autorregulada, liberta de instituições jurídicas. Para proteger essa própria concorrência e qualificá-la, que a Constituição brasileira legitima o Estado a intervir para “corrigir o desequilíbrio e normatizar o livre funcionamento do mercado, equilibrando as forças econômicas do jogo concorrencial e resguardando níveis aceitáveis de concorrência”²⁰⁶.

Finalmente, ainda que não tratado dentro do título da ordem econômica, as bases da disciplina da concorrência também passam por entender o tratamento constitucional

²⁰³ O autor relembra ser o poder econômico tomado como regra e não exceção (referenciando, nesse sentido Fábio Konder COMPARATO. **O poder de controle na sociedade anônima**, 1983), repelindo a “suposição de que o mercado esteja organizado, naturalmente, em função do consumidor. A ordem privada, que o conforma, é determinada por manifestações que se imaginava fosse patológicas, convertidas, porém, na dinâmica de sua realidade, em um elemento próprio a sua constituição natural”. Cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 206-207.

²⁰⁴ MARTINS, Ives Gandra. **A queda dos mitos econômicos**. São Paulo: Cengage Learning, 2004, p. 14. [E-book]

²⁰⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle] posição 1175.

²⁰⁶ PLAWIAK, Rainier Belotto. O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos. In: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Org.). **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2010, pp. 63-89.

dos mercados, afinal “com a proteção à concorrência se desenvolve o mercado”²⁰⁷.

E, nesse sentido, os mercados são considerados como parte integrante do patrimônio nacional, e como tal, deverão ser incentivados “de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e socioeconômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País”, segundo o artigo 219 da Constituição brasileira.

De acordo com Eros Roberto Grau, essa posição no âmbito constitucional, possibilita duas reflexões. A primeira, de ser indiscutível que a ordem econômica optou um regime de livre mercado concorrencial. A segunda, de que o fato de integrar o patrimônio nacional, não representa integrar “domínio público” e nem constitui “bem de domínio do povo”, mas o “toma como expressão de soberania econômica nacional”²⁰⁸ e não no sentido de “isolamento econômico”, mas de “modernização da economia – e da sociedade”, a romper a dependência com países desenvolvidos, fruto de um “capitalismo tardio”, daí porque a vinculação aos incentivos a viabilizar o desenvolvimento, bem-estar e autonomia tecnológica.²⁰⁹

A resumida revisão das normas constitucionais permite confirmar que a base teórica da disciplina da concorrência no direito brasileiro se remete ao princípio da livre concorrência (artigo 170, inciso IV) e da repressão ao abuso do poder econômico (artigo 173, §4º), enquanto princípios gerais da ordem econômica e se destina a promover o desenvolvimento de uma economia de livre mercado, mas que seja capaz de garantir vida digna à coletividade, baseada na justiça social e apta a garantir o desenvolvimento nacional.

Por isso, embora o contexto fático-econômico fosse outro quando foi promulgada a Constituição brasileira de 1988, sendo inimagináveis à época os avanços que o mercado teria com a era digital, a ordem econômica constitucional confere importante alicerce ao controle do poder econômico e de estruturas que possam afetar uma economia de livre mercado, deixar de promover a valorização do trabalho humano, da livre iniciativa e de assegurar a todos existência digna e baseado na justiça social. A pesquisa, dessa maneira,

²⁰⁷ PLAWIAK, Rainier Belotto. O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Org.). **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 67.

²⁰⁸ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 254-255.

²⁰⁹ Em sua obra, destaca que o princípio da soberania econômica nacional assume dupla função, instrumental e objetivo a ser alcançado. Isso por ser visto “como instrumento para a realização do fim de assegurar a todos a existência digna e como objetivo particular a ser alcançado é definir programa de políticas públicas voltadas – repito – não ao isolamento econômico, mas a viabilizar a participação da sociedade brasileira, em condições de igualdade, no mercado internacional”. Cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 225-232.

passa a se dedicar a compreender se a regulamentação infraconstitucional e sua aplicação conseguem dar concreção a esses fins constitucionais no contexto da economia digital ou se precisam ser repensadas para se conectar com a atual realidade do mercado.

2.3. EVOLUÇÃO DA DISCIPLINA DA CONCORRÊNCIA NO DIREITO BRASILEIRO

O desenvolvimento da disciplina da concorrência no Brasil, segundo Forgioni, apresenta características próprias relacionadas a própria evolução histórica do país²¹⁰, marcada inicialmente pelo colonialismo e exploração de recursos em favor da Coroa portuguesa, com pouco ou nenhum incentivo ao desenvolvimento econômico interno e sem concorrência significativa entre agentes econômicos no mercado interno. Em um segundo momento, a busca pelo livre comércio mostrou-se arraigada muito mais ao esforço interno em se libertar do controle e domínio econômico e político português do que com interesses relacionados à concorrência entre agentes econômicos no mercado interno.²¹¹

O Decreto-Lei nº 869/1938 foi o primeiro a inserir algumas esparsas normas com caráter antitruste no sistema jurídico brasileiro²¹², mas com “função constitucional bastante definida” de tutelar a “economia popular e, portanto, precipuamente, do consumidor”²¹³.

Assim, novas particularidades seriam identificadas no sistema brasileiro, que não nasceria em meio aos temas de liberalismo econômico e manutenção da liberdade de concorrência, mas vinculado a busca pela repressão ao abuso econômico e do interesse constitucional de proteger o interesse da população e o consumidor²¹⁴, seguindo-se com

²¹⁰ De acordo com a autora, “no Brasil, os ventos do liberalismo fizeram-se sentir de forma particular e a disciplina da atividade dos agentes econômicos no mercado, buscando a tutela da livre-concorrência e a repressão ao abuso do poder econômico, assume ainda hoje caráter bastante típico (e que decorre, diretamente, de nossa evolução histórica), diverso dos demais ordenamentos em que habitualmente os aplicadores do direito buscam inspiração” Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 89.

²¹¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 89-129.

²¹² Pode –se citar a “coibição do açambarcamento de mercadorias (art. 2.º, IV), manipulação da oferta e da procura (art. 2.º, I e II), fixação de preços mediante acordo entre empresas (art. 3.º, I), venda abaixo do preço de custo (art. 2.º, V), exclusividade (art. 3.º, I)”. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 105.

²¹³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 104.

²¹⁴ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 89-129.

aspectos de protecionismo decorrentes do nacionalismo e da busca pela “proteção do interesse nacional contra o poder estrangeiro”.²¹⁵

A Constituição de 1946, por seu turno, “trouxe pela primeira vez de forma expressa o princípio de repressão ao abuso do poder econômico”, inaugurando uma “nova fase” no sistema antitruste brasileiro, pois “a tônica deixa de ser simplesmente a defesa da economia popular”²¹⁶, porém, a matéria somente foi regulamentada pela Lei nº 4137/1962, a qual criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).²¹⁷

De acordo com Luis Fernando Schuartz essa é a “primeira lei de defesa da concorrência (em sentido próprio) do País”.²¹⁸ Apesar disso, há consenso quanto à ausência de efetividade da lei “na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante de diretriz econômica que se tenha corporificado em uma política de concorrência”.²¹⁹

Tal norma foi seguida da Lei nº 8.158/1991, já sob a égide da Constituição da República de 1988 e no contexto de abertura do mercado brasileiro e liberalização da economia.²²⁰

Em que pese esse histórico de normas antitruste, Forgioni defende que a sistematização da matéria no Brasil se deu apenas por meio da Lei nº 8.884/1994, que revogou a Lei nº 8.158/1991 e transformou o CADE em autarquia federal.²²¹ Teria sido, a partir de tal marco legal, o efetivo progresso da matéria no Brasil, com consolidação do controle das condutas, principalmente controle dos cartéis e concentrações empresariais, além do aumento do respeito institucional do CADE.²²²

²¹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 106.

²¹⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 111.

²¹⁷ O CADE foi instituído por meio do artigo 8º da Lei nº 4137/1962: “É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei”.

²¹⁸ SCHUARTZ, Luis Fernando. **A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência**. 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1762>>. Acesso em: 18 nov. 2021. p. 6.

²¹⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 124.

²²⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 125.

²²¹ Art. 3º da Lei 8.884/1994: “O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei”.

²²² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 126.

O resgate histórico sinaliza que, muito embora a presença de longa data de normas antitruste positivadas no sistema jurídico pátrio, a consolidação ou concreção de uma política de defesa da concorrência no país foi morosa no que diz respeito ao alcance de resultados concretos.²²³

Os fatores responsáveis por frear a concretude de uma política antitruste foram de diversas naturezas, como o fator político-institucional, decorrente da “combinação entre desinteresse político, isolamento organizacional e falta de efetividade”. O fator cultural devido à dificuldade de “assegurar uma qualidade satisfatória ao *enforcement* do direito concorrencial no País”. Outro fator decorreria do apego nas teorias econômicas, distanciando-se das normas e precedentes, resultado da “influência determinante de economistas, seja no papel de autoridades, seja no papel de consultores privados”, por orientar-se os economistas “em teorias, não em textos legislativos e precedentes judiciais”.²²⁴

A Lei nº 8.884/1994 foi revogada pela Lei nº 12.529/2011, que permanece vigente até os dias atuais e se trata da principal regulamentação da matéria no país. A Lei nº 12.529/2011 estruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), composto pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o artigo 3º da Lei nº 12.529/2011²²⁵ e alicerça-se em duas linhas mestras, formando a chamada “dicotomia tradicional da prática antitruste entre disciplina das estruturas e dos comportamentos”.²²⁶

O controle das estruturas ou concentrações entre agentes econômicos é

²²³ Nesse sentido, destaca SCHUARTZ, Luis Fernando. **A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência**. 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1762>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

²²⁴ SCHUARTZ, Luis Fernando. **A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência**. 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1762>>. Acesso em: 18 nov. 2021. pp. 8-13.

²²⁵ As atribuições ao CADE e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda são estabelecidas principalmente nos artigos 4º a 19, prevendo o artigo 5º que o CADE é constituído pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (com competência principal de julgar infrações à ordem econômica, impor sanções e analisar processos administrativos de atos de concentração econômica - artigo 9º), Superintendência-Geral (com competência principal de investigar e instruir os procedimentos a serem analisados e decididos pelo Tribunal Administrativo – artigo 13) e Departamento de Estudos Econômicos (com competência principal de elaborar estudos e pareceres econômicos – artigo 17). Cabe a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, conforme o artigo 19, promover a concorrência perante a Administração Pública e sociedade.

²²⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 164. [Versão Kindle]. Da mesma forma, Frazão esclarece que o “Direito da Concorrência tem como objeto o controle do poder econômico, o que pode ocorrer tanto por meio de uma atuação estatal prioritariamente preventiva, tendo como foco as estruturas, como por meio de uma ação estatal prioritariamente repressiva, com foco nas condutas”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1895.

disciplinado principalmente pelos artigos 88 a 91 da Lei nº 12.529/2011, com o dever de submissão prévia dos atos de concentração dos agentes econômicos ao escrutínio do CADE. Já o controle de condutas, passíveis de aplicação de sanção previstas no artigo 37 da Lei, mostra-se presente para “repressão às práticas anticompetitivas [vedação dos acordos – horizontais e verticais – restritivos da concorrência, bem como a repressão ao abuso de posição dominante, conforme previstos no art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011]”²²⁷.

O artigo inaugural da Lei nº 12.529/2011 define que além de estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), o objetivo da norma é dispor “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”.

Com isso, a Lei nº 12.529/2011 pode ser considerada a principal disciplina da concorrência no direito brasileiro e adota o regime de controle preventivo e repressivo às infrações contra a ordem econômica. Cabe agora entender porque esse controle pode ter sido incapaz de captar as reais políticas e estratégias econômicas da indústria digital e em que ele precisa evoluir dentro da indústria digital.

2.4. OBJETIVOS DA LEI ANTITRUSTE

A doutrina nacional indica ser essencial situar a lei antitruste no ordenamento jurídico e na realidade do local para o adequado exame de seus objetivos, rejeitando um padrão estanque e universal aos objetivos das políticas antitruste.²²⁸

Descreve Crivelari que “cada ordenamento jurídico tem princípios próprios que o embasam, diferenciando-se de outros sistemas”, de forma que a depender do “sistema jurídico e o momento histórico, a lei antitruste desempenha função diversa da assumida em outros contextos”, configurando “inúmeros os objetivos fundamentais já atribuídos ao antitruste”²²⁹.

²²⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 128-129.

²²⁸ Forgioni destaca que a “Lei Antitruste desempenhará, em determinados sistemas jurídicos e momentos históricos, função diversa daquela assumida em outros sistemas, em outros momentos”, afirmando também que “discussões excessivamente gerais sobre os objetivos da Lei Antitruste, sem que sejam referidos o país, a lei e o momento de que se trata, são estéreis”, existindo, diante dessas conformações, ausência de consenso entre “objetivos máximos” do antitruste, por depender de cada recorte histórico e geográfico. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 165-166.

²²⁹ Descreve Crivelari que é preciso desmistificar “a existência de um padrão para os objetivos das políticas antitruste de cada Estado” e ter a “consciência acerca da imprescindível contextualização da lei antitruste

Forgioni observa a disciplina do comportamento dos agentes econômicos nos mercados e a concorrência em três momentos. Em um primeiro, as regras teriam razões práticas e visava resultados eficazes e imediatos, para eliminar “distorções tópicas”. A segunda como “corolário de um sistema de produção entendido como ótimo”, assumindo a concorrência seu sentido técnico e “visa proteger o mercado contra seus efeitos autodestrutíveis”. E a terceira como instrumento de implementação de políticas públicas para atuar na condução e conformação do sistema.²³⁰

Isso confirma que a lei antitruste brasileira não deve servir apenas para implementar eficiências econômicas²³¹, mas orientada por diretivas constitucionais para promover o ambiente competitivo e evitar a estagnação da concorrência que a concentração de poder econômico pode trazer, com seus diversos prejuízos:

Isso tudo significa que, no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.²³²

Esse viés de servir como instrumento para conduzir e conformar o sistema, exprime, na posição da autora, que a disciplina no Brasil serve para implementar políticas públicas de repressão do abuso do poder econômico e promoção da livre concorrência,

no ordenamento jurídico e na realidade do local”. Também defende que os objetivos do direito antitruste refletem escolhas políticas, influenciadas por diversos fatores, como fatores sociais, econômicos, políticos e culturais, de forma que “o estabelecimento de um objetivo para o antitruste é um posicionamento político, que reflete interesses específicos e que repercute sobre o modo como o Estado intervém na economia e como se concretiza o projeto de desenvolvimento de um país” e por “sempre existir uma orientação política definida por uma ideologia constitucionalmente adotada”. Cf.: CRIVELARI, Aline. **Antitruste e desenvolvimento sustentável: a questão ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. [Versão Kindle]

²³⁰ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 41.

²³¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 250.

²³² A autora esclarece a existência de diversas correntes doutrinárias a respeito dos objetivos do antitruste. Nos Estados Unidos, duas escolas são as mais referenciadas. De Harvard ou “estruturalista”, a qual vincula a conduta do agente a estrutura do mercado na conformação “estrutura-conduta-performance” e enxerga no agente econômico uma propensão de usar sua posição em um mercado para se alavancar em outro (concentração vertical. E, de Chicago, a qual vincula aos objetivos de eficiência e preços inferiores e apoia-se na mínima de interferência e regulamentação do mercado, por compreender que a eficiência alocativa do mercado beneficia consumidor, trazendo ao antitruste a análise econômica, com avaliações da concentração de poder nem sempre devem ser vistas como “mal a ser evitado”, além de vincular acordos verticais a economia de custos de transação, com eficiências e ganhos para consumidores.

No caso da União Europeia, se enxergaria a abertura, possibilidade de acesso, disputa e estrutura concorrencial do mercado como mecanismos aptos a produzir bem-estar econômico, competitividade e integração dos mercados em seu território, tutelando interesses dos concorrentes e dos consumidores. E ainda, a estrutura do mercado e concorrência. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 166-190, 195- 196 e 250.

mas não representa fim em si mesma, pois deve dar concretude aos fins e objetivo constitucionais, como a dignidade da pessoa humana e justiça social.²³³

Neide Teresinha Malard, por sua vez, considera a promoção da eficiência econômica um dos objetivos da lei antitruste, mas a qual deve atender ao equilíbrio de interesses e representar a maximização de resultados aos consumidores e aos produtores. O bem jurídico tutelado, no entanto, deve ser o mercado competitivo, dentro do regime constitucional que concilia a livre concorrência e a livre iniciativa:

No regime concorrencial, as empresas tentam maximizar seus lucros, alocando devidamente seus recursos e minimizando seus custos. Buscam, no exercício de sua atividade produtiva, suprir as necessidades dos consumidores, produzindo bens e serviços de melhor qualidade e a preços mais acessíveis. É essa eficiência que a lei antitruste visa assegurar aos mercados, posto que a atividade empresarial não busca a melhor utilização dos recursos sob o aspecto social e a eficiência que a empresa procura alcançar situa-se no plano dos interesses privados.²³⁴

Da mesma maneira, no entendimento de Eros Roberto Grau, como a Lei Antitruste brasileira contempla ser orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico, e, ainda, estabelecer a coletividade como titular dos bens jurídicos protegidos pela lei, configura ir além da repressão ao abuso do poder econômico, caracterizando como “lei voltada à preservação do modo de produção capitalista”, ainda que seja também instrumento de política pública.²³⁵

A Lei Antitruste confere, com isso:

²³³As opções políticas podem ser tanto por disciplinar a matéria como deixar de fazê-la ou abrandá-la, assim como interfere na interpretação do antitruste. A leitura de que se prestaria a eliminar apenas efeitos autodestrutíveis e eficiência alocativa estaria ultrapassada, por desprezar “uma das mais poderosas ferramentas de que pode lançar mão o Estado contemporâneo para implementação de suas políticas econômicas”. A autora também chama atenção ao que chama de válvulas de escapes, instrumentos que conferem certa flexibilidade ao texto normativo para não produzir efeitos opostos aos desejados, por isso, alguns interesses podem vir a ser abrigados, de forma mediata, na tutela antitruste, como do mercado, do consumidor, interesse nacional, bem comum, eficiência alocativa e interesse público. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 196-200 e 246-247.

²³⁴ Complementa que “no contexto concorrencial, a eficiência econômica é alcançada com a maximização do lucro do produtor e a maximização da satisfação do consumidor”. Em relação a lei brasileira, não considera que as eficiências se limitam aos ganhos de produtividade, da qualidade de bens ou serviços e do desenvolvimento tecnológico, pois “se utiliza a expressão genérica ‘propiciar a eficiência’”. Por fim, reserva que a eficiência objetivada pela lei brasileira (artigo 20, §1º da Lei nº 8.884/1994, atual artigo 36, §1º da Lei nº 12.529/2011) “deve conduzir à redução do preço e não ao aumento excessivo do lucro”, sendo “este o sentido que se deve emprestar ao vocábulo eficiência” Cf.: MALARD, Neide Teresinha. Integração de empresas: concentração, eficiência e controle. **Revista do IBRAC**, v. 1, n. 4, 1994, p. 49-78.

²³⁵ Ele relembra os ensinamentos de Habermas sobre constituição e preservação do modo de produção capitalista. Cf.: GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, pp. 208-209.

Concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros. Daí porque o princípio da liberdade de concorrência ou da livre concorrência assume no quadro da Constituição de 1988 sentido conformado pelo conjunto dos demais princípios por ela contemplados; seu conteúdo é determinado pela sua inserção em contexto de princípios no qual e com os quais subsiste em harmonia.²³⁶

Por sua vez, para Calixto Salomão Filho, o antitruste brasileiro “visa primordialmente à defesa da instituição concorrência e não à proteção do mercado”. Assim, o objeto imediato é tutelar a concorrência como garantia institucional, como interesse à manutenção da concorrência, promovendo a defesa da instituição da concorrência como interesse coletivo ou transindividual.²³⁷

Considera a existência de outros objetos mediatos ou objetivos indiretos, cujos interesses são tutelados por meio da proteção da ordem concorrencial. Dentre eles, a tutela dos interesses dos concorrentes e a tutela dos interesses dos consumidores. O consumidor, embora “não seja destinatário direto das normas concorrenciais” apresenta-se “sempre sua justificação última”. Isso reflete em interesses que convivem harmonicamente e uma escolha legislativa pela defesa de uma pluralidade de interesses.²³⁸

A livre concorrência deve expressar a preocupação com “igualdade de condições mínimas de concorrência, ou, mais precisamente, com a liberdade de acesso e permanência no mercado”²³⁹, não exprime “preocupação da existência de um tipo particular de concorrente ou de estrutura específica do mercado”, conferindo neutralidade

²³⁶ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 209.

²³⁷ A coletividade, conforme o parágrafo único do artigo 1º da Lei Antitruste, é titular dos bens jurídicos protegidos pela lei. Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 856 – 2515.

²³⁸ “O constituinte e o legislador brasileiro claramente encamparam a tese do reconhecimento e da representação dessa pluralidade de interesses na legislação antitruste. Assim é que o art. 170 da CF prevê como princípios gerais da ordem econômica, a orientar a aplicação de toda a legislação nesse área, a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V). Essa pluralidade de interesses é repetida na própria Lei 12.529/2011, que segundo seus próprios dizeres, orienta-se pelos ditames constitucionais da ‘liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico’. Livre concorrência e proteção do consumidor convivem como objetivos da legislação antitruste brasileira”. Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 2136-2145.

²³⁹ Consequência é a “preocupação com estruturas ou práticas que possam limitar ou falsear a igualdade de condições mínimas em suas duas vertentes – liberdade de acesso e liberdade de permanência no mercado”. Preocupa-se em afastar condições limitadoras de acesso como “existência de barreiras (naturais ou artificiais) à entrada de concorrentes” e falseadoras da liberdade de permanência, como “práticas predatórias, tendentes a excluir artificialmente os participantes do mercado. A liberdade de acesso “é também salvaguardada pela proteção da liberdade de iniciativa” (prevista no artigo 170, parágrafo único da CF e artigo 1º da Lei 12.529/2011). Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 2136-2154.

à disciplina da concorrência e que não ocorra conflito com a defesa dos interesses dos consumidor, enquanto objeto mediato das normas concorrenciais²⁴⁰.

Daí que o objetivo imediato, no entanto, permanece sendo a defesa da instituição da concorrência, para assegurar a possibilidade de escolha e o seu valor social, bem como assegurar a formação de relações econômicas mais equilibradas, em favor sempre do interesse institucional.²⁴¹

Os elementos trazidos até o momento pela pesquisa dão evidências de uma expansão da indústria digital em ambiente despreocupado com o equilíbrio desses interesses e cada vez mais limitando a possibilidade de escolha de outros agentes econômicos e dos consumidores. Em outras palavras, evidenciam que o sistema antitruste não têm sido eficaz para atingir esses objetivos de relações equilibradas e com convivência harmônica de interesses que visa tutelar²⁴², o que demonstra que disciplina infraconstitucional e sua aplicação pode não ter se adaptado a essa realidade.

Na opinião de Ana Frazão, a grande questão da disciplina no Brasil foi o distanciamento da aplicação do direito do antitruste do ideário da concorrência posta como “instrumento para a realização de diversos fins constitucionais, nem sempre de fácil harmonização”, com destaque aos propósitos de proteção do consumidor, redução da pobreza, proteção da inovação e o combate à corrupção.²⁴³

²⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 2136-2145.

²⁴¹ O autor defende que o direito concorrenciais nessa concepção “não impõe um resultado, ou efeito econômico, mas garante que o relacionamento entre os concorrentes se dê de forma leal e que a concorrência efetivamente exista, não sendo substituída por relações de poder, típicas dos mercados livres”. Assegura que “os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordenem as relações econômicas da forma mais justa e equilibrada”. Garante “a concorrência, e não do mercado”. O direito, com isso “reasume aquele papel redistributivo ou garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas, que sempre lhe incumbiu”. A possibilidade de escolha, por sua vez, guarda importante valor social por ser “capaz de suprir o enorme vazio informativo proporcionado pelo mercado. Como nem sempre as leis de mercado levam a esse resultado “é aí que o Estado deve intervir, garantindo a primeira e não o segundo”. Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 856 – 2515.

²⁴² Nesse sentido: KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018; e SCHRODER, Eduarda Cristina. Análise de atos de concentração no mercado digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Vera Gaudium**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 133-160, dez. 2019.

²⁴³ Ela conclui seu exame com as seguintes premissas: (i) o reconhecimento da instrumentalidade do art. 173, § 4º, da Constituição; (ii) a necessidade de que o controle do poder econômico seja examinado e compreendido a partir da ordem econômica constitucional, inclusive no que diz respeito à finalidade desta de assegurar a todos uma vida digna de acordo com os ditames da justiça social (art. 170, caput) e em conformidade com os demais princípios listados nos incisos do art. 170; (iii) a conclusão de que a simples circunstância de o exercício do poder econômico adequar-se à determinada política econômica ou gerar eficiências econômicas não o torna compatível com a ordem econômica constitucional e nem com a legislação concorrenciais; e (iv) a necessidade de uma maior abertura do Direito da Concorrência, tanto no que diz respeito aos seus propósitos, como no que diz respeito às suas metodologias. Cf.: FRAZÃO, Ana.

Para a autora, a regulamentação infraconstitucional da matéria e sua aplicação precisa se aproximar do regime constitucional quanto aos pressupostos e propósitos do controle do poder econômico e as análises precisam estar conectadas com essa nova realidade e suas atuais necessidades.²⁴⁴

Se as bases que regulamentam concretamente as políticas antitrustes e suas análises, tanto na regulação das condutas como no controle das estruturas, sequer pressupunham como a internet e os dispositivos móveis formariam efetivamente mercados internacionais interconectados, capazes de prever o comportamento humano e direcionar escolhas de seus consumidores e de outros agentes econômicos, elas precisam ser revistas e repensadas a partir desse novo ambiente e serem capazes de captar as reais políticas e estratégias econômicas dessa indústria e sua potencial expansão²⁴⁵.

Sem esse trabalho, a indústria da tecnologia pode continuar a atuar livremente e expandir seus horizontes sem que os controles estatais sejam capazes de dirimir as regras que elas impõem ao mundo em diversas searas, sem praticamente ter nenhum comportamento regulado e nem escrutínio de políticas antitrustes.

2.5. O CONTROLE PREVENTIVO DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO NO SISTEMA BRASILEIRO

Para analisar se o controle de concentrações econômicas previsto na lei brasileira ainda é consentâneo a realidade da economia digital, importa realizar uma revisão de sua disciplina. Se permeará, desde logo, pontos sinalizadores de possíveis deficiências dessa análise tradicional para esse novo contexto trazido com a revolução digital.

O controle de estruturas disposto no sistema brasileiro impõe que os atos de concentração econômica nas hipóteses previstas pela lei, não podem ser concretizados

Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle] posição 596-1193.

²⁴⁴ A autora trata do controle do poder econômico da perspectiva de preservar a concorrência, a democracia, autonomia humana e o exercício de liberdades fundamentais. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade:** função social e abuso do poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 265; FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência:** pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle]. posição 596-1193; e FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020.

²⁴⁵ Nesse sentido: KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018; e SCHRODER, Eduarda Cristina. Análise de atos de concentração no mercado digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Vera Gaudium**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 133-160, dez. 2019.

antes de passar pelo escrutínio antitruste²⁴⁶. Assim, seu escopo é preventivo e não tem finalidade de impor sanções, apenas de verificar se o ato de concentração pode ser aprovado pelo CADE, ou se deve ser rejeitado ou aprovado com restrições.²⁴⁷

Frazão aponta que “o pressuposto básico do controle de estruturas é o de que, para o adequado funcionamento do mercado, não basta o controle de condutas, que se realiza por meio da prevenção e repressão das infrações anticoncorrenciais”, mas mostra-se necessário impedir “a formação de estruturas empresariais que restrinjam indevidamente a livre concorrência, seja porque propiciam o exercício abusivo da posição dominante adquirida ou reforçada em virtude da operação, seja porque facilitam a colusão”.²⁴⁸

De toda sorte, essa obrigatoriedade na submissão prévia à autoridade antitruste dos atos de concentração econômica, como ocorre no sistema brasileiro, não é ileza de consequências e se trata de intervenção que pode impactar nos próprios incentivos que os agentes econômicos possuem em investir no mercado interno, pois não deixa de representar “altos custos às empresas, na medida em que impede a eficácia dos atos de concentração de notificação obrigatória enquanto não forem aprovados pela autoridade concorrencial”²⁴⁹.

Pelo potencial risco de sobrecarregar a estrutura como um todo, o que torna “desejável que o controle de estruturas seja seletivo e tenha como objeto situações associadas a grandes preocupações concorrenciais” dentro de “operações de inequívoca relevância” e “deve ser definido a partir de critérios rigorosos, claros e objetivos”.²⁵⁰

Consoante as lições de Forgioni, o controle sobre concentrações econômicas tem como pano de fundo as duas faces que a concentração pode apresentar. A concentração “tende a diminuir o grau de competição no mercado, por atribuir poder econômico à empresa”, com a redução de “estímulo ao corte de preços, à inovação, ao incremento de

²⁴⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 153-154.

²⁴⁷ Apesar dessa dicotomia entre a disciplina de condutas e de estrutura, a doutrina reconhece “muitas zonas de interpenetração e complementaridade” entre ambos os controles. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1826-1830.

²⁴⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle] posição 1822.

²⁴⁹ Frazão fundamenta que o controle sobre as estruturas é baseado na “premissa de que a livre concorrência é um bem muito precioso para ser colocado em risco, até porque os danos causados por estruturas anticoncorrenciais podem ser irreparáveis”. Assim, se o controle de condutas não é suficiente “para assegurar a manutenção da ordem concorrencial, até em razão das conhecidas dificuldades para se identificar e punir condutas anticompetitivas, é inequívoca a importância do controle de estruturas”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1826-1905.

²⁵⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1826-1905.

qualidade, etc”.²⁵¹

Por outro lado, pode ser benéfica e trazer inovação e desenvolvimento. Uma soma de diversos fatores pode colaborar nesse sentido, pois há incentivos aos agentes econômicos para quererem expandir seus negócios, aumentar sua base de clientes e superar seus concorrentes.²⁵² Por isso, disciplinar a matéria é essencial para lidar com o jogo de interesses e com a união de poder econômico.²⁵³

A autora também explica que diversas podem ser as razões da concentração dentre elas, o arrefecimento da concorrência entre os agentes econômicos²⁵⁴; viabilizar economias de escala e o melhor aproveitamento dos recursos disponíveis, como sistemas de distribuição²⁵⁵; acessar ativos, patentes, direitos de propriedade intelectual e outros privilégios, ou ainda, especialistas que atuam nas empresas adquiridas; viabilizar a entrada do agente em novo mercado; preservar a continuidade das atividades²⁵⁶; dentre outros fatores, como ganhos ou economias tributárias.²⁵⁷

²⁵¹ A concentração, nesse sentido, pode ser vista como “efeito autodestrutível do mercado, apto a levar o sistema econômico às crises” ou como “falha de mercado” por ser “capaz de prejudicar o bom fluxo das relações econômicas”. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 411-412.

²⁵² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 411-412.

²⁵³ Segundo a autora, o controle de concentrações expressa “caráter instrumental em relação a uma política econômica, ligada principalmente à formatação da estrutura de mercado”. Para lidar com os interesses envolvidos, a disciplina da concentração se preocupa com questões de “como lidar com aglutinação de poder econômico? Como viabilizar melhores condições possíveis de fomento da inovação e da competição eficaz? Qual o grau de competição exigir do mercado?” Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 411-412.

Por sua vez, Frazão observa que “o problema mais delicado” da disciplina da concorrência é delimitar os “valores ou bens que devem ser por ele protegidos e em face dos quais se extrairão critérios coerentes para distinguir atos lesivos dos atos benéficos ou indiferentes à concorrência” Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle] posição 1836.

²⁵⁴ Do ponto de vista interno do agente, a concorrência pode ser vista como prejudicial aos seus negócios e resultados, existindo incentivos aos agentes para neutralizar os outros, apresentando-se a concentração como uma das maneiras de atingir ou reforçar uma posição monopolística. Não se desconsidera o alto potencial anticompetitivo desses incentivos, se a intenção da empresa adquirente é aniquilar a empresa adquirida ou sua marca, tirando-a do mercado. É verificado também nas concentrações verticais, pode ser prejudicial ao outro mercado que não atividade principal do adquirente. Um exemplo seria com o controle da matéria-prima ou do fornecedor, eliminando a concorrência que estava sujeita para a compra do produto. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 418-419.

²⁵⁵ Essa é uma das principais justificativas das empresas às autoridades antitruste, mas pode ser prejudicial, por fechamento de várias outras empresas em decorrência de concentrações. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 419.

²⁵⁶ Como, por exemplo, devido a conflitos internos ou pela teoria *failing firm*, de maneira que seria mais benéfico autorizar, do que acarretar a quebra da empresa. No Brasil, a venda para terceiros “costuma ser solução para eventual conflito entre os sócios ou acionistas, viabilizando a continuação das atividades sociais, especialmente ele incide os familiares”. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 420.

²⁵⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 418-420.

Em termos objetivos, a concentração significa o “aumento de riquezas em poucas mãos, relacionando-se com o aumento de poder econômico de um ou mais agentes do mercado”. Pode assumir diversas formas, incluindo acordos entre empresas. Por isso, “no campo antitruste, o termo concentração vem empregado para identificar várias situações que demonstram essa aglutinação de poder ou de capacidade de alterar as condições do mercado”.²⁵⁸

A concentração de empresas, assim, pode ser definida como:

Todo o ato de associação empresarial, seja por meio da compra parcial ou total dos títulos representativos de capital social (com direito a voto ou não), seja através da aquisição de direitos e votos, que provoque a substituição de órgãos decisórios independentes por um sistema unificado de controle empresarial – quer este controle seja exercido efetivamente ou não.²⁵⁹

O objetivo do controle das estruturas pela lei brasileira é tratar das “formas de crescimento externo ou ‘artificial’ do poder empresarial, que alteram as estruturas do mercado”²⁶⁰ e “envolvem a união de esforços ou recursos de pelo menos dois agentes econômicos distintos que, de alguma maneira, tornar-se-ão uma unidade para efeitos econômicos”.²⁶¹

Conforme as análises tradicionais, essas concentrações de poder econômico podem ser classificadas em horizontais²⁶², verticais²⁶³ e em conglomeradas,

²⁵⁸ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 412-414.

²⁵⁹ E pode também decorrer de “práticas que não envolvem a transferência do direito de propriedade”, como nas chamadas “concentrações virtuais”. Cf.: CARVALHO, Nuno T. P. **As concentrações de empresas no direito antitruste**. São Paulo: Resenha Tributária. 1995, pp. 91-92 e 110.

²⁶⁰ Há situações de concentração de poder econômico que não estão sob o guarda-chuva do controle de estruturas pela lei brasileira, embora possam se sujeitar, se for o caso, ao escrutínio do controle de condutas. Uma delas é a expansão resultante da maior eficiência do agente no mercado, resultado do seu crescimento interno e por méritos internos. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1914-1919 e 1961.

²⁶¹ Nesse sentido, faz parte do controle das estruturas identificar se “a conquista ou a expansão da posição dominante decorreu da formação de uma nova estrutura econômica” e se “essa nova estrutura gera ou não efeitos anticoncorrenciais”. São “motivos que o justificam a proteção da livre concorrência e a perspectiva de se evitarem danos irreparáveis ou de difícil reparação, bem como contornar as dificuldades de se ter que anular efeitos de uma operação já consumada na hipótese de uma reprovação. FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle] posição 1919 e 1969-1971 e 2082.

²⁶² Ocorre quando “envolvem agentes que econômicos que atuam no mesmo mercado relevante”, com “direta relação de concorrência”. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 416.

²⁶³ Ocorre quando envolvem agentes que “desenvolvem suas atividades em mercados relevantes a montante ou a jusante, ou seja, concatenados no processo produtivo ou de distribuição do produto”. Uma das grandes inovações trazidas pela escola de Chicago foi a modificação da visão sobre as concentrações verticais [...]. Antes o entendimento é que esse tipo de negócio poderia “privar os rivais de oportunidade tem algo de competição, estabelecendo ligação exclusiva entre os agentes econômicos que atuam em mercados relevantes complementares”. Passou-se, então, a admitir as concentrações verticais se representar um aumento de eficiência para o setor. No entanto, “a questão dos efeitos das concentrações verticais sobre

consideradas como residuais, ou seja, “entendidas como conglomeradas as concentrações que não são nem verticais nem horizontais”²⁶⁴.

Para Frazão, nas concentrações horizontais “os participantes são rivais atuais ou potenciais do mesmo produto ou serviço no mesmo mercado geográfico”, o que resulta em “preocupações óbvias, já que implica a eliminação da rivalidade existente ou potencial” e riscos de colusão e prática de condutas unilaterais abusivas. As avaliações, todavia, são complexas já que a “rivalidade direta entre agentes econômicos nem sempre é de fácil constatação, diante das dificuldades de haver substituição perfeita entre vários produtos ou serviços”.²⁶⁵

As concentrações verticais, por sua vez, não envolve a rivalidade direta de mercado e “são consideradas fontes de grandes eficiências econômicas” por integrar atividades complementares de uma mesma cadeia de produtos ou serviços, reduzir custos de transação “em razão da melhor coordenação das etapas correspondentes”. Podem, contudo, “apresentar inúmeros efeitos anticompetitivos, tanto de natureza coordenada, como de natureza não coordenada” com fechamento de mercado “do acesso a insumos (*input foreclosure*)” ou do “acesso ao mercado consumidor (*consumer foreclosure*)”.²⁶⁶

Por último, os conglomerados “que abarca os casos em que as empresas participantes atuam em mercados distintos e não pertencentes à mesma cadeia econômica”, mas podem resultar em “efeitos coordenados ou não coordenados indesejáveis, especialmente quando as partes envolvidas atuam em mercados relativamente próximos”, como “a possibilidade de prática de venda casada, preços predatórios e riscos à concorrência potencial”, além de, no que diz respeito às eficiências, serem “normalmente inferiores às das concentrações horizontais e verticais”²⁶⁷.

Dentro do contexto da indústria digital, como antecipado no primeiro capítulo, as características desses mercados incentiva os agentes econômicos a atuarem em diversas

a concorrência é cada vez mais controvertida, especialmente por conta dos controles de insumos, canais de distribuição e, especialmente, da tecnologia”. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 416.

²⁶⁴ Ocorrem quando “empresas que atuam em mercados relevantes apartados, sendo subdivididas, conforme o seu escopo ou efeito”, expansão do mercado (*market extension*), expansão do produto (*product extension*), ou diversificação. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 416.

²⁶⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1979-2015.

²⁶⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1979-2015.

²⁶⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 1979-2015.

frentes para se tornarem capazes de permanecerem atraentes aos usuários de ambos os lados da cadeia e a “coletar grandes pilhas de dados de uma enorme multidão de fontes” e obter vantagem competitiva com uma “determinada escala e escopo de dados” inigualável.²⁶⁸

Isso, por outro lado, incentiva a integração vertical e a formação de grandes conglomerados, assim como a criação de um ecossistema capaz de atender as mais diversas necessidades dos usuários.²⁶⁹ Esse contexto é o que retroalimenta o próprio negócio e a capacidade de influenciar e manter as diversas categorias de usuários vinculadas aos seus produtos e serviços²⁷⁰.

Esses movimentos de concentração econômica, portanto, podem incentivar - como parece ter incentivado a indústria digital sem que instrumental antitruste previsse, como será melhor delineado no próximo capítulo - a criação de estruturas propícias a adoção de práticas anticompetitivas exatamente pela possibilidade de realizar venda casada, praticar preços predatórios, dar incentivos a eliminação de concorrência potencial, gerar altas barreiras à entrada e impor risco de potencial fechamento de acesso ao mercado consumidor, o que demanda atenção e preparo do instrumental antitruste para lidar com essa realidade.

²⁶⁸ “In fact, some large corporations are in such a position that they are able to collect large piles of data from a huge multitude of sources, that no one else will have incentives to match. This advantage, not based on the access but on achieving a certain scale and scope of data, may generate high entry barriers that also have to be evaluated during the merger control”. Cf.: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 15.

Ainda, pode ser dito que o *big data* monetiza bilhões de perfis dos usuários, sendo um dos instrumentos mais importantes nessa indústria, pois também permitem que os agentes econômicos melhorem seus algoritmos, produção, produtos, serviços, organização empresarial, estratégias e vantagens competitivas Cf.: MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. pp. 9-13.

²⁶⁹ Usuários leia-se em seu sentido amplo, de qualquer dos lados ou categorias de usuários que gravitam ao entorno desses negócios e deles são dependentes. A competição, nesses mercados, passa a ser por ecossistemas, o que aumenta os custos de comutação, como tratado de forma mais detalhada nos subitens 2 e 3 do primeiro capítulo.

²⁷⁰ Esses aspectos são tratados no texto: KHAN, Lina M. What makes tech platforms so powerful? In: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital platforms and concentration. Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago, 2018. p. 14-17. Disponível: <<https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

2.6. DISCIPLINA GERAL DO CONTROLE PREVENTIVO NO SISTEMA BRASILEIRO

No sistema brasileiro, a principal disciplina do controle de concentração econômica é estampada nos artigos 88²⁷¹ e 90 da Lei nº 12.529/2011, nos quais foram estabelecidos os critérios que exigem a submissão da operação, antes de ser concretizada, ao CADE.²⁷²

Algumas publicações no âmbito interno do CADE são igualmente relevantes ao controle das estruturas. Para fins desta pesquisa, destaca-se o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE atualmente vigente e a Resolução nº 13, de 23 de junho de 2015 e Resolução nº 24, de 08 de julho de 2019, que disciplina os procedimentos previstos no art. 88, §3º e §7º da Lei nº 12.529/2011.²⁷³

O artigo 90 da lei brasileira define as hipóteses que se submetem a esse regime de controle prévio²⁷⁴, indicando os atos de fusão²⁷⁵; aquisição, direta ou indireta, de participação societária ou de ativos, tangíveis ou intangíveis, o controle ou partes de uma ou outras empresas; a aquisição de controle direto e indireto de empresa,

²⁷¹ Com as alterações da Portaria Interministerial nº 994 de 30 de março de 2012, conforme autorizado pelo §1º do artigo 88, que “adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, os valores constantes do art.88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, os valores mínimos de faturamento bruto anual ou volume de negócios no país”. Disponível em: <file:///C:/Users/User/Downloads/Portaria%20994.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2021.

²⁷² A lei brasileira, com isso, se baseia em “em duplo critério, que combina o parâmetro do faturamento, exigido de todos os participantes (art. 88), com a necessidade da existência de ato de concentração (art. 90) e cujos “patamares apenas podem ser flexibilizados para efeitos de um excepcional controle ex post previsto no art. 88, § 7º” Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2029 e 2034.

²⁷³ Apesar do documento ser referência às concentrações horizontais, indicadas como “operações que envolvam a integração econômica entre empresas concorrentes ou potenciais concorrentes entre si” e não possuir “caráter obrigatório ou vinculante”, pois não esgota “todos os possíveis métodos de análise” que poderá ser adequado conforme o caso concreto, indica serem seus objetivos: (i) dotar de maior transparência a análise empreendida pelo Cade; (ii) orientar os membros do Cade a empregar as melhores práticas de análise econômica de ACs que produzam concentração horizontal; e (iii) auxiliar os agentes de mercado a compreender as etapas, técnicas e critérios adotados nas análises realizadas pelo Cade. Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

²⁷⁴ Para Frazão “o que todas essas formas de concentração têm em comum é se basearem na ideia da reunião, aumento ou transferência de ativos empresariais ou de poder de comando ou gestão, entendendo-se este último não apenas como o controle societário, mas como qualquer forma de influência decisiva na condução dos negócios empresariais. Ao assim fazer, a legislação brasileira acertadamente adota definição de ato de concentração que mescla os meios e os fins, no que se assemelha à enunciação existente na União Europeia” Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle] posição 2043.

²⁷⁵ O artigo 228 da Lei nº. 6.404/1976 define fusão como “operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações”.

participações minoritárias; direitos de propriedade industrial; ativos físicos²⁷⁶; incorporação de empresas²⁷⁷; celebração de contrato associativo²⁷⁸, consórcio²⁷⁹ ou *joint venture*²⁸⁰. De toda forma, não é toda operação prevista no artigo 90 que deverá passar pelo crivo desse controle.

Ao analisar o artigo 88 da lei brasileira, a submissão é obrigatória aos atos que envolver, de um lado, grupo envolvido com faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais), considerado do ano anterior à operação, e, cumulativamente²⁸¹, de outro lado, pelo menos um outro grupo com faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais), conforme o artigo 88, incisos I e II e §3º da Lei nº 12.529/2011.

Sobre esse recorte que a lei brasileira realiza relacionado ao volume de negócios e faturamento dos grupos envolvimento, há um ponto importante no contexto da indústria digital, que se relaciona com as empresas *startups* e *mavericks*. O setor de tecnologia pode apresentar empresas emergentes, porém com tecnologias inovadoras e

²⁷⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 415.

²⁷⁷ O artigo 227 da Lei nº. 6.404/1976 define incorporação como “operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações”.

²⁷⁸ Sobre o tema, a Resolução nº 17 de 18 de outubro de 2018 do CADE também “disciplina as hipóteses de notificação de contratos associativos de que trata o inciso IV do artigo 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 e revoga a Resolução Cade nº 10, de 29 de outubro de 2014”. Segundo o artigo 2º: Art. 2º. Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente:

I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e

II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato.

§1º Para os efeitos desta Resolução, considera-se atividade econômica a aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro.

²⁷⁹ O artigo 278 da Lei nº. 6.404/1976 indica que “companhias e quaisquer outras sociedades, sob o mesmo controle ou não, podem constituir consórcio para executar determinado empreendimento”. O consórcio não tem personalidade jurídica e as consorciadas somente se obrigam nas condições previstas no respectivo contrato, respondendo cada uma por suas obrigações, sem presunção de solidariedade”.

²⁸⁰ Contratos associativos ou *joint ventures* “referem-se a negócios jurídicos mediante os quais duas ou mais empresas [...] associam-se para realizar o empreendimento acordo, normalmente atividade empresarial que visa ao lucro. Não perdem a autonomia dos centros decisórios, mas tem sua liberdade limitada na medida em que se vinculam para consecução de escopo comum. As áleas não são comuns, mas interdependentes. Essas contratações são aptas a alterar as condições do mercado e, nessa medida, objeto de preocupação antitruste”. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 415-416.

Na hipótese do contrato associativo, consórcio ou *joint venture* artigo 90 exclui do âmbito de análise aqueles casos em que a operação tem relação com licitações da administração pública.

²⁸¹ Por ser cumulativo, na presença de apenas um dos critérios, não há obrigatoriedade.

disruptivas. Operações de concentração com essas figuras empresarias, podem escapar ao critério baseado volume de negócios e faturamento dos agentes envolvido, embora outros critérios possam evidenciar a relevância da transação, como o próprio valor da operação envolvida²⁸².

Schroder cita que a aquisição do WhatsApp pelo Facebook foi um dos casos que atraiu atenção das autoridades antitruste no continente europeu sobre o recorte do volume de faturamento. O WhatsApp não possuía faturamento suficiente para atingir aos limites para submissão mandatória delimitados pelas normas europeias por esse viés, contudo, sua aquisição foi realizada pela quantia de dezenove bilhões de dólares.²⁸³ Gautier e Lamesch mencionam outras operações como Apple e Shazam em 2018, Microsoft e LinkedIn em 2016, Google e Doubleclick em 2008, todas no âmbito da Comissão Europeia. Nos Estados Unidos, os exemplos seriam as operações envolvendo o Facebook e Instagram em 2012 e Google e Waze em 2013.²⁸⁴

Seguindo na análise do artigo 88, os §2º ao §4º, por sua vez, são claros quanto à obrigatoriedade da submissão prévia, ou seja, o ato será analisado pelo CADE antes das operações serem consumadas, sob pena de nulidade, aplicação de multa pecuniária e abertura de processo administrativo para apurar eventual infração à ordem econômica.

O artigo 88, §5º dispõe a proibição de “atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços”.

Da análise desse dispositivo, relacionam-se alguns conceitos e critérios importantes ao controle das estruturas, alguns que se comunicam com o controle de condutas, ou seja, importantes à disciplina da concorrência em sentido geral. Salutar situá-los minimamente, pois esgotá-los exigiria uma pesquisa própria.

Em primeiro lugar, a própria definição de poder de mercado. O CADE indica em seus guias que “uma empresa (ou um grupo de empresas) possui poder de mercado

²⁸² As operações que envolvem a aquisição de startups, por exemplo, por serem empresas normalmente emergentes, podem não ser captadas pelo critério de volume de negócios do ano anterior, embora o valor da operação possa evidenciar a relevância da transação. Cf.: FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020, pp. 69-73.

²⁸³ SCHRODER, Eduarda Cristina. Análise de atos de concentração no mercado digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Vera Gaudium**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 133-160, dez. 2019, pp. 151-155.

²⁸⁴ GAUTIER, Axel; LAMESCH, Joe. **Mergers in the Digital Economy**. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3529012>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes”.²⁸⁵

A doutrina apresenta certas variações de sua definição. Moreira indica que “deter poder de mercado significa a capacidade de influir decisivamente sobre os preços de um determinado produto” e “implica a definição do comportamento dos demais agentes econômicos do respectivo setor, de molde a estabelecer objetivamente o preço do produto por si produzido, impondo-o ao mercado (e, em consequência, a qualidade e a quantidade)”²⁸⁶.

Salomão Filho, por outro lado, compreende que mais importante que defini-lo é “encontrar na teoria econômica formas de identificar as condições necessárias para sua manifestação”, e, a partir disso “identificar as formas ilegais de poder no mercado”, acaba por estabelecer o poder de mercado como a “possibilidade de escolher entre essas diferentes alternativas: grande participação no mercado e menor lucratividade, ou pequena participação e maior lucratividade” e não como a “possibilidade de aumentar os preços”²⁸⁷.

De toda maneira, considera que no sistema brasileiro, o “direito antitruste não sanciona o poder de mercado em si”, mas “investe – isto sim – contra o poder de mercado estruturado de forma a prejudicar concorrentes e/ou consumidores”.²⁸⁸

Plawiak considera que a disciplina visa proteger a livre concorrência. Assim,

²⁸⁵ Isso porque “em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam, ao preço competitivo de mercado”. Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Cartilha do CADE**. Brasília, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2021.

²⁸⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016, p. 114. Em sentido similar, Tirole define como “a capacidade de fazer os consumidores pagarem preços bem acima dos custos ou de oferecer produtos de qualidade medíocre”, presente em casos principalmente dos mercados serem monopolizados, sendo “fundamento do direito da concorrência e da regulação setorial” Cf.: TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, pp. 167-170.

²⁸⁷ O autor compreende que “o aumento de preços deve ser sempre acompanhado da análise da estrutura do mercado (procedida a partir da definição do mercado) para que se caracterize o poder no mercado”. Considera que “o agente com poder no mercado cria para si um mercado cativo, impenetrável. Mais que uma restrição à liberdade de concorrência, há, nesses casos, uma restrição à liberdade de iniciativa, objeto de tutela primária do direito concorrencial brasileiro (art. 1º da Lei 12.529/2011)”. Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle] posição 3536-3539, 4316.

²⁸⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 4316. FRAZÃO também aponta que a “Constituição não pune o poder econômico em si, mas sim o seu exercício abusivo ou a conquista que se mostre incompatível com a livre-iniciativa (art. 173, § 4º)”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2205.

qualquer “tipo de poder econômico” que limite a livre concorrência, pode ser objeto de controle. A análise sob o aspecto do aumento de preço sem “perder fatias relevantes do mercado”, se mostra uma das formas de análise e mais “comum” manifestação do poder econômico, mas não a única dimensão a ser considerada no exame do direito antitruste.²⁸⁹

Levando ao contexto da economia digital, Krein resumiu bem ao afirmar que o poder econômico está cada vez mais concentrado com as cinco titãs da tecnologia, sem que as análises antitruste tradicionais consigam ter “ferramentas adequadas para mensurar potenciais riscos à concorrência das políticas empresariais dessas novas detentoras de poder econômico”²⁹⁰.

Além disso, a pressão competitiva presente nessa indústria não tem afetado a condição de domínio dentro do negócio nuclear mantido pelo agente econômico na indústria digital, que ainda, utiliza esse poder consolidado em um desses seus negócios, para alcançar outros mercados, incluindo os adjacentes²⁹¹, confirmando a necessidade de reflexão sobre como controlar esse poder econômico das gigantes da tecnologia.

Em segundo lugar, outras questões relevantes a esse controle de estruturas diz respeito ao nível de concentração dos mercados e os critérios para definição de mercado relevante. São elementos que integram os métodos tradicionais e importantes para o instrumental antitruste avaliar as consequências da autorização estatal da operação e dimensionar o grau final de participação da empresa no mercado, os impactos econômicos da operação e os níveis de barreiras à entrada nos mercados atingidos²⁹².

A respeito do grau de concentração, uma das metodologias é a utilização de método comparativo (antes e após a operação), dos índices apurados pelo *Herfindahl*

²⁸⁹ PLAWIAK, Rainier Belotto. O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Org.). **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2010, p. 71-83.

²⁹⁰ KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018, p. 198.

²⁹¹ “[...] high-tech markets may be exposed to disruptive innovations based on dynamic market competition. On the one hand this could mean a greater competitive pressure *for* the market. On the other hand, if there are not enough incentives to disruptively challenge this market, the incumbent may become a monopolist during longer cycles than predicted, causing a harm to consumer welfare that cannot be counterbalanced by future-uncertain dynamic competition. This oligopolistic trend may occur when a digital conglomerate competes in several outer businesses but maintaining the monopoly of its core business”. Cf.: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 19).

²⁹² SCHRODER, Eduarda Cristina. Análise de atos de concentração no mercado digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Vera Gaudium**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 133-160, dez. 2019.

Hirschman Index – HHI, adotado no sistema norte-americano (*Horizontal Merger Guidelines*, 2010) e estabelece “presunções quanto ao potencial anticompetitivo das operações conforme a operação esteja dentro de determinadas bandas”²⁹³. O Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE incorporou como ferramenta para análise do grau de concentração dos mercados, embora prevendo exceções e flexibilidade de seu uso, que não será irrestrito segundo tal guia.²⁹⁴

No que diz respeito ao mercado relevante, Forgioni o define como “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”, passando pela “identificação das relações (concretas, ainda que potenciais) de que participa o agente econômico”, mas considera que há certa elasticidade em sua definição.²⁹⁵

Para Frazão a “ideia básica subjacente à definição do mercado relevante é saber em que medida os consumidores poderiam desviar sua demanda para produtos substituíveis caso houvesse aumento de preços pós-concentração”. Apesar disso “a tarefa de identificar o mercado relevante é extremamente complexa”²⁹⁶, assumindo dimensões do produto e geográfica.²⁹⁷

Essas metodologias para avaliar o grau de concentração econômica e os critérios para definição de mercados relevantes em mercados tradicionais, são outros aspectos que indicam não terem se adaptado a realidade dos mercados digitais.

A título de exemplo, Schroder destaca que o CADE ao analisar a aquisição das ações do LinkedIn pela Microsoft²⁹⁸, aprovou o ato sem restrições, considerando não

²⁹³ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2504-2540.

²⁹⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016.

²⁹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 220-244.

²⁹⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2380-2398.

²⁹⁷ Uma das formas de análise é considerar no mesmo mercado “todas aquelas que se incluem na mesma definição de mercado relevante. Assim, todos os fabricantes de produtos substitutos, que, em caso de aumento de preços, passariam a ser consumidos, devem ser incluídos no mercado” Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle] posição 7341. Conforme o Guia do CADE “a dimensão do produto do MR compreende bens e serviços considerados, pelo consumidor, substituíveis entre si devido a suas características, preços e utilização. Para auferir essa substitutibilidade, examina-se a possibilidade de os consumidores desviarem sua demanda para outros produtos” e a “dimensão geográfica refere-se à área em que as empresas ofertam seus produtos ou que os consumidores buscam mercadorias (bens ou serviços) dentro da qual um monopolista conseguirá, lucrativamente, impor elevações de preços significativas” (BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, pp. 13-14).

²⁹⁸ Ato de Concentração nº 08700.006084/2016-85.

haver sobreposição entre os produtos e serviços ofertados no mercado relevante delimitado (rede social) e por haver baixa participação das envolvidas no mercado em comum. Entretanto, para a autora, a análise demonstra o apego em soluções enraizadas em mercados tradicionais como “fatores monetários envolvidos, sem ponderar que, para aquele mercado, estes não possuem tanta relevância” e descuidando das reais “estratégias de crescimento por trás do ato, muito menos à importância econômica dos dados pessoais coletados”²⁹⁹.

Para Frazão, a dinâmica do mercados de tecnologia são muito próprias, de maneira que delimitar o mercado relevante nessa indústria exige exercício complexo de identificação e entendimento de como interagem em relação ao público-alvo, de possíveis agrupamentos, mercados em rede, primários e secundários, sua relação com pesquisa e desenvolvimento, com tecnologia ou com bens e serviços.³⁰⁰

Pode-se pensar ainda no impacto da concorrência da economia digital sobre outros mercados tradicionais, como nos exemplos das plataformas Uber sobre o mercado de transporte individual de passageiros e Airbnb sobre o mercado de hospedagem tradicional e mercado imobiliário, como se abordará com mais profundidade no próximo capítulo.

Em terceiro lugar, outro aspecto relevante ao instrumental antitruste diz respeito às chamadas barreiras à entrada, vistas como “um dos principais elementos catalisadores do poder no mercado, que permite transformá-lo em verdadeira dominação dos mercados”. Se o agente econômico está sem a ameaça de concorrentes e da entrada de novos concorrentes, não tem incentivos “para divisão com os consumidores de qualquer ganho adicional de eficiência” e poder “exercer livremente seu poder monopolista sobre os consumidores”³⁰¹.

Segundo Salomão Filho há dois tipos de barreiras à entrada que podem ser analisados. As naturais e as artificiais. As primeiras são “decorrentes da própria

²⁹⁹ A autora também menciona que a operação “além de ter sido notificado à autoridade antitruste brasileira, também foi à americana, à europeia e à sul-africana. Nesse passo, o que se verifica é que, enquanto o CADE aprovou sem restrições, a Comissão Europeia apresentou uma série de imposições à aprovação, com o fito de impedir a obtenção de uma vantagem inalcançável pelas companhias envolvidas através do domínio de dados” Cf.: SCHRODER, Eduarda Cristina. Análise de atos de concentração no mercado digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Vera Gaudium**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 133-160, dez. 2019, pp. 150-151.

³⁰⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2452-2464.

³⁰¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 5163-5187.

conformação do mercado e do tamanho relativo de seus participantes”³⁰². As segundas e as mais preocupantes, são as artificiais, pois “criadas por comportamentos ou omissões dos agentes econômicos que tentam, com isso, criar um mercado cativo”, ou seja, “para impedir a entrada de seus concorrentes”³⁰³.

Essa questão também será tratada com mais profundidade no próximo capítulo, mas desperta interesse na economia digital, em razão da dificuldade de se contestar esses mercados e de como criar incentivos aos novos agentes para fazê-lo devido aos indicados efeitos de rede (*network effects*), ciclo virtuoso da concentração dos dados (*feedback loop*), a concentração dos consumidores em plataformas dominantes (*market tipping*), aprisionamento e dificuldade de substituição do produto ou do serviço (*lock-in effect*)³⁰⁴.

Em quarto lugar, outro aspecto importante, diz respeito a eficiência. A lei brasileira a coloca em lugar de destaque em dois sentidos, como “excludente absoluta da ilicitude” (artigo 36, § 1º, da Lei nº 12.529/2011) que considera que “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” e como “fundamento para a aprovação das concentrações de empresas” (artigo 88, § 6º, I, “a” e “c” da Lei nº 12.529/2011), ainda que cumulada com outros fatores.³⁰⁵

A regra estampada no artigo 88, §6º, portanto, autoriza a concentração em exceção às vedações do §5º, quando o ato atingir os objetivos de aumento da

³⁰² Podem ser de vários tipos, como “a existência de grandes vantagens de escala, a diferenciação entre produtos, o grande investimento inicial de capital necessário e os chamados custos irrecuperáveis (*sunk costs*)”. A mais preocupantes do ponto de vista do direito antitruste seriam essas últimas, pois “ainda que um alto investimento inicial não seja suficiente para constituir substancial barreira à entrada do ponto de vista do sistema antitruste, se a ele se aliar uma grande proporção de investimentos irrecuperáveis que devem ser arcados pelo empresário, a probabilidade de entrada se torna muito mais remota. Pode-se, então, afirmar que existe uma barreira natural à entrada”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 5163-5227.

³⁰³ São dois os tipos mais comuns: “dificultar o acesso do concorrente aos fornecedores ou aos canais de distribuição”, ou seja, “às fontes de insumo e distribuição”. Pode ser proibida no controle prévio dos atos de concentração – concentração vertical ou punida conforme o controle de condutas, pois “qualquer comportamento posterior do grupo econômico integrado verticalmente direcionado no sentido de negar acesso dos concorrentes às fontes de insumo e distribuição constituirá ilícito concorrencial (art. 36, § 3º, V)”. Ou ainda, criada através da “possibilidade de influenciar o gosto dos consumidores”, por meio da qual “os gostos dos consumidores podem ser formados e fixados através de campanhas publicitárias”. O problema nesse aspecto seria quando maciça e “capaz de influenciar a tal ponto os gostos dos consumidores que mesmo após seu término aquela preferência criada e agora fixada se torna uma necessidade para o consumidor”, capaz de “barrar o acesso do concorrente ao mercado”. Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 5163-5260.

³⁰⁴ Vide nota 90.

³⁰⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 5360-5364.

produtividade ou da competitividade, melhoria da qualidade de bens ou serviços; e/ou propiciar a eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico, mas desde que sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes, atendendo a uma “noção redistributiva de eficiência” (princípio retributivo).³⁰⁶

A justificativa nesse caso do controle prévio, por consequência, está estampada em sopesar os pontos que afetam a competição e as eficiências que serão geradas pelo ato de concentração, considerando os “aspectos positivos para a economia, para os consumidores e para a sociedade em geral”, e, “desde que os benefícios trazidos superem os prejuízos concorrenciais”.³⁰⁷

O Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE destaca nesse sentido a possibilidade de as concentrações gerarem efeitos negativos e positivos, inclusive simultaneamente, que não são identificáveis sem uma prévia análise específica do caso. O exame precisará identificar “se os efeitos negativos do AC não superam seus efeitos positivos. Ou seja, se o resultado líquido for não-negativo para os consumidores, haverá condições de aprová-lo”, com “análise específica caso a caso, com a ponderação das eficiências específicas da operação vis-à-vis seus efeitos negativos derivados de uma maior probabilidade do exercício do poder de mercado”.³⁰⁸

Em relação à indústria digital, a eficiência econômica foi uma das principais bandeiras a sustentar a expansão dessa indústria, porém vale compreender se esse balanceamento de efeitos negativos e eficiências da operação, realizados conforme as balizas para mercados tradicionais, garantem incentivos de um mercado competitivo a longo prazo na indústria digital e mercados a ela inerentes, além da política brasileira,

³⁰⁶ Assim, a partir da defesa do consumidor incluída expressamente como objeto de proteção do sistema concorrencial brasileiro (artigo 1º da Lei 12.529/2011), leva a “preocupação necessária com a eficiência econômica e com a correta distribuição de seus benefícios entre produtos e consumidores”. Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 2136-2179 e 5472.

³⁰⁷ Nesse sentido: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 435-441. Para Ana Frazão, a busca seria por neutralizar os efeitos anticompetitivos, de forma que “para efeitos da legislação brasileira, o que verdadeiramente importa é em que medida as eficiências apontadas se traduzem em benefícios concretos para o consumidor e em que medida essa transferência de benefícios é proporcional aos efeitos anticompetitivos da operação”, devendo a análise do ato de concentração ser orientada pelo princípio da proporcionalidade e princípio retributivo. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2205-2666.

³⁰⁸ Em relação aos efeitos negativos, o guia chama atenção aos seguintes: “elevação de preços aos consumidores; diminuição da quantidade, de qualidade e/ou de variedade de produtos ou serviços a um dado preço; contração do ritmo de inovações com relação aos níveis que vigoravam antes da operação”. Dos efeitos positivos, são destacados “eventuais incrementos de produtividade e competitividade derivados dos ganhos de eficiência específica da operação; melhorias na qualidade dos produtos; maior diversidade de produtos, introdução de uma tecnologia melhor, etc”. Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 8.

como tratado acima, não se limitar ao objetivo de implementar a eficiência, mas dever fomentar a criação e preservação de um ambiente com incentivos para competir.³⁰⁹

Retornando ao artigo 88, na sequência de seus dispositivos, o §7º, faculta ao CADE, no prazo de um ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não atinjam os gatilhos de submissão obrigatório. Com isso, estabelece discricionariedade ao CADE, legitimando solicitar e realizar uma análise *ex post* dos atos de concentração, dentro de um ano de sua realização, cuja concretização não dependia da prévia autorização exigida nos artigos 88, inciso I e II e artigo 90 da Lei nº 12.529/2011.

Segundo a exposição de motivos relativos ao projeto da lei, esse dispositivo estabelece um mecanismo de salvaguarda para apreciar situações que escapam das delimitações do controle prévio dos atos de concentração de econômica baseados no faturamento dos envolvidos no país, mas que podem afetar de maneira relevante a concorrência:

Há uma salvaguarda importante, que mantivemos no Substitutivo, que faculta ao CADE, no prazo de um ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem nos critérios de faturamento. Este dispositivo cumpre um papel importante no sentido de viabilizar uma exigência mais parcimoniosa de submissões. Em tese, apesar de o poder de mercado estar usualmente associado positivamente com o tamanho da empresa, tal correlação não é perfeita. Toda fusão pode gerar um efeito anticompetitivo, mesmo com faturamentos pequenos, dado que os mercados relevantes podem ser regionais ou locais. A obrigação de notificar, no entanto, não pode ser para todas as fusões sob pena de sobrecarregar em demasia a autoridade antitruste. Daí a existência de parâmetros de faturamento tal como discutido nos parágrafos anteriores. A solicitação de submissão de atos fora do enquadramento preencheria esta lacuna de atos praticados por empresas menores, mais ainda sim com efeitos relevantes sobre a concorrência.³¹⁰

Bagnoli, considera, contudo, que o referido dispositivo guarda diversas ressalvas. Dentre elas que, apesar das justificativas da exposição de motivos ou até mesmo de eventual interesse público que venha a ser invocado pelo CADE, a aplicação dessa ferramenta pode redundar em insegurança jurídica, violação das garantias previstas no artigo 5º, XXXVI da Constituição³¹¹ e prejuízo ao princípio da livre iniciativa, por criar incerteza “quanto à possibilidade a conclusão de um negócio jurídico e os riscos de um

³⁰⁹ Nesse sentido, vide por exemplo, nota 232.

³¹⁰ BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.937/2004**. Apenso nº 5.877/05. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=397073>>. Acesso em: 3 de nov. 2021.

³¹¹ Direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada.

após 1 (um) ano o CADE pudesse eventualmente questioná-lo e desconstituí-lo”³¹².

Para encerrar os aspectos da análise dos atos de concentração, vale salientar que o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, importante norte ao entendimento da autarquia sobre os critérios objetivos de exame do controle das concentrações, traz claramente pontos de interesse na análise do pedido de aprovação da concentração econômico. Como a investigação sobre o impacto da concentração no mercado relevante, os níveis de concentração, os efeitos unilaterais de análise de entrada, rivalidade e formação de poder de portfólio³¹³, formação de poder de compra³¹⁴ e efeitos coordenados³¹⁵, os ganhos de eficiência, incluindo bem-estar do consumidor, além de métodos complementares e alternativos de análise contrafactual, simulações³¹⁶ e fatores como eliminação de *Mavericks*³¹⁷, concorrência potencial³¹⁸, empresa atuante em mercado de dois lados³¹⁹, aquisições parciais, *failing firm defence* – FFD e até mesmo

³¹² BAGNOLI, Vicente. **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**. Grupo GEN, 2012, p. 284-286.

³¹³ De acordo com o guia “a detenção de portfólios extensos pode diminuir os custos de transação do cliente, que passa a lidar apenas com uma empresa que possui diversos tipos de produtos e marcas, ao invés de vários pequenos fornecedores, um para cada produto. [...] Entretanto, esse poder pode dificultar o acesso das concorrentes menores ao mercado, pois a negociação com eles importaria em maiores custos para o cliente. Em médio e longo prazos, a empresa beneficiada pode aproveitar essa situação e exercer o poder de mercado conquistado, elevando o preço de seus produtos e, eventualmente, ganhando participação de mercado das empresas de menor porte do segmento analisado” Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, pp. 39-40.

³¹⁴ Decorrente de concentração de “empresas que absorvem parcelas significativas de tipos de insumos”, que pode ter benefícios ao consumidor, mas ao mesmo tempo, há risco de prejuízos à concorrência, inclusive em poder de monopólio”. Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, pp. 40-41.

³¹⁵ “Um AC pode reduzir a rivalidade entre as firmas de um MR e elevar a probabilidade de coordenação explícita ou tácita que, uma vez exercida, impacta negativamente no bem-estar dos consumidores”. Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, pp. 42-43.

³¹⁶ A “análise de contrafactual desenha conclusões válidas, independentemente da definição estrita das fronteiras do MR ou de avaliação do market share dos agentes envolvidos na operação” e a simulação pelo uso de “modelos matemáticos e econométricos que simulem os efeitos da operação podem ser dependentes ou não da definição de MR”. Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, pp. 49-50.

³¹⁷ *Mavericks* são “que apresentam um nível de rivalidade do tipo disruptivo”. Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, p. 51.

³¹⁸ Isso porque os “ACs de concentrações entre uma empresa já ativa e um concorrente potencial em um mesmo MR podem ter efeitos anticoncorrenciais semelhantes aos AC entre duas empresas ativas no mesmo MR” Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, pp. 51-52.

³¹⁹ O que define um mercado de dois lados não é unicamente o fato de se ter uma plataforma que conecte os dois usuários finais, mas principalmente a relação do volume total de transações com a estrutura de preços, ou seja, como o preço é dividido entre os dois usuários finais. Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, pp. 52-53.

cláusula de não concorrência³²⁰.

A respeito do procedimento para aprovação dos atos de concentração econômica, a lei prevê prioridade do julgamento sobre outras matérias, como define o artigo 51. Em linhas gerais, o pedido é iniciado por requerimento das partes interessadas em realizar o ato de concentração (artigo 53). Após a instrução, a Superintendência Geral decidirá, aprovando o ato sem restrições ou impugnando o pedido perante o Tribunal do CADE. A impugnação ocorre quando se entender pela rejeição, aprovação com restrições ou ausência de elementos conclusivos quanto aos seus efeitos no mercado, mas deve demonstrar o potencial lesivo do ato à concorrência e as razões pelas quais não deve ser aprovado integralmente ou rejeitado (artigos 54 a 57).

Havendo insurgência das partes (artigo 58), o caso será decidido pelo Tribunal do CADE, que pode aprovar sem restrições, rejeitar ou aprovar com restrições, a fim de mitigar efeitos, determinando restrições como venda de ativos, cisão, alienação de controle, licenciamento compulsório de direito de direitos de propriedade intelectual ou qualquer outro ato pertinente (artigo 61).

A decisão da Superintendência-Geral que aprovar o ato de concentração pode ser objeto de recurso de terceiros interessados e/ou da agência no caso dos setores regulados. O Conselheiro-Relator poderá não conhecer e determinar o arquivamento do recurso. Conhecer e determinar a realização de instrução complementar. Ou conhecer e determinar a inclusão em pauta para julgamento pelo Tribunal (artigo 65).

O sistema brasileiro também adota o efeito vinculante à aprovação do ato de concentração, o que impede de ser revisto³²¹, exceto, como delimita o artigo 91 da lei brasileira, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados.

Como assevera Forgioni, ao prever que pode ser revista se não atingidos os benefícios visados, a lei acaba por conferir “ampla margem de atuação ao CADE”. Apesar disso, a autora registra que “não se tem notícia de que esse poder tenha sido exercido por nossa autoridade”³²².

³²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016, pp. 55.

³²¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 439.

³²² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 440.

Assim, o controle preventivo dos atos de concentração, de uma forma geral³²³, se presta a captar os movimentos empresariais que tem o potencial de resultar no agrupamento de poder ou de alteração das condições de mercado. É exercido nas hipóteses eleitas pela lei como necessárias para avaliação prévia, mas exige balancear efeitos concorrenciais e as possíveis eficiências ao mercado.

2.7. O CONTROLE DE CONDUTAS NO SISTEMA BRASILEIRO

O objeto desta pesquisa é analisar a disciplina dos atos de concentração, mas como são controles que apresentam áreas de “interpenetração e complementaridade”, importante trazer o tratamento ao controle de condutas dado pela Lei nº 12.529/2011.³²⁴

Conforme leciona Forgioni, o sistema da lei brasileira se difere de outros sistemas estrangeiros quanto à tipificação das condutas que caracterizam infração à ordem econômica, pois “as práticas antitruste são tradicionalmente classificadas conforme suas três principais manifestações [...]: (i) acordos, que podem horizontais e verticais; (ii) abuso de posição dominante e (iii) concentrações”³²⁵.

O artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 é a principal disciplina das condutas tipificadas como infração à ordem econômica no sistema brasileiro. Caracteriza como

³²³ “Na legislação brasileira, os atos de fusão entre empresas, aquisição de participação societária ou controle por diversas formas e incorporação de empresas, são as formas tradicionais de concentração econômica que precisam de apreciação prévia do órgão de defesa da concorrência, que analisará os efeitos concorrenciais e as possíveis eficiências ao mercado. No controle dos atos de concentração, a análise de eficiência tem a função de contrabalançar possíveis perdas na concorrência. Nesse sentido, a legislação estabelece que a aprovação de atos de concentração que restringem a concorrência precisam apresentar ganhos de eficiências tangíveis, como a) “aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens e serviços; e c) propiciar eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico”; de forma cumulativa ou alternada. Além disso, que parcelas significativas desses ganhos de eficiência sejam compartilhadas com os consumidores. [...] Isto é, preservar a liberdade de iniciativa e a livre concorrência como estímulos ao desenvolvimento econômico e a distribuição das eficiências obtidas com operações de concentração”. Cf.: GONÇALVES, Oksandro Osdival; RAMOS, José Maria; FRAGOSO, Rui Manuel de Souza. Política de defesa da concorrência e a nova economia institucional: uma análise da indústria de proteína animal brasileira. **Revista Desenvolvimento e Sociedade**, n. 6, p. 33-43, 2019.

³²⁴ Apesar dessa relação, a doutrina reconhece o controle das estruturas como preventivo e que “visa a impedir a realização de determinadas operações” e o controle de condutas possui “forte viés punitivo e tem por finalidade aplicar sanções aos agentes econômicos que descumprirem as normas concorrenciais”. Os controles “do ponto de vista principiológico são muito distintos”, exigindo que o “nível de garantias materiais e procedimentais do controle de condutas deve ser ainda mais rigoroso do que o do controle de estruturas”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2747.

³²⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 134.

infração à ordem econômica os “os atos sob qualquer forma manifestados”³²⁶, abrangendo qualquer conduta que possa prejudicar a concorrência, sem realizar nenhuma distinção entre acordos, abusos ou concentrações.³²⁷

Uma das consequências é dispensar a preocupação em caracterizar a posição dominante para que se possa imputar o abuso ao agente econômico, raciocínio presente nos sistemas norte-americanos e europeu, o qual não se mostra uma exigência no sistema brasileiro. De acordo com o sistema brasileiro, não é preciso deter posição dominante para infringir a ordem econômica. Basta a conduta, independentemente de culpa, e, a presença de objetivos ou efeitos relacionados nos incisos I ao IV do artigo 36, ainda que não sejam alcançados.³²⁸

Dessa maneira, o ilícito para lei brasileira pode ser descrito em três etapas:

- (i) no caput do art. 36, trata das características gerais do ilícito antitruste: (i.i.) prescindibilidade de culpa, salvo em relação às pessoas naturais, para as quais a culpa continua sendo um requisito; (i.ii) indiferença em relação à forma pela qual o ato foi manifestado; e (i.iii) inexigibilidade de efeitos concretos, já que o ilícito caracteriza-se por ter como objeto prática anticoncorrencial ou poder produzir os efeitos anticoncorrenciais, ainda que estes não sejam alcançados;
- (ii) nos incisos do art. 36, trata dos efeitos anticoncorrenciais: (ii.i.) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa; (ii.ii.) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (ii.iii.) aumentar arbitrariamente os lucros; e (ii.iv.) exercer de forma abusiva posição dominante;
- (iii) no § 3º do art. 36, lista, de forma exemplificativa, uma série de condutas anticoncorrenciais.³²⁹

³²⁶ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

- I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV - exercer de forma abusiva posição dominante. [...]

³²⁷ Assim, “para que seja considerado contrário à ordem econômica, basta que o ato (quer acordo, quer abuso, quer concentração) determine a incidência do art. 36, caput, ou seja, tenha por objeto ou produza um dentre os seguintes efeitos: (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; ou (iv) exercer de forma abusiva posição dominante”. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 134-136.

³²⁸ O que reduz esforços para caracterizar a ilicitude da conduta, bastando a existência de objetivos ou produção dos efeitos que “implique a incidência de um dos incisos do art. 36, caput, será considerada contrária à ordem econômica”. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 134-138. No mesmo sentido “mesmo no que se refere a condutas unilaterais, não é possível se afirmar que a posição dominante é um pressuposto *sine qua non* para o ilícito antitruste” Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 4465.).

³²⁹ Em relação aos efeitos, a lei “amplia aqueles previstos no art. 173, § 4º, da Constituição Federal. Além do domínio de mercados e do aumento arbitrário de lucros, não menciona apenas a eliminação da concorrência, mas sim qualquer forma de limitação, falseamento ou prejuízo da livre concorrência ou da livre-iniciativa, assim como prevê expressamente o exercício abusivo da posição dominante”. Cf.:

Essa análise, para Frazão, permite extrair características importantes dos aspectos gerais da infração antitruste, como a tipicidade aberta³³⁰, a prescindibilidade de culpa e a inexigibilidade de produção de efeitos concretos³³¹. Essas referidas características, somadas a amplitude do §3º do artigo 36, que apresenta um rol de condutas apenas descritivo e não taxativo, e ainda, das práticas não dependerem da forma do ato jurídico, apenas se condicionam à possibilidade de efeitos anticompetitivos indica “uma margem extremamente ampla para a identificação do ilícito antitruste”.³³²

Essa constatação, se por um lado, permite dar mais “efetividade ao princípio da livre concorrência”, pode resultar em insegurança jurídica e “impedir que os agentes econômicos possam diferenciar, com maior clareza, práticas empresariais ilícitas das lícitas”, mas acabam por refletir a dificuldade de todas as hipóteses e conceitos de infração à ordem econômica serem totalmente positivadas e engessadas no texto de lei, até por dinâmico o mercado e a atuação dos agentes econômicos, exigindo a adoção de modelos que auxiliem nas análises.³³³

É preciso observar também que a lei brasileira não trata da “infração per se”, pois para as “condutas do §3.º, para serem declaradas ilícitas, necessitam da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo caput do art. 36”. Em outros termos, a prática em si de conduta prevista no artigo 36, §3º, precisa restringir a

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 4435-4448.

³³⁰ O conteúdo do artigo 36 envolveria amplitude conceitual e indeterminação terminológica “deixando às autoridades aplicadoras das normas concorrenciais a tarefa de densificar as condições necessárias para configuração do ilícito antitruste”, impondo principalmente a “construção jurisprudencial a difícil tarefa de conciliar a necessidade de máxima proteção à livre concorrência, sem descuidar da garantia à segurança jurídica e do princípio da culpabilidade”, e esperando-se um diálogo com outros princípios estruturantes de sistemas sancionatórios, como do direito administrativo sancionador. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 4607-4839.

³³¹ O artigo 36 dispensaria “a produção concreta de efeitos anticoncorrenciais para a configuração da infração à ordem econômica, contentando-se com a mera potencialidade lesiva da conduta”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 4839.

³³² FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 4518-4528.

³³³ Assim, a “legislação antitruste caracteriza-se por sua imprecisão terminológica e pela indeterminação dos conceitos utilizados, deixando o delineamento das condutas a cargo das autoridades competentes para sua aplicação, diante da impossibilidade de se definir aprioristicamente todas as hipóteses de infração à ordem econômica, sobretudo em face da variação e da constante evolução das práticas empresariais”. A conclusão da doutrina e na jurisprudência é que “inexiste um único modelo de análise capaz de dar conta da variedade e da complexidade das inúmeras práticas empresariais que podem gerar riscos concorrenciais, sendo necessário que cada espécie de conduta tenha sua potencialidade lesiva examinada de acordo com suas especificidades. É nesse contexto que se inserem as chamadas regras da razão e regra per se, importadas do direito norte-americano e empregadas, muitas vezes, de forma controversa tanto pela doutrina brasileira quanto na jurisprudência do CADE”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2747.

concorrência, resultar em aumento arbitrário de lucros ou domínio de mercado. Assim como, outras condutas não previstas nesse dispositivo (artigo 36, §3º) e que resultem em uma dessas situações, podem se caracterizar infração à ordem econômica.³³⁴

Importa lembrar também que do ponto de vista do direito antitruste, não basta que a conduta se delimite a eventual prejuízo ou abusividade dentro da esfera privada de dois ou mais concorrentes, pois não se delimita e nem se destina a proteger unicamente o concorrente. As condutas precisam ser capazes de comprometer as estruturas da livre concorrência para configurar infração à ordem econômica, por isso, danosas ou prejudiciais à concorrência, resultar em aumento arbitrário de lucros ou domínio de mercado, nos termos do artigo 173, §4º da Constituição e conforme regulamenta o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.³³⁵

Os interesses tutelados nos incisos do artigo 36, *caput*, da Lei nº 12.529/2011 são claramente da proteção da livre iniciativa, livre concorrência e proteção do consumidor, dando concreção ao artigo 173, §4º e artigo 170, *caput*, e incisos IV e V, da Constituição³³⁶, o que segundo Forgioni, representam as “duas almas” que habitam o artigo 36 e não são contraditórias, mas se complementam:

Podemos concluir há, nesse diploma legal, a proteção à livre-iniciativa e à livre-concorrência (como manda o art. 170, *caput* e seu inc. IV, da CF). Essa seria a primeira alma a habitar no referido art. 36 como senhora da casa. [...] Mas, concomitantemente, outro espírito que se abriga no mesmo espaço, à medida que se reprime o abuso do poder econômico que vise ao aumento arbitrário de lucros (art. 173, §4º, da CF) e, por consequência, cause prejuízo ao consumidor (art. 1º da Lei 12.529, de 2011) ou a outros agentes econômicos (v.g., fornecedores/distribuidores). Ou seja, ao mesmo tempo em que se protege a livre-iniciativa e a livre-concorrência, tutela-se (no caso do inc. III do art. 36, também de forma imediata – é bom que se frise) o consumidor, impedindo que a ele sejam impostos preços excessivos, mediante o aumento arbitrário dos lucros.

Outro aspecto importante do artigo 36 foi antecipado acima e diz a respeito à eficiência como excludente ilicitude, ao considerar a conquista de mercado resultante de

³³⁴ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 138-140.

³³⁵ A doutrina é pacífica nesse sentido. A exemplo das obras de Calixto SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 2639 e FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 7914.

³³⁶ A tutela da liberdade não conflita com atuação estatal “para garantir a manutenção/preservação do sistema econômico”, pois “a complementa”, já que para que a livre-iniciativa possa existir, não deve só ser regulamentada, mas “conduzida pela autoridade governamental”. Com isso, quando “a autoridade antitruste autoriza ou coíbe determinado comportamento do agente econômico, deve atuar o princípio da livre-iniciativa e da livre-concorrência, tal como modernamente concebidos e existentes no seio da nossa constituição”. Cf.: FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 140-148.

processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação aos demais concorrentes, não caracteriza o ilícito que decorreria da dominação de mercado relevante de bens e serviços.³³⁷

Dentro do aspecto do controle de condutas, no entanto, o conceito aparece diante de um comportamento real e não presumível, diferente da avaliação feita controle das estruturas, baseado em “previsão sobre o comportamento futuro dos agente”.³³⁸

Os artigos 37 ao 45 da Lei nº 12.529/2011 tratam das sanções e penalidades que estão sujeitos os responsáveis pela prática de infração da ordem econômica. O artigo 37 dispõe sobre as multas, que podem chegar no caso das empresas a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado, obtido no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, dentro do ramo que ocorreu a infração e a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação (artigo 37, I) e fixação em dobro no caso de reincidência (artigo 37, §1º).

Há, contudo, a possibilidade de as multas serem cumuladas com outras penas de diversas naturezas, quando, segundo o artigo 38 “assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral”³³⁹.

Há consenso na doutrina sobre a sensibilidade de uso de alguns desses remédios, diante dos impactos ainda mais negativos e externalidades que uma decisão nesse sentido por gerar, sendo preciso considerá-los em conjunto com os demais remédios e seu uso restrito as hipóteses residuais e como última medida. Na hipótese de outro (menos intrusivo) ser capaz de tratar das distorções e garantir a ordem competitiva, devem ser privilegiados em lugar desses remédios que são considerados mais drásticos e podem afetar uma gama de interesses extremamente relevantes.³⁴⁰

Dentre eles, a licença compulsória de direito de propriedade intelectual. Ainda que

³³⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 5362-5364.

³³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 623-624.

³³⁹ Dentre as possibilidades (artigo 38, inciso I a VII), estão a publicação em jornal da decisão; proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitação; inscrição do infrator no Cadastro Nacional de Defesa do Consumidor; recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de direito de propriedade intelectual; não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade; proibição de exercer o comércio em nome próprio ou como representante de pessoa jurídica, pelo prazo de até 5 (cinco) anos; e de qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

³⁴⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 7327-7925.

atrelada a previsão de uma efetiva compensação financeira, sua aplicação se relaciona, no mínimo, com a mitigação da liberdade econômica e liberdade de contratar e com a cadeia de incentivos que os direitos de propriedade intelectual visam preservar, como incentivos à inovação e vedação a comportamentos *free-riding*.³⁴¹

A possibilidade de adoção de medidas estruturais extremas, como cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos ou cessação parcial de atividade é ainda mais sensível. Seu uso, ainda que em casos extremos, deve ser considerado somente na hipótese de nenhuma outra solução ser acertada para restaurar condições de concorrência satisfatórias e ainda exige “sólida análise econômica dos custos e benefícios envolvidos”.³⁴²

No controle de condutas, importa mencionar também que a indústria digital vem sendo investigada por autoridades antitruste. No âmbito da União Europeia, pode ser citado o processo envolvendo o Google Shopping, no qual se reconheceu a existência de violação da lei antitruste da União Europeia pelo Google, por conduta abusiva de auto-preferência (ou alavancagem) praticada, ao usar seu mecanismo de busca (mercado no qual detém posição dominante) para promover outro serviço na comparação de compras, o que constituiria uma vantagem ilegal a outro serviço do Google em detrimento de seus

³⁴¹ Nesse sentido “a propriedade industrial assegura o incentivo à inovação, na medida em que garante ao inventor a fruição dos benefícios econômicos da atividade inventiva”, mas “tem-se entendido que condutas anticoncorrenciais, mesmo quando amparadas por direito intelectual legítimo podem ser consideradas infrações à ordem econômica, quando ficar demonstrado que a prática extrapolou os limites que justificam a proteção à criação intelectual. Não é sem razão que a Lei n. 12.529/2011 incluiu, no rol de condutas anticompetitivas descritas art. 36, § 3º, a prática de “açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia” e de “exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca”. Assim, “as práticas descritas acima demonstram o cuidado que a autoridade antitruste deve ter ao examinar condutas que envolvam a propriedade intelectual, pois se de um lado é necessário proteger esse tipo de direito, sobretudo em razão da eficiência dinâmica, também não se pode conceder uma imunidade aos titulares de patentes cujas condutas podem ocultar um propósito anticompetitivo”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 7327-7925.

³⁴² De acordo com a doutrina, medidas nesse sentido são pensadas como “remédio que, por um lado, impede que as representadas continuem a se locupletar dos frutos do seu ilícito e, por outro lado, restaura as condições concorrenciais na proporção em que foram indevidamente modificadas[...] aqui há que se distinguir devolução dos ganhos obtidos com o ilícito, que constitui mera medida de restauração do status quo ante, lastreada sobretudo no princípio que veda o enriquecimento sem justa causa, de medidas aflitivas ou punitivas. Assim, a anulação dos ganhos obtidos com a prática ilícita pode ser um interessante meio de restauração das condições concorrenciais dos mercados afetados [...] Assim, se a motivação da medida é justamente restaurar a higidez da ordem concorrencial em determinado mercado, tais recursos devem resultar de uma análise contextual cuidadosa, capaz de verificar se outros remédios – inclusive comportamentais – não seriam capazes de sanar as distorções observadas”, pois “mesmo após a aplicação de multa”, por exemplo, “haverá consideráveis incentivos e riscos para a manutenção da troca de informações sensíveis e para a manutenção do conluio”, mas precisam ser proporcionais e avaliadas em conjunto com demais remédios”. Cf.: FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 7327-7925.

rivais.³⁴³

E ainda, o caso envolvendo a Microsoft, acusada de recusar a fornecer a interoperabilidade do sistema operacional *Windows* a outros sistemas operacionais, no qual foi reconhecido o abuso de posição dominante pela recusa da publicização das informações de interoperabilidade e pela negativa da autorização do uso para desenvolvimento de produtos concorrentes.³⁴⁴

No âmbito nacional, o CADE apontou em relatório específico sobre plataformas digitais, a existência de dezesseis investigações envolvendo plataformas digitais entre 1995 e 2020, seis ainda em andamento. Das analisadas, nove foram arquivadas por não se confirmar infração da ordem econômica, a maior parte delas envolvendo o Google e a plataforma Uber. Em uma das investigações envolvendo as empresas Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda., Decolar.com Ltda. e Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda., houve termo de cessação de conduta, devido a existência de cláusulas que obrigavam os hotéis a paridade de preço e de impedimento de se oferecer em outros canais de venda condições mais vantajosas³⁴⁵

³⁴³ Processo T-612/17. Comissão Europeia X Google LLC (Google Inc.) e Alphabet, Inc. A conclusão da Comissão, mantida no acórdão proferido pelo Tribunal Europeu, reconhece que o Google abusou da posição dominante que mantém enquanto mecanismo de busca, dando ao seu serviço de comparação de preços uma vantagem ilegal, por colocar em posição de destaque nos seus resultados de pesquisa o seu próprio serviço de comparação de preços, relegando os serviços concorrentes e prejudicando a concorrência por mérito no mercado de comparação de preços. Houve aplicação de multa que supera o valor de 2,4 milhões de euros (2,8 bilhões de dólares). Ementa: Concorrência – Abuso de posição dominante – Pesquisa geral e pesquisa especializada de produtos na Internet – Decisão que declara uma infração ao artigo 102.º TFUE e ao artigo 54.º do Acordo EEE – Abuso por efeito de alavanca – Concorrência pelos méritos ou prática anticoncorrencial – Condições de acesso dos concorrentes a um serviço de uma empresa dominante cuja utilização não pode ser efetivamente substituída – Apresentação favorecida pela empresa dominante dos resultados do seu próprio serviço de pesquisa especializada – Efeitos – Necessidade de demonstrar um cenário contrafactual – Inexistência – Justificações objetivas – Inexistência – Possibilidade de aplicar uma coima em face de certas circunstâncias – Orientações para o cálculo do montante das coimas – Competência de plena jurisdição. Cf.: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal Geral de 10 de novembro de 2021 – Google e Alphabet/Comissão (Google Shopping)**. Versão Português. Bruxelas, 2021. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62017TJ0612>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

³⁴⁴ Processo T-201/04. Microsoft Corp. X Comissão das Comunidades Europeias. Envolveu as empresas *Sun Microsystems*, fabricante de servidores e sistemas operacionais de servidor e a *Microsoft Corporation*, desenvolvedora e que licencia *softwares* de computador, produtos eletrônicos, computadores e serviços pessoais. A Microsoft teria se recusado a informar o software necessário à comunicação do sistema operacional Solaris (protocolos para que se tornasse possível o envio de arquivos de um servidor para o outro, ou para impressoras e armazenamento de arquivos em diretórios). Cf.: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de 17 de Setembro de 2007**. Versão Português. Bruxelas, 2007. Disponível em: <<https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=T-201/04&language=pt>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

³⁴⁵ Inquérito Administrativo 08700.005679/2016—13 Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil ("FOHB")/Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda., Decolar.com Ltda. e Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. – TCCs 08700.005902/2017-11 (Decolar.com), 08700.006295/2017-07 (Booking.com) e 08700.006233/2017-97 (Expedia.com) Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021.

Por último, no que diz respeito ao tema objeto desse estudo, importa observar que o controle sobre comportamentos pode ter uma importante relação com controle de estruturas com relação as concentrações econômicas, pois conforme observa Salomão Filho, “muitas vezes o controle estrutural deve ser transformado em um controle comportamental para ter maior utilidade e eficácia aplicativa”³⁴⁶.

Uma das maneiras de realizar essa transformação seria por intermédio dos acordos em atos de concentração “desde que respeitados os limites constitucionais”. O uso dessa ferramenta, portanto, pode ser considerado pelo CADE como maneira de encontrar saída para aprovação desde que “submetida a um controle comportamental mais rígido”³⁴⁷.

No que diz respeito à indústria digital, o CADE³⁴⁸ indica acordo no Ato de Concentração nº 08700.000627/2020-37, o qual envolvia o Grupo SBF S.A (Centauro) e Nike do Brasil, como maneira de mitigar preocupações concorrências como “possíveis discriminações anticompetitivas de clientes da Nike do Brasil” e a “possibilidade de que SBF/Centauro e Nike do Brasil acessem informações sensíveis de concorrentes, disponibilizadas pelos distribuidores à SBF/Centauro e pelos varejistas à Nike do Brasil”.

Com isso, se trata de ferramenta já utilizada no cenário brasileiro em caso envolvendo mercados digitais.

Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021. pp. 102-131.

³⁴⁶ Não visa, no entanto, “coibir abusos, condutas desleais, ou tendentes à dominação de mercado, mas, sim, a garantir o cumprimento de objetivos que evitem que esses fatos venham a ocorrer”. Ainda, “a formação de uma estrutura potencialmente danosa à concorrência, mas cujos potenciais benefícios para os consumidores desaconselham a pura e simples proibição”. Cf.: SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 2939-2941.

³⁴⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 2939-2941.

³⁴⁸ O caso envolvia “no mercado de varejo de artigos esportivos, tanto online (em nível nacional) quanto de lojas físicas (em nível municipal)” e “geração de integração vertical entre a distribuição de artigos esportivos pela Nike do Brasil (mercado à montante) e o varejo de artigos esportivos pela SBF/Centauro (mercado à jusante), ambos em nível nacional”. A operação foi aprovada inicialmente sem restrições. Após recurso de um terceiro interessado (Netshoes), o ato foi aprovado com restrições e incluídas diversas obrigações pelas envolvidas em acordo firmado, incluindo a “a separação das unidades de negócio da Centauro e da Nike do Brasil”, acordos de confidencialidade a serem firmados por funcionários, “quarentena para eventual transferência” de equipe comercial, segregação de base dados, canais de denúncia, monitor externo para acompanhar as obrigações e estabelecimento de multa no caso de seu descumprimento. Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021.

3. REPENSANDO O CONTROLE PREVENTIVO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO

Esse último capítulo sintetiza o que se observa nas estruturas desses mercados e em como se manifesta o poder econômico das gigantes da tecnologia, para identificar as preocupações antitruste na economia digital.

Com isso, a intenção é consolidar as possíveis lacunas no enfrentamento atual do controle prévio das concentrações econômicas, com base principalmente na revisão de estudos nacionais e estrangeiros a respeito do tema.

Ao final, será apresentada uma reflexão no contexto da política de defesa da concorrência brasileira, a respeito da necessidade de se repensar os parâmetros atualmente utilizados no controle prévio dos atos de concentração, tentando sintetizar o que a literatura jurídica propõe de mecanismos ou remédios úteis a solucionar os dilemas decorrentes da economia digital.

3.1. AS REPERCUSSÕES DO CONTEXTO DA ECONOMIA DIGITAL NAS ESTRUTURAS DE MERCADO

Pesquisadores de várias partes do mundo estudam atualmente os diversos aspectos da expansão e da concentração indústria digital. A pauta se estende por diversos âmbitos, como nas pesquisas acadêmicas, jurídicas e políticas, incluindo a revisão de modelos regulatórios e disciplinas legais. No âmbito do direito da concorrência, objeto mais específico deste trabalho, diversas autoridades antitruste promovem investigações específicas e dedicam a estudar se é necessário rever os paradigmas atuais das políticas de defesa da concorrência, nas linhas de controle de condutas e de estruturas.³⁴⁹

³⁴⁹ No âmbito nacional, foram destacados os principais relatórios do CADE relacionados ao assunto. Vide nota 92 a 96. No âmbito internacional, vale destacar os movimentos no âmbito da Comissão Europeia, a qual emitiu comunicado em 26/03/2021 com orientações da Comissão no que diz respeito a remessa, pelos Estados-Membros, de casos para análise ou revisão de concentrações econômicas, a partir de uma reavaliação do artigo 22.º do Regulamento Europeu quanto ao tema das concentrações, por considerar que muitos casos de potencial impacto nos mercados internos e dentro da União, escaparam das análises e controle da Comissão e dos Estados-Membros. Cf.: COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão.** Orientações sobre a aplicação do mecanismo de remessa previsto no artigo 22.o do Regulamento das Concentrações para determinadas categorias de casos. Bruxelas, 2021. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)&from=EM](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01)&from=EM)>. Acesso em: 03 nov. 2021. A Comissão Europeia também havia apresentado proposta para regulação da indústria digital em 15/02/2020. O documento sugere a criação de base normativa que afeta uma *DSA - Digital Services Act* (Lei de Serviços Digitais), *DMA - Digital Market Act* (Lei de Mercados Digitais) e *DGA - Data Governance Act* (Lei de Governança de Dados). A proposta de criação dessa base normativa afetará

Em termos simples, a estrutura de mercado reflete um modelo, a maneira com que os mercados se organizam. Em relação aos mercados digitais, como bem observa Rocha, “não há dúvida que os agentes econômicos vêm apresentando bens e serviços cada vez mais inovadores, com o uso da internet e de dispositivos tecnológicos”. O ponto de análise, contudo, passa por compreender “se há alguma novidade na lógica do funcionamento destes mercados”. É nesse sentido, a “transformação dos hábitos dos consumidores e a semelhança de estratégias empresariais adotadas por empresas de tecnologia fazem crer que há algo de novo”.³⁵⁰

O contexto digital trouxe benefícios substanciais, por possibilitar aos consumidores o acesso a novos produtos e serviços de alta tecnologia, alguns sem preço monetário direto. Aos agentes econômicos porque para muitos negócios, reduziu os custos de transação, neutralizou barreiras territoriais, reduziu os custos de iniciar ou aumentar um negócio, abriu a possibilidade de expansão dos negócios com o ambiente virtual e trouxe diversos benefícios da computação em nuvem. À concorrência em algumas áreas, pela possibilidade de entrada e crescimento de negócios.³⁵¹

diretamente essa indústria e seus principais atores e envolve a prestação de serviços intermediários no mercado interno. (COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE**. Bruxelas, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>. Acesso em 03.nov.2021). Outro tema discutido é o imposto específico sobre serviços digitais (DST – Digital Services Tax) Cf.: CHRISTAKIS, Theodore. *European Digital Sovereignty: Successfully Navigating Between the “Brussels Effect” and Europe’s Quest for Strategic Autonomy*. Multidisciplinary Institute on Artificial Intelligence. **Grenoble Alpes Data Institute**, e-book, December 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3748098>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

No âmbito norte-americano a *FTC - Federal Trade Commission* publicou recentemente, em 15/09/2021, um relatório com os resultados das análises feitas a partir de um conjunto de transações realizadas pelas cinco das maiores empresas de tecnologia durante o período de 2010-2019, as quais não haviam sido relatadas previamente à autoridade antitruste norte-americana. Conforme o relatório “In February 2020, the Federal Trade Commission (“FTC” or “Commission”) issued Special Orders to five large technology firms that have made numerous acquisitions in recent years, requiring them to provide information about prior acquisitions not reported to the federal U.S. antitrust agencies under the Hart-Scott-Rodino (“HSR”) Act.1 The orders required Alphabet Inc. (“Alphabet,” including Google), Amazon.com, Inc. (“Amazon”), Apple Inc. (“Apple”), Facebook, Inc. (“Facebook”), and Microsoft Corp. (“Microsoft”) to provide information and documents on the terms, scope, structure, and purpose of transactions that each company consummated between January 1, 2010 and December 31, 2019 for which the company did not file an HSR notification form. The Commission issued these orders under Section 6(b) of the FTC Act, which authorizes the Commission to conduct wide-ranging studies that do not have a specific law enforcement purpose. Cf.: FEDERAL TRADE COMMISSION. **Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms, 2010-2019: An FTC Study**. Washington, 2021. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

³⁵⁰ ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em mercados digitais e desafios ao controle de atos de concentração. **RDC**, v. 7, n. 2, p. 99-120, nov. 2019, p. 104.

³⁵¹ A respeito dos serviços sem preços monetário, o autor esclarece que pesquisas online, mídias sociais, mapas digitais e outros aplicativos fornecem serviços aos usuários sem preço monetário, contudo, aproveitam dos dados coletados dos usuários para combinar com conteúdo de anúncios, vinculado aos interesses e características do perfil extraído. Cf.: MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust**

Ao mesmo tempo, a arquitetura desses negócios sinaliza uma forma de atuar sem escassez de seu principal insumo: os dados, em especial os dados pessoais³⁵².

Além disso, permite um último olhar desses agentes sobre toda a operação dos negócios, sobre oferta e demanda, sobre desempenho de outros concorrentes, sobre dados e preferências dos mercados e dos consumidores. Ou seja, um último olhar sobre todo o mercado - ou sobre todos os mercados integrados – que lhe permitem escolher estratégias mercadológicas com vantagem competitiva única e incentiva práticas anticompetitivas. Por outro lado, gera baixos incentivos para outros agentes contestarem esses mercados.³⁵³

E o impacto desses negócios não estão circunscritos aos mercados digitais. Há o impacto da concorrência da economia digital sobre os mercados tradicionais.

Geradin e Katsifis em três trabalhos desenvolvidos a respeito da publicidade online e da atuação do Google nessa esfera³⁵⁴, abordam pontos importantes para demonstrar esse aspecto e as implicações ao direito da concorrência do que chamam do controle do Google sobre a cadeia de valor da tecnologia de anúncios.³⁵⁵

Os autores explicam que a publicidade online³⁵⁶, atualmente a forma mais popular

for the Big Tech?. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. p. 3. No mais, como indicado no primeiro capítulo, o modelo de plataformas amplamente utilizado na economia digital, pode reduzir custos de transação e representar ganhos em termos de eficiência econômica. Cf.: TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. **RJLB**, ano 6, n. 4, p. 1977-2013, 2020.

³⁵² Diversos textos tratam desses aspectos. Cita-se da doutrina estrangeira: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.; MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. Na doutrina nacional: FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, v. 17, n. 93, Brasília, mai/jun. 2020. p. 58-81.

³⁵³ Os textos de SRINIVASAN, 2019; GERADIN e KATSIFIS, 2018, 2019 e 2022; e KHAN, 2017 tratam da construção do chamado “último olhar” desses agentes econômicos.

³⁵⁴ GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021; GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **‘Trust Me, I’m Fair’: Analysing Google’s Latest Practices in Ad Tech From the Perspective of EU Competition Law**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3465780>>. Acesso em: 18 mar. 2021; e GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **Competition in Ad Tech: A Response to Google**. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3617839>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

³⁵⁵ “(...) the competition law issues that may arise in this sector as a result of Google’s control of the ad tech value chain”. Cf.: GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 5.

³⁵⁶ A qual se divide em publicidade de pesquisa: resultado de uma pesquisa em um mecanismo de busca, por exemplo, e, em publicidade de exibição: os anúncios visuais, mais próximos da publicidade offline

de publicidade no mundo, alterou o mercado tradicional de publicidade. Movimenta expressivas cifras e envolve vários agentes³⁵⁷ em processos eletrônicos avançados, incluindo os denominados leilões em tempo real e tecnologia de anúncios baseada em processos informatizados de tomada de decisão, por meio de algoritmos complexos, alimentados por várias categorias de dados dos usuários e gerenciados por intermediários *ad tech*³⁵⁸, mas o setor tem seus principais segmentos dominados pelo Google.³⁵⁹

No aspecto principalmente da publicidade de exibição, os autores explicam que o uso massificado da internet, resultou no surgimento de milhares de sites com espaço publicitário disponível aos anunciantes. A evolução tecnológica permite um processo inovador de leilões para exibir anúncios em tempo real e em fragmentos de segundos.³⁶⁰

Esses novos mecanismos mudaram os aspectos tradicionais de publicidade. O usuário específico a ser atingido ou exposto ao anúncio, conforme o público-alvo desejado pelo anunciante, passou a ter mais importância que o espaço da exibição. Sequer o site visitado requer conteúdo relacionado ao anúncio. O segundo ponto é o fato dos

tradicional, “*search advertising*” e “*display advertising*”. Cf.: GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 5.

³⁵⁷ Os atores-chaves, além dos vendedores e dos anunciantes, os *Publisher Ad Servers*, *Advertiser Ad Servers*, *Supply Side Platforms (SSPs)*, *Demand Side Platforms (DSPs)*, *Ad Exchanges*, *Ad Networks*, *Data Management Platforms (DMPs)* and *data providers*. Cf.: GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. pp. 9-12.

³⁵⁸ “Third, programmatic advertising has given rise to so-called “ad tech” companies, that is operators that use dedicated software to intermediate between the two sides of the chain, i.e. publishers and advertisers, and facilitate the process of ad inventory buying and delivery of ads to the user. The emergence of these multiple actors has at the same time led to unprecedented complexity, even for those “in the know”, to the effect that the display advertising ecosystem is often described as opaque and lacking transparency.

At its most basic, advertisers are paying for access to ad inventory and publishers are compensated for granting such access. The challenge is to figure out what happens in between them. This is an important question, since it has been suggested that publishers may end up obtaining as little as 30% of what advertisers pay, and there are reasons to believe this may be due to a lack of competition in the ad tech market. Even though the existence of multiple actors could give the impression of a fragmented landscape with dispersed competitors, it has been suggested that Google has managed to hold a stronghold, in that it is virtually the market leader across all the steps of the value chain”. Cf.: GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. pp. 8-9.

³⁵⁹ GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. pp. 8-9.

³⁶⁰ “In its most popular form, called programmatic real-time bidding (“RTB”), each time a user visits the website of a publisher, advertisers are invited to bid for the available ad space in order to display their advertisement to the particular user (called “ad impression”) in a real-time auction. The highest bidder wins the ad impression and gets to serve the ad that the user will actually see on the website. Remarkably, the whole process from the moment the user types in his/her browser the URL of the publisher’s website until the ad is finally shown lasts only fragments of a second, usually about 300-400 milliseconds”. Cf.: GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. pp. 8-9.

dados do usuário (ou seu perfil), passar a ser o ponto nuclear e cadeia mais valiosa desses mercados. Quanto mais se souber sobre o usuário ou consumidor, mais incentivos os agentes econômicos terão para querer atingi-lo com a publicidade.³⁶¹

O desenvolvimento do Google ainda demonstra que ao chegar na sólida posição de mecanismo de busca, se espalhou por outros mercados dentro da indústria digital, chegando ao mercado de publicidade online e de tecnologia de anúncios. Apesar da presença de outros atuantes, o Google ocupa posição dominante em boa parte da cadeia de valor da publicidade online e da tecnologia de anúncios.³⁶²

A situação representa vantagens competitivas únicas ao Google, principalmente do aspecto dos dados que consegue obter com base nessas múltiplas relações e atuações. Também o capacita a usá-los em detrimento de terceiros e para favorecer os seus próprios negócios, como no caso envolvendo o Google Shopping³⁶³. Ou, ainda, como os autores levantam, para praticar valores, nos leilões e de seus serviços e produtos, com pouca transparência e obter seus rendimentos e lucros por meio de uma apuração ainda muito obscura e pouco compreendida.³⁶⁴

Geradin e Katsifis destacam que essa questão do Google utilizar-se de sua posição para se favorecer e expandir em outro serviço/mercado não é nova e foi aventada na negociação da DoubleClick pelo Google em 2008. À época, descartou-se a existência de incentivos para assim agir, porque a falta de neutralidade incentivaria a saída de usuários.

³⁶¹ “Programmatic advertising has brought with it a number of important changes. First, there has been a shift from the *context* (i.e. the content of the website) to the *user*. Advertisers place less emphasis on *where* their advertisement will be shown, and instead base their decision according to the specific user that will be exposed to the ad. If the user is within the target group of the campaign set up by the advertiser, the latter will be willing to display its ad even on websites whose content bears no relationship to its product. For example, while luxury watch makers historically sought to associate their ads with certain types of content [...], this is no longer necessarily the case as advertisers are now able to reach tailored audience segments that correspond to their campaign goals regardless of the website they visit. Second, user data are more valuable than ever. In order to target a particular user, it is crucial that advertisers acquire access to data about *that* user (e.g. behavioural data extracted from browsing history, sociodemographic data such as age and gender or geographical data) to which they may wish to show their ad. The more (and better) user data advertisers have, the higher they are willing to bid for a user within their target group, leading in principle to higher revenues for the publisher. If, on the other hand, advertisers have limited data about the user, they will take a more cautious approach and bid lower (the bid is “blind”).” Cf.: GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. pp. 8-12.

³⁶² Isso sem contar a variedade das outras linhas de negócio do Google, como distribuição de mídias, plataforma de serviços em nuvem, assistente pessoal virtual, mapas virtuais, mecanismos de recomendações, ser líder nas pesquisas de carros autônomos e de cidades inteligentes. Vide nota 86.

³⁶³ Vide nota 343. Processo T-612/17. Comissão Europeia X Google LLC (Google Inc.) e Alphabet, Inc.

³⁶⁴ GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. pp. 12-42.

Esse movimento esperado do mercado não se confirmou. O período pós-concentração demonstra que o Google monopoliza grande parte desse setor de anúncios e tem capacidade de agir de maneira abusiva, como analogicamente acabou se confirmando no caso do Google Shopping.³⁶⁵

Da mesma maneira, o Facebook representa uma nova era nos serviços de comunicação e representa a nova tecnologia de comunicação do século. Com isso, revolucionou o mercado de comunicações³⁶⁶. O Facebook atingiu ainda o mercado tradicional de publicidade.

Utiliza da posição praticamente monopolista das novas redes de comunicações, para acumular dossiês sobre consumidores incomparáveis no mercado privado. O rastreamento do usuário exercido pelo Facebook não representa mais de um código ou “IP”, mas identidades, nomes, pessoas do mundo real, seus gostos e preferências no mundo virtual. Esse processo envolveu complexa cooperação de diversos agentes e sites. Sua grande distinção, além de conseguir vincular a identidade dos usuários, foi conseguir realizar a vigilância em todo o mercado horizontal.³⁶⁷

³⁶⁵ “The fact that Google is, as we have seen above, both the organizer of the (final) auction (in DFP) and participating in the auction (in the form of AdX) gives rise to similar kinds of concerns as those identified in the *Google Shopping* decision and the *Amazon* preliminary investigation. This problem is not new. Already in the context of the *Google / DoubleClick* merger in 2008, stakeholders had expressed concerns that Google could use DFP to favour its own intermediation services, e.g. by tweaking the auction mechanism in favour of AdSense, Google’s ad network, thus depriving competing ad networks and exchanges from the critical scale and liquidity they need to be sustainable. At the time, the Commission rejected these arguments, repeating that Google would have the incentive to act neutrally vis-à-vis competing intermediaries, as a lack of neutrality could cause customers switching. The problem is that in the meantime Google has largely monopolized the ad tech value chain, and that the type of constraints identified by the Commission in 2008 no longer exist (...). In our view, Google’s conduct falls neatly into the vertical foreclosure category of abuse of a dominant position identified by the Commission in its *Google Shopping* decision, but also in earlier decisions. The abuse here is that Google uses its dominant position in the ad server market with the vast majority of publishers locked in DFP to distort competition between different ad exchanges to the benefit of its own exchange. This weakens competition in the ad exchanges market to the detriment of publishers. Cf.: GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 39.

³⁶⁶ Os textos de SRINIVASAN, 2018; LICK e RUETSCHLIN, 2019; BENZELL e COLLI, 2020.

³⁶⁷ Vide nota 64 a 68 e 102. E, ainda que o Facebook “would receive the ability to monitor the behavior of *their* customers—competitors with Facebook in the digital advertising market—by changing the fine print of permissions. Facebook increasingly knew as much about The Wall Street Journal’s readers as the Journal did itself. Furthermore, unlike the Journal, Facebook now knew which Journal readers were avid ESPN readers, giving it the capability to bundle and sell targeted audiences, which further commoditized the value of competitors’ inventory. Under the new regime, when a consumer visited a website with a Facebook plugin, Facebook piggybacked onto the requests and responses necessary to simply display the plugins, to now also surveil the users of competitor ad sellers—rendering the Facebook code a Trojan Horse of sorts”. Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 72.

Outros agentes econômicos, inicialmente sem a dimensão dos reais propósitos comerciais do Facebook relacionados à publicidade online³⁶⁸, possibilitaram o monitoramento horizontal de seus próprios clientes e suas preferências, sem significativos custos envolvidos ao Facebook.³⁶⁹ Esses mesmos agentes, devido ao ecossistema criado, acabaram dependentes na relação com o Facebook para obter suas próprias receitas.³⁷⁰

SRINIVASAN considera que essa estrutura de mercado, baseada na vigilância horizontal, deteriorou o poder de preços de outros agentes econômicos no mercado horizontal (publicidade digital) e resultou no duopólio do Facebook e Google, com constante expansão desses conglomerados e redução contínua de outros competidores de mercados tradicionais.³⁷¹

³⁶⁸ “When Facebook reversed course in 2014, unlike when it tried to do so earlier, Facebook code was deployed across millions of sites and mobile apps, and the intentions of the code were altered in one fell swoop. Over the course of the seven years that Facebook represented it would not use social widgets to track consumers, millions of websites had signed up for and installed Facebook plugins. [...] Facebook laid the groundwork for tracking by requiring third-parties to install Facebook code in order to license Facebook’s other products. For independent publishers and retailers, Facebook would thereafter tie surveillance of their own customers with the continued use and license of Facebook’s social network products for businesses”. Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 72.

³⁶⁹ “In other words, Facebook could leverage the ability to identify people through use of the century’s new communications technology, to conduct a particularly invasive, and permanent, form of surveillance. Additionally, Facebook did not have to pay companies, it could simply leverage the power to give away something valuable for free”. Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 59.

³⁷⁰ “In 2014, unlike in 2007, Facebook did not have only a handful of third-parties working with it. Facebook had a substantial portion of the horizontal market coordinating with it for some functionality or another—whether for userregistration or article sharing. These independent businesses now had their own switching costs. They had built their businesses over the last seven years to depend on Facebook code, and now, that reliance was correlated with their own revenue performance. Finally, the conscientious objector no longer had any power to alter the direction of the wider market. Reflecting its ability to influence market actors in the ecosystem, Facebook then required all businesses to change their own privacy policies to extract from their own users the consent to have Facebook track them for commercial purposes. For convenience, Facebook provides exact copy-and-paste legal language to use: [...]”. (Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 72.

³⁷¹ “Consumers today turn from Facebook to other websites and apps and face an identical degradation of quality across millions of sites and competitors on the advertising side of the market. For publishers like *The New York Times* and others, Facebook extracts commercial surveillance of their customers through publishers’ licenses of Facebook’s business products (e.g., Like buttons etc.). Facebook has commoditized these publishers’ own user data, once a prized proprietary possession, for its own benefit either to sell Facebook advertising or the advertising of a publisher’s competitors. This market structure has deteriorated the pricing power of market actors across the horizontal Market and resulted in the duopoly of Facebook and Google—which account for just about the entirety of the growth in the digital advertising market against a backdrop of publishers such as BuzzFeed or The Guardian soliciting reader donations. Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 99.

Essa posição alcançada pelo Facebook e Google na publicidade online, contudo, somente se mostrou possível alavancando a posição de monopólio em outro mercado, no caso, de redes sociais no caso do Facebook e de pesquisas no caso do Google.³⁷²

No caso da Amazon, seu duplo papel, como concorrente e anfitriã, trata-se de outro caso que ajuda a compreender a estrutura dos mercados da indústria digital. Hoje, essa gigante da tecnologia é reconhecida mundialmente pelo varejo online (e-commerce). Ao mesmo tempo que vende seus próprios produtos, oferece espaço em sua plataforma virtual para outros comerciantes realizarem vendas. Com isso, inegável o acesso da Amazon a diversos dados que podem ser considerados privilegiados, como conhecimento sobre a oferta e demanda, disponibilidade de produtos e serviços, preços, taxas de retorno e até da popularidade dos produtos concorrentes e dos seus próprios concorrentes.³⁷³

De acordo com Lina M. Khan, a estratégia da Amazon também foi integrar e se integrar em linhas de negócios distintas e adjacentes aos seus principais negócios. Registra crescimento exponencial, mas por muitos anos com resultados negativos ou lucros escassos. Adotou a estratégia de se expandir amplamente ao custo de praticar preços baixos e lucros escassos. Com isso, se posicionou no centro do e-commerce mundial (“titã do e-commerce”) e estabeleceu posição dominante.³⁷⁴

Após se consolidar, expandiu para incluir suas atividades a rede de distribuição dos produtos vendidos (por ela ou por terceiros), com serviços de armazenamento e entrega. Nesse contexto, serviria de “infraestrutura essencial” e central para outros negócios. Ao se tornar figura central no e-commerce e na rede de distribuição dos produtos vendidos, a Amazon mantém empresas rivais vinculadas aos serviços oferecidos e à sua plataforma de vendas, mesmo competindo com eles nesses mesmos mercados.³⁷⁵

³⁷² “The unique ability to conduct horizontal surveillance, for both Facebook and Google, explains the current duopoly in digital advertising, where nearly all industry growth goes to only two companies. Both companies, however, only achieve this end by leveraging a monopoly position in another market—for Facebook, the social network market, and for Google, the search market”. Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021. p. 75.

³⁷³ GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 38-39.

³⁷⁴ KHAN, LINA M. Amazon’s Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, jan. 2017.

³⁷⁵ “Amazon is the titan of twenty-first century commerce. In addition to being a retailer, it is now a marketing platform, a delivery and logistics network, a payment service, a credit lender, an auction house, a major book publisher, a producer of television and films, a fashion designer, a hardware manufacturer, and a leading host of cloud server space. Although Amazon has clocked staggering growth, it generates meager profits, choosing to price below-cost and expand widely instead. Through this strategy, the company has positioned itself at the center of ecommerce and now serves as essential infrastructure for a host of other businesses that depend upon it”. A autora também cita que os concorrentes de varejo da Amazon não encontram saídas. Ou tentam competir em desvantagem ou se tornam dependente de um

Esse envolvimento em diversos segmentos, dentre outros aspectos, confere um poder de barganha significativo à Amazon e revela intrínseco conflito de interesses³⁷⁶, por competir e atender seus “rivais” ao mesmo tempo.³⁷⁷ Essa posição confere diversas vantagens competitivas à Amazon e capacidade de favorecer seus próprios produtos e serviços em detrimento dos seus concorrentes e de usar os dados extraídos em seu favor.³⁷⁸

Esses aspectos evidenciam que a estratégia geral nessa indústria é obter exponencial e acelerado crescimento em termos de mercado e de negócios, com retorno de lucratividade em um prazo mais longo do que usualmente ocorre em mercados tradicionais³⁷⁹. Possível combinação de serviços e produtos que, embora possam ser complementares, são relevantes à economia de mercado e permitem conexão entre usuários, integram mercados e geram dependência aos distintos grupos de usuários, incluindo aqueles que são seus concorrentes em alguma medida.³⁸⁰

Outros exemplos podem ser considerados em relação ao impacto da concorrência da economia digital sobre mercados tradicionais, como o caso da plataforma Uber e o mercado de transporte individual de passageiros.

O CADE aponta em relatório sobre a plataforma Uber que essa provocou modificações estruturais no ambiente concorrencial em vários mercados tradicionais, atingindo o mercado de transporte individual de passageiros, aumentando a rivalidade e

concorrente (a própria Amazon, no caso) para lidar, por exemplo, com a entrega e a logística. Cf.: KHAN, LINA M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, jan. 2017, p. 710.

³⁷⁶ Assim como é o caso de outros membros do GAFAM, como evidenciado nas linhas anteriores.

³⁷⁷ A situação configura-se, dentre outras possibilidades, ao se observar que a Amazon está presente na competição pela venda mercadorias ao mesmo tempo que figura como *host* da plataforma de vendas e atende o seu “rival” como cliente nos serviços de entrega. Nos setores mídia, a Amazon compete com outros agentes para produzir ou comercializar conteúdo, porém, esses mesmos “rivais” podem usar plataforma ou serviços de nuvem da Amazon. Cf.: KHAN, LINA M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, jan., 2017, pp. 746-784.

³⁷⁸ KHAN, LINA M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, jan., 2017, pp. 746-784. A propósito, a autoridade alemã Bundeskartellamt iniciou investigação em face da Amazon por suspeita de termos, condições e comportamento abusivos em relação aos varejistas no mercado alemão, mas encerrou os procedimentos por força de mudanças promovidas pela Amazon. Cf.: BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt erwirkt für Händler auf den Amazon Online-Marktplätzen weitreichende Verbesserungen der Geschäftsbedingungen**. 2019. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.pdf?__blob=publicationFile&v=3>. Acesso em: 10 jan. 2022.

³⁷⁹ KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018, p. 211.

³⁸⁰ KHAN, Lina M. What makes tech platforms so powerful? In: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital platforms and concentration. Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago, 2018. p. 14-17. Disponível: <<https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

reações do setor incumbente de táxis. O estudo aponta que os reflexos não foram lineares em todo território brasileiro, mas teria reduzido em média de 56,8% no número de corridas de aplicativos de táxi, considerando todos os municípios analisados. Houve redução das corridas de aplicativos de táxi e aumento no número de corridas da Uber, o que demonstraria que a plataforma Uber atingiu clientes das corridas de táxi.³⁸¹

O documento aponta ainda que nas capitais das regiões Sudeste, Sul e Centro-Oeste, a entrada da plataforma teria gerado redução de 12,01% nos valores das corridas de táxi, o que apontaria uma reação ao ambiente competitivo. Por fim, destaca que a regulamentação é distinta, com a Lei Federal nº. 13.640/2018 atingindo a plataforma Uber e os serviços de táxis regulamentados por leis municipais. O relatório sugere modificações nas regulamentações dos serviços de táxi para estimular ainda mais a competição entre ambos os lados³⁸².

Da mesma maneira, o caso da plataforma Airbnb é emblemático e provoca modificações estruturais no ambiente concorrencial em mais de um mercado tradicional, por atingir o mercado convencional de hospedagem e o mercado imobiliário, gerando concorrência com corporações hoteleiras, indicando-se inclusive a existência de investidores utilizando edifícios inteiros para esses serviços similares a locação de curta duração. A expansão da plataforma Airbnb também seria facilitada pela desnecessidade de investimentos em construção imobiliária, por ocupar imóveis já existentes no mercado. Esse movimento, contudo, pode implicar na saída de imóveis do mercado imobiliário para atender essa demanda proveniente da intermediação da Airbnb.³⁸³

Outro ponto importante é a neutralidade territorial que a tecnologia proporciona, por serem mercados de cobertura global. A alta tecnologia, presente no setor e o desenvolvimento da internet, criou um ambiente único. Permitiu, pela primeira vez na

³⁸¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil:** A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016? Brasília, 2018. Disponível em: < <http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>>. Acesso em: 25 de fev. 2022.

³⁸² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil:** A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016? Brasília, 2018. Disponível em: < <http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>>. Acesso em: 25 de fev. 2022.

³⁸³ SOUZA, Rafael Braga; LEONELLI, Gisela Cunha Viana. Airbnb no Brasil: uma nova agenda de pesquisa para os estudos urbanos. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, v. 13. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2175-3369.013.e20200400>. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

história, a possibilidade de mercados realmente globais e interconectados.³⁸⁴ Esse aspecto, como alerta Salomão, representa a internacionalização das estruturas, todavia dificulta ainda mais disciplinar ou regular o comportamento de tais estruturas.³⁸⁵

Outra característica reconhecida é a relacionada a preços diferentes para cada grupo de usuário. Por um lado, os serviços e produtos podem ser ofertados sem um preço monetário direto³⁸⁶, normalmente com monopólio do agente. De outro lado, ocorreria a recuperação da renda monetizando os perfis ao outro grupo de usuários, como acontece na publicidade online. Sob o prisma do agente econômico, essa dinâmica representa um centro de lucro de um lado e de perda ou neutralidade de outro.³⁸⁷

Todo esse quadro ajuda a identificar as modificações estruturais da concorrência nessa indústria digital e na sua intersecção com mercados tradicionais, com base na identificação de como esses mercados se organizam e como atuam seus principais players. Essa base é importante para entender no que e se falhou o instrumental antitruste diante dessa nova realidade da economia digital.³⁸⁸

³⁸⁴ “In fact, the digital world is the first truly global business enabled by technology” Cf.: MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. pp. 9-13).

³⁸⁵ Vide nota 132.

³⁸⁶ Esse destaque relaciona-se a preços monetários, pois já não se considera esse acesso e uso inteiramente gratuito, pois feito à base do fornecimento de dados dos usuários e histórico de navegação. Vide nota 136. E ainda: “essa estrutura, contanto, observou-se que a transação não é realmente gratuita para os usuários: a transferência de seus dados pessoais para a plataforma representa a transferência de um importante ativo econômico, que adquire valor à medida que a plataforma é capaz de utilizá-lo para exibir anúncios comportamentais, baseados em ferramentas avançadas de monitoramento dos usuários, que representam maior valor econômico para os anunciantes que anúncios tradicionais” Cf.: KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018, p. 224.

³⁸⁷ ROCHET, Jean-Charles Rochet; TIROLE, Jean. **Platform Competition in Two-Sided Markets**. *Journal of the European Economic Association*, v. 1, n. 4, p. 990-1029, jun. 2003. Disponível em: <<https://doi.org/10.1162/154247603322493212>>. Acesso em: 25 jun. 2021. Mateus analisa essa situação como princípio da gangorra. Cf.: MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. pp. 9-13).

³⁸⁸ Conforme destacou o CADE “mudanças estruturais na economia implicam importantes alterações na forma como diferentes agentes econômicos competem pela preferência dos consumidores e levam a relevantes reflexões sobre qual o papel de políticas de defesa da concorrência nestes novos contextos”. Cf.: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021. p. 7.

3.2. O CONTROLE DAS CONCENTRAÇÕES ECONÔMICAS E AS POSSÍVEIS LACUNAS

As considerações trazidas até o momento demonstram uma estrutura altamente concentrada na indústria digital e consolidadora de corporações com expressiva posição na economia mundial³⁸⁹. As inovações tecnológicas são “bem-vindas e úteis para a economia e a vida em sociedade”³⁹⁰. Todavia, conforme a dinâmica desses mercados começa a ser melhor compreendida, passa-se a dar mais atenção aos desafios que ela impõe aos sistemas de defesa concorrência.

O poder econômico cada vez mais concentrado nessa indústria, sobretudo nas cinco gigantes da tecnologia GAFAM, coloca a prova se os exames antitruste tradicionais tem ao seu alcance “as ferramentas adequadas para mensurar potenciais riscos à concorrência das políticas empresariais dessas novas detentoras de poder econômico”.³⁹¹

No que diz respeito ao foco estrutural ou preventivo dos sistemas de defesa concorrência, estudos apontam que uma boa parte das operações de concentração econômica nesse setor de tecnologia sequer foram submetidas às autoridades de concorrência.

Gautier e Lamesch, com base nos relatórios disponíveis na Comissão de Valores Mobiliários norte-americana, concluíram que entre os anos de 2015 a 2017, as líderes GAFAM teriam adquirido ao menos 175 (cento e setenta e cinco) empresas, desde pequenas startups até negócios de bilhões de dólares, muitas sem submissão aos controles das autoridades da concorrência. Muitos desses negócios dentro do segmento principal de atuação ou em outros que já estão ativas, sugerindo a busca por reforço de sua posição de mercado. A maioria dos produtos adquiridos seriam ainda descontinuados após a transação, sugerindo o interesse na aquisição de ativos relevantes como a tecnologia, direitos de propriedade intelectual e acesso aos talentos humanos.³⁹²

³⁸⁹ De acordo com relatório da FTC, as corporações GAFAM figuram como as cinco maiores companhias no mercado de capitais norte-americano (FTC, 2021, p. 3). Os levantamentos feitos pela FORBES em 2021, apontam essas companhias entre as 50 maiores do mundo, com Apple em 6º lugar, Amazon em 10º lugar, Alphabet/Google em 13º lugar, Microsoft em 15º lugar e Facebook em 33º lugar. Cf.: FORBES. **The list: 2021 Global 2000**. Disponível em: <<https://www.forbes.com/lists/global2000/#42c41ca85ac0>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

³⁹⁰ ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em mercados digitais e desafios ao controle de atos de concentração. **RDC**, v. 7, n. 2, p. 99-120, nov. 2019, p. 117.

³⁹¹ KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018, p. 198.

³⁹² GAUTIER, Axel; LAMESCH, Joe. **Mergers in the Digital Economy**. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3529012>. Acesso em: 18 mar. 2021, p. 2-34.

Mark Glick e Catherine Ruetschlin apontam igualmente diversas aquisições ou tentativas de negociação por essas corporações, se aproximando de 500 (quinhentas) operações, concluindo também por características a sugerir a pretensão de consolidar posição, eliminar ameaças competitivas e acessar ativos das empresas adquiridas.³⁹³

O recente relatório da FTC indica cerca de 616 (seiscentos e dezesseis) transações não reportadas às autoridades norte-americanas dentro dos anos analisados (2011-2019). Dessas, 94 (noventa e quatro) atingiam os gatilhos previstos nas normas norte-americanas para serem relatadas, mas podem ter recaído em outros critérios ou isenções que dispensam a comunicação.³⁹⁴

No âmbito nacional, o CADE³⁹⁵ apresentou relatório apontando 143 (cento e quarenta e três) atos de concentração submetidos à análise entre 1995 e 2020 envolvendo plataformas digitais, no qual indica que nenhum deles foi rejeitado. Os dados indicam aprovação de 140 (cento e quarenta) atos sem restrição, ocorreu uma desistência e dois casos foram aprovados com acordo em controle de concentração ou termo de compromisso. O relatório não enfrenta aspectos qualitativos a respeito de se seriam, ou não, recomendadas revisões nos critérios para submissão controles atos de concentração submetidos ou nos parâmetros considerados pelo CADE. Numericamente, porém, confirma a aprovação praticamente unânime das operações sem restrições e sem compromissos.³⁹⁶

Posner e Weyl destacam que a formação desses grandes grupos de tecnologia, escapou aos controles da política antitruste tradicional. Não se sujeitarem aos controles

³⁹³ “The ‘Big Tech’ companies have all engaged in large numbers of acquisitions of smaller start-ups. Google has acquired 270 companies since 2001.1 Microsoft has made over 100 acquisitions in the last ten years, including acquisitions of Skype, Nokia Devices, LinkedIn and GitHub.2 Amazon has made a similar number of acquisitions including its purchase of Whole Foods.3 Finally, Facebook has acquired 90 companies, mainly start-ups. In the appendix to this paper we list Facebook’s acquisitions by year. While many of these mergers could have positive economic benefits, a growing chorus of commentators have argued that they provide a strategic means for dominant firms to solidify and protect their dominance” Cf.: GLICK, Mark; RUETSCHLIN, Catherine. **Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine: The Case of Facebook** (October 1, 2019). Institute for New Economic Thinking Working Paper Series n. 104. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3482213>. Acesso em: 18 mar. 2021.

³⁹⁴ O relatório não detalha se esses casos não relatados se enquadravam nesses critérios de dispensa ou isenção legal. Cf.: FEDERAL TRADE COMMISSION. **Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms, 2010-2019: An FTC Study**. Washington, 2021. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=em>>. Acesso em: 03 nov. 2021, p. 36.

³⁹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021. pp. 19-33.

³⁹⁶ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021. pp. 19-33.

prévios de atos de concentração e as análises de seus efeitos ou potenciais efeitos anticompetitivos e concorrenciais por duas razões centrais. Primeiro porque, os critérios previstos na política de defesa da concorrência não foram capazes de capturar esses casos. Segundo, porque os órgãos de defesa da concorrência, acostumados “a lidar com a concorrência dentro dos mercados existentes bem definidos e de fácil mensuração”, acabaram por permitir diversas fusões entre grandes empresas de tecnologia e potenciais desestabilizadores mais novos.³⁹⁷

Alguns autores³⁹⁸ atribuem essa incapacidade de as análises antitruste detectarem importantes aspectos desses mercados e seus impactos no cenário pós-concentração, por se seguir muito da racionalidade desenvolvida pela Escola de Chicago e as premissas de que (i) a atuação dos agentes econômicos é racional e busca maximizar seus resultados; e (ii) não se preocupa com aglutinação de poder econômico que resulte em eficiências econômicas e bem-estar do consumidor com a redução de preços.³⁹⁹

A incapacidade decorreria da limitação de estimar os impactos no cenário pós-concentração com base nessa racionalidade, já que os objetivos do direito antitruste não se alcançam apenas prosseguindo eficiências econômicas⁴⁰⁰, como do ponto de vista de que racionalidade desenvolvida pela Escola de Chicago não consegue captar que as elevadas participações no mercado normalmente não tem efeitos negativos de curto prazo sobre o preço e a oferta aos consumidores, mas podem ter a longo prazo⁴⁰¹, especialmente na indústria digital, cuja estratégia de lucratividade pode ser diluída longo do tempo se comparados com mercados tradicionais.

³⁹⁷ “Por exemplo, o Facebook é na atualidade o concorrente mais importante do Google (quanto à atenção dos usuários e aos dólares dos anunciantes), mas teve início num ramo de negócios totalmente separado (rede social, e não função de busca). Os órgãos antitruste, que estão acostumados a lidar com a concorrência dentro dos mercados existentes bem definidos e de fácil mensuração, têm permitido inúmeras fusões entre grandes empresas de tecnologia e potenciais desestabilizadores mais novos. O Google pôde comprar a startup de mapeamento Waze e a poderosa Deep Mind, de inteligência artificial; o Facebook, o Instagram e o Whatsapp; a Microsoft, o Skype e o LinkedIn”. Cf.: POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa**. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Portifolio-Penguim, 2019, p. 212.

³⁹⁸ Ver, por exemplo, KHAN, Lina M. What makes tech platforms so powerful? *In*: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital platforms and concentration. Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago, 2018. p. 14-17. Disponível: <<https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022; FRAZÃO, 2017, 2019 e 2020; KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018.

³⁹⁹ Vide notas 232 e 263.

⁴⁰⁰ FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020, p. 60.

⁴⁰¹ Nesse sentido, os texto de KREIN, 2018; SCHRODER, 2019; KHAN, 2017 e WU, 2018.

Em relação ao sistema brasileiro, em que pese não se seguir os objetivos postulados pela Escola de Chicago⁴⁰², Krein defende que os métodos de análise ainda estão “bastante centrados em efeitos de curto prazo sobre o preço e a oferta, mesmo que procurando incorporar outras preocupações, como a inovação”, deixando de “preocupações acerca das estratégias de crescimento utilizadas pelas empresas, tampouco sobre o papel econômico que os dados pessoais recolhidos pelas empresas poderiam exercer após a integração”⁴⁰³.

Da mesma maneira, Hoffmann e Johannsen ao analisar as fusões envolvendo mercados de *big data*, defendem que a Comissão Europeia realizou análises muito arraigadas em mercados tradicionais, com uma abordagem específica do mercado e com foco na exclusividade da informação, elementos que não se amoldam perfeitamente aos negócios desse setor, deixando de captar importantes aspectos desses mercados.⁴⁰⁴

Primeiro, porque, do aspecto relacionado ao acúmulo de dados verificado antes e depois da operação, a Comissão Europeia compreendeu que os dados, principalmente os pessoais, por não serem informações exclusivas, como ocorre com a propriedade intelectual, permanecem disponíveis para serem buscados por outros agentes econômicos, o que afastaria preocupações anticompetitivas. Com isso, desconsiderou a vantagem competitiva decorrente de grandes volumes de dados e de diferentes fontes, o último olhar do grupo sobre o mercado e sobre os negócios, características muitas vezes inigualáveis e que torna a posição do agente incontestável no mercado.⁴⁰⁵

Segundo, porque, em relação à definição ou delimitação de mercado relevante, para dimensionar minimamente o impacto da transação nessa indústria digital, deve considerar a pulverização das atividades comerciais desses grupos. Será a partir da análise dessa pulverização que se poderá alcançar os efeitos (i) da real expansão da concentração

⁴⁰² Vide item 2.4 do segundo capítulo.

⁴⁰³ KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018, p. 211.

⁴⁰⁴ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. De igual modo, são as conclusões de GAUTIER, Axel; LAMESCH, Joe. **Mergers in the Digital Economy**. 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3529012>. Acesso em: 18 mar. 2021, p. 2-34.

⁴⁰⁵ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

econômica e quais negócios ela permitirá atingir; (ii) qual o grau de concentração de dados e potencial de extração de novos dados que a concentração econômica gerará; e (iii) quais podem ser as vantagens competitivas dessa estrutura econômica nos potenciais mercados que pode atingir.⁴⁰⁶

Para os autores, captar o contexto de atuação do grupo na indústria digital como um todo, será muito mais hábil a extrair os impactos ou possíveis impactos da concentração econômica do que se considerados mercados isoladamente, como as análises mais tradicionais são realizadas. Por isso, uma abordagem mais holística para avaliar todos os possíveis efeitos em todos os mercados em que o grupo atua ou pode se expandir, dirime melhor preocupações anticompetitivas nas concentrações econômicas.⁴⁰⁷

A doutrina nacional, de igual maneira, também aborda a dificuldade sobre delimitar o “mercado relevante em setores estruturados a partir da tecnologia”, por emergir “complexas discussões, tais como as relacionadas aos *cluster markets* ou agrupamento de mercados, aos mercados em rede, aos mercados primários e secundários (*aftermarkets*)”, além das “necessárias vinculações entre os mercados de pesquisa e desenvolvimento, mercados de tecnologia e mercados de bens e serviços”. A grande questão, portanto, compreende entender “como interagem os diversos segmentos”.⁴⁰⁸

A tecnologia afetou ainda a “forma como os diversos agentes competem entre si”, por isso, considera-se a “concorrência pelos mercados e não apenas concorrência nos mercados” nesse setor econômico.⁴⁰⁹

Como fruto dessa compreensão, os “critérios e metodologias tradicionais de identificação do mercado relevante podem ser extremamente falhos quando aplicados a mercados estruturados pela tecnologia”, nos quais “aspectos dinâmicos, funcionais e de

⁴⁰⁶ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁰⁷ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁰⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2452-2464.

⁴⁰⁹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2452-2464.

desempenho são os mais importantes a serem considerados”⁴¹⁰, além da interconexão e neutralidade de distâncias físicas que favorece a expansão desses negócios:

A tecnologia igualmente cria distintas formas de interconexão entre mercados, que precisam ser consideradas na análise antitruste, reforçando a conclusão da instrumentalidade [...]. Logo, tão importante quanto segmentar mercados que se baseiam na tecnologia é saber reagrupá-los e conectá-los sob uma perspectiva dinâmica. Da mesma forma, os aspectos funcionais da tecnologia precisam ser considerados na delimitação do mercado relevante geográfico, a fim de possibilitar que a análise antitruste contemple a neutralização de distâncias físicas que decorre da tecnologia, bem como as diferentes possibilidades que ela fornece para os ofertantes e para os usuários dos produtos ou serviços [...] Mercados como esse, em que a tecnologia neutraliza distâncias geográficas e o tempo, moldando de forma intrínseca a própria prestação do serviço, precisam ser considerados em toda a sua abrangência.⁴¹¹

Para Lina M. Khan, medir a “concorrência real no mercado do século XXI”, principalmente das plataformas digitais, exigiria analisar a estrutura e a dinâmica subjacente aos mercados, não se fiando aos resultados, mas ao processo competitivo em si. Isso, pois, para chegar ao poder de uma empresa e a potencial natureza anticompetitiva da operação, requer olhar para a estrutura do negócio e o papel estrutural que desempenha nos mercados, incluindo se a estrutura criada pelo agente econômico envolvido gera certos conflitos de interesse anticompetitivos; se pode cruzar as vantagens do mercado em linhas distintas de negócios; e se a estrutura do mercado incentiva e permite condutas anticompetitivas.⁴¹²

Ainda conforme Lina M. Khan, as formas e fontes de poder mais comum nessa indústria, sobretudo nas áreas de comunicação e comércio online, podem ser sistematizados em três vertentes principais, as quais ajudam a identificar quais condutas abusivas devem ser preocupações antitruste e, com isso, se chegar aos remédios necessários para essas correções.⁴¹³

⁴¹⁰ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2452-2464.

⁴¹¹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2452-2464.

⁴¹² KHAN, Lina M. Amazon’s Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, jan. 2017. Na mesma linha: Wu, Tim. The Protection of the Competitive Process’Standard. **Columbia Public Law Research Paper**, n. 4. nov. 2018, Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3276896>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

⁴¹³ KHAN, Lina M. What makes tech platforms so powerful? In: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital platforms and concentration. Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago, 2018. p. 14-17. Disponível: <<https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022. Da mesma maneira, já foi dito que na doutrina nacional, Salomão Filho defende que mais importante do que definir o poder econômico, é definir as condições que ele pode se manifestar e quais as formas ilegais dessa manifestação. Vide nota 287.

A primeira delas está relacionada ao poder do *gatekeeper*, decorrente das plataformas figurarem como verdadeiras infraestruturas nos mercados digitais, controladas por essas gigantes das tecnologias, mas das quais os outros agentes econômicos necessitam para competir e realizar seus negócios nos meios digitais. Essa posição de controle do mercado é protegida pelos efeitos de rede e pelas vantagens competitivas de serem detentoras de base de dados praticamente inalcançável, configurando fortes barreiras à entrada para novos competidores. Esse cenário permite que as gigantes da tecnologia utilizem esse poder para impor condições comerciais desfavoráveis às empresas dependentes dessa estrutura, aumentar seus preços e aumentar seu próprio poder.⁴¹⁴

A segunda vertente é o poder de alavancagem. Por ser característico dessa indústria a integração de diversos mercados, esse cenário permite que as gigantes da tecnologia utilizem o domínio que possuem em um dos mercados, para se estabelecer em outros mercados. Esse cenário também cria espaço para conflitos de interesse, no caso de concorrer de forma direta com outros agentes dentro da sua própria plataforma e para adoção de práticas de auto-preferência aos seus produtos e serviços, por meio de programação de algoritmos.⁴¹⁵

A terceira vertente é o poder de explorar informações, por meio dos dados e histórico coletados em decorrência da ampla vigilância em todas essas relações. Esse cenário permite práticas que vão desde a filtragem do conteúdo e do que é visualizado pelo usuário no ambiente online, práticas discriminatórias de preços e violações às

⁴¹⁴ “Platforms can use their gatekeeper power to extort and extract better terms from the users that depend on their infrastructure. For example, Amazon has disabled the “buy-buttons” for book publishers in order to extract better terms; executives have also described how the company tweaks algorithms during negotiations to remind firms of its power to sink their sales. Recently the company has started offloading costs onto suppliers, subsidizing its shipping costs by raising fees for the companies that sell through its platform. Merchants attempting to negotiate with Amazon risk seeing their accounts suspended, and getting kicked off its platform often means not just seeing lower revenue but having to lay off employees. Google and Facebook’s ad duopoly, meanwhile, gives them ample power to raise prices. Last quarter Facebook hiked the average price per ad by 43 percent. Platforms also use their gatekeeper power to entrench their gatekeeper power, limiting the ability of third-party merchants to reach users independently”. Cf.: KHAN, Lina M. What makes tech platforms so powerful? *In*: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital platforms and concentration. Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago, 2018. p. 14-17. Disponível: <<https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022. p. 15.

⁴¹⁵ “If gatekeeper power gives platforms the ability to extort, leveraging power gives platforms the incentive to discriminate”. Cf.: KHAN, Lina M. What makes tech platforms so powerful? *In*: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital platforms and concentration. Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago, 2018. p. 14-17. Disponível: <<https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022. p. 15.

privacidades, por práticas realizadas pela própria companhia ou violações de segurança e vazamento de dados. Além disso, permite usar informações de outros agentes econômicos para intervir no crescimento desses agentes e incorporar, aos seus próprios serviços e produtos, réplicas do oferecido por esses players ao mercado.⁴¹⁶

A autora, por último, pontua que apesar desses pontos não esgotarem os desafios impostos pelos mercados digitais, podem ser importantes pontos de partida para controle do poder econômico por meio de remédios antitrustes e regulatórios, como, dentre outros aspectos, o estabelecimento um regime de neutralidade da plataforma, medidas estruturais para limitar a capacidade plataforma de atuar certas linhas de negócios, cessação de atividades ou determine a cisão para eliminar conflitos de interesse, regulação de condutas que inibam o desrespeito a privacidade dos usuários e do uso de dados para obter vantagens em linhas de negócios distintas.⁴¹⁷

Mateus, por considerar que os mercados digitais são internacionais, analisou estudos para encontrar pontos comuns em diversas jurisdições⁴¹⁸, concluindo que a partir da identificação da falha do mercado, será preciso direcionar se o problema é da esfera antitruste ou requer medidas regulatórias com a finalidade de corrigir essas falhas e

⁴¹⁶ “Platforms also engage in information exploitation against the businesses that use their services to reach markets. Amazon, for example, collects swaths of information on the merchants selling through its Marketplace. It routinely uses this data to inform its own sales and products, exploiting insights generated by thirdparty retailers and producers to go head-to-head with them, rolling out replica products that it can rank higher in search results or price below-cost. [...] Facebook has similarly developed systematic ability to exploit information. Through acquiring Onavo, a privacy-enhancing technology, Facebook closely tracks which competing applications are diverting attention from Facebook’s own app. Using this information, Facebook can either make an aggressive acquisition bid, taming the nascent threat by bringing it in-house, or can introduce an identical app, eating into its business. The issue here is not that the platforms introduce rival goods—thereby increasing competition—but that their strategies are based on a significant information asymmetry that exists between the platforms and everyone else. The ability to intervene at the very earliest stages of a company’s growth means platforms can effectively nip emerging rivals in the bud”. Cf.: KHAN, Lina M. What makes tech platforms so powerful? *In*: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital platforms and concentration. Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago, 2018. p. 14-17. Disponível: <<https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022. p. 16.

⁴¹⁷ Cf.: KHAN, Lina M. What makes tech platforms so powerful? *In*: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital platforms and concentration. Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago, 2018. p. 14-17. Disponível: <<https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022. p. 15. pp. 17-18.

⁴¹⁸ Em especial da Comissão Europeia, Autoridades de Concorrência da Alemanha, Reino Unido, França (com abordagem mais nas questões de concorrência e Austrália e pelo Stigler Center da Universidade de Chicago (que estendem a análise à mídia e questões políticas relacionadas ao funcionamento da democracia). Esses relatórios se debruçaram sobre mecanismos de buscas, plataformas de mídias sociais e plataformas de agregação de conteúdo digital. Cf.: MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021.

estimular a concorrência.⁴¹⁹ Encontrou nove pontos de consenso sobre os problemas a serem enfrentados nessa indústria⁴²⁰:

(i) A análise das políticas de concorrência para os mercados digitais, na área antitruste, deve continuar a utilizar uma abordagem econômica e baseada na meta de bem-estar total ou do consumidor. Essa abordagem deve identificar falhas de mercado, especificamente teorias de danos consubstanciados em abusos de poder de mercado, e os remédios (comportamentais ou estruturais) necessários para sua correção.

Nessa análise, o autor conclui que todos os relatórios analisados apontaram problemas com as fusões e aquisições das plataformas digitais e pela sub-aplicação das normas antitruste capaz de afetar esses interesses.

(ii) Os critérios para notificação de fusões devem ser estendidos para abranger os novos mercados digitais, a análise de fusões deve incorporar as novas teorias dos mercados múltiplo-lados, com base em uma perspectiva mais prospectiva e levar em consideração a mudança tecnológica.

Os relatórios sinalizam que as métricas utilizadas aos mercados tradicionais precisam ser atualizadas para contemplar as características dos mercados digitais, o que inclui rever o ônus da prova, a revisão das teorias de dano⁴²¹ para captar a realidade dos mercados múltiplo-lados e medir concentração nele envolvida, a tendência à concentração devido aos efeitos da rede, as especificidades dos mercados de *big data*, a distinção entre plataformas e serviços complementares e poder de mercado que permeia todas essas relações e sua projeção para o futuro, não só a curto prazo.

(iii) As autoridades de concorrência e de regulação dos mercados devem desenvolver normas e protocolos para garantir uma melhor interoperabilidade entre serviços, produtos e sistemas, o que pode exigir intervenção em ambos os sentidos,

⁴¹⁹ MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. pp. 5-6.

⁴²⁰ MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. pp. 13-50.

⁴²¹ Conforme KIRA e COUTINHO “Propor uma teoria do dano pressupõe, na defesa da concorrência, que seja desenvolvida uma abordagem lógica e economicamente consistente sobre um dado comportamento ou operação anticompetitivo em função do seu potencial lesivo. Segundo Zenger e Walker (2012), uma teoria do dano bem definida possui as seguintes características: deve ser capaz de articular como a competição - e, em última análise, os consumidores - serão prejudicados à luz de uma análise contrafactual apropriada, deve ser interna e logicamente consistente, bem como deve ser consistente com os incentivos que as diversas partes envolvidas possuem para agir, assim como consistentes (ou ao menos não inconsistentes) com a evidência empírica disponível. Cf.: COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020, p. 83.

concorrencial e regulatória.

(iv) Não deve haver regras *per se* em amarração e agrupamento. Nas plataformas digitais, a amarração e o agrupamento devem ser examinados com mais rigor, o viés padrão deve ser geralmente eliminado e uma análise mais aprofundada das cláusulas de paridade de preços ou de proibição de usar serviços de terceiros.

(v) A interoperabilidade de dados é importante para reduzir as barreiras à entrada. A portabilidade de dados, *multihoming* e os baixos custos de comutação também são pró-competitivos e aumentam o bem-estar do consumidor. As autoridades antitruste devem ter mais acesso aos processos usados pelas plataformas digitais e bancos de dados para verificar distorções de concorrência. Podem ser exigidos códigos de conduta por partes interessadas ou normas regulamentares.

(vi) A recusa ao acesso a dados ou discriminação no acesso pode constituir um abuso semelhante (mas não requerendo tal nível elevado) a uma “instalação essencial”. Nesse campo, a intervenção também pode ser exigida nos dois âmbitos, concorrencial e regulatório.

(vii) É necessária uma regulamentação mais rigorosa sobre *big techs*, em particular sobre a privacidade de dados e sobre a transparência das plataformas. Sugere-se, inclusive, uma nova autoridade digital para tratar dessas regulações e intervenções ou novas unidades dentro da autoridade de concorrência especializada em mercados digitais.

O autor também faz um destaque especial nesse item ao mercado de notícias, pois as plataformas não seriam responsáveis pela produção dos conteúdos, demonstrando baixos incentivos para fomentarem a produção de conteúdo de qualidade ou para limitar a disseminação de informações falsas ou polarizadas. Essa situação acaba por acarretar impactos na própria estrutura democrática.

(viii) As autoridades devem corrigir a sub-aplicação do direito antitruste, com aplicação mais vigorosa, melhorarias nas metodologias, no ônus da prova da extensão do impacto da concentração econômica e eficiências e prejuízos, usar medidas provisórias, usar recursos mais direcionados para resolver problemas e melhor equilíbrio entre medidas regulatórias e de concorrência.

(ix) O rompimento das plataformas foi apontado como não aconselhável nos relatórios nessa fase, por não ser claro como esse rompimento deve ser implementado e se os benefícios chegam a superar os custos de tal medida estrutural.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) em publicação relativa aos impactos do *big data* na concorrência de mercado, recomenda

cautela, pois entende que excessos nesses mercados podem desacelerar o processo de inovação e representar custos desnecessários.⁴²²

Apona que o *big data* pode ser incorporado nas análises antitruste em algumas dimensões. Como um insumo ou ativo do agente econômico que pode resultar em barreiras à entrada ou com potencial de aprimorar poder de mercado e permitir ao agente se engajar em práticas anticompetitivas.⁴²³ Como um critério de competição pela qualidade, quando situações de degradação de qualidade são decorrentes do exercício de poder econômico, incluindo violações à privacidade e à proteção de dados, mas desde que fique demonstrado que os consumidores valorizam esses direitos. E como instrumento que permita apresentar respostas mais eficazes a eventuais falhas de mercado, na cooperação entre interesses regulatórios, concorrenciais e política do consumidor.⁴²⁴

A Comissão Europeia, por sua vez, emitiu comunicado no qual defende a possibilidade de reavaliar casos de concentração econômica, analisados e encerrados pelos Estados-Membros. Orienta que as análises das concentrações econômicas estejam atentas a possibilidade de:

Criação ou reforço de uma posição dominante de uma das empresas em causa; a eliminação de uma força concorrencial importante, incluindo a eliminação de um novo ou futuro operador ou a fusão entre duas importantes empresas inovadoras; a redução da capacidade e/ou do incentivo dos concorrentes para competir, nomeadamente tornando mais difícil a sua entrada ou expansão ou dificultando o seu acesso às fontes de abastecimento e aos mercados; ou a capacidade e o incentivo para utilizar, através de um efeito de alavanca, a sua posição forte num determinado mercado para reforçar a sua posição noutro mercado, através de vendas subordinadas ou agrupadas ou de outras práticas de exclusão.⁴²⁵

Somente com esse olhar, segundo o comunicado, seria possível se compreender se a operação afeta ou tem o potencial de afetar a concorrência nos mercados digitais. E ainda, acrescenta orientações sobre serem considerados os valores envolvidos diretamente na operação nas análises das concentrações econômicas, assim como ponto

⁴²² OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era.** 2017. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2022.

⁴²³ OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era.** 2017. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2022. pp. 4.

⁴²⁴ OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era.** 2017. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf)>. Acesso em: 03 jan. 2022. pp. 4-5.

⁴²⁵ COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão.** Orientações sobre a aplicação do mecanismo de remessa previsto no artigo 22.o do Regulamento das Concentrações para determinadas categorias de casos. Bruxelas, 2021, pp. 3-4. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)&from=EM](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01)&from=EM)>. Acesso em: 03 nov. 2021.

de atenção para negociações envolvendo potenciais concorrentes, como *startups* e empresas *mavericks*:

São, por exemplo, os casos em que a empresa: 1) está em fase de arranque (start-up) ou é um participante recente com um potencial concorrencial significativo que ainda não desenvolveu nem implementou um modelo de negócio gerador de receitas significativas (ou ainda se encontra na fase inicial da aplicação desse modelo de negócio); 2) é um inovador importante ou está a realizar investigação potencialmente importante; 3) é uma força concorrencial importante, real ou potencial (19); 4) tem acesso a ativos significativos em termos de concorrência (por exemplo, matérias-primas, infraestruturas, dados ou direitos de propriedade intelectual); e/ou 5) fornece produtos ou serviços que são fatores de produção/componentes essenciais para outras indústrias. Na sua apreciação, a Comissão pode igualmente ter em conta se o valor da retribuição recebida pelo vendedor é particularmente elevado em comparação com o volume de negócios atual da empresa-alvo.⁴²⁶

A Alemanha e a Áustria modificaram internamente seus critérios de submissão obrigatória para captar outras hipóteses que não baseadas em faturamento, criando “critério chamado de *transaction consideration*, o qual diz respeito à análise de ativos ou outros elementos não monetários, como, por exemplo, controle acionário cruzado ou a existência de acordos de fornecimento entre as companhias” e no “ato de verificar se as companhias objeto possuem atividades significantes na Alemanha ou na Áustria”⁴²⁷.

Trazendo alguns desses pontos ao sistema brasileiro, possível notar que muitos desses critérios revistos pelas autoridades europeias não são tratados na atual disciplina legal do controle de concentrações econômicas previsto na Lei nº 12.529/2011, permitindo que o sistema brasileiro recaia nas mesmas lacunas lá verificadas no que diz respeito às notificações obrigatórias.

Como aprofundado no capítulo anterior, dentro do sistema brasileiro, a principal disciplina do controle prévio dos atos de concentração está presente nos artigos 88 e 90 da Lei nº 12.529/2011.

Baseia-se essencialmente no faturamento ou volume de negócios dos grupos envolvidos na operação (artigo 88, I e II). A lei brasileira não confere tratamento normativo ao controle de estruturas com base no valor da operação ou de outros critérios não monetários, de forma que pode deixar de captar as reais necessidades desses

⁴²⁶ COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão.** Orientações sobre a aplicação do mecanismo de remessa previsto no artigo 22.o do Regulamento das Concentrações para determinadas categorias de casos. Bruxelas, 2021, p. 5. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)&from=EM](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01)&from=EM)>. Acesso em: 03 nov. 2021.

⁴²⁷ Por meio da 9ª emenda Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, GWB e emenda de 2017 Kartell- und Wettbewerbsrechts-Änderungsgesetz, KaWeRÄG Cf.: SCHRODER, Eduarda Cristina. Análise de atos de concentração no mercado digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Vera Gaudium**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 133-160, dez. 2019. pp. 151-153.

mercados digitais, tal como direciona a Comissão Europeia no citado comunicado e mudanças realizadas pela Alemanha e Áustria nesse sentido. Observa-se que nesse ponto há ampla revisão dessas autoridades europeias sinalizando a insuficiência de critérios meramente numéricos baseados em faturamento para dessas operações envolvendo a era digital.

Na doutrina brasileira, Frazão e Santos consideram que as modalidades mais comuns de concentração nos mercados digitais correspondem as integrações verticais e conglomerados, que podem ser motivadas para alcançar ou fortalecer fontes de poder. Por isso, a metodologia tradicionalmente empregada na análise dessas concentrações, precisam se adequar para captar essas particularidades.⁴²⁸

Essas mudanças devem buscar possíveis danos anticompetitivos das concentrações econômicas, por meio de teorias de dano que levem em consideração as características do setor, adequação dos critérios tradicionais de submissão obrigatória dos atos de concentração e inclusão de critérios concorrenciais que garantam a competição pela qualidade nesses mercados.⁴²⁹

Com isso, defendem que as avaliações devem incluir critérios hábeis a entender o cenário pós-concentração e o potencial da concentração agregar bases de dados capaz de dificultar ou impedir acesso de novos concorrentes; se é capaz de fortalecer dominância em mercados; de reduzir competição potencial ou neutralizar ameaças disruptivas; captar operações relevantes não limitadas aos gatilhos de volume de negócios e faturamento; e incorporar critérios concorrenciais que garantam a competição nesses mercados, como garantias de privacidade relacionadas aos dados pessoais.⁴³⁰

Na visão de Kira e Coutinho, o CADE reconhece a importância de novas teorias de dano hábeis a avaliar os potenciais efeitos anticompetitivos nas análises dos atos de concentração, mas não sedimentou entendimento jurisprudencial nesse sentido:

Em suma, a análise jurisprudencial identificou, resumidamente que as análises conduzidas pelo Cade tanto em casos de atos de concentração, como nos processos administrativos, adota métricas e parâmetros tradicionais, como a delimitação de mercados relevantes e a identificação de sobreposições

⁴²⁸ FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020, pp. 64-67.

⁴²⁹ FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020, pp. 67-77.

⁴³⁰ FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020, pp. 67-77.

horizontais e verticais, bem como adota postura cautelosa em relação à identificação de efeitos anticompetitivos. Como visto, poucos atos de concentração discutiram aspectos específicos de plataformas digitais, ao passo em que na maioria dos processos administrativos (sobretudo nos casos envolvendo a plataforma Google) alguma consideração incipiente sobre elementos peculiares a plataformas digitais foi feita, sem que isso tenha, no entanto, sedimentado entendimentos jurisprudenciais de forma sistemática e intencional ou levado à condenação das empresas envolvidas.⁴³¹

Os autores analisaram 28 (vinte e oito) casos examinados pelo CADE, sendo 24 (vinte e quatro) inerentes a atos de concentração. As decisões não apontam uma definição jurisprudencial do CADE sobre teorias de danos amoldadas a esses mercados.⁴³² Dentre os casos analisados:

(i) AC 08700.003373/2013-80. Google/Plataforma de vídeo Vevo. A “análise mencionou o fato de que o serviço de exibição de conteúdo de entretenimento pela internet pode ser classificado como plataforma de dois lados, conectando usuários finais e anunciantes”. Contudo, “os potenciais riscos à concorrência que poderiam decorrer desta característica não foram discutidos na decisão”. Isso por faltar “qualquer menção ao fortalecimento dos efeitos de rede que decorriam da operação, ou o fato de que a transação poderia contribuir para que a Google tivesse mais acesso a dados valiosos sobre o mercado de entretenimento, o que poderia fortalecer sua posição dominante”. Também “não discutiu ou analisou o risco de que a transação poderia criar mais incentivos para favorecimento do YouTube em detrimento de outras plataformas para as quais a Vevo fornece conteúdo *online*”⁴³³.

(ii) AC 08700.006084/2016-85. Aquisição da rede social LinkedIn pela Microsoft. Considerou-se que o “LinkedIn é uma rede social que coleta e processa dados de usuários”, mas “os aspectos e potencial implicações concorrenciais dessa característica não foram discutidos”. Não houve análise sobre “do fato de ambas as partes serem mercados de múltiplos lados ou de como essa caracterização influenciaria a análise das dinâmicas competitivas”. Deixou de apreciar o “risco de que a Microsoft, como líder no

⁴³¹ COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020. p. 98.

⁴³² COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020. pp. 82-103.

⁴³³ COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020. pp. 93-94.

mercado de hardware e sistemas operacionais, possa favorecer o uso do LinkedIn, ou prejudicar redes sociais concorrentes”, como no caso da “pré-instalação de aplicativos em aparelho”. A operação foi aprovada sem restrições por se concluir não ter indicativos de “potenciais efeitos concorrenciais”⁴³⁴.

(iii) AC 08700.002377/2019-36. Aquisição de controle pela Magazine Luiza dos negócios da NS2. “Nesse caso, mais uma vez, os efeitos de rede e a possibilidade de integração de dados não foram discutidas como variáveis concorrenciais relevantes”⁴³⁵.

(iv) AC 8700.001796/2020-94. OLX/Grupo Zap. “Apesar de reconhecer o risco de potencial discriminação, se concluiu que as plataformas não teriam incentivos para tanto”. O CADE decidiu “autorizar a operação sem impor quaisquer restrições, alegando considerar desproporcional a imposição de remédio antitruste diante da mera possibilidade de ocorrência de uma discriminação”⁴³⁶.

(v) AC 08700.002703/2019-13. Mosaico/Buscapé. A decisão menciona dificuldade de delimitar o mercado relevante no mundo digital e o reconhecimento da existência de um “importante desafio em traçar uma linha precisa que englobe exatamente as plataformas e serviços que concorrem entre si”. Apesar disso, se baseou “na definição do mercado relevante envolvendo os serviços de comparação de preços, seguindo precedentes anteriores, e não com base em novas teorias ‘digitais’ do dano - como a própria discussão preliminar do caso parecia apontar”⁴³⁷.

Os autores concluem que a falta de elaboração e aplicação de “novas teorias do dano aderentes às características de mercados digitais” pode expor a “falta de ferramentas analíticas e de parâmetros de decisão apropriados” ou a “a ausência de lentes ajustadas –

⁴³⁴ COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020. pp. 94-95.

⁴³⁵ COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020. p. 95.

⁴³⁶ COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020. p. 95.

⁴³⁷ COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020. p. 95.

pode ter levado a autoridade a não enxergar potenciais danos na análise de condutas e atos de concentração envolvendo mercados digitais”⁴³⁸.

Foi mencionado no segundo capítulo que o Guia do CADE, embora trate de concentrações horizontais, considera modelo que avalia o nível da concentração no mercado relevante, efeitos unilaterais, análise de entrada, poder de portfólio, eliminação de potenciais concorrentes e de empresas *mavericks*, cláusula de não concorrência, dentre outros. Esses critérios, porém, são trazidos de forma geral e abrangente, sem enfoques aos mercados digitais.⁴³⁹

Vários pontos do sistema brasileiro, portanto, são preocupações que coincidem com os pontos de reavaliação da política antitruste estudados pela doutrina e autoridades antitruste estrangeiras para que se possam atingir os objetivos de evitar a eliminação concorrência potencial, afastar barreiras à entrada, evitar a eliminação de possíveis inovações disruptivas e de potenciais rivais capazes de contestar esses mercados.

Nos relatórios divulgados pelo CADE sobre mercados digitais, no entanto, embora a revisão de estudos estrangeiros a respeito das características de mercados digitais⁴⁴⁰ e da revisão das decisões prolatadas pelo próprio CADE relacionadas a esses mercados, o órgão não apresenta propostas objetivas sobre revisões nos critérios para submissão e análise dos atos de concentração, embora reconheça de maneira geral pontos a enfrentar nesses mercados:

Levando em consideração a dinamicidade e o crescimento das plataformas digitais, provavelmente, serão apresentadas muitas questões às autoridades de defesa da concorrência. Muitos são os desafios a serem enfrentados quando se trata de tal campo e alguns já foram respondidos pelo Cade, conforme destacou esse caderno, como, por exemplo, a adoção de cláusulas MFN. Também serão enfrentados desafios mais genéricos, que são apresentados pelas especificidades presentes nos mercados digitais, tais como determinar como intervir em mercados tão dinâmicos; a forma de estimar os efeitos de longo prazo da intervenção da política de concorrência; a forma de adaptar medidas que sejam adequadas às especificidades das plataformas; a maneira de se lidar e identificar as práticas de exclusão por abuso de posição dominante devido à concentração de dados; a forma de lidar com o tratamento discriminatório com base nos dados dos usuários e tecnologias de criação de perfil; como lidar com

⁴³⁸ COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020. p. 98.

⁴³⁹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016.

⁴⁴⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2021.

o conluio algorítmico e restrições verticais no comércio eletrônico; e como coordenar a relação entre privacidade e política de concorrência.⁴⁴¹

É importante lembrar que o referido Guia do CADE foi publicado há cerca de seis anos e não há notícias de atualizações. Não contempla elementos como a concentração ou integração de base de dados, a interação da disciplina concorrência com a proteção de dados pessoais, a portabilidade de dados, efeitos de rede, a respeito da interoperabilidade de sistemas e plataformas, a interconexão de mercados, produtos, serviços e informações.

Nesse sentido, e embora não seja parte do recorte realizado pela pesquisa, a interação da disciplina concorrência com a proteção de dados pessoais nessa indústria é parte relevante de análise, dada as suas implicações nesses mercados. Da perspectiva dos recursos do direito antitruste, a LGPD pode ser vista como norma que cria uma restrição legal de possíveis opções de uso de dados pessoais após a concentração econômica, por não admitir o uso para propósito diferente do consentimento conferido pelo titular.⁴⁴²

Nesse caminho, a disciplina legal conferida à proteção de dados pessoais, apresenta-se como fator de concorrência relevante, ao passo que pode remediar, em parte, a preocupação com a concentração desses dados e seus efeitos anticompetitivos.⁴⁴³

Por outro lado, não inibe a possibilidade de estarem envolvidos outros tipos de dados nas operações que não só os pessoais; a possibilidade do agente econômico, influenciar na vontade do consumidor/usuário ou cometer abusos; os fortes efeitos de rede que podem limitar ou retirar a opção de escolha do consumidor⁴⁴⁴, ou ainda, pode ser fonte de criação de outras barreiras à entrada e desincentivar entradas nesses mercados.⁴⁴⁵

⁴⁴¹ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021. p. 133.

⁴⁴² HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁴³ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁴⁴ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁴⁵ O tema de barreiras legais ou regulatórias são tratados em: VIEIRA, Paulo Gonçalves Lins. **Barreira à entrada regulatória e o cooperativismo de crédito no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016 e em BORGES, Heloisa; BICALHO, Lúcia Maria N. O. Barreiras à entrada na distribuição de combustíveis no Brasil. In: **XII**

Outro aspecto relevante nessa interseção entre esses sistemas legais é o direito à portabilidade de dados, que garante ao titular dos dados a possibilidade de migrá-los para outro agente econômico, o que pode incentivar a concorrência. No Brasil, ainda não há regulamentação específica sobre os aspectos operacionais para sua implementação, como a interconexão, compatibilidade e interoperabilidade⁴⁴⁶, mas pode servir de ferramenta à incentivar a concorrência, ao reduzir os bloqueios enfrentados pelos consumidores para migrar para outros serviços e produtos, reduzir custos de comutação e potenciais casos de exclusividade de dados.⁴⁴⁷

Isso também não exige a possibilidade desse direito configurar novas barreiras à entrada nesses mercados, se exigir altos investimentos em tecnologia para conseguir implementar a interconexão, compatibilidade e interoperabilidade para acesso a esses dados. Ou ainda, pode permitir que os agentes econômicos detentores de posição dominante, possam aumentar ainda mais a sua própria base de dados e fortificar cada vez mais a sua posição ou ser desincentivados a investir em novas inovações.⁴⁴⁸

Esse entrelaçamento dos regimes jurídicos não deve afetar, entretanto, os objetivos específicos de cada uma das disciplinas, distintos no campo da concorrência e da proteção de dados, cuja conciliação de interesses deve ser harmônica. Com isso, a lei de proteção de dados pode ser considerada uma ferramenta de regulação de mercado, mas não tem objetivo da proteção de mercados competitivos eficazes.⁴⁴⁹

Congresso Brasileiro de Energia. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-e-estudos-tecnicos/estudos-tecnicos/arquivos/2008/barreiras-distribuicao-combustivel-brasil-2008.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

⁴⁴⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência:** pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2466. Ainda, VIOLA e THOMAZELLI ao analisar o sistema financeiro aberto no Brasil, o *Open Banking*, consideram como um *case-study* do cenário brasileiro, a partir de uma infraestrutura econômica que busca a “expansão do setor financeiro de forma interligada”, mas qualificam a “proteção de dados, portabilidade e interoperabilidade” como núcleos essenciais e “pontos chave nesse processo”, para os quais outros setores da economia precisarão se habilitar para operar em sistemas similares. Cf.: VIOLA, Mario; THOMAZELLI Patrícia. Portabilidade de dados, interoperabilidade e Open Banking. In: **Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio**, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/02/Portabilidade-Interoperabilidade-OpenBanking.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2021. p. 2 e 13.

⁴⁴⁷ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁴⁸ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁴⁹ “In conclusion, one has to assess that a clear distinction between data protection law and competition law has to be drawn insofar as the enforcement of the two different legal regimes should be strictly separated

Frazão aponta que o poder econômico criado por essas gigantes da tecnologia na economia digital, não deixa dúvidas de que a lei de proteção de dados não resolverá sozinha todos os aspectos que decorrem da atuação desses agentes, devendo ser do escopo do direito antitruste e de suas autoridades o tratamento de questões relacionadas a eventuais abusos do poder econômico.⁴⁵⁰

Por sua vez, Schroeder aponta que por meio da Resolução nº 13, de 23 de junho de 2015, atual Resolução nº 24, de 08 de julho de 2019, o CADE disciplina procedimento denominado de APAC - Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração e que se destina a analisar os atos de concentração sem notificação mandatória, como previsto no artigo 88, §7º, da Lei Antitruste brasileira, o qual autoriza o CADE a requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem nas regras de volume de negócios e faturamento previstos no artigo 88, I e II. No entanto “mesmo tendo a faculdade de determinar a submissão de atos que não se enquadram nos critérios pré-estabelecidos, o CADE deixa de fazê-lo”⁴⁵¹.

Sendo assim, embora a lei brasileira autorize o controle de estruturas para atos que não atinjam aos gatilhos de volume de negócios e faturamento previstos no artigo 88, I e II, acaba por ser um meio pouco explorado pelo CADE no controle das estruturas.

Diante da revisão ora realizada, observam-se vários aspectos em que o sistema brasileiro, os métodos replicados em mercados tradicionais pelo CADE e a própria atuação do CADE, ainda estão engessados em aspectos de mercados tradicionais, como ocorre em outros sistemas estrangeiros, deixando de capturar os potenciais ou reais danos anticompetitivos capazes de alterar as condições do mercado dentro dessa indústria.

and should remain within each authority competencies and enforcement system”. Cf.: HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021. p. 40.

⁴⁵⁰ FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Versão Kindle], posição 1373.

⁴⁵¹ SCHROEDER, Eduarda Cristina. Análise de atos de concentração no mercado digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Vera Gaudium**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 133-160, dez. 2019. pp. 143-144.

3.3. É PRECISO REPENSAR O CONTROLE PREVENTIVO NA POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA A PARTIR DAS REPERCUSSÕES DA ECONOMIA DIGITAL?

A forte concentração nos mercados desenvolvidos na indústria digital foi retratada ao longo do trabalho. Vários fatores contribuíram para limitar a concorrência nesse segmento. Alguns que podem ser comuns em mercados tradicionais e decorrentes de efeitos esperados, naturais e até desejáveis, como eficiências decorrentes do desenvolvimento tecnológico e dos benefícios de economias de escala. Outros por serem intrínsecos a esses mercados.⁴⁵²

Ou ainda, resultar das escolhas deliberadas das gigantes da tecnologia, como aquisições de outras empresas e suas tecnologias, padrões criados, opacidade em diversas políticas e operações, vigilância massiva de usuários (de todos os lados da cadeia), dentre outras práticas⁴⁵³, elementos importantes para reflexão sobre repensar o controle preventivo de concentração econômica a partir das repercussões da economia digital.

A estrutura concentrada reflete nas preocupações sobre o “bom funcionamento da concorrência nestes mercados”⁴⁵⁴. Como alerta Salomão Filho, estruturas concentradas como monopólios “não convivem bem com mudanças tecnológicas” e para autoproteção “procuram interrompê-las ou criar dificuldades para que possam ser introduzidas no mercado”⁴⁵⁵.

Krein aponta que “ineficiências nesses mercados como manifestação do poder econômico” já “indicam a existência de significativo poder de mercado dos agentes (plataformas) que podem agir de forma ineficiente sem serem contestadas por concorrentes”⁴⁵⁶ e sintetiza as condutas anticompetitivas que podem estar relacionadas

⁴⁵² MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. pp. 4-13. E vide no primeiro capítulo, item “1.2”.

⁴⁵³ No item “3.1” desse capítulo foram explorados vários estudos sobre essas questões.

⁴⁵⁴ TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 413. Ainda, Mateus indica que o volume de operações e aquisições promovidas pelos agentes GAFAM ao longo da última década, visando integrar diversos mercados e consolidar posições dominantes nos mercados, podem explicar, em parte, o resfriamento da concorrência nos mercados horizontais e adjacentes, e a suspeita da tentativa de eliminar potenciais rivais ou agentes capazes de exercer concorrência à plataforma principal. Cf.: MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. pp. 4-13.

⁴⁵⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 5851-5854.

⁴⁵⁶ O “uso de dados pessoais pelas plataformas é fonte de assimetrias de informação entre a plataforma e os usuários, que geram custos de transação relacionados à segurança de dados, que a plataforma não tem incentivos econômicos para proteger. Esses custos são uma medida de ineficiência do mercado, e, como

as estratégias dessas grandes corporações como exclusividade, barreiras à entrada, recusa de acesso, verticalização, conflitos de interesse e alavancagem, condutas predatórias, discriminação de preços sobre os usuários e sobre os anunciantes.⁴⁵⁷

A atual presidente da FTC destacou que os dados levantados no relatório da FTC⁴⁵⁸, permitem sistematizar características de atuação da GAFAM nas transações afetas as concentrações econômicas e possíveis estratégias adotadas para bloquear ameaças competitivas. Uma dessas práticas pode ser a presença de cláusulas de não concorrência aos fundadores e funcionários-chave, bloqueando ativos e talentos dessa indústria tecnológica e que foram verificadas em cerca de 75% (setenta e cinco por cento) das operações. Ainda, demonstra a existência de brechas no direito antitruste norte-americano que afastam essas negociações dos controles de concentração econômica, mesmo com potenciais impactos à concorrência de mercado.⁴⁵⁹

A importância da tutela de preservar estruturas que garantam os incentivos para um ambiente competitivo ganha ainda mais relevância dentro das características dessa indústria que tendem a concentrar mercados.

Segundo as lições trazidas por Schumpeter, a concorrência e seus benefícios ao desenvolvimento não pode ser encarada apenas do ponto de vista da ameaça competitiva representada por um grande número rivais presentes no mercado, próximo da concorrência perfeita. A ameaça de rupturas por inovações fomenta o processo competitivo nas economias capitalistas e tem seus efeitos a longo prazo:

Na realidade capitalista e não na descrição contida nos manuais, o que conta não é esse tipo de concorrência, mas a concorrência de novas mercadorias, novas técnicas, novas fontes de suprimento, novo tipo de organização (a unidade de controle na maior escala possível, por exemplo) — a concorrência que determina uma superioridade decisiva no custo ou na qualidade e que fere

tal, reduzem o bem-estar do consumidor, indicando também a existência de posição dominante: caso a plataforma não fosse detentora de poder de mercado relevante, um rival mais eficiente surgiria e limitaria a estrutura pouco eficiente. Na perpetuação do comportamento ineficiente, há um indicativo de independência da plataforma frente a seus concorrentes”. Cf: KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018, p. 210.

⁴⁵⁷ A autora menciona que “um exemplo concreto de uma prática predatória foi apresentado a partir da observação da implementação, pelo Facebook, do design de Stories e de mensagens efêmeras criadas pelo seu rival Snapchat, que resultou em perdas significativas de valor para o Snapchat”. Cf.: KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018.

⁴⁵⁸ Vide nota 365.

⁴⁵⁹ KHAN, Lina M. **Remarks of Chair Lina M. Khan Regarding Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms Commission File n. P201201**. 2021. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596332/remarks_of_chair_lina_m_khan_regarding_no_n-hsr_reported_acquisitions_by_select_t_echnology_platforms.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

não a margem de lucros e a produção de firmas existentes, mas seus alicerces e a própria existência [...]. De qualquer maneira, a poderosa alavanca que, a longo prazo, expande a produção e reduz os preços é constituída de outro material. Dificilmente seria necessário observar aqui que a concorrência a que nos vimos referindo atua não somente quando está presente, mas também quando constitui apenas ameaça constante. O homem de negócios sente-se cercado pela concorrência mesmo quando está sozinho no seu campo ou, quando não está, ocupa tal posição que nenhum perito governamental poderá descobrir uma concorrência eficaz entre ele e outras pessoas do mesmo ramo ou de ramos afins, e que se vê forçado a concluir, durante o trabalho de investigação, que as reclamações competitivas só são pura fantasia. Em muitos casos, embora não em todos, essa pressão forçará a longo prazo um comportamento muito semelhante ao que seria induzido por um sistema de concorrência perfeita.⁴⁶⁰

A contestabilidade desses mercados, por novos competidores, é tida como elemento importante para manutenção da qualidade, preços e incentivos à inovação, dentro da chamada concorrência dinâmica. Nas palavras de Tirole:

A concentração dos mercados digitais coloca a questão da concorrência. A posição dominante de uma empresa corre o grande risco de se traduzir por preços muito altos e uma falta de inovação posterior. É preciso então que novas empresas possam entrar no mercado, se forem mais eficientes e inovadoras do que o monopólio vigente; no vocabulário econômico, diz-se “contestável”. Na falta de uma concorrência acirrada entre diversas empresas num dado momento, devemos nos contentar como uma concorrência dinâmica, de destruição criadora à la Schumpeter, em que a empresa hoje dominante será substituída por uma empresa que tiver dado o salto tecnológico ou comercial seguinte.⁴⁶¹

Forgioni observa que as gigantes da tecnologia ascenderam e se expandiram por vários mercados “adquirindo e coletando informações sobre os comportamentos e preferências dos cidadãos”. Também se envolveram em uma série de concentrações verticais e conglomeradas. Isso faz com que os “benefícios e, especialmente, os prejuízos concorrenciais das concentrações amplifiquem-se na economia digital” por facilitar que “as grandes plataformas contenham competidores de menor porte ou aniquile a disputa potencial”. A aquisição de “empresas em seu nascedouro pode se mostrar uma excelente estratégia para garantir a continuidade do domínio do mercado”⁴⁶².

Nos mercados altamente incontestáveis, os incentivos para práticas predatórias e exploratórias, abusivas e especialmente prejudiciais ao processo de concorrência, inovação e aos consumidores, são observados com mais frequência. Da mesma maneira,

⁴⁶⁰ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e Democracia**. Editado por George Allen e Unwin Ltd. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961, pp. 112-113.

⁴⁶¹ TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 415.

⁴⁶² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, pp. 417-418.

a manifestação do poder de mercado pode se dar com a menor qualidade, menor privacidade, menos criação de novos negócios, barreiras à entrada, menor variedade de pontos de vista políticos, prejuízos sociais, ineficiências e menos investimentos em inovação.⁴⁶³

Das lições de Srinivasan, pode-se extrair várias condutas praticadas pelo Facebook que colocam em dúvida a sua ascensão pelo mérito nessa indústria. Desde a opacidade em como estruturou a vigilância para fins comerciais, como se relaciona com outros agentes, em benefício na coordenação (horizontal) da vigilância, apontamentos reputacionais sobre manipular números e dados, aquisições de outros agentes como WhatsApp e Instagram, quebra das promessas sobre privacidade, não vigilância para propósitos comerciais e garantia aos usuários sobre controle de seu histórico e informações.⁴⁶⁴

Geradin e Katsifis em seus trabalhos a respeito da publicidade online e da atuação do Google nessa esfera, lançam seu ponto de vista sobre a dominância do Google e práticas anticompetitivas como a auto-preferência, a opacidade das tecnologias de anúncio e suas integrações, a opacidade do processo envolvido com a publicidade online, a opacidade de sua remuneração e dos lucros extraídos nesse processo.⁴⁶⁵

Lina Khan oferece os indícios de comportamento predatório e exploratório da Amazon, a partir de lucros escassos, dominação de diversos negócios envolvidos na cadeia do e-commerce e da opacidade no que diz respeito na cadeia de negócios que controla a infraestrutura e ao mesmo tempo compete dentro dela.⁴⁶⁶

⁴⁶³ Nesse sentido, as margens de lucro extremamente altas e nenhuma nova entrada relevante nesses negócios, por exemplo, são indícios de barreiras significativas à entrada. Cf.: MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021. p. 4-13. No mesmo sentido: SRINIVASAN, GERADIN e KATSIFIS; KHAN.

⁴⁶⁴ Ainda, apresenta características de alavancagem, consegue ter ações coordenadas na vigilância e utiliza disso para lucrar com com publicidade online, não apresenta opções ao usuário e nem nenhum tipo de integração/interoperabilidade com outras redes. Gera muita insatisfação no usuário pela massiva vigilância, opacidade das políticas, modo de agir e na maneira com realiza vigilância. Enquanto isso, outros agentes lutam para ter algum espaço na publicidade online, Facebook e Google estão em progressiva expansão. Cf.: SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

⁴⁶⁵ GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁶⁶ KHAN, Lina M. **Remarks of Chair Lina M. Khan Regarding Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms Commission File n. P201201**. 2021. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596332/remarks_of_chair_lina_m_khan_regarding_non-hsr_reported_acquisitions_by_select_t_echnology_platforms.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

O sistema brasileiro⁴⁶⁷, assim como, as políticas norte-americanas e europeias não proíbem o poder de mercado, nem que o agente econômico com esse poder possa superar seus concorrentes se atuar de forma mais eficiente, até por ser inerente ao processo competitivo de inovação.⁴⁶⁸ Passa a ser preocupação antitruste o cometimento de abusos, por meio de comportamentos que comprometem a concorrência e o processo de inovação, causando efeitos prejudiciais aos consumidores e ao desenvolvimento equilibrado dos mercados.

Por ser um dos objetivos do direito antitruste brasileiro, o controle do poder econômico sob o viés da atuação preventiva e estrutural ganha importância dentro desse contexto da indústria digital, pois a falta de ameaça competitiva, pode desincentivar a concorrência para promover melhorias e criação de novos produtos e serviços⁴⁶⁹, manter a qualidade, preços e incentivos à inovação.⁴⁷⁰

Além do mais, a atuação das gigantes da tecnologia apontam diversas repercussões não apenas da perspectiva da concorrência de mercados. Sob a perspectiva individual, demonstram várias quebras de confiança e pouca transparência, sobretudo diante da vigilância massiva e do direcionamento de comportamentos e interferência na opção de escolha e na autonomia humana.⁴⁷¹

Sob a perspectiva da relação com outros agentes econômicos, diante da opacidade e pouca transparência no que diz respeito ao funcionamento dos processos tecnológicos, preços, leilões em tempo real, pela dependência das estruturas e plataformas tecnológicas

⁴⁶⁷ Foi destacado no capítulo anterior que o direito brasileiro não repele o poder econômico e nem proíbe posições dominantes. A repressão é do abuso do poder econômico (artigo 173, §4º da Constituição brasileira) e exercício abusivo da posição dominante (artigo 36, IV da Lei 12.529/2011), assim como, da eficiência ser causa excludente do tipo previsto no artigo 36, IV da Lei 12.529/2011. Vide, por exemplo, nota 203, 231 e 305.

⁴⁶⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle]; FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle]; FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁴⁶⁹ KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, jan. 2017, p. 737.

⁴⁷⁰ TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020, p. 415.

⁴⁷¹ SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021.; KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, jan. 2017; FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle]; GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. 'Trust Me, I'm Fair': Analysing Google's Latest Practices in Ad Tech From the Perspective of EU Competition Law. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3465780>>. Acesso em: 18 mar. 2021.; GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021; GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **Competition in Ad Tech: A Response to Google**. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3617839>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

para desenvolver suas atividades, ao tempo que possuem o controle sobre as tecnologias e sobre todas as informações que trafegam nas redes, opacidade nas ferramentas para vigilância horizontal, controlar as redes de distribuição, dentre outros aspectos.⁴⁷²

Sob a perspectiva democrática, pois o poder econômico influencia instituições políticas; desenvolve tecnologias capazes de interferir na opção de escolha e na autonomia humana, afetando a liberdade individual; afeta discursos de polarização e há pouco interesse em repelir mídias de baixa qualidade.⁴⁷³

Além do mais, as gigantes da tecnologia GAFAM fazem parte dos grandes negócios mundiais, por meio de suas redes sociais, e-commerce, mecanismos de busca, dispositivos móveis, dentre outros. Contudo, cada vez mais a tecnologia, inclusive de vigilância, expande-se diversas áreas, como para agricultura digital, carros autônomos, IoT, casas, dentre outras esferas.

A análise de todos esses pontos não estão circunscritos ao escopo do direito da concorrência e não são apenas as políticas de defesa da concorrência a enfrentar os dilemas da indústria digital, mas outras formas de regulamentação serão igualmente relevantes para controlar o poder econômico e remediar falhas de mercado.

Do ponto de vista do direito da concorrência, todavia, tentando seguir o objetivo do trabalho que, era investigar se, os critérios atualmente considerados para análise dos atos de concentração são suficientes para prevenir infrações contra a ordem econômica e promover o desenvolvimento nacional e uma economia de livre mercado capaz de assegurar a todos a finalidade da existência digna, de acordo com ditames da justiça social dentre desse novo contexto da economia digital, chega-se ao final da pesquisa compreendendo que reformulações são necessárias no sistema brasileiro, com base nas seguintes conclusões parciais, as quais não esgotam o assunto, mas apresentam uma base para discussões e o conjunto de ideias reunido na pesquisa ora desenvolvida.

Primeira: a regra estampada no artigo 88 a respeito de faturamento mínimo e volume de negócios como gatilho para desencadear o dever de submissão prévia.

⁴⁷² SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021; KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, jan. 2017.; FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle].; GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021; GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **Competition in Ad Tech: A Response to Google**. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3617839>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁷³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 417.

Autoridades estrangeiras constataram não ser um critério suficiente dentro dos mercados digitais. Assim, esse é um dos pontos para se refletir sobre a necessidade uma revisão considerando outros aspectos além de faturamento e volume de negócios, como, por exemplo, os valores envolvidos na própria operação, ativos envolvidos na negociação, elementos não monetários como a base de usuários e de dados.⁴⁷⁴

Segunda: o artigo 88, §7º, incorpora uma espécie de regra “coringa” no direito brasileiro e permite captar casos que não se enquadram nos limites mínimos previstos no artigo 88, I e II da Lei nº 12.529/2011. Em que pese não ser um controle prévio e parte da doutrina ter suas reservas quanto ao seu uso pela instabilidade que pode gerar, por ser realizado após concretizada a operação da concentração econômica, não deixa de ser uma ferramenta à disposição do CADE no controle de estruturas.⁴⁷⁵

O procedimento para uso dessa ferramenta foi estabelecido por meio da Resolução nº 13, de 23 de junho de 2015, atual Resolução nº 24, de 08 de julho de 2019, como citado anteriormente. Apesar disso, o CADE não demonstra aderir ao seu uso de forma significativa⁴⁷⁶.

Como movimentos legislativos são mais custosos e burocráticos, o uso da ferramenta prevista no artigo 88, §7º da Lei nº 12.529/2011 pode ser importante aliada no controle do poder econômico nesses mercados digitais.

Terceira: a doutrina tem trazido possíveis caminhos mais simplificados e que podem colaborar nas avaliações dos atos de concentração em consonância com essas características inéditas da economia digital e permitem adequar alguns temas próprios da economia digital sem demandar processos mais complexos como são reformas legislativas.

⁴⁷⁴ FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020; SCHRODER, Eduarda Cristina. Análise de atos de concentração no mercado digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Vera Gaudium**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 133-160, dez. 2019; e GAUTIER, Axel; LAMESCH, Joe. **Mergers in the Digital Economy**. 2020. Disponível em: Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3529012>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁷⁵ FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020.

⁴⁷⁶ SCHRODER, Eduarda Cristina. Análise de atos de concentração no mercado digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Vera Gaudium**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 133-160, dez. 2019. pp. 143-144.

Um desses caminhos é estruturar novas teorias de dano, hábeis a captar os possíveis riscos e os potenciais ou prováveis efeitos dessa indústria e serem efetivamente utilizados pelas autoridades de concorrência.⁴⁷⁷

Kira e Coutinho destacam que aspectos como aumento de preços não monetários, redução da qualidade, redução da escolha e efeitos deletérios na inovação, efeitos de rede, base de dados e ainda, a preferência por serviços e produtos próprios, devem fazer parte das análises de reformulação das teorias de dano antitruste no âmbito nacional de maneira a captar todos os potenciais danos.⁴⁷⁸

Outro possível remédio seria conferir mais flexibilidade, maleabilidade e acompanhamentos mais periódico, como sugere Hoffmann e Johannsen, por meio de termos, acordos de concentração ou fixação de compromissos aos agentes econômicos. Apesar de ter os custos de acompanhamento e monitoramento envolvidos, prazos mais enxutos e com períodos para acompanhamento e revisão de eventuais acordos em controle de concentrações, pode dar proximidade a autoridades aos acontecimentos desses mercados, segundo os autores.⁴⁷⁹

Apesar do artigo 92 da lei brasileira, que disciplinaria o tema ter sido vetado, a doutrina reconhece a possibilidade de acordos em controle de concentração, referidos em especial nos artigos 9º, V, 13, X e 46 §2º da lei brasileira e o próprio CADE mencionou seu uso em caso envolvendo mercado digital no caso anteriormente mencionado envolvendo o Grupo SBF S.A (Centaurus) e Nike do Brasil.⁴⁸⁰

Os acordos em controle de concentração como destaca Forgioni, podem se apresentar como uma “alternativa intermediária da aprovação condicional”, mas “construída negocialmente entre o CADE e as partes, por meio do chamado ACC – Acordo em Controle de Concentrações” que naturalmente “apresenta vantagens para

⁴⁷⁷ FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020.; KIRA e COUTINHO, op cit.; MATEUS, Abel M. **Is There a Consensus on Antitrust for the Big Tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021.

⁴⁷⁸ COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

⁴⁷⁹ HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁴⁸⁰ Ato de Concentração nº 08700.000627/2020-37. Grupo SBF S.A (Centaurus) e Nike do Brasil. Vide nota 348.

ambos os polos”⁴⁸¹.

De toda maneira, algumas ressalvas são feitas a esses acordos. A primeira diz respeito à ausência de obrigatoriedade na publicação dos seus termos, criando barreiras ao seu acesso e à manifestação de terceiros interessados e da sociedade como um todo, além de apresentar dificuldades no seu monitoramento e fiscalização de seu cumprimento.⁴⁸²

Ainda, não deixam de apresentar problemas “pela necessidade de monitoramento constante por parte da autoridade antitruste, o que envolve o dispêndio de recursos e acesso a informações nem sempre disponíveis ou possíveis” e “por se mostrarem inadequados para solucionar os problemas concorrenciais gerados”⁴⁸³.

Quarta: desenvolver mecanismos para definir mercado relevante, grau de concentração e poder de mercado gerado não circunscritos aos critérios dos mercados tradicionais, mas observando os novos contornos desses negócios. Srinivasan, por exemplo, sugere que para as redes sociais, um desses critérios pode ser o tempo gasto nas plataformas.⁴⁸⁴

Quinta: atualizar guias e formular outros documentos orientativo e vinculantes internos ao CADE para incluir novos métodos e parâmetros de análise em decorrência dessas características próprias dos mercados digital e dos seus possíveis efeitos sobre a concorrência potencial e real, sobretudo diante da experiência advinda do comportamento de grandes plataformas e dos avanços no direito comparado, precedentes do CADE e das autoridades estrangeiras a respeito do tema.

O estabelecimento de metodologia para análise dos atos de concentração pelo CADE que contemple os critérios de maneira mais próxima as necessidades do atual contexto da economia digital, embora reclamem certo grau de flexibilidade, confere mais segurança jurídica nesses exames e parece ser essa a revisão mais próxima e esperada das autoridades de defesa da concorrência nesse momento, com base em evidências que já puderam ser constatadas nesses mercados da economia digital, do que questões mais custosas e demoradas como amplas reformas legislativas.

⁴⁸¹ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2747.

⁴⁸² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 156 e pp. 440-441.

⁴⁸³ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle], posição 2747.

⁴⁸⁴ SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

CONCLUSÃO

Os avanços tecnológicos produzidos pela indústria digital estão no centro de mudanças econômicas e sociais vividas pela sociedade contemporânea. O desenvolvimento da pesquisa buscou contextualizar esse ambiente, em especial no que diz respeito aos novos modelos de negócios e características que conformam a estrutura desses mercados na era digital. Apesar dessas transformações ainda não serem totalmente compreendidas, resultou na consolidação mundial das gigantes da tecnologia.

Essas corporações ocupam os mercados mundiais, foram e são responsáveis por boa parte da expansão e do desenvolvimento do setor tecnológico. Entretanto, muitas práticas e a opacidade em diversos aspectos rompem com a confiança de que essa expansão foi legítima e da conquista por mérito desses mercados, resultando em dilemas para diversas áreas do direito. A proteção de dados pessoais mostra-se, em grande medida, resultado dessa necessidade de regular condutas nessa indústria e como maneira de conter o poder econômico dessas grandes plataformas.

A indústria digital mostra-se cada vez concentrada em um segmento carente de regulação estatal e carente de análises antitruste conectadas a essa nova realidade. Por ser a pressão competitiva e a ameaça de rupturas por inovações, importante alavanca ao desenvolvimento e preservação das economias, com a manutenção de qualidade, preços e incentivos a própria inovação a longo prazo, como defendeu Schumpeter, a política antitruste sinaliza ter um importante papel a desempenhar nesse contexto da economia digital, desde que seja capaz de efetivamente intervir e promover incentivos para alcançar seus objetivos, como a preservação do mercado e a promoção da competição para um bom funcionamento da economia, assim como, o controle do poder econômico para fins maiores definidos pela ordem econômica constitucional.

O regime jurídico da ordem econômica, assim, fundamenta e ao mesmo tempo delimita a intervenção do Estado na economia, conferindo à Lei Antitruste brasileira a tarefa de reprimir o abuso do poder econômico e tutelar a livre concorrência, na promoção de um sistema capaz valorizar o trabalho humano e a livre iniciativa (elementos fundantes da ordem econômica), promover a dignidade da pessoa humana e ditames da justiça social (finalidades da ordem econômica e fundamento da República) e desenvolvimento nacional (objetivo fundamental da República).

Esses contornos são interpretados pela doutrina brasileira como uma nova significação dada ao antitruste. Não se limita a tratar da eliminação dos efeitos

autodestrutíveis do mercado. Serve de instrumento ao Estado para conduzir e conformar o sistema.

Os desafios dessa indústria não vão ser esgotados pelo direito antitruste tampouco sob sua dimensão de controle das estruturas, mas como maneira de colaborar nesse debate, este trabalho se propôs a analisar o controle preventivo dos atos de concentração nessa indústria dentro do contexto brasileiro e considerando os contornos da ordem econômica constitucional, por ser um recorte importante de controle das estruturas e na prevenção de infrações contra a ordem econômica e fonte de equilíbrio de interesses.

A análise demonstra que ainda há muito estudo no campo teórico e pouco resultado concreto nas análises realizadas. Enquanto isso, a indústria digital continua a avançar em suas expansões. A União Europeia mostra-se na vanguarda das primeiras propostas concretas de atuação e regulação desses mercados, como foi com a tutela da proteção de dados, com as propostas de lei sobre serviços e mercados digitais, revisão sobre orientações sobre o tema das análises das concentrações econômicas e decisões no âmbito do controle de condutas. Pode, assim, servir de importante base para que modelos de outros países possam ser revisados.

No caso brasileiro, as primeiras conclusões que se chega a partir dessa pesquisa é que a regra estampada no artigo 88 a respeito de faturamento mínimo e volume de negócios como gatilho para desencadear o dever de submissão prévia do ato de concentração, caminha para a necessidade de uma revisão considerando outros aspectos além desses, como os valores envolvidos na própria operação.

Uma segunda conclusão é que a regra prevista artigo 88, §7º, a qual permite captar casos que não se enquadram nos limites mínimos previstos no artigo 88, I e II da Lei nº 12.529/2011, embora as reservas por ser um controle após a operação se concretizar, é ferramenta do sistema brasileiro disponível ao CADE, em que pese a carência de estudos sobre sua efetiva utilização no Brasil.

A pesquisa conclui também que alguns caminhos não dependem, a princípio, de alterações legislativas complexas e podem ser importantes ferramentas para colaborar nas avaliações dos atos de concentração em consonância com essas características inéditas da economia digital, cabendo no caso brasileiro, ao CADE implementá-las e aplicá-las concretamente.

Um deles é estruturar novas teorias de dano, hábeis a captar os possíveis riscos e os potenciais ou prováveis efeitos dessa indústria e serem efetivamente utilizados pelas autoridades de concorrência e que considerem aspectos como aumento de preços não

monetários, redução da qualidade, redução da escolha e efeitos deletérios na inovação, efeitos de rede, considerações sobre concentração de base de dados, possibilidade de impor preferência por serviços e produtos próprios.

Outro seria utilizar mais as ferramentas de acordos em concentrações econômicas, fixar compromissos e restrições aos agentes econômicos que sejam capazes solucionar danos ou potenciais danos anticompetitivos, inclusive com opções de obrigatoriedade de compartilhamento de dados e de infraestruturas essenciais, com períodos para acompanhamento e revisão desses instrumentos. Apesar de envolver custos de acompanhamento e monitoramento, pode aproximar às autoridades aos acontecimentos desses mercados. Nesse caso, mostra-se importante observar maneiras de democratizar o instrumento, evitando barreiras ao seu acesso e permitindo participação da sociedade.

Impõe-se ainda rever os conceitos de mercado relevante e criar novas maneiras de medir concentração e o poder de mercado resultante, como tempo gasto nas plataformas, volume de base de dados acumulado, dentre outros aspectos.

Outro caminho ao CADE é atualizar guias e produzir novos documentos, orientativos e vinculantes, para incluir novos métodos e parâmetros de análise em decorrência dessas características dos mercados digital, objetivando melhor dimensionar os possíveis efeitos sobre a concorrência potencial e real, sobretudo diante da experiência que já pode ser verificada do comportamento de grandes plataformas e dos avanços no direito comparado, precedentes do próprio CADE e das autoridades estrangeiras a respeito do tema.

Essas revisões e aplicações que dependem mais diretamente dos órgãos antitruste, são caminhos mais próximos e de certo modo mais esperados dessas autoridades e do próprio CADE nesse momento, pois embora ainda não totalmente compreendidos, muito já se avançou em esmiuçar esses mercados da economia digital em termos mais teóricos. A teoria agora, ao menos precisa ser conectada com as aplicações e modelos práticos.

Avanços concretos nessa disciplina são cada vez mais importantes e inadiáveis, pois como aprofundado no capítulo segundo, se o liberalismo econômico *laissez-faire* não atingiu a preservação do próprio mercado em tempos que as estratégias empresariais eram mais vinculadas a estruturas físicas, em que os avanços econômicos eram mais morosos e continham barreiras territoriais, se especula como pode ser nefasto dentro desse ambiente da economia digital, que conta com ferramentas extremamente avançadas, com tomadas de decisão em fragmentos de segundo, baseadas em algoritmos e inteligência

artificial, são capazes de direcionar e induzir comportamentos humanos e criar relação de dependência com toda a cadeia de valor e com outros agentes que permeiam seus negócios. E, ainda, em que há neutralidade de barreiras territoriais.

Some-se a esses fatores a carência de modelos regulatórios capazes de regular o comportamento desses agentes econômicos e incipiência de correção de falhas de mercado e barreiras à entrada específicas desses mercados.

Some-se ainda os apontamentos sobre os efeitos nefastos da criação de monopólios em países em desenvolvimento como é o caso do Brasil, com aumento nos níveis de desemprego e das desigualdades econômicas, rompimento de segurança em serviços públicos, exaustão de recursos naturais e principalmente aumento de domínio tecnológico e poder das estruturas que controlam tais tecnologias.⁴⁸⁵

Assim, o direito antitruste e seus remédios são importantes ferramentas na promoção do desenvolvimento nacional, objetivo fundamental da República (artigo 3º da Constituição), por isso, precisam lidar com as novas formas de manifestação do poder econômico. A conclusão final é de ser necessário avançar em reformulações no controle preventivo dos atos de concentração nessa indústria dentro do contexto brasileiro, para se ter ferramentas e os filtros conectados com essa realidade e com os novos aspectos estruturais resultantes.

A hipótese do trabalho, portanto, de demonstrar que o sistema atual de defesa da concorrência, desenvolvido dentro de outro cenário econômico e social, pode ser deficiente de instrumentos para lidar com as repercussões concorrenciais e práticas anticompetitivas derivadas desses negócios desenvolvidos no contexto da economia digital, a partir de um mercado dinâmico influenciado por tecnologia, tratamento de dados e plataformas digitais, chega ao final de alguma maneira confirmada.

Da mesma maneira, confirma-se a necessidade de revisão da lei brasileira quanto às hipóteses que exigem o controle prévio dos atos de concentração e revisões nos métodos e critérios utilizados pelo CADE nessas análises, como maneira de prevenir infrações contra a ordem econômica e promover a competição orientada pelos ditames constitucionais objetivados pela Lei Antitruste.

⁴⁸⁵ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle], posição 1085.

REFERÊNCIAS

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; GARCIA, Evelin Naiara. Inovação, propriedade intelectual e barreiras técnicas. **RIL Brasília**, a. 55, n. 217, jan./mar. 2018.

ALBUQUERQUE, Leila Marrach Basto de. Comunidade e sociedade: conceito e utopia. **Raízes**, ano XVIII, n. 20, 1999.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Empresas estatais**. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ARAÚJO, Fernando. Neuromarketing: algumas reflexões sobre objecto e método. *In*: LUPION, Ricardo; ARAUJO, Fernando. [coord.] **Direito, Tecnologia e Empreendedorismo: uma visão luso-brasileira**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2020, p. 374-413.

BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. *In*: DOMINGUES, Juliana Oliveira *et al.* [coord.] **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019. [Versão Kindle].

BAGNOLI, Vicente. **Comentários à Nova Lei de Defesa da Concorrência**. Grupo GEN, 2012.

BAPTISTA, Adriane Nakagawa. Big Data: os indivíduos, seus dados e as mudanças de paradigma tecnológico e jurídico. *In*: DOMINGUES, Juliana Oliveira *et al.* [coord.] **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, 2019. [Versão Kindle].

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, 226, p. 187-212, out./dez. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988**. V. 7. São Paulo: Saraiva, 2018.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BENZELL, Seth; COLLIS, Avinash. **How to Govern Facebook: A Structural Model for Taxing and Regulating Big Tech**. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3619535>>. Acesso em: 10 jan. 2020.

BIONI, Bruno. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. **Proteção de dados e privacidade: do direito às novas tecnologias na sociedade da informação**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2018.

BORGES, Heloisa; BICALHO, Lúcia Maria N. O. Barreiras à entrada na distribuição de combustíveis no Brasil. In: **XII Congresso Brasileiro de Energia**. Rio de Janeiro, 2008. Disponível em: <<https://www.gov.br/anp/pt-br/centrais-de-conteudo/notas-e-estudos-tecnicos/estudos-tecnicos/arquivos/2008/barreiras-distirbuicao-combustivel-brasil-2008.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**, 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Mercados de plataformas digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 3 de nov. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 3.937/2004**. Apenso nº 5.877/05. Comissão Especial de Defesa da Concorrência. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/ficha-de-tramitacao?idProposicao=397073>>. Acesso em: 3 de nov. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. **Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016?** Brasília, 2018. Disponível em: <<http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2018-uber.pdf>>. Acesso em: 25 de fev. 2022.

BRITO, Edvaldo Pereira de. **Reflexos Jurídicos da atuação do Estado no Domínio Econômico**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Samara Schuch. **Regulação do tratamento de dados pessoais e contribuições ao combate do abuso do poder econômico**. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2019.

BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt erwirkt für Händler auf den Amazon Online-Marktplätzen weitreichende Verbesserungen der Geschäftsbedingungen**. 2019. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Pressemitteilungen/2019/17_07_2019_Amazon.pdf?__blob=publicationFile&v=3>. Acesso em: 10 jan. 2022.

CAVEDON, Ricardo; FERREIRA, Helene Sivini; e FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra. O meio ambiente digital sob a ótica da Teoria da Sociedade de Risco: os avanços da informática em debate. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 5, n. 1, p. 194-223, 2015.

CHRISTAKIS, Theodore. European Digital Sovereignty: Successfully Navigating Between the “Brussels Effect” and Europe’s Quest for Strategic Autonomy. Multidisciplinary Institute on Artificial Intelligence. **Grenoble Alpes Data Institute**, e-book, December 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3748098>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Anti-trust**: Comissão multa a Google em 2,42 mil milhões de euros por abuso de posição dominante no mercado de motor de busca, ao dar uma vantagem ilegal ao seu próprio serviço de comparação de preços. Bruxelas, 2017. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pt/IP_17_1784>. Acesso em: 03 nov. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão**. Orientações sobre a aplicação do mecanismo de remessa previsto no artigo 22.o do Regulamento das Concentrações para determinadas categorias de casos. Bruxelas, 2021. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331\(01\)&from=EM](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021XC0331(01)&from=EM)>. Acesso em: 03 nov. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. **Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo a um mercado único de serviços digitais (Regulamento Serviços Digitais) e que altera a Diretiva 2000/31/CE**. Bruxelas, 2020. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en>. Acesso em 03 nov. 2021.

CONCEIÇÃO, Otavio Augusto. Os antigos, os novos e os neo-institucionalistas: há convergência teórica no pensamento institucionalista. **Análise Econômica**, ano 18, n. 33, p. 25-45, 2000.

COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz; GONÇALVES, Priscila Brolio. Vírus e Telas: o direito econômico das plataformas digitais na pandemia de COVID-19. **Revista Direito e Práxis**, 2020, no prelo. Disponível em: <<https://bit.ly/3hpaj06>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

COUTINHO, Diogo R; KIRA, Beatriz. Ajustando as Lentes: Novas Teorias do Dano para Plataformas Digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2021, v. 9, n. 1. Disponível em: <<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>>. Acesso em: 03 nov. 2020.

CRIVELARI, Aline. **Antitruste e desenvolvimento sustentável**: a questão ambiental. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018. [Versão Kindle]

DEFANTI, Francisco. Reserva de Regulação da Administração Pública. **Revista de Direito Público da Economia**: RDPE, ano 15, nº 57. Belo Horizonte: Fórum, janeiro/março – 2017.

DIAS JUNIOR, Antônio Augusto Souza. Tributação da Economia Digital – Propostas Doutrinárias, OCDE e o Panorama Brasileiro. **Revista Direito Tributário Internacional Atual**, n. 6, p. 13-34, São Paulo, IBDT, 2º sem. 2019.

DINIZ, Claudio Smirne. Estado e Desenvolvimento Econômico. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Org.). **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. V. 2. Brasília: SDE/DPDC, 2010.

DONEDA, Danilo. Reflexões sobre proteção de dados pessoais em redes sociais. Universidad de los Andes. **Facultad de Derecho (Bogotá, Colombia)**, n. 1, Julio-Diciembre, 2012.

DOWBOR, Ladislau. **O capitalismo se desloca**: novas arquiteturas sociais. São Paulo: São Paulo: Edições Sesc, 2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms, 2010-2019: An FTC Study**. Washington, 2021. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=em>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

FERRAZ JR, Tercio Sampaio. **A economia e o controle do Estado**. Parecer publicado em 04/06/1989.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. As Origens do Estado Contemporâneo ou o Leviathan Gestor da Economia. **Revista Brasileira de Filosofia**, São Paulo, v. XXXVI, n. 148, p. 298-313, out./nov./dez. 1987.

FORNASIER, Mateus de Oliveira; KNEBEL, Noberto Milton Paiva. O titular de dados como sujeito de direito no capitalismo de vigilância e mercantilização dos dados na Lei Geral de Proteção de Dados. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 12, n. 2, p. 1002-1033, 2021.

FORBES. **The list**: 2021 Global 2000. Disponível em: <<https://www.forbes.com/lists/global2000/#42c41ca85ac0>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 11ª edição. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da S. B. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **RDP**, Brasília, v. 17, n. 93, p. 58-81, mai./jun. 2020.

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. [Versão Kindle]

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Versão Kindle]

FREIRE, Maria Paula dos Reis Vaz. **Eficiência Económica e Restrições Verticais**. Lisboa: AAFDL Editora, 2008.

GAUTIER, Axel; LAMESCH, Joe. **Mergers in the Digital Economy**. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3529012>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **‘Trust Me, I’m Fair’**: Analysing Google’s Latest Practices in Ad Tech From the Perspective of EU Competition Law. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3465780>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **An EU Competition law Analysis of Online Display Advertising in the Programmatic Age**. 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3299931>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

GERADIN, Damien; KATSIFIS, Dimitrios. **Competition in Ad Tech: A Response to Google**. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3617839>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

GIBRAN, Fernanda Mara. **Direito fundamental à informação adequada na sociedade de consumo como instrumento para o desenvolvimento socioambiental**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico e Socioambiental) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2012.

GLICK, Mark; RUETSCHLIN, Catherine. **Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine**: The Case of Facebook (October 1, 2019). Institute for New Economic Thinking Working Paper Series n. 104. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3482213>. Acesso em: 18 mar. 2021.

GONÇALVES, Oksandro Osdival. A ordem econômica no estado democrático de direito e a teoria de martha nussbaum: entre o crescimento econômico e o desenvolvimento humano. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 4, n. 5, p. 211-232, 2018.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; RAMOS, José Maria; FRAGOSO, Rui Manuel de Souza. Política de defesa da concorrência e a nova economia institucional: uma análise da indústria de proteína animal brasileira. **Revista Desenvolvimento e Sociedade**, n. 6, p. 33-43, 2019.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; KALIL, Gilberto Alexandre de Abreu. Incentivos fiscais à inovação tecnológica como estímulo ao desenvolvimento econômico: o caso das Start-ups. **Revista Jurídica da Presidência Brasília**, v. 17, n. 113, p. 497-520, out. 2015/ jan. 2016.

GRAEF, Inge. COSTA-CABRAL, Francisco. **To Regulate or Not to Regulate Big Tech**. *Concurrences* n°1, 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3539521>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

HOFFMANN, Jörg; JOHANNSEN, Germán Oscar. EU-Merger Control & Big Data On Data-specific Theories of Harm and Remedies (May 31, 2019). Forthcoming, Marco Botta, Josef Drexl (eds.). **EU Competition Law Remedies in Data Economy**, Springer 2019, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 19-05, Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3364792>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

HOFFMANN, Jörg. Safeguarding Innovation through Data Governance Regulation: The Case of Digital Payment Services (May 18, 2020). *In*: German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, **Nomos**, 2021, pp. 343-400, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper n. 20-08. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3613798>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

IRTI, Natalino. A ordem jurídica do mercado. **Revista de Direito Mercantil, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, Malheiros, v. 145, p. 44-49, jan./mar. 2007.

KATZ, Michael L. **Big-Tech Mergers: Innovation, Competition for the Market, and the Acquisition of Emerging Competitors**. 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3624380>>. Acesso em: 18 mar. 2021.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, jan. 2017.

KHAN, Lina M. **Remarks of Chair Lina M. Khan Regarding Non-HSR Reported Acquisitions by Select Technology Platforms Commission File n. P201201**. 2021. Disponível em: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596332/remarks_of_chair_lina_m_khan_regarding_non-hsr_reported_acquisitions_by_select_t_echnology_platforms.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2021.

KHAN, Lina M. What makes tech platforms so powerful? *In*: ROLNIK, Guy (ed.). **Digital platforms and concentration. Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business**. Chicago, 2018. p. 14-17. Disponível: <<https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2022.

KHAN, Lina M.; POZEN, D. A Skeptical View of Information Fiduciaries. **Harvard Law Review**, v. 133, 2019.

KREIN, Julia. Novos trustes na era digital: efeitos anticompetitivos do uso de dados pessoais pelo facebook. **RDC**, v. 6, n. 1, p. 198-223, maio 2018.

MALARD, Neide Teresinha. Integração de empresas: concentração, eficiência e controle. **Revista do IBRAC**, v. 1, n. 4, p. 49-78, 1994.

MARTINS, Ives Gandra. **A queda dos mitos econômicos**. São Paulo: Cengage Learning, 2004. [E-book].

MATEUS, Abel M. **Is there a consensus on antitrust for the big tech?**. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3508055>>. Acesso em: 18 de mar. de 2021.

MATIAS, João Luis Nogueira. **A função social da empresa e a composição de interesses na sociedade limitada**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

MATIAS, João Luís Nogueira; CAMURÇA, Lia Carolina V. Direito à privacidade e à proteção de dados pessoais: análise das práticas obscuras de direcionamento de publicidade consoante a lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v. 26, n. 2, p. 6–23, 2021. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1590>. Acesso em: 3 jan. 2022.

MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE, Adrian. **A quarta revolução: a corrida global para reinventar o Estado**. Trad. Afonso Celso da Cunha Serra. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2015.

MILAGRE, José. SEGUNDO, José Eduardo Santarém. A propriedade dos dados e a privacidade na perspectiva da Ciência da Informação. **Revista eletrônica de biblioteconomia e ciência da informação**, v. 20, n. 43, p. 47-76, mai./ago., 2015.

MORAES, Felipe Américo. **Mineração de dados no sistema financeiro: uma ofensa à autonomia humana**. In CAVALLE, Àngel Urquizu *at al.* **Direito, novas tecnologias e proteção de dados**. Curitiba: Instituto Memória, 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. **O direito administrativo contemporâneo e suas relações com a economia**. Curitiba: Editora Virtual Gratuita - EVG, 2016.

NORTH, Douglass C. Desempenho econômico através do tempo. Economic performance through time. **Revista de Direito Administrativo**, v. 255, p. 13–30, 2010. Disponível em: <<https://doi.org/10.12660/rda.v255.2010.8428>>. Acesso em: 01 dez. 2021.

NORTH, Douglass C. Institution and the performance of economies over time. In: MENARD, Claude; SHIRLEY Mary M. (eds.). **Handbook of New Institutional Economics**. Holanda: Springer, 2005.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 7ª ed. São Paulo: RT, 2013.

NUSDEO, Fábio. **Fundamentos para uma codificação do direito econômico**. São Paulo: RT, 1995.

OCDE - ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Diretrizes da OCDE para a Proteção da Privacidade e dos Fluxos Transfronteiriços de Dados Pessoais**. Versão Português, 2003. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/15590254.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

OCDE - Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. **Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**. 2017. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf.>](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf.>). Acesso em: 03 jan. 2022.

PARCHEN, Charles Emmanuel; FREITAS, Cinthia Obladen de Almendra; MEIRELES, Jussara Maria Leal de. As técnicas de neuromarketing nos contratos eletrônicos e o vício do consentimento na era digital. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 23, n. 2, p. 521-548, 2018.

PARISER, Eli. **O filtro invisível**: o que a internet está escondendo de você. Trad. Diego Alfaro. Zahar: Rio de Janeiro, 2019.

PENA, Kamila Dutra. Marco civil da internet e big data: meus dados, propriedade de quem? **C&D-Revista Eletrônica da FAINOR**, Vitória da Conquista, v. 10, n. 1, p. 51-64, jan./abr. 2017.

PEREIRA RIBEIRO, Marcia Carla; DOMINGUES, Victor Hugo. Economia Comportamental e Direito: a racionalidade em mudança. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2, p. 457-472, 2018.

PETERLI, Bernardo. Os efeitos concorrenciais do *big data* e a portabilidade de dados pelos usuários. *In*: VIANA, Rodrigo; FRANÇA, Sérgio; MESQUITA, Thaís (org.). **Transformações do direito administrativo**: novas tecnologias e alternativas regulatórias. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

PLAWIAK, Rainier Belotto. O controle das estruturas no direito concorrencial brasileiro: aspectos teóricos e práticos. *In*: MOREIRA, Egon Bockmann; MATTOS, Paulo Todescan Lessa. (Org.). **Direito Concorrencial e Regulação Econômica**. 1 ed. Belo Horizonte: Forum, 2010.

POSNER, Eric A., WEYL, E. Glen. **Mercados radicais**: reinventado o capitalismo e a democracia para uma sociedade justa. Trad. Denise Bottman. São Paulo: Portifolio-Penguin, 2019.

ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em mercados digitais e desafios ao controle de atos de concentração. **RDC**, v. 7, n. 2, p. 99-120, nov. 2019.

ROCHET, Jean-Charles Rochet; TIROLE, Jean. **Platform Competition in Two-Sided Markets**. *Journal of the European Economic Association*, v. 1, n. 4, p. 990-1029, jun. 2003. Disponível em: <<https://doi.org/10.1162/154247603322493212>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

RODRIGUES, Eduardo Henrique Krue. **O direito antitruste na economia digital**: implicações concorrenciais do acesso a dados. Dissertação (Mestrado em Direito, Estado e Constituição) – Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

ROSSIGNOLI, Marisa; REIS, Ubiratan Bagas dos. Lei da liberdade econômica e a análise de impacto regulatório: um olhar sobre a perspectiva do pensamento econômico. **Revista Jurídica Luso-Brasileira (RJLB)**, ano 6, n. 3, p. 1547-1566, 2020.

SAGERS, Chris, **Antitruste e Tech Monopoly**: A General Introduction to Competition Problems in Big Data Platforms: Testimony Before the Committee on the Judiciary of the

Ohio. 2019. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3471823>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

SAGNOTTI, Simona. **Il mercato. Diritto, etica ed economia**. Torino: G. Giappichelli, 1999.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. [Versão Kindle].

SAND, Inger-Johanne. Globalization and the transcendence of the Public / private divide – What is public law under conditions of globalization?. In C. MAC AMHLAIGH, C. MICHELON, N. WALKER (eds.). **After public law**. Oxford: Oxford Univ. Press, 2010.

SANTESTEBAN, Cristian; LONGPRE, Shayne. How Big Data Confers Market Power to Big Tech: Leveraging the Perspective of Data Science. **The Antitrust Bulletin**, v. 65, 2020. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3556232>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

SCHUARTZ, Luis Fernando. **A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência**. 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/1762>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Capitalismo, socialismo e Democracia**. Editado por George Allen e Unwin Ltd. Traduzido por Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico**. Trad. Maria Sílvia Possas. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1997.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2019.

SILVEIRA, Marcelo Deiro Prates. **Efeitos da globalização e da sociedade em rede via internet na formação de identidades contemporâneas**. 2004, p. 42-51. Disponível em <<http://dx.doi.org/10.1590/S1414-98932004000400006>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

SIMÕES, Adriana Machado. O processo de produção e distribuição de informação enquanto conhecimento: Algumas reflexões. **Perspectivas em Ciência da Informação**, Belo Horizonte, v. 1, n.1, p. 81-86, jan./jul. 1996. Disponível em: <http://www.brapi.inf.br/repositorio /2010 /08/pdf_18c55ad8fa0011624.pdf>. Acesso em: 12 jun. 2020.

SRINIVASAN, Dina. The Antitrust Case Against Facebook. **Berkeley Business Law Journal**, v. 16, 2018. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3247362L>>. Acesso em: 25 jun. 2021.

SCHRODER, Eduarda Cristina. Análise de atos de concentração no mercado digital: como estimular a inovação sem prejudicar a concorrência. **Res Severa Vera Gaudium**. Porto Alegre, v. 4, n. 2, p. 133-160, dez. 2019.

SOUZA, Rafael Braga; LEONELLI, Gisela Cunha Viana. Airbnb no Brasil: uma nova agenda de pesquisa para os estudos urbanos. **Revista Brasileira de Gestão Urbana**, v. 13. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/2175-3369.013.e20200400>. Acesso em: 25 de fev. de 2022.

TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado**. São Paulo: Grupo Almedina, 2017.

TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato. **Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no direito brasileiro**. Thomson Reuters: São Paulo, 2019.

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara S. de. Consentimento e Proteção de Dados Pessoais na LGPD. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena D. (coord.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. [Versão Kindle]

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: como tomar melhores decisões sobre saúde, dinheiro e felicidade**. Trad. Ângelo Lessa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2019.

THIEMANN, Ania; GONZAGA, Pedro. **Big data: bringing competition policy to the digital era**. Background note by the Secretariat. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, 2016. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf)>. Acesso em: 18 nov. 2021.

TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Trad. André Telles. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

TIROLE, Jean. **Digital Dystopia**. 13th Digital Economics Conference, Toulouse, 2020. Disponível em: < https://www.tse-fr.eu/sites/default/files/TSE/images/conference/Digital_conf_2020/tirole_digital_dystopia_080120.pdf >. Acesso em: 03 jan. 2022.

TOZI, Fabio. Da nuvem ao território nacional: uma periodização das empresas de transporte por aplicativo no Brasil. **Geosp – Espaço e Tempo (On-line)**, v. 24, n. 3, p. 487-507, dez. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal Geral de 10 de novembro de 2021 – Google e Alphabet/Comissão (Google Shopping)**. Versão Português. Bruxelas, 2021. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX:62017TJ0612>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. **Acórdão do Tribunal de 17 de Setembro de 2007**. Versão Português. Bruxelas, 2007. Disponível em: < <https://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=T-201/04&language=pt>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

TRINDADE, Manoel Gustavo Neubarth. Economia de plataforma (ou tendência à bursatilização dos mercados): ponderações conceituais distintivas em relação à economia compartilhada e à economia colaborativa e uma abordagem de análise econômica do

direito dos ganhos de eficiência econômica por meio da redução severa dos custos de transação. **RJLB**, ano 6, n. 4, p. 1977-2013, 2020.

VIEIRA, Paulo Gonçalves Lins. **Barreira à entrada regulatória e o cooperativismo de crédito no Brasil**. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2016.

VIOLA, Mario; THOMAZELLI Patrícia. Portabilidade de dados, interoperabilidade e Open Banking. *In: Instituto de Tecnologia & Sociedade do Rio*, Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2021/02/Portabilidade-Interoperabilidade-OpenBanking.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2021.

Wu, Tim. The Protection of the Competitive Process'Standard. **Columbia Public Law Research Paper**, n. 4. nov. 2018, Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3276896>>. Acesso em: 10 jan. 2022.

ZANATTA, Rafael A. F; ABRAMOVAY, Ricardo. Dados, vícios e concorrência: repensando o jogo das economias digitais. **Revista Estudos Avançados**, p. 421-446, 2019.