



IBCI

CONCORRÊNCIA E INOVAÇÃO: REFLEXÕES E INSIGHTS

Competition and Innovation: thoughts and insights

*Coordenação:
Eduardo Molan Gaban
Vinícius Klein*

Coordenação:

Eduardo Molan Gaban

Vinícius Klein

Organização:

Eduardo Molan Gaban

Ana Cristina Gomes

Juliana Oliveira Domingues

Vinícius Klein

Aluísio Freitas Miele

Autores:

Alaís Aparecida Bonelli da Silva

Ana Cristina Gomes

Ana Elisa Bertolin da Silva

Ana Paula Guimarães de Paula

André Luís Alvarenga Portella

Aron Vitor Fraiz Costa

Christophe Carugati

Diogo Kastrup Richter

Eduardo Oliveira Agostinho

Eduardo Molan Gaban

Fernanda Lopes Martins

Frédéric Marty

Gabriel de Aguiar Tajra

Giovana Vieira Porto

Isabela Maria Rosal Santos

Jeanne Mouton

José Matheus Muniz

Julia Gonçalves Braga

Larissa Milkiewicz

Lenisa Rodrigues Prado

Luísa Campos Faria

Luiz Guilherme Branco

Mariana Nascimento Silveira

Mariana Urban

Matheus Dalta Pimentel

Mônica Tiemy Fujimoto

Pietra Daneluzzi Quinelato

Rubens Cantanhede Mota Neto

Sergio L. B. F. Reis

Vinícius Klein



Agência Brasileira do ISBN – Bibliotecária Priscila Pena Machado CRB-7/6971

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Agência Brasileira do ISBN – Formato: Livro Digital

Veiculação: Digital

Editora IBCI –São Paulo-SP / Brasília-DF – 2021 – Edição Digital

www.ibcibr.com.br



O IBCI

O Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação - IBCI - é um *think tank* aberto e sem fins lucrativos criado em 2012 a partir da iniciativa conjunta de um grupo de Professores da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP) e da Universidade de São Paulo (USP). O IBCI prega valores de livre iniciativa, livre concorrência, inovação, *level playing field* para a construção de uma sociedade mais justa, com mais bem-estar e menos desigualdade por meio de mercados abertos e competitivos.

Fazendo jus aos seus pilares de existência, o IBCI é composto por um quadro multidisciplinar e 100% paritário de diretores e diretoras, isto é, 50% mulheres e 50% homens, todos com reconhecido destaque em suas respectivas áreas de pesquisa, docência e atuação profissional.

The IBCI

The Brazilian Institute of Competition and Innovation - IBCI - is an open, non-profit think tank created in 2012 based on the joint initiative of a group of Professors from the Pontifical Catholic University of São Paulo (PUC-SP) and from University of São Paulo (USP). IBCI preaches values of free initiative, free competition, innovation, and level playing field to build a more just society, with more welfare and less inequality through open and competitive markets.

Living up to its pillars of existence, the IBCI is composed of a multidisciplinary and 100% equal number of directors, that is, 50% women and 50% men, all with recognized prominence in their respective areas of research and academy.

Composição do IBCI – 2021



Alexandre Naoki Nishioka

Alúcio de Freitas Mieli

Ana Cristina Gomes

André Santa Cruz

Eduardo Molan Gaban

Fabiola Zibetti

Frédéric Marty

Giacomo Pailii

Juliana Oliveira Domingues

Laura Zoboli

Luciana Yeung

Magali Eben

Mariana Maduro

Thibault Schrepel

Vinícius Klein



Conselho Editorial

Alexandre Naoki Nishioka

André Santa Cruz

Eduardo Molan Gaban

Fabiola Zibetti

Frédéric Marty

Giacomo Pailii

Juliana Oliveira Domingues

Laura Zoboli

Luciana Yeung

Magali Eben

Thibault Schrepel

Vinícius Klein



Coordenadores

Eduardo Molan Gaban – PhD. in Law from the Pontifical Catholic University of São Paulo, Brazil (PUC-SP). Former Visiting Fulbright Scholar at New York University School of Law (2010-2011). Non-Governmental Advisor – NGO- at ICN, active in the Cartel Working Group. Professor of Economic Law at the University of São Paulo and Pontifical Catholic University of Paraná (both in the post-graduation programs). Director at the Brazilian Institute for Competition and Innovation – IBCI (www.ibcibr.com.br). Contact: gaban@ibcibr.com.br

Vinícius Klein – PhD. in Law from the Rio de Janeiro State University, PhD in Economic Development from Paraná Federal University, Visiting Scholar at Columbia University in 2012, Professor of Law and Economics at Paraná Federal University. Director at the Brazilian Institute for Competition and Innovation – IBCI (www.ibcibr.com.br). Contact: klein@ibcibr.com.br

Organizadores

Ana Cristina Gomes – Doutoranda em Direito pela Universidad de Salamanca. Mestre e graduada em Direito pela UNESP. Coordenadora Chefe do Departamento de Monografias do IBCCrim. Membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação – IBCI (www.ibcibr.com.br). Professora colaboradora da Faculdade de Direito de Franca-SP. Advogada associada no Escritório Nishioka e Gaban Advogados. gomes@ibcibr.com.br

Aluísio de Freitas Miele – Mestre em Direito Econômico pela FDRP/USP. Graduado em Direito pela UNESP. Membro do Grupo de Estudo de Concorrência e Inovação da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP/USP). Membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação -IBCI (www.ibcibr.com.br). Sócio do escritório Miele, Saran e Manini Sociedade de Advogados. Professor em cursos de graduação e pós-graduação. mieli@ibcibr.com.br

Juliana Oliveira Domingues - Professora Doutora de Direito Econômico da FDRP/USP com pesquisa de Pós-doutorado realizada como Visiting-Scholar na Universidade de Georgetown (EUA) pelo programa de International Scholar in Residence (2018). Secretária Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Líder do grupo de pesquisa de Direito, Inovação e Fashion Law da FDRP/USP. Diretora Regional da Academic Society for Competition Law (ASCOLA). Presidente do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor e do Conselho Nacional de Combate à Pirataria. E-mail: juliana.domingues@usp.br.

Autores

Alaís Aparecida Bonelli da Silva – Professora. Advogada. Especialista em Direito Corporativo e *Compliance* (EPD) e em Direito Digital e Proteção de Dados (EBRADI). Mestranda do programa Ética e Desenvolvimento da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP).

Ana Cristina Gomes – Doutoranda em Direito pela Universidad de Salamanca. Mestre e graduada em Direito pela UNESP. Coordenadora Chefe do Departamento de Monografias do IBCCrim (2021/2022). Membro da Diretoria do Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação – IBCI. Professora colaboradora da Faculdade de Direito de Franca-SP. Advogada associada no Escritório Nishioka e Gaban Advogados.

Ana Elisa Bertolin da Silva – Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Membro fundadora da Equipe de Direito e Processo Penal da UEL. Advogada associada ao Escritório Nishioka e Gaban Advogados.

Ana Paula Guimarães de Paula - Graduada em Direito (2020) pela Universidade Federal de Goiás. Coordenadora de Gabinete da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. E-mail: anaguimaraesdepaula@gmail.com.

André Luís Alvarenga Portella - Graduado em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e advogado em Brasília.

Aron Vitor Fraiz Costa - Mestrando (bolsista CAPES) em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Pós-graduando em Direito Empresarial Aplicado e Análise Econômica do Direito pela Faculdade das Indústrias. Pesquisador de Iniciação Científica 2019-2020. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-3668-4427>. E-mail: aronvitor@gmail.com.

Christophe Carugati - Doctor in Law and Economics on Big Data and Competition Law, Paris Center for Law and Economics (CRED), Paris II Panthéon-Assas University. For correspondence: Christophe.Carugati@u-paris2.fr

Diogo Kastrup Richter - LLM candidate in Economic Law and Development at Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR/Brazil). Postgraduate diploma in Tax Law by the Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET/Brazil) and graduated in Law from PUCPR, with exchange program at Universidad de Zaragoza (UNIZAR/Spain). Lawyer. E-mail: diogo.richter@pucpr.edu.br.

Eduardo Oliveira Agostinho - Full Professor of Corporate Law at the Law School of Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR/Brazil) and Associate Professor of the Post-Graduation Program of Law of PUCPR. Ph.D. in Economic Law from PUCPR. Attorney at law. E-mail: eduardo.agostinho@pucpr.br.

Fernanda Lopes Martins - Mestre em Direito e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP (2019/2021). Advogada. Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto - USP.

Frédéric Marty - CNRS – GREDEG – Université Côte d’Azur.

Gabriel de Aguiar Tajra - Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (FDRP-USP). Membro fundador do Núcleo de Estudos de Antitruste e Regulatório da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto (NEAR-FDRP/USP).

Giovana Vieira Porto - Mestranda na linha de pesquisa Transformações na Ordem Social e Econômica e Regulação do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília ("UnB"). Bacharelado em Direito pela UnB. Vencedora do Prêmio IBRAC-TIM 2017, na categoria Graduação.

Isabela Maria Rosal Santos - Advogada e mestranda em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília. Coordenadora de projetos do Centro de Direito, Internet e Sociedade (CEDIS-IDP). Professora de Direito Digital.

Jeanne Mouton - PhD Student, CNRS- GREDEG - University of Côte d’Azur, France.

José Matheus Muniz – Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo e advogado societário no Andrade Chamas Advogados.

Julia Gonçalves Braga - Bacharela e mestranda em Direito pela Universidade de Brasília. Advogada em VMCA Advogados.

Larissa Milkiewicz - Doutoranda (bolsista CAPES) em Direito Econômico e Desenvolvimento pela PUCPR. Mestre (bolsista CAPES) em Direito pela PUCPR. Advogada atuante em Direito Ambiental e Agronegócio. Curitiba/PR. Orcid: <http://orcid.org/0000-0003-4755-0424>. E-mail: larissa_milkiewicz@hotmail.com.

Lenisa Rodrigues Prado - Conselheira no CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Doutoranda em Direito na UFMG.

Luísa Campos Faria - Graduada em Direito (2019) e Mestranda em Propriedade Intelectual e Transferência de Tecnologia para Inovação pela Universidade de Brasília. Analista de Políticas e Indústria II na Confederação Nacional da Indústria – CNI e Gerente na Women in Antitrust – WIA. E-mail: luisacamposf@gmail.com . ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4480-1363>.

Luiz Guilherme Branco - Assessor da Conselheira Lenisa Prado no CADE e graduado em Direito pela USP.

Mariana Nascimento Silveira – Graduada e mestranda em Direito pela Universidade de São Paulo (Faculdade de Direito de Ribeirão Preto). Fez pós-graduação em Direito Tributário no Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogada empresarial no Andrade Chamas Advogados.

Mariana Urban - LL.M Candidate at Northwestern Pritzker School of Law; Bachelor of Laws at University of São Paulo (FDRP/USP); Alumni of the European, International and Comparative Law program at Universität Passau; Alumni of the International Business Law summer school at Bucerius Law School.

Matheus Dalta Pimentel - Discente do 5º ano do curso de Direito do Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. Bolsista de Iniciação Científica pelo Programa de Iniciação Científica - PICT e membro do grupo de estudos avançados de Direito Econômico e Empresarial, mantidos pela mesma IES. E-mail: matheus_dalta@hotmail.com.

Mônica Tiemy Fujimoto - Professora de Direito Empresarial do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Doutoranda e Mestre em Direito Empresarial e Econômico pela Universidade de Brasília (UnB) e graduada em direito pela Universidade de São Paulo (USP). É Coordenadora de Relações Institucionais do Centro de Direito, Internet e Sociedade (CEDIS), Diretora de Eventos e Comunicação do Women in Antitrust (WIA) e foi Coordenadora de Análise Antitruste no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). É Sócia do escritório MHBA Advogados e Consultora da Laura Schertel Mendes.

Pietra Daneluzzi Quinelato - Mestre e Bacharel em Direito na Universidade de São Paulo (USP), Especialista em Direito Digital e Proteção de Dados pela EBRADI e ESA/SP, LLM em Direito e Prática Empresarial no CEU Law School, membro das comissões de Direito Digital, Direito da Moda e Privacidade e Proteção de Dados da OAB/SP. Professora nas Faculdades Integradas Campos Salles. Pesquisadora do Grupo de Estudos em Direito Civil na Sociedade em Rede, do Grupo de Concorrência e Inovação, ambos da USP, e da Comunidade Internacional de Estudos em Direito Digital da Universidade Federal de

Uberlândia. Colunista do portal Magis. Atua como coordenadora da área de Direito Digital do Mansur Murad Advogados. E-mail: pietraquinelato@gmail.com.

Rubens Cantanhede Mota Neto - Graduado em Direito pela Universidade de Brasília, membro do Grupo de Estudos Constituição, Empresa e Mercado coordenado pela professora Ana Frazão.

Sergio L. B. F. Reis - Assessor da Conselheira Lenisa Prado no CADE. Especialista em Regulação. Mestre em Direito pela Universidade Cândido Mendes, graduado em direito e pós-graduado em propriedade industrial pela UERJ.

SUMÁRIO

Apresentação	14
A new language for A.I. and the legal discourse (Eduardo Molan Gaban Vinícius Klein).....	16
Private enforcement of privacy breaches from Big Tech Companies under the GDPR, Competition law provisions and the Unfair Commercial Practices Directive: substitutable or complementary legal grounds? (Jeanne Mouton)..	44
As plataformas digitais e os novos contornos do problema dos conglomerados: Novos critérios para a análise de atos de concentração e a necessária mudança de paradigma do direito concorrencial (André Luís Alvarenga Portella)	72
Competition and Regulatory Challenges in Digital Markets: How to tackle the issue of self-preferencing? (Frédéric Marty)	109
Aspectos concorrenciais dos preços personalizados em plataformas digitais – Uma análise comparativa (Pietra Daneluzzi Quinelato).....	149
Compliance concorrencial no mercado digital (Ana Cristina Gomes Ana Elisa Bertolin da Silva Gabriel de Aguiar Tajra).....	168
Compartilhamento de dados pessoais intragrupo econômico: a (in)suficiência do consentimento como base legal e desafios para o Direito Antitruste (Mônica Tiemy Fujimoto).....	187
Instituições regulatórias e desenvolvimento no ambiente digital (Gabriel de Aguiar Tajra)	212
Streaming, consumidor e concorrência (Sergio L. B. F. Reis Lenisa Rodrigues Prado Luiz Guilherme Branco).....	235
Rastreabilidade da produção agrícola através da tecnologia: Impactos ambientais e econômicos (Larissa Milkiewicz Aron Vitor Fraiz Costa)	264

Machine learning: Regulatory control of stock manipulation in social media (Mariana Urban)	289
Impactos concorreciais do Pix no sistema financeiro (Ana Paula Guimarães de Paula Luísa Campos Faria)	312
Open Banking in the light of law & economics: Reduction of informational asymmetries to foster competition (Eduardo Oliveira Agostinho Diogo Kastrup Richter)	331
A análise concorrecial e a COVID-19: Os efeitos da pandemia na atuação do CADE (Giovana Vieira Porto Julia Gonçalves Braga)	357
O direito concorrecial em tempos de crise: Crisis failing e firm defense (Matheus Dalta Pimentel)	386
A crise do Consumer Welfare Standard (Rubens Cantanhede Mota Neto)	409
Trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho no direito antitruste brasileiro (Fernanda Lopes Martins)	441
Direito Antitruste e Big Data: a conexão da proteção e dados com o direito da concorrência (Aláís Aparecida Bonelli da Silva José Matheus Muniz Mariana Nascimento Silveira)	471
O direito à portabilidade de dados: Obrigações e limites impostos a concorrentes (Isabela Maria Rosal Santos Luísa Campos Faria)	501
Aspectos concorreciais na implementação do 5G no Brasil (Isabela Maria Rosal Santos Luísa Campos Faria)	517
Regulation in the digital economy. Is ex-ante regulation of “gatekeepers” an efficient and fair solution? (Christophe Carugati)	535

Apresentação

A presente obra é resultado do 3º Congresso Internacional do Instituto Brasileiro de Concorrência e Inovação – IBCI e traz os melhores artigos selecionados na chamada de artigos do evento, bem como trabalhos dos palestrantes do evento relacionados aos seus painéis e pesquisas apresentadas.

O leitor contará reflexões de grandes professores brasileiros e estrangeiros, bem como de promissores pesquisadores de várias origens e linhas de pesquisas. Este livro, em linha com o 3º Congresso Internacional do IBCI, atribuiu foco aos principais desafios postos às autoridades públicas de todo o mundo pelo fenômeno disruptivo dos mercados e ecossistemas digitais.

A heterogeneidade geográfica e de olhares para o avanço dos mercados digitais mesmo que do ponto de vista concorrencial demonstra como aspectos interdisciplinares e interinstitucionais são relevantes para a compreensão e abordagem do tema.

Os mercados digitais trouxeram o debate concorrencial de volta ao espaço público e os desafios inerentes a essa realidade são complexos e podem resultar em mudanças estruturais não apenas em marcos legislativos, guias e diretrizes de defesa da concorrência, mas também na forma pela qual o processo concorrencial acontece na sociedade atual.

O enfrentamento desse contexto de falta de encaixe entre os fundamentos tradicionais da defesa da concorrência e a nova realidade representa uma oportunidade de aperfeiçoamento da atuação estatal não apenas para os mercados digitais, mas de forma ampla. Por outro lado, uma resposta excessiva do antitruste ou da intervenção estatal regulatória como resultado de um estranhamento com os novos processos de mercado e modelos de negócio pode implicar risco à inovação não apenas no momento presente, mas também eliminar ciclos futuros de oportunidades e avanços.

A relevância dessas questões tem feito com que diversas entidades tenham se debruçado sobre o assunto e o IBCI apresenta esta obra como contribuição para este grande debate de forma interdisciplinar e plural e partir de uma abordagem acadêmica de excelência, valores estes que também guiam o IBCI.

Eduardo M. Gaban / Vinícius Klein

Preface

This book is the result of the 3rd IBCI International Conference on Competition and Innovation and brings the best articles selected in the event's call for articles, as well as papers by the event's speakers related to their panels and research projects tackled in the Conference.

The reader will access reflections from great Brazilian and foreign Professors, Scholars, as well as promising researchers from various origins and lines of research. This book, in line with the 3rd IBCI International Conference, focused on the main challenges posed to public authorities around the world by the disruptive phenomenon of digital markets and digital ecosystems.

The geographic heterogeneity and views of the advancement of digital markets, even from a competitive point of view, demonstrates how interdisciplinary and interinstitutional aspects are crucial to the understanding and approach of the matter.

Digital markets have brought the competitive debate back to the public arena and the challenges inherent in this reality are complex and can result in structural changes not only in legislative frameworks, guides, and guidelines for the defense of competition, but also in the way in which the competitive process happens today.

Confronting this context of lack of fit between the foundations of competition policy and the new reality represents an opportunity to improve the state's performance not only for digital markets, but in a broader way. On the other hand, an excessive antitrust response or regulatory state intervention in response to an estrangement from the new market processes and business models can imply a risk to innovation not only in the present moment, but also eliminate future cycles of opportunities and advances.

The relevance of these issues has meant that several entities have addressed the subject and IBCI presents this work as a contribution to this great debate in an interdisciplinary and plural way, based on an academic approach of excellence, values that also guide IBCI.

Eduardo M. Gaban / Vinicius Klein

A new language for A.I. and the legal discourse¹

Eduardo Molan Gaban

Vinícius Klein

Abstract: The digital economy presents several challenges to antitrust law enforcement. The traditional legal approach to define liability, as well as the traditional enforcement toolkit are no longer effective. This context is present in the case of algorithmic collusion. The central role of the concept of agreement and the focus on the results can still be effective to detect collusions outside digital markets, as digitalization is increasingly present in markets. On the other hand, artificial intelligence (A.I.) and blockchains make virtually impossible the identification of the authorship of crimes or offenses and pose difficulties for the traditional normative matrix. This paper aims to address this issue of algorithmic collusion in an innovative way and the use of A.I in favor of antitrust enforcement. The proposed solution to recover law effectiveness would comprehend a combination of antitrust and compliance by design in programming, producing a mutation in the DNA Competition Policy, expanding, and modernizing the antitrust law enforcement toolkit and assuring its effectiveness in the digital markets.

Keywords: Digital economy. Artificial intelligence. Competition policy. Compliance by design. Liability. Effects. Authorship. Presumptions.

Introduction

After decades of quietude, antitrust has become “sexy again”². The debates are more explicit and profound, and they are not restricted to the close community of experts but include the public opinion forum. The emerge of digital markets is the main ingredient of this second revival of the antitrust movement³ and now the debate is not only restricted to different perspectives of Law and Economics but also technology issues

¹ This paper was selected by the Academic Society for Competition Law (ASCOLA) as one of the best papers in 2021 related to antitrust and digital economy, and it was presented by the authors in the Panel I – Algorithms and Antitrust, in the 16th annual event of Ascola.

² SHAPIRO, Carl. Antitrust in a time of populism. *International Journal of Industrial Organization*, 61 (C), 2018, p. 714.

³ According to HOFSTADER the Antitrust Movement in USA reached his highest point in 1914 with the Clayton Act and the creation of the Federal Trade Commission, but after this progressive era and until 1937 there as a phase of neglect, followed by a first revival in 1938 with the New Deal, but this time with no strong public sentiment against big business as in the progressive era. In the 1960s the antitrust movement had faded away again. (HOFSTADTER, Richard. *What Happened to the Antitrust Movement?* In: HOFSTADTER, Richard. *The Paranoid Style in American Politics and other essays*. New York: Vintage Books, 2008, p. 193-204).

and debates. Due to an intense transformation in the business environment and in the competition process itself this rich environment of new challenges has been accompanied by new perspectives and theories, such as the New Brandeis Movement or Hipster Antitrust⁴. The most salient challenge produced by this new business environment is the process of competition⁵. In this specific topic, a possible adjustment of the antitrust standard of analysis and the toolkit used in the enforcement will be necessary to tackle the new reality of digital markets. Several reports about the challenges of the digital market economy have been issued by antitrust authorities and international actors.

The presence of algorithms⁶ in our daily lives has several repercussions for antitrust analysis, but it is the use of machine learning that has made the question of collusion more problematic as will be explored in this paper. The discussion of the topic will make use of the framework presented in STUCKE & ERZACHI⁷, with four possible scenarios of algorithmic pricing in collusion: messenger, hub and spoke, predictable agent and autonomous machine.

In the first two scenarios the algorithm may be just a method by which collusive behavior is implemented. In the messenger scenario there is an agreement made by humans and the algorithm is just the messenger, executing orders such as monitor prices or punish deviants⁸. In the “hub and spoke” collusion algorithms are a central hub to coordinate

⁴ These movement, despite its heterogeneity, has at its core the dissatisfaction with the consumer welfare standard developed by the Chicago School. A starting point is: Khan, Lina. Amazon Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*, 126 (3), pp. 710-805, 2016.

⁵ According to the UK CMA Working Paper on Pricing Algorithms, “An algorithm is any well-defined computational procedure that takes some value, or set of values, as input and produces some value, or set of values as output.”

⁶ An algorithm can be defined as: “a computer algorithm is a set of steps to accomplish a task that is described precisely enough that a computer can run it.” Cormen, Thomas H. *Algorithms Unlocked*. Cambridge: MIT Press, 2013, p. 2.

⁷ ERZACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition*. In: *University of Illinois Law Review*, 2017, pp. 1775-1810.

⁸ “UNDER OUR FIRST collusion scenario, Messenger, humans are the masters who agree to collude and map out the cartel. The computer algorithms are the messenger, which the cartel members program to help effectuate the cartel and monitor and punish any deviation from the cartel agreement. (Ezrachi, Ariel and Stucke, Maurice E. *Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p.39)

competitors' pricing or activities⁹, there is no human order to execute, but the use of an algorithm or the same algorithm by competitors that align prices.

Therefore, despite some legal challenges presented by those types of collusion, they are not the subject of analysis of the present study since they do not represent a challenge to the antitrust toolkit.

The focus of this paper is to discuss the other two scenarios: “predictable agent” and “autonomous machine” or “digital eye”. In those two cases the algorithms are unilaterally designed, in the end resulting in a tacit collusion with no need of prior agreements among competitors. The “autonomous machine” is an even more grey zone, and it reflects the situation in which the algorithm is designed exclusively to maximize profit. Moreover, the algorithm is complex enough to learn by itself and engage in an anticompetitive conduct – tacit collusion – with no influence of humans.

In the “predictable agent” case, the algorithm is programmed to monitor prices and increase profit, so when the price increase is sustainable, the competitor follows and produces autonomous tacit collusion¹⁰. The difference from the “autonomous machine” or “digital eye” scenario is the presence of the stability of the collusion since no deviation is possible without being caught by other competitors' algorithms and the absence of any specific order to respond in a specific way to an increase in prices, everything is the result of machine learning and experimentation¹¹.

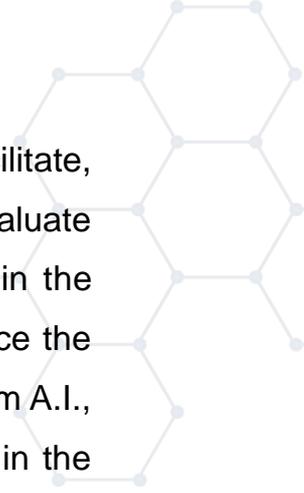
In view of the enforcement challenge in those scenarios, this paper proposes the adoption of a mandatory compliance by design in programming such algorithms as an option to solve the matter.

To achieve this task, in the first section of this article will be presented the typology of collusions on the digital markets, as well as the concepts

⁹ Ezrachi, Ariel and Stucke, Maurice E. *Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 46.

¹⁰ Ezrachi, Ariel and Stucke, Maurice E. *Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 61.

¹¹ Ezrachi, Ariel and Stucke, Maurice E. *Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 74.



and functionalities of algorithms as means or reasons to facilitate, implement or result in a collusive behavior. The next section will evaluate the efficacy of the traditional legal framework to combat collusion in the environment of the digital economy. The main problems, for instance the obstacles on evidencing authorship for collusive behavior derived from A.I., will be discussed. The third section will explore possible solutions in the normative level to address the problem of producing adequate antitrust enforcement of algorithmic collusion. Specifically, this section shall tackle the idea of compliance by design, its potential to adjust the economic incentives for deterrence, *vis-à-vis* the legal hurdles for its concretion in some jurisdictions. Following the third section, the concluding remarks will bring up an organized presentation of the concepts, main reflections, and insights from this innovative and rich discussion.

Section I – Collusive behavior and algorithms

The framework adopted for discussion is the theoretical definition proposed by STUCKE & ERZACHI¹² and already presented in the introduction.

The “messenger” and the “hub and spoke” cartel are well known by competition authorities and have the same effect than a *hard-core* cartel in any other market and several jurisdictions have already investigated and condemned conducts of this model. Among the examples of “messenger”, it is worth mentioning the case of selling posters by Amazon by David Topkins¹³ which was investigated by the US Department of Justice and a

¹² Although there are other classifications proposed by the specialized literature, the fact is that the framework proposed by Stucke and Erzachi was very well received by the academic environment, both enabling a standard of background analysis with a complete forecast of the cartel hypotheses, considering technologies role as the focus point of analysis. Note that the Secretariat of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) adopted a similar classification, with different names: monitoring algorithms, parallel algorithms, signaling algorithms, and self-learning algorithms. OECD (2017) *Algorithms and Collusion – Background Note by the Secretariat*. DAF/Comp(2017)4, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf).

¹³ See: *United States v. Topkins*, No. 15-cr-00201, U.S. District Court, Northern District of California 2015.

driving school cartel condemned by the Brazilian Competition Authority¹⁴. In both cases, the algorithms were created with the specific purpose of operating an anticompetitive agreement.

The “hub and spoke” cartel enforcement challenges are facilitated by the existence of one common partner (hub) in one level of the supply chain that has vertical agreements with several different competitors on the other level that make use of the same algorithm¹⁵.

Uber cases are a great example of this scenario and clearly illustrate how digital platforms link, with a vertical agreement, players in a horizontal position. In Brazil, for example, Uber was investigated by “hub and spoke” collusion for setting dynamic fares in which drivers were supposedly able to raise prices¹⁶. Even though Uber has not been condemned, CADE had the opportunity to outline relevant considerations about collusion in multisided platforms, in which artificial intelligence play significant role in fixing prices. However, despite “hub and spoke” cases may raise sensitive questions of liability, it can usually be solved by applying traditional legal institutes, such as proof of intent or the rule-of-reason. This is not true for cases involving “predictable agent” or “autonomous machine”.

The enforcement challenge for “predicable agent” and “digital eye” is that the conduct is performed by a “computer” and only companies and individuals are subject to competition law. Differently, in the “messenger” and “hub and spoke” scenarios, algorithms are only a method to achieve the objective – execution of the collusive agreement. Indeed, the proof of intent is hardly found by antitrust authority, even more because in

¹⁴ See: Case 08012.011791/2010-56, *Ministério Público x Criar Prestadora de Serviços Internet Ltda. ME e outros*, Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, 2016.

¹⁵ Brazilian antitrust authority, Administrative Counsel for Economic Defense (CADE), had the opportunity to conceptualize hub and spoke cartels in the Technical Note nº 86/2015/CGAA6/SGA2/SG/Cade, In which CADE defined it as follow: “The concept of ‘hub and spoke collusion’ (...) is characterized as a cartel (or an anticompetitive illicit by the object itself), whereby a common business partner functions as a focal point (‘hub’) for the sharing of commercially sensitive information between competing companies located at another stage of the production chain (‘spokes’). In general, the hub is composed of one or more companies that supply or distribute a particular good/service - that is, companies located in the upstream market - while the spokes are made up of retail companies that market the product at a later stage in the production chain, or to the end consumer”.

¹⁶ In the case 08700.008318/2016-29, beyond analyzing dumping practices, CADE had to evaluate whether the practice of supposedly simultaneous and coordinated driver’s shutdown the uber application to raise dynamic fares, harming consumer rights.

“predictable agent” or “autonomous machine” hypothesis communication may not even exist, that is the reason why it is called tacit collusion.

Notwithstanding, characteristics and dynamics of digital markets play an important role in providing incentives and disincentives for cartelization. In this sense, tacit collusions are more likely to occur in concentrated markets with lower product’s substitutability and regular transactions, where buyers are not able to exert buyer power and the algorithm possesses stabilized deterrent mechanisms to rapidly avoid deviations¹⁷. Digital markets are likely to have all these characteristics.

Other important characteristics identified by economist that may incentive tacit collusion are: homogeneous products, high barriers to entry, market transparency, stable demand and small and frequent purchases by consumers¹⁸. This type of analysis allows us to find out which markets are more susceptible to the problems of tacit cartels, but they certainly do not yet formulate any appropriate response for the antitrust authorities.

In any case, to achieve or stablish a tacit collusion, specially by artificial intelligence, there are some recently identified behavioral conditions that must be fulfilled, which can be an invitation to tacit collusion¹⁹. First, it must be possible to competitors decode other’s pricing algorithms. After decoding competitors’ algorithms, it should also be possible for players to analyze their own algorithms and program them to respond. As a third point, firms could not be able to respond and change algorithms so fast.

Under these conditions, tacit collusion may be facilitated, combined with the characteristics of the digital market that intensify cartelization problems. Given the innovative character of these technologies, but also their complexity, the tacit collusion themes gain greater relevance in competition law, even more considering the trend of expansion of intelligent

¹⁷ OECD. Note by Ezrachi A and Stucke M. *Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures*, 2017, DAF/COMP/WD(2017)25, p. 3-4. Available at: <https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2925&docLanguage=En>. Accessed on 02 February 2020.

¹⁸ DENG, AI. *What do we know about algorithmic tacit collusion?* *Antitrust*, Vol. 33, No. 1, 2018, p 92.

¹⁹ SALCEDO, Bruno. *Pricing Algorithms and Tacit Collusion*. Cornell U., Working Paper, 2016.

technologies in the market and, consequently, for the spheres of final consumers.

The four categories proposed by STUCKE & ERZACHI serve as an important background for outlining the discussion of whether antitrust policy can handle the increasing speed of possible anticompetitive outcomes concomitantly to the enlargement of eventual negative effects. Once legally relevant conducts produced by market players are becoming completely exercised by artificial intelligence – and not necessarily by the top executives or deliberative bodies of the companies –, the discussion of regulating competition through intelligent technologies becomes a central point. This is the reason why antitrust policy might need to rethink its essential elements, to detect, judge and enforce competition law.

Section II – Efficacy of Traditional Antitrust Framework

The legal and economic definition of collusion is one of the most traditional debates of antitrust and the legal standard of proof and remedies are well established in the literature²⁰. One of the topics in this subject is the difference between conscious parallelism and collusion. The relevance of that topic is due to the legality of conscious parallelism and only to the fact that collusion may be against antitrust rules. The standard solution in the literature is the proof of the intent of colluding, which is absent in conscious parallelism. However, the emergence of the digital markets and the issue of algorithmic collusion are responsible for new challenges.

²⁰ *The economic foundations of collusion can be traced to STIGLER article: STIGLER, George J. A Theory of Oligopoly. Journal of Political Economy, 72 (1), p. 44-61, 1964. For a more recent discussion in the light of algorithmic pricing: Mehra, S. K. Antitrust and the robo-seller: Competition in the time of algorithms. Minnesota Law Review, 100 (4), p. 1323–75, 2016.*

a) Hurdle of Evidencing Authorship in Algorithmic Collusion

The question of the existence of an intent to collude is more problematic for cartel crimes in the digital market because machine learning tools can make algorithms predetermine decisions and produce autonomous responses to the parameters of decision. In this scenario, it is exceedingly difficult to use the concept of intent to collude. This becomes evident in the hypothesis of tacit collusion, in which higher prices are achieved without any explicit agreement of players to meddle prices²¹. The first question that must be addressed is whether it is possible to antitrust authorities identify tacit collusion, especially with dynamic price systems included.

For a complete analysis of liability and authorship in algorithmic collusion, all constitutive phases of the cartel must be considered, as well as algorithms and artificial intelligence characteristics and digital market dynamics must be addressed. In the “messenger” or “hub and spoke” hypothesis, the initial phase might usually include collaboration and communication between participants, the reason why it will be probably easier to identify authorship and their respective liability. However, the same is not truth for the “predictable agent” and “autonomous machine” scenarios. Collusion can be achieved even without any human participation or intent of such purpose.

In the meantime, digital markets are identified by extreme returns to scale, network externalities and economies of scope, which respectively leads to lower production prices with high incentives and convenience to costumers’ conglomerate in one platform, increasing incumbents’

²¹ Tacit Collusion “refers to forms of anti-competitive co-ordination which can be achieved without any need for an explicit agreement, but which competitors are able to maintain by recognizing their mutual interdependence. In a tacitly collusive context, the non-competitive outcome is achieved by each participant deciding its own profit-maximizing strategy independently of its competitors. This typically occurs in transparent markets with few market players, where firms can benefit from their collective market power without entering in any explicit communication”. OECD. *Algorithms and Collusion: Competition policy for the digital age*, 2017, p. 19. Available in: <https://www.oecd.org/competition/algorithms-and-collusion.htm#:~:text=In%20June%202017%20the%20OECD,the%20challenges%20raised%20by%20algorithms.&text=Read%20the%20OECD%20Background%20paper.>

advantages and power²². Therefore, the number of firms are reduced, but barriers to entry are intensified, reducing competition. Another relevant characteristic is transparency and the frequency of interaction. The first makes easy the access to relevant information, facilitating adjusts of price by firms, their analyses of eventual deviations and respectively their capacity to punish them²³. At the same time, frequency of interaction makes collusion – both explicit or tacit – more sustainable and stabilized, contrasting with classic economic analysis that points out communication as an essential element.

Because of such market characteristics, digital markets present high incentives for autonomous algorithms achieve higher prices and stabilize them, if they were programmed to profit maximization. However, such conducts will not necessarily trigger antitrust authorities, since unilateral decisions of players that are rational-economic based may not necessarily claim for antitrust intervention²⁴, only if they are facilitated by distinct anticompetitive practices (such as barriers to entry, exchange of information between firms or manipulation of data). Those additional acts may not include rationality or communications between firms, complicating antitrust authorities' function.

That is the reason why, for antitrust authorities, essential characteristics of artificial intelligence and simple algorithms may differentiate as evidence of legal or illegal behavior. In simple algorithms, humans can program adaptative algorithms to reach a specific purpose by

²² EUROPEAN COMMISSION. *Competition Policy for the Digital Era*, 2019, p. 7.

²³ *Conclusions of the article by David Byrne and Nicolas de Roos caught the attention of the scientific community about how systematic use of prices may allow tacit collusion easier than with any human communication. See: David P. Byrne & Nicolas de Roos, Learning to Coordinate: A Study in Retail Gasoline, 109 AM. ECON. REV. 592 (2017).*

²⁴ If firms acted independently and unilaterally, without any proof of communication within them, there is a possible understanding of the legality of those acts: “[O]ne could argue that through repeated interactions, two firms’ pricing algorithms could come to ‘decode’ each other, thus allowing each one to better anticipate the other’s reactions. However, the case-law is clear that Article 101 ‘does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing and anticipated conduct of their competitors’ . . . Short of signalling . . . it is therefore not obvious that more sophisticated tools through which a firm merely observes another firm’s price and draws its own conclusion would qualify as ‘communication’ for Article 101 purposes”. European Union, *Algorithms and Collusion*, OECD Doc. DAF/COMP/WD(2017)12, at 7 (June 14, 2017), [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)12/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)12/en/pdf) [https://perma.cc/9CCF-S72G];

acting as a unilateral rational agent, with punishment and deviation capacity included in its own codes. This leads to the conclusion that algorithms can facilitate tacit collusion and there are incentives for firms to use them in the market²⁵, because algorithms reduce costs, time, and amplify monitoring and punishment capacities – that is why it may serve as an indicative of illegal acts in hypothesis of messenger or hub and spoke collusions.

When analyzing predictable agents or autonomous machine, structured by self-learning artificial intelligence, researches are in an initial phase, remaining many uncertainties, but specialized literatures suggest both that algorithms are not able to autonomously achieve stabilized tacit collusion²⁶ or that they are able to reach tacit collusion without communication and with less costs involved²⁷. Nonetheless, even in relation to the last hypothesis, there is a need for firms to testify algorithms' functionalities, in which they are likely to find evidence of anti-competitive performance.

Another major difficulty related to the cartelization arising from these new technologies is that tacit collusion may assume different forms but may not be expressed only as price fixing. For example, the allocation of secondary markets in the digital environment can be a pertinent problem, considering the monopolization characteristic of the digital market combined with the aggregation of different markets in the same ecosystem.

The fact is that technological developments and digital market functionalities expose a future in which less and less human participation may be involved. With the contemporary antitrust scientific framework, we are neither able to correctly identify illegal conducts in the digital

²⁵ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Sustainable and unchallenged algorithmic tacit collusion*. In: *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, vol. 17, issue 2, article 2, 2020, pp. 242-243.

²⁶ See: Ulrich Schwalbe, *Algorithms, Machine Learning, and Collusion*, 14 *J. COMPETITION L. ECON.* 568, 600 (2019); Thibault Schrepel, *Here's Why Algorithms Are NOT (Really) A Thing*, *CONCURRENTIALISTE* (May 15, 2017), <https://leconcurrentialiste.com/2017/05/15/algorithms-basedpractices-antitrust/> [<https://perma.cc/P4CX-XVK8>]

²⁷ See: Timo Klein, *Autonomous Algorithmic Collusion: Q-Learning Under Sequential Pricing*, (Tinbergen Institute, Discussion Paper TI 2018-056/VII), <https://papers.tinbergen.nl/18056.pdf> [<https://perma.cc/CB9K-KDPG>]

environment, nor capable to enforce remedies needed or adjust anticompetitive practices.

b) Efficacy of Traditional Enforcement Toolkit

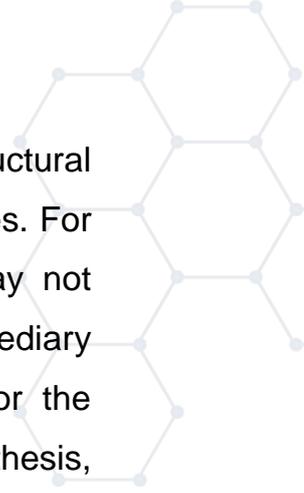
Another serious structural problem faced by antitrust authorities around the world is the efficacy of their enforcement toolkit. The toughness of enforcing algorithm collusion is intensified because of the tasks of detection, liability and evidencing authorship by the antitrust authorities when identifying crimes, considering the need of differentiation between artificial and natural results from digital markets. Moreover, collusion in the digital markets raises questions not only about authorship, but also about prevention mechanisms and remedies.

Algorithms involve high levels of technical expertise and complex market dynamics, requiring a complete analysis of the anticompetitive environment and its adjacent relationships. For this reason, policymakers have been suggesting a shift in the antitrust analysis of algorithm collusions from the cartel itself to other anticompetitive conducts that may be related, such as market manipulation, unfair practices, or abuse of excessive transparency to foster information exchange between systems²⁸. Furthermore, it may be useful for regulatory agencies to investigate specific market sectors dynamics and stablish eventual behavioral or even structural measures and remedies, benefiting from a more flexible intervention and, possibly, more assertive result²⁹.

Defining the most appropriate intervention measure will certainly be a complex task, since, besides analyzing the structure of the illicit behavior, it will be necessary to measure its harmful effects to stablish a correct

²⁸ *Supra* note 11, 21.

²⁹ A great example of this subject is United Kingdom path. For more information: Competition Commission, *Guidelines for Market Investigations: Their Role, Procedures, Assessment and Remedies, CC3 (Revised) (April 2013)*, available at https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf



penalty³⁰ or, on the other hand, to analyze the effects of structural interventions on the market to adapt market dynamics and outcomes. For such purposes, "messenger" or "hub and spoke" hypothesis may not generate extremely complex damages, since technology is an intermediary to an already common end. The same, however, is not true for the hypotheses of "predictable agent" or autonomous machine hypothesis, because of the potential effects of technology itself.

Two are the main characteristics of the damage generated by the pricing algorithms collusion: enlargement of its scope through market connectivity, reducing competitiveness in adjacent markets linked to the main ecosystem and the necessary linkage of the damage to the technology functionality³¹. In view of these characteristics, fines, structural and behavioral measures should reflect incentive and disincentive mechanisms for companies to structure appropriate algorithms, but also to monitor and correct them.

Assuming the implementation of a fine by the antitrust authority, severity may be important to discourage anti-competitive practices, but it will be necessary to evaluate whether algorithm acts as a plus factor of the total amount claimed, which is why requiring information from companies for correct assessment of damages shall be appropriate. Even though fines have the advantage of removing the need for further technical evaluation, antitrust authorities may also consider both the role of software developers and other market players possibly involved, as in the case of platforms that hire specialized third-party services or their own internal competitors, who may purposefully benefit from the situation.

For a behavioral remedy, authorities could focus on programming algorithms, ordering specific competitive outcomes, or developing

³⁰ Note that even in the "brick and mortar" market antitrust authorities already face difficulties in defining the harmful effects and imposing penalties. This is the reason why, for example, in Brazil the Administrative Council for Economic Defense has usually imposed penalties with underestimated values, making illicit acts economically advantageous. See: GABAN, E. M. DOMINGUES, J. D. *Effectiveness of Competition Law Sanctions – Brazil. 2021, forthcoming.*

³¹ BENEKE, Francisco; MACKENRODT, Mark-Oliver. *Remedies for algorithm tacit collusion. In: Journal of Antitrust Enforcement, 2020, p. 14.*

guidelines to instruct players. However, it will be needed a genuine balance between the charges and possible disincentives for enterprises, as well as a cost-benefit analysis of determinant factors to avoid irrational economic choices imposed by public agents.

In regard of structural remedies, antitrust authorities may be benefited not only from anticompetitive prevention, but also from their deterrence since they are able to compel companies to adopt conducts and structures that may not necessarily be of their interests³². For such purpose, considering that tacit collusion is related to digital market characteristics, antitrust authorities should acknowledge possibilities related to power and information asymmetries between firms, which incentives strategic conducts of competitors. Yet, it will still be necessary to consider production and distribution costs and other expenditures related.

What is implied from these market dynamics is that the current antitrust law instruments and mechanisms are not able to completely manage all adversities conceived by algorithms, the reason why it will be necessary to recast antitrust law structure.

c) Antitrust Policies for Algorithm Collusion

The specialized literature has already discussed some possible solutions. One that is worth mention is the use of algorithmic pricing as a plus factor, as proposed in Gal³³. In this approach, the existence of similar increases in prices in a relevant market would be treated as cartel and not as mere conscious parallelism if algorithmic pricing is presented. So, the use of algorithms would be plus factor to define the existence of cartels in situations where there is no proof of intent or agreement. The problem with this proposal is the disincentive to use algorithmic pricing, which is not an

³² This is a natural consequence of profit maximization objective of companies, Joseph E Harrington Jr, 'A Proposal for a Structural Remedy for Illegal Collusion' (2017) 82 *Antitrust L J*, 335-359.

³³ Gal, Michal S. *Algorithms as Illegal Agreements*. *Berkeley Technology Law Journal*, 34 (1), p.67-118, 2019.

antitrust offence by itself and may generate economic efficiencies in some circumstances. Also, it is not clear that the use of algorithmic pricing reduces welfare.

A similar proposal would be to reverse the burden of proof, requiring companies to testify their innocence, under penalty of being liable by the damages incurred, in the hypothesis of violation of antitrust provisions by algorithm collusion³⁴. Still in relation to similar and related propositions, it might be necessary to adapt normative frameworks, establishing new forms of liability. The European Commission, for example, is considering strict liabilities regimes for companies operating under algorithmic pricing, as well as a risk-generating or risk-management approach. In the first one, companies that most generated risk and took advantages of damages would be liable, and in the second one, companies that were in the best market positions to avoid damages would respond for the anticompetitive practices that occurred³⁵.

A more invasive approach would be the imposition of an *ex-ante* approval by antitrust authorities or data protection authorities of codes used in algorithmic pricing. That approach is extremely dangerous since it allows antitrust authority to evaluate and interfere in the business model of every company that uses algorithmic pricing, not only by increasing business costs, but possibly changing business rationalities.

There is also a distinct kind of solution that have been proposed for tacit collusion in the digital realm. Because price transparency can even foster algorithms to collude by facilitating access to market information³⁶, secret deals, discounts and offers could reintroduce market competition by

³⁴ *About this subject, see the recommendations made by Germany's Monopolies Commission in 2018,*

³⁵ *European Commission. Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy Brussels, 10.1.2017 SWD (2017) 2 final, 45.*

³⁶ *"increased price transparency through price monitoring software may facilitate or strengthen (both tacit and explicit) collusion between retailers by making the detection of deviations from the collusive agreement easier and more immediate. This, in turn, could reduce the incentive of retailers to deviate from the collusive price by limiting the expected gains from such deviation" ('Commission Staff Working Document accompanying Commission Final report on the E-commerce Sector Inquiry' (May 10 2017) COM(2017) 229 final, para 608).*

destabilizing tacit equilibrium resulted from algorithm functionality and, therefore, promoting consumer welfare³⁷.

Another solution as an *ex-ante* measure is the creation of an algorithm that acts on the behalf of the consumers and tries to avoid the stability of collusion. However, this is an exceedingly difficult task for governments and consumer protection organizations because this algorithm would need to surpass the efficiency of the algorithm developed by the companies that will profit from the collusion. Additionally, a possible battle between public and private algorithms in the attempt to address the stabilization of tacit cartels would also face controversies associated with public algorithms' transparency and supervision.

The fact is that all these proposals, although possibly positive in terms of cost-benefit – when analyzed together advantages and disadvantages involved –, not necessarily will subvert the current trend of algorithm collusion structuring, since they do not face the main problem: the relationship between technology and competition law – mainly on artificial intelligence structuring itself.

That is because of two principal factors: competition law usually works with *ex post* measures, while, at the same time, technology grows more and more rapidly, changing its own dynamics and, consequently, requiring new approaches of law and public authorities. The result of contemporary antitrust architecture and arrangement is a genuine institutional inefficiency, placing antitrust authorities in an unfavorable position for determining illicit acts, as well as for the assessment of specific market information and evaluation of damages and pertinent remedies. It is time for a more fluid operation mechanisms, with advantage instruments and capabilities. It is time to code a new DNA of antitrust and competition law, which might be reformulated in its nuclear code.

³⁷ *Supra* note 14, p. 11-12.

Section III – A new language combining A.I. and the legal discourse.

An effective way to enforce antitrust laws against algorithmic collusion is to develop *ex-ante* measures to produce efficient deterrence in algorithmic collusion. That is the path presented in the Digital Markets Acts (DMA) from the UE³⁸, but the DMA is a regulation effort and not an antitrust legislation. For antitrust this would be a very radical change because the antitrust remedies used to fight collusion are mainly *ex post* tools designed to produce deterrence by imposing costs to the firms engaged in the collusion.

To be able to make this change, antitrust will have to encompass not just economic theory but also technological experts capable to understand computational coding techniques. Even more, antitrust must appropriate itself of technological changes, expanding its monitoring, analysis and enforcement capacity. So, the approach of Law and Economics must be replaced by a Law, Economics and Technology approach³⁹.

For such specific purpose, this article supports the idea that other actors should participate in the antitrust policy, primarily by improving compliance techniques. This does not simply mean that companies should improve their compliance mechanisms. In fact, this means that corporate governance and compliance mechanisms emerge as fundamental elements of improvement, enhancement, and refinement of antitrust toolkit, primarily by companies own instruments.

³⁸ European Commission. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act). December 15, 2020. Chapter II, article 3. In 52020PC0842 - EN - EUR-Lex*

³⁹Marty, Frédéric. *Algorithmes de Prix, Intelligence Artificielle et Equilibres Collusives*. *Revue Internationale de Droit Economique*, XXXI (2), p. 83-116, 2017.

a) A.I. v. A.I.

Although improving compliance techniques might have potential benefits in avoiding and preventing antitrust infringements, the relationship between both themes is still very incipient, even more in relation to anticompetitive practices produced by new technologies. Regarding the specialized literature, most considerations deal with traditional practices – such as random inspections to increase deterrence⁴⁰ – or illustrate structural difficulties to be addressed when implementing compliance programs – which certainly is a necessary and important question to be addressed –, but it is time to delineate some potential solutions to improve antitrust policy.

Implementing technology itself in compliance programs can connect market, technology and legislation, for example, as proposed by the “Monitoring Approach”, in which monitoring companies’ practices, analyzing observed patterns, qualifying, and detecting certain anti-competitive practices⁴¹. A potential advantage for antitrust policy would be to build a database, improving predictions and recommendations. This database could also be able to develop better qualifications, amplifying factors, plus factors⁴² or red flags for the players.

The market itself may also connect technology and law by proposing its own solutions. The companies, called RegTech, are already offering A.I. services based on a friendly regulatory approach, to facilitate regulatory obligations or recommendations through the codes themselves⁴³. At this

⁴⁰ *Supra* note 11, 23.

⁴¹ Deng, Ai. *Algorithmic Collusion and Algorithmic Compliance: Risks and Opportunities* (November 19, 2020). *The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy* 27, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3733743> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733743>

⁴² Plus factor can be conceptualized as “economic actions and outcomes, above and beyond parallel conduct by oligopolistic firms, that are largely inconsistent with unilateral conduct but largely consistent with explicitly coordinated action”. William E. Kovacic et al., *Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*, 110 *MICH. L. REV.* 393, 393 (2011).

⁴³ Note that this theme had already caught England authority attention. In this sense: Alison Noon, *UK Finance Cop ‘Aggressively’ Pursuing Robo Regulation*, LAW360, (Jan. 17 2019), <https://www.law360.com/articles/1119869/uk-finance-cop-aggressively-pursuing-robo-regulation>.

stage, the natural market competitiveness' may foster technology companies to develop more complex and pertinent solutions.

For implementing technology in compliance, Dan Zitting structured a staggered procedure in the context of governance risk and compliance (GRC), using business intelligence forces in the following steps: (i) outline the business objectives; (ii) delineate related risks; (iii) define control mechanisms; (iv) evaluate strategical needs and profit or maximization possibilities; (v) analyze direct consequences of those conducts or strategies in company's sectors.

As argued, companies are gradually being integrated into the regulatory schemes. Through this adaptation of the regulatory structure, not only internal market information will circulate more appropriately in regulatory bodies, but also these same bodies will possess more opportune instruments, for example implementing artificial intelligence in monitoring market behavior with less economic costs than governmental bodies. Considering that market players barely face transparency or legitimacy objections – at least compared to public bodies – implementing artificial intelligence for public decisions, what can be called “Algorithm governance”⁴⁴, is able to foster regulatory legitimacy and capabilities.

However, as the unpredictability of artificial intelligence is a problem to guarantee an ethical behavior of market conducts, the coherence and ethics of intelligent technology's behaviors are placed at the center of academic debate. With such approach, it is possible to rethink the central problem of collusion produced by autonomous machines: the structuring, supervision, and adequacy of technology as an object of antitrust analysis.

It is not an accident that in a more general scope of law, “machine ethics”⁴⁵ has become an incipient, but promissory field of study. In the meantime, a metric for the evaluation of artificial intelligence decisions would enable not only the creation of greater value of risk management by

⁴⁴ COGLIANESE, Cary; LEAR, David. *Transparency and algorithmic governance. Administrative Law Review*, v. 71, 2019.

⁴⁵ For a complete analysis of the foundations of machine ethics, see: FRANKISH, Keith; RAMSEY, William (Org.). *Cambridge Handbook of Artificial Intelligence. Cambridge: Cambridge, Press, 2011. p. 335.*

companies and the delineation of the limits and parameters of artificial intelligence behavior to antitrust enforcement at all, but it would also enable the perception of its influence on market dynamics and structures, which consequently modifies economic and rationalities of the players⁴⁶.

To construct an ethic machine, Michael and Susan Anderson have proposed six steps to demonstrate that intelligent technology is able to solve complex ethics problems⁴⁷. First, machines might adopt *prima facie* duties, able to deal with ethical complexities, in contrast with absolute answers⁴⁸. Second, for a concrete application of *prima facie* duties by artificial intelligence in market decisions, developers could compute solved ethical problems, directing the machine to certain types of responses. However, in some circumstances, machine may face ethical problems that deal with conflict of *prima facie* duties, in which, as a third step, it would be necessary to ensure ethical principles.

For a comparative analysis between ethical principles, Anderson and Leigh suggests that the machine learn could refine machine decisions, expanding the ability to make ethical decisions by amplifying its database and circumstances. As a fifth step, machines would be able to calculate ethical decisions by using only their database, based on autonomous decisions. Finally, it would be interesting to compare the machine's decisions and its ethnicity, what could be done by bypassing disagreement concerns in ethical tests, such as "comparative moral Turing test" (cMTT), in which machine decisions are compared to human behavior and if its decision is not considered less appropriate than the decision of a human subject considered the weakest decision of the human sample group, the machine is approved. With all this steps, the possibility of an ethical

⁴⁶ SAAD-DINIZ, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Ilícitos concorrenciais praticados por sistemas de inteligência artificial*. In: FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin. *Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade*. São Paulo, Thomson Reuters, 2019, 367.

⁴⁷ ANDERSON, Michael; ANDERSON, Susan Leigh. *Machine Ethics: Creating an Ethical Intelligent Agent*. *AI Magazine*, 2007, p. 22-24.

⁴⁸ *At this point, it becomes necessary to inquire the ethical assumptions underlying competition law, since other areas of the scientific field, such as biomedicine, structured their own models, given the relevance of this matter to their performance.*

machine should be able to encourage research in the area, ensure greater social confidence and improve artificial decision techniques.

Even though it might be possible, programming artificial intelligence for cooperation will not be an easy task. Programmers may face difficulties in trying to embrace all the market complexity, as well as imposing too many costs for economic activity, reducing consumers welfare. This is exactly where artificial intelligence itself may help antitrust policy. As machine learning allows a constant and autonomous evolution of machines, it also allows a constant and autonomous evolution of the machines, they may find, themselves, possible solutions for anticompetitive practices.

b) Compliance by design

A good outcome for the trade-off between the lack of efficacy from pure *ex post* solutions and the excess of intervention in *ex ante* imposition by antitrust authorities could be accomplished by a compliance by design solution. In that proposal, the antitrust authority would release guidelines for the market, which could recommend codes to be inserted in algorithms, establish plus factor or red, yellow, and green flags of market behaviors for facilitating antitrust analysis, but with stable and objective compliance requirements that could be rational-economic based for players, or even incentive and disincentive certain kinds of technology. For example, in the case of presence of a code that avoids illegal collusion, even the price increase by the firms could lead to a conduct considered legal by antitrust authorities, considering an analysis of legality not by the effects themselves, but by the pattern of behavior.

This section will try to link the liability for antitrust infringements and the role of compliance programs related to algorithms. As a preliminary step, it should be analyzed if the alleged conduct could be considered a competition infringement. In this sense, there are controversial opinions

specially regarding to the fourth scenario - “autonomous machine” – provided that the standard may be insufficient to led to a conviction.

Considering that, this step is surpassed and assuming the existence of an antitrust infringement, the challenge is to define if the company is liable. The liability of companies in case of collusions performed by algorithms could be compared to their liability for acts of employees. It means that the company is liable and could be exempted only in exceptional circumstances.

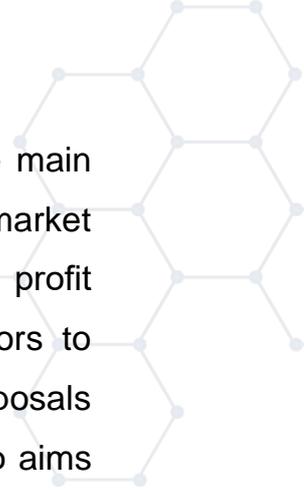
In the context of such exceptional circumstances, it is worth mentioning the existence of a corporate compliance program expressly stating that the algorithms are codified in a way to avoid the collusive behavior. It means that the company is committed to make an action already considering the current technological scenario and assuming that their algorithms are complex, able to self-learning and unintentionally entering into collusive agreements with competitors.

This preventive pro-competitive compromise of a company should be encouraged considering the risk and the legislative gap on this issue. This recommendation is also in line with the concept released in the European Commission of “Compliance by Design”, provided that the company will be in fact taking measures to prevent the algorithms to collude. In conclusion, the companies should not only not engage in anticompetitive conducts but should also take precautionary measures to avoid a collusion by algorithms.

Some characteristics of artificial intelligence that fosters cooperation and should be considered both by developers and antitrust authorities – when respectively developing technologies or elaborating norms and guidelines – are the capability to communicate between algorithms⁴⁹, the use of a planning agent and the modified objectives⁵⁰.

⁴⁹ *Jacob W. Crandall, et al. Cooperating with Machines, Nature Communications, 16 January 2018, available at <https://www.nature.com/articles/s41467-017-02597-8>.*

⁵⁰ *Supra note 32, p. 1.013.*



For such purpose, however, it is not recommended that the main codes to be configured focus on improving cooperation between market players, both because firms' objectives are still looking for profit maximization, but also because it would be easier for competitors to decode algorithms to encourage cartelization. Some lateral proposals would be the “actor-critic” algorithm, that is formed by an actor who aims profit maximization and a critic algorithm that is constantly analyzing compliance requirements and formulating critical propositions regarding the main behavior⁵¹. Another interesting proposal is algorithms that can answer why and what-if questions, improving artificial intelligence knowledge and capabilities⁵².

Through these formulations, compliance turns out to be a structural component of technology itself. Even though anti-competitive practices can still result from algorithms functionalities, antitrust authority may be able to improve *ex-ante* measures connecting market, law and technology by obliging companies to comply with structural framework of technologies. In other words, compliance becomes a constitutive element of technology, coding a new DNA in antitrust.

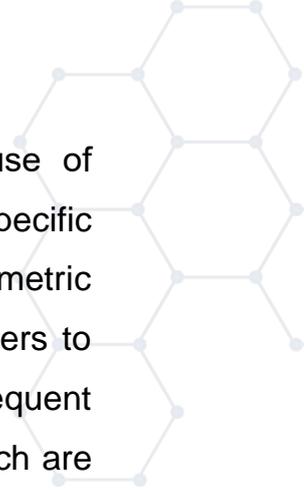
Concluding Remarks

Digital markets are changing the business environment and our society in profound ways. In fact, the trend of technology is exactly to embrace, more and more, different plans of our lives. On the one hand, this enables the emergence of new standards of market behavior, structures, and economic functionalities, but it also opens up new possibilities for anti-competitive practices, such as cartelization achieved by algorithms, even without any communication – tacit collusion.

This specific kind of collusion, which is usually considered the most problematic by specialized literature, can be achieved specially by

⁵¹ *Supra* note 34, p. 1.015.

⁵² *Supra* note 34, p. 1.017,



“predictable agent” or “autonomous machine” algorithms, because of machine learning technology. They are also more likely to occur in specific kinds of market, usually with the following characteristics: symmetric competitors, fewer competitors, homogeneous products, high barriers to entry, market transparency, stable demand, and small and frequent purchases by consumers. In addition to those characteristics – which are quite common for the digital environment –, digital markets are identified by monopolistic features, combined with extreme returns to scale and network effects, that encourage cartelization as well.

Therefore, the problem of tacit collusion is not only complex, but also probable to become the rule in digital markets. In that context, the theme has received attention in the literature, but also in the public sphere in general⁵³. At the same time, conclusions are still very incipient, not only about its characteristics, but also about possible solutions.

Briefly, most academic research has focused on analyzing whether tacit collusion is possible and, if so, in accordance with which features and conditions. This point is certainly relevant to fix a well-founded theory. Notwithstanding, the responses formulated by academia, by public bodies or even by private agents are even more precarious. It is time to reverse the problem.

Some propositions have already been developed. Most of them are based on traditional law responses, the reason why might face serious difficulties to overcome contemporary problems of competition law. This is what is inferred from our systematization of traditional antitrust toolkit since detection of signs or natural inclinations for collusion, to monitoring, analyzing and enforce competition law, for the benefit of the final consumer.

An important step is to realize that the artificial intelligence itself must be incorporated by the antitrust authorities. In this sense, algorithms can

⁵³ The topic has already been dealt with at congresses but has also reached the biggest news outlets in the market. See: OECD. Hearings on the Digital Economy held at the Competition Committee sessions of October 2011 and February 2012, available at: <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>; and Beware Algorithms that could Collude on Prices. 2019. Available at: <https://www.wsj.com/articles/beware-algorithms-that-could-collude-on-prices-11554155892>.

reduce costs and time of monitoring market, amplify database of analyses, improving recommendations of antitrust policy, in a real battle between artificial intelligences.

Another relevant step that must be considered is to integrate private actors in the regulatory scheme, reducing costs for absorb artificial intelligence in antitrust, with more other advantages, such as inside information and legitimacy. The best way of doing it would be by compliance by design, which is able to structure a regulatory model in constant evolution, from the very functionality of the technology.

All the challenges presented may be encouraging the emergency of new policies, instruments, and framework for antitrust discipline, integrating private actors and the compliance as a self-regulatory model that connects private agents, public actors and technology through the code itself. It can be a necessary response to this new promissory, but also problematic, competition environment in which algorithms occupy a significant role on market decision.

The development of antitrust policy in algorithm codes turns regulatory policies into a genetic component for competition law policies. Therefore, the tendency of regulating competition in the artificial intelligence era may be facing a revolutionary subversion in the regulatory schemes, coding a new DNA for antitrust.

Bibliographic References

Reports

Autorité de la Concurrence and Bundeskartellamt. “Algorithms and Competition” (2019)

<<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/algorithms-and-competition.pdf>> accessed 03 February 2020.

EUROPEAN COMMISSION. Competition Policy for the Digital Era, 2019.

OECD. “Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age”. (2017).

<<http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>> accessed 02 February 2020.

OECD. Note by Ezrachi A and Stucke M. Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures.

<<https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD%282017%2925&docLanguage=En>> accessed 02 February 2020.

OECD (2017) Algorithms and Collusion – Background Note by the Secretariat. DAF/Comp (2017)4 <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2017\)4/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2017)4/en/pdf).

UK Competition & Markets Authority: “Pricing Algorithms” (2018).

<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf> accessed 02 February 2020.

Articles

Anderson, Michael; Anderson, Susan Leigh. Machine Ethics: Creating an Ethical Intelligent Agent. *AI Magazine*, 2007.

Beneke, Francisco; Mackenrodt, Mark-Oliver. Remedies for algorithmic tacit collusion. In: *Journal of Antitrust Enforcement*, 2020.

Calvano, Emilio and Calzolari, Giacomo and Denicolo, Vincenzo and Pastorello, Sergio, Algorithmic Pricing: What Implications for Competition Policy? (July 7, 2018). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3209781>>

Calvano, Emilio and Calzolari, Giacomo and Denicolo, Vincenzo and Pastorello, Sergio, Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion (April 1, 2019). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3304991>>. Accessed 02 February 2020.

Cormen, Thomas H. **Algorithms Unlocked**. Cambridge: MIT Press, 2013.

Crandall, Jacob W., et al. “Cooperating with Machines,” *Nature Communications*, 16 January 2018, available at <https://www.nature.com/articles/s41467-017-02597-8>.

Crane, Daniel A. Technocracy and Antitrust. **Texas Law Review**, 86 (6), p. 1159 – 1221, 2008.

Deng, Ai, Algorithmic Collusion and Algorithmic Compliance: Risks and Opportunities (November 19, 2020). The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy 27, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3733743> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3733743>

Deng, Ai. What do we know about algorithmic tacit collusion? *Antitrust*, Vol. 33, N° 1, 2018.

Ellison, Glenn; Ellison, Sara Fisher. Lessons About Markets from the Internet **Journal of Economic Perspectives**, 19 (2), p. 139-158, 2005.

Ezrachi, Ariel. EU Competition Law Goals and the Digital Economy. **Oxford Legal Studies Research Paper** n° 17/2018, available at: <https://ssrn.com/abstract=3191766>

Ezrachi, Ariel. Sponge. **Journal of Antitrust Enforcement**, 5 (1), p. 49-75, 2017.

Goldfarb, Avi; Tucker, Catherine. Digital Economics. **Journal of Economic Literature**, 57 (1), p. 3-43, 2019.

Ezrachi, Ariel and Stucke, Maurice E. **Virtual Competition**: the promise and perils of the algorithm-driven economy. Cambridge: Harvard University Press, 2016

Ezrachi, Ariel and Stucke, Maurice E. **Competition Overdose**: how free market mythology transformed us from citizen kings to market servants. Nova York: Harper Business Press, 2020.

Ezrachi, Ariel and Stucke, Maurice E., Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion (November 10, 2018). University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 366; Oxford Legal Studies Research Paper No. 16/2019; Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Forthcoming. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3282235>>. Accessed 01 February 2020.

Ezrachi, Ariel and Stucke, Maurice E., Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition (April 8, 2015). University of Illinois Law Review, Vol. 2017, 2017; Oxford Legal Studies Research Paper No. 18/2015; University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 267. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2591874>>. Accessed 01 February 2020.

Fey, Ina, The application of current antitrust law to explicit collusion by autonomously acting pricing algorithms (May 20, 2019). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=>>. Accessed 04 February 2020.

Gal, Michal S. Algorithms as Illegal Agreements. **Berkeley Technology Law Journal**, 34 (1), p.67-118, 2019.

Harrington Jr, Joseph. 'A Proposal for a Structural Remedy for Illegal Collusion' (2017) 82 Antitrust L J, 335-359.

Hofstadter, Richard. **The Paranoid Style in American Politics and other essays**. New York: Vintage Books, 2008.

Hovenkamp, Herbert. The Antitrust Movement and the Rise of Industrial Organization. **Texas Law Review**, 68 (1), p. 105 – 168, 1989.

Khan, Lina. Amazon Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, 126 (3), pp. 710-805, 2016.

Klein, Timo. Autonomous Algorithmic Collusion: Q-Learning Under Sequential Pricing, (Tinbergen Institute, Discussion Paper TI 2018-056/VII), <https://papers.tinbergen.nl/18056.pdf> [<https://perma.cc/CB9K-KDPG>]

Kovacic , William E. et al. Plus Factors and Agreement in Antitrust Law, 110 MICH. L. REV. 393, 393 (2011)

Marty, Frédéric. Algorithmes de Prix, Intelligence Artificielle et Equilibres Collusives. **Revue Internationale de Droit Economique**, XXXI (2), p. 83-116, 2017.

Marty, Frédéric. Towards an Economics of Convention-based Approach of the European Competition Policy. **Historical Social Research**, 40 (1), p. 94-111, 2015.

Mehra, S. K.. Antitrust and the robo-seller: Competition in the time of algorithms. **Minnesota Law Review**, 100 (4), p. 1323–75, 2016.

Noon, Alison. UK Finance Cop ‘Aggressively’ Pursuing Robo Regulation, LAW360, (Jan. 17 2019), <https://www.law360.com/articles/1119869/uk-finance-cop-aggressively-pursuing-robo-regulation>.

Picht, Peter Georg and Freund, Benedikt, Competition (Law) in the Era of Algorithms (May 15, 2018). Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-10. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3180550>.> Accessed 03 February 2020

SAAD-DINIZ, Eduardo; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Ilícitos concorrenciais praticados por sistemas de inteligência artificial. In: FRAZÃO, Ana. MULHOLLAND, Caitlin. Inteligência Artificial e Direito: Ética, Regulação e Responsabilidade. São Paulo, Thomson Reuters, 2019.

Salcedo, Bruno. Pricing Algorithms and Tacit Collusion (Cornell U., Working Paper, 2016).

Shapiro, Carl. Antitrust in a time of populism. **International Journal of Industrial Organization**, 61 (C), p.714-748, 2018.

Schrepel, Thibault, The Theory of Granularity: A Path for Antitrust in Blockchain Ecosystems (January 14, 2020). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3519032>.> Accessed 02 February 2020.

Schrepel, Thibault, Is Blockchain the Death of Antitrust Law? The Blockchain Antitrust Paradox (June 11, 2018). Georgetown Law Technology Review / 3 Geo. L. Tech. Rev. 281 (2019). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3193576>.> Accessed 04 February 2020.

Schrepel, Thibault, Collusion by Blockchain and Smart Contracts (January 14, 2019). Harvard Journal of Law and Technology (33 Harv. J.L. & Tech. 117). Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3315182>>. Accessed 03 February 2020.

Schrepel, Thibault; Buterin, Vitalik. **Blockchain Code as Antitrust**, 2018, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3597399> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3597399>.

Schrepel, Thibault. Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition. **SMU Sci. & Tech. L. Rev**, 21 (1), p. 19-73, 2018.

Schwalbe , Ulrich. Algorithms, Machine Learning, and Collusion, 14 J. COMPETITION L. ECON. 568, 600 (2019)

STIGLER, George J. A Theory of Oligopoly. **Journal of Political Economy**, 72 (1), p. 44-61, 1964

Van Uytsel, Steven. Artificial Intelligence and Collusion: A Literature Overview, in ROBOTICS, AI AND THE FUTURE OF LAW

Private enforcement of privacy breaches from Big Tech Companies under the GDPR, Competition law provisions and the Unfair Commercial Practices Directive: substitutable or complementary legal grounds?

Jeanne Mouton

Summary: This paper compares the private enforcement of privacy breaches from Big Tech Companies under the General Data Protection Regulation, Competition law provisions and the Unfair Commercial Practices Directive to discuss whether these legal grounds can be deemed substitutes, inducing a selection effect from the consumers, or complementary.

Keywords: Privacy, Private enforcement, Damages, Competition Law, GDPR, Unfair Commercial Practices Directive

Introduction

In the European Union, a multiplicity of legal instruments can deal with privacy issues resulting from platforms' behaviour. Among them: Competition Law, the Unfair Commercial Practices Directive, and the GDPR.

The value and collection of data, and so the potential privacy issues, are questions that scholars examined long before the rise of the digital economy. However, when using zero-priced platforms, consumers don't pay a monetary price, they rather receive services in exchange for the collection and use of their data, and sometimes "it is difficult to draw the line between personal data that serve as counter-performance (since it will be commercially exploited by the platform), and personal data that users

provide in their own interest (i.e. to help improve the quality of the services that they receive from the platform)⁵⁴”.

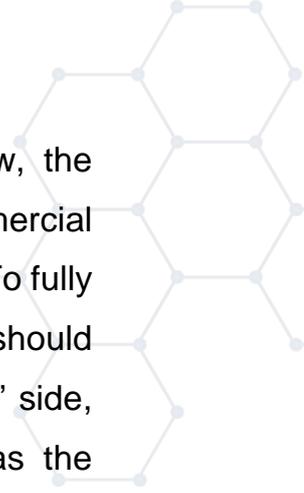
With the growth of digital markets, the role of data has expanded, and it has changed the debate on the collection of data relating to consumer welfare. Crémer et al. (2019) pointed out three key characteristics of the digital economy: extreme return to scale, network externalities, and the role of data, this later amplified, as it drives algorithms performance (the data collected help to define consumer’s preferences, and the algorithms suggest then recommendations based on these preferences).

When this paper will refer to privacy breaches, it will cover different types of potential infringements from the consumers’ side, according to each legal ground characterization. As preliminary examples of privacy breaches by Big Tech companies we may refer to the following practices: announcing online platform services as free, lack of information to the users on their data collection and processing, disclosure of consumers data without prior consent.

In a previous work authored with Professor Souam (Mouton and Souam, 2021), we made the statement that despite the hurdles in applying private enforcement in competition policy cases dealing with data-driven markets, we believe that its implementation can be welfare enhancing under insufficient deterrence from the public authorities. We reminded under which conditions competition law can address privacy issues, and all along the article, we made references to the ongoing Facebook case under the German jurisdictions.

To follow-on our work on privacy & competition law, it seems now interesting to discuss whether competition law is the most suited legal tool in the EU to fight privacy issues through private enforcement and whether multiplying the legal grounds are really in favour of consumers.

⁵⁴ BOTTA, M., WIEDEMANN, K., Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision, **Journal of European Competition Law & Practice**, Volume 10, Issue 8, Pages 465–478, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz064>, 2019.



Each legal ground analysed in this paper, Competition law, the General Data Protection Regulation (GDPR), the Unfair Commercial Practices Directive, pursue different goals, with different sanctions. To fully achieve these goals, both public enforcers and consumers, should introduce actions whenever it is suitable. From the public enforcers' side, there is no issue; it is from the consumers that it gets tricky as the multiplication of the legal grounds may introduce a selection effect.

There is less literature on the private enforcement of these legal instruments. Moreover, focusing on private enforcement is also considering legal, economic, and social issues.

From a legal perspective, it is making sure the legal tools are efficient, and that their implementation made a difference, in practice, for the consumers. From the economics perspective, we can increase deterrence with a dual application of both public and private enforcement, to increase the risks on the companies if they are not compliant with the legal requirements. From a social perspective, the goal is to give back power to the owner of data in the digital world, where individuals are acting like producers distributing their own data and Big Tech companies acting as owners of the individuals' data.

The three legal grounds that we are considering in this paper have very different enforcement cultures. Competition law is characterized by a traditional prominence of public enforcement in the EU while the interplay between public and private enforcement varies a lot between Member States countries regarding the Unfair Commercial Practices Directive⁵⁵. Even though it is interesting to note that according to a paper published in 2015, the majority of the cases referred to the EU Court of Justice were private actions in which a competitor or a professional association brings an action for injunctive relief⁵⁶. Lastly, if for now, the recent GDPR identifies itself with more public enforcement, notably because of the pre-

⁵⁵ BOOM, V., H., W., GARDE, A., AKSELI, O., N. **The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement strategies and national legal systems**, Ashgate, 2014.

⁵⁶ STUYCK, J., The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive, **Common Market Law Review**, w 52: 721–752, 2015.

authorization powers of the independent public authorities established by the Member States, some experts are calling for the countdown before an outbreak of class actions

Finally, we are considering this interplay because we fear a selection effect. This selection effect can only appear if these legal grounds are substitutes from the consumers' point of view when introducing a private action.

This is why this paper's goal is to find out whether the private enforcement of some punishable facts, privacy breaches by Big Tech companies, under either Competition Law, the GDPR, and the Unfair Commercial Practices Directive can be deemed substitute (with a risk of selection effect by the consumers and a risk of spread of incentives resulting in less deterrence) or complementary.

This paper starts with a comparison of the legal requirements of competition law, the EU unfair commercial practices Directive, and the GDPR when dealing with privacy breaches, with a focus on private actions introduced by consumers (I). The second section reviews the case law as a way to observe the efficiency of these different tools and to confirm or invalidate the findings in the previous section on the easiest legal grounds to enforce (II). The third section discusses the interaction of the EU Competition Law, the EU Unfair Commercial Practices Directive, and the GDPR to assess a degree of differentiation between the legal instruments (III).

I. Comparison of the legal requirements for each legal instruments

The following sub-sections aim to draw the legal requirements when dealing with privacy breaches under both Competition law provisions, the Unfair Commercial Practices Directive, and the GDPR. It is particularly paid attention to the goals of each legal instrument, the legal ground to sanction privacy issues, the text legal form, the infringement punishable, both the

public and private enforcement modalities and sanctions, and the class action availability.

A. Competition Law

Competition law goal's is to promote or protect the competitive process and promote economic efficiency and can be enforced by both public enforcers and by anyone who has suffered harm caused by an infringement of competition law (directive 2014/104/EU).

Nazzini (2019) recalls that competition law can only address the harm to “competition”, and to introduce privacy considerations into the scope of competition law it should be by « developing a privacy-quality theory of harm ». To sum up, the goal of Article 102 TFUE is to deter and sanction abuse of dominance, and privacy issues can only be addressed if they constitute an exploitative or exclusionary theory of harm. And regarding consumer harm, we should focus on exploitative abuses. As the zero-priced of online platforms creates strong incentives to collect data on consumers⁵⁷, the more users' data the online platform collects, the better drives it algorithms.

Privacy considerations are not restricted to the application of Article 102 TFUE in Competition law, however, this paper is focused on the private enforcement by consumers, and they can only introduce actions for damages following Art 101 or 102 of TFUE

Regarding the sanctions that can be implemented under competition law, public enforcers can impose fines up to 10 % of the average annual turnover. Moreover, anyone who has suffered harm from the infringement can introduce a private action for damages.

On the private enforcement of Competition law, it is worth stressing that the Directive 2014/104/EU only allows for strict compensatory damages. Moreover, in a previous paper (Souam et Mouton, 2020), we

⁵⁷ BUITEN, C., M., Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law, **Journal of Antitrust Enforcement**, , jnaa041, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa041>, 2020.

have identified two hurdles to the implementation of private actions that we have tried to overcome: a lack of incentives for consumers to introduce a private action in the digital markets and a difficulty to find relevant tools to measure qualitative competitive harm when it is constituted by a loss of privacy. We concluded that to improve the incentives for consumers to introduce a private action, one solution could be the introduction of harmonized collective actions in the EU.

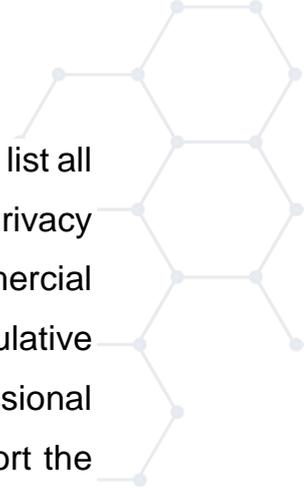
B. The Unfair Commercial Practices Directive

As Colangelo (2019) recalls -in his paper comparing the decisional practice at the EU and Member states ones to see how the authorities deal with privacy issues in competition law-: « it is worth recalling that EU framework sets out rules forbidding unfair commercial practices, which could be better suited to dealing with the lack of transparency and information asymmetries in the user-platform relationship with regard to online privacy ».

It is however important to remind that the Directive pursues the objective of achieving a high level of consumer protection, where competition law's goal is to promote or protect the competitive process and promote economic efficiency.

As for Competition law, the provisions contained in the Unfair Commercial Practices Directive are enforced by both public enforcers and consumers.

The punishable infringements are unfair commercial practices, in particular, commercial practices shall be unfair when misleading and aggressive (Art 5). Moreover, the Annex 1 of the Directive provides “a black list of those commercial practices which shall in all circumstances be regarded as unfair, among which “Describing a product as ‘gratis’, ‘free’, ‘without charge’ or similar if the consumer has to pay anything other than the unavoidable cost of responding to the commercial practice and collecting or paying for delivery of the item.” (Annexe 1, Para. 20).



The Unfair Commercial Practices Directive doesn't restrictively list all the punishable practices. So, if one may identify a new kind of privacy breach by a Big Tech Company being potentially an unfair commercial practice, not listed in the Annex 1, he will have to meet the two cumulative criteria of Article 5 (2), “ (a) it is contrary to the requirements of professional diligence, and (b) it materially distorts or is likely to materially distort the economic behaviour with regard to the product of the average consumer whom it reaches or to whom it is addressed, or of the average member of the group when a commercial practice is directed to a particular group of consumers.”

On the burden of proof, it is worth quoting a Commission Staff Working document Guidance on the implementation/application of the Directive 2005/29/EC “the average consumer test is not a statistical test. This means that national authorities and courts should be able to determine whether a practice is liable to mislead the average consumer exercising their own judgment by taking into account the general presumed consumers' expectations, without having to commission an expert's report or a consumer research poll.”

From the public enforcement side, as stated in the Article 13 (Directive 2005/29/EC) « Member States shall lay down penalties for infringements of national provisions adopted in application of this Directive and shall take all necessary measures to ensure that these are enforced. These penalties must be effective, proportionate and dissuasive », with “ the maximum amount of such fines being at least 4 % of the trader's annual turnover in the Member State or Member States concerned”.

Regarding actions introduced by consumers, different means are opened: European Small Claims procedure, out of court procedures. When consumers are harmed by unfair commercial practices they can seek compensation for the damage suffered and remedies (price reduction or termination of the contract).

On 30 June 2020, the Council of the EU published the text for the Collective Redress Directive, intending to facilitate collective proceedings

for European consumers, whether seeking damages or injunctions. The Collective Redress Directive applies only to claims for breaches of the specific ordinances listed in Annex 1 to the draft CR Directive, among which, the GDPR and the Unfair Practices Commercial Directive.

The Collective Redress Directive allows an extra tool: the possibility to ask to stop or prohibit an infringement. These remedies are interesting when we have in mind all the difficulties in quantifying damages in zero-priced market.

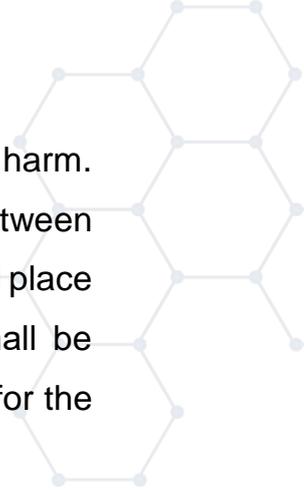
C. The GDPR

The General Data Protection Regulation 2016/679 is the most recent introduced legal instrument compared here. This Regulation addresses the differences in the Member States' application of the Directive 95/46/EC, introducing new rights and duties, with the goals to strengthen individual rights to the protection of personal data and to ensure the free movement of personal data within the European Union.

The personal data breach, sanctionable infringement under the GDPR, is characterized by “a breach of security leading to the accidental or unlawful destruction, loss, alteration, unauthorised disclosure of, or access to, personal data transmitted, stored or otherwise processed” (Para 4 of the Art 4).

Following the GDPR, each Member States must established a Supervisory Authority responsible for monitoring this Regulation (Art 51), which competence, tasks and powers are detailed in Art 55 to 59. If a breach of privacy occurs, consumers can lodge a complaint to the Supervisory Authority (Art 77), which can impose administrative fines (up to 4% of the annual turnover) (Art 83) or other penalties (Art 84).

The consumers can also launch private actions with a dedicated article on the right to compensation and liability (Art 82), with a broad definition of the damage, which covers from material damage (actual loss or lost profits) to non-material damage (distress or loss of reputation),



meaning that the claim is not restricted to compensation of the harm. Finally, the GDPR also specifies the allocation of liability between controllers and processors of data when facing damages claims, and place the burden of proof on the controllers or processors, as they “shall be exempt from liability if it proves that it is not in any way responsible for the event giving rise to the damage” (Art 82, Para 3).

Regarding the possibility to introduce class actions, the Directive opens the possibility to the Members States, but most importantly provides an alternative to class actions. Indeed, data subjects can mandate a non-profit body, organisation or association to lodge complaints on their behalf, either to the Supervisory Authority or to claim for compensation (Art 80). The most known of these organisations being “My Privacy is none of your business”.

As the Collective Redress Directive applies to both the GDPR and the Unfair Commercial Practices Directive, it will be interesting to discuss the best strategy for consumers to either join a collective action for a breach of GDPR or for unfair commercial practices. They will balance the standard of proof for both legal grounds and the economic rationale would lead them to bring a collective action to defend their loss of privacy on the legal ground providing the lower standard of proof (because a low standard of proof is a time and therefore a cost saving).

II. Privacy breaches by Big Tech Companies: Public and Private enforcement case law

In the following sub-sections, we are reviewing public and private enforcement case law resulting from privacy breaches from Big Tech Companies under both Competition law, the Unfair Commercial Practices, and the GDPR. It is not restricted to private enforcement case law because there is a lack of private actions and that we can expect private follow-on actions if the public enforcement is successful.

This review of case law will enable us to observe if there were private actions introduced, whether some legal grounds seems favored by

consumers, whether some specific infringements classification are recurring.

This review of case law will eventually help to draw some intuitive conclusions before analyzing the substitutability or complementarity of the legal grounds. If we will observe fewer private actions under one legal ground, we could guess some weaknesses in the application of this legal ground, even though we also need to pay attention to the recentness of these regulations while comparing the case law.

A. Competition law case law

So far, the European Commission would have had the possibility to deal with privacy considerations under merger review but did not take this chance.

In the Google/Double Click, the EU Commission re-affirmed the separation of the scope of EU antitrust provisions and the range of action of data protection rules. The Commission endorsed the same approach in its decisions on Facebook/Whatsapp and Microsoft/LinkedIn mergers⁵⁸. Specifically, in the Facebook/Whatsapp merger, the Commission stated that “privacy-related concerns flowing from the increased concentration of data within the control of Facebook as a result of the Transaction do not fall within the scope of the EU competition rules but within the rules of the EU data protection rules” (Para. 164 of the decision).

No deep assessment was made on privacy-related concerns that could arise from the increase concentration of data within the control of Facebook⁵⁹. Rather, the EU Commission found there may not be an incentive for the merged entity to use Whatsapp as a source of data for

⁵⁸ COLANGELO, G., Privacy and antitrust : An overview of EU and national case law, **e-Competitions Bulletin Concurrences**, 2019.

⁵⁹ DE ZARATE CATON, P. G., **The EU Commission unconditionally clears an acquisition in the social media sector (Facebook / WhatsApp)**, 3 October 2014, e-Competitions Bulletin, October 2014, Art. N° 70606.

advertising on Facebook, because of the risk of users switching to other communications applications⁶⁰.

Unfortunately, the German Competition Authority (Bundeskartellamt) found by a preliminary assessment in December 2017 that Facebook abused its dominant position by collecting and using data from third-party sources, such as Whatsapp⁶¹. On the 6 February of 2019, the Bundeskartellamt prohibited the social media company to stop collecting and matching its users' data without explicit consent. On the 26 August of 2019, the Higher Regional Court of Düsseldorf suspended the Competition Authority's decision, expressing doubts of the legality of the decision and recalling that a sole violation of the data protection rules can on be regarded under Competition law only if there is an anticompetitive practice. On the 23 June 2020, the Federal Court of Justice, overturned the decision of the Higher Regional Court of Düsseldorf, and re-instated with immediate effect the order of the Competition Authority.

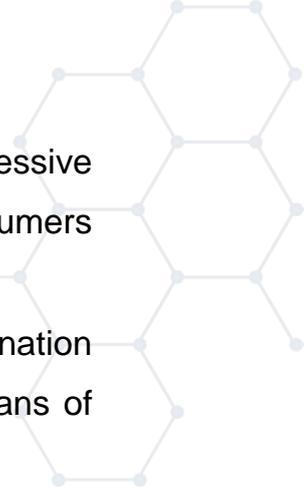
To our knowledge, the Facebook case under the German jurisdiction is the first one under which a platform is -or rather, would be- sanctioned under competition law for its collection and use of consumers' data characterized as an exploitative abuse. And there is no stand-alone or follow-on private enforcement case in competition law launched against an abuse of dominance constituted by a breach of privacy.

If we were optimistic, we could say that we should pay attention to the future public enforcement of exploitative abuse in the digital markets, as private follow-on enforcement would be more plausible. Botta and Wiedemann (2019)⁶² identified three potential categories of exploitative abuses by data-driven dominant platforms:

⁶⁰ OCELLO, E., SUBOCS, A., SJODIN, C., **The EU Commission unconditionally approves in first phase an acquisition in the digital sector (Facebook / WhatsApp)**, 3 October 2014, e-Competitions Bulletin, October 2014, Art. N° 72123.

⁶¹ **Bundeskartellamt Press release:** <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2017/19_12_2017_Facebook.html>

⁶² BOTTA, M., WIEDEMANN, K., Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision, **Journal of European Competition Law & Practice**, Volume 10, Issue 8, Pages 465–478, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz064>, 2019.

- 
- excessive pricing, taking the form in data markets of an excessive amount of personal data that online platforms request final consumers to provide in exchange for ‘free’ access to an online platform.
 - Discriminatory pricing: with algorithms facilitating price discrimination among consumers via an analysis of personal data and by means of predictive modelling.
 - Unfair trading conditions: when conditions imposed by a dominant platform to get users’ consent to the processing of their personal data may be considered as ‘unfair trading’ under Art 102.

However, if the authors demonstrated that it is theoretically possible to enforce exploitative abuses in data markets, they also stressed all the challenges that would face a Competition Authority, as we are observing for the on-going Facebook case, then “it remains to be seen when and whether any competition enforcer will be ‘brave enough’ to sanction a dominant platform under Art 102 TFEU due to excessive or discriminatory pricing”. It might worth noting here that, even before the rise of the digital economy, exploitative abuses were already neglected in the EU practice of Competition law⁶³.

So, we shouldn’t be surprised to not having observed stand-alone private enforcement, as, on top of the challenges to prove excessive or discriminatory pricing from online platforms, it is almost impossible to quantify monetary compensatory damages resulting from exploitative practices in a zero-priced market.

We may see the lack of case law under Competition provisions as a call to find new tools guarantying consumers’ right to compensation when they suffer from abusive practices in the digital markets.

⁶³ BOUGETTE, P., BUDZINSKI, O., MARTY, F., Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn From an Industrial Organization Approach?, *Revue d' économie politique*, 2019/2 (Vol. 129), p. 261-286. DOI: 10.3917/redp.292.0261. URL: <https://www.cairn-int.info/journal-revue-d-economie-politique-2019-2-page-261.htm>. 2019.

B. Unfair Commercial Practices case law

As mentioned above, quoting Colangelo (2019): « it is worth recalling that EU framework sets out rules forbidding unfair commercial practices, which could be better suited to dealing with the lack of transparency and information asymmetries in the user-platform relationship with regard to online privacy ».

To our knowledge, there is no private enforcement following privacy breaches by Big Tech companies, but it is worth reviewing the current public enforcement, expecting for follow-on private actions.

In his paper, Colangelo took the example of the Italian Competition and Consumers Authority (AGCM), which acting under consumer protection law, fined Facebook Ireland and Facebook Inc. 10 million euros for unfair commercial practices and requested them to publish an amending declaration on its website and app, by a decision of 29 November 2018.⁶⁴

The Italian Authority found that the social media company misled the consumers into registering in the platform, while not adequately and immediately informing them during the creation of the account that the data they provide will be used for commercial purposes. Facebook emphasized the free nature of the service and provided general and incomplete information on the commercial objectives. Moreover, the company did not make a distinction, in the information provided to consumers, between the use of data to personalize the service and the use of data to carry out advertising campaigns aimed at specific targets.

The AGCM also found that Facebook carried out aggressive practices, exerting undue influence on registered consumers, who suffered from the transmission of their data from Facebook to third-party website and apps for commercial purposes without express prior consent. The undue influence is caused by Facebook's broadest consent to data sharing

⁶⁴ **AGCM Press release:** <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2018/12/Facebook-fined-10-million-Euros-by-the-ICA-for-unfair-commercial-practices-for-using-its-subscribers%E2%80%99-data-for-commercial-purposes>.

and by the fact that when consumers try to limit their consent, they faced restrictions on the use of the social network.

In a decision of the 9 February 2021, the AGCM sanctioned Facebook Ireland and Facebook Inc. for a total of 7 million euros for failing to comply with the order of November 2018. The social media company failed to cease misleading practices and to publish the amending declaration requested by the Authority. If Facebook did eliminated the claim of the free of charge nature of the service when registering on the platform, they do not still provide an immediate and clear information on the collection and use of the user data for commercial purposes⁶⁵.

Moreover, the Italian Authority, on the 7 September 2020, opened investigations related to allegedly unfair commercial practices against Google, Apple and Dropbox, in the cloud computing services market⁶⁶.

The investigations against Google and Apple refer to failure to indicate or inadequately indicating, when presenting the cloud computing services, the activity involving collection and use for commercial purposes of the data supplier by the user and a possible undue influence on consumers, who, need to use the cloud storage service, and therefore are not in a position to give their consent, to the operator, to the collection and use of their information for commercial purposes.

Italy is not the only country to have used the Unfair Commercial Practices Directive to deter privacy issues.

On 6 December 2019, the Hungarian Competition Authority also fined Facebook for 3.6 million euros for referring to its services as “free” on its cover page and Help Centre, which had the effect to mislead Hungarian users. Indeed, Facebook economically benefited from the user’s data and activities, and the slogan of the social media company “it’s free and anyone can join” and “Free and always will be” distracted its user’s attention from the fact that they are indirectly paying for the use of its services in the form

⁶⁵ AGCM Press release: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2021/2/IP330> ; AGCM decision: https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/IP330_chiusura.pdf.

⁶⁶ **AGCM Press release:** <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/9/CV194-CV195-CV196-PS11147-PS11149-PS11150>.

of the transmission of their data, the extent of the data collected, and all of the resulting consequences⁶⁷.

C. GDPR case law

It can be interesting to start with the following data from the 2021 DLA Piper reports on GDPR fines and data breach survey: “The total (reported) fines since 25 May 2018 has more than doubled to just over EUR272m (USD332m / GBP245m), with EUR158.5m (USD193.4m / GBP142.7m) over the last 12 months alone, a 39% increase on the previous 20-month period since GDPR came into force.” Even if these data are related to the public enforcement of the GDPR, it really shows the popularity of the legal instrument, there are even websites acting as enforcement tracker of all GDPR fines and penalties⁶⁸.

It is also worth recalling that the GDPR is a stand to sue small companies, Universities, Municipalities, not only Big Tech companies, which resulted in various case law, with various amounts of fines, or damages and breaches characterized.

We are now focusing our review on the private enforcement of breaches by Big Tech companies, starting with Google, which has been the target of a representative action in United Kingdom, and a class action in France.

In the United Kingdom, Richard Lloyd brought a class action against Google for the alleged tracking of personal data of 4.4 million iPhone users and selling of the users’ data to advertisers without prior consent of the users. The Safari Workaround would have enabled Google to set its “DoubleClick Ad cookie” technology to track the internet activity of its iPhone users, and then use and sell these data to advertisers, bypassing the default privacy settings in iPhones. If this particular issue has also been the subject of previous litigation actions in the English Courts and a

⁶⁷ GVH Press release: https://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2019/gvh-imposed-a-fine-of-eur-3.6-m-on-facebook.

⁶⁸ GDPR Enforcement Tracker – list of GDPR fines, tracked by CMS Law Tax, Available: <https://www.enforcementtracker.com/>. Access: 22 march 2021.

regulatory action in the U.S., this class action is particularly interesting as Mr Lloyd argues that damages should be awarded on the sole ground that the claimants loss control of their personal data because of the infringement, which the Court of Appeal agreed on in his judgment of October 2019: “a claimant can recover damages from loss of control of their data (...) without proving pecuniary loss or distress”⁶⁹⁷⁰.

On 11 March 2020, the UK Supreme Court granted Google the permission to appeal the class action claim. The ruling of the UK Supreme Court, expected for early 2021, will have important consequences for the future of UK Class actions related to privacy issues. First, on constituting the class action, as before this litigation, opt-out class were only allowed by Courts when dealing with Competition law infringements, and there is only one precedent (Merricks / Mastercard). Secondly, on the interpretation of the damages, if the Supreme Court agrees with the ruling of the Court of Appeal, consumers won't have to prove the pecuniary loss or distress when claiming damages from a loss of control of their data, neither to prove specific damage for each individual, having the effect to remove barriers to introduce class actions.

Nonetheless, we should be careful with the coming ruling, as, if the GDPR interprets the loss of control of data as a ground to claim damages, this case is related to the old DPA regime.

In France, Google was also the target of a class action brought by the French consumer group *UFC Que Choisir* in June 2019. This action follows on the CNIL (French Data Supervisory Authority) decision of January 2019 ordering Google to pay 50 million euros for infringing the GDPR, for “lack of transparency, inadequate information and valid consent regarding the ads personalization”. The consumer group claims 1,000 euros of damages per injured party, consumers can join the action free of

⁶⁹ Conclusions: [Lloyd v Google LLC \[2019\] EWCA Civ 1599 \(02 October 2019\) \(bailii.org\)](#)

⁷⁰ LONG, W., GEORGE, S., KARA, D., **UK Supreme Court grants Google permission to appeal class action claim in Lloyd vs Google LLC**, Available: <https://datamatters.sidley.com/uk-supreme-court-grants-google-permission-to-appeal-class-action-claim-in-lloyd-vs-google-llc#page=1>. Access: 22 march 2021.

charge, but for now, no communication has been released on the number of claimants who have joined the action.

It is very interesting to observe this dynamic of private “follow-on” actions, meaning a private enforcement action following a public enforcement decision. Even more interesting when we know that in December 2020, the CNIL fined (again!) the companies Google LLC and Google Ireland Limited a total of 100 million euros for having placed advertising cookies on the computers of users of the search engine google.fr, without obtaining prior consent and without providing adequate information⁷¹.

If *UFC Que Choisir* manages a successful class action following the decision of January 2019, we could bet on a new follow-on action related to the December 2020 fines.

Also in France, the first judicial class action for compensation since the entry of the GDPR was launched by *Internet Society France* against Facebook in November 2018. The organisation reproach Google for failure to secure the personal data of Facebook’s users, unauthorized collection of users’ information and security breaches. The organisation claims 1,000 euros of damages per plaintiff, which would corresponds to a total amount of 100 million euros⁷².

As requested by French law, the organisation first addressed Facebook France, Facebook Inc. and Facebook Ireland, a letter of formal notice, followed by a period of 4 months, allowing the offenders to explain or comply, before being able to take legal action. Facebook France answered that the company has no control over the data of its users’ service, and neither operates or hosts Facebook’s service. According to the website of the “E-Bastille initiative” (“Citizen and European mobilisation around the GDPR”), Facebook Inc. would have considered itself not being

⁷¹ For the Press release: [Cookies: financial penalties of 60 million euros against the company GOOGLE LLC and of 40 million euros against the company GOOGLE IRELAND LIMITED | CNIL](#). For the decision: [Délibération SAN-2020-012 du 7 décembre 2020 - Légifrance \(legifrance.gouv.fr\)](#).

⁷² BIARD, A., PATO, A., **Dancing cheek to cheek: Collective Redress & Data Protection, Leuven Blog for public law, 2019**. Available: <https://www.leuvenpubliclaw.com/dancing-cheek-to-cheek-collective-redress-data-protection/>. Access: 22 march 2021.

concerned by the essential questions asked⁷³. In its letter Facebook Inc. Indicated that the company does not control the data of Facebook users residing in France, neither operate or host the service in France, and design Facebook Ireland as the operator and host of the service for the users residing in France. Finally, Facebook Ireland sent the most developed letter, recognizing that “Facebook Ireland is the only Facebook Entity that provides the Facebook Service to users in the EU and is the sole data controller of EU user data for the purposes of the GDPR”. Facebook Ireland also designed the Irish Data Protection Commission as the appropriate supervisory authority to answers these questions, and claims that it complies with the GDPR and have no committed any of the breaches alleged by the French organisation. The company ends its letter providing contact details to a lawyer in France for any further question or comment⁷⁴.

Following the answers from Facebook, *Internet Society France* launched the judicial action. The proceedings are on-going.

Thanks to Facebook Ireland’s letter we learned that an Austrian national organization also launched a complaint against the social media company for breaches of the GDPR. The case back to 2015, when an Austrian privacy activist *Max Schrems* filed a class action on behalf of 25,000 users, seeking a total of 12.5 million euros of damages for violation of privacy.

Facebook tried to block the case in Austria on the ground that the GDPR cases against the company should be filed in Ireland, because the social media EU headquarters are in Dublin, so Facebook would be under the jurisdiction of the Irish Data Protection Commissioner.

The Austrian Supreme Court, in its decision of 11 June 2019, made clear that GDPR cases can be filed from other EU countries.

⁷³ E-Bastille initiative, Communiqué "Facebook s'estime au dessus des lois", 2019. Disponible em: https://medium.com/@e_bastille/communique-facebook-sestime-au-dessus-des-lois-28ce72d6df5e.
Acceso em: 22 march 2021.

⁷⁴ All the letters from Facebook companies can be found here: <https://ebastille.org/action-facebook/>.

Finally, the Vienna Regional Court for Civil Matters delivered its ruling on 30 June 2020, requiring Facebook to pay damages for violating its duty to provide sufficient information about how personal data are being stored, creating a loss of control and uncertainties from the claimants side, entitled them to claim damages and release of all requested data. However, the Court stated that the social media company acted in a contractually or legally complicit manner as to the processing of the plaintiff's data. The ruling of the Regional Court fo Civil Matters was confirmed by the Higher Regional Court on December 2020⁷⁵⁷⁶.

The question of the jurisdictional competence being tackled by the Austrian Supreme Court is good news for the French lawsuit, and probably other lawsuits to come, otherwise, it would have created a serious barrier against class actions proceedings.

III. Substitutable or Complementary?

Following the review of the legal requirements and case law under Competition law, the Unfair Commercial Practices Directive, and the GDPR to introduce private actions for breach of privacy, we can now discuss under which conditions we could deem these legal grounds substitutable or complementary.

If we are considering that these different legal grounds can sanction the exact same infringement, then we would face a selection effect from the consumers, as they would rationally introduce litigation under the most favourable legal ground.

The reasoning of this sub-section is in two parts. Firstly, we should assess a degree of differentiation between the infringements punishable under each legal grounds. If the infringements are close, then the

⁷⁵ SCHMIDT, S., Austria, **EU Privacy and the ongoing Schrems v Facebook case, 2020**. Available: <https://www.oblin.at/publication/austria-eu-privacy-and-the-ongoing-schrems-vfacebook-case/>. Access: 22 march 2021.

⁷⁶ Link to the decision: https://noyb.eu/sites/default/files/2020-12/BVI-209_geschw%C3%A4rzt.pdf.

consumers will make cost/benefits analysis when deciding under which legal ground they will sue to protect their privacy.

Secondly, if some or all the infringements punishable are close, we should analyse which legal ground is the most favourable for the consumers. In order to establish consumers' preferences, we would compare under which legal ground the private action is the easiest to introduce (burden of proof, characterization of the harm, availability of class actions), and under which legal ground consumers have the most perfect compensation for their harm (not only in terms of pecuniary damages).

A. On the punishable infringement

Breaches of privacy are not by themselves punishable under Competition law or the Unfair Commercial Practices Directive. Under Competition law, a breach of privacy can only be sanctionable if it constitutes an exclusionary or exploitative abuse, so the abuse of dominance needs to be characterized.

The Unfair Commercial Practices Directive sanctions misleading or aggressive commercial practices. If there is an open definition of what can constitute an unfair commercial practice, the Directive also set a black list of practices which shall in all circumstances regarded as unfair, among which “describing a product as ‘gratis’, ‘free’”. This black listed practice is interesting as it was the heart of the litigation against Facebook, when the social media company referred its services as free, without mentioning the commercial purposes of the collection of data from its users.

We might also believe that this black listed practice could be useful in future litigation with online platforms, as the digitalization of the economy has path the way to multi-sided platforms, with most of the time free access to the users in order to collect their data. Their data being highly valued, as the more the online platform collects data, the better its algorithm performs.

The GDPR distinguished itself as the sole breach of privacy constitutes an infringement, which makes sense as it is the goal of the Regulation.

At first glance, it seems that the punishable infringement differs. However, to answer a more practical question, with the perfect same facts, taking the examples of the case law we reviewed earlier, could we have several litigations under different legal grounds?

The lack of transparency, or misinformation of the consumers on the collection and use of their data, have been sanctioned under both the GDPR (as a lack to the transparency requirements of the regulation) and the Unfair Commercial Practices Directive (as misleading practices).

The transmission of data collected on the digital platform to third party websites or apps, without express prior consent of the users, can be sanctioned under Competition law as an exploitative abuse or under the Unfair Commercial Practices Directive as an aggressive practice if the platform imposed a broad data sharing conditions and that the consumers face restrictions on the service when limiting their consent.

It seems then that these same facts, resulting in breaches of privacy, can be sanctionable under different legal grounds.

B. On the most favourable legal ground for consumers

If different legal grounds can sanction the same infringement (even under different “labels”) then which legal ground is more favourable for a private actions?

To assess the preferences of the consumers when deciding between introducing a private action for a breach of privacy, we should compare, when relevant, the burden of proof, the characterization of the harm, the availability of a class action and the potential compensation.

We can already say, if two legal grounds are deemed substitutable, consumers would probably prefer the legal ground for which class actions are available. Indeed, breach of privacy in Big Tech platforms are widespread damages (large amount of users), but low amount of individual damage. So class actions could incentivize consumers by decreasing their costs in introducing an action.

If we come back to the example of a lack of transparency from a digital platform on the collection and use of its user's data.

If we assume that this lack of transparency arises from platforms claiming their services are "free", it is a black listed practice under the Unfair Commercial Practices Directive, so it is always regarded as an unfair practice. Under the GDPR, the controller or processor will have to prove that they are not responsible for the event which gave rise to the damage. In both cases, the burden of proof lies on the company or the controller or processor of the data.

Under the GDPR, the claimants don't have to prove a pecuniary loss to obtain compensation while under the Unfair Commercial Practices Directive, consumers need to demonstrate the harm for which they are claiming compensatory damages.

Finally, thanks to the Collective Redress Directive, consumers can introduce a class action under either the GDPR or the Unfair Commercial Practices Directive.

If we come back to the example of the transmission of data collected on the digital platform to third party websites or apps, without express prior consent of the users.

Under Competition law, consumers will need first to prove that the transmission of data collection on the digital platform to third party websites or apps constitutes an exploitative abuse of dominance. Under the GDPR, the controller or processor of data will have to prove that they complied with the Regulation.

Because Competition law only allows compensatory damages, consumers will need to prove that they suffered harm from the companies' practices, and the harm should be quantifiable by either the consumers or the Courts. From the GDPR side, claimants don't have to prove a monetary loss to obtain damages.

Moreover, thanks to the Collective Redress Directive, claimants have class actions available in all the EU countries, where the availability

of class actions in Competition law really depends on each Member States legal provisions.

We can already see here that compensatory damages can be an heavy burden on consumers, especially considering breach of privacy on zero-priced market.

Still on the comparison of the compensation available, both the GDPR and the Unfair Commercial Practices Directive allow for remedies. But it is highly doubtful that either price reduction or termination of contract (Unfair Commercial Practices Directive), on the specificity of zero-priced market are advantageous for consumers. The price reduction doesn't need to be discussed, and on the termination of the contract, consumers are not switching to another online platform for lack of choice (the characteristics of the digital economy lead to very concentrated market) and because more time they spend on one online platform, more data is collected, so more personalized their experience is.

Regarding the remedies allowed by the GDPR, a very famous one is the right to data portability (Art 20 GDPR), however, with a lack of options to switch of services in the market, because of the concentration of the digital markets, consumers can't efficient ask for the implementation of this remedy. There is first a need to improve the structure of the digital markets, with fewer barriers to allow for more participants (competitors).

Conclusion

Each legal ground, Competition law, the GDPR, the Unfair Commercial Practices Directive, pursue different goals, with different sanctions. To fully achieve these goals, both public enforcers and consumers, should introduce actions whenever it is suitable. From the public enforcers' side, there is no issue, it is from the consumers that it gets tricky.

And even though the legal grounds observed have in theory different goals, in practice, the facts are the same: a huge amount of data collected

by dominant platforms that may result in privacy breaches. Indeed, the more data platforms collect, the better their algorithms drive, so the temptation is high to over-collect data, match them, or any other practices that may lead to an increase in data collection, as misinforming the consumers.

In this paper, the goal was to determine whether the private enforcement of the same punishable facts, privacy breaches by Big Tech companies, under either Competition Law, the GDPR, and the Unfair Commercial Practices Directive can be deemed substitute or complementary.

If the private actions are substitutable, consumers will make rational choices, balancing the cost and benefits of engaging in an action under each legal grounds, inducing a selection effect and so a spread of incentives resulting in less deterrence. And because consumers will make choices, they will only be playing partial « regulators » in the digital market.

The findings are the following: a breach of privacy is a notion that gathers different sanctionable facts, under different legal grounds. Some breaches of privacy can be sanctioned under several legal grounds, for example, the lack of transparency or the misinformation of consumers is an infringement under both the GDPR and the Unfair Commercial Practices Directive.

The modalities of introducing private action by the consumers vary between the GDPR, Competition Law, and the Unfair Commercial Practices Directive. The intuition that class actions enhance consumers incentives to introduce an action is confirmed by the review of the case law.

On reviewing the modalities of compensation of each legal ground, we may observe that when facing a breach of privacy by data-driven platforms, compensatory damages are the most difficult to prove for the consumers, and some remedies may not be fitted, because of a lack of options to switch.

It seems then that if a dominant platform's behaviors result in a breach of privacy for the consumers, the consumers would rather introduce

private action under a legal ground that would benefit from the possibility of a class action, and under which it is the easiest to recover from the damages suffered.

Specifically to Competition Law, as there are already difficulties to create enough incentives to promote private enforcement, there is a clear need to work on the quantification of harm deriving from the loss of privacy and to come with innovative solutions to improve incentives for the consumers to tackle dominance and privacy issues.

Bibliography

ARÁNYI, D., ZLATAROV, L., The Hungarian Competition Authority fines €3,5 million a social network company for unfair commercial practices (*Facebook*), 6 Decembre 2019, **e-Competitions Bulletin**, 2019.

BOOM, V., H., W., GARDE, A., AKSELI, O., N., The European Unfair Commercial Practices Directive: Impact, Enforcement strategies and national legal systems, Ashgate, 2014.

BOTTA, M., WIEDEMANN, EU Competition Law Enforcement vis-à-vis Exploitative Conducts in the Data Economy Exploring the Terra Incognita, **Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper**, No. 18-08, 2018.

BOTTA, M., WIEDEMANN, K., Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision, **Journal of European Competition Law & Practice**, Volume 10, Issue 8, Pages 465–478, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz064>, 2019.

BOUGETTE, P., BUDZINSKI, O., MARTY, F., Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn From an Industrial Organization Approach?, **Revue d'économie politique**, 2019/2 (Vol. 129), p. 261-286. DOI: 10.3917/redp.292.0261. URL: <https://www.cairn-int.info/journal-revue-d-economie-politique-2019-2-page-261.htm>. 2019.

BUITEN, C., M., Exploitative abuses in digital markets: between competition law and data protection law, **Journal of Antitrust Enforcement**, , jnaa041, <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnaa041>, 2020.

COLANGELO, G., Privacy and antitrust : An overview of EU and national case law, **e-Competitions Bulletin**, 2019.

CREMER, J., MONTJOYE, Y.-A., SCHWEITZER, H., Competition policy for the digital era, Report EU Commission, 2019.

DE ZARATE CATON, P., G., The EU Commission unconditionally clears an acquisition in the social media sector (*Facebook / WhatsApp*), 3 October 2014, **e-Competitions Bulletin**, 3 October 2014, Art. N° 70606, 2014.

EUROPEAN COMMISSION, Commission Staff Working document guidance on the implementation/application of directive 2005/29/EC on Unfair Commercial Practices, Accompanying the document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A comprehensive approach to stimulating cross-border e-Commerce for Europe's citizens and businesses. SWD(2016) 163 final, 2016.

GOMEZ, F., The unfair commercial practices directive: A law and economics perspective. **European review of contract law**, 2(1), 4-34, 2006.

HENDERSON, K., CROSS, H., KOMALSKI, A., EU agrees new class action regime for consumer disputes, CMS Law Now. Available: https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2020/07/eu-agrees-new-class-action-regime-for-consumer-disputes?cc_lang=en. Access: 30 nov. 2020.

HURST, B., The "Tidal wave" of data protection-related class actions: Why we're not drowning just yet.., Available: <https://www.twobirds.com/en/news/articles/2018/global/tidal-wave-of-data-protection-related-cases>. Access: 22 march 2021.

HANSEN, H., Germany: New case-law on immaterial damages for GDPR infringements, 2020. Available: <https://www.engage.hoganlovells.com/knowledgeservices/news/germany-new-case-law-on-immaterial-damages-for-gdpr-infringements1>. Access: 22 march 2021.

KIM, J.-H. and L. WAGMAN, Screening Incentives and Privacy Protection in Financial Markets: A Theoretical and Empirical Analysis, **RAND Journal of Economics**, 46(1): 1–22, 2015.

LONG, W., GEORGE, S., KARA, D., UK Supreme Court grants Google permission to appeal class action claim in *Lloyd vs Google LLC*, Available: <https://datamatters.sidley.com/uk-supreme-court-grants-google-permission-to-appeal-class-action-claim-in-lloyd-vs-google-llc#page=1>. Access: 22 march 2021.

LUNDSTEDT, L., International Jurisdiction over Crossborder Private Enforcement Actions under the GDPR, Faculty of Law, **Stockholm University Research Paper** No. 57, "50 Years of Law and IT: The Swedish Law and Informatics Research Institute 1968-2018", Stockholm Institute for Scandinavian Law, Stockholm, 2018 (Scandinavian Studies in Law Volume 65), 2018.

MCKEAN, R., KUROWSKA-TOBER., E., WAEM, H., DLA Piper GDPR fines and data breach survey: January 2021, A report produced by DLA Piper's cybersecurity and data protection team, 19 January 2021. Available:

<https://www.dlapiper.com/en/us/insights/publications/2021/01/dla-piper-gdpr-fines-and-data-breach-survey-2021/>. Access: 22 march 2021.

MCKEAN, R., CURLE, J., DYSON, A., JENSEN, Z., Lloyd v Google: A good day for claimant lawyers; a bad day for Google and organisations defending privacy group litigation. Available: <https://www.dlapiper.com/en/uk/insights/publications/2019/10/lloyd-v-google-a-good-day-for-claimant-lawyers-a-bad-day-for-google/>. Access: 22 march 2021.

NAZZINI, R. (2019), Privacy and Antitrust: Searching for the (Hopefully Not Yet Lost) Soul of Competition Law in the EU after the German *Facebook* Decision, edited by T. Schrepel, S. Sadden & J. Roth (CPI), **CPI EU News**, 2019.

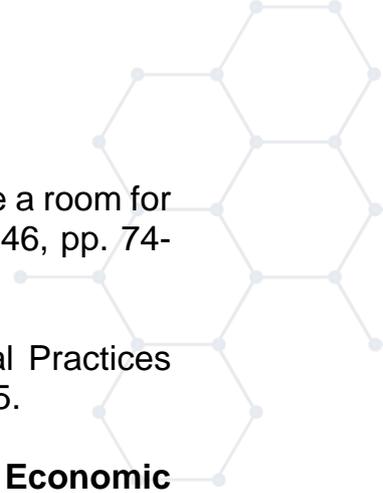
OCELLO, E., SUBOCS, A., SJODIN, C., The EU Commission unconditionally approves in first phase an acquisition in the digital sector (*Facebook / WhatsApp*), 3 October 2014, **e-Competitions Bulletin**, October 2014, Art. N° 72123, 2014.

O'DELL, E., Compensation for Breach of the General Data Protection Regulation (June 25, 2017). (2017) 40(1) *Dublin University Law Journal* (ns) 97-164, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2992351> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2992351>

POLANOWSKI, A., LASEK, L., Private enforcement under the GDPR, Available: <https://newtech.law/en/private-enforcement-under-the-gdpr/>. Access: 22 march 2021.

REQUEJO, M., Procedural Harmonization and Private Enforcement in the Area of Personal Data Protection. **MPILux Research Paper**, 2019.

SCHMIDT, S., Austria, EU Privacy and the ongoing Schrems v Facebook case, 2020. Available: <https://www.oblin.at/publication/austria-eu-privacy-and-the-ongoing-schrems-vfacebook-case/>. Access: 22 march 2021.



SOUAM, S., MOUTON, J., Privacy and competition law: Is there a room for private enforcement ?, **Concurrences**, N° 4-2020, Art. N° 97146, pp. 74-80, 2020.

STUYCK, J., The Court of Justice and the Unfair Commercial Practices Directive, **Common Market Law Review**, w 52: 721–752, 2015.

VARIAN, H. R., Computer Mediated Transactions, **American Economic Review**, 100(2): 1–10, 2010.

As plataformas digitais e os novos contornos do problema dos conglomerados: Novos critérios para a análise de atos de concentração e a necessária mudança de paradigma do direito concorrencial

André Luís Alvarenga Portella

Resumo: As plataformas digitais se encontram inseridas num contexto de intensa transformação social e econômica vivida pela sociedade, trazendo à tona uma nova maneira de se exercer poder econômico. Dadas as suas características peculiares, elas conseguem exercer influência em mercados distintos daqueles em que atuam primordialmente, de modo que trazem novos contornos ao problema da concentração econômica por conglomerados. Em assim sendo, demandam novos critérios e novas metodologias na análise de atos de concentração nos quais estejam envolvidas. Conforme será abordado neste artigo, para que esses critérios e metodologias sejam adotados, mostra-se necessária uma verdadeira mudança de paradigma do direito concorrencial.

Palavras-chave: plataformas; concorrência; concentração; conglomerados; mercados

Abstract: Digital platforms are inserted in a context of intense social and economic changes in our society, bringing to our knowledge brand new ways of abusing of economic power. Given its specific features, they are able to influence the dynamic of other markets, becoming a competitive threat and outlining new concerns about economic concentration by conglomerates. Therefore, they demand the adoption of new criteria and new methodologies in the analysis of mergers and acquisitions in which they are involved. As it will be developed in this article, in order to adopt these new criteria and methodologies, it is necessary a complete change of paradigm in competition law.

Keywords: eplatforms; competition; concentration; conglomerates; markets

Introdução

As plataformas digitais se encontram inseridas num contexto de transformação social e econômica vivida pela sociedade⁷⁷, trazendo à tona uma nova maneira de se exercer poder econômico. A proeminência deste

⁷⁷ PARKER, Geoffrey G., VAN ALSTYNE, Marshall W., CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You** (English Edition). 2016, p. 3.

modelo de negócios e a dominância exercida por algumas plataformas, as chamadas gigantes da tecnologia, despertou a atenção da mídia e de estudiosos, que passaram a se debruçar sobre o tema.

Em matéria de janeiro de 2018, intitulada *How To Tame the Tech Titans: The dominance of Google, Facebook and Amazon is bad for consumers and competition*⁷⁸, o jornal *The Economist* usou o acrônimo “BAADD”⁷⁹ para se referir às gigantes da tecnologia, cuja sigla, em tradução livre, quer dizer que elas são grandes, anticompetitivas, viciantes e destrutivas para a democracia. A crítica do periódico ao chamado GAFAs⁸⁰ ou FAANGs⁸¹ vai além, afirmando que tais empresas são tão dominantes que possuem poder não somente em relação ao mercado, mas também em relação ao sistema político e às nossas vidas.

Se o surgimento e a consolidação das plataformas digitais como agentes dominantes passam, em grande parte, por fatores como o desenvolvimento de tecnologias que tornaram viável a exploração de tal modelo de negócios na escala hoje observada⁸², é possível também mencionar a leniência de autoridades concorrenciais que, ao não desafiarem operações claramente perigosas do ponto de vista da concorrência em potencial e ao se omitirem no que diz respeito a práticas notadamente anticompetitivas, permitiram às gigantes da tecnologia acumular poder de mercado⁸³, sem que isso fosse necessariamente resultado de maior eficiência.

Diante desse cenário e das demais preocupações suscitadas em decorrência do poder de mercado de tais empresas, este artigo se propõe a descrever os novos contornos do problema da concentração econômica por conglomerados no Direito Concorrencial postos pelas plataformas

⁷⁸ <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans>. Último acesso em 06.03.2021.

⁷⁹ BAADD – Big, Anticompetitive, Addictive and Destructive to Democracy.

⁸⁰ GAFAs – Google, Amazon, Facebook, Apple.

⁸¹ FAANGs – Facebook, Amazon, Apple, Netflix, Google.

⁸² CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Scale: How an emerging business model helps startups build large empires with minimum investment**. First edition (Kindle Edition), 2015, p. 22.

⁸³ KHAN, Lina. M. **Amazon’s Antitrust Paradox**, in *Yale Law Journal*, Vol. 126, nº 3, janeiro de 2017, Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Último acesso em 13.03.2021.

digitais. Para lidar com esses novos contornos, propõe-se uma mudança de critérios e, sobretudo, de paradigma das autoridades antitruste em relação à análise de atos de concentração envolvendo tais plataformas.

Para tanto, este artigo se encontra dividido em três seções: **(1)** na primeira será feita uma descrição das plataformas digitais e de suas principais características; **(2)** na segunda, buscar-se-á traçar os novos contornos ao problema dos conglomerados, expondo as principais estratégias competitivas das plataformas digitais; por fim, **(3)** na terceira seção, será proposta uma mudança de paradigma na análise de mercados de plataformas digitais, buscando a proteção do processo competitivo, em detrimento da utilização do critério do bem-estar do consumidor.

1. As plataformas digitais: definição e características

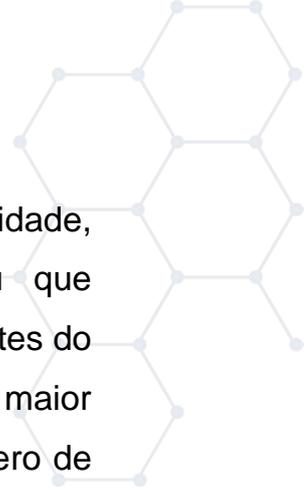
1.1. Conceito

Em 2019, a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE publicou, em forma de relatório, estudo sobre as plataformas digitais (*online*)⁸⁴, elencando em tal documento as suas principais características e destacando questões que não deveriam fugir do horizonte de debate dos reguladores, como a influência desse tipo de estrutura empresarial em áreas como política, proteção de dados e privacidade, concorrência, defesa do consumidor e direito do trabalho. Naquela oportunidade, a OCDE definiu as plataformas digitais como um serviço que, via *internet*, facilita as interações entre dois ou mais conjuntos de usuários interdependentes – sejam empresas ou pessoas naturais:

“[...] uma plataforma online é um serviço digital que facilita interações entre dois ou mais conjuntos de usuários distintos, mas interdependentes (seja empresas, seja pessoas naturais) que interagem mediante esse serviço via internet.”⁸⁵ (tradução livre)

⁸⁴ OCDE. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**. Paris, 2019, p. 21. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>.

⁸⁵ Idem, p. 21.



O desenvolvimento da *internet*, bem como a sua ubiquidade, conectando grande parte da população mundial, possibilitou que mercados de dois ou múltiplos lados, que já existiam desde bem antes do advento das plataformas digitais⁸⁶, pudessem ganhar maior escalabilidade. Esse aumento na conectividade intensificou o número de interações entre indivíduos e entre empresas e seus consumidores, transformando as plataformas digitais em vendedoras de interações e de conexões entre os seus usuários⁸⁷.

Tendo em vista que a realização de interações é o propósito de uma plataforma digital, é necessário que se traga para o seu ambiente conjuntos de usuários que possam interagir entre si. Nesse sentido, a quantidade ou a qualidade dos usuários presentes nos outros lados da plataforma pode ser um incentivo ou um desincentivo para a realização de interações, sendo exatamente neste ponto que reside a interdependência entre eles.

São exemplos de plataformas digitais motores de busca como *Google, Bing, Yahoo*, ou até mesmo aqueles destinados a setores e a nichos específicos, como *Booking, MaxMilhas e Decolar.com*; redes sociais como *Facebook, Instagram, Whatsapp, Twitter, Reddit, Pinterest*; aplicativos da chamada economia de compartilhamento, como *Uber, Ifood, Airbnb, QuintoAndar*; *marketplaces* consagrados como *Amazon, E-Bay, Mercado Livre*; além de sistemas operacionais e *app stores* como *Android e IOS*, controlados por *Google e Apple*, respectivamente.

As empresas acima mencionadas, em sua maioria, operam esse modelo de negócios em mais de uma frente. O *Google*, por exemplo, além de ser líder global no mercado de motores de busca, forma também um duopólio com a *Apple* no mercado de sistemas operacionais⁸⁸. Portanto, é

⁸⁶ Supermercados são exemplos de mercados de dois ou múltiplos lados. Ver: MARTINS, Amanda Athayde Linhares. **Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica**. Singular, 2017.

⁸⁷ EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms**, Harvard Business Review Press, English Edition, 2016, p. 40.

⁸⁸ Em 2020, Google e Apple representavam 99,4% do mercado de sistemas operacionais. Fonte: <https://netmarketshare.com>.

importante perceber que algumas plataformas digitais, as chamadas gigantes da tecnologia, controlam não apenas os seus mercados originários, mas também a estrutura da internet⁸⁹, de modo a exercer influência, ao menos potencialmente, em outros mercados, deixando mais do que latentes alguns conflitos de interesse, que podem culminar em infrações concorrenciais.

1.2. Características

1.2.1. Mercados de dois ou de múltiplos lados

Em primeiro lugar, trata-se de mercados de dois ou de múltiplos lados, nos quais os usuários são indivíduos ou empresas que se valem da estrutura fornecida pela plataforma digital para, reduzindo os custos de transação⁹⁰, trocar valor entre si, interagindo, precipuamente, com indivíduos ou empresas que estejam do(s) outro(s) lado(s). Tal dinâmica intensifica a interdependência entre os conjuntos de usuários presentes na plataforma, na medida em que se faz necessário que os integrantes de tais conjuntos estejam prontos para interagir.

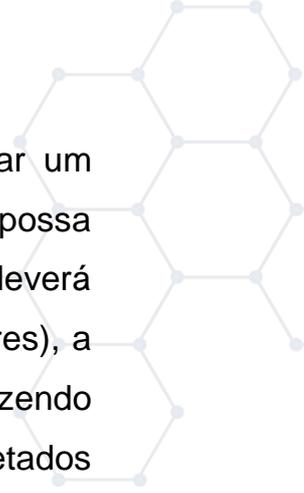
Para que haja interação e, conseqüentemente, seja gerado valor para a plataforma, é necessário existir, no mínimo, interesse de um conjunto de usuários em estar no ambiente da plataforma. Desse modo, podem ser criados incentivos para atrair outro(s) conjunto(s) de usuários, fazendo a plataforma ganhar tração e continuar o seu crescimento ou se manter num ponto de estabilização.

Nesse contexto, questão crucial para as plataformas digitais diz respeito à resolução do denominado *chicken-and-egg problem*⁹¹, segundo o qual, para haver usuários de um lado, é necessário que haja usuários do(s) outro(s) e vice-versa. Tomando como exemplo uma plataforma de e-

⁸⁹ TEPPER, Jonathan; HEARN, Denise. The myth of capitalism: monopolies and the death of competition. Wiley, English Edition, Dez. 2018, p. 107.

⁹⁰ EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers**: The New Economics of Multisided Platforms, cit., pp. 58-71.

⁹¹ CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Scale**: How an emerging business model helps startups build large empires with minimum investment, cit., p. 130.



commerce, para que haja interação (venda), alguém deve ofertar um produto ou serviço (fornecedor) de modo que outro indivíduo possa adquirir tal produto ou serviço (consumidor). Assim, a plataforma deverá atrair ambos os conjuntos de usuários (fornecedores e consumidores), a fim de poder extrair o valor da interação havida entre eles (venda), fazendo incidir percentuais sobre a transação ou monetizando os dados coletados no seu decorrer e, assim, obter receitas para custear a sua atividade e gerar lucro.

Entretanto, como proceder desta maneira se a presença de um desses conjuntos depende, necessariamente, da presença do outro? Tal circunstância impõe à plataforma dificuldades para trazer os usuários ao seu ambiente. Para solucionar este problema, elas recorrem a diferentes estratégias, que revelam como se estrutura o seu modelo negócios. Pode-se optar, por exemplo, por subsidiar o acesso à plataforma por um dos lados, deixando de se cobrar qualquer valor pecuniário ou cobrando preços, no máximo, de custo, impondo, assim, o custeio da atividade apenas a determinado conjunto de usuários⁹². Em alguns casos, os usuários do lado subsidiado são, efetivamente, pagos para acessar a plataforma e, assim, atrair os usuários do(s) outro(s) lado(s), como no exemplo em que operadoras de cartões de crédito ou meios de pagamento eletrônicos oferecem bônus, recompensas, ausência de anuidade ou, simplesmente, *cashback* aos usuários.

Conseqüentemente, devido às grandes economias de escala e de escopo que podem ser geradas, a decisão de angariar mercado ao invés de lucro, num primeiro momento, pode ser mais racional do que tentar extrair o máximo de receitas possíveis no curto prazo. Além disso, grande parte dos recursos financeiros de muitas plataformas durante esse período em que se ganha tração e se aumenta a participação no mercado costuma ser proveniente de um *pool* de investidores pouco preocupados com as perdas no curto prazo, os quais, através de rodadas de investimento,

⁹² ROCHET, Jean-Charles; e TIROLE, Jean. **Platform Competition in two-sided markets**. European Economic Association, 2003, p. 992.

realizam aportes que possibilitam a tais agentes continuar a sua estratégia de expansão⁹³.

Em suma, as plataformas devem buscar, num primeiro momento, solucionar o *chicken-and-egg problem* para que os usuários passem a interagir de maneira fácil e constante, aumentando, assim, o número de interações no seu ambiente até que ela possa extrair parte do valor de tais interações e, dessa forma, atingir massa crítica para obter receita suficiente para continuar crescendo. A partir do momento em que essa dinâmica se consolida, os efeitos de rede passam a agir e a assegurar esse crescimento de maneira sustentável⁹⁴.

1.2.2. Efeitos de rede

Os efeitos de rede (*network effects*) se encontram presentes em mercados de dois ou de múltiplos lados e podem ser classificados como diretos ou indiretos; e como negativos ou positivos. Na prática, dizem respeito ao impacto causado pela presença de determinado conjunto de usuários em outros usuários da plataforma, independentemente do lado em que tais usuários se encontram⁹⁵.

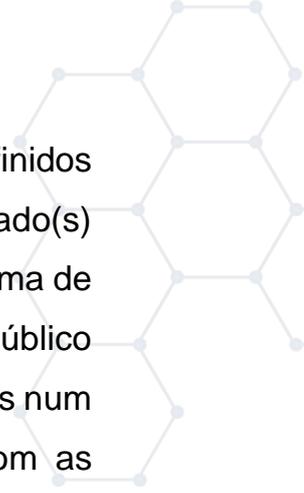
Em relação aos efeitos de rede indiretos (*cross-side effects*), trata-se do impacto causado pela adição ou subtração de determinado(s) usuário(s) que estejam em outro lado da plataforma⁹⁶. Por exemplo, quanto mais pessoas utilizam os serviços oferecidos pelo *Google*, mais anunciantes se interessam pela plataforma, em virtude das possibilidades de espaços publicitários e de publicidade direcionada. O contrário também funciona, pois quanto menos pessoas acessam a plataforma, menos atrativos serão tais espaços para os anunciantes, que se encontram em lado distinto dos consumidores.

⁹³ KHAN, Lina. M., Amazon's Antitrust Paradox, Cit., p. 564.

⁹⁴ EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms**, cit., p. 41.

⁹⁵ PARKER, Geoffrey G., VAN ALSTYNE, Marshall W., CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You**, cit., p. 28.

⁹⁶ Idem, p. 28.



Já os efeitos de rede diretos (*same-side effect*) podem ser definidos como o impacto causado pela adição ou subtração de determinado(s) usuário(s) no mesmo lado da plataforma⁹⁷. É o caso de uma plataforma de encontros amorosos voltada majoritariamente para o público heterossexual, por exemplo. Quanto mais homens forem adicionados num dos lados, maior será a competição entre eles pelos *matches* com as mulheres no outro lado da plataforma e, conseqüentemente, mais difícil será conseguir um encontro. Nesse caso, a adição de usuários masculinos à plataforma causou um impacto nos mesmos usuários masculinos, isto é, em usuários presentes no mesmo lado.

Por sua vez, os efeitos de rede positivos ocorrem quando o impacto da adição ou subtração de determinado(s) usuário(s) de um dos lados da plataforma incentiva outro(s) usuário(s) a se juntarem⁹⁸. Já os efeitos de rede negativos se dão quando tal adição ou subtração desincentiva outros usuários a interagirem no ambiente da plataforma⁹⁹. Para ilustrar, valendo-se do exemplo do *Google*, a adição de usuários ao lado da demanda (por serviços de busca) incentivaria a entrada de anunciantes, o que pode ser definido como um efeito positivo para os anunciantes. Noutro giro, a adição de mais anunciantes à plataforma poderia causar um êxodo de usuários, pois a grande quantidade de anúncios entre as buscas poderia piorar a experiência, criando uma espécie de efeito negativo para os usuários.

Percebe-se, portanto, que tais efeitos podem ser observados de plataforma para plataforma e de maneira concomitante. Afinal de contas, os efeitos de rede são uma função direta do interesse de cada conjunto de usuários em fazer parte da plataforma. Nesse sentido, tais incentivos podem, por muitas vezes, ser conflitantes, de modo que o controlador deverá encontrar um equilíbrio para continuar crescendo ou para continuar promovendo interações num nível sustentável.

⁹⁷ Idem, p. 28.

⁹⁸ Idem, p. 28.

⁹⁹ Idem, p. 29.

1.2.3. O vencedor leva (quase) tudo

Quando os efeitos de rede em determinado mercado são primordialmente positivos e vêm acompanhados de grandes economias de escala no lado da oferta, altos custos de *multihoming* ou de migração e uma ausência de segmentos ou nichos especializados no lado da demanda, pode ser criada uma dinâmica comumente referida como “*winner takes all*” ou “*winner takes most*”¹⁰⁰. Isto é, aquele que conseguir se consolidar primeiro acaba estabelecendo monopólios ou oligopólios, aumentando a concentração econômica e, de certa maneira, deslocando a competição, que passa a ser “pelo” mercado ao invés de “no” mercado.

Em documento publicado em 2020, o CADE se referiu a essa dinâmica como “*tipping effects*”:

“Mercados com tais características tendem a ‘*tipping*’, isso é, em determinado momento a confluência destes fatores tende a rapidamente concentrar o mercado em um único agente ultradominante. Mercados com ‘*tipping effects*’ normalmente apresentam uma intensa competição pelo mercado no início, que depois se transforma em um provável longo período de baixa competição no qual o vencedor/monopolista aproveita as rendas do seu poder de mercado.”¹⁰¹

Uma vez dominante, a plataforma incumbente poderá oferecer uma série de outros serviços aos seus usuários, aumentando a competição pelo ecossistema digital como um todo. Tal fator acentua a tendência de monopolização dos mercados de plataformas digitais, uma vez que o entrante, para competir com o incumbente, deverá oferecer uma gama cada vez maior de produtos¹⁰².

Evidentemente, não é vedado que agentes econômicos sejam monopolistas ou oligopolistas, desde que a sua posição de dominância tenha sido adquirida em virtude de sua maior eficiência, nos termos do art.

¹⁰⁰ Idem, p. 224.

¹⁰¹ CADE. Departamento de Estudos Econômicos – DEE. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**, 2020, p. 14.

¹⁰² Idem, p. 13.

36, § 1º, da Lei nº 12.529/2011¹⁰³. Entretanto, nos mercados de plataformas digitais, uma vez adquirida a posição dominante, mostra-se importante analisar com maior atenção as condutas desses agentes, dadas as já naturais barreiras de entrada existentes¹⁰⁴, das quais são exemplos os próprios efeitos de rede, além dos altos custos de *multihoming* e de migração e da massiva coleta de dados pessoais dos usuários.

Ademais, a própria lógica de monetização das plataformas digitais pode impor aos agentes que busquem tomar conta de grandes frações do mercado ou dele por inteiro. Isso porque, do ponto de vista econômico, quanto menor a “torta”, mais difícil que sobrem fatias satisfatórias para todos os envolvidos¹⁰⁵. Ou seja, quanto maior for a fração do mercado e, conseqüentemente, a quantidade de usuários e de interações realizadas na plataforma, mais fácil será para acomodar os interesses de todos os conjuntos de usuários nela presentes, bem como de seus investidores.

1.2.4. Coleta massiva e tratamento de dados

Outra característica marcante das plataformas digitais é a massiva coleta e tratamento de dados, visando à sua exploração para os mais diversos fins¹⁰⁶. Por isso, não é exagerado se referir à economia que circunda os mercados de plataformas digitais por “economia movida a dados” ou *data-driven economy*, na qual eles funcionam como verdadeiro insumo para a atividade desenvolvida pelo agente econômico¹⁰⁷. Em mercados de preço-zero, os dados são vistos como verdadeira moeda,

¹⁰³ “Art. 36. [...]”

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”

¹⁰⁴ CADE. Op. Cit., p. 14.

¹⁰⁵ EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. **Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms**, cit., p. 61.

¹⁰⁶ FRAZÃO, Ana. **Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos da personalidade**, in Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais. Gustavo Tepedino, Joyceane Bezerra de Menezes (Coord.)- Belo Horizonte: Fórum, 2019, p. 333.

¹⁰⁷ CRÉMER, Jacques.; de MONTJOYE, Yves-Alexandre.; SCHWEITZER, Heike. Competition Policy For the Digital Era, European Commission, **Final Report, 2019**, p. 73. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Último acesso em 14.03.2021.

uma vez que são a contrapartida cedida pelos usuários para ter acesso ao serviço, possibilitando à plataforma a sua monetização e obtenção de receita.

A exploração dos dados é central para o modelo de negócios das plataformas digitais, uma vez que ela possibilita (i) o oferecimento de publicidade e *marketing* direcionado para usuários específicos, que porventura passaram algum tempo considerando uma compra, ou até mesmo o oferecimento de cupons de desconto para esses usuários; (ii) inovação, na medida em que o conhecimento adquirido sobre os usuários pode antecipar tendências e possibilitar a criação de novos produtos/serviços, abrindo a possibilidade da exploração de novas oportunidades de negócios; e (iii) aumentar a produtividade e otimizar os processos internos e a logística da plataforma, para que ela continue a promover interações de uma maneira mais eficiente¹⁰⁸.

Perceba-se que, até mesmo em mercados nos quais existe a cobrança de valores pecuniários, a exploração econômica dos dados gerados a partir da interação entre os usuários é questão fundamental para o sucesso do modelo de negócios implementado¹⁰⁹. Muito além de melhorar a experiência dos usuários, a governança de dados permite às plataformas tomar decisões estratégicas sobre eventuais e potenciais investimentos. Tome-se o exemplo da *Amazon*, que monitora *startups* para investimento a partir dos dados gerados por essas empresas e armazenados em seu serviço de computação em nuvem¹¹⁰.

Esse cenário de coleta massiva pode gerar um ciclo virtuoso, alimentando os chamados *feedback loops*, que ocorrem quando as plataformas, a partir da contínua coleta e do tratamento de dados, são capazes de intensificar essas vantagens. Desse modo, a experiência do

¹⁰⁸ FURMAN, Jason (chair) et al. **Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel.** 2019, p. 23. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf. Último acesso em 19.03.2021.

¹⁰⁹ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. **Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy.** Cambridge: Harvard University Press, 2016, p. 15.

¹¹⁰ BARR, Alistair. **Amazon Finds Startup Investments in the “Cloud”.** Reuters, Nov. 2011.

usuário se torna mais personalizada, tornando a plataforma cada vez mais atrativa e criando uma verdadeira “barreira de entrada comportamental” a novos competidores¹¹¹.

O advento do *Big Data* e de outras tecnologias de processamento de dados tornou essa característica ainda mais relevante, na medida em que a quantidade de dados que determinado agente econômico tem à sua disposição para tratamento pode ser mais facilmente convertida numa vantagem competitiva. Isso porque, no universo do *Big Data*, quanto mais dados para o processamento, melhor, pois, assim, permite-se ao agente econômico enxergar correlações até então não exploradas¹¹².

1.3. A promessa de um ambiente competitivo mais saudável e outras narrativas

O desenvolvimento da economia digital, ou economia movida a dados (*data-driven economy*), nos últimos anos trouxe consigo a promessa de maior dinamismo e de um ambiente competitivo mais saudável. Nesse sentido, o aumento do fluxo de informações traria maior transparência aos usuários, reduzindo os custos de procura e as assimetrias de informação¹¹³. Desse modo, à medida em que a exploração dos dados pessoais dos usuários pelas plataformas digitais acontecesse, seria possível até mesmo que novos produtos ou serviços fossem ofertados sem que se precisasse buscar por eles.

Ainda, devido ao dinamismo dos mercados digitais, acreditou-se que as suas barreiras de entrada seriam menores, o que tornaria improvável o exercício de poder abusivo por determinado agente econômico durante um período mais longo¹¹⁴. Além disso, a promoção de maior eficiência produtiva e alocativa a partir do grande fluxo de informações no âmbito

¹¹¹ STUCKE, Maurice. Behavioral Antitrust and Monopolization. *Journal of Competition Law and Economics*, 8, nº 3, 2012, p. 554.

¹¹² MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. **Big Data**: the essential guide to work, life and learning in the age of insight. Jonh Murray, 2017, p. 35.

¹¹³ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. **Virtual Competition**: the promise and perils of the algorithm-driven economy. Op. Cit., p. 3.

¹¹⁴ Idem, p. 10.

das plataformas digitais seria responsável pela diminuição do poder dos fornecedores em relação aos consumidores, exercendo pressão sobre eles e, também, diminuindo a probabilidade de abusividade em relação ao consumidor¹¹⁵.

Portanto, nesse cenário de baixa probabilidade do exercício de poder abusivo, seria pouco justificável a intervenção do Direito Concorrencial¹¹⁶. Isso porque, com a baixa expectativa de aumento de preços aliada aos demais benefícios em tese auferidos pelo consumidor, o poder econômico estaria, de certa forma, à deriva, como se a “mão digital” do mercado tornasse o ambiente competitivo mais saudável¹¹⁷. Assim, quando muito, seria suficiente uma aplicação mais branda das normas antitruste, descrita como “*light touch antitrust*”, e consistente numa abordagem mais semelhante àquela defendida pela Escola de Chicago, no sentido de que as próprias forças do mercado impediriam qualquer exercício de poder abusivo¹¹⁸.

É o que defendem, de certa forma, Johnson e Moazed¹¹⁹, ao afirmarem que os monopólios instituídos por plataformas digitais são competitivos. Isso porque, como as plataformas competem com base em sua rede de usuários, e não com base em seus ativos, elas estariam vulneráveis a competidores que, muito embora estejam em mercados adjacentes, possuem bases de usuários semelhantes. De fato, a rede de usuários deve ser levada em consideração na definição de mercado relevante quando se trata de plataformas digitais, uma vez que a pressão competitiva pode surgir de mercados adjacentes. Todavia, isso não contribuiu para que a dominância de determinados agentes econômicos fosse menos duradoura.

Muito ao contrário, tal narrativa contribuiu para que operações com efeitos claramente anticompetitivos fossem aprovadas, aumentando o

¹¹⁵ Idem, p. 8.

¹¹⁶ Idem, p. 10.

¹¹⁷ Idem, p. 21.

¹¹⁸ Idem, p. 23.

¹¹⁹ JOHNSON, Nicholas L.; MOAZED, Alex. **Modern Monopolies**: What it takes to dominate the 21st-Century Economy, St. Martin's Press, New York, English Edition, 2014, p. 104.

poder de mercado de agentes já dominantes. A resistência a uma intervenção antitruste, visando a limitar o poder de mercado de plataformas digitais, foi repelida muitas vezes com base no argumento de que os usuários não aproveitariam os benefícios de curto-prazo dos monopólios, como inovação e a criação de novas comunidades e até mesmo de mercados até então inexistentes¹²⁰. Impedir que os consumidores usufríssem de tais benefícios diminuiria, assim, o seu bem-estar de uma forma geral¹²¹.

Evans e Schmalensee também se mostram pessimistas quanto a uma atuação mais contundente das autoridades antitruste em relação aos monopólios em mercados de plataformas digitais. Isso porque, em tais mercados, a “destruição criativa” e a alta disrupção tornariam pouco duradoura a dominância dos agentes econômicos¹²². Todavia, tal narrativa também foi refutada pela onda de aquisições de empresas disruptivas e inovadoras, com potencial para fazer frente aos agentes dominantes, justamente por esses próprios agentes.

Para continuar se valendo da expressão de Ezrachi e Stucke, essa crença na “mão digital” do mercado, entendida como uma releitura moderna da mão invisível de Adam Smith¹²³, trouxe a reboque, ainda, outras narrativas que serviram ao propósito de tratar do advento das plataformas digitais como algo unicamente positivo, escamoteando os riscos que a exploração desse modelo econômico sem o devido escrutínio das autoridades reguladoras pode trazer aos mercados e à sociedade. Por essa razão, Pasquale¹²⁴ chega a afirmar que, para desafiar essas narrativas, de matriz essencialmente neoliberal, a mera contestação empírica de seus pressupostos não é suficiente. Na concepção do autor, aliado a isso, faz-se necessária a adoção de uma contranarrativa plausível

¹²⁰ Idem, p. 104.

¹²¹ Idem, p. 106.

¹²² EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, cit., p. 54.

¹²³ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Op. Cit., p. 24.

¹²⁴ PASQUALE, Frank. *Two Narratives of Platform Capitalism*, Bluebook 20th ed. 35 Yale L. & Pol'y Rev. 309, 2016, p. 310.

e que se contraponha às narrativas clássicas utilizadas para a abordagem do capitalismo de plataformas, como a de que a concorrência está “a um clique de distância” ou a de que a “competição é para perdedores”.

Essas narrativas, vinculadas ideologicamente à interpretação que a Escola de Chicago faz do direito antitruste, praticamente excluem as plataformas digitais do processo competitivo, relegando-as à função de meras facilitadoras ou intermediárias, isentando-as, assim, do necessário exame regulatório a que deveriam ser submetidas em determinadas ocasiões. Afinal, as plataformas também são agentes econômicos e podem intervir na dinâmica do mercado de maneira anticompetitiva, controlando informações sensíveis e favorecendo parceiras ou subsidiárias, tentando transferir o seu poder econômico para outros mercados ou se engajando em operações societárias nocivas à concorrência.

2. O Direito Concorrencial e as plataformas digitais

Como se viu, as características próprias das plataformas digitais podem tornar o mercado bastante concentrado, criando uma dinâmica do tipo “o vencedor leva (quase) tudo”. Paralelamente, algumas narrativas adotadas para abordar as plataformas digitais contribuem para que as autoridades antitruste deixem de desafiar operações e condutas claramente prejudiciais à competitividade, permitindo que determinados agentes econômicos acumulem bastante poder de mercado.

Entretanto, movimentos recentes apontam para uma agenda antitruste mais forte ao redor do mundo, tendo como principais exemplos os Estados Unidos e a Europa. Tão logo tomou posse da maior economia mundial, Joe Biden anunciou que os professores Tim Wu e Lina Khan, críticos dos monopólios digitais e da política econômica a eles aplicada nos últimos anos, fariam parte do Conselho Econômico Nacional e da Comissão Federal de Comércio (*FTC*, na sigla em inglês),

respectivamente¹²⁵. Já na Europa, a Comissão de Concorrência da União Europeia vem sendo pioneira não só em estudos sobre os mercados digitais, mas também na aplicação de novas metodologias e de novos critérios para coibir o poder de mercado das gigantes da tecnologia¹²⁶.

Neste capítulo, serão abordadas as principais maneiras pelas quais as plataformas digitais podem exercer poder econômico, a fim de fornecer aportes para um controle de estruturas que leve em consideração as peculiaridades de tais agentes econômicos. Buscar-se-á, assim, visualizar quais aspectos merecem ser levados em consideração na análise de atos de concentração, tudo isso à luz dos novos contornos que as plataformas trazem à questão da concentração econômica por conglomerados.

2.1. Estratégias competitivas e exercício de poder econômico.

Como já se viu, o objetivo das plataformas digitais consiste na promoção de interações entre os seus usuários, para que os efeitos de rede passem a agir e assegurem o seu crescimento sustentável até um ponto de equilíbrio. Para tanto, elas lançam mão de estratégias competitivas em três níveis: plataforma contra plataforma; plataforma contra usuário; e usuário contra usuário¹²⁷. No primeiro nível, as plataformas competem entre si, hipótese na qual os usuários não se sentem atraídos apenas por um produto/serviço especificamente, mas sim pelo ecossistema da plataforma, de modo que a estratégia competitiva consiste em tornar esse ecossistema, como um todo, mais atrativo¹²⁸. Nesse cenário, é possível encontrar efeitos de rede mais fortes, uma vez que a quantidade e a qualidade dos usuários no ambiente da plataforma se traduzem mais facilmente no incentivo de outros usuários em permanecer, ou não, ativo e realizando interações.

¹²⁵ <https://www.wired.com/story/plaintext-tim-wu-lina-khan-antitrust-theories/>. Último acesso em 29.03.2021.

¹²⁶ <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2019/03/20/uniao-europeia-multa-google-em-149-bilhao-de-euros-por-antitruste.ghtml>. Último acesso em: 29.03.2021.

¹²⁷ PARKER, Geoffrey G., VAN ALSTYNE, Marshall W., CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You**. Cit., p. 211.

¹²⁸ Idem, p. 211.

No segundo nível, as plataformas competem com os próprios usuários, o que pode gerar conflitos de interesse, na medida em que elas não só fornecem o ambiente no qual esses usuários competem por interações, mas, ao mesmo tempo, competem neste mesmo ambiente, seja por meio de subsidiárias ou parceiras, seja por meio de sua própria atuação. Tal situação é comum em *marketplaces* como a *Amazon*, no qual, muito embora haja vendedores independentes competindo por consumidores, a própria *Amazon* também se apresenta como uma vendedora e compete com outros usuários¹²⁹.

No terceiro nível, os usuários independentes competem por posições dentro do ecossistema da plataforma, como quando dois desenvolvedores de aplicativos procuram atrair os mesmos consumidores em determinada *app store*¹³⁰; ou quando dois fornecedores distintos buscam atingir os mesmos compradores em algum *marketplace*, podendo gerar até mesmo cenários colusivos via algoritmos de precificação¹³¹.

2.1.1. Aumento dos custos de multihoming ou de migração

Dentre as principais estratégias competitivas das plataformas digitais, encontra-se o aumento dos custos de *multihoming*¹³² ou de migração, o que pode aumentar as barreiras de entrada no mercado¹³³. Isto é, as plataformas desenvolvem regras (e.g. contratuais), além de práticas e de protocolos que desencorajam tanto a utilização simultânea de outra plataforma que ofereça serviços similares ou a própria migração de usuários para um concorrente, sustentando ou aumentando o número de interações em seu ambiente e mantendo ou aumentando o seu poder

¹²⁹ Idem, p. 211.

¹³⁰ Idem, p. 211.

¹³¹ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. **Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy.** Op. Cit., pp. 35-36.

¹³² “Multihoming occurs when users engage in similar types of interaction on more than one platform.” PARKER, Geoffrey G., VAN ALSTYNE, Marshall W., CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You**, cit., p. 213. Tradução livre: Multihoming ocorre quando usuários se engajam em interações similares em mais de uma plataforma.

¹³³ Idem, p. 224.

de mercado. Trata-se de estratégia principalmente adotada por plataformas que já possuem certo poder de mercado.

Tal possibilidade enfraquece uma das narrativas adotadas para justificar uma abordagem mais leniente do direito antitruste em relação às plataformas digitais: a de que elas estão inseridas em mercados cuja concorrência se encontra a apenas “um clique de distância”¹³⁴. Isso porque, independentemente de as plataformas se engajarem ou não em condutas visando ao aumento desses custos, eles próprios podem ser bastante altos, tanto do ponto de vista monetário, simbolizado pelo pagamento de várias taxas de inscrição em outras plataformas; tanto do ponto de vista comportamental, dada a inconveniência de se cadastrar em mais de uma delas¹³⁵. Como o tempo dos usuários é finito, a migração ou até mesmo a utilização simultânea de outra plataforma pode não ocorrer em virtude de ter sido desenvolvido hábito em acessar a plataforma dominante¹³⁶.

2.1.2. Exploração econômica dos dados coletados e tratados

Conforme já abordado acima, uma das principais características das plataformas digitais é a coleta massiva e o tratamento de dados, os quais podem ser utilizados para vários fins, alimentando os *feedback loops* e conferindo uma vantagem competitiva aos agentes dominantes. Devido ao seu caráter não-rivalizável e à possibilidade de se duplicarem facilmente, os conjuntos de dados coletados e tratados pelas plataformas costumam se tornar exclusivos apenas em decorrência de estratégias competitivas por elas empregadas, como a assinatura de contratos e a imposição de barreiras técnicas de interoperabilidade, ou então por meio de regulação,

¹³⁴ <https://www.forbes.com/sites/davidwisner/2012/10/14/googles-larry-page-competition-is-one-click-away-and-other-quotes-of-the-week/?sh=13786c385ea1>. Último acesso em 29.03.2021.

¹³⁵ PARKER, Geoffrey G., VAN ALSTYNE, Marshall W., CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You**. Cit., p. 224.

¹³⁶ CANDEUB, Adam. **Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust**. Bluebook 20th Ed., 2014, p. 410.

que isente aqueles que coletaram e trataram os dados de compartilhá-los com rivais¹³⁷.

Sob essa perspectiva, há quem enxergue os dados, em mercados de plataformas digitais, como *essential facilities*. Dessa maneira, dado o seu caráter de insumo essencial, deveriam ser compartilhados pelo agente dominante que tem acesso a eles, para que possa haver concorrência efetiva. Entretanto, de nada adianta ter acesso a esses dados sem a capacidade de transformá-los em informações valiosas¹³⁸.

É nesse contexto que surgiram os chamados “data-opólios”, conforme definido por Stucke¹³⁹, os quais consistem em empresas gigantes que controlam “plataformas-chave”, capazes de atrair diversos tipos de usuários (consumidores, vendedores, anunciantes, desenvolvedores de softwares e de aplicativos, além de desenvolver mercados adjacentes), coletando e tratando os dados gerados por eles no decorrer da interação. A velocidade para coletar e tratar esses dados ajuda tais agentes econômicos a exercer poder de mercado¹⁴⁰. Naturalmente, diante do poder que os dados podem proporcionar aos incumbentes, a existência de posição dominante poderia impor uma maior responsabilidade, conforme decidiu o *Bundeskartellamt* ao multar o *Facebook* pela coleta de dados pessoais sem o consentimento dos titulares, em violação ao GDPR¹⁴¹, tanto em suas plataformas (*Whatsapp* e *Instagram*) como em sites de terceiros.

Tal episódio, além de revelar que a proteção de dados e a privacidade podem ser objeto da análise concorrencial, evidenciou que agentes econômicos com poder de mercado podem, mediante a apresentação de termos de adesão do tipo *take-it-or-leave-it*, valendo-se

¹³⁷ FURMAN, Jason (chair) et al. **Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel**. Cit., pp. 23-24.

¹³⁸ FRAZÃO, Ana. Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais. In: DONEDA et al. **Tratado de Proteção de Dados Pessoais**. Forense, Rio de Janeiro, 2021, p. 540.

¹³⁹ STUCKE, Maurice. Should We Be Concerned About Data-Opolies?, **Georgetown Law Technology Review**, 275, 2018, pp. 275-324.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 275.

¹⁴¹ General Data Protection Regulation é a legislação que substituiu a Diretiva nº 95 no que diz respeito à proteção de dados pessoais e privacidade no âmbito da União Europeia.

de sua posição de dominância e dos efeitos de rede próprios desses mercados, obrigar, de certa forma, os titulares a concordar com a coleta de dados provenientes de fontes que não guardam qualquer relação com o serviço prestado por esses incumbentes, fazendo-os acumular cada vez mais poder de mercado.

É que, no paradigma do chamado “capitalismo de vigilância”, conforme ressalta Shoshanna Zuboff¹⁴², as empresas coletam e tratam ainda mais dados pessoais do que seria legítimo ou necessário para o exercício de sua atividade empresarial. Cria-se, assim, uma espécie de excedente comportamental (*behavioral surplus*) produzido pelos seres humanos, que passa a ser empregado no desenvolvimento de novas tecnologias, sobretudo no aprendizado de máquina (*machine learning*), aperfeiçoando sua capacidade de predição do comportamento humano, reduzindo a autodeterminação informativa dos indivíduos e aumentando o poder não só de mercado das plataformas, mas também aquele exercido sobre nossas vidas.

Dessa forma, as plataformas passam a ter uma ingerência maior nas decisões que são tomadas pelos indivíduos ou a respeito deles, e tudo isso numa lógica *one-way-mirror*, conforme descrito por Pasquale¹⁴³, uma vez que há pouca transparência acerca de tais processos decisórios, ao passo que tais corporações possuem um vastíssimo conhecimento dos cidadãos. Há, dessa forma, uma clara vantagem competitiva de plataformas digitais dominantes para outras competidoras, de modo que tal vantagem pode ser alavancada para outros mercados, inclusive para aqueles que não guardam qualquer relação com o mercado de atuação da plataforma.

¹⁴² ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power.** Public Affairs, New York, 2019, p. 8.

¹⁴³ PASQUALE, Frank. **The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information.**, Harvard University Press., Cambridge, MA, 2015, p. 9.

2.1.3. Envelopamento

As plataformas digitais também são capazes de exercer o seu poder de mercado por meio daquilo que se pode chamar de “envelopamento”, que consiste na absorção de funcionalidades e/ou características – e consequentemente da base de usuários – de uma plataforma adjacente¹⁴⁴. Ocorre quando uma plataforma adjacente, isto é, que opere em um mercado distinto, mas que tenha uma base de usuários semelhante ou que se sobreponha¹⁴⁵, passa a ser enxergada como uma ameaça competitiva, forçando a plataforma ameaçada a oferecer funcionalidades e/ou características similares aos usuários ou a tentar adquirir a sua concorrente.

Por exemplo, após perceber que o *Snapchat* seria uma ameaça competitiva, o *Facebook* apresentou proposta à empresa, que, por sua vez, recusou a oferta. Cientes de que a absorção de algumas características do seu novo rival poderia evitar uma perda de usuários, o *Facebook* desenvolveu, em suas plataformas, funcionalidades semelhantes às aquelas desenvolvidas pelo *Snapchat*, valendo-se do seu poder de mercado e de sua enorme base de usuários para tomar um mercado distinto daquele originalmente explorado.

Por outro lado, quando o rival aceita a oferta, tal estratégia resulta nas chamadas “*killer acquisitions*”, que consistem em aquisições de empresas nascentes e inovadoras por incumbentes ameaçadas pelo crescimento de tais empresas, sendo exemplos famosos as aquisições do *Whatsapp* e do *Instagram* pelo *Facebook*. Tais plataformas operavam em mercados teoricamente distintos, mas passaram a exercer uma pressão competitiva sobre o *Facebook*, na medida em que começou a haver uma intersecção entre as suas redes de usuários.

¹⁴⁴ PARKER, Geoffrey G., VAN ALSTYNE, Marshall W., CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You.** Cit., p. 222.

¹⁴⁵ Idem, p. 221.

2.1.4. Alavancagem

Outra estratégia competitiva das plataformas digitais é a alavancagem, consistente na tentativa de transferência de poder econômico de um mercado para outro. É o que o *Google* tentou fazer, ao se valer de sua dominância nos mercados de buscas na *internet* para favorecer o seu próprio serviço de comparação de preços¹⁴⁶. Nesse caso, o gigante estado-unidense manipulava as pesquisas de produtos feitas por usuários em sua ferramenta de busca, de modo a favorecer o seu próprio serviço de comparação de preços, posicionando-o em lugares mais relevantes em sua página e que facilitariam o acesso pelos consumidores.

Conforme explanado por Tepper e Hearn, o *Google* se valeu do fato de ser a porta de entrada à *internet* a diversos usuários para se mover na direção do mercado de comparação de preços¹⁴⁷. Isto é, à medida que os consumidores pesquisavam produtos no mecanismo de busca do *Google*, que era o padrão em virtude de sua dominância e dos naturais custos comportamentais de migração, eles eram direcionados para o *Google Shopping*, e, assim, o serviço de comparação de preços da empresa ganhava cada vez mais usuários.

Tais estratégias deixam claro que agentes dominantes nos mercados de plataformas digitais podem influenciar a concorrência em potencial, inclusive em mercados supostamente distintos, cujos serviços/produtos oferecidos não guardam muita similaridade, podendo, inclusive, se engajar em operações societárias que representem riscos à concorrência. Isso porque as plataformas, por visarem a realização de interações, competem umas com as outras por suas redes de usuários, o que traz novos contornos ao problema da concentração econômica por conglomerados.

¹⁴⁶ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784. Último acesso em 29.03.2021.

¹⁴⁷ TEPPER, Jonathan; HEARN, Denise. **The myth of capitalism: monopolies and the death of competition**. Cit., p. 90.

2.2. O controle de estruturas e as plataformas digitais

O controle de estruturas é considerado um meio preventivo de atuação da autoridade antitruste, cuja finalidade é evitar a formação de estruturas de mercado capazes de causar danos ou riscos à concorrência, tendo como primeiro problema identificar o que poderia ser chamado de anticoncorrencial, tarefa que envolve, por sua vez, reconhecer quais os bens e valores a serem tutelados pelo direito concorrencial¹⁴⁸. Dessa forma, muito embora o controle de condutas e o controle de estruturas sejam complementares na tutela da concorrência, é neste último que os objetivos da política antitruste são estabelecidos.

Para saber se a nova estrutura gerada a partir do ato de concentração é capaz de produzir ou não efeitos anticoncorrenciais, é necessário entender o seu impacto sobre o mercado, razão pela qual as concentrações econômicas, sob esse enfoque, podem ser classificadas como horizontais, verticais ou por conglomerados. A primeira hipótese diz respeito a concentrações que envolvem concorrentes nos mesmos mercados de produtos e serviços; a segunda se refere a concentrações entre não-concorrentes que atuem na mesma cadeia econômica; e a terceira é descrita como a concentração entre não-concorrentes que atuem em mercados distintos e que não guardam relação entre si¹⁴⁹.

Em que pese esses tipos de concentração econômica não sejam excludentes, uma vez que “a mesma operação pode apresentar desdobramentos horizontais, verticais e de conglomerados”¹⁵⁰, existe um certo consenso acerca do menor potencial ofensivo deste último¹⁵¹. Entretanto, nos mercados de plataformas digitais, devido à possibilidade de alavancagem e de fechamento do mercado para concorrentes ou concorrentes em potencial, o problema da concentração econômica por conglomerados passa a ter novos contornos¹⁵².

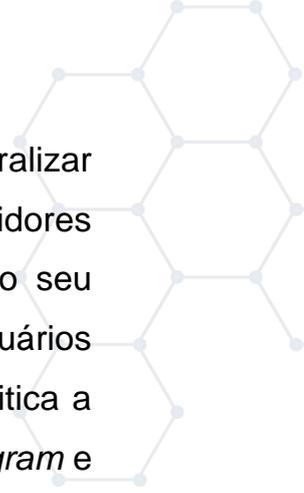
¹⁴⁸ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas.**, Saraiva, 2017, p. 110.

¹⁴⁹ Idem, p. 117.

¹⁵⁰ Idem, p. 117.

¹⁵¹ Idem, p. 120.

¹⁵² FRAZÃO, Ana. Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais. Cit., p. 540.



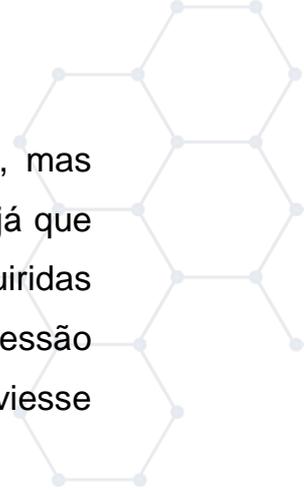
Isso porque plataformas dominantes podem tentar neutralizar ameaças externas, adquirindo ou incorporando eventuais competidores que atuem em outros mercados, sem uma relação direta com o seu mercado de atuação, mas que possuam uma rede de usuários semelhante. Ao dissertar sobre esse tipo de operação, Tim Wu critica a postura das autoridades antitruste em relação à aquisição do *Instagram* e do *Whatsapp* pelo *Facebook*¹⁵³. Isso porque, elas teriam desprezado os riscos à concorrência que as operações representavam, muito embora a cobertura especializada tenha alertado a seu respeito. Na prática, o tempo confirmou que *Whatsapp* e *Instagram*, caso não tivessem sido adquiridos pelo *Facebook*, poderiam representar uma séria ameaça competitiva à rede social, a despeito da diferença entre os produtos/serviços por elas ofertados no momento da operação, sobretudo em virtude da competição pela rede de usuários.

No final das contas, pelo fato de se tratar de um serviço gratuito e de a rede de usuários dessas plataformas ser semelhante, elas competiriam pelo tempo desses usuários, reforçando a visão do próprio Wu no sentido de que as empresas competem pela atenção dos indivíduos¹⁵⁴. Dessa forma, a aquisição do *Instagram* ou do *Whatsapp* pelo *Facebook*, mesmo as partes tendo atuação em mercados distintos, representou um risco à concorrência, impedindo a “destruição criativa”, tida como inevitável por alguns autores, pois no mundo das plataformas, como se viu, é possível que a pressão competitiva venha de outros mercados, o que torna a concentração por conglomerados especialmente preocupante.

Com as referidas aquisições, o *Facebook* agora tem acesso não só aos dados obtidos em sua própria plataforma, como também àqueles obtidos pelo *Instagram* e pelo *Whatsapp*. Ademais, o *Facebook* se apropriou não só das funcionalidades das plataformas concorrentes,

¹⁵³ WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age.** Columbia Global Reports, 2018, p. 124.

¹⁵⁴ Wu, Tim. **The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads.** Vintage Books, New York, 2016.



inclusive acrescentando algumas delas à sua própria plataforma, mas também retomou um certo controle sobre a sua rede de usuários, já que agora passa a ser de seu interesse que as duas plataformas adquiridas tenham cada vez mais alcance. Neutralizou-se, assim, uma pressão competitiva que começava a surgir em seu horizonte, muito embora viesse de um mercado, em tese, distinto.

2.2.1. Novos critérios para a análise de atos de concentração envolvendo plataformas digitais

O primeiro passo para a análise antitruste tradicional é a definição do mercado relevante, cuja finalidade seria compreender a dinâmica concorrencial da operação, buscando saber a partir de que ponto os consumidores conseguiriam canalizar a sua demanda para produtos substitutos em caso de aumento dos preços após a concentração¹⁵⁵. Entretanto, a dinâmica concorrencial em mercados de plataformas digitais se mostra diferente, uma vez que as fronteiras entre esses mercados, na prática, se mostram quase que imperceptíveis em algumas situações.

Em todo caso, tal definição é apenas uma ferramenta à disposição do regulador, longe de ser infalível¹⁵⁶, de modo que, em determinadas análises, talvez seja mais importante verificar a natureza e o perfil da rede de usuários das plataformas envolvidas. Isto é, havendo (potenciais) usuários semelhantes, eventualmente, elas poderiam se tornar rivais, concorrendo pelo tempo desses usuários, que, em determinado momento, seriam obrigados a realizar *trade-offs* entre as plataformas.

Noutro giro, mesmo que se delimite os mercados relevantes, dada a existência de múltiplos lados nas plataformas digitais, mostra-se mais importante a percepção das relações funcionais entre esses mercados, cuidando para que nenhum deles seja isolado durante as etapas da análise¹⁵⁷, do que estabelecer zonas estanques de influência, meramente

¹⁵⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas.** Cit., p. 140.

¹⁵⁶ Idem, p. 141.

¹⁵⁷ FRAZÃO, Ana. **Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais.** Cit., p. 548.

instrumentais, nas quais cada uma das plataformas, em tese, exerceria o seu poder de mercado. A aferição de poder de mercado nesses casos não é tão simples, exigindo das autoridades que tenham uma percepção diferente para identificá-lo.

Deve-se levar em consideração o controle que algumas plataformas possuem da informação, atuando como verdadeiros *gatekeepers*, podendo, assim, exercer esse controle sobre a mídia¹⁵⁸, mercados e os usuários de sua rede¹⁵⁹, em função do acesso a informações obtidas desses próprios usuários. Esse fator revela outra dimensão do poder das plataformas digitais: a sua influência em processos eleitorais, na medida em que podem funcionar como verdadeiros vetores de desinformação¹⁶⁰, como nos casos do *Brexit* e das eleições presidenciais de 2016 nos Estados Unidos, episódios nos quais parte do resultado dos pleitos foi atribuída à manipulação, pela empresa *Cambridge Analytica*, de informações provenientes de usuários do *Facebook*.

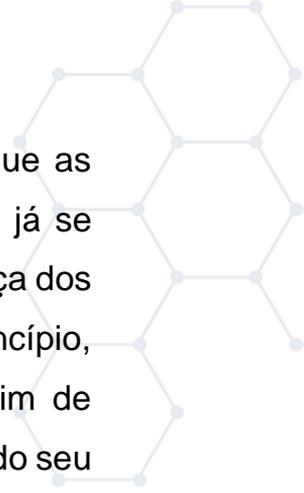
A aludida mudança de percepção das autoridades antitruste sobre as maneiras como as plataformas digitais exercem poder de mercado somente seria possível a partir de alterações nos critérios de notificação de atos de concentração. Isto é, métricas como o faturamento da empresa para medir quanto a operação pode influenciar determinados mercados parecem fadadas à imprecisão quando o assunto é o poder de mercado das plataformas digitais. Em contrapartida, outras métricas como o número de usuários e de contas cadastradas, a quantidade de interações realizadas em dado período e o tempo gasto pelos usuários em cada plataforma ganham relevo.

Por outro lado, pelo fato de muitas plataformas oferecerem serviços gratuitos do ponto de vista pecuniário ao consumidor, o seu bem-estar,

¹⁵⁸ BELL, Emily. The Dependent Press: How Silicon Valley Threatens Independent Journalism. In: **Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple**, Ed. (Martin Moore and Damian Tambini), Oxford University Press, 2016, pp. 305-332.

¹⁵⁹ FRAZÃO, Ana. Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais. Cit., p. 541.

¹⁶⁰ EPSTEIN, Robert. Manipulating Minds: The Power of Search Engines to Influence Votes and Opinions. In: **Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple**, Ed. (Martin Moore and Damian Tambini), Oxford University Press, 2016, pp. 375-409.



medido a partir do preço, também perderia importância. Isso porque as economias de escala e de escopo buscadas com a concentração já se encontram presentes nas plataformas digitais, em virtude da presença dos efeitos de rede. Assim, como as plataformas não precisariam, a princípio, de maiores concentrações econômicas para gerar eficiências a fim de diminuir os preços praticados em relação ao consumidor, a aferição do seu bem-estar, caso seja um critério adotado pela autoridade antitruste, deve envolver outros fatores, como a qualidade do serviço ou os níveis de proteção de dados e de privacidade observados, afinal de contas, como já se demonstrou, os dados pessoais são insumos centrais na exploração do modelo econômico das plataformas digitais.

Muito embora as autoridades antitruste devam concentrar suas atividades na proteção da concorrência mediante a correção de distorções do mercado e a prevenção da formação de estruturas anticompetitivas, essas tarefas podem depender, em alguma medida, do aporte prático e teórico de outros ramos do Direito. Por exemplo, a depender das características do mercado e da importância da exploração dos dados pessoais de usuários para a nova estrutura formada a partir da concentração econômica, o Direito Concorrencial deverá manter uma interface com o ramo da proteção de dados pessoais e privacidade.

Afinal, se os dados pessoais são fonte de riqueza e de poder para as plataformas digitais, não se pode conceber por que razão a sua exploração não poderia ser objeto da repressão do poder econômico promovida pelo direito da concorrência¹⁶¹. Nesse sentido, acordos de cooperação técnica entre o CADE e a recém-criada ANPD poderiam contribuir para que os dois entes alinhassem esforços e reforçassem a fiscalização nos mercados em que há essa intersecção, criando uma sinergia entre ambas as agências e facilitando a compreensão tanto de ilícitos concorrenciais, potenciais ou consumados, quanto de ilícitos relativos à proteção de dados pessoais e privacidade.

¹⁶¹ FRAZÃO, Ana. Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais. Cit., p. 546.

3. Mudança de paradigma necessária: proteção do processo competitivo

3.1. Superação das premissas da Escola de Chicago

Desde a edição do *Sherman Act* em 1890 até os dias atuais, o direito concorrencial, ou antitruste, passou por uma verdadeira ressignificação quanto aos seus propósitos e objetivos, o que culminou na adoção de critérios diferentes para a sua aplicação, sobretudo a partir dos anos 1960 e 1970, devido à influência exercida pela Escola de Chicago no pensamento acadêmico e judicial. Segundo Robert Bork, um de seus maiores expoentes, a intenção do Congresso ao editar o *Sherman Act* era apenas garantir a busca ao “bem-estar do consumidor”, assim, as Cortes deveriam ser guiadas por tal valor e pelas premissas econômicas que o acompanhavam¹⁶².

Tal concepção desconsiderava as preocupações mais complexas do Direito Concorrencial, presentes na época de sua criação¹⁶³, como a opção por uma estrutura econômica democrática, o seu papel como uma espécie de contrapeso ao poder político e econômico dos agentes privados, bem como a preocupação com os negócios menores e a manutenção de uma economia descentralizada, que propiciasse a liberdade de iniciativa¹⁶⁴. Isso porque, de acordo com a retórica encampada por Bork e pelos demais autores filiados à Escola de Chicago, dada a vagueza e a indeterminação de tais conceitos, apenas critérios

¹⁶² BORK, Robert. Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act, *Journal of Law and Economics*, 1966.

¹⁶³ O Senador John Sherman declarou em sessão deliberativa do Congresso Americano em 1890 que a concentração de poder econômico nas mãos de poucos entes era uma prerrogativa real, inconsistente com a forma de governo adotada pelos Estados Unidos e que deveria ser objeto da forte resistência do Estado e das autoridades nacionais. Disponível em: http://www.appliedantitrust.com/02_early_foundations/3_sherman_act/cong_rec/21_cong_rec_2455_247_4.pdf. Último acesso em 26.03.2021; No mesmo sentido, o jurista e justice (análogo a ministro) da Suprema Corte Norte Americana, Louis Brandeis, um dos grandes críticos dos monopólios em todos os tempos, chamaria os efeitos adversos da grande concentração econômica de “maldição da grandeza” (the curse of bigness), haja vista o seu poder de corromper as estruturas econômicas, sociais e políticas. Ver BRANDEIS, Louis. *Other People’s Money and How the Bankers Use It*. McClure Publications, 1914, p. 163.

¹⁶⁴ WU, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Cit. p. 89.

puramente econômicos, como o preço e as eficiências buscadas pela operação, seriam capazes de justificar com segurança a sua aplicação¹⁶⁵, devendo-se presumir que a estrutura econômica existente é a mais eficiente possível¹⁶⁶.

Ocorre que, conforme afirma Ana Frazão¹⁶⁷, a segurança almejada por Bork e pela Escola de Chicago foi obtida às custas de “um grande reducionismo e da incorporação irrefletida do utilitarismo econômico” na análise antitruste, afinal, na linha do que defende o Professor Calixto Salomão Filho, o modelo por eles proposto “preocupa-se exclusivamente com a maximização da riqueza global, excluindo completamente de consideração a forma de distribuição dessa riqueza.”¹⁶⁸. Não por outra razão, a Professora Eleanor Fox aduziu que a Escola de Chicago foi responsável por uma dramática redução no escopo do direito concorrencial¹⁶⁹.

No contexto brasileiro, Luís Fernando Schuartz afirma que tal influência promoveu uma desconstitucionalização da defesa da concorrência¹⁷⁰, o que afastou o direito concorrencial de objetivos como a preservação das liberdades e da democracia, além da redução das desigualdades. Segundo o autor, neste processo, as autoridades responsáveis pela aplicação da norma concorrencial se mantiveram “impermeáveis a argumentos substantivos de natureza constitucional”, em grande parte devido à ampla aceitação das premissas da Escola de Chicago como “uma norma quase auto-evidente”.

Mesmo sem maiores evidências empíricas acerca da legitimidade de sua concepção quase dogmática acerca do funcionamento dos

¹⁶⁵ BORK, Robert H., **The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself**, New York, Free Press, 1978.

¹⁶⁶ MCGEE, John S. **In Defense of Industrial Concentration**, Praeger, 1971.

¹⁶⁷ FRAZÃO, Ana de Oliveira. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas**. Cit., p. 39.

¹⁶⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. Ed. Malheiros. São Paulo, 2013, p. 78.

¹⁶⁹ FOX, Eleanor M. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In **Post-Chicago developments in antitrust law**. CUCINOTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e BERGH, Roger Van Den (Edition). Edward Elgar Publishing Limited. 2002, p. 78.

¹⁷⁰ SCHUARTZ, Luis Fernando. **A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência**. 2008, p. 2. Disponível: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/1762/TPD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Último acesso em 26.03.2021.

mercados, a qual desconsidera vieses e o fato de que os seres humanos nem sempre tomam decisões racionais¹⁷¹, o pensamento defendido pelos integrantes da Escola de Chicago se espalhou pelo mundo¹⁷², e ainda continua dominante. Ocorre que a metodologia e os critérios defendidos por essa corrente de pensamento não se mostram suficientes para endereçar os problemas concorrenciais advindos do surgimento e da consolidação das plataformas digitais enquanto estruturas de poder econômico e político.

Ainda assim, são criadas e propagadas narrativas de matriz neoliberal, conforme já explorado neste trabalho, que buscam afastar o direito da concorrência dos mercados de plataformas digitais. De maneira geral, as críticas à aplicação do direito antitruste a esses mercados são justificadas pela suposta falta de evidências quanto ao cometimento de infrações competitivas ou quanto à sua possibilidade no caso concreto, os ganhos em escala e eficiência trazidos pelas empresas dominantes e o perigo de a intervenção se tornar um óbice à inovação e impactar os benefícios gerados ao consumidor¹⁷³.

Ocorre que no sopesamento entre esses benefícios e os riscos concorrenciais, estes últimos têm se mostrado mais relevantes. Até mesmo porque, muito embora os consumidores tenham acesso a uma quantidade maior de produtos e serviços por preços acessíveis, outros fatores, como a proteção de dados e a privacidade passam a ter maior importância na análise, uma vez que o tratamento de dados pessoais em escala jamais vista colocam em dúvida não só esses benefícios, mas também a existência de um futuro no qual os seres humanos sejam capazes de se autodeterminar enquanto indivíduos, haja vista a extrema

¹⁷¹ KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e Devagar**: Duas Formas de Pensar, 1ª edição, Objetiva, Rio de Janeiro, 2012.

¹⁷² A incorporação dos pressupostos da Escola de Chicago foi tamanha que Richard Posner chegou a afirmar em artigo publicado no final da década de 1970 que não valia mais a pena falar em correntes distintas de análise antitruste. POSNER, Richard. **The Chicago School of antitrust analysis**. University of Pennsylvania Law Review 127/925, 1979.

¹⁷³ SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, S. Roisin. Does Antitrust Have a Role in Regulating Big Data? **Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech**, Roger D. Blair & D. Daniel Sokol editors, Cambridge University Press, Forthcoming, Jan. 2016.

datificação da economia, que ameaça negar acesso a serviços essenciais (como acesso a crédito e a planos de saúde, por exemplo) e oferece pouca ou nenhuma capacidade de oposição dos cidadãos a decisões automatizadas tomadas a seu respeito.

Essa capacidade de coleta e de processamento de dados e os seus efeitos devem se intensificar na esteira da pandemia de Covid-19. Conforme afirma o historiador israelense Yuval Noah Harari¹⁷⁴, o seu advento, além de normalizar a vigilância em massa em decorrência de medidas necessárias para o controle do contágio, marcou uma dramática transição da vigilância em caráter “*over the skin*” para um caráter “*under the skin*”, abaixo da pele, em tradução livre. Isto é, as novas capacidades de coleta e tratamento de dados desenvolvidas para o auxílio durante a pandemia podem ser direcionadas para normalizar a coleta e o tratamento de dados de saúde até então pouco explorados, como a temperatura e a pressão arterial do indivíduo, fornecendo um novo tipo de informação e de poder para os controladores desses dados, que, quase sempre, operam o modelo de plataformas digitais.

Ademais, o argumento categórico de que a intervenção em determinados mercados, automaticamente, prejudicaria a inovação não encontra sustentação na realidade. Conforme aduzido por Tim Wu¹⁷⁵, a intervenção do direito concorrencial em monopólios e oligopólios pode, na realidade, impulsionar a inovação. Para provar o seu ponto, o professor da Universidade de Columbia menciona a ação movida pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos contra a IBM, que, muito embora tenha perdido objeto no decorrer do seu trâmite em razão do desenvolvimento de tecnologia que tornava a discussão obsoleta, impôs à empresa investigada que deixasse de se engajar em condutas anticompetitivas no geral – mediante tática conhecida como *policeman at the elbow* –, abrindo espaço para que outras empresas fomentassem o desenvolvimento da

¹⁷⁴ HARARI, Yuval Noah. **The world after coronavirus**. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>. Acesso em 26.03.2021.

¹⁷⁵ WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age**. Cit. p. 89.

indústria tecnológica no país, o que culminou no surgimento dos primeiros computadores pessoais.

Dessa forma, entende-se que o direito concorrencial precisa superar o paradigma da Escola de Chicago para que possa ser capaz de controlar o poder econômico exercido por plataformas digitais. Como a superação de um paradigma impõe a adoção de outro, conforme será demonstrado adiante, a adoção do critério da proteção do processo competitivo não é uma panaceia, mas pode oferecer uma direção para a aplicação do direito concorrencial.

3.2. Do bem-estar do consumidor à proteção do processo competitivo

Conforme sustenta Tim Wu¹⁷⁶, atualmente há duas escolas de pensamento que fazem uma oposição à Escola de Chicago: uma delas, conhecida como Post-Chicago, entende que o critério do bem-estar do consumidor foi utilizado excessivamente, mas ainda pode ser útil à análise concorrencial; enquanto a outra, conhecida como neo-brandeisiana, defende que o antitruste não será capaz de dar as respostas que a sociedade precisa sem que antes seja abandonada a premissa de que a intenção do Congresso dos Estados Unidos ao editar o *Sherman Act* teria sido a de garantir o bem-estar do consumidor. Para Wu, a diferença fundamental entre essas duas correntes é a de que uma aposta na maximização de um valor (utilização correta e baseada em evidências econômicas confiáveis do critério do bem-estar do consumidor) enquanto a outra, justamente porque determinado valor pode ser bastante vago, advoga a proteção do processo competitivo.

A concepção defendida por Wu, de que o direito da concorrência precisa proteger o processo competitivo, encontra ressonância na obra de Ana Frazão¹⁷⁷. Muito embora a professora da Universidade de Brasília

¹⁷⁶ Wu, Tim. After consumer welfare, now what? The “Protection of Competition Standard” in Practice. *The Journal of Competition Policy International*, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173. Último acesso em 15.03.2021.

¹⁷⁷ FRAZÃO, Ana. **Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais**. Cit., p. 546.

reconheça que a proteção do bem-estar do consumidor ainda é útil, na medida em que afirma que tal critério deve levar em conta questões como a preservação da individualidade, da identidade e da cidadania, ela própria afirma que “o Direito da Concorrência precisa resgatar o seu compromisso de proteger o processo competitivo em si.”. Afinal não seria possível endereçar os desafios da economia movida a dados “por meio da análise concorrencial exclusiva ou prioritariamente focada no aumento de preços.”¹⁷⁸.

De fato, a adoção de tal compromisso – proteção do processo competitivo – parece ser capaz de resgatar os objetivos iniciais do direito concorrencial de funcionar como um contrapeso ao poder econômico de agentes privados, garantindo um mercado mais democrático e o exercício da livre iniciativa. Isso porque consiste na resposta à seguinte pergunta: a conduta ou operação analisada é meramente parte do processo competitivo ou pode ser traduzida como um esforço para suprimir ou até mesmo destruir a competição?¹⁷⁹ Partindo-se de tal indagação e fazendo uso das novas metodologias e critérios apontados no capítulo anterior, acredita-se que as autoridades antitruste estariam mais bem equipadas para responder ao problema da concentração econômica por conglomerados nos mercados de plataformas digitais.

Considerações Finais

Como se viu, as plataformas digitais operam numa lógica distinta dos modelos de negócio tradicionais, razão pela qual exercem poder econômico de maneira igualmente distinta. Em virtude de suas características, as plataformas podem exercer influência em mercados que, a partir da análise tradicional seriam considerados absolutamente distintos e sem qualquer relação com o seu mercado de atuação.

¹⁷⁸ Idem, p. 547.

¹⁷⁹ Wu, Tim. **After consumer welfare, now what?** The “Protection of Competition Standard” in Practice. Cit., p. 9.

Dessa forma, pelo fato de as plataformas digitais, ao fim e ao cabo, competirem pela rede de usuários uma da outra, a concentração econômica por conglomerados ganha novos contornos. Diante desses novos contornos, em algumas situações, as autoridades antitruste não são capazes de captar o exercício de poder abusivo, razão pela qual é necessária a adoção de novos critérios e de metodologias mais adequadas para a análise de atos de concentração envolvendo tais agentes econômicos.

Ocorre que, para a adoção desses novos critérios e metodologias, impõe-se a superação das premissas impostas pela Escola de Chicago para a análise dos mercados no decorrer da segunda metade do século XX. Mais do que isso, faz-se necessária uma mudança de paradigma na análise antitruste, passando-se a perseguir a proteção do processo competitivo como um todo, ao invés do bem-estar do consumidor.

Referências Bibliográficas

BARR, Alistair. *Amazon Finds Startup Investments in the “Cloud”*. Reuters, Nov. 2011.

BELL, Emily. *The Dependent Press: How Silicon Valley Threatens Independent Journalism*. In *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, Ed. (Martin Moore and Damian Tambini), Oxford University Press, 2016, pp. 305-332.

BORK, Robert. *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*, Journal of Law and Economics, 1966.

BORK, Robert. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with itself*, New York, Free Press, 1978.

BRANDEIS, Louis. *Other People’s Money and How the Bankers Use It*. McClure Publications, 1914.

CADE. Departamento de Estudos Econômicos – DEE. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020.

CANDEUB, Adam. *Behavioral Economics, Internet Search, and Antitrust*. Bluebook 20th Edition, 2014.

CHOUDARY, Sangeet Paul. *Platform Scale: How an emerging business model helps startups build large empires with minimum investment*. First edition (Kindle Edition), 2015.

CRÉMER, Jacques.; de MONTJOYE, Yves-Alexandre.; SCHWEITZER, Heike., *Competition Policy For the Digital Era, European Commission, Final Report*, 2019. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms*, Harvard Business Review Press, English Edition, 2016.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual Competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.

EPSTEIN, Robert. *Manipulating Minds: The Power of Search Engines to Influence Votes and Opinions*. In *Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook and Apple*, Ed. (Martin Moore and Damian Tambini), Oxford University Press, 2016, pp. 375-409.

FOX, Eleanor M. *Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization*. In *Post-Chicago developments in antitrust law*. CUCINOTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; e BERGH, Roger Van Den (Edition). Edward Elgar Publishing Limited. 2002.

FRAZÃO, Ana. *Big Data e aspectos concorrenciais do tratamento de dados pessoais*. In: DONEDA et al., *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*. Forense, Rio de Janeiro, 2021.

FRAZÃO, Ana. *Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas*., Saraiva, 2017.

FRAZÃO, Ana. *Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos da personalidade*, in *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Gustavo Tepedino, Joyceane Bezerra de Menezes (Coord.)- Belo Horizonte: Fórum, 2019.

FURMAN, Jason (chair) et al. *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. 2019, Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf.

HARARI, Yuval Noah. *The world after coronavirus*. Disponível em: <https://www.ft.com/content/19d90308-6858-11ea-a3c9-1fe6fedcca75>.

JOHNSON, Nicholas L.; MOAZED, Alex. *Modern Monopolies: What it takes to dominate the 21st-Century Economy*, St. Martin's Press, New York, English Edition, 2014.

KAHNEMAN, Daniel. *Rápido e Devagar: Duas Formas de Pensar*, 1ª edição, Objetiva, Rio de Janeiro, 2012.

KHAN, Lina. M., *Amazon's Antitrust Paradox*, in Yale Law Journal, Vol. 126, nº 3, Janeiro de 2017, Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>.

MARTINS, Amanda Athayde Linhares. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. Singular, 2017.

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor; CUKIER, Kenneth. *Big Data: the essential guide to work, life and learning in the age of insight*. Jonh Murray, 2017.

MCGEE, John S. *In Defense of Industrial Concentration*, Praeger, 1971.

OCDE. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, OECD Publishing, Paris, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>.

PARKER, Geoffrey G., VAN ALSTYNE, Marshall W., CHOUDARY, Sangeet Paul. *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You* (English Edition). 2016.

PASQUALE, Frank. *The Black Box Society: The Secret Algorithms That Control Money and Information.*, Harvard University Press., Cambridge, MA, 2015.

PASQUALE, Frank. *Two Narratives of Platform Capitalism*, Bluebook 20th ed. 35 Yale L. & Pol'y Rev. 309, 2016.

POSNER, Richard. *The Chicago School of antitrust analysis*. University of Pennsylvania Law Review 127/925, 1979.

ROCHET, Jean-Charles; e TIROLE, Jean., *Platform Competition in two-sided markets.*, European Economic Association, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. Ed. Malheiros. São Paulo, 2013.

SCHUARTZ, Luis Fernando. *A desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*. 2008, p. 2. Disponível: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%2>

[0007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y.](#)

SOKOL, D. Daniel; COMERFORD, S. Roisin. *Does Antitrust Have a Role in Regulating Big Data?* Cambridge Handbook of Antitrust, Intellectual Property and High Tech, Roger D. Blair & D. Daniel Sokol editors, Cambridge University Press, Forthcoming, Jan. 2016.

STUCKE, Maurice. *Behavioral Antitrust and Monopolization*. *Journal of Competition Law and Economics*, 8, nº 3, 2012.

STUCKE, Maurice. *Should We Be Concerned About Data-Opolies?*, Georgetown Law Technology Review, 275, 2018, pp. 275-324.

TEPPER, Jonathan; HEARN, Denise. *The myth of capitalism: monopolies and the death of competition*. Wiley, English Edition, Dez. 2018.

WU, Tim. *After consumer welfare, now what? The "Protection of Competition Standard" in Practice*. *The Journal of Competition Policy International*, 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173. Último acesso em 15.03.2021.

WU, Tim. *The Attention Merchants: The Epic Scramble to Get Inside Our Heads*. Vintage Books, New York. 2016.

WU, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Columbia Global Reports, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. *The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*. Public Affairs, New York, 2019.

Competition and Regulatory Challenges in Digital Markets: How to tackle the issue of self-preferencing?

Frédéric Marty

ABSTRACT

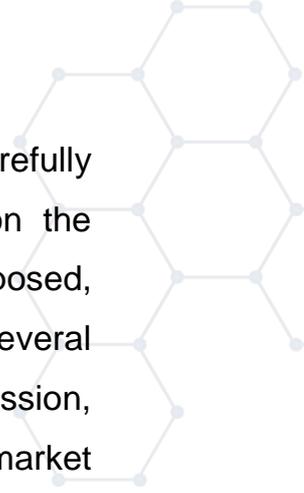
This contribution deals with the application of competition rules in the digital sector and, in particular, the distortions that can result from self-preferencing strategies. In the context of the European Commission's Digital Markets Act project and the UK's plans to regulate the major digital ecosystems, the aim is to examine the relative effectiveness of the current effects-based approach stemming from competition law enforcement, the use of per-se rules, the implementation of specific regulation or the imposition of structural remedies to address such risks. It is a question of insisting on the objectives pursued (maximisation of consumer welfare, dynamic efficiency, contestability of market positions and fairness) and on the conditions for the implementation of hybrid approaches combining the logic of sectoral regulation and procedures rooted in the enforcement of competition rules.

Keywords: digital ecosystems, self-preferencing, exclusionary abuses, exploitative abuses, remedies.

Introduction

Self-preferencing is one of the thorniest issues in the implementation of competition laws in digital markets. Following Ibanez-Colomo (2020), the OECD (2020) defines self-preferencing as a strategy by which a dominant undertaking leverages its dominant position in one market to favour its products in a related market. Self-preferencing can take the form of a refusal to deal or the one of a distorted competition based on the dominant position on the upstream market. Tying and bundling strategies pertain to this strategy as discrimination. Self-preferencing issues are, for instance, more and more analysed in margin squeeze cases both to define the theory of harm and to discuss about proper remedies, as the Deutsche Telekom and Slovak Telekom judgements of the European Union (hereafter EU) Court of Justice shown¹⁸⁰.

¹⁸⁰ See EU Court of Justice, Judgment of the Court of 25 February 2021, Slovak Telekom a.s. v Protimonopolný úrad Slovenskej Republiky, case C-857/19; Judgment of 25 March 2021, case C-152/19P,



The risks associated to self-preferencing practices are carefully considered in the analysis performed by competition authorities on the competition in digital markets. For instance, the EU Commission proposed, on December 15th 2020, a Digital Markets Act that would impose several obligations to firms designated as gatekeepers (European Commission, 2020a). Some market strategies could be prohibited per se for such market players. Among the *donts* notably figure self-preferencing practices. The article 6(1)b of the DMA directly addresses this issue: the gatekeeper shall “refrain from treating more favourably in ranking services and products offered by the gatekeeper itself or any third party belonging to the same undertaking compared to similar services or products of third party and apply fairly and non-discriminatory conditions to such rankings”.

We can question the prohibition of self-preferencing practices. It is one of the core characteristics of a firm – as opposed to the market – to discriminate in favour of its own activities against those provided by other market players. The only exception can be a case in which the firm is overwhelmingly dominant. In such a case, the company is submitted – in EU competition law – to a special duty regarding the preservation of competition in its relevant market.

As Vatiéro (2015) states, the EU jurisprudence imposes to the dominant position a sort of negative responsibility. The dominant firm has to abstain from certain behaviours in order to avoid to exclude its competitors from the market while depriving us from the capacity to compete on the merits¹⁸¹. However, it is very clear that these behaviours are not allowed only because the firm at stake is a dominant one. The same behaviours are allowed for a normal (e.g. non-dominant) firm. Put differently, a dominant firm must refrain its own behaviour to avoid to

Deutsche Telekom / EU Commission, and Judgement of 25 March 2021, Slovak Telekom / Commission, case C-165/19P

¹⁸¹ According to EU case law: “a finding that an undertaking has a dominant position is not itself a reprimand but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market” (NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin v. Commission, 1983).

market strategies that are lawful in themselves but that can exclude weaker competitors from the market just because these strategies are not *repleacable* by a non-dominant competitor.

Does the DMA proposal differ from this underlying logic? Three concerns must be raised. First, the firms that will be designated as gatekeeper can be not dominant ones. Second, self-preferencing is a common practice in several activities, especially in the retail industries with the development of private labels for instance. How to explain the extension of such a special duty to even not dominant players and the difference of treatment between brick and mortars retailers and marketplaces? Third, is self-preferencing always welfare decreasing? Should we prefer a per se prohibition to the implementation a rule of reason? The second one is more requiring but allows balancing potential gains for consumers and possible negative consequence for the competition process. However, the DMA should not be conceived as an additional way to implement competition rules but as a complementary policy. Its purpose differs from the objectives assigned to competition law enforcement. The DMA aims at guaranteeing the contestability of the markets and to tackle fairness related issues. Even if we only consider competition laws, we could discuss the relevancy to limit their purpose to consumer welfare maximization. It makes sense considering legislative history and courts decisional practices to take into consideration broader purposes as competition process protection or market liberties' preservation.

Competition laws in general and in digital markets in particular aim at protecting the consumer welfare but also aim at addressing boarder concerns as Philip Marsden and Rupprecht Podszun stress in their report for the Konrad Adenauer Stiftung: *Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement* (Marsden and Podszun, 2020). They put into relief three constitutional principles at the heart of EU competition policy: freedom of competition, fairness of intermediation and the sovereignty of economic actors to take their decisions autonomously. The focus on intermediation shows that the problems are mainly related to

the behaviour of platforms vis-à-vis their complementors. This raises issues of (economic) dependency, contractual imbalances that may raise distributional issues more directly than efficiency issues.

While point is essential when we consider the specific case of EU competition and its ordoliberal roots, things could be different in the US case. The purpose of the Sherman Act has generated a broad literature, as the legislative intent is difficult to grasp. Conflicting views about the objectives of the drafters have been developed. Some authors consider that the purpose of the Sherman Act is to prohibit undue wealth transfers (Lande, 2013), to avoid monopolies (Lande and Zerbe, 2020) or... to promote allocative efficiency as soon as the Act is analysed as a consumer welfare prescription (Bork, 1978).

In the EU competition law case, it is impossible to limit the objectives defined for competition policy in 1957 by the Treaty of Rome only to the maximisation of the consumer welfare. EU Competition law is more oriented toward the protection of the competition process than focused on efficiency. The EU competition law aims at guaranteeing a free and undistorted competition. As we have highlighted above, EU competition law allows for differential treatment of the dominant operator in favour of firms lacking market power¹⁸². This specificity has not disappeared in 2009 with the economic turn, which was originally advocated by the Commission. When a dominant (on the upstream market) and vertically integrated competitor does not apply similar conditions (in similar circumstances) to its own downstream activities and to the one of its downstream competitors, assessing the net effect of the practice is not required. Applying an unequal treatment among downstream complementors can be sufficient to engage its responsibility¹⁸³. In other words, a dominant operator's practice that induces a discrimination at the expense of other market players may be sanctioned not only on the grounds of its actual net effect but because it

¹⁸² See for instance the case of the hypothetically equally efficient competitor criterion in margin squeeze cases (Marty, 2013).

¹⁸³ See for instance: EU Court of Justice, case C-242/95 *GT-Link A/S v De Danske Statsbaner (DSB)*.

deprives them from the market opportunities resulting from an undistorted competition.

For instance, in a recent case before the French Competition Authority related to an alleged abuse of dominant position of Apple to the detriment to downstream operators, the complainants pointed out that, the case law does not require proof of an anti-competitive effect in the case of unfair trading conditions¹⁸⁴. According to them, as soon as the practice implemented by Apple on the iOS application distribution market is likely to produce foreclosure effects on two adjacent markets on which Apple competes with application publishers, it is sufficient to demonstrate a difference of treatment to characterise a self-preferencing strategy. The vertically integrated dominant operator has to guarantee that its competitors can compete on the merits, on the downstream market.

The difficulty lies in the perimeter of this guarantee. Should we guarantee to small market players the access to the market or the access to a given digital ecosystem? Should such a guarantee be limited to platforms enjoying a near monopoly position making them an unavoidable trading partner? In such a case, the platform should be defined as an essential facility and all the conditions required to characterise an asset as such under competition laws must be met. Incidentally, the platform should have a dual role e.g. should propose competing goods and services in the downstream market in which the complementors are active. Two requirements could be deduce if such an analysis is made. First, is a vertically integrated firm bound to open its “platform” to its competitors? Second, is such a firm obliged to refuse any preferential treatment to its own subsidiaries? We can consider that it depends on the dominance of this ecosystem on a given relevant market. Imposing such obligations to a firm controlling an essential facility is rather common. However, in digital markets a dominance can be also a relative one. The essentiality can be defined through the dependence of complementors to access to a specific

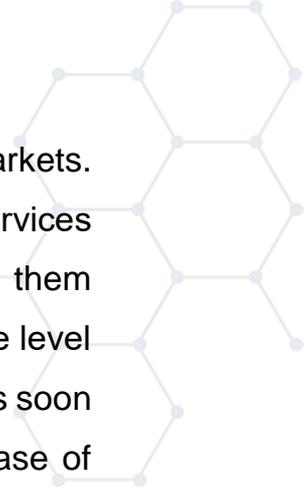
¹⁸⁴ French Competition Authority, decision n°21-D-07, 17 March 2021, related to request for interim measures in the online advertising sector.

segment of consumers. This point can be captured by the characterisation of a platform as enjoying a gatekeeper position and a structuring power on its ecosystem. It is exactly what the EU DMA tries to deal with.

The dominance in such situations echoes phenomena of economic dependence and of technological dependence (Bougette et al., 2019). Such phenomena can be induced for instance by single-homing strategies¹⁸⁵. Economic dependence related concerns raise similar concerns than the notion of abuse of economic dependence position does exist in several Member States internal competition laws. Legal provisions related to the sanction of economic dependent position abuses exist in the restrictive practices framework in Italy, Germany, or France for instance. Such provisions were more recently introduced in Belgium in 2019.

The interest of the concept of economic dependence in the case of digital markets is that it makes it possible to grasp cases of relative dominance, as illustrated by the case of the new amendment to the German competition law. Indeed, on 19 January 2021, a 10th amendment of the German Act against Restraints of Competition, the *Digitisation Act* entered into force. It allows tackling the situation of market players benefitting from a paramount significance for competition across markets. The new legislation allows the competition authority to prohibit certain types of blacklisted conducts without having to establish a dominant position on any particular market. This new amendment is all the more relevant in our perspective it can also be implemented to companies that exert a relative market power and not an absolute one. More particularly, the Section 19a allows the Bundeskartellamt to “prohibit certain types of conduct by companies, which, due to their strategic position and their

¹⁸⁵ The keystone players could also constraint its complementors to opt for single-homing (through exclusivity inducing contracts for instance). It is in the platform's interest to press its partners to opt for single-homing. In the short term, it is in the partner's interest to do so (limiting transaction costs, guaranteeing access to the market, limiting the risks associated with investments), but the essentiality of the platform which results from this makes it possible for it to implement abusive strategies. It is important to note that single-homing can be either voluntary for the complementor or constrained by the keystone through reward and sanction mechanisms that can lead to exclusivity agreements



resources, are of paramount significance for competition across markets. Such conducts includes e.g. the self-preferencing of group's own services or impeding third companies from entering the market by denying them access to specific data¹⁸⁶. Even if an undertaking does not reach the level of market dominance, some specific requirements can be imposed as soon as other companies are dependent from it on the supply or purchase of goods or services. Meaningfully, the German amendment of the Act against Restraints of Competition recognises the existence of a “power of intermediation” that can raise dependence related competition concerns (Budzinski et al., 2020).

The issue of relative or absolute dominance stresses the difference between competition for the market and competition in the market. We can presume the first one is sufficient. A monopoly is not an issue in itself as long as the market remains contestable. The key question is the one of barriers to entry. Are the current “dominant” platforms durable monopolies? If we suppose that all their participants (both users and complementors) are locked-in (through switching costs, exclusivity-contract type clauses...) and if we assume that dominant platforms have no chance to be disrupted, we could suppose their market positions could be considered as protected from market threats and counter forces of the other stakeholders. Under these hypotheses, it is also necessary to ensure a free and undistorted competition within these ecosystems. The three values presented by Marsden and Podszun (2020), freedom of competition, fairness of intermediation, and the sovereignty of economic actors to take their decisions autonomously, make particularly sense in this perspective.

Indeed, the problem of self-preferencing is a problem of competition within the market... since we define an ecosystem as a relevant market. Considering such a case implies some specific conditions as the vertical integration of the keystone that makes this firm a competitor of its own

¹⁸⁶ Bundeskartellamt, Press release, 19 January 2021. The Section 20-1a of the new legislation allows dependent companies to claim among other things access to their data. It echoes, as we will see, one of the EU Commission's objection in its Amazon's case.

complementors. It also implies that this keystone enjoys an absolute market power (as defined on a relevant market) or a relative one.

The concerns about the competition within the market echo the debates on the regulation of major online ecosystems from the EU Commission P2B regulation of June 2019 (European Commission, 2019) to the British Digital Market Unit, which creation was announced in November 2020. The issue of the competition within the platform can be analysed under different angles. Some practices can be related to unbalanced transaction conditions and can be related to “exploitative practices”. Other practices can be seen under the prism of “exclusionary practices”. Self-preferencing pertains to these last ones. Nevertheless, a credible threat of an exclusionary abuse can lead to an exploitative one. A complementor can accept to pay for services as pay for prominence in ranking if it appears this payment is the only way to avoid ranking manipulations.

To sum up, two main concerns are raised by digital ecosystems: the possible distortions in the competition within the market (e.g. in the ecosystem, between the keystone’s direct activities and the ones of its complementors (and simultaneously its downstream competitors) and a lack of contestability of gatekeeper’s position. The EU Commission’s DMA aims at addressing these two concerns that are difficult to deal with only on the basis of antitrust laws. The article 102 TFEU enforcement is mainly based on an effects-based approach that leads to difficultly address issues as self-preferencing. Self-preferencing might raise two main competition risks. The first one is to allow the keystone to exploit (even relative) dominance within the ecosystem by abusing from its architecture (or private regulatory) power. The second one is to leverage its dominance in adjacent markets. The extension of market power to vertically related markets can be detrimental to consumer welfare. Two questions can be induced. A first one is related to the capacity of competition law to tackle self-preferencing related issues notably regarding their fairness related dimension. The second one is the proper treatment of self preferencing strategies. Must we

prohibit these ones per se or can we implement an effects-based approach on a case-by-case basis, considering all the specific circumstances of each case?

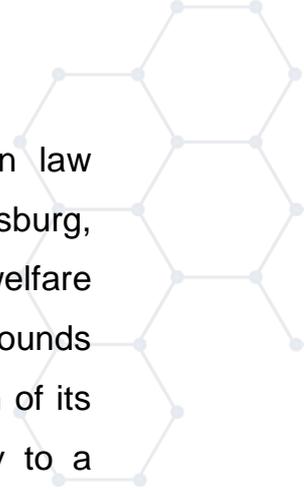
The paper is structured as followed. The first section presents the difficulties raised by the implementation of competition laws to digital ecosystems. The second section analyses the specific issues related to self-preferencing related cases. The third section concludes.

I – How to ensure a free and an undistorted competition in digital ecosystems?

The supervision of digital ecosystems can take several forms from the strict application of competition laws (associated with their current standards) to more interventionist devices. We consider successively these ones. A first subsection presents the difficulties to enforce current competition laws procedures. It interrogates the capacity of currently available remedies to tackle the concerns induced by gatekeepers' practices. A second subsection is devoted to the option to replace the effects-based approach by the implementation per se rules. A third subsection investigates to what extend the competition law enforcement should be complemented by regulatory-type devices. Eventually a fourth and last subsection considers the opportunity, tractability, and potential effects of structural remedies as for instance the separation of marketplaces activities and the supplying of goods and services.

A – Enforcing currently available competition tools

A first option is to enforce competition as usual that is to say on the basis of an effects-based approach. This one could take different forms according to the criteria applied. It can be based on the consumer welfare as a unique criterion. It can also be grounded on multiple criteria (as the liberty of choice, etc).

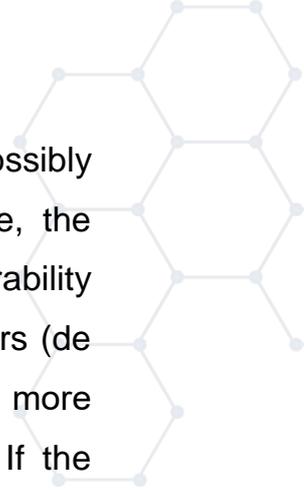


An implementation of a technical approach of competition law enforcement provides some guarantees in terms of consistency (Ginsburg, 2010). It also avoids implicit trade-offs at the expense of consumers welfare (Melamed and Petit, 2018). However, it can be challenged on the grounds of the definition of efficiency in itself. An overly restrictive definition of its objectives leads to reduce competition policy enforcement only to a search of allocative efficiency (Steimbaum and Stucke, 2018). Some concerns can also be raised in terms of dynamic efficiency. Some market practices can not induce a direct harm to consumers but an indirect one through damages inflicted to trading partners or to innovation. Both of them are detrimental to consumers on long run. It also possible to consider, following a neo-brandeisian approach or the *Law and Political Economy* one, that antitrust laws pursue other objectives than efficiency, as distributive purposes, or aim at guaranteeing a dispersal of economic power conceived as a necessary condition to preserve political liberties (Britton-Purdy et al., 2020).

The net effect on consumer welfare of many of the practices undertaken by digital ecosystems as difficult to assess. For instance, in the EU Commission Android decision, the pre-installation of Google apps or the prohibition of forks can be both seen as competitors hindering strategies and as consumer friendly practices (Marty and Pillot, 2018).

B- Opting for per se rules?

A second way to ensure a free and undistorted competition could be to make evolve competition rules toward a form-based approach. It can rely on do and don't type rules defined ex ante. These per se rules could be seen as efficient since they allow avoiding possible irreversible damages to competition, are not difficult to enforce, and provide a satisfactory level of legal certainty (see for instance Khan and Chopra, 2020). On the contrary, by prohibiting ex ante some market practices, such rules may impair the capacity of the competition process to fulfil all of its promises. It can hinder innovation and reduce the consumer-welfare by prohibiting



practices which net effect can be positive. Several other difficulties possibly induced by such an approach could be underlined. For instance, the definition of the dos (positive duties towards competitors as interoperability or data portability) can be a target of lobbying actions of competitors (de Streel and Larouche, 2021). In the same vein, the don'ts are all the more difficult to define as the digital markets are constantly evolving. If the regulation is specifically targeted toward specific firms, imposing them rigid rules can induce a competitive disadvantage, at their detriment, without any objective reasons, except an assault against bigness, defined as a market failure as such.

Such issues are particularly crucial for the EU Commission DMA proposal. Several concerns have been raised regarding the definition of the initial rules arguing they favour investments in lobbying strategies. Symmetrically the possibilities to empower the EU Commission to make these rules evolve are denounced as excessively unilateral and raise concerns in terms of administrative discretion.

C – Should we regulate digital ecosystems?

A third approach may consist in setting a regulatory framework in order to supervise some digital ecosystems. As Jacobides and Lianos (2021) states “the field of competition is not a single product market, but an ecosystem of complementary products”. Consequently, an implementation of competition laws that requires to define a dominance on a given relevant market can be at odds with current competitive issues. We should indeed take into consideration the multiproduct webs that lock-in customers and the architecture power in ecosystems that puts complementors in a dependent position both at the economic and at the technical point of view. The gatekeeper position coupled with the private regulatory power of keystones allow them to exert a potentially abusive power related to the lock-in of consumers and the (sometimes constrained) single homing of complementors. Self-preferencing can be a typical consequence of such a power allowing to refuse access to the market (e.g. to the ecosystem) and

to distort competition within the market at its advantage. A kind of regulation is all the more relevant that, as Lianos (2019) states, “vertical intra-ecosystem integration falls in a blind spot of existing competition law”.

A critical dimension of the regulatory option lies in the definition of regulation while applied to big techs. Is it a matter of regulating industries affecting public interest? Shall we implement a public utilities’ type of regulation? If a specific regulation has to be implemented on specific ecosystems, as the British model proposes, several questions remain. First, will the code of conducts proposed pertain to a personalised law logic? In that case, we should interrogate the general character of the legislation. Second, will these codes be an experience of delegated supervision or an experience of procedural regulation (Kirat and Marty, 2015)? Third, will the enforcement of these codes differ in this procedure from the enforcement of antitrust laws?

A first conception of regulation echoes a public-utilities oriented logic. A regulation of a specific platform can make sense if it can be considered that this one enjoys a durable and rather non-contestable monopoly position. Such a situation of quasi natural monopoly leads to characterize digital ecosystems as an equivalent of a network industry¹⁸⁷. It can be discussed regarding the vertical integration of some ecosystems. However, it is not self-evident. An alternative basis to justify a sector-specific regulation could be the old US jurisprudential standard of “affectation with public interest”. Such a standard justifies implementing a specific regulation to market players outside the scope of “natural monopolies”. For instance, as soon as the activity of the firm has an impact on boarder social dimensions, as the distribution of welfare or pluralism of information. Justice Clarence Thomas advocates for applying a common carrier

¹⁸⁷ There is nevertheless one fundamental difference. Exclusivity rights formerly protected a public utility. The incumbent has developed its network without incurring the risk of being unable to recoup its own investments. Things could be seen as radically different in the case of large digital ecosystems for which the financing had been made without any guarantee of success both because the uncertainties regarding future demand and the ones related to competitors’ investment decisions and technical choices. The Big Tech market positions are mainly due to their own merits. A market dynamic characterised by a winner takes all model also implies that losers are not able to recoup their investments and face a sunk costs’ issue.

regulation to digital platforms¹⁸⁸: “And this Court long ago suggested that regulations like those placed on common carriers may be justified, even for industries not historically recognized as common carriers, when “a business, by circumstances and its nature, . . . rise[s] from private to be of public concern”¹⁸⁹.

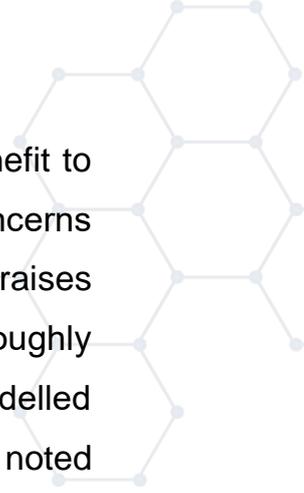
One of the difficulties induced by this approach is to make constant trade-offs between conflicting and not commensurable values. The technological and competitive turbulences of the digital markets induce some additional difficulties compared to a public utilities regulation inspired model: the regulation must be a flexible (Jacobides and Lianos, 2021), participative (Tirole, 2019), if not an anticipatory one (Armstrong et al., 2019).

In this respect, the solution towards which the British are moving seems to be particularly interesting. The roadmap drawn up by Lord Tyrie for the CMA in February 2019 highlighted the challenges linked to the development of digital technology both for consumer protection and for the protection of competition. The Lord Tyrie’s diagnosis also highlighted the difficulties that the CMA would have to face. The time required for procedures, the irreversibility of potential damage to competition and the need for flexibility and agility in dealing with these procedures figured prominently in the concerns put forward by Lord Tyrie.

The necessity to make the regulatory framework evolves is to guarantee « the ability of the CMA to act quickly to prevent harm to consumers in fast-moving markets”. The interest to put in place an ex-ante framework and to act quicker can also be explained by the limitations of current antitrust procedures. According to Lord Tyrie: “[in] these unduly long and costly proceedings [...] the CMA’s counterparties comprise large teams of private-sector lawyers, deploying Byzantine procedural and technical complexity on behalf of their clients. The result is often years of

¹⁸⁸ Supreme Court of the United States Joseph R. Biden, J.R., President of the United States, et al. v. Knight first amendment institute at Columbia University, et al. on petition for writ of certiorari to the United States court of appeals for the second circuit no. 20–197. Decided April 5, 2021.

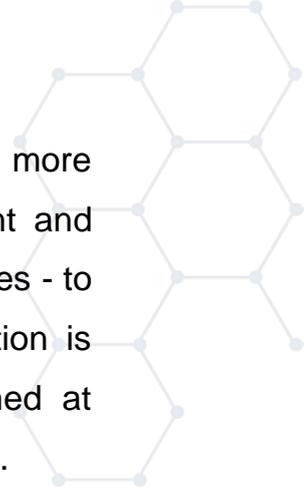
¹⁸⁹ See *German Alliance Ins. Co. v. Lewis*, 233 U. S. 389, 411 (1914).



protracted legal dispute, of intellectual interest and commercial benefit to firms and the competition “establishment”, but far removed from concerns of ordinary consumers”. The duration of current antitrust litigations raises the risk of an irreversible damage to competition. Thus “carrying on roughly as we are is not a prudent option” (Ryrie, 2019). A regulatory modelled approach should complement a competition based one. It should be noted that Lord Tyrie's (2019) recommendations also emphasised two key dimensions. The first was consumer protection beyond that currently achieved by competition rules. The second was the strengthening of the CMA's capabilities, particularly in terms of access to data on firms' activities and in terms of analysis of their algorithms. The technical capacities of the regulatory agencies (or competition law enforcers) in terms of data access and algorithms analysis are ones of the crucial dimensions of our current challenges.

The roadmap proposed in the United Kingdom is particularly interesting to consider both in terms of its objectives (simplification, clarity, transparency, and effectiveness) and in terms of the worries that an overhaul of the current competition rules would result in delays that are incompatible with the competition challenges. It is therefore a question of designing adaptations to the rules that will provide the competition authorities with « new functions and powers, including powers to investigate and to intervene quickly, to stop market-wise consumer detriment¹⁹⁰ ». Lord Tyrie's (2019) recommendations also emphasised two key dimensions. The first was consumer protection that should be expand beyond that currently achieved by competition rules. The second was the necessary strengthening of the CMA's capabilities, particularly in terms of access to data on firms' activities and in terms of analysis of their algorithms. Indeed, the technical capacities of the regulatory agencies (or competition law enforcers) in terms of data access and algorithms analysis are ones of the crucial dimensions of our current challenges.

¹⁹⁰ See Cartapanis and Marty (2020) on the role of market investigations in British procedures.



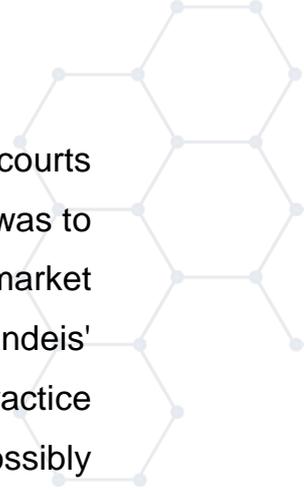
The recommendations of Lord Tyrie (2019) are all the more interesting to consider that they were based on the development and extension of two pre-existing tools: the first is that of interim measures - to put an end to a practice before irreversible damage to competition is occurred - and the second is that of market investigations aimed at obtaining commitments from firms to ensure undistorted competition.

This concern for a framework that could be described as agile is reflected in current developments in the implementation of UK policy towards firms with strategic market status (SMS). As we saw above, the first foundations for adapting the UK framework were laid in November 2020 with the establishment of a Digital Market Unit (DMU). One of the interests of the proposed approach is that it is not focused on relevant markets, which are increasingly difficult to define in the context of multi-sided markets¹⁹¹. The British project defines the digital ecosystems themselves as the proper scope of regulation.

This obviously reduces the general scope of the competition law framework, but it does make it possible to adjust this framework to the different business models that cannot be considered identical between the different companies grouped under the acronym GAFAM (and potentially other ones). As soon as a company is granted SMS status, it will be subject to supervision that is promised to be tailor-made, pro-active and above all preventive. As such, this framework does not replace the application of existing competition rules but is complementary to them. The aim of the DMU is to have the appropriate technical capacities to establish codes of conduct adapted to each SMS, to supervise them, and thus to prevent damages to competition.

It is not without interest to draw a parallel between the objectives assigned to the DMU and those which, according to Louis Brandeis, should have been those of the FTC as it was conceived when it was created in

¹⁹¹ In the EU case, relevant markets are defined in terms of products substitutability or in geographical terms (see Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law (OJ C 372, 9.12.1997)). The EU Commission is contemplating changes to its Market Definition Notice.



1914 (Bougette and Marty, 2020). In contrast to the judicial courts responsible for enforcing the Sherman Act, the purpose of the FTC was to acquire technical expertise to ensure a better understanding of market practices. It should also have a preventive, not punitive, role. In Brandeis' view, the FTC should rely on the regular organisation of trade practice conferences to discuss the effects of firms' market behaviour and possibly make adjustments to prevent competitive harm.

Although more than a century separates the two initiatives, the logic seems relatively similar. The building of expertise and the implementation of preventive actions even outside of competitive litigation are two common features of the FTC and DMU projects. Another essential common feature is that these projects - like the European DMA - should be seen as complementary to, and not a substitute for, the application of competition rules. The FTC Act did not aim at replacing the Sherman Act even if its Section 5 can tackle – to some extent – similar practices than the one targeted by the Section 2 of the Sherman Act.

It is relevant to mention that in the UK case, in addition to this ex ante regulation, the tools of consumer and competition law will be strengthened (CMA, 2021). These reinforcements concern points that are particularly important in terms of preventing potentially irreversible damage to competition. This is the case with the rules related to merger control, the development of precautionary measures and, finally, the greater use of market investigations, which, in the UK case, make it possible to negotiate competitive remedies outside a competition law formal procedure.

As such, the model proposed in the United Kingdom has some strong characteristics (in terms of clarity, enforceability and flexibility) which may appear attractive in comparison with the EU one. The rules designed on the model of *dos* and *donts* may appear to be excessively backward looking¹⁹². They are, above all, rather undifferentiated, whatever the business model of the firms concerned. In addition, we have to bear in

¹⁹² As we have previously seen, in the current DMA proposal the Commission enjoys a large discretionary power to add new ones.

mind, that the perimeter of firms designated as gatekeepers is much wider in the EU case than in the UK one.

However despite these differences both proposals seem share a common feature. Even if they aim at escaping the constraints induced by competition laws procedures, their architecture is framed by these last ones. It is very characteristic for the EU DMA¹⁹³ (even if its objectives – contestability and fairness- differ from the one of competition law) but also for the British procedure. Indeed, “The code seeks to set clear ‘rules of the game’ up- front, preventing the firm taking advantage of its powerful position” (CMA, 2020, p.27). The procedure echoes more a compliance based model than a competition law based one. For instance : “SMS firms should have a legal obligation to ensure their conduct is compliant with the requirements of the code at all times and put in place measures to foster compliance” (CMA, 2020, p.35). However as soon as we consider the case of remedies, a procedure inspired by competition law implicitly appears: “The DMU should be able to develop a PCI¹⁹⁴ which is evidence-based and targeted to the particular harm to be addressed, as well as being proportionate” (CMA, 2020, p.45). The effects-based approach seems to prevail “In implementing a PCI the DMU should demonstrate that it is an effective and proportionate remedy to an adverse effect on competition or consumers”. The difference between regulation and competition law is pretty blurred.

D - Could structural remedies be considered?

The fourth approach consists in implementing structural remedies to dominant platforms. It could make sense in case of structural failures of competition. Such failures could be characterised by a durable dominance protected by barriers to entry that are impossible to overcome. These

¹⁹³ Even if the DMA objectives – contestability and fairness- differ from the one of competition law, which is focused on efficiency. It could be relevant to add that fairness is not limited to a notion of justice or reasonability in the sharing of gains resulting from a transaction. It also echoes notions as equality between firms or loyalty (see for instance Malaurie-Vignal, 2021).

¹⁹⁴ PCI as pro-competitive intervention

remedies could take an ex post form. This one corresponds to mandatory divestitures, as for instance the Lina Khan's proposal to separate platforms and commerce (Khan, 2019). For our topic- the self-preferencing- such structural remedies could be seen as a radical way to prevent any conflict of interests.

These remedies could also be implemented "ex ante" through mergers control. It is not a matter of prohibiting market practices in advance. It can be a matter of prohibiting acquisitions implying the risk of extending the monopoly position. Strengthening the mergers control may limit the risk of consolidating or enveloping acquisitions¹⁹⁵. It could also be a way to prevent vertical integration to avoid seeing an upstream gatekeeper in position to distort downstream competition. It echoes with the old French administrative law principle of speciality that ban any diversification strategy of a public monopoly¹⁹⁶. The difference here is that these platforms owe their market positions to their past merits and not to their former legal exclusive rights.

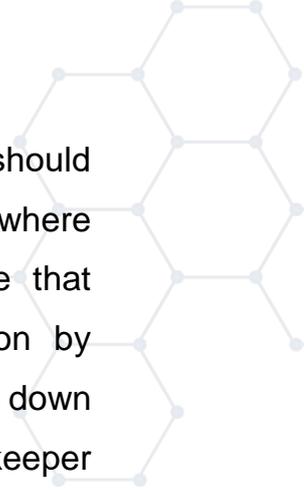
There is only a very small likelihood that such remedies will actually be imposed in European law despite the provisions of the DMA. Structural remedies are almost never pronounced in European competition law. They have only been imposed in the context of negotiated procedures in cases involving the behaviour of incumbents in sectoral liberalisation processes. It is indeed necessary to prove that there is no equivalent behavioural remedy that would achieve the same results. In the context of judicial review of Commission decisions, this standard is far too demanding. It is therefore very unlikely that a firm's property rights will be challenged in a competition law based procedure (Marty and Mezaguer, 2018).

Things are different in the case of the DMA. The Commission has the power to impose structural remedies to a repeated non-compliant

¹⁹⁵ See for instance the contribution to the debate on competition policy in the digital sector of the French Competition Authority published in February 2020 (Autorité de la Concurrence, 2020).

¹⁹⁶ See French Competition Council decision n°94-A-15, 10 May 1994, related to the competition concerns induced by the diversification of the gas and electricity sectors incumbents.

<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/commitments/94a15.pdf>.



gatekeeper. According to the DMA proposal: “The Commission should investigate and assess whether additional behavioural, or, where appropriate, structural remedies are justified, in order to ensure that the gatekeeper cannot frustrate the objectives of this Regulation by systematic non-compliance with one or several of the obligations laid down in this Regulation, which has further strengthened its gatekeeper position” (EU Commission, 2020a, §64). However, even if in that case an effects-based approach is not required – but a market investigation – the legal guarantees remain with a control of proportionality. Indeed, the Commission also states in the same point: “The Commission should therefore in such cases have the power to impose any remedy, whether behavioural or structural, having due regard to the principle of proportionality. Structural remedies, such as legal, functional or structural separation, including the divestiture of a business, or parts of it, should only be imposed either where there is no equally effective behavioural remedy or where any equally effective behavioural remedy would be more burdensome for the undertaking concerned than the structural remedy”.

If the probability to observe structural remedies is very low in the case of EU competition law, things are different in the US even though it has been a long time since the last implementation of such remedies¹⁹⁷. Considering these structural remedies under the light of the history of US Antitrust can be relevant. Louis Brandeis considered for instance that antitrust laws should address the concentration of economic power in itself. According to him, the law should limit the size of the firms. Not only according to him, no dominant position can be acquired on the merits, but also its maintenance is seen as anticompetitive as such (Bougette and Marty, 2020). The concentration is also described as efficiency-losses inducing and as threat for democracy. In this perspective, imposing

¹⁹⁷ The AT&T case is less about antitrust than about liberalisation of the telecommunications sector. United States v. American Tel. and Tel. Co., 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1983).

divestiture remedies or even mandating a dismantling of a dominant player does not imply to renounce to efficiency gains.

The position of Henry Simons at the University of Chicago was convergent regarding the appropriate remedies to the question of bigness but significantly different in terms of assessment of the underlying economic trade-offs (Simons, 1934, 1936). Indeed, contrary to Brandeis, Simons considered that the concentration can be the result of a competition on the merits and can be welfare-enhancing. His distrust toward concentration was mainly grounded on the risks induced for democracy. Preserving the dispersion of political power supposes to tackle the issue of the risks induced by the concentration of the political one. As Brandeis did, Simons tended to preconize some structural remedies. Contrary to Brandeis' views, Simons did consider that such remedies would be unavoidably welfare destructive. However, the only alternatives were the nationalisation of the firms at stake or their regulation. Surprisingly, in Simons' views, the worst scenario was the last one. According to him, it combines the worst of the two worlds: the inefficiencies of public management and an incentive for the private sector to invest in lobbying strategies (Zingales, 2017).

However, Simons recognised that structural remedies (e.g. divestments) may have a cost in terms of efficiency. Protecting an effective rivalry on the market has a price; a price that the consumer will pay. Therefore, there is no neutrality for the consumer. It is a trade-off to be accepted. We will illustrate this trade-off in our second part on the specific case of self-preferencing. Self-preferencing is not mandatory welfare decreasing. Putting such a practice in the *dont* list may be analysed differently if we only consider the efficiency purpose or if we take into consideration contestability and fairness related ones.

II – Self-preferencing: damage theory and reflection on competitive remedies

How to deal with self-preferencing risks? We should first analyse their manifestations and second discuss about their economic effects before considering the need of a specific action and assessing the pros and cons of the different solutions available.

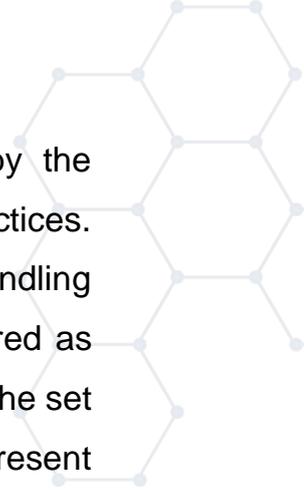
A- *Characterising self preferencing strategies*

We present self-preferencing successively from the economic analysis perspective before considering it in the context of European and French case laws.

a) Some economics of self-preferencing

The draft European DMA, as presented on 15 December 2020, takes a very clear-cut approach to the competitive treatment of self-preferencing. Indeed, according to the DMA, the gatekeeper must: « refrain from treating more favourably in ranking services and products offered by the gatekeeper itself or by any third party belonging to the same undertaking compared to similar services or products of third party and apply fair and non-discriminatory conditions to such ranking ».

Self-preferencing, as bundling strategies, pertains to dominant operators' strategies that a competitor on a related market cannot replicate. If the competitor is not vertically integrated, if it does not control a competitive bottleneck, it cannot exert a countervailing power on the dominant player strategies. Through this type of unilateral practices, a dominant player can maintain its dominant position and extend it to adjacent markets (Eisenmann et al., 2011). It both compromise market contestability and fairness in the competition in the market e.g. the two objectives of the European DMA.



The report of the panel of economic experts convened by the Commission (Cabral et al., 2021) recommends a ban on these practices. As such, they would be treated more harshly than tying and bundling practices: « The panel proposes that self-preferencing be considered as illegal (e.g. black listed), whereas tying and bundling be included in the set of presumed anti-competitive practices for which gatekeepers can present an efficiency defence (e.g. grey practices)” (Cabral et al., 2021, p.3). The vertical integration of an operator, which can make it a competitor downstream of users of its services on the upstream market, is a well-known case, particularly in telecommunications, as the Slovak Telekom case testifies. As noted in the report submitted to the Commission (Cabral et al., 2021, p.13), the solution is to combine ex ante rules and ex post procedures in the context of litigation. The logic behind Article 6 of the DMA is that of a general prohibition against discrimination affecting third parties. The panel therefore proposes to place self-preferencing on the list of blacklisted practices and thus to prohibit it per se.

Self-preferencing can take two forms. The first one corresponds to competitive distortions on a downstream market induced by a vertical integration of the upstream market dominant player (if not monopolist). The second one corresponds to a preferential treatment benefiting, not to a downstream subsidiary but to an independent player. In that case, we could observe a second order discrimination. The platform may provide an artificial advantage to a complementor vis-à-vis its horizontal competitors. What could be the platform motives? Indeed, we can consider that an upstream monopolist has no incentive to favour a monopolization of its downstream market. First, it has no interest to leverage its dominant position because of the single profit monopoly law. Second, it has interest to preserve a competition downstream in order to benefit from a differentiation that could enhance its profitability and not to favour something like two successive monopolies on a value chain (e.g. a double marginalisation). However, such a strategy can be profitable as soon as it protects the upstream position or it allows leveraging it to adjacent markets.

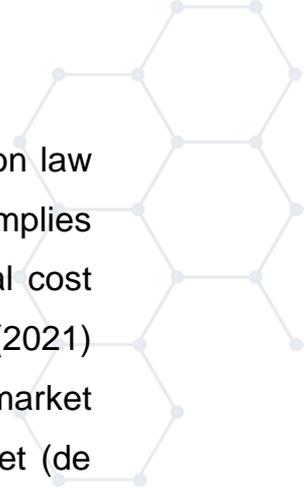
It echoes consolidating strategies or envelopment one (see Condorelli and Padilla, 2020).

The issue at the economic point of view lies on the fact that the practices targeted by the EU Commission in its DMA would be prohibited automatically. As de Streeck and Larouche (2021) state “[...] there is no possibility for the gatekeeper to rely on an efficiency defence to escape the imposition of an obligation, as it is the case under competition law”. Such a situation is all the more critical that the DMA does not impose a vertical separation of integrated gatekeepers. The constraints imposed on their market behaviour may hinder their capacity to compete with their own complementors. Self-preferencing as other vertical leveraging practices can be under conditions welfare enhancing and can be defended on an effects-based approach¹⁹⁸. A competition law based perspective would require considering all the specific circumstances of the case to balance consumer welfare enhancing consequences with the damages potentially inflicted to competitors (Ibanez-Colomo, 2021). Two questions are raised in matters of self-preferencing defined as a monopoly leveraging strategy based on an artificially built “unlevel playing field”. A first question echoes the notion of freedom to contract: self-preferencing cases “entail an implicit claim that platforms implicitly promise unbiased treatment to all users” (Salinger, 2020, p.352). A second question is related to its consequences in terms of efficiency particularly since we consider the impact on innovation incentives¹⁹⁹.

An effects-based approach may be performed even if consumer welfare is not the only dimension to deal with. However, it might require reversing the burden of proof (Crémer et al., 2019) to avoid false negatives. Such a reversal is sharply criticised by various stakeholders. For instance, according to the French think-tank Renaissance Numérique: “the proposed DMA introduces a sort of presumption of competitive guilt”.

¹⁹⁸ Tying can be defended on efficiency grounds, see for instance Carlton and Waldman (2014).

¹⁹⁹ See Slovak Telekom Judgement, EU Court of Justice, February 25th, op. cit.



Indeed, tackling the issue of self-preferencing with competition law enforcement or with the DMA (conceived as a complementary tool) implies a trade-off between false negative and false positive²⁰⁰. The social cost induced by the first-one cannot be minimised as Budzinski et al. (2021) demonstrate. The detrimental effect increases with several market characteristics as the concentration level in the downstream market (de Cornière and Taylor, 2019), the insensitivity of consumers to biased recommendations (Bourreau and Gaudin, 2018) , the existence of must-have contents, or a small quality difference between the goods and services offered by the integrated players and its downstream competitor (Padilla et al., 2020). The economic debate lies in the proper way to tackle this issue: a per se prohibition, to avoid an irreversible damage to competition, or a case-by-case approach based on the effects, to preserve judicial guarantees for the incriminated firm and to prevent welfare decreasing decisions. As the OECD (2020, p.53) states: “Like vertical integration, leveraging can generate efficiencies for consumers and provide legitimate rewards for innovation or competitive differentiation”.

Whatever the effects, self-preferencing raises concerns in terms of guarantees of a free and undistorted competition. It is for instance particularly important in terms of innovations adoption, knowing that a significant innovative path can both induce disruption risks and consolidate the dominant platform’s market position.

We could illustrate this point through an example provided by Ariel Ezrachi and Maurice Stucke in a 2020 working paper for the EU Commission (Ezrachi and Stucke, 2020). It does not deal with distortions on market places or on search engines but relates to the diffusion of innovations. To what extent a keystone player can favour the diffusion of an innovation proposed by a given complementor (or its own innovation) to the detriment of the one proposed by a competing innovator. The strategy of the platform can take different forms. The simplest strategy consists in a

²⁰⁰ On the cost of errors in antitrust, see for instance Manne and Wright (2010).

refusal to deal e.g. in a denial of access to the platform and by doing so to the users. A second strategy can use dark patterns to manipulate users' decisions²⁰¹. These ones can combine bad nudges (pushing the consumer to decide in a way opposite to his interests) and bad sludge (creating frictions in order to hinder his capacity to make the choice that is optimal for me).

This example, developed by Ezechia and Stucke (2020), presents a dark pattern based strategy hindering the capacity of consumers to make "optimal" choice²⁰². It is based on the possibility of controlling the dissemination of innovations in ecosystems by their keystone players in order to control their market dynamics and by doing so to limit the risk of being disrupted.

To illustrate their thinking, Ezechia and Stucke (2020, p. 42) presents the dynamic of an innovation adoption. The adoption of an innovation by a given individual is described as a five-phase process. The first is the knowledge phase. The individual must be informed of the availability of an innovative solution and its functions. The second is that of persuasion. It is through it that the individual forms favourable or unfavourable anticipations towards it. The third is that of the decision of adoption or non-adoption. The fourth is that of implementation. The fifth, finally, is that of the confirmation of the adoption. It can be confirmed by observing the choice of third parties or, on the contrary, be negatively affected by negative messages.

Keystones can play in favour of the adoption of an innovation developed internally (or by a "preferred" complementor). They also can act unfavourably for an innovation developed by a maverick. It may explain why digital ecosystems promote early and massive adoption of innovations. It may also explain why innovations proposed by complementors may fail. The following table extracted from de Marcellis et

²⁰¹ Lord Tyrie's report (2019, p.7) emphasises this point: there is a need to ensure both that firms act in the market in accordance with competition rules but also that they do not take advantage of consumers' vulnerabilities. There is a dual aspect of efficiency and fairness. However, fairness can also be invoked in relation to competitors when one considers the distortions of competition with the services offered by the gatekeeper and the unfair behaviour that the gatekeeper may engage in.

²⁰² This point comes from de Marcellis-Warin et al., (2020).

al. (2020) sums up.

Steps in the Dissemination process	Favourable pivot Strategy	Unfavourable Pivot Strategy
Knowledge	Ability to propose, to put forward	Reduce the possibilities of information about a potentially available innovation or access to information about how it works (by algorithmic manipulation of the search engine, for example, by de-referencing sites ...)
Persuasion	Ability to target, to demonstrate suitability for personalized needs; attention strategies; identification of possible early adopters and dissemination of personalized information to potential followers	Production of negative opinions or the creation of frictions makes it more difficult to download or interoperate with the ecosystem's various services.
Decision	Personalized marketing; free trials; play on friends' recommendations.	Friction blocking: play on status quo behavioural bias - default settings are rarely changed by agents, regardless of their preferences
Implementation	Facilitation of adaptations, bug fixes	Users can be continuously redirected to less efficient options but dependent on the ecosystem.
Confirmation	Redirections by support tools towards the innovation	The pivot firm may degrade the performance of complementary services provided by the competitor to redirect consumers towards better-controlled service.

The innovation that can access the market is only that proposed by the pivot and not that of third parties. It is undoubtedly a form of self-preferencing. The notion is not limited to the access of products and services to the market but also concerns the access of technologies. It

reflects the ability of dominant firms to control their competitive environment and minimise the risk of disruption. In this respect, self-preferencing can be a tool for maintaining a dominant position.

b) Self-preferencing cases in recent EU case-law

Recent case law can illustrate the questions raised by self-preferencing in the EU context. The first case is provided by the EU Commission Google Shopping decision, a second one by the EU Commission statement of objections against Amazon. What could be the economic theory behind these two alleged self-preferencing strategies according to the EU Commission?

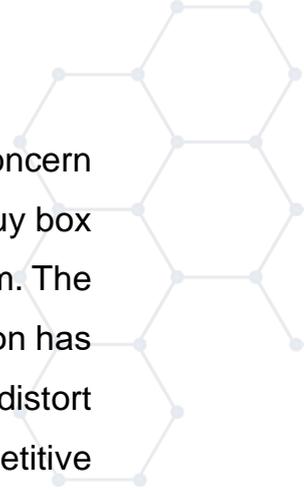
The Shopping case²⁰³ can be read as a leveraging strategy *à la* Microsoft²⁰⁴. The extension of the dominant position can be analysed as an envelopment strategy consisting in defending its upstream dominant position against potential competitors and extending it to complementary markets. The self-preferencing strategy was grounded on a search engine manipulation (more precisely through demoting practices). We can underline the fact that Google challenges this view arguing that the correction of rival results was the produce of counter-measures against algorithmic manipulations (click-farms,...) and that the damage to consumers is not demonstrated in the Commission's decision (Marty, 2019). This case interrogates the possibility to develop an efficiency-based defence as soon as the effects-based approach fades away in favour of a simple demonstration of an unequal treatment.

The procedure initiated against Amazon is more complex²⁰⁵. On one hand, it can be seen as rather similar in the sense that Amazon is accused to favour its own products to the detriment of the ones of its competitors by exploiting strategically an asymmetric access to information. On the other hand, it also corresponds to the second type of self-preferencing, e.g. a

²⁰³ EU Commission, case 39740 Google Search (Shopping), 27 June 2017.

²⁰⁴ EU Commission, case COMP/C-3/37.792 Microsoft, 24 March 2004.

²⁰⁵ European Commission, case 40462 Amazon Marketplace, statement of objections, 10 November 2020.



second line discrimination, in that the Commission has risen the concern that the conditions made to independent merchants to access the buy box can be asymmetric and therefore may distort competition among them. The conditions to “win the buy box” are rather opaque and the Commission has launched an additional investigation to determine if these ones could distort competition among independent merchants²⁰⁶. In an anticompetitive scenario (for which we have no conclusive evidence), Amazon may favour merchants that use its delivery services, pay for additional services (data analytics for instance) or accept to enter in “quasi-exclusivity” contractual provisions. In such a case, self-preferencing can lead either to an exclusionary abuse or to an exploitative one.

Such a privileged treatment can make sense at the economic point of view. The platform has a direct interest to give preference to trading partners who generate more revenues. It can also be rational to provide incentives to complementors to opt for single homing. It increases the attractiveness of the platform on the second side (the consumers) before the tipping and after this step, it guarantees its essentiality. The platform has to sanction complementors that opt for multi-homing and to reward the ones that have opted for single homing. Given an advantage to these last one (through a privileged access to the buy box) is a good option to align the interests. The mechanism of Amazon Prime plays an equivalent role on the consumers’ side and reinforce the necessity to access the platform and to benefit from the buy box for independent merchants.

We have to keep in mind that such practices are far from unknown in the field of competition law and economics. Similar concerns exist in the retail industry, particularly regarding the conditions of competition between private labels and national brands in relation with the commercial negotiations between national brands’ producers and retailers. We can question the opportunity to apply a specific framework only to digital gatekeepers and not to any “unavoidable” trading partners.

²⁰⁶ European Commission, case 40703 Amazon - Buy Box, opening of proceedings, 10 November 2020.

It worth noting that even a discrimination against a trading-partner does not mandatory reduce consumer-welfare. The privileged contractual partner can be the more efficient one and the vertical integration can be beneficial in terms of price, service quality and performance, and to some extend in terms of innovation. A case-by-case assessment is necessary²⁰⁷.

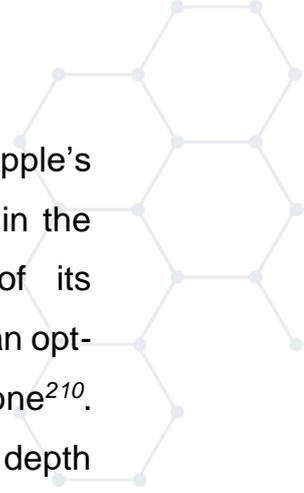
B – Remedies

If we consider the tools currently proposed by competition laws are insufficient to address issues as self-preferencing, what could be the additional tools to add to our arsenal? First, we could discuss on the deterring effect of fines and on the limitations and pitfalls of the behavioural remedies as the ones imposed in the case of Google Shopping or the one of Google Android²⁰⁸? Second, if a regulation is necessary, how implemented a participative, flexible, and light touch one?

The self-preferencing case *par excellence* in the EU case law is undoubtedly the Amazon's one, presented above. If we need to wait for being able to see how the EU Commission will deal with this case, it can be relevant to investigate the current practices of EU Commission and Member States competition agencies. We previously mentioned that the French Competition Authorities refused to pronounce interim measures requested by online advertising sector firms against Apple (because the lack of demonstration of an immediate risk). Indeed these firms asked for interim measures to delay the implementation of a new procedure for iOS users reinforcing the App Tracking Transparency (ATT) and allowing them to explicitly consent to the commercialisation of their personal data to third parties. If the Competition Authority had refused to impose interim measures, it had decided to analyse the case on the merits. Indeed, even if the procedure proposed by Apple can be seen as necessary to protect consumers and proportionate to this purpose, it remains that the solicitation

²⁰⁷ For instance, see Jacobides et al. (2020) on the economic consequences of a prohibition of self-preferencing on the different digital ecosystems.

²⁰⁸ EU Commission, case 40099 Google Android, decision, 18 July 2018.



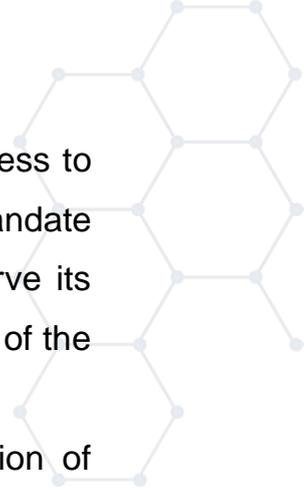
procedure imposed to third parties differs from the one applied for Apple's own services. Even, if the commercialization of users data differs in the case of Apple from the practices implemented by some of its complementors²⁰⁹, it remains that the procedure imposed to them is an opt-in one while the one applied for its own services is an opt-out one²¹⁰. According to the French Competition Authority press release, in depth investigations have to be performed. The purpose is "to verify that the implementation by Apple of the ATT framework cannot be regarded as a form of discrimination or "self-preferencing", which could in particular be the case if Apple applied without justification, more binding rules on third-party operators than those it applies to itself for similar operations".

Per-se rules as black listing of self-preferencing can be particularly difficult to craft considering issues related to contractual liberties and ex ante incentives for the dominant operator. This case can be illustrated by three (but related) rulings of the EU Court of Justice in the Slovak Telekom and Deutsche Telekom case. The incumbent in the Slovak telecommunications market (and its German parent company) had been sanctioned for a margin squeeze in the high-speed Internet market. The Slovak operator argued that the EU Commission was obliged to assess if the access to the telecommunication local loop was effectively indispensable to alternative internet services providers to access the market, according to the criteria set by the Bronner ruling²¹¹ (e.g. to characterise the infrastructure as an essential one). In that case, the EU Court of Justice rejected the claim according to which such a qualification must be performed as the access had been made mandatory by a sector-

²⁰⁹ The differences of practices in terms of users data commercialization, justifies according to Apple, the differences in terms of consent solicitation between its own services and the ones of its complementors. The French Competition Authority stresses in its decision: "In this respect, Apple considers that ATT solicitation need not apply to its own advertising service, as it does not use individual user tracking techniques, as Apple Search Ads only uses a limited amount of proprietary data generated by the use of Apple's services, in order to aggregate users into cohorts of at least 5,000 people" (French Competition Authority, Decision 21-D-17, §161).

²¹⁰ "For its own advertising services, Apple requires users to go to the iPhone settings and uncheck certain pre-ticked boxes if they do not wish to be subjected to these targeted ads" (French Competition Authority, *Ibid*, §79).

²¹¹ EU Court of Justice, Bronner, 26 November 1998, aff. C-7/97.



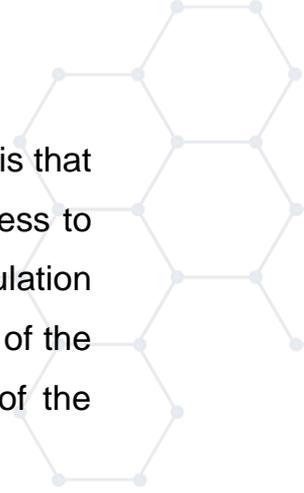
specific regulation. Nevertheless, it insisted on the fact that an access to an infrastructure developed by an upstream competitor has to be mandated only if this last one controls the market. The purpose is to preserve its investment incentives. The EU Court may also stress the incentives of the new entrants to develop their own infrastructures.

We do not consider here radical remedies as the separation of platforms and commerce as they raise both legal and economic concerns. Both the EU DMA and the British project rely on a regulatory approach. It remains that three paths have to be considered.

The first path can be limited to define *ex ante* rules imposing positive duties at the benefit to platforms user and prohibiting some practices from the keystone. As we have seen above the difficulty is to define properly these rules of the game (dos and don'ts). The definition of the “dos” are exposed to strategies capture undertaken by complementors. We can go back to the literature developed on the use of antitrust to subvert competition. The “don'ts” may alter the competitive process in itself and not only limit the capacity of the dominant firm to extract the rents produced by its previous efforts. It can deprive consumers to innovate offers or welfare-enhancing bundles.

It raises two types of questions. The first one relates to the costs of errors in antitrust. What are the respective costs of *ex-ante* (and *per-se*) rules and the social costs of possible errors arising in an *ex-post* case-by-case analysis? The second one relates to the risks induced by excessively broad prohibitions leading to prevent any risk to distort competition. It could lead to a precautionary antitrust as defined by Portuese (2019). This precautionary antitrust may be destructive in terms of consumer welfare by reducing price competition and – mainly – by impairing innovation capacities and incentives. The CJEU rulings in *Deutsche Telekom* and *Slovak Telekom* quoted above illustrate this point.

If we look back at the recommendations made in the DMA (Cabral et al., 2021, p.13), the *per se* prohibition of self-preferencing also implies the implementation of tools to characterise it *ex post*. The difficulty underlined

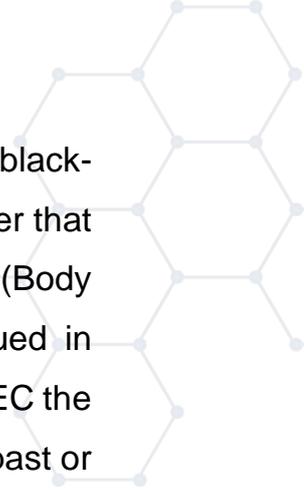


by the authors of the report submitted to the European Commission is that self-preferencing does not always take the form of a refusal of access to the platform or a dereferencing. It more often takes the form of manipulation of the rankings. Not only can it not be inferred from a better ranking of the platform's offer that there is discrimination, but any manipulation of the ranking can be particularly difficult to characterise.

Moreover, a rule of non-discrimination can simply lead to the neutralisation of the factor of belonging to the same group as the keystone in the ranking criteria. A simple control method could be to run the algorithm on historical data twice, eliminating the data relating to the origin of the goods sold in the second time, in order to check that this parameter has been neutralised and that the classification is therefore based solely on the other parameters.

Although this solution is easy to implement, it assumes that two conditions are met.

First, the Commission must have ex post access to data and algorithms (which is provided for in Article 24(2) of the DMA). It must also have the capacity to analyse the behaviour of the algorithm, which implies recourse to external bodies or experts capable of carrying out these assessments. In this respect, the requirements that could be imposed by the DMA could complement the European Commission's initiatives on the supervision of platform-to-business relations (P2B Regulation of June 2019). These put forward requirements in terms of transparency and fairness in the relationship between digital platforms and the companies that use their services. Transparency and fairness cannot, however, be considered as equivalent characteristics. A high level of seniority on a platform or a high market share can alone explain a better ranking of the internal offer. Transparency - even when reinforced by specific guidelines (European Commission, 2020b) - may therefore be insufficient to prevent biases that can be questioned from a fairness perspective. Requiring the explicability of algorithms is much more important than demanding their transparency (Pasquale, 2017).



Even if some practices related to self-preferencing figure as a black-listed practice in the project of DMA, various stakeholders do consider that its definition is too restrictive. It is for instance the case the BEREC (Body of European Regulators for Electronic Communications) that issued in March 2021 a draft report on the DMA project. According to the BEREC the don'ts are mainly backward-looking in the sense they are based on past or current EU Commission's antitrust cases.

We have seen that the two main variants of self-preferencing are covered by the DMA. The first corresponds to an undue advantage for its own downstream services and the second to an advantage given to a downstream operator to the detriment of its competitors, in counterpart, for example, of its commitment to a loyalty mechanism or its payment for ancillary services. The first type of practices can be realised through unfair rankings or steering practices (in the case of a market place). The second type of self-preferencing echoes the notion of second line (price) discrimination (Breard et al., 2008). The same methods as described above can be used here (as unfair rankings ...) to favour one complementor against its competitors.

However, according to the BEREC, several other self-preferencing practices not explicitly targeted in the DMA proposal can be implemented. While the article 6(d) effectively forbids unfair ranking in market places, it does not mention explicitly the possibility to implement comparable practices in the case of mobile operating systems. Such a strategy can be followed here through a pre-installation of apps or a default setting. We may also consider the possible bias resulting from discriminations in enforcing contracts' terms and conditions without reasonable causes.

The practices targeted by the Commission can be expanded to other ones through the flexibility clause integrated within the DMA, even if this last one also raises concerns in terms of Commission's discretion. Following de Streel and Larouche (2021), it could be relevant to target practices favouring such practices as “conducts having the object or the effect of limiting users switching or multi-homing”.

CONCLUSION

As we have seen in our paper, there are many issues at stake in looking at the efforts of the European and British authorities from the perspective of regulation rather than simply competition enforcement.

First, how to reconcile the speed of market changes with the necessary stability of regulation? The ex-post enforcement of competition law has the advantage to deal with past facts and not to future strategies and potential intentions. Second, if this regulation is dedicated to some given ecosystems (as it will be the case in UK) the regulation is no longer a general framework applied to all the market players of a given industry but a purely asymmetric one. It can make sense in the case of the opening to competition of previously monopolised sectors by government owned enterprises but it is more difficult to envisage in digital markets. However, two arguments for a sector specific regulation remain. A first one relates to some objectives beyond the scope of antitrust strictly defined, as pluralism, fairness... A second one relates to the capacity of a constant supervision combined with a significant expertise at the technical point of view.

At this stage, we should discuss two points. First, why the digital units of the different competition authorities could not perform as good as a sector-specific regulator in this respect. Second, a large part of these concerns (as self-preferencing) pertains to the conditions of the competition on a platform e.g. the *competition within the market*. The opacity of algorithms (and the obfuscation strategies) and the trade secrecy related to P2B contracts make such regulation difficult and intrusive... Legislative interventions can aim at re-equilibrating P2B contracts on fairness and reasonability grounds. If such a purpose is legitimate, is a regulation really the most efficient solution to address these issues? Perhaps, as Nicolas Petit (2020) argues, it is better to promote a *competition for the market*. The existence of market alternatives in transactions – even potential ones - is the best way to help to achieve a

satisfactory balance in transactions and to prevent undue transfers of wealth. The best solution, in this perspective, is not to disperse economic power (or to counteract the capacity of big players to grow) but to act to decrease barriers to entry and to favour innovation.

Unlocking the competition among digital ecosystems can both avoid unfair sharing of surplus and gatekeepers' control of the trajectories of innovation and competition. Self-preferencing is undoubtedly one of the strategy by which a dominant operator can limit the risk of disruption from inside its own ecosystem and contribute to limit progressively the competition between ecosystems. However, EU experience shows that competition laws enforcement can be insufficient to tackle such practices. The prohibitions of exclusionary abuses and exploitative abuses under article 102 TFEU cannot allow to sanction self-preferencing practices as the criterion of absolute dominance on a defined relevant market is sometimes unfitted to the situation and as the damage can not only be limited to a consumer welfare one but may be related to market contestability and fairness related dimensions. As Graef (2019) states "EU competition law currently does not offer effective protection [...] in the most far-reaching situation where a business is blocked from a platform without legitimate justification".

Assessing such situations supposes to analyse the harm in terms of economic dependence and can justify to rely on ex ante rules (as P2B Regulation) or to complement competition law with additional tools whose purposes are not limited to allocative efficiency, as DMA aims at doing²¹². However, if the current situation exposes to a risk of under-enforcement (and false negatives), relying on per se rules (or even reversing the burden of proof) might lead to an over-enforcement (false positive cases).

²¹² The use in the internal legislation of the EU Member States of sanctions for abuse of economic dependence based on restrictive practices law and not on the basis of competition one may be particularly interesting in P2B relationships in digital markets in that the standards are considerably less demanding. This could be particularly the case with regard to the issue of the origin of the dependency situation. See for instance the views of Arcelin and Fourgoux (2020, p.140) on the French Competition Authority decision n°20-D-04, 16 March 2020, related to on practices implemented in the sector of distribution of apple branded products.

Undoubtedly, it has a potential cost in terms of efficiency. Nevertheless, we have to take into consideration two factors. First, how to arbitrate between short-term efficiency gains and long term risks on the competitive process? A tipping might involve an irreversible damage to competition according to the different hypothesis that we make on the existence of a possible structural market failure if barriers to entry are too high to ensure the contestability of the market. Second, shall we limit our objective to allocative efficiency e.g. to consider the competition laws only as a consumer welfare prescription? Our assessment can be different as soon as we consider that their purposes encompass the protection of the competitive process, a fair distribution of the transaction surplus, or the economic sovereignty of market players.

References

Arcelin L. and Fourgoux J-L., (2020), *Droit du marché numérique: accès et régulation du marché numérique – concurrence, distribution, consommation*, LGDJ Lextenso, Paris.

Armstrong H., Gorst C. and Rae J., (2019), “Renewing Regulation – Anticipatory Regulation in a Age of Disruption”, NESTA report, March.

Autorité de la Concurrence, (2020), *Contribution de l’Autorité de la concurrence au débat sur la politique de concurrence et les enjeux numériques*, February. https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-02/2020.02.28_contribution_adlc_enjeux_num.pdf.

BEREC, (2021), *Draft BEREC report on the ex-ante regulation of digital gatekeepers*, Body for European Regulators for Electronic Communications, BoR (21) 34, March.

Bork R.H., (1978), *The Antitrust Paradox*, New York, Free Press, 1978 (2nd edition 1993).

Bougette P., Budzinski O. and Marty F., (2019), “Exploitative Abuse and Abuse of Economic Dependence: What Can We Learn from an Industrial Organization Approach?”, *Revue d’Economie Politique*, 129(2), pp.261-286.

Bougette P. and Marty F., (2020), "Information Exchange among Firms: The Coherence of Justice Brandeis’ Regulated Competition Approach", *GREDEG Working Paper n°2020-56*, December.

Bourreau M. and Gaudin G., (2018), “Streaming Platform and Strategic Recommendation Bias”,
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3290617.

Beard T.R., Kaserman D.L., Stern M.L., (2008), “Price Discrimination and Secondary-Line Competitive Injury: The Law versus the Economics”, *The Antitrust Bulletin*. 53(1), pp. 75-93. doi:[10.1177/0003603X0805300106](https://doi.org/10.1177/0003603X0805300106).

Britton-Purdy J., Singh Grewal D., Kapczynski A. and Sabeem Rahman K. (2020), « Building a Law-and-Political-Economy Framework: Beyond the Twentieth Century Synthesis », *Yale Law Journal*, vol.129, pp.1784-1835.

Budzinski O., Gaenssle S. and Lindstät-Dreusicke N., (2021), “Data (E)Revolution – The Economics of Algorithmic Search and Recommender Services”, *Ilmenau Economics Discussion Papers*, 27(148), January.

Budzinski O., Gaenssle S. and Stöhr A., (2020), “Outstanding relevance across markets: A new concept of market power?”, *Concurrences*, 3-2020, pp.38-43.

Cabral, L., Haucap, J., Parker, G., Petropoulos, G., Valletti, T., and Van Alstyne, M., (2021), “The EU Digital Markets Act, EU Commission, Joint Research Centre.

Carlton D.W. and Waldman M., (2014), “Robert Bork’s Contribution to Antitrust Perspectives on Tying Behavior”, *Journal of Law and Economics*, 57(S3), pp.121-144.

Cartapanis M. and Marty F., (2020) “Towards New Tools in Competition Law”, *Competition Forum: Law & Economics*, art. n° 0008, available at: <https://www.competition-forum.com/>.

Chopra R. and Khan L.M., (2020). "The Case for "Unfair Methods of Competition" Rulemaking." *The University of Chicago Law Review* 87 (2): 357–80.
<https://www.jstor.org/stable/26892415>.

CMA, (2020), “A new pro -competition regime for digital markets - Advice of the Digital Markets Taskforce”, Competition & Markets Authority, CMA 135, December.

CMA, (2021), “The CMA's Digital Markets Strategy: February 2021 refresh”, *Competition & Markets Authority*, Policy Paper, February.

Condorelli D. and Padilla J., (2020), “Harnessing Platform Envelopment in the Digital World”, *Journal of Competition Law & Economics*, 16(2), pp. 143–187,
<https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa006>.

Crémer J., Montjoye Y.-A., and Schweitzer H., (2019), *Competition Policy for the Digital Era*, DG Competition, EU Commission.

De Cornière A. and Taylor G., (2019), “A Model of Biased Intermediation”, *Rand Journal of Economics*, 50(4), pp.854-882.

De Marcellis-Warin N., Marty F., Thelisson E. and Warin T., (2020), *Artificial Intelligence and Market Manipulations: Ex-ante Evaluation in the Regulator's Arsenal*, Cahiers Scientifiques CIRANO, 2020s-64, December, <https://www.cirano.qc.ca/fr/sommaires/2020s-64>.

De Streeck A. and Larouche P., (2021), "The European Digital Markets Act Proposal: Policy Choices and Suggestions for Improvement", *mimeo*.

Eisenmann T., Parker G. and Van Alstyne M., (2011), "Platform Envelopment", *Strategic Management Journal*, 32, pp.1270-1285.

European Commission, (2019), *Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation*.

European Commission, (2020a), *Proposal for a Regulation on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)*, COM(2020) 842 final, December 15th.

European Commission, (2020b), *Guidelines on ranking transparency pursuant to regulation EU 2019/1159*, 2020C/424/01.

Ezrahi A., and Stucke M.E., (2020), "Digitalisation and its impact on innovation", *R&I Paper Series 2020/07*, October.

Ginsburg D.H., (2010), « Originalism and Economic Analysis: Two Case Studies of Consistency and Coherence in Supreme Court Decision Making », *Harvard Journal on Law and Public Policy*, 33(1), pp.217-238.

Graef I., (2019), "Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence", *Yearbook of European Law*, 38(1), pp.448-499.

Ibanez-Colomo P., (2020), "Self-preferencing: Yet another Epithet in Need of Limiting Principles", *World Competition*, 43(4), pp.417-446.

Ibanez-Colomo P., (2021), "The Draft Digital Markets Act: a legal and institutional analysis", <https://ssrn.com/abstract=3790276>.

Jacobides, M. G., Bruncko, M., Langen R., (2020), "Regulating Big Tech in Europe: Why, so what, and how understanding their business models and ecosystems can make a difference", *Evolution – White Paper*, December. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3765324>.

Jacobides M.G. and Lianos I., (2021), "Ecosystems and Competition Law in Theory and Practice", Research Paper Series 1/2021, *Centre for Law, Economics and Society*, UCL, January.

Khan L.M., (2019), "The Separation of Platforms and Commerce", *Columbia Law Review*, 119(4).

Kirat T. and Marty F., (2015), "The Regulatory Practice of the French Financial Regulator, 2006-2011 – From Substantive to Procedural Financial Regulation", *Journal of Governance and Regulation*, volume 4 - 2015, Issue 4 (continued – 4), pp.441- 450.

Lande R.H., (2013), « A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice », *Fordham Law Review*, 81, p.2349-2403.

Lande R.H. and Zerbe R.O., (2020), « The Sherman Act is a No-Fault Monopolization Statute: A Textualist Demonstration », *American University Law Review*, 70 (2), pp. 497-588.

Lianos I., (2019), "Competition Law for the Digital Era: A Complex Systems' Perspective", Research Paper, Centre for Law, Economics and Society, UCL, 6/2019, https://www.ucl.ac.uk/cles/sites/cles/files/cles_6-2019_final.pdf.

Malaurie-Vignal M., (2021), « La loyauté, l'égalité et l'équité en droit de la concurrence », *Contrats Concurrence Consommation*, n° 2, repère 2, February.

Manne G.A. and Wright J.D., (2010), "Innovation and the Limits of Antitrust", *Journal of Competition Law & Economics*, 6(1), pp.153–202, <https://doi.org/10.1093/joclec/nhp032>.

Marsden P. and Podszun R., (2020), *Restoring Balance to Digital Competition – Sensible Rules, Effective Enforcement*, Konrad Adenauer Stiftung, September.

Marty F., (2013), "As-efficient competitor test in exclusionary prices strategies: does Post Danmark really pave the way towards a more economic approach" », *Document de Travail du GREDEG*, n°2013-26, July, 20p.

Marty F., (2019), "Plateformes de commerce en ligne et abus de position dominante : réflexions sur les possibilités d'abus d'exploitation et de dépendance économique", *Thémis (Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal)*, volume 53, pp. 73-104.

Marty F. and Mezaguer M., (2018), "Negotiated Procedures in EU Competition Law", in Marciano A., Ramello G. (eds), *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer, New York.

Marty F. and Pillot J., (2018), "With Uncertain Damage Theory Come Unpredictable Effects of Remedies: "Libres Propos" on The Android Case", *Competition Policy International, Antitrust Chronicle 2018*, Fall, Volume 1, Number 3, December.

Melamed D. and Petit N., (2018), "The Misguided Assault on the Consumer Welfare Standard in the Age of Platform Markets", *Review of Industrial Organization*, 54(4), pp.741-774.

OECD, (2020), *Abuses of Dominance in Digital Markets*.

Padilla J., Perkins J. and Piccolo S., (2020), "Self-preferencing in Markets with Vertically Integrated Gatekeeper Platform", CSEF Working Papers 582, Centre for Studies in Economics and Finance (CSEF), University of Naples, Italy.

Pasquale F., (2017), "Toward a Fourth Law of Robotics: Preserving Attribution, Responsibility, and Explainability in an Algorithmic Society", *Ohio State Law Journal*, 78(5), pp. 1243-1255.

Petit N., (2020), *Big Tech and the Digital Economy: The Moligopoly Scenario*, Oxford University Press.

Portuese A., (2019), "The Rise of Precautionary Antitrust: An Illustration with the EU Google Android Decision", *Competition Policy International*, November.

Salinger M.A., (2020), "Self-preferencing", in The GAI Report on the Digital Economy, pp.329-368.

Simons H.C., (1934), *A Positive Program for Laissez-Faire: Some Proposals for a Liberal Economic Policy*, University of Chicago Press.

Simons H.C., (1936), "The requisites of free competition", *American Economic Review*, 26 (1), 68-76.

Steinbaum M. and Stucke M.E., (2018), *The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust*, WP Roosevelt Institute.

Renaissance numérique, (2021), "Digital Markets Act: A revolution or a legal contradiction?", March, <https://www.renaissancenumerique.org/publications/digital-markets-act-a-revolution-or-a-legal-contradiction>.

Tirole J., (2019), *Regulating the Disrupters*, <https://www.livemint.com/Technology/XsgWUgy9tR4uaoME7xtITI/Regulating-the-disrupters-Jean-Tirole.html> .

Tyrie A., (2019), *Letter to the Secretary of State for Business, Energy, and Industrial Strategy*, Competition and Markets Authority, London, 21 February.

Vatiero M., (2015), "Dominant market position and ordoliberalism", *International Review of Economics*, 62, 291–306. <https://doi.org/10.1007/s12232-015-0246-8>.

Zingales L., (2017), "Towards a Political Theory of the Firm", *Journal of Economic Perspectives*, 31(3), pp.113-130.

Aspectos concorrenciais dos preços personalizados em plataformas digitais – Uma análise comparativa

Pietra Daneluzzi Quinelato

Resumo: Nas últimas décadas, uma grande quantidade de dados passou a ser processada e transmitida em alta velocidade, sem barreiras geográficas. Essa crescente capacidade de análise de dados pelas empresas possibilitou a criação de perfis digitais dos consumidores e um dos possíveis desdobramentos é a personalização de preços a partir de tais informações, ou seja, infere-se um preço de reserva que corresponde ao valor que o indivíduo está disposto a pagar por determinado produto ou serviço. A partir deste cenário, o presente artigo pretendeu analisar como casos em que ocorreram a prática de preços personalizados na União Europeia foram analisados e a aplicabilidade de possíveis soluções no contexto nacional. Foi utilizado o método jurídico-exploratório para verificar a prática de preços personalizados na União Europeia por meio de revisão bibliográfica, bem como o método dedutivo para chegar às conclusões sobre o tema. Como resultado, não foram encontradas significativas evidências da prática na União Europeia que pudessem colaborar para uma intervenção regulatória no Brasil. Portanto, não havendo a proibição expressa da prática no ordenamento jurídico nacional, conclui-se que caberia às autoridades competentes uma análise casuística e interpretativa em momento oportuno.

Palavras-chave: Preços Personalizados; Plataformas Digitais; Preço de Reserva; Concorrência; Dados Pessoais.

Abstract: In the last decades, a large amount of data has been processed and transmitted at high speed, without geographical barriers. This growing capacity for data processing by companies has enable the creation of digital consumers profiles and one of the consequences is the personalisation of prices based on such information. As a result, a reserve price is inferred that corresponds to the value that the individual is willing to pay for a particular product or service. the present article intended to analyse how cases in which the practice of personalized prices occurred in the European Union were analysed and the applicability of possible solutions in the national context. The legal-exploratory method was used to verify the practice of personalized prices in the European Union through a bibliographic review, as well as the deductive method to reach conclusions on the topic. As a result, there was no significant evidence of the practice in the European Union that could contribute to a regulatory intervention in Brazil. Therefore, in the absence of an express prohibition of the practice in the national legal system, it is concluded that it would be up to the competent authorities to carry out a case-by-case and interpretive analysis in due course.

Keywords: Personalised prices; Digital Platforms; Willingness to Pay; Competition; Personal Data.

Introdução

Dados pessoais são tratados pelas empresas e considerados ativos valiosos. Por meio das informações obtidas após seu tratamento, é possível inferir perfis dos indivíduos e oferecer produtos e serviços personalizados, como a prática de publicidade comportamental e preços personalizados, que são o objeto do presente estudo.

Com isso, é possível estimar quanto cada indivíduo pretende pagar por um produto ou serviço e cobrar uma maior quantia ou menor do seu preço original. A empresa poderá captar excedentes do consumidor ou vender para aqueles que não teriam a possibilidade de comprar pelo valor não personalizado.

No entanto, tal prática gera consequências em várias esferas jurídicas, das quais destacamos a Defesa da Concorrência. Ocorre que a análise dos impactos causados não é algo fácil pois existem poucas evidências de que a prática acontece em todo o mundo. Além disso, a comunidade antitruste pouco debate o tema, que tem se tornado cada vez mais comum diante dos inúmeros serviços e produtos digitais consumidos e do aumento da capacidade de processamento de algoritmos.

O presente artigo, a partir de uma revisão bibliográfica e método dedutivo, será dividido em cinco partes, apresentando a formação de perfis de consumo, que possibilitam a ocorrência de preços personalizados; a categorização de preços personalizados entre os preços discriminatórios; as condições e consequências da precificação personalizada; a ocorrência da prática na União Europeia e; a prática no Brasil sob enfoque da Defesa da Concorrência. Por fim, as considerações finais trarão os apontamentos e conclusões obtidas por meio deste estudo.

I - A formação de perfis de consumo para preços personalizados

A tecnologia permite que sejam coletados dados pessoais dos usuários no ambiente digital, como seu nome, idade, endereço,

geolocalização, histórico de compras, acesso a websites, interesses nas buscas, formas de pagamento. No cenário de marketplaces, dispendo cada vez mais de informações, algoritmos conseguem compreender os consumidores e possibilitam que tais dados tratados componham perfis de consumo.

Esse perfil de consumo, também conhecido como perfil comportamental do usuário, representa as suas preferências e permite prever alguns de seus comportamentos em determinadas situações. Trata-se da técnica de criação de perfis, definida por Clarke como:

Uma técnica em que um conjunto de características de uma determinada classe de pessoa é inferido a partir de experiências passadas e, em seguida, dados armazenados são pesquisados para indivíduos com um ajuste quase perfeito a esse conjunto de características²¹³.

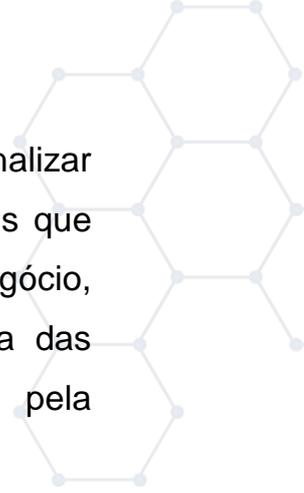
Nesse mesmo sentido, Mendes afirma que o perfil de consumo é um registro sobre um indivíduo, expressando a sua personalidade a partir de um conjunto de seus dados:

O perfil pode ser considerado um registro sobre uma pessoa que expressa uma completa e abrangente imagem sobre a sua personalidade. Assim, a construção de perfis compreende a reunião de inúmeros dados sobre uma pessoa, com a finalidade de se obter uma imagem detalhada e confiável, visando, geralmente, à previsibilidade de padrões de comportamento, de gostos, hábitos de consumo e preferências do consumidor²¹⁴.

Essa prática de criação de perfis pode ter sua definição encontrada no Regulamento Geral sobre Proteção de Dados da União Europeia, em seu artigo 4 (4). Em tal disposição, está definida como um tratamento automatizado de dados pessoais para avaliar certos aspectos pessoais de uma pessoa, nomeadamente para analisar ou prever aspectos relacionados com o seu desempenho profissional, a sua situação económica, saúde, preferências pessoais, interesses, fiabilidade, comportamento, localização ou deslocações.

²¹³ CLARKE, Roger. Profiling: A hidden challenge to the regulation of data surveillance. **Journal of Law & Information Science**, Camberra, v. 4, p. 403, 1993.

²¹⁴ MENDES, Laura S. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 111.



A partir de tais perfis de consumo, empresas podem personalizar seus produtos e serviços, resultados de buscas, entre outros itens que permitem que seja agregado valor ao seu modelo de negócio, evidenciando uma economia movida a dados. Além disso, uma das possibilidades trazidas pelo tratamento de dados pessoais e pela formação de perfis é a precificação personalizada.

Isso porque podem ser encontrados os chamados preços de reserva de cada usuário em relação a determinado produto ou serviço. Ou seja, trata-se do valor pelo qual o consumidor está disposto a pagar por um bem a ser adquirido, seja ele menor ou maior do que o valor que seria originalmente cobrado pela empresa, sem a precificação personalizada.

Office of Fair Trade explica tal dinâmica:

A prática em que empresas usam informações observadas, voluntariamente compartilhadas, inferidas ou coletadas sobre as condutas ou características dos indivíduos para fornecer preços diferentes para diferentes consumidores (mesmo que seja para indivíduos ou um grupo base), com fundamento no quanto a empresa acredita que tais consumidores irão pagar²¹⁵.

Apesar de a prática de preços diferenciados não ser atual, os meios digitais trouxeram novos desafios que merecem análise. Seriam preços personalizados justos ou, até mesmo, lícitos? Quais seus impactos na concorrência? Temos ferramentas para lidar com essa prática? Diante disso, passa-se à compreensão do conceito e suas consequências na esfera da Defesa da Concorrência.

²¹⁵ No original: “(...) the practice where businesses may use information that is observed, volunteered, inferred, or collected about individuals’ conduct or characteristics, to set different prices to different consumers (whether on an individual or group basis), based on what the business thinks they are willing to pay.”. (OFFICE FAIR TRADE – OFC. **The economics of online personalised pricing**– Note by UK. Londres: Crown Copyright, maio 2013. Disponível em: https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402154756/http://oft.gov.uk/shared_oft/research/oft1488.pdf. Acesso em: 01 set. 2020. Tradução nossa).

II - Preços personalizados como categoria de preços discriminatórios

Preços personalizados fazem parte de um conjunto maior, os preços discriminatórios. De acordo com Pigou²¹⁶, referência na literatura sobre o tema, preços discriminatórios podem ser divididos em três graus.

O primeiro grau é também conhecido como discriminação de preços perfeita. Em tal categoria, cobra-se um preço diferenciado de cada consumidor, de acordo com o seu preço de reserva. Assim, a partir do seu perfil de consumo, algoritmos são capazes de inferir a quantia que o indivíduo está disposto a pagar por determinado produto ou serviço.

Como consequência, o comerciante pode alterar o valor cobrado para mais ou menos do que era originalmente cobrado sem a personalização, extraindo o excedente do comprador ou expandindo o alcance dos seus produtos e serviços para aqueles que não comprariam com o valor original, respectivamente.

Já o segundo grau de preços discriminatórios não está necessariamente relacionado ao comportamento do consumidor. Portanto, tal categoria se afasta dos chamados preços personalizados a partir de dados pessoais, pois os valores cobrados podem depender da quantidade comprada por determinado indivíduo ou até mesmo da diferenciação de preços pelo modelo do produto. Nesse caso, o mesmo livro com capa dura e capa mole pode ser cobrado de forma diferenciada, isto é, são versões diferentes de um mesmo produto – técnica do *versioning*.

Preços discriminatórios de terceiro grau, por sua vez, podem ou não envolver a análise de dados pessoais. São os chamados preços de grupo, pois algoritmos conseguem classificar indivíduos em grupos conforme seus comportamentos ou características, ainda que não sejam pessoais.

Por exemplo, indivíduos que utilizam o sistema operacional iOS, poderiam ter preços mais elevados cobrados ao buscar por determinado

²¹⁶ Cf. PIGOU, A. C. *The Economics of Welfare*. London: Macmillan. 1920.

produto, diferentemente do que os valores direcionados a usuários do sistema Android. Preços discriminatórios de terceiro grau também podem ser referentes a diferentes idades, como idosos e estudantes sendo cobrados menos do que adultos em cinemas e casas de show. Além disso, podem ser criados grupos com categorias específicas juntando indivíduos que se comportariam da mesma maneira em uma situação.

Contudo, das categorias apresentadas é sinônimo de preços dispersos, isto é, preços diferentes em fornecedores diferentes, cujos custos não são iguais. Além disso, preços personalizados de primeiro e terceiro graus também devem ser confundidos com preços dinâmicos, que variam de acordo com a oferta e a demanda.

O presente artigo foca seu objeto em preços discriminatórios de primeiro grau, derivados de informações adquiridas de um indivíduo e seus dados pessoais²¹⁷. Nesse sentido, a Comissão Europeia explica:

Não há dúvida de que a coleta de dados pessoais e o perfil dos consumidores são viabilizados pela quantidade de dados gerados por diversos dispositivos e pelos avanços nas tecnologias de rastreamento e análise de dados. Isso oferece aos vendedores online a possibilidade de oferecer aos consumidores produtos e serviços sob medida (personalizados) e estar em uma posição de determinar com maior precisão os preços que os consumidores estão dispostos a pagar de acordo com suas características (por exemplo, compradores afluentes versus não afluentes), de modo que para otimizar melhor suas próprias receitas.²¹⁸

Posto isso, analisam-se as condições necessárias para que a prática ocorra e as consequências geradas no mercado.

²¹⁷ Cf. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **Personalised pricing in the digital Era** - Background Note by the Secretariat. Paris: OCDE Publishing, nov. 2018, p. 8. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)127/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)127/en/pdf)>. Acesso em: 16 set. 2020.

²¹⁸ No original: "There is no doubt that the collection of personal data and the profiling of consumers is enabled by the amount of data generated by multiple devices and the advances in tracking technologies and data analytics. This offers online sellers the possibility to offer consumers tailored (personalised) products and services and to be in a position to determine with greater accuracy the prices that consumers are prepared to pay according to their characteristics (e.g. affluent versus non-affluent shoppers) so as to better optimize their own revenues". (EUROPEAN COMMISSION. **Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, p. 268, 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf. Acesso em 16 set. 2020, tradução nossa).

III - As condições e consequências de preços personalizados

Para que preços personalizados ocorram, são necessárias algumas condições cumulativas no mercado. Caso contrário, a prática pode ser inviabilizada.

A primeira de tais condições é a ausência de arbitragem, de forma que consumidores não poderiam revender ou comparar os produtos e serviços com preços personalizados. Além disso, é essencial que a empresa tenha um certo poder de mercado, tendo em vista que havendo concorrência perfeita, a oferta e a demanda impossibilitariam a prática²¹⁹⁻²²⁰.

Por fim, a precificação personalizada só é possível desde que existam ferramentas tecnológicas avançadas que permitam identificar o preço de reserva do consumidor, classificando o seu perfil de consumo e, conseqüentemente, direcionando o preço personalizado compatível²²¹.

Postas tais condições, preços personalizados são capazes de ocasionar alguns efeitos no mercado, dos quais destacam-se os efeitos da (i) apropriação, (ii) expansão da produção, (iii) intensificação da competição e, (iv) comprometimento.

O efeito da apropriação está relacionado com a capacidade da empresa que pratica preços personalizados adquirir o excedente do consumidor. Isso ocorre quando o preço de reserva de determinado indivíduo é mais elevado do que o preço original do produto ou serviço a ser adquirido, isto é, o preço não personalizado. Com isso, a empresa cobra um valor mais elevado do que cobraria sem a precificação

²¹⁹ Cf. BOURREAU, Marc; DE STREEL, Alexandre. The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era. **Social Science Research Network**, [s. l.], v. 150, p. 2, 17 jan. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3312158>. Acesso em: 28 jun. 2020.

²²⁰ Há divergência na doutrina sobre a necessidade de um grande poder de mercado para a realização de preços personalizados, conforme BAUMOL, Willian J; SWANSON, Daniel G. The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power. 70 **Antitrust L.J.**, 2003.

²²¹ Cf. BOURREAU, Marc; DE STREEL, Alexandre. The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era. **Social Science Research Network**, [s. l.], v. 150, p. 2, 17 jan. 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3312158>. Acesso em: 28 jun. 2020.

personalizada e se apropria de uma quantia além da sua margem de lucro. Por esse motivo, chama-se efeito da apropriação do excedente.

O efeito da expansão da produção está relacionado com o efeito da apropriação do excedente. Havendo apropriação de uma quantia além da margem de lucro do preço cobrado sem a personalização, a empresa é capaz de oferecer seus produtos ou serviços para aqueles que não podem pagar o preço sem personalização, devido ao seu preço de reserva mais baixo. Como consequência, há uma expansão da produção, capaz de alcançar mais consumidores.

Já o efeito da intensificação da competição se relaciona com a possibilidade de os preços se tornarem mais competitivos, de forma que os produtos e serviços serão oferecidos de forma mais atraente aos consumidores. Por fim, o efeito do comprometimento previne que os preços sejam elevados com o tempo, visando retirar as forças competitivas de concorrentes e atrair consumidores para seus produtos e serviços.

Por outro lado, algumas consequências da prática podem ser prejudiciais e não favorecer a competitividade no mercado. Entre elas, destaca-se o fato de que a empresa que possui o sistema de preços personalizados se torna capaz de impedir ou dificultar a entrada de um novo player no mercado, caso ele não tenha as mesmas ferramentas tecnológicas que o permitam personalizar seus preços.

Além disso, a prática pode ser capaz de discriminar consumidores, cobrando preços distintos de produtos e serviços iguais. Ainda, é possível tornar a expansão e a manutenção no mercado para concorrentes mais difícil.

Diante do exposto, passamos a analisar a ocorrência da prática de preços personalizados a União Europeia.

IV - A ocorrência de preços personalizados na União Europeia

A precificação personalizada não é facilmente evidenciada no mercado, vez que se trata de uma estratégia das empresas para aumentar seus lucros e expandir sua produção e alcance. Por esse motivo, não está presente que a prática de preços personalizados ocorre nos termos e condições de uso das plataformas digitais, sequer na política de privacidade. No entanto, alguns experimentos empíricos que simularam personas conseguiram demonstrar o que ocorria em alguns comércios eletrônicos na União Europeia.

No ano de 2014, a Comissão Nacional de Informática e Liberdades e a Direção Geral da Concorrência, do Consumo e da Repressão de Fraude do Ministério da Economia e de Finanças da França conduziram um estudo sobre práticas de personalização em comércios eletrônicos²²².

Como resultado, concluíram que a prática deveria ser examinada em relação à lei "Informação e Liberdades" e aos artigos L. 120-1 e seguintes do Código do Consumidor, que condenam processos "que alteram, ou são susceptíveis de alterar substancialmente, o comportamento do consumidor que é normalmente informado e razoavelmente atento e informado, a respeito de um bem ou serviço".

Na Hungria, a autoridade da concorrência Gazdasági Versenyhivatal (GVH) iniciou investigações em outubro de 2016 contra Airbnb Ireland²²³, que alterava custos das acomodações oferecidas a diferentes consumidores de acordo com informações pessoais, como dispositivos utilizados pelos consumidores no momento da busca e da locação da

²²² Cf. MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES. **IP Tracking**: conclusions de l'enquête conjointe menée par la CNIL et la DGCCRF. Commission Nationale de L'Informatique et des Libertés, Paris, 27 jan. 2014. Disponível em: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/communiqué/2014/cp_tracking_27012014.pdf. Acesso em: 17 set. 2020.

²²³ Cf. HUNGARIAN COMPETITION AUTHORITY. The competition supervision procedure against Airbnb has been closed with the acceptance of commitments. **Gazdasági Versenyhivatal**, Budapest, 19 jun. 2018. Disponível em: http://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2018/the_competition_supervision_procedure_against_airb.html. Acesso em: 16 set. 2020.

hospedagem²²⁴. Como resultado, um acordo foi firmado com a empresa, que se comprometeu a tomar algumas medidas que deixassem mais transparentes os preços cobrados de seus consumidores.

Em experimento realizado pela Comissão Europeia publicado em 2018²²⁵, foram encontradas evidências de ofertas personalizadas baseadas nas informações do comportamento do consumidor online como históricos de busca e *cookies*, além de se relacionar à rota de acesso ao website, isto é, a ferramenta de busca utilizada, ferramenta de comparação de preços, browser e dispositivo. Ademais, notou-se que o acesso por dispositivos móveis havia maior impacto sobre o preço personalizado que o acesso por diferentes mecanismos de busca.

Como conclusão, determinou-se que seriam aplicáveis três diretivas ou regulamentos. O primeiro é a Diretiva de Práticas Comerciais Desleais 2005/29/EC. Nesta diretiva, o artigo 6 (d) dispõe sobre declarações enganosas sobre o preço, a forma como é calculado ou a existência de uma vantagem específica. Já o artigo 7 (4) (c) dispõe sobre omissões enganosas, pois o fornecedor deve dar informações sobre o preço, seu cálculo, entre outras. Assim, comerciantes devem ser claros e transparentes sobre como o preço é calculado.

Outra Diretiva sobre o tema é a e-Privacy 2002/58/EC, recentemente atualizada, que determina que o armazenamento ou o acesso a dados do equipamento do usuário só podem ocorrer com o seu consentimento. Por fim, o Regulamento Geral sobre Proteção de Dados determina, em seu recital 39, que o tratamento deve ser claro e justo, combinado ao recital 58 e ao artigo 22, que garantem ao titular o direito de revisão quando se tratar de decisões automatizadas.

²²⁴ Cf. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **Personalised pricing in the digital Era** - Note by Hungary. [S. l.: s. n.], nov. 2018. p. 4. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)122/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)122/en/pdf)>. Acesso em: 16 set. 2020.

²²⁵ Cf. EUROPEAN COMMISSION. **Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, p. 219-220, 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf. Acesso em 16 set. 2020.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico divulgou em janeiro de 2021 estudo²²⁶ realizado no tema, feito pela sua Unidade de Pesquisa Comportamental e Instituto de Estudo Social na Irlanda em outubro de 2019 e no Chile em março de 2020.

A pesquisa pretendeu responder três perguntas, entre elas (i) se consumidores conseguiriam identificar e compreender preços personalizados no cenário online; (ii) qual o impacto que a divulgação de preços personalizados causa em suas decisões e comportamento e; (iii) como consumidores se sentem sobre preços personalizados em geral. Como conclusão, tal experimento não foi capaz de identificar uma significativa interferência de preços personalizados na decisão do consumidor.

Por fim, destaca-se que a União Europeia em seu artigo 102 do Tratado de Funcionamento, antigo artigo 82 do Tratado de Roma, dispõe que a discriminação de preços ou de condições podem ser uma restrição posta por empresas dominantes de vender para compradores a preços ou condições diferentes²²⁷.

Artigo 102. É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;*
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;*
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;*

²²⁶ OCDE. The effects of online disclosure about personalised pricing on consumers – results from a lab experiment in Ireland and Chile. **OCDE Digital Economy Papers**. Jan. 2020. n. 303.

²²⁷ Para mais informações sobre o tema, recomenda-se a leitura de GIFFORD, Daniel; KUDRLE, Robert. The law and economics of price discrimination in modern economies: time for reconciliation? University of California. v. 43, 2010. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/43/4/articles/43-4_Gifford-Kudrle.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

No entanto, não foram encontradas evidências significativas da sua aplicação em casos relacionados ao tema o que se deve, principalmente, pela dificuldade em se localizar casos de preços personalizados.

V – Preços personalizados e a defesa da concorrência no ordenamento jurídico nacional

A prática de preços personalizadas não está expressamente proibida no ordenamento jurídico nacional. A averiguação de tal premissa provém de uma análise constitucional, legislação consumerista e concorrencial.

Apesar de as primeiras esferas constitucional e consumerista não serem o foco do presente artigo, esclarece-se que foi adotada a premissa de uma igualdade substancial na esfera constitucional, na qual prevalece o tratamento desigual para desiguais como uma forma de justiça social. Assim, a prática de preços personalizados decorre da livre iniciativa e do incentivo ao desenvolvimento econômico no país. Nesse sentido, conclui Koga:

(...) Sob o prisma da isonomia, não há empecilho à utilização da precificação personalizada ou às discriminações de preços de primeiro ou terceiro nível, salvo se realizada direta ou indiretamente com base em critérios vedados pela Constituição Federal, de modo literal ou através de interpretação sistemática do texto constitucional²²⁸.

Ademais, o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor não seria um impeditivo à precificação personalizada vez que não se pode entender

²²⁸ KOGA, Bruno Y. S. **Precificação personalizada na era digital. Consumo, dados e concorrência.** 2020. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) - Instituto Brasileiro de Direito Público, São Paulo, 2020. p. 136.

que a prática se trata de um abuso ou de uma cláusula abusiva, afastando a incidência dos artigos 39 e 51 do Código de Defesa do Consumidor e do artigo 12 do Decreto 2.181 de 1997, desde que respeitem princípios da transparência, informação e autodeterminação previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

Caberia, assim, compreender se a Lei 12.529/11 seria um impeditivo à precificação personalizada conforme previsto no artigo 36 e seus incisos IV, X e XI.

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.*

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

- a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;*
- b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;*
- c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;*

d) *preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;*

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;

VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;

VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;

VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;

XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;

XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;

XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo;

XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;

XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e

XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

Assim, de acordo com a Lei de Defesa da Concorrência, é proibido “exercer de forma abusiva posição dominante” nos termos do inciso IV, bem como “discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços”, conforme inciso X do parágrafo 3º do referido artigo e “recusar a venda de bens ou prestação de serviços” de acordo com inciso XI.

Diante disso, seria necessário verificar a dominância da empresa que pratica preços personalizados no mercado, a facilidade ou dificuldade de um novo player competir, bem como os concorrentes atuais e a sua capacidade em competir diante das condições impostas.

Não apenas, faz-se relevante a identificação de suposta justificativa para a ocorrência de diferenciação de preços, como custos distintos para oferecer um mesmo produto ou serviço, a exemplo de distância a ser

percorrida para a entrega do produto, diferentes distribuidores ou fornecedores de insumos, bem como o motivo da recusa de venda de bens e serviços.

Em nossa interpretação, tais disposições legais não se direcionam às relações com consumidores finais, mas sim, com fornecedores ou adquirentes intermediários. Assim, não se poderia afirmar que há uma proibição expressa da prática de preços personalizados na esfera concorrencial. Ademais, retoma-se aos ensinamentos de BAUMOL e SWANSON que contrariam a corrente doutrinária ao defender que preços discriminatórios podem ocorrer em mercados competitivos²²⁹.

Portanto, seria necessária uma análise casuística da prática de preços personalizados em mercados digitais sob o enfoque concorrencial para identificação de um poder econômico excessivo prejudicial à competição. Ademais, é imprescindível a análise de motivos que causem a diferenciação dos preços, como uma possibilidade de alteração de custos.

Em tal análise, será necessária a verificação de uma possível exploração dos consumidores, bem como um prejuízo a outros players do mercado, principalmente novos entrantes e pequenas empresas que não possuem a tecnologia para praticar preços personalizados. No entanto, deve-se verificar se uma intervenção não prejudicaria a inovação e o livre desenvolvimento econômico.

Por outro lado, havendo ultrapassagem de barreiras de licitude, em que a discriminação de consumidores se torna uma consequência, outras leis do ordenamento jurídico nacional poderão intervir, como o próprio Código de Defesa do Consumidor e a Lei Geral de Proteção de Dados, que tem como um de seus princípios chave a não discriminação por dados pessoais.

²²⁹ BAUMOL, Willian J; SWANSON, Daniel G. The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination: Identifying Defensible Criteria of Market Power. 70 **Antitrust L.J.**, 2003.

Considerações Finais

A sociedade se alterou com transformações digitais, compondo uma economia de dados, principalmente no âmbito das plataformas digitais. Portanto, os dados pessoais são ativos para as empresas, quando tratados, permitindo que sejam inferidos perfis de consumos dos indivíduos a partir dos quais podem ser previstas suas preferências, características, desejos etc.

É nesse contexto que empresas podem determinar quanto cada consumidor pretende pagar de cada produto ou serviço. Isso é possível pelo trabalho de algoritmos, que permitem que sejam encontrados os “preços de reserva” de cada consumidor.

No entanto, a prática de preços personalizados em um contexto digital gera efeitos no mercado, como a expansão da produção, a apropriação do excedente, a manutenção da competição e do comprometimento.

Por outro lado, concorrentes podem ser prejudicados por um possível abuso de posição dominante, encontrando dificuldades em entrar ou se manter no mercado sem as mesmas ferramentas. Assim, são trazidas à tona questões concorrenciais.

Ocorre que a prática não permite que sejam feitas considerações claras sobre a sua licitude no ordenamento jurídico nacional, principalmente sob o enfoque concorrencial, vez que não está clara a proibição pela Lei 12.529/11, bem como as consequências são variáveis, podendo ser positivas e negativas para o mercado competitivo.

Conclui-se, portanto, pela necessidade de uma análise casuística que considere as consequências da prática ocasionadas no mercado, bem como os princípios da livre iniciativa e livre concorrência. Por outro lado, podem ser necessárias análises sob outros enfoques, como da privacidade, discriminação e consumerista.

Referências Bibliográficas

BAUMOL, William J; SWANSON, Daniel G. **The New Economy and Ubiquitous Competitive Price Discrimination**: Identifying Defensible Criteria of Market Power. 70 *Antitrust L.J.*, 2003.

BOURREAU, Marc; DE STREEL, Alexandre. The Regulation of Personalised Pricing in the Digital Era. **Social Science Research Network**, [s. l.], v. 150, 17 jan. 2019. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3312158>>. Acesso em: 28 jun. 2020.

CLARKE, Roger. Profiling: A hidden challenge to the regulation of data surveillance. **Journal of Law & Information Science**, Camberra, v. 4, 1993.

EUROPEAN COMMISSION. **Consumer market study on online market segmentation through personalised pricing/offers in the European Union**. Luxemburgo: Publications Office of the European Union, 2018. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/aid_development_cooperation_fundamental_rights/aid_and_development_by_topic/documents/synthesis_report_online_personalisation_study_final_0.pdf>. Acesso em 16 set. 2020.

GIFFORD, Daniel; KUDRLE, Robert. The law and economics of price discrimination in modern economies: time for reconciliation? University of California. v. 43, 2010. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/43/4/articles/43-4_Gifford-Kudrle.pdf. Acesso em: 14 mar. 2021.

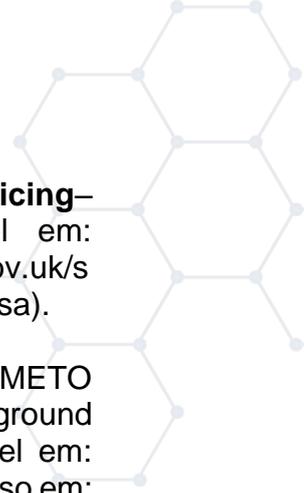
HUNGARIAN COMPETITION AUTHORITY. The competition supervision procedure against Airbnb has been closed with the acceptance of commitments. **Gazdasági Versenyhivatal**, Budapest, 19 jun. 2018. Disponível em: <http://www.gvh.hu/en/press_room/press_releases/press_releases_2018/the_competition_supervision_procedure_against_airb.html>. Acesso em: 16 set. 2020.

KOGA, Bruno Y. S. **Precificação personalizada na era digital**. Consumo, dados e concorrência. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito, Justiça e Desenvolvimento) - Instituto Brasileiro de Direito Público, São Paulo, 2020.

MENDES, Laura S. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MINISTÈRE DE L'ÉCONOMIE ET DES FINANCES. **IP Tracking**: conclusions de l'enquête conjointe menée par la CNIL et la DGCCRF. Commission Nationale de L'Informatique et des Libertés, Paris, 27 jan. 2014. Disponível em: <https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/dgccrf/presse/comunique/2014/cp_tracking_27012014.pdf>. Acesso em: 17 set. 2020.

OCDE. The effects of online disclosure about personalised pricing on consumers – results from a lab experiment in Ireland and Chile. *OCDE Digital Economy Papers*. Jan. 2020. n. 303.



OFFICE FAIR TRADE – OFC. **The economics of online personalised pricing**– Note by UK. Londres: Crown Copyright, maio 2013. Disponível em: <https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402154756/http://oft.gov.uk/s/hared_of/research/oft1488.pdf>. Acesso em: 01 set. 2020. Tradução nossa).

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **Personalised pricing in the digital Era** - Background Note by the Secretariat. Paris: OCDE Publishing, nov. 2018. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2018\)127/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2018)127/en/pdf)>. Acesso em: 16 set. 2020.

PIGOU, A. C. **The Economics of Welfare**. London: Macmillan. 1920.

Compliance concorrencial no mercado digital

Ana Cristina Gomes

Ana Elisa Bertolin da Silva

Gabriel de Aguiar Tajra

Resumo: As características essenciais do digital, dentre as quais o baixo custo de reprodutibilidade e a virtualização da informação, associadas às características do mercado digital, tal qual a economia de escala e escopo, bem como efeitos da rede e valorização do dado como principal ativo, por um lado geram maiores benefícios ao consumidor, enquanto por outro favorecem o cometimento de ilícitos pela centralização do poder de mercado. Neste ínterim, os programas de cumprimento normativo surgem como instrumentos capazes de favorecer a concorrência e reduzir o espectro ilícito. Para tanto, é necessário bem delinear suas problemáticas e potencialidades dentro da funcionalidade única no digital, a fim de permitir uma política antitruste desenvolvimentista.

Palavras-chave: *compliance* concorrencial; mercado digital; Regulação.

1. Cumprimento normativo, concorrência e tecnologia digital

A relação entre regulação e concorrência é, de certo, delicada. Se por um lado a competitividade do mercado é pautada na liberdade dos agentes econômicos, por outro, a regulação constantemente invoca restrições. Contemporaneamente, esta tensão se intensifica pela inovação tecnológica disruptiva, que desenvolve novos instrumentos técnicos e dinâmicas de mercado, mas desestrutura modelos de negócios e rompe com expectativas sociais²³⁰.

No que tange especificamente ao digital – mercado pela virtualização da informação e pelo baixo custo de reprodutibilidade –, a subversão da dinâmica do mercado altera, conseqüentemente, a essência dos institutos jurídicos concorrenciais, conforme se depreende da

²³⁰ Veja neste sentido a tênue linha divisória entre uma inovação virtuosa e uma eventualmente predatória, razão pela qual, inclusive, permitiu Thibault sustentar a formalização de um novo instituto jurídico no direito da concorrência para sancionamento de práticas de inovação voltadas especificamente para o prejuízo da concorrência (2017, p. 72).

necessária revisão e reconceituação, por exemplo, das práticas anticoncorrenciais, tais quais o estrangulamento das margens, alavancagem discriminatória ou discriminação pura, oportunismo compulsória, venda casada e recusa de contratar (GABAN; DOMINGUES; SILVA, 2019, p. 174-175).

Para os agentes de mercado isso gera uma dupla necessidade: primeiramente, exige uma adaptação de seu modelo econômico para manutenção de competitividade, enquanto, em segunda mão, requer uma adaptação de suas estruturas internas para adequação ao regime normativo e às novas demandas. Trata-se de uma correlação lógica, na medida em que as estruturas internas da companhia refletem os custos de transação existentes (WILLIAMSON, 1985, p. 402).

O que, entretanto, não é tão lógico, é a funcionalidade das práticas corporativas para efetivação do cumprimento normativo concorrencial no mercado digital. Assim, o artigo pretende explorar exatamente este tópico, valendo-se de revisão bibliográfica, análise normativa e entendimento jurisprudenciais para entender como programas de *compliance* concorrencial de empresas que competem no digital são instrumentos eficazes de governança e constituem proveitoso instituto jurídico para aprimoramento da política antitruste.

2. Ajuste de distorções e assimetrias no mercado digital a partir de programas de *compliance*

Na medida em que as companhias internalizam os custos de transação decorrentes das imposições governamentais, diferentes arranjos institucionais produzem diferentes incentivos e desincentivos aos agentes de mercado, que respondem com diferentes modelos de alocação de recursos - razão pela qual estrutura-se verdadeira “concorrência regulatória” entre os próprios órgãos governamentais para captação de

empresas (TIEBOUT, 1956, p. 416) - e governança, mas que convergem quanto à funcionalidade (GILSON, 2000, p. 340).

Neste ínterim, um modelo normativo estritamente rigoroso e interventivo tanto reduzirá a competitividade interna quanto aumentará os custos de transação e, provavelmente, aumentará os custos de produção e respectivo preço final, influenciando diretamente no valor pago pelo consumidor. De forma mais elementar, a resposta a esta problemática caminha no sentido de prestígio à inovação: reduzir os custos regulatórios facilita a produção econômica e, para além de uma imediata redução dos preços, a literatura especializada tem mostrado que a diminuição no custo de produção é capaz de gerar desenvolvimento, aumentando o bem-estar social (OCDE, 1996, p. 8).

Nesta via, conquanto os programas de *compliance* anticoncorrencial busquem mitigar os riscos de violações à Lei nº 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência), favorecendo inclusive o ambiente competitivo do mercado (CADE, 2016, p. 14), a apuração destes ilícitos assume uma faceta complexa no digital, pois a responsabilidade de plataformas intermediárias extrapola o respeito a tão somente o mercado principal, mas passa a abarcar uma concorrência para o mercado, inclusive dentro de suas próprias estruturas internas (COMISSÃO EUROPEIA, 2019, p. 54).

Estruturas de autorregulação regulada, onde estão inseridos os programas de *compliance*, permitem uma maior transparência das empresas sem que sejam revelados segredos comerciais ou informações sensíveis à concorrência (SIEBER, 2013, p.295). Nos programas de *compliance*, sua estrutura “é pensada para incrementar a capacidade comunicativa da pena nas relações econômicas, ao combinar estratégia de defesa da concorrência leal e justa com estratégias de prevenção de perigos futuros” (SILVEIRA; SAAD-DINIZ, 2015, p. 255).

A adoção de medidas como os programas de *compliance*, por si só, não garante o efetivo cumprimento normativo²³¹. A efetividade das

²³¹ Cf. “Sin embargo, el mercado brasileño parece aún refractario y, en gran medida, desorientado con respecto a la cultura de compliance. Poco se ha notificado sobre medidas innovadoras en gestión y, en la

medidas adotadas e a sua real fiscalização, interna e externa, são necessárias para que a estratégia deixe de desempenhar apenas um papel formal e passe a representar uma política de *enforcement* material.

Certamente que a adoção de códigos de conduta, dentro das governanças corporativas, em muito favorecem o controle a autorregulação, pois criam políticas de deveres, com demonstrações claras dos papéis a serem desempenhados, bem como os limites operacionais (SAAD-DINIZ, 2020, p.170).

Neste sentido, na esfera dos mercados digitais, por se tratar de um mercado ainda, em tese, novo, e onde, a cada dia, despontam novas tecnologias, a adoção de medidas como a elaboração e desenvolvimento de programas de *compliance*, acaba por, de modo mesmo que formal, assegurar um mínimo de simetria entre os concorrentes. Isso porque, os programas de *compliance* adotados estão atrelados a regulação externa e objetivam a aplicação material das regras e normas aplicadas a todos os concorrentes.

Essa é uma primeira premissa válida, do ponto de vista formal; entretanto, é preciso pensar na sistemática do mercado e, no caso do mercado digital, a inovação é uma constante que deve ser analisada sob perspectivas múltiplas. Uma de suas características é trazer mais comodidade e melhoria na prestação dos serviços, atendendo ao bem-estar do consumidor. Porém, é preciso lembrar que, quanto a regulação, não é possível trabalhar com previsões e projeções, de maneira que, ao regular, a norma trabalha com o que possui de concreto, com as situações postas. Assim, a cada inovação é preciso observar se a regulamentação normativa a contempla de modo adequado. Por outro lado, não se pode

mayoría de los casos, los programas de compliance acaban confundiendo con otros controles de la empresa, reducidos a ‘fachada’, o, lo que es aún peor, a la apariencia de ‘renovación ética’. En el campo de las iniciativas de enforcement, las investigaciones, tanto aquellas motivadas por el alcance extraterritorial del FCPA (Foreign Corrupt Practices Act, EUA), cuanto las basadas en el marco normativo doméstico (Ley 12.683/2013 Anticorrupción), no repercuten en los indicadores de forma mínimamente satisfactoria ni para demostrar el éxito de sus operaciones, ni tampoco atestiguar su calidad regulatoria. Las estrategias estandarizadas que caracterizan las iniciativas de integridad de la OCDE ya cumplen más de dos décadas sin superar el bajo impacto en términos de modificaciones substanciales de gobernanza y compliance.” (SAAD-DINIZ, 2019, p. 252)

limitar a inovação há existência de normativas, até mesmo porque as normas específicas surgem a partir da problemática posta, não o contrário.

É neste hiato, entre o surgimento da inovação tecnológica no mercado digital e a necessidade de uma regulamentação específica, que surgem as assimetrias que podem impactar nos programas de *compliance*. Não há como exigir o cumprimento normativo de algo que ainda não foi regulado, mas também não se pode impedir o desenvolvimento da inovação, se ela não é contrária aos preceitos elementares de ordem pública, apenas porque a regulação ainda não está posta²³².

Por outro lado, a implantação de mecanismos eficientes de *compliance* diminui barreiras geográficas, corrige assimetrias informacionais e gera diversos benefícios aos consumidores, incluindo maior competição entre os fornecedores e maior diversidade de acesso às fontes de informação, além, é claro, de alocar melhor os riscos dentro da própria empresa e fornecer um produto personalizado (CADE, 2020, p. 36).

Neste íterim, a apropriação da tecnologia por parte das empresas no âmbito do digital auxilia no aprimoramento das práticas de monitoramento e controle, especialmente no que se refere ao tratamento especial conferido aos dados corporativos. Com o auxílio do desenvolvimento de dados, inteligência artificial e outras tecnologias que mudaram significativamente a estrutura concorrencial, o *compliance* assume postura essencial para demonstrar a integridade da empresa perante terceiros, servindo como ferramenta imprescindível para adequar

²³² Cf. “Diante de uma realidade que soaria como ficção há pouco tempo, demos lidado, no ambiente jurídico, com questões nunca antes imaginadas pelos legisladores e operadores do direito. Trata-se de demandas jurídicas decorrentes do que se convencionou chamar de "Internet das Coisas" (Internet of Things - IoT). E é dentro dessa miríade de possibilidades, excedendo as competências e os objetivos da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD:), que vamos nos ater e refletir sobre o uso da Inteligência Artificial pelos agentes econômicos para a obtenção de vantagens competitivas. Ao se falar em Inteligência Artificial, também precisamos discorrer sobre outro fenômeno: o Big Data. A busca por informações e dados pessoais, e os mecanismos desenvolvidos para mitigar a assimetria de informação que existia por trás dos padrões do consumo criaram instrumentos efetivamente importantes para aumentar o padrão de competitividade e captação de clientes -- ou de usuários -- por meio da publicidade, bem como para a tomada de decisão das empresas dos mais variados mercados e tamanhos”. (DOMINGUES, SAAD-DINIZ, 2019, p. 350)

as políticas de privacidade à legislação vigente, além de implementar regimes internos de gestão e realizar auditorias para avaliar as tecnologias que estão sendo utilizadas.

3. Mapeamento e gerenciamento de riscos no mercado digital

Para uma correta aplicação de programas de cumprimento normativo, o mapeamento dos riscos envolvidos é o primeiro passo fundamental para harmonização das operações corporativas. Para tanto, não basta somente a sistematização do regime normativo aplicável e respectiva formulação de políticas e culturas organizacionais. É preciso ir além.

Isto porque a simples conformação da estrutura organizacional às imposições normativas é, em verdade, fadada ao fracasso sem a completa compreensão da funcionalidade do mercado - que impõe custos de transação sobre o qual a racionalidade do custo-benefício da atividade empresarial está assentada -, bem como de fatores extranormativos também influentes, como os entendimentos administrativos, jurisprudenciais e mesmo a formulação de regras supostamente com menor força vinculantes, tais quais cartilhas e *guidelines* (*soft law*).

Ocorre que, no digital, a inovação constante - associada aos efeitos de rede, economia de escala e escopo, bem como uma ampla gama de externalidades ampliadas pela conexão global - torna a análise dos riscos extremamente delicada, pois tanto existem fortes incentivos à condutas ilícitas, quanto as práticas anticompetitivas assumem novas facetas e particularidades (COMISSÃO EUROPEIA, 2019, p. 3).

Este apontamento se torna mais evidente se, por exemplo, analisarmos a funcionalidade da relação intermediadora das plataformas digitais, em que, por um lado tornam mais eficiente a prestação de seus serviços por intermédio de uma centralização de poder de mercado -

especialmente pela concentração de dados e da conveniência do ecossistema comum aos usuários -, enquanto por outro a consequência inevitável é a redução à competitividade, incentivo ao cometimento de ilícitos e, respectivamente, possível redução do excedente ao consumidor a longo prazo.

Fato é que as características e funcionalidades do mercado digital apontam para uma tendência ou facilitação à monopolização, na medida em que favorecem a centralização pelos efeitos de rede, incentiva-se a redução dos preços abaixo do custo marginal para captação agressiva de clientela e posterior satisfação dos custos totais, em decorrência da economia de escala, bem como viabilizam a expansão de seu poder a mercados anexos e secundários, ante a conexão do ecossistema.

Não é um acaso, portanto, que alguns estudiosos apontam para a formação de um novo fenômeno de cumprimento normativo no ambiente digital, denominado *e-compliance*. Este fenômeno é marcado por algumas características, dentre as quais a inseparabilidade e interconectividade do direito para com a tecnologia, a necessidade de lidar com riscos potenciais inevitáveis advindos do desenvolvimento tecnológico e da globalização, assim como a expansão da relevância dos mecanismos de *soft law* (GASSER; HAEUSERMANN, 2007, p. 10-11).

Em face destas características, cumpre ressaltar que, por ser este fenômeno naturalmente diverso em suas temáticas, deverá eventualmente abranger, entre outros, os seguintes possíveis aspectos: (i) segurança, através da tecnologia e procedimentos administrativos internos; (ii) privacidade de dados, atinente à utilização dos dados dos consumidores, mas também de dados interno; (iii) proteção ao consumidor, que levanta temáticas de jurisdições múltiplas aplicáveis, em face da atração da escolha da lei e da jurisdição pela proteção internacional do consumidor; (iv) propriedade intelectual, na medida em que intermediadores online possuem alto risco de violação a tais direitos pelos próprios usuários ou consumidores de seus serviços; (v) governança de conteúdos, ante a

utilização de diversos usuários em diferentes conteúdos em diferentes regimes normativos (GASSER; HAEUSERMANN, 2007, p. 6-8).

É neste íterim, em meio às características e tendências do mercado digital, bem como da emergência de um novo fenômeno de cumprimento normativo associado às empresas do mercado vinculado à internet, que se torna fundamental delinear pontos sensíveis a serem observados para uma estruturação de um *compliance* concorrencial apropriado no ambiente do digital a partir da revisita aos conceitos jurídicos mais basilares. Esta tarefa certamente não é fácil, ante a dependência de harmonização entre diversos fatores conexos.

Há de se ressaltar que, para além das previsões normativas atinentes aos regimes jurídicos mais amplos - tais quais o código consumerista -, outras previsões legais são de especial relevância à análise concorrencial no digital. Dentre tais, sabidamente o regime normativo de proteção de dados - que em âmbito nacional se manifesta pela Lei Geral de proteção de Dados (Lei nº 13.709/18) - clama maior atenção, razão pela qual inclusive suscitou a formulação de uma nova espécie de prática anticoncorrencial, atinente à vinculação da política de privacidade de dados.

Trata-se de prática anticoncorrencial conceituada por Daniele Condorelli e Jorge Padilla que, ao analisarem as práticas de dominação de mercado em que plataformas se valem da sua condição multilateral para, por intermédio da vinculação de política de privacidade no mercado principal, expandir seu poder a mercados secundários, primordialmente por meio de seu maior ativo econômico: o dado (2020, p. 22).

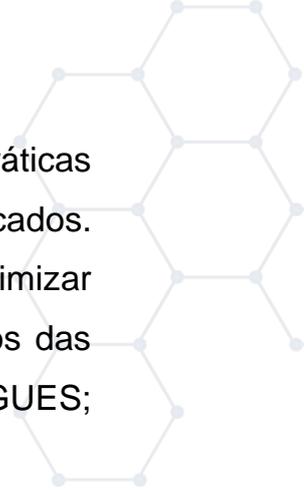
Frise-se neste ponto que, por decorrência da minimização da relevância do critério “preço” no mercado digital para delineamento dos efeitos ao bem-estar do consumidor - uma vez que há incentivo de oferta de produtos e serviços a preço zero para captação de usuários agressivamente -, atualmente já é ponto de debate acadêmico a utilização de outros critérios para fundamentação dos efeitos ao bem-estar do

consumidor, dentre os quais a própria qualidade de proteção de dados (ZANFIR-FORTUNA; IANC, 2018).

Para além do regime de proteção de dados, também as previsões do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14 - MCI) são passíveis de interferir no equilíbrio concorrencial entre empresas digitais. Já que o MCI esculpiu os principais deveres e direitos na rede, a violação a determinadas previsões pode não só prejudicar o consumidor final, mas também a qualidade da competição no mercado. Isto se torna evidente, por exemplo, no que tange à proteção à neutralidade da rede, pois o tratamento não isonômico do pacote de dados - como protegido pelo art. 9º do referido diploma normativo - pode gerar discriminação de tratamento técnico entre concorrente a partir do intermediário.

No que tange ao próprio regime concorrencial (especialmente fundado na Lei nº 12.529/12), as hipóteses de cometimento de ilícitos assumem novas facetas. É o caso, por exemplo, da alavancagem discriminatória, do estrangulamento de margem, do oportunismo compulsório, que acabam potencializados por decorrência da economia de escopo no digital. Isto porque os ecossistemas digitais, ao conectarem diversos mercados, especialmente através de uma plataforma com amplo poder de mercado e capacidade de interferência no fluxo de dados e captação predatória de usuários, em regra controladora de um mercado central, acabam facilitando hipóteses de expansão agressiva, ou mesmo ilícita, do centro às margens ou mercados adjacentes.

Algumas possibilidades para tentar minimizar ilícitos advindos destas práticas é adoção, por parte das empresas, de identificação de dependências tecnológicas e de informações privilegiadas entre as empresas principais e aquelas que atuam dentro de seus mercados internos, a delinear pontos sensíveis e riscos potenciais. Ainda, no mesmo sentido a identificação de propriedades ou características que incentivem o monopólio natural de mercados específicos permite às empresas melhor estruturar suas políticas comerciais a fim de evitar eventuais danos à concorrência não previstos. Por outro lado, a identificação de vias de



acesso entre mercados tanto permite delimitar possíveis práticas abusivas, quanto práticas que venham a fomentar a abertura de mercados. Por fim, a transparência de informações é também capaz de minimizar ilícitos, ante a democratização da fiscalização dos comportamentos das empresas e a maior abertura de seu controle (GABAN; DOMINGUES; SILVA, 2019, p. 176).

O que se percebe é a tendência de potencialização de cometimento de ilícitos atrelados a mercados secundários, por decorrência da conectividade do ecossistema a partir dos mercados centrais. Aqui, cumpre ressaltar que, em sendo o dado o principal ativo do mercado digital, torna-se ele ponto central de análise e atenção pelas empresas, a fim de evitar a centralização ilícita e respectiva sanção pelas autoridades públicas. Interoperabilidade de sistemas e portabilidade de dados tornam-se também pontos fulcrais, exigindo das empresas grande conhecimento técnico - assim como das autoridades para respectiva análise de suas condutas - para delineamento de riscos potenciais.

Frisa-se que a potencialização de cometimento de ilícitos não ocorre apenas no que tange ao abuso de posição dominante ou cartelizações, mas também no controle de estruturas corporativas e operações de fusões, aquisições e mesmo contratos associativos. Não é um acaso que a prática de aquisição predatória clama atualmente grande atenção das autoridades antitrustes.

Estes apontamentos vão ao encontro com recentes julgados, tanto a nível internacional, quanto a nível nacional. No caso denominado *Bundeskartellamt's v. Facebook*, em que a empresa respondia pela utilização abusiva de dados de terceiros não relacionados aos contratos e termos de uso da rede, observa-se que o fluxo e política de dados foram muito mais relevantes que o critério de fixação de preço para determinação da abusividade da conduta (Botta and Wiedemann, 2019, p. 8). Ainda que em âmbito jurisdicional a empresa tenha revertido a decisão de condenação advinda da autoridade antitruste, as considerações formuladas sobre aspectos de consentimento dos usuários, assim como

da condição de “*take-it or leave-it*” advindas da posição dominantes foram fundamentais para determinação dos riscos envolvidos.

Outro caso relevante foi o *Google Shopping*, em que se reconheceu dano ao consumidor pela redução do seu espectro de escolha por decorrência do auto favorecimento da empresa em seus critérios de busca, razão pela qual acabou condenada à multa de € 2,42 bilhões. Percebe-se a relevância que elementos visuais podem assumir como aspecto competitivo no digital, pela intermediação inevitável da tela, além do surgimento de novas teorias de dano (OCDE, 2020, p. 37).

No Brasil, o caso *Google Shopping* acabou tendo outro endereçamento que aquele fornecido pela autoridade antitruste europeia. Formalizado como Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94, o caso acabou arquivado, tal qual os processos administrativos de nº 08700.009082/2013-03 (denominado *Google Scrapping*) e 08700.005694/2013-19 (*Google Multihoming*). Portanto, ao menos até o momento, parece possível afirmar que a tendência da autoridade antitruste pátria é adotar certa prudência, bem como acumular conhecimento e experiência sobre o tema, para julgamento apropriado.

Não obstante, ainda que arquivados os referidos processos, chama atenção o Ato de Concentração nº 08700.002871/2020-34, em que, em contrariedade a sua postura acima apontada, o CADE, de ofício, concedeu liminar para sustar os andamentos do negócio entre Facebook e Cielo para eventual pagamento via a plataforma WhatsApp. Na hipótese, logo após uma semana a autoridade antitruste acabou por cassar a liminar, em face dos argumentos do Facebook quanto à fácil reversão do negócio sem efeitos ao mercado - uma vez que são empresas em mercados verticalmente conectados - além da incerteza quanto ao dano futuro.

Analisada a teoria quanto ao funcionamento do mercado, das possíveis práticas anticompetitivas, bem como dos entendimentos das autoridades antitruste acerca do tema, é possível apontar que serão bandeiras vermelhas condutas que venham a dificultar portabilidade ou mobilidade de dados, assim como a qualidade de interoperabilidade de

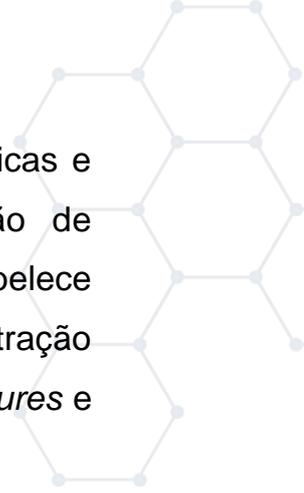
sistemas. Especial foco será fornecido quanto aos danos em mercados secundários, podendo surgir novas teorias e critérios de análise neste ponto. Por fim, no que tange às operações de fusão e aquisição, especial relevo deve ser dado aos contratos associativos, que mesmo assumindo as formas mais variadas, ainda estarão, muito possivelmente, sobre o crivo da análise das autoridades.

4. Análise dos programas de *compliance* concorrencial

Em que pese a implantação de programas de *compliance*, mais especificamente nas estruturas de autorregulação regulada, fosse uma atitude há muito esperada, é possível notar que existe uma indeterminação sobre os cenários e instrumentos necessários para que se introduza a renovação das práticas. É o que se pode avaliar do funcionamento dos programas de *compliance* no mercado digital. No presente artigo, a análise se restringe a algumas das empresas de tecnologia listadas na B3, reconhecidas pelo seu alto nível de padrão de governança corporativa.

Embora em um primeiro momento se possa imaginar que as empresas de tecnologia da B3 contam com um amplo programa de governança corporativa, uma análise mais acurada revela que apenas uma pequena quantidade delas implementou um programa efetivo em defesa da concorrência na sua estrutura. Dentre tais empresas, serão analisados os programas da Cielo S.A., da Totvs S.A. e da B2W Digital.

Registre-se, de início, que a Cielo S.A. adota política concorrencial desde o ano de 2015, a qual prevê diretrizes gerais para prevenção de infrações contra a ordem econômica, tanto no contexto de contatos entre concorrentes, seja diretamente ou por meio de associações de classes, quanto no que se refere às práticas comerciais da Cielo. Suas orientações incluem a proibição de qualquer conduta em desvio à Lei de Defesa da Concorrência, bem como vedam interações diretas com concorrentes - por



meio de, por exemplo, compartilhamento de informações estratégicas e concorrencialmente sensíveis, tabelamento de preços, exclusão de fornecedores e boicote a clientes. Além disso, a política estabelece orientações gerais referentes à notificação de atos de concentração econômica junto ao CADE, tais quais fusões, aquisições, *joint ventures* e contratos associativos (CIELO, 2015).

De maneira complementar, a política de *compliance* visa o “atendimento às exigências de órgãos reguladores, fiscalizadores, agentes externos autorreguladores”, assim como serve de parâmetro para conduzir as operações e tomar decisões de negócio “observando as legislações vigentes, regulamentos e disposições sancionadas pelos órgãos reguladores e fiscalizadores e agentes externos autorreguladores” (CIELO, 2018).

Não se pode olvidar, ainda, da importância da política de privacidade e proteção de dados implementada na empresa, essencial para garantir o bom funcionamento dos programas concorrenciais no mercado digital, a partir do devido trato de informações obtidas de seus colaboradores e parceiros (CIELO, 2015). Percebe-se o foco à troca de informações sensíveis, bem como a temática dos Atos de Concentração - o que, contudo, não evitou o episódio do Ato de Concentração nº 08700.002871/2020-34.

Por sua vez, a empresa Totvs S.A., muito embora não adote explicitamente um programa de *compliance* concorrencial, possui um acervo de políticas organizacionais que, em conjunto, protegem os relacionamentos comerciais e institucionais com entes públicos, além de tratarem de gerenciamento de riscos e controles internos.

Nesse sentido, o processo que busca evitar atividades ilícitas dentro do âmbito da empresa se inicia por meio da captura e identificação de riscos, valendo-se de ferramentas específicas, como mapeamento de processos e entrevistas com os gestores. Na sequência, tais fatores de riscos são avaliados de acordo com o impacto que causam na empresa, para que, posteriormente, sejam objeto de planos de ação para redução

ou mitigação, com constante monitoramento. Todos estes passos devem estar alinhados com os programas de integridade (TOTVS, 2020).

Cumprido ressaltar que, dentre diversas condutas vedadas pelos programas da TOTVS, as quais podem ser associadas às práticas anticompetitivas, citam-se a proibição de fraudar o caráter competitivo do procedimento licitatório público; combinar preços e formas de atuação com concorrentes; manipular o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com os Entes Públicos; e participar de procedimento licitatório com o único objetivo de compor o número mínimo de participantes (TOTVS, 2020).

Quanto à B2W Digital, sua estrutura de governança corporativa também conta com políticas que visam estabelecer e formalizar os procedimentos para identificar, monitorar e comunicar quaisquer práticas contrárias à manutenção da integridade ética e à prevenção de práticas ilícitas, bem como identificar e monitorar os riscos relacionados à Companhia ou seu setor de atuação seguindo diretrizes previamente estabelecidas.

Assim, de maneira semelhante à Totvs S.A., embora não tenha explicitamente uma política de *compliance* anticoncorrencial, a interpretação de toda a sua estrutura governamental aponta para uma preocupação de prevenção de tais práticas. Dessa forma, a companhia disponibiliza canais de denúncia para que associados, fornecedores, clientes e quaisquer terceiros possam apresentar anonimamente denúncia ou informação sobre conduta que entenderem contrária ou potencialmente ofensiva às suas políticas; e prevê sanções que variam desde aplicação de multas até a suspensão ou interdição parcial de suas atividades (B2W, 2018).

Outro ponto interessante é controle das atividades exercidas no dia a dia da empresa, por meio de (i) tomada de decisão consciente através de melhor conhecimento e consideração dos riscos, contextos, impactos diretos e indiretos em todas as suas atividades; (ii) alocação de recursos de forma adequada para melhor controle dos riscos prioritários; (iii)

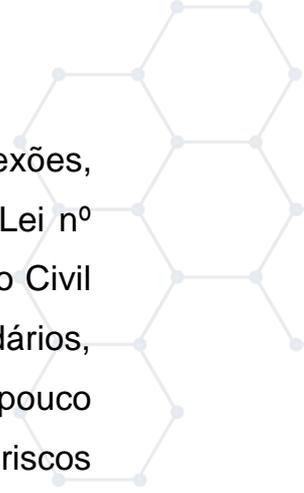
transferência para o mercado de seguros de certos riscos e de uma política de retenção adaptada a cada tipo de risco; e (iv) gerenciamento adequado e coordenado de incidentes por meio do fornecimento de informação confiável e rápida à diretoria em caso de grandes acontecimentos que possam impactar a companhia (B2W, 2018).

Durante o processo de análise dos programas adotados pelas empresas de tecnologia listadas no novo mercado da B3, foi possível notar que raramente uma companhia abarcará um programa específico para tratar do direito concorrencial, ou até mesmo a legislação pertinente a apenas um setor. De fato, o mais comum é que os programas tratem de diversos diplomas normativos.

Não obstante, conforme já argumentado, diante das novas dinâmicas de mercado - mais especificamente o digital - é imprescindível a adoção de material próprio que leve em consideração as especificidades da legislação de defesa da concorrência, fato este que ainda não está presente na maioria das empresas componentes do mercado.

Pontue-se, a tempo, que não basta a mera implementação de um programa de fachada para simular o interesse em comprometimento, também conhecido como “*sham program*” (CADE, 2016, p. 15). Pelo contrário, tais programas devem incorporar características gerais e comuns para sua eficiência e robustez, considerando o mercado específico em que se insere a empresa.

Dentre tais características, o CADE, em seu Guia aos Programas de *Compliance*, menciona a necessidade de inclusão dos seguintes pontos comuns: comprometimento, análise de riscos, mitigação de riscos e revisão do programa. Ainda, prevê que, para além das características comuns, é necessário observar as especificidades dos casos concretos de acordo com o ambiente em que a empresa atua, a fim de que adote, por exemplo, práticas para que se evite a formação de cartéis, ou associações, sindicatos e *standard setting organizations*, ou ainda condutas unilaterais e restrições verticais.



E em se tratando do digital, marcado pelas redes de conexões, também se faz necessário conectar as legislações para além da Lei nº 12.529/12, adequando as políticas da empresa à LGPD e ao Marco Civil da Internet. De se ressaltar que a temática dos mercados secundários, portabilidade de dados e interoperabilidade de sistemas, recebeu pouco tratamento pelas empresas, ainda que constituam os riscos potencializados na dinâmica do mercado digital.

Considerações Finais: Problemáticas e Potencialidades Do Compliance No Digital

A partir de experiências externas e da observação de outros cenários dentro de setores regulados, como o setor fiscal, financeiro, entre outros, foi possível apreender como instrumentos de *compliance* podem ser uma medida útil e eficaz na inibição de condutas anticompetitivas dentro do setor concorrencial. Ao enfrentar temas relacionados aos mercados digitais, tendo em vista a alta fluidez de seu desenvolvimento, o dinamismo e a complexidade, a recomendação de instrumento de monitoramento, interno e externos, por meio da adoção de programas de *compliance* é uma alternativa ao enfrentamento da problemática pelo órgão antitruste brasileiro.

Para tanto, dentro do mercado digital, a adoção de programas de *compliance* deve atentar a novas dinâmicas e riscos, dentre os quais cita-se, de início, a tendência ao monopólio natural de determinados setores do mercado, bem como a alta probabilidade de cometimento de ilícitos anticoncorrenciais em mercados adjacentes, uma vez que se tratam de mercados de escopo, abrangendo todo um ecossistema mercadológico. Neste ponto, a temática da portabilidade de dados e interoperabilidade parece essencial para viabilizar uma atuação saudável no mercado, sem obstaculizar novos entrantes ou possíveis bens essenciais aos concorrentes.

Ainda, os desenvolvimentos tecnológicos atinentes ao *Big Data* permitem o aprimoramento de coleta de dados, adoção de canais de comunicação com o mercado (oferta/demanda), de sorte que podem contribuir para uma melhora significativa dos agentes de mercado, não só quanto à precificação, mas também no que concerne ao real cumprimento normativo a partir da redução de custos e maior capacidade fiscalizatória, instigando concorrência e desenvolvimento.

Referências Bibliográficas

BOTTA, M. and WIEDEMANN, K. (2019), “*Exploitative Conducts in Digital Markets: Time for a Discussion after the Facebook Decision*”, *Journal of European Competition Law Practice*, Vol. 10/8, <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz064>.

B2W DIGITAL. *Política de Compliance e Combate à Corrupção*. 2018. Disponível em: <https://static.b2wdigital.com/upload/politicas/00003200.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

B2W DIGITAL. *Política de Gerenciamento de Riscos*. 2018. Disponível em: <https://static.b2wdigital.com/upload/politicas/00003091.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2021.

CIELO S.A. *Política Concorrencial*. 2015. Disponível em: <https://ri.cielo.com.br/estatuto-social-e-politicas/politica-concorrencial/>. Acesso em: 08 mar. 2021.

CIELO S.A. *Política de Compliance*. 2018. Disponível em: <https://ri.cielo.com.br/estatuto-social-e-politicas/politica-de-compliance/>. Acesso em: 08 mar. 2021.

CIELO S.A. *Política de Privacidade e Proteção de Dados*. 2015. Disponível em: <https://ri.cielo.com.br/estatuto-social-e-politicas/politica-de-privacidade-de-dados/>. Acesso em: 08 mar. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA. *Competition policy for the digital era: Final report*. Bruxelas, 2019.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SAAD-DINIZ, Eduardo. Ilícitos concorrenciais praticados por sistemas de Inteligência Artificial: da ficção ao *compliance*. In: FRAZÃO, Ana; MULHOLLAND, Caitlin. (Org.). *Inteligência artificial e direito*. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, v. 1, p. 349-372.

GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Direito Antitruste e abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o CADE. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito*

Antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Singular, 2019, p. 169-176.

GASSER, Urs; HAEUSERMANN, Daniel. *E-Compliance: Towards a Roadmap for Effective Risk Management*. The Berkman Center for Internet & Society. 2007-3, 2007. Disponível em: <https://cyber.harvard.edu/publications>.

GILSON, Ronald. *Globalizing corporate governance: convergence of form or function*. In: The Center of Law and Economics Studies. Nova York, 2000, pp. 329-357.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Brasília/DF. 2020. 43. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/DocumentodeTrabalhon5_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisaodosrelatoriosespecializados.pdf. Acesso em: 29 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). *Guia para Programas de Compliance*. Brasília/DF. 2017. 43 p. P.14 Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf. Acesso em: 27 nov. 2020.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance en la perspectiva de la criminología económica*. Revista de Derecho Penal y Criminología, v. 3, p. 252-267, 2019.

SAAD-DINIZ, Eduardo. *Ética em los negocios y compliance: entre la educación ejecutiva y la interpretación judicial*. Buenos Aires: Hammurabi, 2020.

SCHREPEL, Thibault. *Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition*. In: *SMU Science and Technology Law Review*, v. XXI, 2017, pp. 19-73.

SIEBER, Ulrich. *Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controle da criminalidade econômica*. Tradução Eduardo Saad-Diniz. In OLIVEIRA, William Terra et al (org.). *Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedemann*. São Paulo: LiberArs, 2013, pp. 291-318.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Saraiva, 2015.

TOTVS S.A. *Política de Relacionamento Comercial e Institucional com Entes Públicos*. 2020. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/d3be5d49-62e7-4def-a3e1-ab25ff09f153/ebca2d53-4b44-1e33-5213-c4937099c0ec?origin=1>. Acesso em: 28 fev. 20221.

TOTVS S.A. *Política de Gestão de Riscos, Controles Internos e Compliance*. 2020. Disponível em: <https://api.mziq.com/mzfilemanager/v2/d/d3be5d49-62e7-4def-a3e1-ab25ff09f153/2bb32fbb-c574-bdcb-dff1-03c6cff8fc1d?origin=1>. Acesso em: 28 fev. 20221.

TIEBOUT, Charles. A pure theory of local expenditure. In: *The University of Chicago Press*, 1956, pp. 416-424.

WILLIAMSON, Oliver. *The economic institutions of capitalism*. Nova York: The Free Press, 1985.

ZANFIR-FORTUNA, Gabriela; IANC, Sînziana. *Data Protection and Competition Law: the Dawn of 'Uberprotection'*. Research Handbook on Privacy and Data Protection Law: Values, Norms and Global Politics, Gloria González Fuster, Rosamunde van Brakel and Paul De Hert (eds.), Edward Elgar Publ'g 2019. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3290824>.

Compartilhamento de dados pessoais intragrupo econômico: a (in)suficiência do consentimento como base legal e desafios para o Direito Antitruste

Mônica Tiemy Fujimoto

Resumo: Este artigo tem como objetivo analisar as condições de legitimidade e os limites para o compartilhamento de dados pessoais entre agentes econômicos de um mesmo grupo, considerando o arcabouço legal relativo à Proteção de Dados Pessoais e ao Direito da Concorrência. Ainda que sejam considerados diplomas legais distintos e de aplicação independente, é inegável que os efeitos do compartilhamento de dados pessoais devem ser considerados em ambas as esferas. Ademais, a análise conjunta dos aspectos concorrenciais e da proteção de dados é ainda mais relevante com a recente entrada em vigor da Lei nº 13.709/2018, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD).

Palavras-chave: compartilhamento de dados; proteção de dados; antitruste; consentimento.

Abstract: This paper aims to provide an analysis of the legal conditions and limits for sharing personal data between agents of the same economic group, considering the legal framework related to data protection and competition law. Although they are separate legal instruments and have independent application, it is undeniable that the effects of sharing personal data must be considered in both spheres. In addition, the joint analysis of competition and data protection aspects is even more relevant with the recent entry into force of Law no. 13.709/2018, of August 14, 2018 (General Data Protection Law - LGPD).

Keywords: data sharing; data protection; antitrust; consent.

Introdução

Este artigo tem como objetivo analisar as condições de legitimidade e os limites para o compartilhamento de dados pessoais entre agentes econômicos de um mesmo grupo, considerando o arcabouço legal relativo à Proteção de Dados Pessoais e ao Direito da Concorrência. Ainda que sejam considerados diplomas legais distintos e de aplicação independente, é inegável que os efeitos do uso compartilhado de dados pessoais devem ser considerados em ambas as esferas. Ademais, a análise conjunta dos aspectos concorrenciais e da proteção de dados é ainda mais relevante com a recente entrada em vigor da Lei nº

13.709/2018, de 14 de agosto de 2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – LGPD).

A entrada em vigor da LGPD representa um verdadeiro marco para a proteção de dados pessoais no Brasil na medida em que passou a obrigar que todo tratamento de dados seja amparado por uma base legal²³³. A necessidade de utilização de uma base legal para o tratamento de dados (art. 7º e 11º da LGPD) e a ampliação de suas hipóteses para além do consentimento previsto na Lei nº Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, (Marco Civil da Internet - MCI), fortalece o regime de proteção dos dados pessoais já existente e inaugura a previsão de diversos direitos (art. 18), obrigações (art. 37 - 41), princípios (art. 6º) e conceitos (art. 5º) atinentes ao tratamento de dados.

Assim, ainda que as condições de legitimidade previstas no art. 7º e 11º da lei sejam protagonistas nas discussões sobre tratamento de dados, elas não são suficientes para amparar o controlador dos dados na ampla utilização dos dados que lhe foram fornecidos, bem como não justificam o seu compartilhamento irrestrito, ainda que seja no âmbito de seu grupo econômico, conforme será tratado em detalhes no item II. Daí a importância da análise que pretende realizar neste trabalho.

Considera-se, aqui, especialmente o contexto de uma economia movida a dados, o ambiente de rápida transformação digital, o “*big data*” e as inúmeras possibilidades que o detentor de bancos de dados possui e que, conseqüentemente, acarretam considerável ganho de poder - tanto em relação ao titular dos dados²³⁴, quanto em relação aos concorrentes²³⁵. Não sem razão, a exploração da “*Big Data*” é alvo de diversas

²³³ SCHERTEL, Laura. Privacidade e dados pessoais. Proteção de dados pessoais: fundamento, conceitos e modelo de aplicação. In: **Panorama setorial da Internet**, nº 2, junho/2019, ano 11.

²³⁴ SCHERTEL, Laura. FONSECA, Gabriel. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização In: **Tratado de Proteção de dados Pessoais**. Coordenadores: Danilo Doneda [et. al.] Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 81.

²³⁵ EDPS. **Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy**. 2014. Disponível em: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en Acesso em: 31/03/2021.

preocupações, que envolvem desde seu uso para fins de marketing²³⁶, segurança nacional²³⁷ e até mesmo o seu impacto nas democracias²³⁸, o que faz com que o dado seja considerado um dos mais importantes ativos no mercado.

À luz dos riscos gerados pelas práticas das empresas de tecnologia, a autora Shoshana Zuboff²³⁹ cunhou o termo “capitalismo de vigilância” em obra célebre, que discute as repercussões dos desafios impostos pelas novas tecnologias. Nos termos da autora, “[o]s capitalistas de vigilância descobriram que os dados comportamentais mais preditivos provêm da intervenção no jogo de modo a incentivar, persuadir, sintonizar e arrebanhar comportamento em busca de resultados lucrativos”.

É justamente uma das estratégias de coleta desses dados que possibilitam a predição de comportamentos que vamos tratar nesse trabalho, qual seja, o compartilhamento de dados intragrupo. Essa perspectiva é importante tendo em vista que o racional econômico envolvido no uso compartilhado de dados pode perfeitamente ser compreendido no bojo da decisão empresarial de maximizar os ganhos de eficiência na gestão de dados, em tese viabilizada com base em concentração empresarial, seja por meio de operações de M&A, seja mediante aquisição de participações societária. Podemos até mesmo discutir a importância de outras formas de integração, como o controle gerencial.

Como mencionado pelos autores Murad e Requena²⁴⁰, a LGPD não trata especificamente sobre a possibilidade de compartilhamento de dados

²³⁶ CMA. Online platforms and digital advertising. **Market study final report**. 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf Acesso em: 31/03/2021.

²³⁷ VEDASCHI, Arianna. Privacy and data protection versus national security in transnational flights: the EU–Canada PNR agreement. **International Data Privacy Law**, Volume 8, Issue 2, May 2018, Pages 124–139.

²³⁸ COBBE, Jennifer. Behind Cambridge Analytica lay a bigger threat to our democracy: Facebook. **The Guardian**. 15 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/commentisfree/2020/oct/15/cambridge-analytica-threat-democracy-facebook-big-tech> Acesso em: 31/03/2021.

²³⁹ ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020. p. 19

²⁴⁰ MUDAD, Raul; REQUENA, Rodrigo. Fluxo de informação no âmbito de grupos societários e proteção dos dados pessoais. In: Gustavo Tepetino et al (Coords). **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

entre pessoas jurídicas integrantes do mesmo grupo empresarial, ainda que a prática seja de extrema relevância considerando a própria definição de grupo econômico (de direito) do art. 265²⁴¹ da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, (Lei das Sociedades Anônimas – LSA), que prevê que sociedades integrantes de um mesmo grupo são aquelas que, por meio de convenção, “*se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos*”. Observe-se que o texto do art. 265 da LSA prevê tão somente a existência de grupos econômicos de direito, contudo, a grande maioria dos grupos econômicos brasileiros são os grupos de fato²⁴², expressos no bojo do art. 116 e 243, §2 da LSA²⁴³, o que torna a análise da possibilidade de compartilhamento de dados no bojo dessa comunhão de recursos e esforços ainda mais complexa.

As repercussões da existência de grupos econômicos (tanto de direito quanto de fato) também estão expressas na Resolução nº 2, de 2012 do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE²⁴⁴, de forma ainda mais ampla que a compreendida na LSA, na medida em que sua conceituação é feita para fins de notificação de atos de concentração e tem como objetivo o mapeamento de possíveis repercussões anticompetitivas das operações societárias.

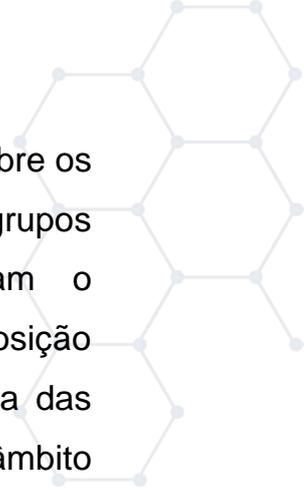
²⁴¹ Art. 265. A sociedade controladora e suas controladas podem constituir, nos termos deste Capítulo, grupo de sociedades, mediante convenção pela qual se obriguem a combinar recursos ou esforços para a realização dos respectivos objetos, ou a participar de atividades ou empreendimentos comuns. § 1º A sociedade controladora, ou de comando do grupo, deve ser brasileira, e exercer, direta ou indiretamente, e de modo permanente, o controle das sociedades filiadas, como titular de direitos de sócio ou acionista, ou mediante acordo com outros sócios ou acionistas.

²⁴² PRADO, Viviane Muller. **Conflito de interesses nos grupos societários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

²⁴³ Art. 116. Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou o grupo de pessoas vinculadas por acordo de voto, ou sob controle comum, que: a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembléia-geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Art. 243. O relatório anual da administração deve relacionar os investimentos da companhia em sociedades coligadas e controladas e mencionar as modificações ocorridas durante o exercício. § 2º Considera-se controlada a sociedade na qual a controladora, diretamente ou através de outras controladas, é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores.

²⁴⁴ Art. 4º (...) §1º Considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do art. 88 da Lei 12.529/11, cumulativamente: I – as empresas que estejam sob controle comum, interno ou externo; e II – as empresas nas quais qualquer das empresas do inciso I seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% (vinte por cento) do capital social ou votante.



É justamente nesse contexto que as principais discussões sobre os efeitos concorrenciais do tratamento de dados pessoais no bojo de grupos econômicos ocorrem, pois operações societárias possibilitam o compartilhamento de dados pessoais e podem aumentar a posição dominante de uma das partes envolvidas. Além da análise prévia das operações societárias, caso esse compartilhamento ocorra fora do âmbito de uma operação societária, é possível que o CADE considere se tratar de uma conduta anticompetitiva.

Por exemplo, em 2019, na Alemanha o Facebook foi multado pelo órgão antitruste alemão (Bundeskartellamt) que entendeu que a empresa teria abusado de sua posição dominante no tratamento de dados pessoais, proibindo a empresa de cruzar dados com outras empresas do seu grupo econômico sem o consentimento do usuário (B6-22/16). Veja-se que a autoridade antitruste alemã considerou a utilização da base legal “consentimento” como uma possibilidade de legitimação da conduta que foi considerada abusiva sob a perspectiva concorrencial.

Daí a importância de analisar, em conjunto, o compartilhamento de dados intragrupo econômico considerando tanto a LGPD quanto a legislação antitruste. Quando do encontro entre o diploma antitruste e a proteção de dados, as bases legais previstas na LGPD podem se mostrar insuficientes como condição legal que permita o tratamento de dados pessoais. Mesmo no bojo da LGPD, analisando unicamente a aplicação da base legal que há muito se apresenta como a representação da autodeterminação informativa, a utilização do consentimento pode não ser suficiente para garantir a legitimidade do tratamento.

Nesse contexto, é de se questionar: qual a base legal aplicável para o compartilhamento de dados pessoais no âmbito de uma operação societária? O consentimento do titular é suficiente para permitir o compartilhamento de dados no âmbito de um grupo econômico? O compartilhamento de dados pessoais, ainda que amparado por uma das bases legais, deve ser notificado para a autoridade antitruste?

Assim, ante a complexidade do tema, busca-se por meio da análise da doutrina nacional e internacional, além da jurisprudência internacional que está sendo formada pelas autoridades de proteção de dados internacionais, discutir i) as condições de legitimidade para o compartilhamento de dados intragrupo econômico previstas na LGPD; ii) os aspectos concorrenciais do compartilhamento de dados intragrupo econômico, para então, compreendermos iii) os limites do compartilhamento de dados em grupos econômicos expressos pela LGPD e a Lei nº 12.529/2011.

1. Condições de legitimidade para o compartilhamento de dados intragrupo econômico

Conforme mencionado anteriormente, com a entrada em vigor da LGPD, o Brasil passa a ter um regime geral de proteção de dados pessoais, integrando ao ordenamento jurídico brasileiro diversos institutos próprios da proteção de dados, perpassando por princípios, direitos dos titulares²⁴⁵ e obrigações dos controladores e operadores. Especialmente em relação ao consentimento, a LGPD representa verdadeiro marco ao retirar o seu protagonismo como único permissivo legal para o tratamento de dados, passando a compartilhar o posto com outras bases legais, como o legítimo interesse, cumprimento de obrigação ou regulatória, tutela da saúde, entre outros dispositivos previstos nos arts. 7º e 11º da LGPD.

Ainda assim, tratando-se do compartilhamento de dados, o consentimento possui papel de relevo, especialmente tratando-se de compartilhamento de dados sensíveis. Tal fato decorre da decisão legislativa de conferir maior proteção aos dados do titular que tenham um considerável risco discriminatório e de restrição de direitos. Daí porque o art. 11 prevê que tais dados só podem ser tratados quando do

²⁴⁵ DONEDA, Danilo. Panorama histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: **Tratado de Proteção de dados Pessoais**. Coordenadores: Danilo Doneda [et. al.] Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 18.

consentimento (expresso, específico e destacado) para tanto e quando ele for indispensável as hipóteses do inciso II. Veja-se que não é possível o tratamento de dados sensíveis sem o consentimento considerando o legítimo interesse do controlador ou a execução contratual, tratando-se de hipóteses aplicáveis exclusivamente aos dados ordinários.

A importância do compartilhamento de dados na proteção da privacidade foi ressaltada em diversas oportunidades, especialmente tratando-se da autodeterminação informativa e a possibilidade de controle do titular sobre suas próprias informações²⁴⁶. Contudo, a utilização desta base legal é justificada tão somente quando for passível de, efetivamente, possibilitar que o titular controle o destino de seus dados, podendo retirar seu consentimento a qualquer tempo, caso contrário, outra base legal deve ser aplicada. Ademais, o titular também deve concedê-lo de forma livre, específica, informada e de forma inequívoca, caso contrário sua validade por ser contestada.

Paradoxalmente, o excessivo protagonismo do consentimento nas discussões sobre a proteção de dados ocasionou justamente a sua sobrecarga e inúmeras discussões²⁴⁷ sobre sua efetividade na proteção

²⁴⁶ De acordo com Laura Schertel, “[p]or se constituir um direito sobre as informações pessoais, a proteção de dados pessoais tem um forte componente de autoconformação, tendo em vista que somente o indivíduo pode determinar o âmbito da própria privacidade, isto é, em que medida as suas informações podem ou não ser coletadas, processadas e transferidas. Nesse aspecto, nota-se que a proteção de dados pessoais é marcada por esse acentuado viés de autocontrole e de liberdade do seu titular. Para que o indivíduo possa exercer o seu poder de autodeterminação informativa, faz-se necessário um instituto jurídico por meio do qual se expresse sua vontade de autorizar ou não o processamento de dados pessoais: o consentimento. Este é o mecanismo que o direito dispõe para fazer a autonomia privada do cidadão”. In: MENDES, Laura Schertel. *Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 60.

²⁴⁷ MCDONALD, Aleecia; CRANOR, Lorrie. The Cost of Reading Privacy Policies. *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol 4, nº 3, 2008. Disponível em: <http://www.is-journal.org/>. Acesso em: 31/03/2021; REIDENBERG, Joel; BREAUX, Travis; CRANOR, Lorrie; FRENCH, Brian. Disagreeable Privacy Policies: Mismatches between Meaning and Users Understanding. 2014 **TPRC Conference Paper Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 30, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2418297. Acesso em: 31/03/2021; UTZ, Cristine; DEGELIN, Martin; FAHL, Sascha; SCHAUB, Florian; HOLZ, Thorsten. (Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field. **Proceedings of the 2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security**. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1909.02638>. Acesso em: 31/03/2021; ACQUISTY, Alessandro; ADJERID, Idris; BALEBAKO, Rebecca; BRANDIMARTE, Laura; CRANOR, Lorrie; KOMANDURI, Saranga; LEON, Pedro; SADEH, Norman; SCHAUB, Florian; SLEEPER, Manya; WANG, Yang; WILSON, Shomir. Nudges for Privacy and Security: Understanding and Assisting Users’ Choices Online. **ACM Computing Surveys**, Vol. 50, No. 3, Article 44, 2017; POLLACH, Irene. Whats Wrong with Online Privacy Policies. **Communications of the ACM**, vol 50, nº 9, pp. 103-108; September 2007; MARTIN, Kirsten. Privacy Notices as Tabula Rasa: An empirical investigation into how complying with a privacy notice is related to meeting privacy expectations online.

da privacidade dos usuários, especialmente considerando a utilização do modelo “*notice and choice*”. Sob a perspectiva da economia comportamental²⁴⁸, a excessiva sobrecarga do usuário com solicitações para consentir termos e condições vem sendo exaustivamente estudada, especialmente considerando que uma das principais características do consentimento é a informação e a compreensão desta pelo usuário²⁴⁹.

De acordo com o Relatório do “*Stigler Committee on Digital Platforms*”, o modelo de “*notice and consent*” coloca um fardo excessivo nos consumidores, mas eles não são plenamente “equipados” com tempo, conhecimento e capacidade para o fazer. Por outro lado, as empresas estão cada vez mais capacitadas para direcionar e manipular a escolha dos titulares., o que dificulta a ação de órgãos na contenção do abuso desse poder por meio exclusivo do consentimento. Por exemplo, mesmo com as recentes tentativas de conter as condutas do Facebook empregadas pelo FTC²⁵⁰, o grupo relata que as medidas pouco fizeram para conter a coleta de dados por parte da empresa. Mesmo as penas aplicadas ao Google por direcionar publicidade a crianças não foram duras o suficiente para superar os ganhos da empresa com a prática.²⁵¹

Journal of Public Policy & Marketing. Vol. 34, nº 2, pp. 210-227, 2015. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1509/jppm.14.139> Acesso em: 31/03/2021; GLUCK, Joshua; SCHAUB, Florian; HABIB, Hana; SADEH, Norman; CRANOR, Lorrie; AGARWAL, Yudraj. How Short Is Too Short? Implications of Length and Framing on the Effectiveness of Privacy Notices. **Symposium on Usable Privacy and Security.** June 22–24, 2016. Disponível em: <https://www.usenix.org/system/files/conference/soups2016/soups2016-paper-gluck.pdf> Acesso em: 31/03/2021.

²⁴⁸ ACQUISTI, Alessandro; GROSSKLAGS, Jeans. What Can Behavioral Economics Teach Us About Privacy? In: ACQUISTI, Alessandro, GRITZALIS, Stefanos, LAMBRINOUDAKIS, Costos, VIMERCATI, Sabrina di. **Digital Privacy: Theory, Technologies and Practices.** Boca Raton: CRC Press; 2007.

²⁴⁹ CIPL. **Recommendations for Implementing Transparency, Consent and Legitimate Interest under the GDPR.** 2017. Disponível em: https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_recommendations_on_transparency_consent_and_legitimate_interest_under_the_gdpr_-19_may_2017-c.pdf Acesso em: 05 junho de 2020. Acesso em: 31/03/2021.

²⁵⁰ MATSAKIS, Louise. **Facebook’s New Privacy Feature Comes With a Loophole.** 20 de agosto de 2019. Wired. Disponível em: <https://www.wired.com/story/off-facebook-activity-privacy/>. Acesso em: 31/03/2021.

²⁵¹ CHICAGO BOOTH; STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF ECONOMY AND THE STATE. **Stigler Committee on Digital Platforms. Final Report.** 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em: 31/03/2021.

Especialmente considerando o excessivo fluxo de dados existente na nossa sociedade da informação e seu valor comercial, a utilização do consentimento como principal condição de legitimidade pode corroborar para o seu desgaste e perda de efetividade. Por esse motivo, além das bases legais aplicáveis no caso do fluxo de dados intragrupo econômico, é necessário considerar os princípios da proteção de dados presentes no art. 6º da LGPD, em especial, a boa-fé objetiva, a finalidade, a adequação e a necessidade.

No caso dos grupos econômicos, trata-se de mecanismo de estruturação societária estratégica e, em determinados mercados, o fluxo de dados pode ser um dos pilares do racional econômico da operação. Portanto, por vezes, a finalidade da operação societária pode não ser compatível com a finalidade da coleta de dados por parte da empresa alvo, sendo o princípio violado em caso de compartilhamento para fins econômicos. Inclusive, a LGPD, em seu artigo 11, prevê proteção adicional ao titular quando do compartilhamento de dados pessoais sensíveis, impondo que:

§ 3º A comunicação ou o uso compartilhado de dados pessoais sensíveis entre controladores com objetivo de obter vantagem econômica poderá ser objeto de vedação ou de regulamentação por parte da autoridade nacional, ouvidos os órgãos setoriais do Poder Público, no âmbito de suas competências.

§ 4º É vedada a comunicação ou o uso compartilhado entre controladores de dados pessoais sensíveis referentes à saúde com objetivo de obter vantagem econômica, exceto nas hipóteses relativas a prestação de serviços de saúde, de assistência farmacêutica e de assistência à saúde, desde que observado o § 5º deste artigo, incluídos os serviços auxiliares de diagnose e terapia, em benefício dos interesses dos titulares de dados, e para permitir

I - a portabilidade de dados quando solicitada pelo titular; ou

II - as transações financeiras e administrativas resultantes do uso e da prestação dos serviços de que trata este parágrafo.

Veja-se que os fluxos internos e externos de dados são quase inerentes ao processamento de dados. Contudo, alguns limites desse fluxo

informacional devem ser impostos especialmente no bojo do movimento de “mercantilização” dos dados. De acordo com Bioni²⁵²:

[O]s dados pessoais não podem ser passíveis de uma mercantilização total. Eles detêm um valor social, a cumprir que impõe barreiras para sua negociabilidade limitada. O relato da privacidade contextual deve ser encarado como uma vertente normativa complementar à autodeterminação informacional para restringi-la aos espaços que não esvaziam a importância do papel social desempenhado pela proteção de dados pessoais.

A compreensão de que o fluxo informacional é (in)apropriado envolve, portanto, a limitação do consentimento, verificando-se qual é o impacto do trânsito das informações nas relações sociais do seu titular, em particular para o livre desenvolvimento da sua personalidade. Daí porque o consentimento do titular dos dados pessoais não deve ser um recurso para legitimar os mais abusivos e invasivos tipos de tratamentos pessoais, coisificando-o.

E é justamente nesse contexto de mercantilização de dados que grupos econômicos podem ser utilizados como facilitadores para o fluxo de dados. Tal fato decorre da criação de vínculos societários e gerenciais que possibilitam a integração – ainda que parcial – das atividades dos integrantes do grupo, possibilitando a troca de informações mesmo em estruturas dispersas²⁵³.

Veja, por exemplo que a estratégia de aquisição do YouTube pelo Google que ocorreu em 2009 ainda é considerada uma “caixa preta” tanto em relação ao valor da operação quanto em relação ao impacto das políticas de privacidade em seu valor de mercado²⁵⁴, sendo sua administração constantemente questionado por investidores e players de mercado. Os questionamentos são feitos especialmente em relação à administração da Alphabet Inc. - holding do google e de diversas empresas do grupo -, que é responsável pela estrutura de marketing do Google. Mesmo com resultados financeiros questionáveis, o racional da operação

²⁵² BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020. p. 202.

²⁵³ FUJIMOTO, Mônica Tiemy. **Participações Minoritárias de Investidores Institucionais Em Sociedades Concorrentes: Implicações Competitivas Da Common Ownership No Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2020.

²⁵⁴ STOLL, John D. “OK Google, How’s YouTube Doing?”. In: **The wall Street Journal**. 3 de Maio de 2019. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/ok-google-hows-youtube-doing-11556896078> Acesso em: 31/03/2021.

é defendido, tendo em vista a importância do Youtube para a melhoria dos anúncios e da utilização de algoritmos em seus mecanismos de busca²⁵⁵.

Por esse motivo, ainda que a LGPD não preveja a isenção da aplicação das bases legais quando da integração das estruturas societárias, existe o risco de que tais estruturas facilitem a violação de princípios da lei, como o da finalidade, necessidade e transparência, sendo necessários mecanismos adicionais que possam auxiliar na proteção do direito dos titulares e na contenção dos abusos que podem ser gerados pela concentração de dados pessoais nas mãos de poucos agentes econômicos.

2. Aspectos concorrenciais do compartilhamento de dados intragrupo econômico

O compartilhamento de dados pode ser analisado sob a perspectiva do controle de condutas ou de estruturas, considerando que ele pode ocorrer no bojo de uma operação societária ou ser enquadrado em uma das condutas definidas como anticompetitiva pela legislação antitruste. Sob esse aspecto, importa ressaltar que, atualmente, dados são importantes insumos dos mercados digitais e suas diversas formas podem afetar de forma significativa a metodologia de quantificação do poder de mercado.²⁵⁶ Assim, é necessária a adequada avaliação do poder de mercado de cada um dos players e, caso ele não seja mensurado de forma adequada, a atuação da autoridade antitruste pode ser ineficiente.

Isso porque, o compartilhamento de dados é passível de gerar danos em outras dimensões além dos aspectos relativos à proteção de

²⁵⁵ LUCKERSON, Victor. A Decade Ago, Google Bought YouTube — and It Was the Best Tech Deal Ever. The Ringers, **The Ringer**. 10 de outubro de 2016. <https://www.theringer.com/2016/10/10/16042354/google-youtube-acquisition-10-years-tech-deals-69fdbe1c8a06>. Acesso em: 31/03/2021.

²⁵⁶ CADE/DEE. Documento de Trabalho nº 005/2020. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Agosto/2020. p. 19 – 25. 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: 31/03/2021.

dados, podendo a privacidade ser avaliada como uma externalidade negativa e uma ameaça ao bem-estar do consumidor. O compartilhamento de dados nos mercados digitais possibilita o aumento do poder de mercado das empresas e - além da existência de uma estrutura concentrada, complexa e com pouca substituição dos agentes dominantes - pode não ser identificado pelas autoridades antitruste (tanto em sua competência preventiva quanto repressiva), possibilitando o seu abuso.

Veja-se que tanto no controle preventivo de estruturas, quanto no repressivo das condutas anticompetitivas, o poder pode²⁵⁷:

- I. *ser pré-existente e reforçado por meio de uma operação societária;*
- II. *ser gerado por meio de uma operação societária;*
- III. *ser pré-existente possibilitando condutas anticompetitivas (por ex.: abuso de posição dominante);*
- IV. *ser gerado por meio de condutas anticompetitivas (por ex.: cartéis).*

Assim, identificar aqueles que possuem o potencial de abusar deste poder é o primeiro passo da atuação das autoridades. Nesse sentido, podemos alegar que a manifestação do poder no mercado depende, grosso modo, da análise de dois principais fatores: i) agente econômico; ii) estrutura de mercado na qual o agente está inserido.

O primeiro aspecto para a identificação de posição dominante ou poder econômico envolve a análise do agente econômico que, nos termos do art. 36, § 2º da Lei nº 12.529/2011, pode ser compreendido isoladamente ou em grupo. Insta ressaltar que essa análise é extremamente ampla, de modo que o grupo mencionado pode ser o (i.1.) grupo econômico de fato ou de direito²⁵⁸, ou mesmo um (i.2) grupo de

²⁵⁷ FUJIMOTO, Op. Cit. 2020. p. 26.

²⁵⁸ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 269.

empresas que estejam atuando conjuntamente, como em um cartel²⁵⁹. De acordo com Forgioni:

A expressão grupo de empresas é utilizada no texto legal, em sua acepção mais ampla, referindo-se tanto a grupos de direito constituídos sob a égide da Lei das Sociedades por Ações quando grupos de fato (os conhecidos grupos empresariais). O que é relevante, para efeitos da caracterização da posição dominante, é que a empresa pode deter poder econômico muito maior do que lhe seria próprio, em virtude de sua inserção em grupo empresarial.

Nesse aspecto, é particularmente importante compreender a relação entre o direito concorrencial e o direito societário. Isso porque, a própria compreensão de que o poder econômico pode ser exercido de forma conjunta dentro do grupo econômico advém das tradicionais discussões sobre controle e influência desenvolvidas no direito societário. Ademais, especialmente na análise de atos de concentração, as relações empresariais – referidas como operações - que ocasionam no poder de mercado são realizadas, necessariamente, via instrumentos societários (contratos, fusões, aquisições etc...).

Esta talvez seja a principal diferença entre o direito societário e o direito concorrencial. No direito societário, a análise das relações, em geral, possui como principal foco a organização interna das relações²⁶⁰ e a avaliação das características próprias de cada tipo societário (personalidade jurídica, responsabilidade limitada, ações transferíveis, delegação da administração e propriedade dos investidores)²⁶¹, que podem proporcionar aos seus sócios e os outros atores envolvidos a

²⁵⁹ “Tão citadas quanto pouco compreendidas são as noções de trustee e cartel no direito concorrencial. São elas as duas estruturas básicas através das quais o poder de mercado se constitui. (...) O poder de mercado pode decorrer, ainda, do crescimento interno. Nesse caso, o ganho de espaço no mercado é consequência direta da maior eficiência do agente econômico e da efetiva repartição dos ganhos de eficiência do agente econômico e da efetiva repartição dos ganhos de eficiência com os consumidores (...). É possível, ainda, que o poder de mercado decorra da eliminação dos concorrentes”. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 146.

²⁶⁰ SALOMÃO FILHO, Op., Cit., 2015. p. 36.

²⁶¹ KRAAKMAN, Reiner; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; HASMANN, Henry; HERTIG, Gerard; HOPT, Klaus; KANDA, Hideki, PARGENDLER, Mariana; RINGE, Wolf-Georg; ROCK, Edward. **Anatomia do direito societário** (tradução: PARGENDLER, Mariana). São Paulo: Editora Singular, 2018, p. 31 – 33.

possibilidade de estabelecer suas relações com base nelas. Ademais, também é importante faceta do direito societário a redução dos custos de organização da atividade empresarial.²⁶²

Em relação ao direito concorrencial, sua principal função tem como fundamento os efeitos externos resultantes das relações empresariais, voltada para o funcionamento eficiente do mercado, sob a forma da concorrência. Por exemplo, enquanto em uma operação societária de aquisição de participações minoritárias o direito societário busca estruturar as consequências para as partes considerando-as individualmente (por meio de análises de risco, viabilidade e rentabilidade das operações), o direito concorrencial busca antecipar as consequências externas que tal relação pode gerar. Tal diferença não quer dizer que as matérias sejam incompatíveis, muito pelo contrário.

A efetiva compreensão sobre ambas as matérias depende da análise conjunta tanto dos limites de atuação dos agentes sob o prisma da tutela concorrencial, quanto em relação à forma como os agentes se organizam e a importância do fator organizacional para o aumento da eficiência e da persecução de seus objetivos. O mesmo deve ser feito em relação à interface entre proteção de dados, direito societário e antitruste.

Veja-se que a aquisição de poder por meio do compartilhamento de dados intragrupo pode ser identificado pela autoridade antitruste por meio da notificação de uma operação societária por meio da qual se avalie o risco de integração das atividades ou por meio da notificação de um contrato associativo que tenha como objeto o compartilhamento de bases de dados. Ocorre que dificilmente uma operação entre empresas de um mesmo grupo econômico será notificada sob a forma de um contrato associativo e as transferências de dados podem ocorrer posteriormente à operação societária, passando despercebido pela autoridade e dificultando a atuação *a posteriori*.

²⁶² KRAAKMAN, et al. Op. Cit. p. 31 – 33.

A não ser em casos previstos em lei²⁶³, a personalidade jurídica de cada uma das empresas do grupo e as atividades desempenhadas deve ser considerada de forma independente, não podendo a estrutura societária possibilitar o fluxo de dados sem o controle da autoridade antitruste (quando preenchidos os critérios para notificação), tampouco dispensar o devido enquadramento do tratamento de dados nas bases legais previstas na LGPD. Mesmo dentro de um grupo econômico é possível que a estrutura de poder pré-existente seja alterada por outras vias que não um contrato associativo ou uma operação societária *stricto sensu* (aquisição de participações etc.), aumentando a participação de mercado de participantes em mercados nos quais eles não possuíam poder anteriormente ou mesmo que já possuíam posição dominante, reforçando-a.

Assim, existe um grande risco que contratos de transferência de dados ou aquisições de empresas que não se enquadrem no critério de faturamento mínimo previsto na Lei nº 12.529/2011, art. 88, incisos I e II não sejam notificados, tornando as ações da autoridade antitruste nos mercados digitais sejam ineficazes, como observado nos EUA.

Quanto à “ii) estrutura de mercado na qual o agente está inserido”, o Relatório do “Stigler Committee on Digital Platforms”²⁶⁴ pontua que o aspecto que dificulta as análises dos mercados digitais é a escala, e que outras características são muito similares com os mercados tradicionais. Nos termos do documento²⁶⁵:

²⁶³ Art. 50 do Código Civil, art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, art. 34 da Lei 12.529/2011, etc.

²⁶⁴ CHICAGO BOOTH; STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF ECONOMY AND THE STATE. Op. Cit. 2019, p. 34.

²⁶⁵ Tradução livre: “the platforms with which this report is most concerned demonstrate extremely strong network effects, very strong economies of scale, remarkable economies of scope due to the role of data marginal costs close to zero, drastically lower distribution costs than brick and mortar firms, and a global reach. Markets with these combined features are prone to tipping—a cycle leading to a dominant firm and high concentration. Digital markets are prone to tipping for two primary reasons. First, because fixed costs play such an important role in digital markets, these markets feature especially large returns to scale. Second, many digital markets are driven by network effects that strengthen large incumbents and weaken new entrants.”. CHICAGO BOOTH; STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF ECONOMY AND THE STATE. Op. Cit. 2019, p. 34.

[A]s plataformas com as quais esse relatório possui maior preocupação demonstram possuir fortes efeitos de rede, fortes economias de escala e notáveis economias de escopo, tendo em vista o papel dos dados e o custo marginal próximo a zero, custos de distribuição drasticamente baixos que empresas de construção e alcance mundial.

Mercados com essas características combinadas são suscetíveis à grandes inflexões - um ciclo que leva a uma empresa dominante e alta concentração. Os mercados digitais tendem a inflexões por duas razões principais. Em primeiro lugar, como os custos fixos desempenham um papel tão importante nos mercados digitais, esses mercados apresentam retornos de escala especialmente grandes. Em segundo lugar, muitos mercados digitais são impulsionados por efeitos de rede que fortalecem os grandes operadores e enfraquecem os novos.

Assim, o controle de concentrações com base nos critérios atualmente utilizados pelo CADE pode não ser suficientes para impedir a abusividade nesse mercado. Mesmo o controle de condutas pode ser complexo caso tais especificidades não sejam endereçadas pelas autoridades antitruste, sendo necessárias algumas mudanças nas análises dos casos que envolvam tais mercados.

3. Limites da do compartilhamento dos dados pessoais em grupos econômicos: entre a Lei nº 13.709/2018 e a Lei nº 12.529/2011

O desafio de reunir as preocupações relativas aos limites de atuação das autoridades antitruste em matérias de proteção de dados não é nova, sendo objeto de diversos relatórios e estudos por autoridades do mundo inteiro²⁶⁶. Dentre as questões suscitadas, destaca-se a inclusão da

²⁶⁶ UNCTAD. **Competition issues in the digital economy**. 2019. Disponível em: https://unctad.org/system/files/official-document/ciclpd54_en.pdf; OECD. **Consumer Data Rights and Competition**. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/consumer-data-rights-and-competition.htm>; ICO. **The Information Commissioner's response to the Digital Competition Expert Panel's independent review consultation on 'The State of Competition in the Digital Economy'**. Disponível em: <https://cy.ico.org.uk/media/about-the-ico/consultation-responses/2614330/ico-response-to-the-digital-competition-expert-panel-independent-review-consultation-on-the-state-of-competition-in-the-digital-economy.pdf>. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE – CNIL. **BUNDESKARTELLAMT. Competition Law and Data**. 2016. Disponível em: 202

preocupação com a privacidade do consumidor à análise antitruste, a proteção de seus dados, a ampliação a noção de bem-estar do consumidor para além do critério preço cunhado pela Escola de Chicago, sendo esta última abordagem amparada pela chama escola Neobrandesiana²⁶⁷.

Nesse mesmo sentido, destaca-se o artigo de Frank Pasquale²⁶⁸ que trata da relação entre privacidade, antitruste e poder, ressaltando a importância de uma visão que compreenda as relações e falhas de cada uma das searas e, especialmente, que busque ferramentas em comum para impedir que empresas dominantes restrinjam e impeçam que os consumidores percam seu poder de escolha em relação aos seus dados na utilização de serviços digitais.

Já Lina Khan²⁶⁹ defende que nos mercados digitais é necessário substituir a análise do bem-estar do consumidor, para uma abordagem orientada à preservação do processo competitivo e das estruturas do mercado. Para tanto, a autora defende a presunção de predação e a proibição da integração vertical dessas empresas, caso contrário empresas como a Amazon continuarão controlado infraestruturas estratégicas, mantendo sua dominância.

Independentemente da abordagem adotada, fato é que a interseção entre as áreas é uma realidade e o compartilhamento dos dados no bojo dos grupos econômicos pode ser um “ponto cego”, tendo em vista a relação paradoxal entre a existência de bases legais na LGPD que legitimam o tratamento e a insuficiência de parâmetros antitruste para detectar o aumento de poder econômico ocasionado pela prática.

Conforme já mencionado anteriormente, um dos casos mais paradigmáticos que reúne as discussões da esfera da proteção de dados

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2

²⁶⁷ WU, Tim. The Curse of Bigness. *Columbia Global Reports*, 2018; GINSBURG, Douglas. WRIGHT, Joshua. The goals of antitrust: welfare trumps choice. *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2405-2433. 2013.

²⁶⁸ PASQUALE, Frank. Privacy, Antitrust, and Power. *George Mason Law Review*, 1009; 2013. Disponível em:

https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2347&context=fac_pubs

Acesso em: 31/03/2021

²⁶⁹ KHAN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*, Vol. 126, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911742 . p. 803 - 805. Acesso em: 31/03/2021

e do direito antitruste foi a análise do tribunal alemão, Bundeskartellamt, em relação ao compartilhamento de dados entre Whatsapp, Instagram, Facebook e terceiros, que suscitou discussões sobre a possibilidade de compartilhamento de dados entre empresas do mesmo grupo. Ainda que não ocorra a menção expressa ao grupo econômico do Facebook, é fato que após a aquisição do Whatsapp e Instagram as empresas passaram a integrar o seu grupo.

Assim, diante do fluxo de dados entre as partes e do poder econômico do Facebook, o Bundeskartellamt entendeu que a empresa teria abusado de sua posição dominante ao tratar dados pessoais de outras empresas do mesmo grupo, traçando perfis extremamente detalhados dos usuários, determinando que: i) empresas que pertencem ao Facebook podem coletar dados, mas não podem compartilhar com o Facebook sem o consentimento dos usuários; ii) a coleta de dados de sites de terceiros e o cruzamento deles com a conta de um usuário do Facebook também requer o consentimento (B6-22/16).²⁷⁰ No final de 2020 a coleta de dados do Facebook e possíveis impactos anticompetitivos foram novamente objetos de discussão do órgão alemão em relação à coleta de dados dos produtos de realidade virtual da Oculus²⁷¹. Contudo, mesmo diante dos recursos do Facebook, até o momento, a decisão da corte foi mantida e está sob discussão nos tribunais superiores da Alemanha²⁷².

Demonstrando o tamanho da importância e pioneirismo das discussões relacionadas aos mercados digitais na Alemanha, em janeiro de 2021, foi editada uma emenda à lei de defesa da concorrência alemão, “GWB-Digitalisierungsgesetz” - GWB Digitalisation Act”, determinando que

²⁷⁰ BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources.** 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html Acesso em: 31/03/2021.

²⁷¹ BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt examines linkage between Oculus and the Facebook network.** 2020. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/10_12_2020_Facebook_Oculus.html Acesso em: 31/03/2021.

²⁷² MATUSSEK, Karin. Facebook’s Antitrust Challenge Gets EU Top Court Review. **Bloomberg**. 24 de março de 2021. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-24/facebook-antitrust-challenge-gets-eu-court-review-on-data-rules> Acesso em: 31/03/2021.

o acesso à dados é um aspecto relevante para a concorrência e que o poder de intermediação também deve ser levado em consideração na análise do poder de mercado dessas empresas.

Mesmo antes da decisão do Bundeskartellamt e das repercussões no FTC, em 2018, o Whatsapp foi notificado pela autoridade de proteção de dados britânica (*Information Commissioner's Office - ICO*) devido à ausência de bases legais que justificasse o compartilhamento de dados²⁷³ e em 2017 chegou a ser multado pela agência de proteção de dados francesa por não obter o consentimento dos usuários (*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés - CNIL*)²⁷⁴.

Nos Estados Unidos tal discussão também gerou repercussões na seara concorrencial, uma vez que o FTC está analisando a possibilidade de forçar a reversão as aquisições das plataformas Whatsapp e Instagram pelo Facebook, tendo em vista que a operação pode ter sido realizada para prejudicar seus concorrentes e retirar competidores do mercado²⁷⁵. A preocupação norte americana com a concentração dos mercados digitais foi reforçada com a escolha de Biden pelo nome de Lina Khan - grande crítica dos impactos anticompetitivos das Big Techs - para ocupar um posto como Conselheira do FTC²⁷⁶.

Qualquer que seja a análise efetuada, fato é que as preocupações das autoridades – tanto antitruste quanto de proteção de dados - quanto ao compartilhamento de dados entre as empresas do grupo do Facebook

²⁷³ GIBBS, Samuel. France orders WhatsApp to stop sharing user data with Facebook without consent. **The Guardian**, 19 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/dec/19/france-orders-whatsapp-stop-sharing-user-data-facebook-without-consent> Acesso em 31/03/2021.

²⁷⁴ GIBBS, Samuel. WhatsApp sharing user data with Facebook would be illegal, rules ICO. **The Guardian**, 14 de março de 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/14/whatsapp-sharing-user-data-facebook-illegal-ico-gdpr> Acesso em 31/03/2021.

²⁷⁵ NYLEN, Leah. FTC likely to sue Facebook on antitrust violations by end of November. *Politico*, 20 de novembro 2020. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2020/11/06/ftc-sue-facebook-antitrust-violations-434810> Acesso em 31/03/2021. KELLY, Makena. Facebook moves to dismiss the US government's antitrust case. **The Verge**, 10 de março de 2020. Disponível em: <https://www.theverge.com/2021/3/10/22323642/facebook-antitrust-ftc-states-new-york-dismiss-instagram-whatsapp-acquisition> Acesso em 31/03/2021.

²⁷⁶ FEINER. Biden nominates tech critic Lina Khan to the FTC. **CNBC**, 22 de março de 2021. Disponível em: <https://www.cnn.com/2021/03/22/biden-nominates-tech-critic-lina-khan-to-the-ftc.html> Acesso em 31/03/2021.

engloba problemas comuns às suas searas. Por exemplo, a CNIL e a ICO endereçaram a questão sob a perspectiva das bases legais, já o FTC a discute sob o prisma antitruste e apenas o Bundeskartellamt reuniu as duas abordagens. O único problema é que, conforme já abordado, apenas o consentimento exigido pela autoridade alemão talvez não seja suficiente para impedir que a empresa possa abusar de sua posição dominante.

Por esse motivo, acreditamos que ambas as análises devem ser efetuadas em conjunto e, assim como as autoridades de investigação brasileiras tiveram que aprender a coordenar as investigações entre diversas esferas no contexto da operação lava jato, é imperioso que o CADE e a ANPD criem instrumentos de cooperação e estudos conjuntos para o efetivo enfrentamento de tão importante problema. Tal aspecto também é defendido no relatório do “*Stigle Center for the Study of the Economy and the State*”, que defende a criação de uma “Autoridade Digital” que pudesse endereçar de forma “holística” as preocupações das diversas esferas relativas ao poder gerado pelos dados²⁷⁷.

Considerações Finais

Observa-se que os mercados digitais impõem diversos desafios às autoridades de proteção de dados e de defesa da concorrência ao redor de todo o mundo. Soma-se a essa dificuldade a existência de questões procedimentais que podem impedir que o aumento de poder de mercado seja detectado pelos órgãos antitruste, ainda que sob legitimação das leis de proteção de dados.

Contudo, mesmo que os dois diplomas tenham um escopo de aplicação e proteção diferente, não é possível analisar o compartilhamento de dados em grupos econômicos sob o aspecto de apenas uma das esferas. Assim, por meio desse trabalho, pretende-se apresentar - ainda que de forma preliminar - como os preceitos de cada uma das esferas

²⁷⁷ STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS, Op. Cit., p. 18

deverem ser coordenados em busca de uma solução conjunta. Nesse sentido, sugere-se que a análise conjunta perpassa, pelo menos, pelos seguintes passos para compreender a legalidade do compartilhamento nos dois prismas:

PASSO 1: identificar se o compartilhamento de dados ocorre intragrupo econômico e quais são os agentes envolvidos;

PASSO 2: certificar que o compartilhamento de dados cumpre com as condições de legitimidade da LGPD (base legal e princípios);

PASSO 3: verificar se é necessário notificar a autoridade antitruste acerca do compartilhamento de dados (o compartilhamento é feito com que finalidade? O compartilhamento é realizado entre controlada e controlador, controlador e controlador ou entre subsidiárias?)

Adicionalmente, assim como ocorreu na Alemanha, o CADE deverá repensar os critérios de notificação e análise dos mercados relevantes e da identificação das condutas abusivas nos mercados digitais, especialmente considerando que o fluxo de informações intragrupo econômico pode passar despercebido pela autoridade no controle preventivo.

Por óbvio não se pretende aqui esgotar os caminhos e problemas enfrentados pelo encontro das searas, apenas lançar luz à interseção das matérias e, com sorte, suscitar discussões acerca desse importante tema.

Referências Bibliográficas

ACQUIST, Alessandro; GROSSKLAGS, Jeans. What Can Behavioral Economics Teach Us About Privacy? In: ACQUISTI, Alessandro, GRITZALIS, Stefanos, LAMBRINOUDAKIS, Costos, VIMERCATI, Sabrina di. **Digital Privacy: Theory, Technologies and Practices**. Boca Raton: CRC Press; 2007.

ACQUISTY, Alessandro; ADJERID, Idris; BALEBAKO, Rebecca; BRANDIMARTE, Laura; CRANOR, Lorrie; KOMANDURI, Saranga; LEON,

Pedro; SADEH, Norman; SCHAUB, Florian; SLEEPER, Manya; WANG, Yang; WILSON, Shomir. Nudges for Privacy and Security: Understanding and Assisting Users' Choices Online. **ACM Computing Surveys**, Vol. 50, No. 3, Article 44, 2017.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt examines linkage between Oculus and the Facebook network**. 2020. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/10_12_2020_Facebook_Oculus.html Acesso em: 31/03/2021.

BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources**. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html Acesso em: 31/03/2021.

CADE/DEE. Documento de Trabalho nº 005/2020. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Agosto/2020. p. 19 – 25. 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: 31/03/2021.

CHICAGO BOOTH; STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF ECONOMY AND THE STATE. **Stigler Committee on Digital Platforms. Final Report**. 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf> Acesso em: 31/03/2021.

CIPL. **Recommendations for Implementing Transparency, Consent and Legitimate Interest under the GDPR**. 2017. Disponível em: https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_recommendations_on_transparency_consent_and_legitimate_interest_under_the_gdpr_-_19_may_2017-c.pdf Acesso em: 05 junho de 2020. Acesso em: 31/03/2021.

CMA. **Online platforms and digital advertising. Market study final report**. 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Financial_report_1_July_2020_.pdf Acesso em: 31/03/2021.

COBBE, Jennifer. Behind Cambridge Analytica lay a bigger threat to our democracy: Facebook. **The Guardian**. 15 de outubro de 2020. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/commentisfree/2020/oct/15/cambridge-analytica-threat-democracy-facebook-big-tech> Acesso em: 31/03/2021.

DONEDA, Danilo. Panorama histórico da Proteção de Dados Pessoais. In: **Tratado de Proteção de dados Pessoais**. Coordenadores: Danilo Doneda [et. al.] Rio de Janeiro: Forense, 2021.

EDPS. **Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy**. 2014. Disponível em: https://edps.europa.eu/data-protection/our-work/publications/opinions/privacy-and-competitiveness-age-big-data_en Acesso em: 31/03/2021.

FEINER. Biden nominates tech critic Lina Khan to the FTC. **CNBC**, 22 de março de 2021. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2021/03/22/biden-nominates-tech-critic-lina-khan-to-the-ftc.html> Acesso em 31/03/2021.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FUJIMOTO, Mônica Tiemy. **Participações Minoritárias de Investidores Institucionais Em Sociedades Concorrentes: Implicações Competitivas Da Common Ownership No Brasil**. Dissertação de Mestrado. Universidade de Brasília, 2020.

GIBBS, Samuel. **France orders WhatsApp to stop sharing user data with Facebook without consent**. The Guardian, 19 de dezembro de 2017. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2017/dec/19/france-orders-whatsapp-stop-sharing-user-data-facebook-without-consent> Acesso em 31/03/2021.

_____. **WhatsApp sharing user data with Facebook would be illegal, rules ICO**. The Guardian, 14 de março de 2018. Disponível em: <https://www.theguardian.com/technology/2018/mar/14/whatsapp-sharing-user-data-facebook-illegal-ico-gdpr> Acesso em 31/03/2021.

GINSBURG, Douglas. WRIGHT, Joshua. The goals of antitrust: welfare trumps choice. **Fordham Law Review**, v. 81, p. 2405-2433. 2013.

GLUCK, Joshua; SCHAUB, Florian; HABIB, Hana; SADEH, Norman; CRANOR, Lorrie; AGARWAL, Yudraj. How Short Is Too Short? Implications of Length and Framing on the Effectiveness of Privacy Notices. **Symposium on Usable Privacy and Security**. June 22–24, 2016. Disponível em: <https://www.usenix.org/system/files/conference/soups2016/soups2016-paper-gluck.pdf> Acesso em: 31/03/2021.

KELLY, Makena. Facebook moves to dismiss the US government's antitrust case. **The Verge**, 10 de março de 2020. Disponível em: <https://www.theverge.com/2021/3/10/22323642/facebook-antitrust-ftc-states-new-york-dismiss-instagram-whatsapp-acquisition> Acesso em 31/03/2021.

KHAN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, Vol. 126, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2911742 . p. 803 - 805. Acesso em: 31/03/2021

KRAAKMAN, Reiner; ARMOUR, John; DAVIES, Paul; HASMANN, Henry; HERTIG, Gerard; HOPT, Klaus; KANDA, Hideki, PARGENDLER, Mariana;

RINGE, Wolf-Georg; ROCK, Edward. **Anatomia do direito societário** (tradução: PARGENDLER, Mariana). São Paulo: Editora Singular, 2018.

LUCKERSON, Victor. A Decade Ago, Google Bought YouTube — and It Was the Best Tech Deal Ever. The ringers, **The Ringer**. 10 de outubro de 2016. <https://www.theringer.com/2016/10/10/16042354/google-youtube-acquisition-10-years-tech-deals-69fdbe1c8a06> . Acesso em: 31/03/2021.

MARTIN, Kirsten. Privacy Notices as Tabula Rasa: An empirical investigation into how complying with a privacy notice is related to meeting privacy expectations online. **Journal of Public Policy & Marketing**. Vol. 34, nº 2, pp. 210-227, 2015. Disponível em: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1509/jppm.14.139> Acesso em: 31/03/2021.

MATSAKIS, Louise. **Facebook's New Privacy Feature Comes With a Loophole**. 20 de agosto de 2019. **Wired**. Disponível em: <https://www.wired.com/story/off-facebook-activity-privacy/> Acesso em: 31/03/2021.

MATUSSEK, Karin. Facebook's Antitrust Challenge Gets EU Top Court Review. **Bloomberg**. 24 de março de 2021. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2021-03-24/facebook-antitrust-challenge-gets-eu-court-review-on-data-rules> Acesso em: 31/03/2021.

MCDONALD, Aleecia; CRANOR, Lorrie. The Cost of Reading Privacy Policies. **IS: A Journal of Law and Policy for the Information Society**, vol 4, nº 3, 2008. Disponível em: <http://www.is-journal.org/>. Acesso em: 31/03/2021.

MUDAD, Raul; REQUENA, Rodrigo. Fluxo de informação no âmbito de grupos societários e proteção dos dados pessoais. In: Gustavo Tepetino et al (Coords). **A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas Repercussões no Direito Brasileiro**. 1ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

NYLEN, Leah. FTC likely to sue Facebook on antitrust violations by end of November. **Politico**, 20 de novembro 2020. Disponível em: <https://www.politico.com/news/2020/11/06/ftc-sue-facebook-antitrust-violations-434810> Acesso em 31/03/2021.

PASQUALE, Frank. Privacy, Antitrust, and Power. **George Mason Law Review**, 1009; 2013. Disponível em: https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2347&context=fac_pubs Acesso em: 31/03/2021.

POLLACH, Irene. Whats Wrong with Online Privacy Policies. **Communications of the ACM** vol 50, nº 9, pp. 103-108; September 2007.

PRADO, Viviane Muller. **Conflito de interesses nos grupos societários**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

REIDENBERG, Joel; BREAUX, Travis; CRANOR, Lorrie; FRENCH, Brian. Disagreeable Privacy Policies: Mismatches between Meaning and Users

Understanding. **2014 TPRC Conference Paper Berkeley Technology Law Journal**, Vol. 30, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2418297 Acesso em: 31/03/2021.

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

SCHERTEL, Laura. FONSECA, Gabriel. Proteção de dados para além do consentimento: tendências de materialização In: **Tratado de Proteção de dados Pessoais**. Coordenadores: Danilo Doneda [et. al.] Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHERTEL, Laura. Privacidade e dados pessoais. Proteção de dados pessoais: fundamento, conceitos e modelo de aplicação. In: **Panorama setorial da Internet**, nº 2, junho/2019, ano 11.

_____. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor**. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

STOLL, John D. “OK Google, How’s YouTube Doing?”. In: **The wall Street Journal**. 3 de Maio de 2019. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/ok-google-hows-youtube-doing-11556896078> Acesso em: 31/03/2021.

UTZ, Cristine; DEGELIN, Martin; FAHL, Sascha; SCHAUB, Florian; HOLZ, Thorsten. (Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field. **Proceedings of the 2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security**. Disponível em: <https://arxiv.org/abs/1909.02638>. Acesso em: 31/03/2021.

VEDASCHI, Arianna. Privacy and data protection versus national security in transnational flights: the EU–Canada PNR agreement. **International Data Privacy Law**, Volume 8, Issue 2, May 2018, Pages 124–139.

WU, Tim. **The Curse of Bigness**. Columbia Global Reports, 2018.

ZUBOFF, Shoshana. **A era do capitalismo de vigilância**. 1 ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2020.

Instituições regulatórias e desenvolvimento no ambiente digital

Gabriel de Aguiar Tajra

Resumo: Após o arrefecimento da defesa de desregulação do digital, o ambiente das redes deparou-se com uma verdadeira carência de instituições regulatórias capazes de desenvolverem sustentavelmente as redes. Não obstante, potencialidades de aprimoramento da capacidade normativa, fiscalizatória e de cumprimento forçado são viáveis a partir da complexificação da cadeia regulatória, primordialmente pela inclusão de intermediários privados, que favorecem a eficiência adaptativa, para além da eficiência alocativa. Portanto, o presente artigo sustenta, assentado em uma perspectiva institucionalista, a inclusão de novos agentes regulatórios eminentemente privados, especialmente pela análise dos regimes normativos.

1.A emergência de um novo espaço

Sabidamente o ciberespaço fora, por um razoável período de tempo, qualificado como *desterritorializado*. Não só pela consolidação de um ambiente além do mundo físico, mas também pelo distanciamento da fiscalização e regulação pública, fundamentada em uma suposta ineficiência destas instituições no digital (LOVELUCK, 2015, p. 159).

Segundo corrente majoritária à época do surgimento da tecnologia digital, a regulação estatal seria inapropriada pois, na medida em que os custos de transação de saída seriam baixos, inexistiria fundamento para intervenção pública. Em verdade, o ciberespaço erigiria suas próprias e legítimas fronteiras, viabilizando a emergência de um sistema normativo autônomo (JOHNSON; POST, 1996, p. 1379).

Atualmente, não mais se nega a relevância da intervenção pública no digital. Ainda que os custos de transação sejam baixos, existirá margem e fundamento para tanto até o limite em que os custos se igualem aos benefícios (LESSIG, 1996, pp. 1403-1411). Não obstante, Johnson e Post pretendiam, em suas próprias palavras, “levar o ciberespaço a sério”, mediante a propositura de novas perspectivas regulatórias, tanto pela

análise da extensão da esfera pública, quanto do custo-benefício entre esta e autorregulação privada.

Por esta perspectiva, o problema da disfunção jurídica em estabilizar as expectativas sociais na seara da rede assume uma nova faceta. Primeiro porque assumimos a consolidação de um regime normativo jurídico privado, dotado de legitimidade, competência e funcionalidade própria. Segundo pois este regime jurídico, portador de suas próprias instituições e instrumentos regulatórios, com vantagens e desvantagens ainda não propriamente exploradas pela ciência jurídica, deve dialogar harmonicamente com o regime normativo público.

Pretendemos, no presente artigo, explorar exatamente a temática das instituições regulatórias no digital, mediante delimitação de sua presença pública e privada, bem como pela formulação de possíveis alternativas normativas que favoreçam a eficiência adaptativa do sistema de países em desenvolvimento, para além da mera eficiência alocativa. Para tanto, analisaremos as potencialidades de novos instrumentos fiscalizatórios e de cumprimento normativo, especialmente oriundas de plataformas privadas no âmbito das redes, tomando-as como exemplo universalizante da emergência de novos instrumentos regulatórios capazes de favorecerem a intervenção pública, mas, até o presente momento, sem qualquer diálogo institucional apropriado com o regime jurídico estatal neste novo espaço.

2. Ineficiência e mudança institucional no ciberespaço

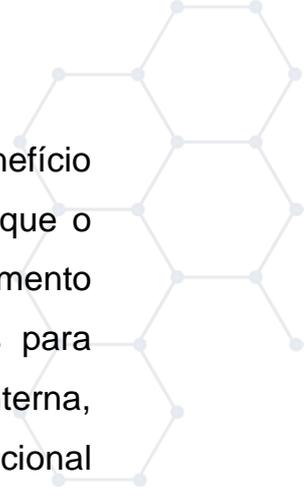
A princípio, a ideia de uma regulação privada autônoma, alheia ao poder de *imperium* do Estado, contraria o próprio fundamento do Direito, razão pela qual trata-se de tema inovador na ciência jurídica. No entanto, correntes contemporâneas – primordialmente àquelas filiadas ao *New Regulatory State* e *Social Constitutionalism* – aos poucos buscam estruturar uma teoria do Direito capaz de abarcar sistemas regulatórios eminentemente privados – ante a metacodificação binária e dupla

reflexividade dos códigos corporativos (TEUBNER, 2020, p. 105-107) –, alocando o debate científico a um novo patamar.

Esta mesma afirmação não é totalmente verdadeira para parcela da ciência econômica. Williamson já havia alertado que as companhias regularizam certas expectativas por meio da solução de conflitos internos, inclusive afastados pela jurisdição pública – isto é, elas fundam sua própria “corte final de apelação” (1991, p. 274). Assim, tomando como base uma clássica estrutura das instituições formais proposta pela teoria institucional econômica, hierarquizadas em regras jurídicas e políticas, regimes de propriedade e contratos (NORTH, 2018, p. 86-87), podemos repensar o modelo regulatório a partir de uma perspectiva inovadora, ou seja, consolidada por novos agentes, tais quais as plataformas digitais.

Trata-se de perspectiva promissora, na medida em que ampliamos os instrumentos regulatórios, ainda precários no digital – como se depreende de regulamentação recente e incipiente, ausência de regimes de propriedade e relações contratuais ainda assimétricas, que refletem, em última instância, consequências das instituições formais hierarquicamente estabelecidas em nível superior. No que tange às consequências deste modelo, podemos observar duas disfunções institucionais: (i) em nível internacional mantém-se a condição de país em desenvolvimento, fornecedor de matéria-prima – no caso, fornecedor de dados brutos –, enquanto países desenvolvidos agregam dados, convertem-nos em informação e redistribuem-nos com valor agregado; (ii) em nível nacional dos fluxos de informações, majoritariamente fluem em direção às plataformas privadas estrangeiras, com grande poder de mercado, capazes de unilateralmente determinarem seus fluxos (TAJRA, 2020, p. 97), razão pela qual assumem relevante função de governança dos dados e da informação

Esta perspectiva torna-se ainda mais promissora se nos atentarmos para o fato de que as organizações econômicas, em busca da maximização de seus interesses, serão direcionadas para aquisição de conhecimento dentro de uma margem imposta e estimulada pelo quadro



institucional, mas poderão, em regra, alterar o quadro caso o benefício exceda os investimentos necessários para tanto. Na medida em que o quadro institucional impõe modalidades de informação e conhecimento necessários à atuação no mercado, tanto as margens flexíveis para maximização dos objetivos da empresa, quanto sua organização interna, refletirão a demanda de conhecimento. Ou seja, o quadro institucional direciona a atividade empresarial mediante produção de estímulos gerados ao processo de aprendizado derivados da moldura informacional (Ibid, 2018, p. 148-149), mas são elas, as organizações econômicas, os verdadeiros agentes da mudança institucional (Ibid., p. 127).

Em regra, são as mudanças nos preços relativos, advindos de alterações tecnológicas e nos custos informacionais que estimulam a adaptação do sistema (Ibid., p. 144). Não obstante, é possível arquitetar um arranjo institucional eficiente e adaptativo. Considerando que as organizações econômicas, organizadas sobre seu regime de lucratividade, buscarão alterar o quadro mediante análise da relação de custo-benefício, a redução dos custos de transação política é uma essencial via de pulverização das decisões institucionais, promovendo a capacidade de mudança não só a custo reduzido, mas por agentes dotados de conhecimentos específicos e envolvidos nos conflitos em comento.

Disto depreendem-se algumas conclusões. Primeiro, as mudanças são, geralmente, incrementais, ante a limitação imposta pelo contexto e pelo quadro – mesmo que uma mudança incremental possa, muitas das vezes, ser mais assertiva e significativa que uma mudança abrupta e disfuncional. Segundo, quando determinadas alternativas regulatórias ou soluções aos problemas econômicos não resultam naturalmente do mercado, concluímos acerca de um possível indício de que os custos de transação política estão altos a ponto de inviabilizar a promoção das propostas institucionais. Neste caso, é provável que um equilíbrio institucional seja estabilizado, mesmo em relação a um quadro institucional ineficiente – podendo este ser resultado da ausência de instituições mediadoras ou de conflito de interesses de agentes envolvidos

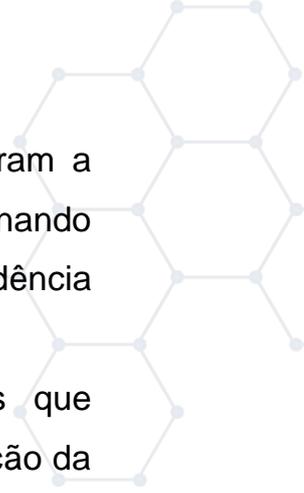
–, o que intensifica a problemática, resultando em uma terceira conclusão de análise: a identificação de possíveis dependências institucionais.

É por isto que a integração de agentes privados, por si só, constitui uma modalidade de redução dos custos de transação para alteração do quadro institucional. Possuem os agentes privados informações específicas de seu mercado, reduzindo os custos de aquisição de informação. Possuem estes ainda instrumentos diferenciados de intervenção no domínio econômico, de modulação dos comportamentos sociais e até mesmo eventual legitimidade mais adequada em atenção a determinados temas, bem como para eventual instituição de cumprimento forçado, reduzindo-se os custos de fiscalização e respectivo *enforcement*.

Portanto, propomos repensar a arquitetura institucional a partir da integração de agentes privados nas esferas hierárquicas definidas por North, quais sejam os regimes normativos, propriedade e relações contratuais. No presente trabalho, focalizamos a temática do regime normativo, primordialmente a partir de duas perspectivas. Por um lado a produção normativa estatal referência em nível global, qual seja as produções normativas incipientes já elaboradas pela União Europeia. Trata-se principalmente do Regulamento (UE) 2019/1150 do Parlamento Europeu e do Conselho, bem como das recentes propostas de regulação do mercado digital e dos serviços digitais. Por outro, buscamos sistematizar modelos de produção normativa eminentemente privados e auferir eventuais canais comunicacionais entre ambas esferas, aprimorando a cooperação regulatória.

3.Regulação do mercado digital e desenvolvimento

Na medida em que a economia de plataformas reduziu custos de transação, conectando consumidores entre si, bem como consumidores e fornecedores – razão pela qual foram denominados de ‘*matchmakers*’ (EVANS; SCHMALENSEE, 2016, p. 1) –, erigiu-se uma nova dinâmica



econômica no ambiente digital, em que os intermediários passaram a interferir diretamente na relação entre regulador e regulado, tornando ineficientes instituições regulatórias tradicionais pela natural tendência disruptiva da tecnologia (LEENES, 2019, p. 9).

O mercado digital é dotado de características próprias que potencializam as trocas comerciais, já que se assenta na virtualização da informação em concomitância ao baixo custo de sua reprodutibilidade. Ainda mais, estas características vinculam-se à uma funcionalidade mercadológica marcada por uma intensificação das economias de escala, dos efeitos de rede, bem como de economia escopo, tendo como principal recurso escasso objeto das transações comerciais o dado. De forma mais elementar, estas três características estimulam possíveis propriedades de um monopólio natural no digital, posto o constante incentivo às empresas fixarem preços abaixo dos custos marginais, subsidiarem os preços necessários à demanda para valorização da conveniência do serviço, bem como expandirem seus negócios horizontal e mesmo verticalmente.

Ocorre que esta estrutura comercial aumenta as probabilidades de ilícitos concorrenciais, já que as empresas dominantes assumirão grande *market share*, mas também posição estratégica e de influência nos fluxos de bens e serviços, adquirindo poder suficiente para conquistar e defender mercados e estabilizar sua atividade econômica com aumento do preço final a longo prazo. Não é à toa que, verificada posição dominante no mercado digital – a partir da análise do acesso a informações sensíveis e relevantes no mercado, a preferência do consumidor, a capacidade de substitutibilidade e elasticidade da demanda, a existência de barreiras a entradas, além, é claro, da participação no mercado e outros critérios –, são altas as potencialidades de cometimento de ilícitos concorrenciais nos moldes pensados pela teoria antitruste tradicional, ainda que de difícil análise, prevenção e reparação (OCDE, 2020, p. 3).

Esta estrutura comercial – certamente dotada de eficiências e também possíveis maiores excedentes aos consumidores e aumento no bem estar social – ainda inverte o olhar da regulação econômica. Em face

das fortes características naturais deste mercado que inviabilizam uma competitividade saudável entre empresas, é possível argumentar que, para além de buscar favorecer uma concorrência no mercado, existem razões suficientes para incentivar uma defesa da concorrência para o mercado, isto é, entre plataformas e entre agentes de mercados que atuam dentro de suas estruturas internas (COMISSÃO EUROPEIA, 2019, p. 5-6), o que reforça o papel regulador destas entidades.

Com efeito, é possível repensar a perspectiva de distribuição de informações regulatórias, classicamente representada por um Regulador (R) e Regulado (T) (assim representada: $R \rightarrow T$), viabilizando a inclusão dos intermediários (I) como agentes ativos (assim representado: $R \rightarrow I \rightarrow T$), a partir da qual, tanto é possível favorecer o *enforcement*, valendo-se de suas tecnologias, independência, quanto é possível repensar aspectos normativos, valendo-se de sua *expertise* e possível legitimidade para regulação de condutas (ABBOTT; LEVI-FAUR; SNIDAL, 2017, p. 20). A título ilustrativo, algumas variações são interessantes para apresentarmos possíveis alternativas institucionais a depender dos conflitos sociais objeto da regulação. Por exemplo, uma simples e evidente variação possível é a inclusão de um intermediário que constitui grupo sobre o qual o alvo regulatório é constituinte, como na hipótese de controle de conduta de um determinado grupo dentro de uma plataforma (assim representado: $R \rightarrow T \rightarrow t$, em que $t \in T$). Outra variação simples seria a inclusão de mais de um intermediário, tal qual na hipótese de hierarquia entre instituições (assim representado: $R \rightarrow I \rightarrow I \rightarrow T$).

Algumas outras variações mais elaboradas são possíveis, ampliando os resultados advindos da complexificação da cadeia regulatória. Na hipótese de cooperação internacional entre agentes estatais em face de uma plataforma privada de âmbito global, é possível que os Estados, concomitantemente, direcionem determinados objetivos regulatórios à plataforma, que os uniformizará e refletirá aos consumidores, unificando um fluxo bidimensional originário (assim ora representado: R e $R \rightarrow I \rightarrow T$). Em sentido inverso, é possível que o

regulador, buscando evitar possíveis capturas ou que determinadas informações sensíveis transitem dentro de um ambiente não adequado, institua um fluxo regulatório bidirecional, passando por dois intermediários concomitantemente, mas com interdependência de atribuição de cada qual (assim representado: $R \rightarrow I$ e $I \rightarrow T$).

Um aspecto que se torna claro com a possível integração de agentes de mercado à cadeia regulatória é o aprimoramento das potencialidades de distribuição de informação, fiscalização e controle, além da diversificação dos instrumentos de indução regulatória. A partir da inclusão de intermediários dotados de tecnologias, legitimidade e funcionalidade própria, permite-se estabelecer canais de diálogo institucional – por intermédio, por exemplo, de subcontratação de funções regulatórias do Estado com companhias privadas quando os benefícios sejam superiores aos custos para regulação de determinado ambiente (BRAITHWAITE, 1992, p. 103) – e incentivos e desincentivos econômicos para moldar o comportamento de intermediários.

Nesta última hipótese, uma via interessante parece ser a instituição de mandados de *Qui Tam*, em que agentes privados podem ser beneficiados com parcela da recuperação de ativos do Governo por decorrência de participação na fiscalização e denúncia²⁷⁸. Trata-se, aliás, de perspectiva favorável a países em desenvolvimento, na medida em que mandados de *Qui Tam* são, em tese, mais propícios a funcionar onde o Estado não seja capaz de exercer adequadamente seu papel (BRAITHWAITE, 2008, p. 82).

Outra potencialidade é a utilização de tecnologias específicas a partir de agentes privados especializados, como em uma regulação pública-privada para instituição de determinados códigos *blockchain* no âmbito digital. No caso, é possível garantir descentralização de tal forma a inexistir posição dominante capaz de abusar unilateralmente no

²⁷⁸ Ora, trata-se de uma medida lógica, pois além de tornar caro o descumprimento normativo, devemos tornar rentável seu respectivo cumprimento: “The most effective way of channelling suficiente resources into prevention is to make it as profitable to police corporate shelters as it has obviously become to purvey them” (SIMS, 2002, p. 736).

mercado, estabilizando a confiança onde a lei não consegue atingir e, respectivamente, favorecendo a competitividade e a regulação da concorrência (SCHREPEL; BUTERIN, 2020, p. 8).

A diversificação dos instrumentos pela relação público-privada pode, portanto, viabilizar maior harmonização do Direito à realidade digital, dotada de funcionalidades específicas e mesmo intensificadas pelos baixos custos de reprodutibilidade da informação e da conectividade global. Para tanto, ao retomarmos a estrutura institucional de North, precisamos repensar a qualidade de cada nível hierárquico (regime normativo, propriedade e contratos). Pretendemos, em face da limitação do presente estudo, aprofundar especialmente os regimes normativos, a partir da formulação pelos entes públicos e privados, bem como de canais comunicacionais entre tais.

4. Regimes normativos

A sistematização de um regime jurídico próprio ao digital é ainda incipiente. A aplicação normativa majoritária era – ao menos até a entrada em vigor do regime de proteção de dados, conforme tendência global – assentada em regime normativo mais abstrato, como a legislação consumerista, civil, comercial e a própria lei de defesa da concorrência. Não obstante, atualmente é possível observar a emergência de regulações normativas específicas, que abarcam a temática do mercado digital propriamente dito, bem como serviços e questões concorrenciais.

Regulações estas não apenas públicas, mas também privadas, em face da assunção, pelas plataformas, de grande poder de mercado e intermediação, a exigirem desta a competência de funções eminentemente regulatórias. Dentre tais, ressalta-se a formulação de regimes normativos. Tratam-se de regimes sempre em consonância às imposições públicas, mas enganam-se aqueles que inferem caráter autônomo apenas a partir do Estado.

Aceitando a premissa teórica de que empresas de grande porte no digital, especialmente transnacionais, são dotadas de códigos corporativos com a função de “dupla reflexividade e “metacodificação binária” – isto é, institui-se um regime abstrato que orienta os padrões das expectativas sociais internas, com respectivos mecanismos reflexivos apoiados em normas secundárias (TEUBNER, 2020, p. 201 e 218) –, é possível observar o processo de constitucionalização de regimes normativos privados, ante a garantia de autonomia da funcionalidade de um sistema jurídico próprio.

Desta forma, apontamos a formação de uma microinstituição²⁷⁹ no digital, passível de sistematização e análise. Sistematização e análise estas que devem ser fundamentadas a partir de sua comunicabilidade e harmonização para com o aparato normativo público – ainda que incipiente e ínfima os mecanismos de harmonização entre o público e privado digital. Para tanto, analisaremos a dinâmica de ambas, bem como diálogos institucionais instaurados e possíveis.

a) Regimes Normativos Públicos

A União Europeia foi uma das primeiras a tomar a dianteira no tema, por intermédio do Regulamento (UE) 2019/1150, que entrou em vigor em julho de 2019, abarcando a temática do comércio entre plataformas e comerciantes (*Platform to Business – P2B*). Na hipótese, em vista da garantia de um mercado interno competitivo, equitativo e transparente, a normativa dispôs, dentre outros temas, sobre requisitos de conformidade de cláusulas contratuais dos serviços de intermediação, exigindo redação simples, acessível, com previsões específicas quanto à suspensão, cessação ou qualquer restrição na prestação dos serviços, além de informações atinentes ao controle de dados e propriedades intelectuais (art. 3º).

²⁷⁹ “Micro-institutions’ are small-scale, perhaps very detailed rules, regulations, minor organizational norms and cultural practices that often govern how macro-institutions work out in practice” (DUNLEAVY, 2019, p. 1).

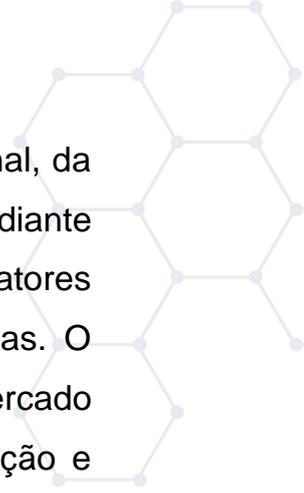
No que tange especialmente às decisões de suspensão, cessação ou restrição dos serviços prestados pela plataforma aos comerciantes, fora declarada obrigatória a notificação, com respectivo procedimento interno com contraditório para esclarecimento dos fatos (art. 4º, nº 3), devendo a decisão da plataforma ser fundamentada, exceto por decorrência de imposição legal (art. 4º, nº 5). Ainda, as classificações internas estruturadas pelas plataformas que venham a alterar a remuneração dos anunciantes e comerciantes deve ser clara, a viabilizar o pleno entendimento dos agentes de mercado (art. 5º, nº 3).

Algumas outras previsões decerto relevantes tocam a temática de condutas adequadas e proibidas pelas plataformas online, dentre as quais cita-se o tratamento diferenciado, em que será exigida descrição com as principais considerações econômicas, comerciais e legais subjacentes (art. 7º, nº 1); o acesso aos dados deve ser regulado contratualmente, informando, no mínimo, quais dados comerciais e pessoais as plataformas tem acesso e o fornecimento a terceiros (art. 9º, nº 2); restrições à oferta devem ser acompanhadas de justificativas e fundamentos (art. 10º, nº 1).

Por fim, de se ressaltar que o Regulamento (UE) 2019/1150 impôs a obrigatoriedade de tratamento interno de reclamações, exigindo padrão mínimo de cumprimento normativo, gratuito, de fácil acesso, transparente, rápido e eficaz (art. 11º, nº 1 e 2). Na hipótese de eventual controvérsia não sanável, deve ainda ser indicado lista de mediadores as quais a plataforma se filia para resolução do problema (art. 12º).

Em atenção a tudo quanto sugerido pela normativa em comento, a União Europeia também fez publicar *guidelines* para orientação dos entendimentos privados e públicos, bem como para esclarecimento de questões técnicas relacionadas. Trata-se de complemento relevante para redução das incertezas dos agentes de mercado, ainda que evidentemente sem força vinculante.

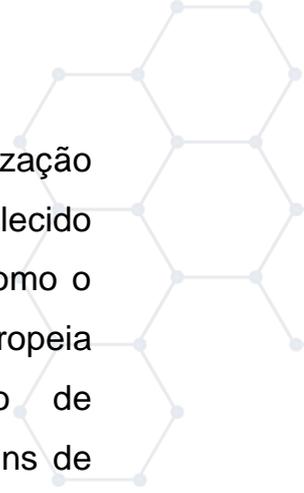
Para além do Regulamento (UE) 2019/1150, a União Europeia ainda sugeriu, recentemente, duas propostas de regulamentação, atinentes ao mercado e ao serviço digital. O Regulamento dos Serviços Digitais buscará



instituir um novo regime jurídico, em vista do livre fluxo informacional, da proteção de dados e do ambiente democrático, mediante rebalanceamento dos direitos e responsabilidades dos principais atores deste ambiente, consumidores, agentes de mercado e plataformas. O Regulamento de Mercados Digitais, por sua vez, busca regular o mercado interno em prol do desenvolvimento econômico, garantindo inovação e competitividade.

No que tange ao Regulamento de Serviços Digitais (COMISSÃO EUROPEIA, 2020a), as disposições que clamam maior atenção abarcam o regime jurídico aplicável aos ofertantes, a depender da abrangência e impacto na rede. Assim, a todos intermediadores foram estabelecidas obrigações atinentes à garantia de transparência informacional pela publicação de relatórios constantes, parâmetros mínimos de direitos aos consumidores e vias de cooperação com autoridades públicas, facilitando mecanismos de *enforcement*. Já às plataformas de maior abrangência, entendidas aquelas com alcance de, no mínimo, 10% da comunidade europeia, fora imposta a obrigatoriedade de qualificação de bandeiras credenciadas para maior segurança e veracidade das informações, a instituição de medidas de suspensão ou exclusão de contas que flagrantemente se utilizam de conteúdos ilegais, com respectiva necessidade de notificação das autoridades de suspeitas de crimes e estruturação de procedimento interno para apuração de queixas.

Quanto ao Regulamento de Mercados Digitais, a política antitruste assumiu relevante papel na busca pela garantia de um mercado saudável, especialmente pela atenção despendida aos *gatekeepers* – verdadeiros porteiros que controlam o acesso a mercados relevantes (COMISSÃO EUROPEIA, 2020b). As imposições legais dele decorrentes aplicam-se, tão somente, às plataformas com poder de mercado significativo, isto é, com poder de intermediação de grande abrangência e estável ao longo do tempo. Dentre tais, são de nosso maior interesse as obrigações referentes à garantia de interoperabilidade dos serviços e portabilidade de dados, viabilizando maior dinamicidade do mercado e evitando centralizações a



partir do mercado principal. Ainda, deverá ser viabilizada a fiscalização pelos próprios anunciadores nas plataformas, bem como fora estabelecido rol exemplificativo de práticas de abuso de posição dominante, como o favorecimento de produtos próprios. Neste sentido, a Comissão Europeia fiscalizará constantemente as plataformas, por intermédio de investigações acerca da qualidade dos serviços ofertados, para fins de eventuais instaurações de procedimentos administrativos, mas também para propositura de novas recomendações necessárias e mesmo remédios estruturais às plataformas que infrinjam constantemente as disposições legais.

Dentro do âmbito da União Europeia, a recente 10ª emenda à Lei contra Restrições à Concorrência da Alemanha também reformulou o regime jurídico em atenção às novas dinâmicas no mercado. Assim, especialmente quanto aos atos de concentração de notificação obrigatória, os requisitos foram relaxados, exigindo-se o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos: (i) faturamento bruto das empresas participantes combinadas acima do valor de EUR 500 milhões, (ii) em que ao menos uma das empresas possua faturamento bruto na Alemanha superior a EUR 50 milhões, (iii) e em que, (a) ou a transação seja superior a EUR 400 milhões, (b) ou uma das empresas possua faturamento bruto superior a EUR 17,5 milhões. Em relação a eventuais práticas de abuso de posição dominante e cartelizações, foram estabelecidos regimes também diferenciados a plataformas com maior poder de mercado, além de rol exemplificativo de práticas.

Trata-se de sistemática interessante, na medida em que, nos atos de notificação, os critérios são mais flexíveis, por abarcar tanto a relevância econômica da operação e das partes, quanto a combinação aos multiplicadores de mercado utilizados pela autoridade, definidos em relação a cada setor do mercado a partir dos interesses públicos. Já em relação aos eventuais abusos de posição dominante e cartelização, a sistemática de regimes diferenciados acompanha as tendências mundiais, como a fixação de critérios de análise e rol exemplificativo, a facilitar a

incidência da norma quando da apreciação dos atos pelos agentes públicos responsáveis.

Por fim, é salutar apontar recente proposta de alteração da “Lei Anti-Monopólio” chinesa, bem como da promulgação da “Lei de Publicidade”, aplicável ao digital. Esta, buscando proteger um mercado de anúncios sustentável. Inovou ao discriminar regimes diferenciados a determinados mercados (tais quais o farmacêutico, alimentício e de propriedade intelectual), além de responsabilização por anúncios falsos ou enganosos com critério de fixação de pena baseado no custo das operações, além da reparação do ambiente e possíveis medidas estruturais e de suspensão. Aquela, buscando promover uma concorrência leal em consonância a uma regulação científica, desenvolvimentista e de fomento à inovação, inovou ao fixar parâmetros amplos de análise do mercado relevante, inclusive com possibilidade de dispensa na hipótese de dano concreto e dificuldade de delimitação. Além de procedimentos administrativos de fiscalização e investigação, hipóteses de abuso de posição dominante e cartéis e abuso do poder regulatório foram temas abarcados pela normativa.

Observados os modelos de regimes normativos da União Europeia, Alemanha e China, percebe-se uma tendência de adequação de um modelo interventivo para *metarregulatório*, em que a indução do comportamento dos agentes para cooperação e coordenação parece ser o objetivo nuclear (COGLIANESE; MENDELSON, 2010, p. 146-168). Este modelo normativo viabiliza, e mesmo incentiva, a estruturação de programas de *compliance* pelas empresas, assim como uma estrutura autorregulatória, vinculada aos estímulos produzidos pela regulação pública. É o que se depreende especialmente das condições mínimas de cláusulas contratuais, de determinadas especificidades em relação à extinção, suspensão ou cessação de contas, bem como da instauração de procedimentos internos para apreciação de reclamações.

Neste ponto, é possível observar a institucionalização de um duplo grau regulatório. Em primeiro nível são estabelecidos padrões de governança. Entretanto, em segundo nível, os efeitos dos *standards*

regulatórios refletem na produção de regimes normativos privados e códigos de softwares, que devem harmonizar-se às exigências públicas. Códigos estes também aptos a aprimorarem os objetivos regulatórios, pois influenciam e limitam os comportamentos dos usuários, viabilizando um processo circular de duas etapas que incrementam a capacidade regulatória do poder público pela intermediação privada (LESSIG, 2006, p. 62).

Este ponto se torna ainda mais relevante quando entendemos que os códigos das plataformas privadas são verdadeiros centros de poder, mas que atualmente funcionam primordialmente a partir dos interesses e funcionalidades do mercado – dotados de potencialidades próprias – e que devem ser harmonizados também a interesses públicos, a partir da política (Ibid, p. 78). Isto quanto mais considerado o consumo como uma esfera da política econômica da sociedade, de sorte que o fluxo dos dados dos usuários unideracionados às plataformas privadas expõe a necessidade de articulação entre público e privado para conciliação de interesses e desenvolvimento social.

Portanto, a partir de manifestações regulatórias públicas, mas de diálogo com a esfera privada, é possível inferir certas características de um modelo de autorregulação regulada. Buscando analisar os resultados deste modelo normativo, pretendemos avaliar a estrutura normativa privada para estabelecer relações entre os estímulos produzidos e as manifestações fáticas sobre a qual o regime jurídico deve atentar, para então propormos possíveis potencialidades na reformulação da arquitetura regulatória.

b) Regimes Normativos Privados

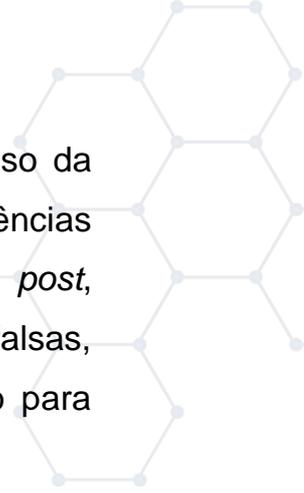
A sistematização de regimes normativos propriamente privados no digital escancara a relevância de tais instrumentos regulatórios, ante a invariável conexão com a temática do controle dos comportamentos sociais e respectivo exercício de poder fiscalizatório e mesmo sancionador, ora fundados nos termos de uso e outras modalidades

contratuais instituídas pelas plataformas privadas, que suscitam debates basilares sobre teoria política, comunidade e legitimidade (GUNKEL, 2014, p. 145-168).

Assim, considerando que a internalização dos custos regulatórios varia segundo a aplicação dos regimes normativos e da funcionalidade do mercado, são variadas as arquiteturas e modelos regulatórios adotados pelas empresas. Modelos estes que tanto restringem os comportamentos sociais, e são habilitados à solução de controvérsias internas, como nos casos de fiscalização e sancionamento por infringência à padrões de comunidades impostos pelas redes digitais, inclusive com processo dotado de contraditório - especialmente nas hipóteses de exclusão do conteúdo ou da cassação da conta do próprio usuário da rede, como determinado pelas legislações incipientes supracitadas.

Veja neste sentido, por exemplo, a competência autoatribuída do Facebook para análise dos pagamentos por meio de seus produtos, em que a violação aos Termos de Pagamento permite-lhe o expresso direito de cancelamento, nos termos do capítulo “3. Ações que podemos executar”, além das possíveis requisições de informações por parte da plataforma (FACEBOOK, 2020a). Na ocasião, existindo um problema vinculado às funções, pode o usuário relatá-lo à plataforma, que por sua vez, na hipótese de pagamento com desenvolvedor terceiro intermediado pela plataforma, deverá ocorrer, nos termos da cláusula 4.3., por meio de notificação em até 30 dias, sob pena de renúncia de direitos até o limite da lei (FACEBOOK, 2020a). Neste intermédio, percebe-se que o Facebook, por exemplo, pode, mas não é obrigado, intervir em contestações de pagamentos aos quais intermedia (FACEBOOK, 2020a). Trata-se de um desincentivo, uma vez que, pela ausência de diálogo institucional com regimes públicos, perde-se a oportunidade de pacificação antes de eventual processo jurisdicional.

No mesmo sentido é a regulação de aspectos comerciais e concorrenciais entre agentes de mercado que disputam demanda dentro das estruturas das plataformas digitais – tal qual novamente no Facebook,

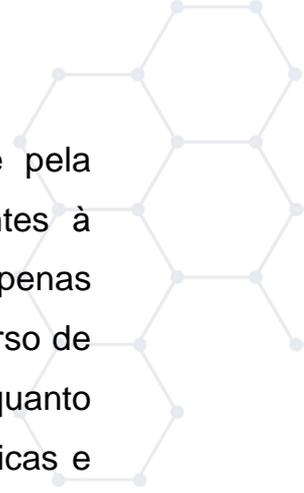


que possui instituições concorrenciais tanto *ex ante*, como no caso da análise da regularidade dos anúncios internos em acordo às exigências das Políticas de Publicidade (FACEBOOK, 2020b), quanto *ex post*, mediante redução da monetização de anunciantes de informações falsas, por exemplo, e mesmo a possibilidade da perda de seu registro para divulgação de anúncios na plataforma (FACEBOOK, 2020b).

Entretanto, o maior exemplo de autorregulação no Facebook parece ser quanto a temática de remoção de conteúdo, pois recentemente a plataforma institucionalizou o Comitê de Supervisão, mediante estrutura de governança com Trust intermediária para garantia de independência econômica e técnica, além de Código de Conduto atinente a conflitos de interesse (FACEBOOK, 2021a). O Comitê é responsável por julgamentos de casos relevantes, podendo solicitar informações, aconselhar a plataforma, além de revisar a decisão de remoção ou manutenção do conteúdo na rede (FACEBOOK, 2021b).

Para tanto, o procedimento de julgamento perpassa a análise preliminar dos requisitos, quais sejam ser titular de conta ativa, análise prévia da plataforma, qualificação da decisão como relevante e interposição da apelação ao comitê em até 15 dias conforme cláusula 1.1. do Regulamento Interno (FACEBOOK, 2021a). Após, verifica-se a incidência dos conteúdos não passíveis de análise (afetação a propriedade intelectual e informações que fluem em aplicativos de mensagens ou no *marketplace*), bem como possíveis incidências criminais ou governamentais, que acabam por excluir a competência do Comitê, conforme cláusulas 1.2.1 e 1.2.3. Por fim analisa o conteúdo a partir dos Padrões de Comunidade, bem como aos valores do Facebook, em que a regra é o valor “voz”, que protege a liberdade de expressão, mas que poderá ser restringido pelos valores “dignidade”, “autenticidade”, “segurança” e “Privacidade”, tudo isto sempre em conformidade também aos padrões internacionais de Direitos Humanos.

O Comitê já teve a oportunidade de se manifestar em casos relevantes, tal qual no Caso 2020-004-IG-UA, em que ocorreu a remoção

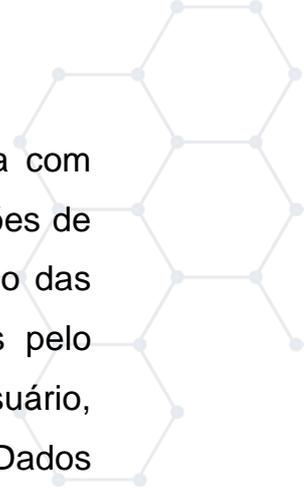


de conteúdo no Instagram de usuário brasileiro, supostamente pela violação da política de nudez, em face de publicações atinentes à conscientização do câncer de mama. Na hipótese, o Comitê não apenas afirmou sua independência em relação a plataforma, já que o recurso de apelação independe da correção do problema pelo Facebook, quanto reverteu a decisão da plataforma e produziu recomendações técnicas e políticas, como exigir uma notificação ao usuário com detalhes e fundamento.

O Comitê é uma instituição privada incipiente no que tange a autorregulação de conteúdo digital, mas fundamental para se pensar a estrutura de governança e mesmo os padrões de julgamento, conforme se verifica da aplicabilidade de normas internas, da plataforma, bem como de padrões internacionais. Neste sentido, são reduzidos os custos públicos para solução de conflitos, bem como pacificadas controvérsias de grande relevância, em espectro inclusive mundial.

É bem verdade que tanto a fiscalização e sancionamento dos padrões de conteúdos ou da regularidade de anúncios comerciais na rede vinculam-se, majoritariamente, ao objeto principal da relação contratual formalizada entre plataformas, agentes de mercados e consumidores. Não obstante, é também certo que estas regulamentações acabam por interferir em diversos aspectos da seara da vida do usuário digital.

A título ilustrativo, tomemos a questão da desinformação como enfoque – que atualmente pode ser causa de exclusão de conta pela plataforma (FACEBOOK, 2020b). Na tentativa de reduzir a publicação massiva de informações falsas, atualmente divulgada, muitas vezes, por contas anônimas, o governo pode impor ou incentivar a adequação das identidades digitais e físicas, em acordo a documento oficial do governo, como de praxe nos bancos digitais. Por esta via, promove-se a autenticação, a identidade e a credencial do usuário, relevantes para resposta à indagação regulatória: quem fez o que, onde? (LESSIG, 2006, p. 39).



Um exemplo claro de institucionalização de política pública com reflexos diretos na estrutura corporativa das companhias por padrões de governança, mas também em suas previsões normativas é o caso das Políticas de Dados. A imposição de obrigações às plataformas pelo reconhecimento de direitos de acesso, retificação, solicitação do usuário, conforme reconhecido expressamente em sua Política de Dados (FACEBOOK, 2020c), favorecem a portabilidade de dados.

Ainda, abordamos que os mandados de *Qui Tam* podem ser uma solução interessante para facilitar a fiscalização de descumprimento normativo na rede. Para além de mero instrumento de litigância privada, modelos de *Qui Tam* modernos podem ser colaborativos entre poderes públicos e privados, tal qual no modelo adotado pelo False Claims Act norte-americano, que em estrutura dual, primeiro impõe a comunicação privada ao poder público para que, caso não tome as providências, viabiliza-se a interposição pelos privados, com o dobro de remuneração à primeira hipótese. Cria-se assim um modelo de pesos e contra pesos (BUCY, 2002, p. 68), em que se interferem mutuamente vantagens e desvantagens econômicas entre os âmbitos público e privado, mas envolve uma ampla gama de atores, tal qual a advocacia – que certamente imporá um padrão de eticidade –, assim como possíveis associações civis envolvidas, reduzindo o risco de excessos (BRAIWITHWAITE, 2008, p. 72)

Portanto, a formulação de regimes normativos privados já é uma verdade no ambiente digital. Entretanto, tratam-se de modelos ainda incipientes, com pouco diálogo institucional para com o poder público. Decerto que a redução dos custos para informações internas à funcionalidade do mercado, bem como a maior amplitude dos instrumentos técnicos e tecnológicos aumentam a capacidade regulatória.

Para tanto, é necessário atuar em um duplo grau: favorecer a regulação por intermédio de complexificação da cadeia e instrumentos regulatórios, bem como induzir, fiscalizar e sancionar diretamente os agentes privados. Esta dupla atuação, para efetivo aprimoramento, exige

a colaboração de uma arquitetura de atores e estruturas tanto com a participação do poder público, quanto privado.

Considerações Finais – Co-Regulação No Ciberespaço

“*Law is bounded by its forms*”, de sorte que alterações tecnológicas inevitavelmente subvertem a estrutura de suas instituições essenciais (DELLAPENNA, 2000, p. 861). Isto significa dizer, de forma mais elementar, que a eficiência dos institutos jurídicos é colocada em xeque, tanto no que concerne ao aspecto alocativo, quanto, e possivelmente mais fundamental, à eficiência adaptativa do sistema jurídico. É preciso favorecer a adaptação do sistema regulatório mediante a institucionalização de um canal de diálogo entre os agentes públicos e privados, reduzindo os custos de transação política dentro da rede, para que possam também os próprios agentes privados alterar as instituições sempre que os benefícios decorrentes superem os custos envolvidos.

Para tanto, as instituições regulatórias exercem papel fundamental no desenvolvimento econômico e social, mediante formalização de mecanismos que restringem os comportamentos dos agentes dentro de um quadro imposto pelo arranjo institucional. Isto exige uma atuação dupla, por um lado favorecer a estrutura regulatória, valendo-se de instrumentos novos advindos das próprias tecnologias, mas também dos agentes privados, dotados de conhecimento e informações específicas. Por outro lado, induzir, fiscalizar e sancionar quando devido, mas aqui também com a possibilidade de atores privados colaborarem com o poder público, tanto na indução e fiscalização, quanto nas hipóteses de *enforcement*.

A reformulação da estrutura institucional no digital para pleno desenvolvimento social e econômico ainda imporá certas dificuldades. Ao

mesmo tempo, observam-se soluções oriundas do próprio mercado e os primeiros passos adotados pelo governo para readequação de seu poder regulatório. Este caminho ainda há de gerar e vivenciar efeitos disruptivos. Não obstante, são possivelmente as alterações graduais e estruturais que, aos poucos, convertem o ambiente digital em um ambiente apropriado segundo interesses políticos de cada comunidade.

Referências Bibliográficas

ABBOTT, Kenneth W. LEVI-FAUR, David. SNIDAL, Duncan. Theorizing Regulatory Intermediaries: The RIT Model. In: *The Annals, American Academy of Political and Social Science*, Vol. 670, 2017, pp. 14-35.

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford: Oxford Socio-Legal Studies, 1992.

BRAITHWAITE, John. *Regulatory Capitalism: How it works, ideas for making it work better*. UK: Edward Elgar, 2008.

COGLIANESE, Car; MENDELSON, Evan. *Meta-regulation and self-regulation*. In: BALDWIN, Robert; Cabe, Martin; LODGE, Martin (Ed.). *The Oxford handbook of regulation*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2012.

COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento dos Serviços Digitais. Bruxelas, 2020a.

COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento dos Mercados Digitais. Bruxelas, 2020b.

COMISSÃO EUROPEIA. *Competition Policy For The Digital Era*. Bruxelas. 2019.

DELLAPENNA, Joseph W. Law in a Shrinking World: The Interaction of Science and Technology with International Law. In: *Kentucky Law Journal*, Vol. 88, Artigo 3, 2000.

DUNLEAVY, Patrick. Micro-institutions and liberal democracy. In: *Political Insight*, vol. 10, nº 1, 2019, pp. 35-9.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richar. Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms. In: *Harvard Business Review Press*, 2016.

FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA. *Regulamento Interno*. 2021a. Disponível em: <https://oversightboard.com/governance/>. Último Acesso em: 27/03/2021.

FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA. *Estatuto Social*. 2021b. Disponível em: <https://oversightboard.com/governance/>. Último Acesso em: 27/03/2021.

FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA. *Termos de Pagamento da Comunidade*. Brasil, 2020a. Disponível em: https://www.facebook.com/payments_terms. Último acesso em: 13/03/2021.

FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA. *Políticas de Publicidade*, 2020b. Disponível em: https://www.facebook.com/payments_terms. Último acesso em: 13/03/2021.

FACEBOOK SERVICOS ONLINE DO BRASIL LTDA. *Política de Dados*, 2020c. Disponível em: <https://www.facebook.com/policy.php>. Último acesso em: 13/03/2021.

GUNKEL, David. Social Contract 2.0 Terms of Service Agreements and Political Theory. In: *Journal of Media Critiques*. 2014, pp. 145-168.

JOHNSON, David R.; POST, David. Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace. In: *Stanford Law Review*, v. 48, n. 5, 1996.

LEENES, Ronald. Regulating new technologies in times of change. Information technologies and law series. n. 32. Asser press: Haia, 2019. p. 3-17.

LESSIG, Lawrence. *Code version 2.0*. Nova Iorque: Basic Books, 2006.

LESSIG, Lawrence. The Zones of Cyberspace. In: *Stanford Law Review*, vol. 48, No. 5 (May, 1996).

LOVELUCK, Benjamin. *Redes, Liberdades e Controle: uma genealogia política da internet*. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis: Vozes, 2018.

NORTH, Douglas. *Instituições, mudança institucional e desempenho econômico*. São Paulo: Três estrelas, 2018.

OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. 2020. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/globalforum/abuse-of-dominance-in-digital-markets.htm>. Último Acesso em: 28/01/2021.

SCHREPEL, Thibault; BUTERIN, Vitalik. *Blockchain code as antitrust*, 2020

TAJRA, Gabriel de Aguiar. *Sociedade do Descontrole: Perspectivas Regulatórias dos Fluxos da Informação no Ambiente Digital*. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade de São Paulo, 2020.

TEUBNER, Gunther. *Self-constitutionalizing TNCs? On the linkage of 'private' and 'public' corporate codes of conducts*. In: *Indiana Journal of Global Legal Studies*. Vol. 18, issue 2. 2011.

TEUBNER, Gunther. Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização. Coord. Ricardo Campos. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

WILLIAMSON, Oliver. Comparative economic organization? The analysis of discrete structural alternatives. In: *Administrative Science Quartely*, 36, 1991.

Streaming, consumidor e concorrência

*Sergio L. B. F. Reis
Lenisa Rodrigues Prado
Luiz Guilherme Branco*

Resumo: O artigo analisa questões no mercado audiovisual relacionadas aos serviços de streaming. O advento de uma tecnologia inovadora estabelece novas estruturas contratuais nas relações envolvendo produtores, distribuidores e consumidores. A nossa intenção neste trabalho é focar no impacto destas alterações no âmbito do direito autoral, mais especificamente no que tange a exaustão de direito (i.e., a first sale doctrine, no direito norte-americano) e seu impacto no mercado, tanto em uma perspectiva concorrencial, como também do consumidor. Acreditamos que o acesso às obras audiovisuais são um tema importante neste mercado e devem ser considerados no estabelecimento de novos padrões normativos e em novos contratos relativos a este novo modelo de negócio cuja importância cresce diariamente.

Abstract: This article analyses issues in the audiovisual market related to streaming services. This new technology stabilishes new contractual structures concerning producers, distributors and consumers. Our intention is to focus on copyrights issues, and more specifically the exhaustion of these rights (i.e., the first sale doctrine in America) and its impact on the market from a competition and consumer perspective. We believe that access to audiovisual works are an important matter in this market and should be taken into account while stabilishing new legal texts or new contracts related to this new business model, whose importance in growing on a daily basis.

Palavras-chave: defesa da concorrência, direito autoral, exaustão de direitos, streaming

Keywords: copyright, streaming, competition, rights' exhaustion, first sale doctrine

Introdução

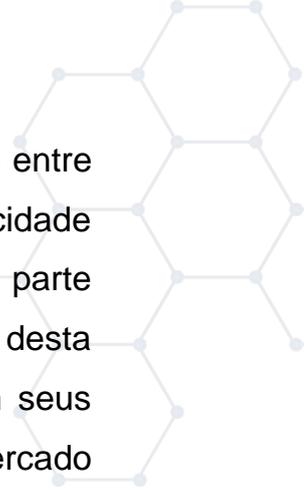
A inovação move a humanidade de tal forma que diariamente percebemos novas tecnologias que em alguns casos se apresentam sob novas formas de interação e consumo, em certos segmentos de mercado as mudanças são tão rápidas que no intervalo entre uma geração e a seguinte já mal conseguimos nos lembrar como fazíamos antes. Existe uma dificuldade em imaginar bilhetes aéreos que eram preenchidos manualmente pelas companhias aéreas. No caso do mercado audiovisual é difícil imaginar que este era composto tão somente por salas de cinema

e alguns poucos canais de televisão aberta, com qualidade de imagem e áudio bastante limitados.

Hoje em dia compramos passagens aéreas e embarcamos em voos utilizando aplicativos de celular e a nossa forma de consumir o conteúdo audiovisual mudou de tal forma que a televisão e a sala de cinema viraram apenas duas das inúmeras e diversas telas que são utilizadas pelos consumidores. Tecnologias que emergiram ao longo dos anos permitiram que a distribuição de conteúdo fosse mais fácil e com maior qualidade de imagem e de som, e, ao mesmo tempo, a sua produção fosse mais eficiente e realizada a partir de equipamentos e softwares menos custosos, o uso da tecnologia digital permitiria o arquivo e disponibilidade das obras audiovisuais de uma forma nunca antes imaginada posto que não mais seria necessário o uso de mídias sensíveis como fitas ou rolos de 35 mm e o conceito de suporte mudaria de tal forma que se apresentava um novo mundo.

Neste contexto de mudanças no mercado audiovisual, abordaremos as obras audiovisuais, uma figura jurídica abstrata que contempla obras protegidas no âmbito da propriedade intelectual que são construídas a partir de criações do espírito humano e do trabalho técnico e que tem a sua realização e distribuição baseadas em relações contratuais complexas. Cessões, licenças e mais um emaranhado de relações contratuais são estabelecidas a fim de organizar a produção de um conteúdo, e, posteriormente, outros contratos são celebrados voltados a distribuição e exibição da obra. Dependendo da forma como são construídas essas relações contratuais teremos resultados que podem ser mais ou menos benéficos para o consumidor, o elo final desta cadeia produtiva. Essas relações contratuais também podem ser pro-concorrenciais permitindo uma saudável competição, ou gerar preocupações na medida em que determinados agentes do mercado venham a ter um grande poder de mercado e venham a abusar deste.

Ademais, um ponto que precisamos cada vez mais abordar no âmbito da defesa da concorrência é a perspectiva do consumidor. Em



diversos momentos, na prática do dia-a-dia, analisamos a relação entre agentes de um mercado, rivalidades, barreiras à entrada, capacidade produtiva, capacidade ociosa, etc e nos esquecemos que grande parte desse trabalho só faz sentido porque existe um consumidor no final desta relação, e, numa perspectiva de Estado, existe um cidadão, com seus direitos e deveres, e que dentre os seus direitos está a de ter um mercado competitivo que lhe forneça bens e serviços a preços acessíveis. Para este consumidor, o acesso às obras audiovisuais é potencializado pelas novas tecnologias, mas, ao mesmo tempo, este pode vir a ser limitado na medida em que surgem novos modelos de negócio e paradigmas legais como a exaustão dos direitos autorais são alterados.

Desta forma, neste contexto de novas tecnologias de distribuição no mercado audiovisual, de um consumidor e cidadão que é também sujeito de direitos, de estruturas contratuais complexas e dinâmicas e de institutos e leis que foram pensados para uma realidade que está sendo superada, pretendemos trazer algumas reflexões, não exaustivas, voltadas a uma ideia de que inovações fazem um mundo melhor e de que as gerações que estão por vir poderão ter experiências audiovisuais tão boas, ou ainda melhores, que as que nós tivemos uma vez que certas práticas evoluam positivamente e concorrencialmente.

1.As Guerras de Formato e o Consumidor

Não é raro observar que a disputa por mercado é muitas vezes equiparada a uma guerra, em alguns casos, ao invés de espadas e pólvora que eram, e ainda são utilizados como instrumentos de abertura e conquista de mercado, é utilizada a inovação. A forma civilizada e a não-civilizada têm em comum o trabalho coletivo e o suor a fim de alcançar um novo status. Na inovação no audiovisual está presente o suor de pesquisadores e engenheiros que trabalham intensamente na busca de soluções técnicas para problemas complexos que lhe são apresentados a

fim de conquistar mercados. A história do audiovisual traz diversos exemplos de situações em que a evolução tecnológica esteve presente.

1.1. Do “motion picture” à televisão

De uma forma bastante resumida, iremos apresentar alguns pontos da inovação no consumo da obra audiovisual remontando a invenção do que seria o “motion picture” com os irmãos Lumière e seu filme do trem chegando em uma estação que remonta ao fim do século XIX, ou seja, um passado não tão distante assim, e alguns passos seguintes.

O audiovisual evoluiu a partir do cinema até chegar ao fenômeno da televisão, um meio de comunicação em massa que adotava a forma audiovisual e teve significativo impacto social, percebido pela coletividade e pelos governos. Estes estabeleceram diversas abordagens jurídicas a fim de regular este fenômeno tecnológico, alguns governos absorveram esta inovação na esfera pública, através da criação de canais públicos de televisão, outros optaram por um modelo privado de exploração com um acompanhamento regulatório do Estado. Na perspectiva do consumidor, se inaugurava um novo meio de comunicação que iria levar informação e entretenimento diretamente as casas das pessoas e que por conter imagens era percebido como mais interessante e completo que o rádio.

Uma evolução que não pode ser ignorada diz respeito a transmissão televisiva com cores na década de 70. Em que pese o fato de hodiernamente estarmos acostumados a ter imagens em cores com um altíssimo grau de resolução, é necessário indicar essa inovação, assim como as transmissões ao vivo, como evoluções bastante relevantes na perspectiva do consumidor, quanto melhor fosse a experiência do expectador, mais tempo este dedicaria ao meio de comunicação, e, conseqüentemente, mais valioso seria o espaço publicitário que alcançava um público crescente. A inovação permite um ciclo virtuoso que continua

até hoje quando observamos os avanços como aqueles envolvendo a tecnologia OLED, QLED, LED e suas derivações²⁸⁰.

1.2 O *Home-video*

No final de década de 70 e ganhando força na década de 80 existe a popularização do vídeo doméstico, ou *home-video*, em inglês. Tratava-se de uma nova possibilidade de consumo do conteúdo audiovisual.

Uma de suas características era a não linearidade, um conceito bastante relevante que iremos abordar ao longo deste trabalho por ser também relevante para o streaming. Na transmissão linear, por exemplo, na televisão, aberta ou por assinatura, existe um sinal que é emitido e que alcança um receptor, aquela informação é transmitida imediatamente para o seu receptor de forma linear. No conteúdo não-linear existe o controle por parte do consumidor do momento em que ele deseja acessar o conteúdo. Em um filme exibido na televisão linearmente, o consumidor irá ter acesso ao conteúdo no horário estabelecido na grade do canal e não pode parar o filme para fazer uma pipoca ou pegar um copo d'água. No não-linear ele pode acessar o conteúdo quando quiser e pode pausar ou suspender a exibição.

A inovação associada ao *home-video* gerou embates intensos entre concorrentes em relação aos padrões tecnológicos, tendo em vista o mercado bastante promissor que se apresentava. Neste sentido cabe destacar a primeira batalha entre os formatos Betamax e VHS (*Video Home System*) na qual o formato acabou se tornando mais popular para o grande público e o Betamax acabou sendo mais usado nos ambientes profissionais. Posteriormente, houve o laser disc que não ocupou muito espaço e posteriormente foi lançado o suporte DVD (*Digital Video/Versatile Disc*) que conquistou um mercado significativo na medida

²⁸⁰ Como pode ser observado, por exemplo, na recente reportagem da revista Economist - <https://www.economist.com/science-and-technology/2021/01/25/television-makers-are-pitting-rival-technologies-against-each-other> - acesso em 20/02/2021.

em que a qualidade de imagem e de som permitiam uma experiência melhor para os consumidores.

Posteriormente, foram desenvolvidas tecnologias que iriam superar o DVD como o HD-DVD e o Blu-ray, desenvolvido por pool de empresas concorrentes onde o Blu-ray se tornou o líder de mercado e o HD-DVD foi utilizado pontualmente, como, por exemplo, pela Microsoft como suporte dos jogos eletrônicos da linha X-Box.

Do VHS ao Blu-ray um ponto em comum é que tais tecnologias de armazenamento serviam como suporte para as obras audiovisuais, ou seja, havia um suporte físico. Havia uma série de contratos sobre o conteúdo da obra envolvendo produtores e distribuidores, mas a relação com o consumidor acontecia basicamente em duas modalidades, o *rental*, em que havia uma licença para a videolocadora que por sua vez oferecia a obra aos seus clientes, e a modalidade *home-video* (ou *sell through/thru*) em que o consumidor adquiria uma licença para fazer uso doméstico, não comercial de uma obra audiovisual.

A circulação das obras audiovisuais no mercado de *home-video* não era tão simples, havia a lógica de janelas (*windowing*) que estabelecia mercados prioritários e datas para os lançamentos das obras audiovisuais. Com algumas possíveis pequenas variações, as obras observavam a seguinte ordem de exibição: salas de exibição/cinemas, *rental*, canais premium de TV por assinatura, canais de TV por assinatura, *home-video* (ou *sell through/thru*) e TV aberta. Em relação ao *home-video*, havia a diferença entre os sistemas de televisão PAL-M, NTSC, dentre outros que criavam um empecilho para a circulação das obras, e, posteriormente, os DVDs também foram lançados com restrições tecnológicas a zonas (zona 1, zona 2, etc.).

Posteriormente, houve a uniformização da tecnologia de projeção nos televisores e a segmentação por zonas dos DVDs caiu em desuso. Desta forma, um consumidor interessado em um filme russo poderia adquiri-lo na Rússia e assistir em seu aparelho de DVD no Brasil. A logística seria complexa e demandaria um grande esforço deste cinéfilo,

mas a licença para uso privado da obra audiovisual não geraria nenhum questionamento jurídico por parte dos titulares dos direitos autorais sobre a obra posto que havia o exaurimento dos seus direitos quando estes colocavam o produto à venda no mercado russo. Ao longo deste artigo iremos aprofundar o conceito de exaurimento.

Nesta complexa guerra de inovação na busca de novos suportes tecnológicos o consumidor saiu ganhando na medida em que diversas empresas trabalharam fortemente para lançar novos suportes com melhor qualidade de imagem e som, além de durabilidade e portabilidade. A questão do acesso às obras audiovisuais ainda era um problema, posto que havia necessidade de acesso a um meio físico, um DVD, por exemplo. Esse acesso ao suporte físico tinha diversas variáveis dentre as quais a estratégia de comercialização das obras audiovisuais pelas distribuidoras mundo a fora. Uma distribuidora, titular dos direitos de comercialização de um filme, definia os mercados nas quais as obras seriam comercializadas e de que forma, um filme blockbuster norte-americano seria lançado nos mais diversos países. Por sua vez, um filme de grande sucesso na França poderia ser lançado como *home-video* na Europa e não ser distribuído na América do Sul. Logicamente, a *expertise* de distribuição era algo bastante relevante posto que o pior cenário seria ter prejuízo na distribuição de um título, como na hipótese de investimentos em publicidade que fossem maiores do que as vendas, mas na perspectiva do consumidor havia um problema na medida em que tais estratégias acabavam por limitar a diversidade de obras às quais teriam acesso.

2. Streaming

Com o desenvolvimento do uso da internet como meio para transmissão de dados e com a ampliação da banda larga foi possível vislumbrar a possibilidade da distribuição do conteúdo audiovisual através

da internet²⁸¹. O conteúdo de um servidor era transferido para o suporte do cliente através da internet, simples assim²⁸². Cabe destacar duas características relevantes, a primeira é o fato de o streaming permitir a transmissão linear mas ser mais eficiente para a transmissão não linear de conteúdo, cujas vantagens indicamos anteriormente. A segunda característica é a desnecessidade de um suporte físico para a transferência de conteúdo do titular dos direitos de distribuição para o consumidor final, o streaming torna obsoleto o ato de alugar um DVD ou adquirir um Blu-ray para ter acesso a uma determinada obra audiovisual.

Para exemplificar os efeitos benéficos da possibilidade de distribuição sem um suporte físico podemos mencionar o caso dos cinemas. Por um bom tempo as salas de cinema receberam cópias dos filmes em 35mm que eram inseridas nos projetores e exibidos para o público. Tais cópias eram produzidas a partir de uma matriz e distribuídas Brasil a fora para as salas de exibição. Além do custo da cópia, havia uma logística complexa considerando que a película de 35mm era sensível a calor, umidade, raio-x, etc, e tal película após sucessivas exposições à luz do projetor sofria um desgaste que impactava na sua qualidade de exibição. Por conta desses custos e dessa logística o acesso aos filmes era limitado e a população no interior do país só tinha acesso a este conteúdo depois de um certo tempo, e com o risco da cópia ter perdido qualidade. A projeção digital que utiliza um disco-rígido/HD como suporte facilitou significativamente a distribuição, sendo o próximo passo é imaginar a distribuição sem suporte físico que tornaria ainda mais fácil a

²⁸¹ Neste trabalho iremos utilizar a expressão “streaming” para designar tal modalidade de distribuição mas é importante observar que diversos trabalhos e instituições utilizam a expressão “Over-the-top”, ou simplesmente, OTT, para se referir à entrega de conteúdo audiovisual pela internet. Neste sentido, por exemplo, a Federal Communications Commission (FCC) estabelece uma definição ampla para este serviço e o subdivide em “multichannel vídeo programming distributors” (MVPD) e “online vídeo distributors” (OVD). Existem outras definições para o OTT com diferentes perspectivas. Com a finalidade de evitarmos maiores polêmicas acerca da definição técnica, optamos por utilizar a expressão “streaming” numa lógica bastante simplificada, sem prejuízo de outras definições que existam e busquem definir o fenômeno tecnológico apresentado.

²⁸² Neste trabalho optamos por simplificar a operação, mas é preciso observar que na perspectiva do provedor de conteúdo existe uma significativa complexidade operacional uma vez que o conteúdo audiovisual é organizado em “gavetas digitais” que demandam uma grande capacidade de armazenamento, além da complexidade afeta à disponibilização e sincronização do conteúdo a fim de que este seja disponibilizado de uma forma que atenda as expectativas do consumidor.

distribuição de conteúdo para as salas de cinema de todo o país, trazendo até mesmo um impacto positivo na diversidade de conteúdo exibido.

No uso doméstico a ausência de um suporte físico para a distribuição de conteúdo representou uma revolução ainda mais intensa. Surgiram diversos modelos de negócio em todo mundo voltados a usufruir desta possibilidade tecnológica e algumas plataformas se tornaram marcas mundialmente reconhecidas, como é o caso da Netflix. Os tradicionais produtores e distribuidores de conteúdo também precisaram rever as suas estratégias de exploração das obras audiovisuais, e até mesmo veículos de comunicação constituídos há um longo tempo tiveram que rever a sua estratégia de exibição de conteúdo. Muitos acreditam que com o avanço da banda larga e do acesso da população a velocidades maiores, o conteúdo linear tenderá a extinção. Por que assistir o telejornal matinal em um horário pré-estabelecido? O consumidor, em breve, de uma forma simples poderá estabelecer o horário em que deseja assistir o telejornal, o tempo de duração, a priorização de temas do seu interesse etc. Um formato bem diferente do que observamos atualmente.

2.1 Acesso e a Cauda Longa

Um problema constante do audiovisual diz respeito ao acesso a um conteúdo diverso e variado. Se este é um problema em diversos mercados, no audiovisual se torna mais grave na medida em que além do prisma econômico, está presente também um prisma cultural. O conteúdo audiovisual mais diverso e variado nos permite enxergar o mundo de uma forma mais heterogênea, complexa e profunda.

Na perspectiva econômica, como já visto anteriormente, a distribuição era uma questão sensível dada a sua complexidade. Neste ponto, por exemplo, ao lançar um filme no Brasil o distribuidor analisava os custos envolvidos, tais como, a aquisição da licença para um ou mais segmentos, os investimentos em P&A (*Printing & Advertising*) etc, e a perspectiva de receita com a comercialização da obra. Um filme que

vendesse poucos ingressos no cinema ou poucas cópias comercializadas em *home-video* significaria prejuízo para o seu distribuidor. O risco associado a cada lançamento era um inibidor da diversidade e a lógica do mercado acabava limitando a variedade de títulos, dentre os quais destacamos os *blockbusters*, filmes com grande orçamento produzidos para alcançar grandes públicos mundo a fora.

A distribuição de conteúdo audiovisual utilizando a internet como meio trouxe uma enorme expectativa para o mercado. Havia a expectativa de que os custos de distribuição seriam reduzidos criando espaço para distribuir obras cuja circulação não se justificaria com a estrutura de custos anterior. Neste contexto, a noção de *long tail*/cauda longa²⁸³, apresentada por Chris Anderson, permitiria o acesso a mais obras audiovisuais pelo público.

De forma bastante resumida, a cauda longa representa oportunidades de distribuição de produtos que saem da lógica de escala e estoques presentes no varejo. Uma grande loja de sapatos tem espaço em estoque para 10 mil pares de sapato, isso pode parecer muito, mas considerando a separação entre sapatos adultos e infantis, femininos e masculinos e os diversos modelos e tamanhos, o número de opções é razoavelmente limitado, e o dono da loja irá optar por modelos e tamanhos que atinjam o maior público e tem mais chances de serem rapidamente comercializados e ele possa girar seu estoque. Os clientes com pés muito grandes ou muito pequenos têm grandes chances de saírem desapontados da loja. Com a distribuição através de empresas/lojas virtuais que utilizam a internet como suporte existe a possibilidade da formação de estoques infinitamente maiores, com uma grande diversidade de modelos e que atenda uma grande variedade de clientes, tais como

²⁸³ Reproduzimos abaixo uma definição bastante objetiva apresentada pelo autor: “The theory of the Long Tail can be boiled down to this: Our culture and economy are increasingly shifting away from a focus on a relatively small number of hits (mainstream products and markets) at the head of the demand curve, and moving toward a huge number of niches in the tail. In an era without the constraints of physical shelf space and other bottlenecks of distribution, narrowly targeted goods and services can be as economically attractive as mainstream fare. ANDERSON, Chris. **The Long Tail** – Why the future is selling less of more. Hyperion. 2008. p. 52

aqueles que possuem pés muito grandes ou muito pequenos, apesar dessas pessoas não serem a maior parte do mercado, esse perfil de cliente passa a ser atendido. Esta cauda longa pode ser representada no seguinte gráfico²⁸⁴:



Analisando especificamente o audiovisual, a cauda longa representa produtos de nicho dos mais diversos perfis, incluindo obras clássicas, de valor histórico, independentes, estrangeiras etc. Um determinado filme produzido por Buster Keaton na década de 30, documentários, filmes independentes brasileiros ou filmes franceses, russos e coreanos passariam a ser acessíveis ao público. Em termos culturais, isso permitiria que a nossa sociedade consumisse um conteúdo audiovisual num patamar de diversidade jamais imaginado, com os respectivos benefícios comerciais e culturais.

²⁸⁴ Este gráfico foi elaborado pelo Sr. Rodrigo Vargas, disponível em: <https://gestaoindustrial.com/a-estrategia-da-cauda-longa/>, acesso em 16/02/2021.

3. Exaurimento dos Direitos de Propriedade Intelectual

Um ponto bastante relevante neste trabalho diz respeito à exaustão dos direitos de propriedade intelectual e mais especificamente, do direito autoral.

Inicialmente, cabe observar de forma bastante resumida, que os direitos de propriedade intelectual se constituem como abstrações legais voltadas a proteção de criações do espírito humano em que uma das características relevantes é a imaterialidade, estas criações podem ter as mais variadas funções e características e, conforme o caso, um determinado tipo de proteção jurídica. É necessário observar que se trata de uma perspectiva distinta da doutrina romana e a ideia de direitos reais associada a bens físicos e palpáveis²⁸⁵. Por exemplo, ao identificarmos uma cadeira, na lógica do direito real, esta será um bem móvel sobre o qual existem direitos de propriedade de titularidade de seu dono e suas diversas repercussões. Na perspectiva da propriedade intelectual serão analisados aspectos imateriais associados a esta cadeira, neste contexto poderão surgir questões afetas ao design e sua proteção autoral ou por desenho industrial, a marca que identifica aquele produto e a associa a um determinado fundo de comércio/empresa, uma patente relativa a um determinado material inovador que tenha sido usada na sua produção, etc. A proteção à propriedade intelectual é objeto de um regime jurídico e princípios próprios que irão reger as relações jurídicas afetas a tais direitos.

Neste cenário, serão conferidos direitos aos titulares dos direitos de propriedade intelectual, assim como limitações a estes direitos. Um exemplo de limitação é a temporal, ou seja, uma patente terá uma proteção

²⁸⁵ Cabe observar que as leis voltadas a proteção da propriedade intelectual muitas vezes trazem a equiparação a um bem móvel, um direito real, a fim de tornar mais práticos os negócios jurídicos que venham a ser realizados tendo por objetos os títulos ou a propriedade legalmente estabelecida. Por exemplo, o artigo 3º, da Lei 9610/98, traz tal lógica para o direito de autor. Desta forma, negócios jurídicos envolvendo uma obra audiovisual podem fazer uso dos institutos afetas a um bem móvel na medida em que este não contrarie a lei e institutos específicos do direito autoral.

limitada a 20 anos, uma obra audiovisual será protegida por 70 anos contados a partir da sua divulgação²⁸⁶. Terminados tais prazos, a proteção deixa de existir e a obra se torna de domínio público com as repercussões patrimoniais e negociais cabíveis.

Neste trabalho, iremos tratar de uma limitação que entendemos bastante relevante, que a exaustão do direito de propriedade intelectual. Esta busca estabelecer um limite aos direitos de propriedade intelectual associado a comercialização de um bem. Na medida em que este bem é comercializado, ocorre o esgotamento, ou a exaustão, do direito de exclusivo associado aos direitos imateriais. Pensando em um exemplo prático da repercussão deste fenômeno, podemos mencionar um automóvel, associado a concepção deste existem diversos direitos de propriedade intelectual, diversas partes são protegidas por patentes e desenho industrial, existem marcas que identificam o produto e o associam a um fabricante, entre outras eventuais proteções imateriais. O comprador do veículo adquire o objeto e todo aquele conjunto de partes que o integram. Na eventual venda do veículo usado para um terceiro, não existe a necessidade da anuência do fabricante na forma de uma sublicença de uso da marca, das patentes e desenhos industriais associados ao veículo, este tão somente adquire o veículo do comprador anterior. Em que pese o fato de uma patente continuar vigente, a comercialização do produto extinguiu aquele direito de exclusivo associado àquele bem. Por sua vez, o fato de ter adquirido um veículo com uma determinada marca, não transforma o dono do carro em titular daquela marca.

No direito brasileiro temos duas hipóteses legais de exaustão de direitos no âmbito da propriedade industrial, Lei nº 9.279/96, quais sejam, o inciso III, do artigo 132 que diz respeito às marcas e o inciso IV, do artigo 43 que trata da questão no âmbito das patentes, abaixo reproduzidos:

²⁸⁶ Conforme proteção estabelecida no artigo 44, da Lei 9610/98, abaixo reproduzido:

Art. 44. O prazo de proteção aos direitos patrimoniais sobre obras audiovisuais e fotográficas será de setenta anos, a contar de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua divulgação.

Art. 132. O titular da marca não poderá:

(...)

III - impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, ressalvado o disposto nos §§ 3º e 4º do art. 68; e

E, no que tange o direito patentário, existe o direito de impedir terceiros, no âmbito do artigo 42, e, posteriormente, a definição do exaurimento deste direito.

Art. 42. A patente confere ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar com estes propósitos:

(...)

Art. 43. O disposto no artigo anterior não se aplica:

(...)

IV - a produto fabricado de acordo com patente de processo ou de produto que tiver sido colocado no mercado interno diretamente pelo titular da patente ou com seu consentimento;

É necessário observar que a lei de direito autoral não estabelece uma diretriz específica em relação à exaustão de direitos na esfera autoral, mas observando a prática do mercado e a lógica consumerista existente, podemos compreender que ele existirá, como observado ao longo deste trabalho.

No direito norte-americano, a exaustão dos direitos é definida sob a perspectiva da *First Sale Doctrine*²⁸⁷ (ou Doutrina da Primeira Venda) existindo regra específica para o direito autoral, estabelecendo que o proprietário de uma cópia de uma obra, licitamente adquirida, tem o direito de revendê-la, emprestá-la, alugá-la ou dar-lhe fim sem o consentimento do titular dos direitos autorais.

Partindo para uma análise da exaustão de direitos no âmbito do audiovisual, teríamos a hipótese em que um filme é comercializado em um suporte físico, como o DVD ou BluRay. Quando este filme é adquirido por

²⁸⁷ Conforme as disposições da legislação norte-americana - (17 U.S.C. § 109(a)) que pode ser lida em sua íntegra no sítio: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/109>.



uma pessoa natural na loja, em regra existe uma licença de *home vídeo* para uso privado da referida obra, ou seja, esta não poderá ser exibida numa sala de cinema comercial ou num canal de TV por assinatura posto que tal prática desvirtuaria a licença estabelecida. No entanto, por conta da exaustão dos direitos, após assistir o filme a pessoa pode emprestar aquele título a sua mãe ou a seu irmão, poderia também revender aquele “DVD usado” para um terceiro em um brechó ou num *market place* de coisas usadas. A pessoa pode chamar amigos para assistirem o filme em sua residência. A pessoa pode até mesmo não abrir a embalagem e vender aquele produto para um colecionador. Desta forma, aquela cópia física pode ter diversos usos compatíveis com a sua licença original sem prejuízo para os direitos do titular da obra.

No caso do streaming, na medida em que o filme está tecnologicamente vinculado a empresa de streaming, esta exaustão de direitos não ocorrerá. Mesmo nas hipóteses em que ocorre o *download*, haverá meios tecnológicos que restringem a exibição fora de um modelo de negócio preestabelecido. A obra assistida hoje, amanhã poderá não estar mais disponível, conforme critérios unilateralmente estabelecidos pela empresa de streaming. Em outras palavras, existe um modelo de negócio em que a figura do exaurimento dos direitos autorais associados a uma obra não existe mais. Neste cenário, em dado momento uma obra pode se tornar inacessível ao público e vir a ser guardada em um HD de seu distribuidor.

Ademais, através de sistemas de geolocalização e vinculação a IPs, certas obras podem ter a sua exibição restrita a um mercado geográfico. Um filme de sucesso francês pode não ser disponibilizado para o público suíço, mesmo considerando que certas partes francófonas são regiões fronteiriças com a França e gozam de significativa afinidade cultural. Anteriormente, mesmo que o DVD não viesse a ser distribuído na Suíça, um suíço poderia cruzar a fronteira e adquirir a obra e assisti-la, ou poderia comprar um DVD usado em um sebo francês. No atual modelo, o

consumidor fica dependente do modelo de negócio adotado pela empresa de streaming.

Esta questão se torna um problema mais amplo na medida em que se vislumbra a circulação de um bem cultural, no caso a obra audiovisual, como uma questão associada a um limite do direito do autor e ao mesmo tempo associada a concorrência e aos direitos do consumidor e da coletividade.

4. Acesso ao Conteúdo e a Perspectiva do Consumidor

4.1 Acesso e Circulação das Obras Audiovisuais

A questão do acesso e da distribuição das obras audiovisuais não são uma questão nova em relação à defesa da concorrência. Pelo contrário, existem relevantes julgados que investigaram e, eventualmente, judicializaram e criaram precedentes importantes que permitiram modelar os mercados a fim de torná-los mais abertos e concorrenciais. Algumas dessas decisões serviram para influenciar os paradigmas adotados pelos agentes em suas negociações contratuais e a rever certas práticas.

Um primeiro exemplo seria o *United States v. Paramount Pictures, Inc.*,²⁸⁸ que ficou conhecido como *Paramount Case*. Trata-se de uma decisão da Suprema Corte Norte-Americana de 1948 que analisa o fato de grandes estúdios norte-americanos serem proprietários de salas de exibição, ou terem relação contratuais de exclusividade com algumas salas. Na prática, tais salas só veiculavam filmes do seu estúdio correspondente. Em que pese o fato deste tipo de propriedade dizer respeito tão somente a 17% das salas do país, estas detinham uma parcela significativa do faturamento do mercado de salas de exibição, estimado em algo próximo à metade do faturamento total. Depreende-se que eram salas bem localizadas e de grande interesse comercial.

²⁸⁸ A referência do caso é 334 U.S. 131 (1948).

Ademais, é preciso contextualizar e indicar que naquela época o cinema era consolidado como entretenimento e espaço social, gozando de uma relevância coletiva ainda maior do que a detida atualmente. A decisão da Suprema Corte foi no sentido de que aquela integração vertical era um ilícito concorrencial e os estúdios tiveram que vender suas salas e foram proibidas de adotar práticas de integração vertical. O impacto nos estúdios foi significativo em um primeiro momento pois além de perder pontos privilegiados, também perderam a capacidade de utilizar tais bens móveis como garantias de empréstimos para suas produções. O mercado ganhou em diversidade e com o incremento da concorrência nos dois segmentos de mercado envolvidos.

Um segundo exemplo, seria o *United States v. Loew's, Inc.*²⁸⁹ julgado na Suprema Corte Norte-Americana em 1962. Os grandes estúdios norte-americanos, produtores de filmes que seriam exibidos em seu país e no mundo inteiro, ao invés de negociar os direitos de distribuição de seus títulos individualmente, os negociavam de forma conjunta, na forma de um pacote. A lógica de precificação favorecia os grandes estúdios que podiam maximizar seus lucros. Cabe contextualizar que, assim como no caso anterior, os cinemas eram uma fonte de entretenimento e socialização bastante relevante e que a televisão ainda era uma tecnologia nascente. Num exercício de abstração para atualidade poderíamos imaginar o titular dos direitos de filmes como o “Star Wars” ou “Harry Potter”, genuínos blockbusters, com alto custo de produção e grande potencial de público, em que se coloca num mesmo pacote outros filmes medianos e menos interessantes. O dilema é que para distribuir o blockbuster, seria necessário adquirir os direitos dos outros filmes do pacote. A questão se torna mais complexa na medida em que o processo de negociação não é transparente e existem incertezas e expectativas, mas o fato é que será possível alcançar um valor mais alto para as obras medianas por conta do pacote. Haverá também um efeito negativo para

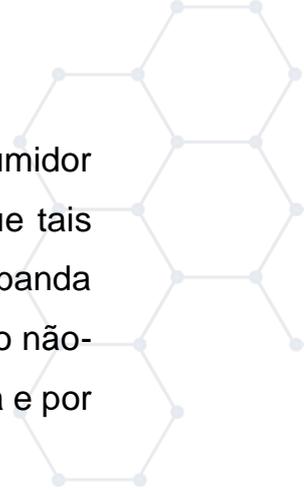
²⁸⁹ A referência do caso é 371 U.S. 38 (1962).

os produtores de filmes medianos na medida em que encontrarão mais dificuldade para encontrar espaço para veicular seus filmes, posto que tal espaço estará fechado por conta dos títulos “empacotados” acessoriamente.

Nestes dois casos, estão presentes elementos em comum como o poder de mercado dos produtores de conteúdo, a adoção de práticas tidas como ilícitas na perspectiva concorrencial e o poder de mercado, e seu abuso, por grandes empresas que tem como objeto de sua atividade a produção de conteúdo protegido por direito autoral, filmes, e o uso de contratos com efeitos prejudiciais à concorrência, e que, indiretamente, também prejudicam a diversidade e o acesso ao conteúdo.

A ideia da menção a tais decisões antigas, e em outra jurisdição, serve para ilustrar que em determinadas oportunidades é necessário refletir acerca dos caminhos que certas práticas de mercado adotam e a necessidade de revê-las a fim de aferir se estas estão coerentes com as expectativas da coletividade. Um ponto interessante na análise desses precedentes é que na medida em que tais práticas foram investigadas e restringidas, houve também a necessidade de o mercado rever outras práticas afins e buscar novas formas de negociação que não fossem caracterizadas como ilícitos concorrenciais. Desta forma, uma sala de exibição localizada na 5ª avenida em Manhattan, um importante ponto comercial por conta de faturamento e formação de opinião, não seria mais exclusivo de um grande estúdio e outros estúdios poderiam ocupar aquele espaço comercialmente privilegiado na medida em que tivessem títulos de mais interesse para o público daquela localidade. Houve o rompimento do paradigma de que aquele ponto era exclusivo de um estúdio, assim como a possibilidade de estúdios celebrarem contratos de exclusividade com salas de cinema.

Os serviços de streaming estão em um processo de consolidação ao redor do mundo, se em dado momento eles concorriam com os meios físicos de distribuição no mercado de *home-video*, na medida em que podiam ser vistos como substitutos, não é difícil intuir que este cenário se



modifica a cada dia na medida em se observa a migração do consumidor para os serviços de streaming. Também não é difícil imaginar que tais serviços de streaming na medida em que existe o crescimento da banda larga e que estes são capazes de prover a exibição de programação não-linear de qualidade, estes também irão concorrer com as TVs aberta e por assinatura.

Neste contexto de consolidação existe o espaço para rever certas práticas a fim de estabelecer práticas concorrencialmente saudáveis e voltadas ao equilíbrio do mercado, e que evitem a necessidade de intervenções do Estado, refletindo o interesse da coletividade e dos consumidores, tanto no âmbito da defesa da concorrência, como na regulação setorial.

Neste trabalho, dada a sua natureza, iremos propor uma reflexão em relação as cláusulas de exclusividade de exibição do conteúdo. Tais cláusulas foram estabelecidas ao longo do tempo pelos mais diversos distribuidores de conteúdo, tanto no que diz respeito a dimensão geográfica, como também em relação a janela/suporte. Vislumbrava-se que a exclusividade conferia um diferencial competitivo na medida em que seus concorrentes não poderiam fazer uso daquele conteúdo. Com o passar do tempo, a exclusividade se tornou um padrão negocial, sem haver a análise de sua racionalidade no caso concreto.

Na medida em que os serviços de streaming se apresentavam como uma opção, ou uma “janela” de audiovisual ainda pouco representativa, contratos de exclusividade não possuíam grande relevância. Pensando, por exemplo, em certas séries como “Friends” que já tinham concluído as janelas comercialmente prioritárias, o streaming era tão somente uma janela final e um contrato de exclusividade seria tão somente a diferença entre uma obra ficar “guardada na gaveta” do produtor executivo titular dos direitos da obra ou constar em um acervo digital de streaming para eventuais curiosos ou saudosos. Com a evolução tecnológica apresentada e com o protagonismo assumido pelos serviços de streaming, este se tornou o principal destino de diversas obras produzidas ao redor

do mundo. Neste cenário atual, torna-se necessária uma reflexão em relação as práticas contratuais do passado.

Na aquisição de direitos de exibição de conteúdo pelas empresas de streaming, haverá hipóteses em que uma determinada empresa adquira de forma exclusiva os direitos mundiais para exibição de uma obra de maior repercussão cujo objetivo é expandir e fidelizar clientes dos mais variados perfis. Haverá *blockbusters* direcionados para o público infantil, adolescente e adulto, do sexo masculino, feminino e LGBTQ+, e focados nos mais diversos países ou regiões. Essas obras muitas vezes são produzidas em regime de coprodução em que existe aporte de recursos pela empresa de streaming na produção e em contrapartida a uma parcela dos direitos patrimoniais sobre obra e dos direitos de distribuição e exibição. De certa forma, a obra confere um diferencial competitivo ao serviço de streaming e é natural que nessas obras sejam utilizadas cláusulas de exclusividade a fim de proteger o investimento realizado.

No entanto, podemos pensar numa hipótese em que existe essa aquisição de um título de forma exclusiva para todo o mundo por uma empresa. Esta sequer opera, ou tem a intenção de operar, no mercado brasileiro no curto prazo. Tal forma de contratação impede que a obra venha a ser acessada pelo público brasileiro, assim como de outros países onde esta empresa não opere. O produtor da obra terá a sua capacidade de negociar a obra limitada por conta da exclusividade. Outros serviços de streaming que sequer são seus concorrentes, considerando a dimensão geográfica dos mercados, também não poderão negociar o licenciamento da obra. Será que essa exclusividade é adequada numa perspectiva concorrencial e do consumidor?

Ademais, considerando o conceito de cauda longa já exposto, assim como a dinâmica de atuação das empresas, voltadas a oferta de um catálogo com uma diversidade e variedade de títulos, vislumbra-se uma distinção entre obras prioritárias, que tem a função de atrair e fidelizar o consumidor, e aquelas que tem por finalidade meramente completar o catálogo de opções disponíveis para o consumidor, obras antigas e

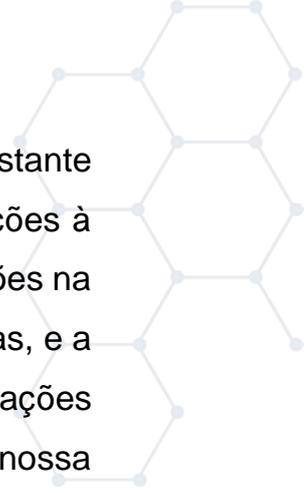
clássicas, obras voltadas a certos nichos de público, obras internacionais com pouco valor fora de seu mercado principal. Muitas dessas obras de menor relevância comercial acabam sendo contratadas de forma exclusiva pelas empresas por conta da adoção de cláusulas padrão afetas a sua negociação.

Uma proposta que trazemos seria a realização de uma análise mais criteriosa por parte da empresa em relação à exclusividade, ou seja, uma empresa poderia deixar de adotar cláusulas padrão de exclusividade para um número significativo de obras de seu acervo que não lhe conferem uma vantagem competitiva em relação aos seus concorrentes. Na medida em que tais obras possam constar de outros acervos, seria criado um ambiente concorrencial mais saudável uma vez que são atenuadas as barreiras à entrada de outros agentes no setor, e, ao mesmo tempo, é positivo na perspectiva do acesso às obras pelos consumidores posto que essas podem vir a ser disponíveis em mais de um serviço. Na perspectiva do autor/produtor, este é capaz de negociar a obra de forma complementar, para outros mercados e serviços de streaming. Por fim, a obra cumpre melhor a sua função social na medida em que pode ser assistida por um público maior ao constar em mais de um catálogo e em mais mercados.

Poderíamos imaginar um cenário em que o instituto da exaustão de direitos autorais não seria necessário em relação às obras audiovisuais posto que houve um novo equilíbrio entre as expectativas afetas à acesso pelos consumidores e pelos demais agentes da cadeia produtiva.

4.2 Pirataria

A pirataria é uma expressão correntemente utilizada para fazer menção às infrações de direitos de propriedade intelectual sob as mais diversas perspectivas. O direito do autor irá integrar este espectro destacando questões como a distribuição, comércio e compartilhamento de obras protegidas por direito autoral sem observar os requisitos legais de propriedade e titularidade sobre a obra.

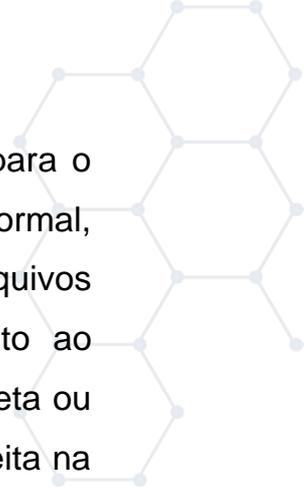


O uso coloquial utiliza a expressão pirataria de uma forma bastante aberta que coloca numa mesma definição diferentes tipos de infrações à propriedade intelectual, a pirataria de medicamentos tem repercussões na saúde pública, brinquedos piratas podem ser perigosos para crianças, e a pirataria do sinal de TV por assinatura praticadas por organizações criminosas tem repercussões nos mais variados níveis de nossa sociedade. Neste contexto, a pirataria se apresenta como um tema complexo que somente iremos abordar de forma pontual nesta oportunidade, mas sem deixar de destacar que de uma forma geral a pirataria é algo negativo para a sociedade.

Diante desta brevíssima introdução a um tema tão amplo, cabe a pergunta: Qual seria o impacto da pirataria para a cadeia produtiva de obras audiovisuais?

A obra audiovisual opera numa lógica de custo de protótipo, ou seja, o custo para “produzir” aquele protótipo é muito alto, a partir do momento em que ele fica pronto, o custo da reprodução é muito pequeno. Dessa forma, o custo de produção de um filme é alto, o custo para copiar essa obra para um suporte físico como o Blu-ray é relativamente baixo. Nesta indústria a remuneração dos agentes envolvidos na produção e distribuição ocorre a partir das receitas geradas pela comercialização da obra em seu sentido mais amplo. Será utilizado para remunerar o produtor e o distribuidor de um filme uma parte do valor do ingresso de cinema, um percentual da venda de DVDs e Blu-rays, os valores de comercialização do filme para exibição em TVs abertas e por assinatura nos diversos países, e, mais recentemente, os valores relativos ao licenciamento para exibição em serviços de streaming. A receita dos produtores e distribuidores tem relação direta com o êxito da obra perante o público e parte dessa receita deverá ser investida na produção de novas obras audiovisuais.

A pirataria no audiovisual atinge justamente a remuneração dos produtores e distribuidores na medida em que a obra audiovisual ao ser comercializada por terceiros sem direito sobre a obra cria um desvio ou



uma perda de receita. No caso dos DVDs piratas, a renda vai para o infrator que organiza a comercialização dos filmes na economia informal, e não para produtores e distribuidores. Na transferência ilegal de arquivos pela internet feita de forma gratuita, não existe um pagamento ao disponibilizador da obra, mas também não existe transferência, direta ou indireta, aos produtores e distribuidores. Existe uma perda de receita na medida em que os produtores e distribuidores seriam remunerados caso as transferências fossem lícitas, por exemplo, na hipótese do licenciamento para streaming e também através de recursos de publicidade numa exibição no YouTube. Além do distribuidor, o produtor também pode ser prejudicado, por exemplo, na hipótese de distribuição de um filme em DVD que se tem notícia que este foi amplamente distribuído no mercado informal, o produtor terá dificuldade para encontrar um distribuidor interessado na obra posto que a obra já foi assistida por um grande número de pessoas.

Desta forma, ao nosso ver, o principal problema da pirataria é a perda de receita para os produtores, e também para os distribuidores que adquirem os direitos desses produtores e muitas vezes atuam como sócios/parceiros na produção da obra. A pirataria terá impactos concorrenciais significativos por causar desequilíbrios no mercado, por exemplo, na medida em que ocorra uma incidência maior sobre uma obra, ou tipo de obra, do que sobre outras, afete mais um modelo de negócio do que outro, etc. Por se tratar de um mercado ilegal, com poucos dados seguros, não é possível estimar com precisão esse impacto, mas podemos intuir que ele é relevante e não será necessariamente linear, impactando de forma mais intensa certo tipo de conteúdo.

No cenário de inovação tecnológica apresentado anteriormente, é importante destacar que o processo de pirataria associado a consolidação da internet e ao crescimento da banda larga permitiu um crescimento expressivo da transferência de conteúdo não autorizado. Podemos intuir também que o surgimento de serviços de streaming com acervos bastante diversos diminuiu o acesso à conteúdo não autorizado na medida em que

a qualidade e a facilidade de acesso a esses serviços, nas mais diversas telas, trazem um ganho significativo na experiência do consumidor.

Um ponto que não pode ser ignorado na perspectiva do consumidor é a busca pelo consumo, algo presente na nossa sociedade moderna onde as pessoas são estimuladas a consumir através das mais diversas formas. O seu time ganha um título, busca-se adquirir uma nova camisa dele, é lançado um novo iogurte com propriedades digestivas, existe a propensão do público com problemas estomacais a adquirir esse produto, e a nossa sociedade em sua evolução buscou cada vez mais meios e instrumentos para nos estimular a dispendere recursos financeiros nas mais diversas formas e produtos. Neste contexto, assistir a um filme, uma série ou uma novela é um bem de consumo como qualquer outro, que iremos consumir por uma curiosidade pessoal, por influência da coletividade ou numa busca de pertencimento a um grupo. O consumo nos dá prazer²⁹⁰ e essa afirmação terá as mais diversas repercussões que iremos limitar ao escopo deste trabalho.

Neste contexto de sociedade de consumo, uma parte do público em potencial terá limitações ao acesso a um conteúdo audiovisual por uma questão de renda, algo bastante presente em um país com uma grande população e com uma distorção de renda significativa como o Brasil. Desta forma, um ingresso de cinema de R\$40,00 é acessível tão somente para uma parcela da nossa sociedade, assim como a assinatura de um serviço de streaming, também poderá ter este limitador. Por sua vez, a assinatura de diversos serviços de streaming, para ter acesso a um conteúdo ainda mais variado, será algo bastante custoso.

Uma segunda perspectiva de recurso a meios não autorizados diz respeito ao acesso a um determinado conteúdo. Em que pese a noção de cauda longa anteriormente apresentada que tenderia a ampliar infinitamente o acesso a produtos mais diversos e de nicho, em muitas hipóteses isso não tem sido verificado. Em que pese os catálogos de

²⁹⁰ McFADDEN, Daniel. The New Science of Pleasure – Consumer Choice Behaviour and the Measurement of Well-Being. **NBER** Working Paper No. 18687. Fevereiro 2013.

serviços de streaming terem como um atrativo o seu tamanho, diversos conteúdos tendem a não ser mais exibidos após algum tempo, os motivos podem variar entre duração de limite das licenças obtidas dos titulares das obras indo até a diminuição do interesse comercial. Ademais, diversas licenças para streaming são realizadas com definições geográficas de mercado, um conteúdo pode estar disponível em um país e não no outro com o qual faz fronteira. Ainda existe a hipótese do serviço de streaming que adquiriu um conteúdo de forma exclusiva não operar no Brasil.

Como observamos anteriormente, na estrutura de mercado anterior, dada a exaustão de direitos, um título de *home-video* comercializado na Argentina e não lançado no Brasil poderia ter o seu DVD adquirido por um brasileiro através de lojas virtuais e ser regularmente importado para o Brasil. Um filme não mais disponível em grandes lojas, poderia ser adquirido em sebos ou diretamente de terceiros.

Na estrutura contratual do streaming e suas limitações, o consumidor poderá ser induzido a utilizar fontes não autorizadas a fim de ter acesso a uma obra. Este é o tipo de cenário em que todos perdem.

Dessa forma, entendemos ser necessário refletir sobre novas estruturas contratuais de remuneração das partes envolvidas para que as diversas expectativas sejam atendidas, além de um sistema de distribuição mais eficiente que considere as especificidades dos diversos mercados, que poderia ser uma ferramenta eficiente para ampliar o acesso a obras autorizadas, retirando o consumidor de outras fontes. É preciso refletir acerca de uma forma que equacione os diversos interesses e que a tecnologia sirva para um avanço.

Este dilema é muito bem colocado pelo professor português José de Oliveira Ascensão:

Se o usuário faz uso privado, trocando ficheiros musicais, como poderia fazer com livros ou com documentos de escritório, tudo isso deve considerar-se vedado?

É esta a lógica, pelo menos quando o conteúdo desses ficheiros for algum material protegido pelo Direito de Autor. Mas então teremos a outra vertente negativa deste processo: estão-se vedando resultados comuns possibilitados

pela técnica. Se eu não posso praticar estes actos, a tecnologia de que disponho fica muito aquém daquilo que me poderia facultar.

Dir-se-á: mas está-se a violar o direito autoral! Afirmá-lo representaria porém tomar a conclusão como um pressuposto. Porque justamente o que está em causa é um acto de uso privado, e pergunta-se como pode um uso privado originar uma sanção daquela ordem.²⁹¹

E no mesmo texto o professor ressalva que é preciso interpretações diversas na hipótese em que o ato for instrumental para a exploração econômica da obra, e também indica que textos legais como o do acordo TRIPs²⁹² indicam a criminalização tão somente nas hipóteses em que exista uma escala comercial.

Ademais, torna-se necessário pensar em formas de disponibilização de conteúdo que possui valor cultural, mas não possui mais valor econômico, para evitar que essas obras em suporte digital fiquem inalcançáveis, obras que por conta de estruturas contratuais deixam de circular e fiquem “escondidas” com seus titulares. Uma vez que a obra audiovisual tem em sua natureza a ideia de circulação, restringi-la ou não permitir a sua circulação, retira desta a sua função social na forma plena.

Considerações Finais

No presente trabalho buscamos expor de forma não exaustiva algumas questões afetas ao streaming que tem um impacto significativo em fundamentos do direito autoral e nos direitos do consumidor, e, em determinada medida, na concorrência.

Se por um lado as novas tecnologias de distribuição tornaram-se uma realidade que permite a circulação de obras com uma facilidade jamais vista, de outro estes avanços na distribuição estabelecem novas práticas e criam novas relações contratuais que alteram a legítima

²⁹¹ ASCENSÃO, José de Oliveira. “Direito de Autor versus Desenvolvimento Tecnológico”. In Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos, volume 1. Almedina. 2005. p. 793.

²⁹² TRIPs, sigla utilizada para fazer referência ao “Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property” é um acordo internacional celebrado no âmbito da Organização Mundial do Comércio que tem por objeto a Propriedade Intelectual.

expectativa da sociedade ao acesso às obras audiovisuais, em especial no que tange o exaurimento dos direitos de propriedade intelectual.

Na medida em que a exaustão de direitos e seus benefícios sociais são impactados por novas práticas e seus marcos legais se tornam obsoletos, torna-se necessária uma reflexão da sociedade acerca da atualização do instituto. Os marcos legais nesta matéria foram concebidos vislumbrando a tecnologia e as práticas existentes na época de seu processo legislativo, em diversos momentos as novas tecnologias foram absorvidas pois emulavam a tecnologia anterior, por exemplo, no home-video, os suportes em VHS, DVD e Blu-ray permitiam uma mesma racionalidade. No entanto, no atual momento a disrupção é tão grande que demanda uma reflexão mais profunda e uma atualização ainda maior de diversos institutos e práticas do direito autoral, dentre as quais a exaustão de direitos autorais.

Por se tratar de um mercado bastante globalizado as reflexões sobre os institutos podem ocorrer na esfera nacional mas devem também ser trabalhados na esfera internacional, nestes cenários vislumbramos a necessidade de uma atuação proativa de organismos internacionais como a agência especializada da ONU para a propriedade intelectual, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). Tal atuação teria por fim de garantir um arcabouço legal que traga um novo equilíbrio financeiro e concorrencial nas relações entre produtores, distribuidores e consumidores, e também vislumbre a questão do acesso e da circulação das obras audiovisuais.

No âmbito da defesa da concorrência cada vez mais se torna necessário estar atento para condutas e práticas que possam ser considerados como ilícitos concorrenciais na medida em que sejam caracterizados abusos de poder de mercado. Na dimensão preventiva, vislumbra-se operações envolvendo empresas atuantes neste setor que demandarão uma análise mais complexa a fim de compreender os eventuais impactos destas operações no mercado, tendo em consideração

não só as relações entre as empresas, mas também a perspectiva do consumidor.

No setor audiovisual desde a sua criação está presente o desafio de pensar novas histórias e narrativas, contar histórias que encantem os mais diversos consumidores, neste processo foram criados alguns clássicos que foram incorporados à história da nossa humanidade. Passado o desafio da criação, o segundo desafio é permitir que essas histórias ganhem o mundo, transpassem gerações e que as tecnologias sejam sempre aliadas neste processo. Na inovação, o caminho sempre deve ser para a frente, e nunca para trás. A história do streaming pode ter um final feliz.

Referências Bibliográficas

ANDERSON, Chris. **The Long Tail** – Why the future is selling less of more. Hyperion. 2008.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito de Autor *versus* Desenvolvimento Tecnológico. In: **Estudos em Memória do Professor Doutor António Marques dos Santos**, volume 1. Almedina. 2005.

FAGUNDES, Jorge. SCHUARTZ, Luís Fernando. “Defesa da Concorrência e a Indústria de Cinema no Brasil. In: **Três Dimensões do Cinema** – Economia, Direitos Autorais e Tecnologia, organizado por Ronaldo Lemos, Carlos Affonso Pereira de Souza e Marília Maciel.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. **The Economic Structure of Intellectual Property Law**. Belknap Press. 2003.

LORES, Clovis Manzoni dos Santos. “Concorrência e a Regulação do Mercado de TV por Assinatura”. In **Revista de Direito das Comunicações – RDCom**. Ano 2, 4 julho-dezembro 2011. p. 243-257.

MOTTA, Massimo; POLO, Michele. Beyond the Spectrum Constraint: Concentration and Entry in the Broadcasting Industry. In: **Antitrust, Regulation and Competition**. Organizado por Mario Baldassarri e Luca Lambertini. Palgrave MacMillan, 2003.

NUNES, Simone Lahorgue. **Direito Autoral e Direito Antitruste**. Elsevier, 2012.

REESE, R. Anthony. The First Sale Doctrine in the Era of Digital Networks. University of Texas Law, **Public Law Research Paper No. 57**; and University of

Texas Law, Law and Economics Research Paper No. 004, Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=463620> ou <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.463620>_. Acesso em 20/02/2021.

RODRIGUES, Daniela Oliveira. **Limites aos Direitos de Autor sob a perspectiva do Direito Internacional dos Direitos Humanos - Estudo dos limites aos direitos de autor frente aos direitos de acesso ao conhecimento e à educação nos ordenamentos internacional e interno.** Dissertação de Mestrado. Orientadora: Professora Maristela Basso. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2014.

SÁ-EARP, Fábio; KORNIS, George; PRADO, Luis Carlos Delorme. A short economic history of the television industry in Brazil. In: ***Brazil's Economy - An Institutional and Sectoral Approach***, organizado por Baer, W.; Dávila, J.; Modenesi, A. M.; Fonseca, M. G. D.; Kertenetzky, J. Routledge. 2018.

Rastreabilidade da produção agrícola através da tecnologia: Impactos ambientais e econômicos

Larissa Milkiewicz
Aron Vitor Fraiz Costa

Resumo: Em razão da representatividade do agronegócio brasileiro, esta pesquisa tem como objetivo demonstrar se a tecnologia, através da rastreabilidade da produção agrícola, guarda relação com o desenvolvimento econômico e com mitigação dos impactos ambientais e econômicos. Por meio da análise descritiva e do método dedutivo, utiliza-se da revisão bibliográfica, análise legislativa e documental para desvendar a pesquisa. Além disso, utiliza-se da pesquisa empírica dos dados do Ministério da Economia e do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento para aferir a balança comercial deste setor da economia entre os anos de 2015 a 2019. Considerando as premissas da Nova Economia Institucional, a Curva Ambiental de Kuznets e o Teorema de Coase, conclui-se que a rastreabilidade tecnológica da produção agrícola se apresenta como solução, reduzindo os custos de transação, incentivando o fluxo de ativos, a concorrência do mercado, a melhoria dos produtos, a governança empresarial acerca do cumprimento das exigências legais ambientais e o desenvolvimento econômico sustentável.

Palavras-chave: Agronegócio; Tecnologia; Análise Econômica do Direito; Curva Ambiental de Kuznets; Rastreabilidade.

Abstract: Due to the representativeness of Brazilian agribusiness, this research aims to demonstrate whether technology, through the traceability of agricultural production, is related to economic development and mitigation of environmental and economic impacts. Through descriptive analysis and the deductive method, it is used bibliographic review and legislative and documentary analysis for the research. In addition, it is used the empirical research of data from the Ministry of Economy and the Ministry of Agriculture, Livestock and Supply to assess the trade balance of this sector of the economy between the years 2015 to 2019. Considering the premises of the New Institutional Economy, the Kuznets Environmental Curve and the Coase Theorem, it is concluded that the technological traceability of agricultural production presents itself as a solution, reducing transaction costs, encouraging the flow of assets, market competition, product improvement, governance about compliance with legal environmental requirements and sustainable economic development.

Keywords: Agribusiness; Technology; Law and Economics; Environmental Kuznets Curve; Traceability.

Introdução

A matriz Constitucional brasileira consagra que o desenvolvimento econômico requer uma ordem econômica que assegure a finalidade de uma existência digna para todos, integrando a garantia e a promoção dos direitos e garantias fundamentais pelo Estado, direito ao desenvolvimento

tecnológico, assim como o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado às gerações presente e futuras.

Sob estas perspectivas e da representatividade comercial do agronegócio no Brasil, em que o setor representou 48,1% das exportações entre 2015 e 2019, esta pesquisa busca demonstrar se a tecnologia, através da rastreabilidade da produção agrícola, guarda relação com o desenvolvimento econômico e com a mitigação dos impactos ambientais e econômicos do agronegócio.

Portanto, por meio de uma análise descritiva e do método dedutivo, vale-se de levantamento bibliográfico, análise legislativa e documental para desvendar o objetivo deste estudo acima estabelecido. Além disso, utiliza-se de pesquisa empírica qualitativa de dados do Ministério da Economia e do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) a fim de analisar a balança comercial do agronegócio brasileiro entre os anos de 2015 a 2019.

A pesquisa foi estruturada em três seções. Primeiramente, inicia-se com o estudo descritivo da perspectiva do direito constitucional do desenvolvimento e do agronegócio brasileiro se valendo das premissas da Nova Economia Institucional para discorrer sobre as instituições e a competição inerente ao cenário econômico.

Na segunda seção, analisa-se a origem do agronegócio e a inserção deste termo no Brasil, bem como a essencialidade da tecnologia como ferramenta para rastreabilidade da produção agrícola e para o desenvolvimento econômico sustentável.

Por fim, discorre-se sobre a relação do crescimento econômico com os impactos ambientais sob análise da Curva Ambiental de Kuznets (CAK), e a leitura do Teorema de Coase na utilização da tecnológica.

1. A perspectiva do direito constitucional do desenvolvimento e o agronegócio brasileiro

O conceito de desenvolvimento contemporâneo sofreu mudanças conceituais importantes no pensamento econômico-jurídico, e a mais relevante para este estudo é a percepção de que não se trata de mera finalidade puramente econômica, mas sim de um “processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo”²⁹³.

Por tal razão, Amartya Sen considera o desenvolvimento como um processo de expansão de liberdade, que somente ocorrerá por meio da remoção de barreiras inerentes não apenas a fatores econômicos, mas questões também relacionadas à carência de oportunidades sociais, civis, econômicas e ambientais²⁹⁴, tendo em vista que estes também desempenham um papel relevante ao Estado e à sociedade.

Neste sentido, Anjos Filho discorre que “o processo de desenvolvimento altera não só estruturas econômicas e produtivas, mas também sociais, institucionais e políticas, significando aumento da produção acompanhado do incremento da renda e da capacidade econômica da população”²⁹⁵.

Desse modo, a busca por um desenvolvimento sustentável vem se tornando cada vez mais um paradigma a ser atingido, ou seja, o desenvolvimento que atenda às necessidades do presente sem comprometer as possibilidades de as gerações futuras atenderem a suas próprias necessidades²⁹⁶. Assim, para Sachs, o desenvolvimento é

²⁹³ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983, p. 21

²⁹⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.16.

²⁹⁵ ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

²⁹⁶ UNITED NATIONS. **Our Common Future**. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021. Texto original: “Sustainable development is development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs”.

construído como “apropriação efetiva da totalidade de direitos humanos”²⁹⁷.

Neste sentido, a Resolução n.º 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, datada de 4 de dezembro de 1986, reconhece que o desenvolvimento se trata de um “processo econômico, social, cultural e político abrangente, que visa ao constante incremento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos com base em sua participação ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição justa dos benefícios daí resultantes”²⁹⁸.

Em âmbito nacional, o direito ao desenvolvimento está intrinsecamente ligado aos valores democráticos elencados na Constituição Federal de 1988²⁹⁹, em destaque aos princípios fundamentais da cidadania e dignidade humana (artigo 1º, inciso II e III³⁰⁰), aos direitos sociais (artigo 6º³⁰¹), à ordem econômica (artigo 170); à ordem social (artigo 193³⁰²); à garantia a todos, pelo Estado, do pleno exercício dos direitos culturais (artigo 215³⁰³); à proteção pelo Estado e da coletividade ao meio ambiente ecologicamente equilibrado para todos (artigo 225³⁰⁴); e ao direito ao desenvolvimento tecnológico (artigo 218³⁰⁵).

²⁹⁷ SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento**: incluyente, sustentável, sustentado. Rio de Janeiro: Garamond, 2008, p. 38.

²⁹⁸ NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Resolução nº 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em dezembro de 1986. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-econteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

²⁹⁹ SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição: conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.472.

³⁰⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana;

³⁰¹ Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

³⁰² Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

³⁰³ Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

³⁰⁴ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

³⁰⁵ Art. 218. O Estado promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

Ainda que haja a perspectiva³⁰⁶ de que a noção econômica se apresente aparentemente contraditória com a ideia de proteção ao meio ambiente, pois aquela busca o gerenciamento de recursos escassos, e esta visa à melhor qualidade de vida para as gerações atuais e futuras³⁰⁷, deve-se observar que há uma coexistência de normas econômicas e normas socioambientais amparadas pela Constituição, abarcando um modelo com viés desenvolvimentista, sem se abter de um crescimento sustentável e efetivo³⁰⁸.

Neste sentido, entende-se que as atividades econômicas não são vedadas de utilizar os recursos naturais, mas é exigido que sejam atendidos requisitos previstos nas legislações ambientais que regulam os *microbens* ambientais (fauna, flora, água, solo, etc).

Ademais, Pinheiro e Saddi exploram a ideia de que as leis atuam sobre a atividade, por intermédio da política econômica e, assim, desempenham funções básicas como a proteção ao direito da propriedade privada; delimitação das regras para a negociação e alienação dos direitos, seja entre entes privados ou estes com o Estado; as regras para entrada e saída dos mercados, promovendo uma consequente competição; e a regulamentação da estrutura industrial, conduzindo as tomadas de decisão nos setores em que há monopólio ou baixa concorrência³⁰⁹.

³⁰⁶ SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, v. 66, n. 5, p. 88-106, ago./dez., 2015, p. 90.

³⁰⁷ MORAES JUNIOR, Ariel Salette de. Proteção do Meio Ambiente e um contexto econômico. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SOUZA, José Washington Nascimento de. **Direito Econômico e Socioambiental**. 1.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014, p. 73.

³⁰⁸ Para Silva: “Toma consciência de que a qualidade do meio ambiente se transformara num bem, num patrimônio, num valor mesmo, cuja preservação, recuperação e revitalização se tornaram num imperativo do Poder Público, para assegurar a saúde, o bem-estar do homem e as condições de seus desenvolvimentos. Em verdade, para assegurar o direito fundamental à vida. As normas constitucionais assumiram a consciência de que o direito à vida, como matriz de todos os demais direitos fundamentais do homem, é que há de orientar todas as formas de atuação no campo da tutela do meio ambiente. Compreendeu que ele é um valor preponderante, que há de estar acima de quaisquer considerações como as de desenvolvimento, como as de respeito ao direito de propriedade, como as da iniciativa privada. Também estes são garantidos no texto constitucional, mas, a toda evidência, não podem primar sobre o direito fundamental à vida, que está em jogo quando se discute a tutela da qualidade do meio ambiente, que é instrumental no sentido de que, através dessa tutela, o que se protege é um valor maior: a qualidade da vida humana”. SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 849.

³⁰⁹ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 12.

Com tais fatos em vista, o desenvolvimento de uma sociedade livre, justa e solidária é a base constitucional do sistema democrático, cuja preocupação engloba dimensões ambientais, culturais, educacionais, a fim de que a renda per capita seja digna e possibilite ao agente conseguir atingir todas as garantias principiológicas por força de seu próprio trabalho^{310 311}.

Com efeito, pelas premissas da Nova Economia Institucional de que as instituições são importantes para a análise econômica e que as estas afetam o desempenho econômico de maneira sistemática e preditiva³¹², North categoriza as instituições como formais, em que há normas escritas por leis e regulamentos, formuladas para problemas específicos de coordenação política, social ou econômica, e informais, norteadas por regras que, apesar de não estarem formalmente escritas, se originam de usos e do costume, e assim, induzem comportamentos. Assim, o Estado “define e cuida do *enforcement* da base legal de uma sociedade, responde diretamente pela manutenção e formação de suas regras formais”³¹³.

Pode-se afirmar que as instituições são indutoras das tomadas de decisões dos agentes e de como estes irão se relacionar em um ambiente de incerteza. Por outro lado, as organizações visam atingir um desempenho ideal com base em um conjunto de regras impostas pela estrutura. Para tanto, as empresas, como qualquer organização, “se amoldam e adaptam aos incentivos dados pelo sistema jurídico. Assim, um sistema ineficiente e inadequado de contratos e de garantias tende a

³¹⁰ GODOY, Sandro Marcos. **O Meio Ambiente e a função socioambiental da empresa**. 1.ed. São Paulo: Birigui, 2017, p. 40.

³¹¹ Em sentido similar: “Desse modo, a elaboração e implementação de políticas públicas devem se pautar na concepção de que o desenvolvimento é um processo que almeja atingir a vida digna. A projeção dos resultados das atuações que objetivam o desenvolvimento deve ser também analisada e discutida na perspectiva da comunidade e não somente numa quantificação do ganho econômico para setores específicos”. SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição: conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 473.

³¹² AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RIBEIRO, Márcia Carla. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 124.

³¹³ GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North, **Revista de Economia Política**, vol. 23, nº 2 (90), pp. 276-292, abril junho/2003, p. 283.

desestimular o crédito, a confiança e a atividade econômica como um todo”³¹⁴.

Assim, são as palavras de Douglass North:

*Institutions are the rules of the game both formal rules, informal norms and their enforcement characteristics. Together they define the way the game is played. Organizations are the players. They are made up of groups of individuals held together by some common objectives. Economic organizations are firms, trade unions, cooperatives, etc.; political organizations are political parties, legislatures, regulatory bodies; educational organizations are universities, schools, vocational training centers*³¹⁵

Tal afirmação se deve ao fato de que a competição em um cenário econômico induzirá o investimento em conhecimentos e habilidades específicas com o objetivo de melhorar a eficiência, tendo como objetivo de curto prazo maximizar os lucros, logo, o objetivo final é a sobrevivência diante de um mercado de recursos escassos e, portanto, concorrencial.³¹⁶

De igual forma, o desenvolvimento vai ao encontro das novas tecnologias, porquanto há constante busca pelo aumento qualitativo de novos produtos e que apresentem valor ao mercado³¹⁷. Ainda, é possível vincular a tecnologia como impulsionadora ao desenvolvimento sustentável, por possibilitar “novos e mais abertos modos de geração de riqueza, de uma riqueza que sirva para atender às necessidades reais da

³¹⁴ TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito da Obrigações e Contratos Comerciais. In COELHO, Fábio Ulhoa et al. **Tratado de Direito Comercial**. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 217-219.

³¹⁵ Em tradução livre: “Instituições são as regras do jogo, tanto as formais quanto as informais e as suas características de eficácia. Juntas, definem a forma em que o jogo deve ser jogado. As organizações são os jogadores. Elas são compostas de um grupo de indivíduos que possuem o mesmo objetivo comum. Organizações econômicas são firmas, sindicatos, cooperativas etc.; organizações políticas são os partidos políticos, legislativo, órgãos regulatórios; organizações educacionais são universidades, escolas, centros de treinamento vocacional”. NORTH, Douglass Cecil. Institutions and the performance of economics over time. In: CLAUDE MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. **Handbook of new institucional economics**. Germany: Springer, 2008, p. 22.

³¹⁶ “The immediate objective of organizations may be the profit maximizing (for firms) or improving reelection prospects (for political parties); but the ultima objective is survival because all organizations live in a world of scarcity and hence competition.” Op. Cit. NORTH, Douglass Cecil.

³¹⁷ BLANCHARD, Olivier. **Macroeconomia**. 4. Ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007, p. 229.

população e, paralelamente, por buscar mecanismos para uma mais justa distribuição”³¹⁸.

Com base nos Censos³¹⁹ Agropecuários de 1995-1996, 2006 e 2017, únicos realizados até então no Brasil, “a tecnologia explicou a maior³²⁰ parte do crescimento, 50,6%, 56,8% e 60,6%, respectivamente, nos anos 1995-1996, 2006 e 2017”³²¹ do crescimento do Valor Bruto da Produção (VBP).

Ao abordar o desenvolvimento no sistema brasileiro, torna-se imprescindível apresentar o agronegócio como modelo econômico essencial, seja em âmbito nacional ou internacional, figurando o Brasil como *player* estratégico na produção, distribuição e geração de riquezas e alimentos. Assim, o setor vem cada vez mais se desenvolvendo e modernizando, a fim de maximizar a eficiência e competitividade às empresas que, conseqüentemente, acarretam o impacto à toda a população e à economia brasileira.

Ademais, a relevância do agronegócio também pode ser aferida a partir dos dados referentes ao período de 2015 a 2019, extraídos das exportações, importações e balança comercial do Agronegócio do MAPA³²² em contraponto aos dados do mesmo período e de toda a balança comercial brasileira disponibilizados pelo Ministério da Economia³²³, conforme Figura 2 a seguir.

³¹⁸ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos, **Revista Sequência** (Florianópolis), n. 71, p. 239-278, dez. 2015, p. 261.

³¹⁹ “A data de referência do Censo Agropecuário 2017 foi o dia 30 de setembro de 2017. [...] adotou-se o intervalo de 1º de outubro de 2016 a 30 de setembro de 2017. No Censo Agropecuário 2006, o período de referência foi o ano de 2006: de 1º de janeiro a 31 de dezembro daquele ano, e a data de referência, o dia 31 de dezembro de 2006. Em sua edição anterior (Censo Agropecuário 1995/1996), período e data de referência foram, respectivamente, de 1º de agosto de 1995 a 31 de julho de 1996, e 31 de dezembro de 1995.” SIDRA. Censo Agropecuário 2017. Disponível em: <https://sidra.ibge.gov.br/pesquisa/censo-agropecuario/censo-agropecuario-2017>. Acesso em: 24 mar. 2021.

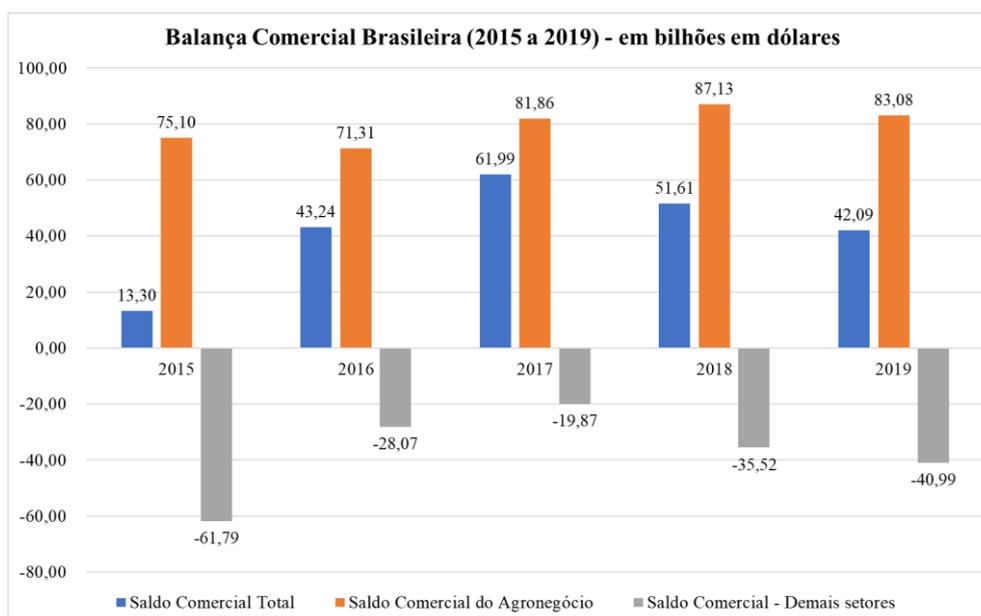
³²⁰ Atividade econômica de cultivo da terra e de criação de animais.

³²¹ VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro; GASQUES, José Garcia; RONSOM, Sílvia. Inovação e Expansão Agropecuária Brasileira, p. 127. In: VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro; GASQUES, José Garcia, (org). **Uma jornada pelos contrastes do Brasil: Cem anos do Censo Agropecuário**. Brasília: IPEA, IBGE, 2020.

³²² MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. **Indicadores Gerais Agrostat**. Dados Disponíveis até nov/2020. Disponível em: <http://indicadores.agricultura.gov.br/agrostat/index.htm/> Acesso em: 28 mar. 2021.

³²³ MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Balança comercial brasileira: Acumulado do ano. Disponível em: <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-exterior/estatisticas-de-comercio-exterior/balanca-comercial-brasileira-acumulado-do-ano>. Acesso em: 28 mar. 2021.

Figura 2 – Balança comercial brasileira: representatividade do agronegócio entre 2015 e 2019



Fonte: Balança comercial brasileira (Ministério da Economia) e Indicadores Gerais Agrostar (MAPA) – Confeccionado e adaptado pelos autores

Verifica-se na Figura 2, portanto, que pode se inferir que o agronegócio representou entre 2015 e 2019 uma participação de 48,1% das exportações nacionais, sendo, assim, setor de alta relevância para a pauta de exportações brasileiras. Assim, é possível concluir que o saldo comercial do agronegócio é positivo e superior ao saldo comercial de toda a economia do país, tendo em vista que o conjunto dos demais setores é deficitário. Em outras palavras, desconsiderado o setor do agronegócio, a balança comercial brasileira seria negativa em todo o período analisado.

O agronegócio não só representa uma participação dominante na pauta de exportações brasileiras, mas também desempenha um papel fundamental para que a balança comercial brasileira seja positiva, ou seja, para que haja um superávit comercial.

Esta importância econômica do agronegócio pode ser conectada à relevância da utilização da tecnologia para o crescimento do Valor Bruto da Produção, conforme apontados pelos Censos Agropecuários de 1995-1996, 2006 e 2017.

Em síntese, considerando que o desenvolvimento econômico sustentável deve guardar sintonia com o direito fundamental ao meio

ambiente ecologicamente equilibrado, ressalta-se que para as atividades que compõem³²⁴ os elos do agronegócio, há imposição de limitações ambientais exigidas por leis (Código Florestal, Política Nacional do Meio Ambiente, Lei de Agrotóxico, Política Nacional de Recursos Hídricos, por exemplo) e que estas precisam ser atendidas para o desenvolvimento destas atividades econômicas. Assim, a princípio, pode-se considerar que as atividades do agronegócio atendem as exigências legais infraconstitucionais, em atenção, em especial, ao artigo 225 da Constituição Federal de 1988.

2. A inovação tecnológica e a modernização do agronegócio

O termo *agribusiness*³²⁵ foi idealizado por John Davis e Ray Goldberg na obra *A Concept of Agribusiness* em 1957, conceituando-o como “a soma total das operações que envolvem manufatura e distribuição de suprimentos agrícolas; operações produtivas nas fazendas; e armazenamento, processamento, e distribuição de *commodities* agrícolas e produtos feitos a partir destas”³²⁶.

Para os referidos autores idealizadores do conceito de *agribusiness*, a principal evolução da atividade ocorreu pela transação de um *status* de autossuficiência do setor primário, para uma interdependência produtiva entre os setores, agentes e instituições vinculadas direta e indiretamente à produção³²⁷. Inobstante, para Davis, o ponto focal está na transformação de mera agricultura para negócio composto por elos:

In general, the spokespersons for major economic interests—including rural leaders, businessmen, members of government, and

³²⁴ Cooperativas agrícolas; pecuárias; empresas de insumos; agricultura; pecuária; trading, por exemplo.

³²⁵ A palavra foi adaptada para Agronegócio no Brasil.

³²⁶ DAVIS, John Herbert; GOLDBERG, Ray. **A concept of agribusiness**. Division of research. Graduate School of Business Administration. Boston: Harvard University, 1957, p. 2.

³²⁷ DAVIS, John Herbert; GOLDBERG, Ray. **A concept of agribusiness**. Division of research. Graduate School of Business Administration. Boston: Harvard University, 1957, p. 120.

even professional experts-have been slow to grasp the magnitude of the evolving forces that convert agriculture into agribusiness and agricultural problems into business problems. They have been slow to recognize the inevitability of the changes inherent in the application of better Technologies changes such as increased units, organization, managerial competence, technical knowledge, capital requirements, and market potential.^{328 329}

Devido a estes novos atributos (qualidade do produto; classificação; rotulagem; certificação e rastreabilidade; maior coordenação vertical na relação entre varejo, processamento, agroindústria e produtores rurais), os agricultores foram inclinados a se tornarem administradores de seus empreendimentos, e desse fato emerge a necessidade de tomar decisões, como, por exemplo, a análise e assinatura de contratos empresariais com indústrias que fornecem máquinas e insumos para sua atividade-fim (mecanização, agricultura de precisão, irrigação, biotecnologia)³³⁰.

No Brasil, o termo agronegócio apareceu publicado apenas em 1957, ou seja, 40 anos depois da idealização pelos professores de Harvard. Contudo, a conceituação brasileira guarda a visão sistêmica de que o agronegócio é composto por elos, em outras termos, por todas as atividades que viabilizam o agronegócio e que comumente são referidas como sendo atividades de “antes, dentro da fazenda e fora da porteira”³³¹.

O Brasil se destaca no setor, justamente pela sua abundância de recursos naturais, sendo recorrentemente denominado como o celeiro do mundo. Alguns dados corroboram para tal afirmativa, como por exemplo, ao fato de que o agronegócio representa 26,6% no PIB brasileiro em 2020,

³²⁸ Em tradução livre: Em geral, os porta-vozes de grandes interesses econômicos – incluindo líderes rurais, empresários, membros do governo, e mesmo especialistas profissionais – têm demorado a compreender a magnitude das forças evolutivas que convertem agricultura em agronegócio e problemas agrícolas em problemas empresariais. Eles têm demorado a reconhecer a inevitabilidade das mudanças inerentes à aplicação de melhores tecnologias mudanças como aumento das unidades, organização, competência gerencial, conhecimento técnico, necessidade de capital, e potencial de mercado.

³²⁹ DAVIS, John Herbert; GOLDBERG, Ray. **A concept of agribusiness**. Division of reserach. Graduate School of Business Administration. Boston: Harvard University, 1957, p. 173.

³³⁰ JANK, Marcos Sawaya. **Agronegócio versus agricultura familiar?**. Disponível em: <https://www.milkpoint.com.br/noticias-e-mercado/giro-noticias/agronegocio-versus-agricultura-familiar-24457n.aspx>. Acesso em: 20 mar. 2021.

³³¹ FAVA NEVES, Marcos. **Vai agronegócio! 25 anos cumprindo missão vitoriosa**. 1.ed. Editora Canaeste, 2016 p. 14.

totalizando R\$ 7,45 trilhões³³². Ainda que a ocorrência da pandemia de COVID-19 tenha afetado todos os setores da economia, o PIB teve alta para todos os segmentos do agronegócio, até mesmo para a agroindústria, que foi o segmento mais prejudicado pela pandemia. Por outro lado, destacam-se que dois ramos que compõem o agronegócio e que tiveram importante crescimento nesta pandemia: o agrícola, com alta de 24,2%; e o pecuário, com crescimento de 24,56%.

Ademais, em estudo elaborado pela Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA) em conjunto com o Conselho do Agro, apontou-se que para o devido desenvolvimento tecnológico no campo é preciso:

- (i) superar as barreiras que impedem que o Brasil tenha uma infraestrutura espacial abrangente e que permita a conectividade de alta qualidade para todos os que habitam dentro de nossas fronteiras;
- (ii) sistematizar o arcabouço normativo aplicável ao desenvolvimento científico e tecnológico, incentivar e fomentar a cultura de patentes nas instituições científicas brasileiras e aperfeiçoar as ferramentas de gestão de órgãos fundamentais para a inovação tecnológica, especialmente o que é responsável pelo registro de patentes, área reconhecida como excessivamente morosa no Brasil e;
- (iii) desenvolver pesquisa agropecuária focada na geração de conhecimentos e tecnologias de impacto, de modo a diminuir a burocracia e as atividades-meio³³³.

Como incentivo normativo mencionado no referido estudo da CNA, destaca-se a Lei de Inovação Tecnológica (Lei 10.973, de 2 de dezembro de 2004)³³⁴, em que há uma tentativa do legislador em realizar “incentivo

³³² CEPEA. **PIB do Agronegócio alcança participação de 26,6% no PIB brasileiro em 2020**. 10 mar. 2021, p.1. Disponível em: https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_CNA_relatorio_2020.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

³³³ CNA. **O Futuro é Agro 2018-2030: Plano de Estado**. 2018, p. 94-95. Disponível em: https://www.cnabrasil.org.br/assets/arquivos/plano_de_estado_completo_21x28cm_web.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

³³⁴ Dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, e posteriormente com o Código Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (Lei n.º 13.243, de 11 de janeiro de 2016)

à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País”³³⁵, demonstrando que o uso da tecnologia já tem seu reconhecimento legislativo inerente ao desenvolvimento da nação, independente do seu setor de aplicação.

Contudo, é importante recordar que o excesso de regulamentação pode se enquadrar no conceito de falha de governo, e para buscar combater este problema³³⁶ que se faz presente no Brasil, e a fim de fornecer parâmetros mais seguros para a iniciativa privada, o Poder Executivo encaminhou ao Congresso Nacional a Medida Provisória nº 881/2019, que posteriormente foi convertida na Lei nº 13.874/2019, conhecida como Declaração de Direitos de Liberdade Econômica (DDLE).

Retornando à tecnologia, pontua-se que a modernização no agronegócio foi consequência direta do desenvolvimento tecnológico, a “maior velocidade no fluxo das informações e, principalmente, da tecnologia que cada vez mais especificam as atividades de produção de fertilizantes, defensivos, máquinas e implementos, rações e pesquisa”³³⁷ permitiram a especialização do agronegócio e a abertura de empresas para aplicação em cada meio de produção.

Percebe-se que o uso das novas tecnologias no campo corresponde aos preceitos constitucionais, principalmente quanto ao desenvolvimento econômico sustentável, na medida em que “tais ferramentas e processos permitirão o uso da nossa base de recursos naturais de forma mais inteligente, garantindo mais produtividade, eficiência e sustentabilidade”³³⁸

³³⁵Art. 1º Esta Lei estabelece medidas de incentivo à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, com vistas à capacitação tecnológica, ao alcance da autonomia tecnológica e ao desenvolvimento do sistema produtivo nacional e regional do País, nos termos dos arts. 23, 24, 167, 200, 213, 218, 219 e 219-A da Constituição Federal de 1988.

³³⁶ FRASER INSTITUTE. **Economic Freedom**, 2017. Disponível em: <https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/map?geozone=world&page=map&year=2017&countries=BRA>. Acesso em: 28 mar. 2021.

³³⁷ FAVA NEVES, Marcos. **Vai agronegócio! 25 anos cumprindo missão vitoriosa**. 1.ed. Editora Canaeste, 2016 p. 12.

³³⁸ EMBRAPA. Agricultura, Sustentabilidade e Tecnologia, Especial Embrapa, **Agroanalysis fevereiro de 2012**, p.4. Disponível em:

. Para tanto, induz ao Estado que adote uma economia capitalista – tal como a brasileira – em que as organizações são um dos principais mecanismos de aceleração de desenvolvimento, na medida que criam e fazem circular as riquezas em maior proporção. A fim de que seja possível atender a uma demanda cada vez maior do mercado (seja qualitativa ou quantitativa), o crescimento da empresa deve ser proporcional às suas atividades³³⁹.

Sobre a demanda cada vez maior do mercado, a produção de alimentos consiste em uma preocupação mundial diante da estimativa de que a população chegue a 10 bilhões em 2050³⁴⁰, e a segurança alimentar pode contar com a contribuição do Brasil, considerando a característica tropical que viabiliza até quatro safras anuais, a utilização de 7,8% da extensão territorial³⁴¹ para produção de todas as culturas plantadas e o desenvolvimento tecnológico.

Assim, diante de um mercado concorrencial cada vez mais especializado, a tecnologia da rastreabilidade de produtos agrícolas tem se tornado uma adoção estratégica, tendo em vista que o produto agrícola percorre diversas etapas até chegar ao consumidor final, e a rastreabilidade permite deter o controle de informações referente ao processo, produto, pessoal e ou serviço, montante de um elo de cadeia ou de um departamento interno de uma empresa, por meio de um “histórico” do produto³⁴².

De acordo com a *International Organization for Standardization* (ISO), por meio da ISO 22005:2007, que fornece os princípios e especifica

<https://www.alice.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/1028545/1/AgriculturaSustentabilidadeeTecnologia.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

³³⁹ COSTA, Aron Vitor Fraiz; BAZZANEZE, Ricardo. A Análise Econômica do Direito da Joint Venture como Instrumento de Eficiência: Estudo de caso da Hyundai e Aptiv. In: GONÇALVES, Oksandro (Org.). **Análise Econômica do Direito**: Resultado de Pesquisa do Graed. Belo Horizonte: Senso, 2020, p. 103.

³⁴⁰ FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. The Future of food and agriculture. **Trends and Challenges**, Rome, 2017. Disponível em: <http://www.fao.org/3/i6583e/i6583e.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

³⁴¹ EMBRAPA. **Síntese Ocupação e Uso das Terras no Brasil**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/car/sintese#:~:text=Elas%20protegem%2010%2C4%25%20do,24%2C2%25%20do%20Brasil>. Acesso em: 28 mar. 2021.

³⁴² VINHOLIS, Marcela de Mello Brandão; AZEVEDO, Paulo Furquim de. Efeito da rastreabilidade no sistema agroindustrial da carne bovina brasileira. **World Congress Of Rural Sociology**, 10., v.1, pp. 1-14, Rio de Janeiro, 2000, p. 3.

os requisitos básicos para o projeto e implementação de um sistema de rastreabilidade de rações e alimentos, a rastreabilidade é a “capacidade de acompanhar o movimento de uma ração ou alimento por meio de estágios especificados de produção, processamento e distribuição”³⁴³.

Ainda, o uso da tecnologia de rastreamento abarca objetivos essenciais como a facilitação do monitoramento direcionado de potenciais efeitos à saúde humana ou ao meio ambiente; a retirada de produtos no caso de um risco imprevisto para a saúde humana ou o meio ambiente, e para facilitar o controle e a implementação de requisitos de rotulagem³⁴⁴.

A implementação de sistemas de rastreabilidade permite amenizar o problema da insegurança alimentar³⁴⁵. Dispor de informações com agilidade e precisão permite que as empresas agroalimentares gerenciem melhor os riscos e respondam a emergências, *recalls* e retiradas³⁴⁶ e, conseqüentemente, a eficácia deste mecanismo reduz o tempo de resposta, proporcionando acesso mais rápido a informações relevantes e confiáveis, ajudando assim a determinar a origem e a localização dos produtos envolvidos.

Assim, é possível apontar que os sistemas de rastreabilidade se apresentam como uma estrutura de integração vertical, isto é, a coordenação da produção internalizada no âmbito da própria firma permite com que o próprio agente econômico realize tomadas de decisões que, “se levadas ao âmbito do mercado e do seu sistema de preços, seriam mais custosas”³⁴⁷.

³⁴³ ISO. **Traceability in the feed and food chain**: General principles and basic requirements for system design and implementation. Disponível em: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:22005:ed-1:v1:en>. Acesso em: 20 mar. 2021.

³⁴⁴ MIRAGLIA et al. Detection and traceability of genetically modified organisms in the food production chain, **Food and Chemical Toxicology**, 42, pp. 1157–1180, 2004, p. 1160.

³⁴⁵ “Diferente da segurança alimentar, que se refere à necessidade de se impedir a fome por carência de alimento, a segurança do alimento consiste na preocupação em assegurar qualidade e segurança aos alimentos que são levados às mesas dos consumidores” MILKIEWICZ, Larissa; PHILIPPI, Mariana Gmach. Segurança alimentar e segurança do alimento: desafios e perspectivas a partir do covid-19. **Migalhas**. 29 de abril de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/325756/seguranca-alimentar-e-seguranca-do-alimento-desafios-e-perspectivas-a-partir-do-covid-19>. Acesso em: 19 mar. 2021.

³⁴⁶ INTERNATIONAL TRADE CENTRE. Traceability in Food and Agricultural Products, **Bulletin** N. 91/2015, 2015, p. 2.

³⁴⁷ CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os custos de transação no contrato de integração, **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 136, dezembro, 2014, p. 251.

A crescente importância econômica do agronegócio exige soluções e arranjos jurídicos cada vez mais complexos³⁴⁸, bem como a constante busca de mecanismos cada vez mais eficazes para estimular suas atividades produtivas e promover a livre iniciativa e a inovação, atentando-se aos preceitos constitucionais de desenvolvimento sustentável.

3. A relação do crescimento econômico e os impactos ambientais sob análise da Curva Ambiental de Kuznets (CAK)

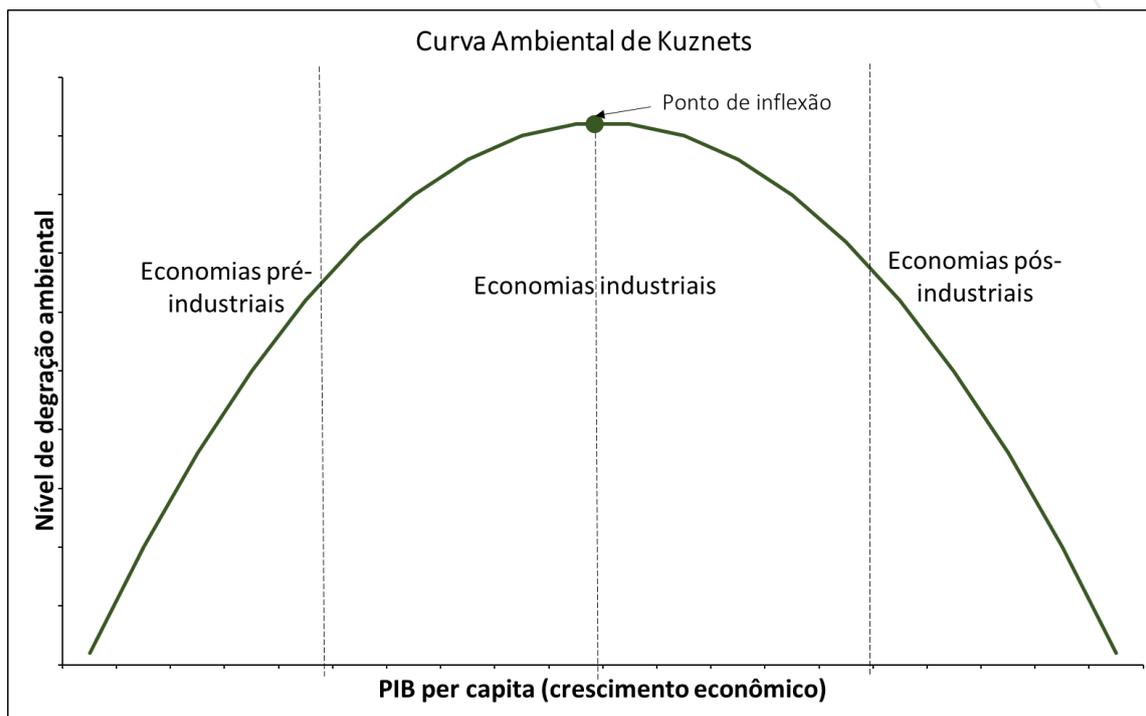
A hipótese da Curva Ambiental de Kuznets (CAK) demonstra a relação entre indicadores de impactos ao meio ambiente e da renda *per capita* ilustrada pela “forma de um U invertido, mostrando a relação entre o crescimento econômico e a pressão sobre o meio ambiente por meio de métodos empíricos que foram repetidos e confirmados, nos países em desenvolvimento”³⁴⁹. Para tanto, o crescimento econômico urbano ou agrário, para a geração de riquezas, acarretaria no desenvolvimento econômico do país e na conseqüente degradação ambiental, porém, a degradação encontraria um ponto máximo, momento em que a referida deterioração ambiental seria reduzida justamente pelo crescimento da economia já decorrido³⁵⁰, como é ilustrado na Figura 2.

³⁴⁸ CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. Agronegócio e o direito comercial brasileiro: a contribuição do pls 487/2013 para o surgimento de um novo sub-ramo desse direito. In: PARRA, Rafaela Aiex (Org.). **Direito Aplicado ao Agronegócio: Uma análise multidisciplinar**. Londrina: Editora Thoth, 2018, p. 26.

³⁴⁹ ZICA, Fabiano Eustáquio; MOREIRA, Victoria Lara. A curva de Kuznets ambiental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. **Análise Econômica do Direito: Justiça e Desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016, p. 41.

³⁵⁰ MILKIEWICZ, Larissa. **Tratamento Ambiental do Agrotóxico no Brasil Contemporâneo**. Porto: Editorial Juruá, 2020, p. 45.

FIGURA 2 - Curva Ambiental De Kuznets (CAK)



Fonte: Elaborado pelos autores

A partir da Figura 2, é possível concluir que no centro da curva há a inflexão da degradação em relação ao crescimento econômico e, a partir de então, reduzirá a deterioração ambiental, mas isso desde que haja a transição de um país em desenvolvimento para uma economia desenvolvida³⁵¹.

Sob esta visão da CAK, ao passo que a industrialização e a modernização agrícola podem inicialmente levar ao aumento da poluição, outros fatores podem causar uma eventual retração. De acordo com os economistas Selden e Song entre estes fatores estão:

- (i) elasticidades positivas de renda para a qualidade ambiental; (ii) mudanças na composição da produção e consumo; (iii) aumento dos níveis de educação e conscientização ambiental; e (iv) sistemas políticos mais abertos. Ou seja, a trajetória de desenvolvimento da poluição provavelmente refletirá tanto as forças de mercado quanto as mudanças na regulamentação governamental. Como resultado, é razoável esperar que as economias passem por "estágios de desenvolvimento", nos quais

³⁵¹ MILKIEWICZ, Larissa. **Tratamento Ambiental do Agrotóxico no Brasil Contemporâneo**. Porto: Editorial Juruá, 2020, p.45.

pele menos alguns aspectos da qualidade ambiental primeiro deterioram e depois melhoram.³⁵²

Como resultado, o progresso tecnológico que, perfaz como fundamental ao crescimento econômico, pode ser de igual forma fundamental à existência da Curva Ambiental de Kuznets (CAK).

Ademais, sob outra análise, partindo da premissa de que os recursos são escassos³⁵³, o aumento da produtividade dos recursos naturais se torna possível justamente ao fato de que a degradação ambiental pode ser um desperdício econômico. Seja como for, os custos inerentes à produção, distribuição, barganha e perdas, por exemplo, “estão embutidos nos preços dos produtos, fazendo com que os consumidores paguem, sem perceber, pela má utilização dos recursos”³⁵⁴.

Vale lembrar que o uso da tecnologia de rastreabilidade possibilita a disponibilização de informações e o melhor gerenciamento de todas as etapas pelas quais determinado bem agrícola irá passar até seu estágio final, viabilizando o aumento da qualidade do produto e, conseqüentemente, de seu valor econômico. As inovações tecnológicas permitem o uso mais racional dos recursos, aumentando a produtividade e tornando a empresa mais competitiva, pela redução de custos e/ou pela melhoria de seus produtos³⁵⁵ pelos quais os agentes econômicos estariam

³⁵² No original: “There is an emerging consensus that at least some forms of pollution exhibit inverted-U, or “Kuznets”, relationships with economic development. That is, while industrialization and agricultural modernization may initially lead to increases pollution, other factors may cause an eventual downturn, at least for some pollutants. Among these factors are: (i) positive income elasticities for environmental quality; (ii) changes in the composition of production and consumption; (iii) increasing levels of education and environmental awareness; and (iv) more open political systems. That is, the development trajectory for pollution is likely to reflect both market forces and changes in government regulation. As a result it is reasonable to expect that economies would pass through “stages of development”, in which at least some aspects of environmental quality first deteriorate and then improve.” SELDEN, Thomas M.; SONG, Daqing. *Environmental Quality and Development: Is There a Kuznets Curve for Air Pollution Emissions?* **Journal of Environmental Economics and Management**. v. 27, p. 147 - 162, 1994, p.1.

³⁵³ Fernando Araújo afirma que: “apesar das muitas divergências doutrinárias que existem, praticamente não há nenhum economista que não concorde de que o problema econômico fundamental é o da escassez, e que por isso o objetivo essencial da ciência econômica é o de encontrar soluções – sistemas, instituições – que permitam a minimização (e o equilíbrio) dessa escassez [...]”. ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. Coimbra: Almedina, 2005. p. 20.

³⁵⁴ LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira. *Industrialização, meio ambiente, inovação e competitividade*. In: MAY, Peter H. (Org.). **Economia do meio ambiente: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 211.

³⁵⁵ Idem, p. 212.

dispostos a pagar mais ou, ainda, pressionados a desenvolver melhorias nos próprios produtos. Dessa forma, é passível de conclusão que “o próprio desenvolvimento tecnológico implica tanto em aumento de produtividade, como também na adoção mais intensa de tecnologias cada vez mais “limpas””³⁵⁶.

Segundo o Teorema de Coase, em um cenário em que os direitos de propriedade estiverem bem definidos e os custos para a transação/interação entre os agentes forem irrelevantes, a negociação direta entre os agentes econômicos resultaria na maximização do bem-estar social. Portanto, a interdependência econômica entre agentes “definiria a motivação para a realização de barganhas que levassem a resultados socialmente eficientes, não importando a distribuição dos direitos de propriedade entre as partes”³⁵⁷.

Por outro lado, Coase elucida que os custos de transação se apresentam como um freio às relações negociais, sabendo que a negociação satisfatória estaria na alocação eficiente dos recursos³⁵⁸.

Com isso, a adoção da tecnologia de rastreabilidade de produtos agrícolas se apresenta como incentivo aos agentes econômicos tendo em vista que os custos de transação são minimizados se nas interações entre os agentes, há confiança, conhecimento dos recursos utilizados e o *know-how*³⁵⁹. Em sentido contrário, quando se vislumbra a assimetria informacional, o processo da tomada de decisão se apresenta como um problema, elevando os custos e afastando um resultado ótimo daquela transação entre os agentes³⁶⁰.

³⁵⁶ ARRAES, Ronaldo A; DINIZ, Marcelo B.; DINIZ, Márcia J. T. Curva ambiental de Kuznets e desenvolvimento econômico sustentável, **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Brasília, v. 44, n. 3, p. 525-547, jul/set, 2006, p.531.

³⁵⁷ SANTOS, Luan; PEREIRA JUNIOR, Amaro Olímpio; LUCENA, André Frossard Pereira de. Economia do Meio Ambiente: Falhas de Mercado e Instrumentos de Política Ambiental. In: **Economia do Meio Ambiente e da Energia: Fundamentos teóricos e aplicação**. SANTOS, Thauan; SANTOS, Luan. (Org.). 1.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2018, p.71.

³⁵⁸ COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, v. 3 (Oct. 1960), pp. 1-44. **University of Chicago Press**. October, 1960, p.15.

³⁵⁹ GULATI, Ranjay; NOHRIA, Nitin; ZAHEER, Akbar. Strategic Networks. **Strategic Management Journal**, Strat. Mgmt. J., 21: 203–215 (2000), p. 207.

³⁶⁰ ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007, P. 282-283.

De todo modo, é possível vislumbrar que a rastreabilidade se apresenta como solução, reduzindo os custos de transação, incentivando o fluxo de ativos, a concorrência do mercado, a melhoria dos produtos, a governança empresarial acerca do cumprimento das exigências legais ambientais e o desenvolvimento econômico sustentável.

Assim, a tecnologia de rastreabilidade no agronegócio vai ao encontro dos ditames constitucionais em busca do desenvolvimento econômico e sustentável, mostrando que os benefícios inerentes ao uso da referida tecnologia nos produtos agrícolas permeiam tanto as relações privadas (maior poder de barganha, posicionamento como *player* competitivo, melhoria da qualidade do produto e melhoria no poder de controle operacional) como as públicas (aumento do desenvolvimento econômico, social e ambiental), materializada pelo desenvolvimento econômico do Estado, permitindo concluir que “um desenvolvimento maior da economia permite reduzir a exploração ambiental, exatamente como diz a Curva Ambiental de Kuznets”³⁶¹.

Considerações Finais

Os Censos Agropecuários de 1995-1996, 2006 e 2017, únicos realizados até então no Brasil, demonstram que “a tecnologia explicou a maior³⁶² parte do crescimento, 50,6%, 56,8% e 60,6%, respectivamente, nos anos 1995-1996, 2006 e 2017”³⁶³ do crescimento do Valor Bruto da Produção (VBP) do Brasil, tendo, portanto, importância para a ascensão do agronegócio econômico.

A balança comercial do agronegócio brasileiro, referente ao período de 2015 a 2019, é positiva e superior ao saldo comercial de toda a

³⁶¹ ZICA, Fabiano Eustáquio; MOREIRA, Victoria Lara. A curva de Kuznets ambiental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. **Análise Econômica do Direito: Justiça e Desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016, p. 4.

³⁶² Atividade econômica de cultivo da terra e de criação de animais.

³⁶³ VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro; GASQUES, José Garcia; RONSOM, Sílvia. Inovação e Expansão Agropecuária Brasileira, p. 127. In: VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro; GASQUES, José Garcia, (org). **Uma jornada pelos contrastes do Brasil: Cem anos do Censo Agropecuário**. Brasília: IPEA, IBGE, 2020.

economia do país, e este aspecto ratifica a relevância econômica desta atividade. Sob a perspectiva do desenvolvimento econômico, pontualmente sobre o aspecto ambiental, entende-se que as atividades econômicas devem cumprir com as exigências legais de proteção do meio ambiente e, portanto, garantir o direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A partir do Teorema de Coase, compreende-se que os custos de transação são mitigados se presente a adoção de tecnologias de rastreabilidade da produção agrícola, pois, com isso, há transparência informacional acerca do produto-fim, gerando confiança entre os agentes.

A rastreabilidade tecnológica da produção agrícola se apresenta como solução, reduzindo os custos de transação, incentivando o fluxo de ativos, a concorrência do mercado, a melhoria dos produtos, a governança empresarial acerca do cumprimento das exigências legais ambientais e o desenvolvimento econômico sustentável.

Por fim, com a tendência global de um mundo conectado e as benesses inerentes à tecnologia, como por exemplo, a rastreabilidade, o Brasil tem potencial de ser produtor sustentável de alimentos para atender à futura demanda a partir das estimativas de que a população mundial chegue a 10 bilhões em 2050. Este potencial pode ser concretizado em razão da tecnologia e do arcabouço legal existente no país que visa assegurar o desenvolvimento econômico sustentável sem excluir a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado às presentes e futuras gerações.

Referências Bibliográficas

AGUSTINHO, Eduardo Oliveira; RIBEIRO, Márcia Carla. Economia Institucional e Nova Economia Institucional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise Econômica do Direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. **Direito ao desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

- ARAÚJO, Fernando. **Introdução à economia**. Coimbra: Almedina, 2005.
- ARAÚJO, Fernando. **Teoria Econômica do Contrato**. Coimbra: Almedina, 2007.
- ARRAES, Ronaldo A; DINIZ, Marcelo B.; DINIZ, Márcia J. T. Curva ambiental de Kuznets e desenvolvimento econômico sustentável, **Revista de Economia e Sociologia Rural**, Brasília, v. 44, n. 3, p. 525-547, jul/set, 2006.
- MILKIEWICZ, Larissa; PHILIPPI, Mariana Gmach. **Segurança alimentar e segurança do alimento: desafios e perspectivas a partir do covid-19**. Migalhas. 29 de abril de 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/325756/seguranca-alimentar-e-seguranca-do-alimento-desafios-e-perspectivas-a-partir-do-covid-19>. Acesso em: 19 mar. 2021.
- BLANCHARD, Olivier. **Macroeconomia**. 4. Ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.
- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 13. ed. São Paulo: Brasiliense, 1983.
- CASSI, Guilherme Helfenberger Galino; GONÇALVES, Oksandro Osdival. Os custos de transação no contrato de integração, **Revista da AJURIS**, v. 41, n. 136, dezembro, 2014.
- CASTRO, Rogério Alexandre de Oliveira. Agronegócio e o direito comercial brasileiro: a contribuição do pls 487/2013 para o surgimento de um novo subramo desse direito. In: PARRA, Rafaela Aiex (Org.). **Direito Aplicado ao Agronegócio: Uma análise multidisciplinar**. Londrina: Editora Thoth, 2018.
- CEPEA. **PIB do Agronegócio alcança participação de 26,6% no PIB brasileiro em 2020**. 10 mar. 2021, p.1. Disponível em: https://www.cepea.esalq.usp.br/upload/kceditor/files/Cepea_CNA_relatorio_2020.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.
- CNA. **O Futuro é Agro 2018-2030: Plano de Estado**. 2018, p. 94-95. Disponível em: https://www.cnabrazil.org.br/assets/arquivos/plano_de_estado_completo_21x28cm_web.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.
- COASE, Ronald. The problem of social cost. **Journal of Law and Economics**, v. 3 (Oct. 1960), pp. 1-44. University of Chicago Press. October, 1960.
- COSTA, Aron Vitor Fraiz; BAZZANEZE, Ricardo. A Análise Econômica do Direito da Joint Venture como Instrumento de Eficiência: Estudo de caso da Hyundai e Aptiv. In: GONÇALVES, Oksandro (Org.). **Análise Econômica do Direito: Resultado de Pesquisa do Graed**. Belo Horizonte: Senso, 2020.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos, **Revista Seqüência** (Florianópolis), n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

DAVIS, John Herbert; GOLDBERG, Ray. **A concept of agribusiness**. Division of reserach. Graduate School of Business Administration. Boston: Harvard University, 1957.

EMBRAPA. **Agricultura, Sustentabilidade e Tecnologia, Especial Embrapa**, Agroanalysis fevereiro de 2012, p.4. Disponível em: <https://www.alice.cnptia.embrapa.br/bitstream/doc/1028545/1/AgriculturaSustentabilidadeeTecnologia.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2021.

EMBRAPA. **Síntese Ocupação e Uso das Terras no Brasil**. Disponível em: <https://www.embrapa.br/car/sintese#:~:text=Elas%20protegem%2010%2C4%25%20do,24%2C2%25%20do%20Brasil>. Acesso em: 28 mar. 2021.

FAVA NEVES, Marcos. **Vai agronegócio! 25 anos cumprindo missão vitoriosa**. 1.ed. Editora Canaoeste, 2016.

FOOD AND AGRICULTURE ORGANIZATION OF THE UNITED NATIONS. **The Future of food and agriculture**. Trends and Challenges, Rome, 2017. Disponível em: <http://www.fao.org/3/i6583e/i6583e.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2021.

FRASER INSTITUTE. **Economic Freedom**, 2017. Disponível em: <https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/map?geozone=world&page=map&year=2017&countries=BRA>. Acesso em: 28 mar. 2021.

GALA, Paulo. A teoria institucional de Douglass North, **Revista de Economia Política**, vol. 23, nº 2 (90), pp. 276-292, abril junho/2003.

GODOY, Sandro Marcos. **O Meio Ambiente e a função socioambiental da empresa**. 1.ed. São Paulo: Birigui, 2017.

GULATI, Ranjay; NOHRIA, Nitin; ZAHEER, Akbar. Strategic Networks. **Strategic Management Journal**, Strat. Mgmt. J., 21: 203–215 (2000).

INTERNATIONAL TRADE CENTRE. **Traceability in Food and Agricultural Products**, Bulletin N. 91/2015, 2015.

ISO. **Traceability in the feed and food chain: General principles and basic requirements for system design and implementation**. Disponível em: <https://www.iso.org/obp/ui/#iso:std:iso:22005:ed-1:v1:en>. Acesso em: 20 mar. 2021.

JANK, Marcos Sawaya. **Agronegócio versus agricultura familiar?**. Disponível em: <https://www.milkpoint.com.br/noticias-e-mercado/giro-noticias/agronegocio-versus-agricultura-familiar-24457n.aspx>. Acesso em: 20 mar. 2021.

LUSTOSA, Maria Cecília Junqueira. Industrialização, meio ambiente, inovação e competitividade. In: MAY, Peter H. (Org.). **Economia do meio ambiente: teoria e prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MILKIEWICZ, Larissa. **Tratamento Ambiental do Agrotóxico no Brasil Contemporâneo**. Porto: Editorial Juruá, 2020.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO. **Indicadores Gerais Agrostat**. Dados Disponíveis até nov/2020. Disponível: <http://indicadores.agricultura.gov.br/agrostat/index.htm/> Acesso em: 28 mar. 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Balança comercial brasileira: Acumulado do ano. Disponível: <http://www.mdic.gov.br/index.php/comercio-externo/estatisticas-de-comercio-externo/balanca-comercial-brasileira-acumulado-do-ano>. Acesso em: 28 mar. 2021.

MIRAGLIA et al. Detection and traceability of genetically modified organisms in the food production chain, **Food and Chemical Toxicology**, 42, pp. 1157–1180, 2004.

MORAES JUNIOR, Ariel Salete de. Proteção do Meio Ambiente e um contexto econômico. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; SOUZA, José Washington Nascimento de. **Direito Econômico e Socioambiental**. 1.ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2014.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento**. Resolução nº 41/128, da Assembleia Geral das Nações Unidas, realizada em dezembro de 1986. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-econteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/decl_direito_ao_desenvolvimento.pdf. Acesso em: 20 mar. 2021.

NORTH, Douglass Cicil. Institutions and the performance of economics over time. In: CLAUDE MÉNARD, Claude; SHIRLEY, Mary M. **Handbook of new institucional economics**. Germany: Springer, 2008.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SACHS, Ignacy. **Desenvolvimento: incluyente, sustentável, sustentado**. Rio de Janeiro: Garamond, 2008.

SANTOS, Luan; PEREIRA JUNIOR, Amaro Olímpio; LUCENA, André Frossard Pereira de. Economia do Meio Ambiente: Falhas de Mercado e Instrumentos de Política Ambiental. In: **Economia do Meio Ambiente e da Energia: Fundamentos teóricos e aplicação**. SANTOS, Thauan; SANTOS, Luan. (Org.). 1.ed. Rio de Janeiro: LTC, 2018.

SELDEN, Thomas M.; SONG, Daqing. Environmental Quality and Development: Is There a Kuznets Curve for Air Pollution Emissions? **Journal of Environmental Economics and Management**. v. 27, p. 147 - 162, 1994.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. SILVA, 2010.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição: conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOARES, Inês Virgínia Prado. Direito ao desenvolvimento e justiça de transição: conexões e alguns dilemas. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (Coord.). **Direito ao desenvolvimento**. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. De como a natureza foi expulsa da modernidade. **Revista Crítica do Direito**, v. 66, n. 5, p. 88-106, ago./dez., 2015.

TIMM, Luciano Benetti. Análise Econômica do Direito da Obrigações e Contratos Comerciais. In COELHO, Fábio Ulhoa et al. **Tratado de Direito Comercial**. Volume 5: obrigações e contratos empresariais. São Paulo: Saraiva, 2015.

UNITED NATIONS. Our Common Future. Disponível em: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>. Acesso em: 20 mar. 2021.

VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro; GASQUES, José Garcia; RONSOM, Sílvia. Inovação e Expansão Agropecuária Brasileira. In: VIEIRA FILHO, José Eustáquio Ribeiro; GASQUES, José Garcia, (org). **Uma jornada pelos contrastes do Brasil: Cem anos do Censo Agropecuário**. Brasília: IPEA, IBGE, 2020.

VINHOLIS, Marcela de Mello Brandão; AZEVEDO, Paulo Furquim de. **Efeito da rastreabilidade no sistema agroindustrial da carne bovina brasileira**. World Congress Of Rural Sociology, 10., v.1, pp. 1-14, Rio de Janeiro, 2000.

ZICA, Fabiano Eustáquio; MOREIRA, Victoria Lara. A curva de Kuznets ambiental. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo; KLEIN, Vinicius. **Análise Econômica do Direito: Justiça e Desenvolvimento**. Curitiba: CRV, 2016.

Machine learning: Regulatory control of stock manipulation in social media

Mariana Urban

Abstract: The speed of information and social media influence has exponentially evolved with technology over the last decade. As a consequence, regulatory authorities are facing increasing challenges to detect stock manipulation in the digital era. Through a literature and case study review, this essay discusses strategies for the regulatory authorities to detect stock manipulation through social media to protect Brazilian investors. The outcome of this review includes assessing how the CVM (*Comissão de Valores Mobiliários*), or the Brazilian Securities and Exchange Commission, may enhance the enforcement against such misconducts through machine learning technology based on the international experience.

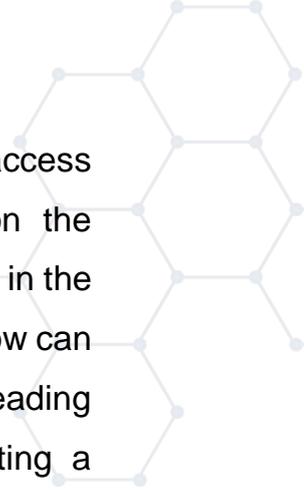
Key-words: Machine learning; Social media; Stock manipulation; Capital markets; Digital influence.

Resumo: A velocidade das informações e a influência das redes sociais evoluíram exponencialmente com a tecnologia durante a última década. Como consequência, as autoridades reguladoras estão enfrentando desafios crescentes para detectar a manipulação de valores mobiliários na era digital. Através de uma revisão bibliográfica e estudo de caso, este artigo visa discutir estratégias para as autoridades reguladoras detectarem a manipulação de ações através das mídias sociais de forma a protegerem os investidores brasileiros. O resultado deste artigo inclui avaliar como a Comissão de Valores Mobiliários pode intensificar o monitoramento e a aplicação de suas regras regulatórias contra tais atos ilícitos através de *machine learning* com base na experiência internacional.

Palavras-chave: Inteligência artificial; Redes sociais; Manipulação de valores mobiliários; Mercado de capitais; Influência digital.

Introduction

Investment recommendations from financial influencers have been receiving increased visibility over the last few years through social media and digital platforms such as Instagram, Twitter, and YouTube (BOLZANI, 2020). Financial analysis is being sold as merchandise on social media, brands are being built around stock recommendations and the traditional narrative that the access to financial markets is limited to selected people is being challenged by a more inclusive culture marked by the narrative that “anyone can reach the first million if the right strategy is being



followed”. This rebranding of the investment culture, greater access through social media and risks of stock manipulation based on the inexperience of new non-institutional investors have been discussed in the past by the CVM, but now the debate finally reached the spotlight. How can regulatory authorities ensure that anonymous profiles spreading independent financial advice to millions of followers and promoting a culture obsessed with finding a shortcut to the first million in social media will not become a potential mechanism for stock manipulation?

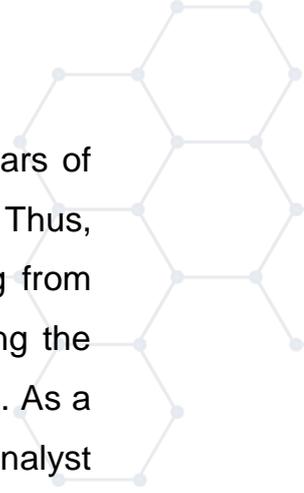
From a literature and case study review, this essay discusses recent developments and assesses how the use of machine learning technology could help the CVM with the enforcement against illegal disruptions in the Brazilian financial market. This review will be structured as follows: (1) the vulnerability of non-institutional investors, which discusses how the market has historically impacted non-institutional investors amidst financial and corporate crises and the current profile of the typical non-institutional Brazilian investor; (2) stock manipulation and social media, which discusses how social media can impact decision-making, and how the GameStop case influenced the discussions of social media in the financial markets; (3) the Brazilian regulatory framework, which discusses certain relevant Brazilian regulatory measures and policies designed to combat stock manipulation; and (4) machine learning and regulatory enforcement against stock manipulation, which discusses the use of machine learning by regulatory authorities to track, monitor and control the spread of misinformation and stock manipulation through social media. The expected outcome of this review includes assessing how the CVM may address the abovementioned issues based on the international experience and whether machine learning technology could be a viable tool to control the risks of a potential stock manipulation through social media.

1. The vulnerability of non-institutional investors

This section aims to unveil the vulnerability of non-institutional investors in the market. The subsection "(a) *Financial crises and the historical impact on non-institutional investors*" will discuss the economic and social impact that arose from global financial crises as a result of major corporate and banking scandals in the last few years and how the failure of financial regulatory authorities might impact society. The subsection "(b) *A profile of the average non-institutional Brazilian investor*" will flag some potential impacts on non-institutional investors in Brazil by mapping out the profile of the average Brazilian investor based on a research paper published by the Brazilian stock exchange (*Brasil, Bolsa, Balcão*, or the "B3") in December 2020.

a) Financial crises and the historical impact on non-institutional investors

Modern history has evidenced the vulnerability of non-institutional investors towards several downturns of the capital markets, as the impact of such instabilities often have a greater-than simply financial cost (COFFEE JR, 2002. pp. 1404-1435. LANGEVOORT, 2011, pp. 1209-1246). A pertinent example in the U.S. modern economy regarding the systemic risk that inadequate information can represent to the financial markets occurred in 2001, with the uncovering of the "Enron scandal" (COFFEE JR, 2002, p. 1408). Enron Corporation was a major U.S. power company that went bankrupt as a result of an systemic accounting fraud overseen by its high management and external advisors. The scheme dragged the company to a debt of approximately US\$22 billion, which included, among other things, the pension funds of its employees and investors (WEARING, 2005, pp. 67-80).



The accounting fraud consisted of concealing billions of dollars of debt that were to appear in the final balance sheet of the company. Thus, Enron hid its losses and only disclosed its profits, not only hiding from stakeholders the fact that the company was sinking, but also giving the illusion that its accounting report was highly profitable and attractive. As a result, Enron's stock prices continued to rise and financial analyst recommendations to buy Enron's stocks were ongoing, until the stock's value suddenly collapsed (COFFEE JR, 2002, p. 286) from US\$80.00 per share in December 2000 to US\$1.00 per share the following year (PAYNE, 2014, p. 06). The result of the fraud in the information provided to investors involved losses of billions of dollars to shareholders, as well as thousands of jobs. In addition to financial loss, the case led to a widespread loss of confidence in the integrity and credibility of the financial markets and major corporations (BRICKEY, 2004, p. 222).

Six years later, investors in the U.S. and worldwide faced a new crisis with the outbreak of the financial bubble created due to the increased prevalence of mortgage-backed securities insured by credit default swaps (BAILY; LITAN; JOHNSON, 2011, pp. 77-85). Amidst the lack of transparency and manipulation of information about the safety of the subprime investments and after the sudden outbreak of the financial scandal, the impact on the U.S. real estate market and the savings of individuals who believed (as advertised) that their investments were safe with seemingly-credible financial institutions, was detrimental to the financial security of thousands of American citizens (MANN, 2009, p. 1044).

The causes and effects of these two significant cases in recent history have been extensively investigated by a multitude of academic disciplines, financial commentators and regulators alike. From a regulatory perspective, it is apparent that they represent important lessons for financial markets and highlight the challenge that is the protection of investors from the spread of manipulation. This is particularly true for non-institutional investors, who are deemed more vulnerable than institutional

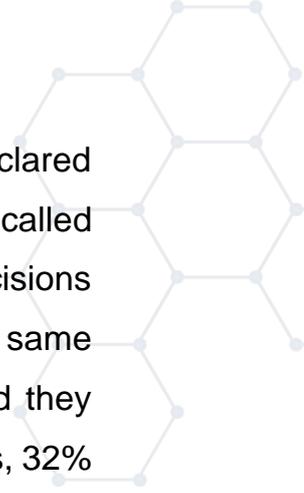
investors, since investors such as hedge funds and investment banks have structured teams of experienced investment professionals prepared to react timely to adverse market conditions. After decades of a relatively limited number of individuals trading on the stock market, Brazil is finally achieving a significant increase following a decentralization of financial institutions. However, this increase is occurring concurrently with the increasing influence of social networks in individual decision making. As a result, Brazil financial markets are becoming increasingly vulnerable to the consequences of certain deficiencies that have already affected U.S. investors over the past years.

b) A profile of the average non-institutional Brazilian investor

Between May 2019 and October 2020, approximately 2.2 million people opened an investment account to trade on the B3 (B3, 2020, p. 02). In October 2020, the B3 recorded more than 3.2 million accounts (B3, 2020, p. 03) – representing about 1.5% of the population in Brazil. Despite still being a small percentage of the total population of Brazil (approximately 212.5 million,) (IBGE, 2020), the fast increase in the number of accounts with the B3 is seen to represent the beginning of a potential "democratization"³⁶⁴ of the Brazilian capital markets.

Considering the growth in the number of non-institutional investors trading in the Brazilian stock market and the increasing interdependence in the relationship between modern society and social networks, it might not be surprising that 73% of these new 2.2 million investors declared that the

³⁶⁴ The concept of "democratization" comes from the overloaded Greek concept of "democracy", which is derived from two Greek words "demos" meaning "people" and "kratein" meaning "to rule". Although it is not uncommon to see people in the financial markets referring to the phenomenon of a "democratization" in the Brazilian capital markets, it is important to note that the profile of non-institutional investors trading in the B3 does not necessarily reflect the profile of the Brazilian society. According to the B3, of these two million new non-institutional investors, the average profile comprises of men (74%), with an average of 32 years old, with no children (30%), having a monthly income of up to R\$5 thousand (56%) and with a full-time job (62%) (B3, 2020, p. 05). It should also be noted that, despite the vast majority comprising of men, the number of women trading in the Brazilian stock market increased from 179.392 in 2018 to 809.533 in 2020 (B3, 2020, p. 11). For this reason, the narrative of advances in the "democratization" of the access to the Brazilian capital markets should be interpreted in this review as an increasing inclusion of non-institutional investors in an environment mainly composed of investment funds, professional bankers and solid companies, which does not necessarily reflect the demographics of the Brazilian population.

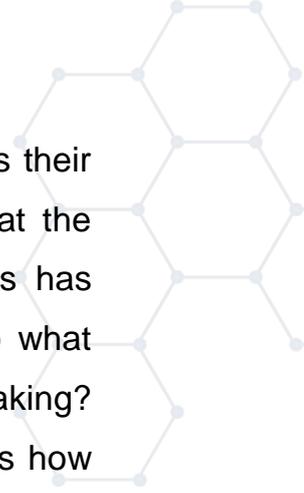


internet is their main source of investment information, and 60% declared to having sought financial guidance on YouTube and from the so-called "financial influencers". When asked if they would take financial decisions mainly or solely based on recommendations obtained through those same sources, the investors changed their answers: only 36% confirmed they would make investment decisions based on online recommendations, 32% based on financial influencers on YouTube, and 12% based on recommendations found in the social networks (B3, 2020, pp. 15-16).

However, putting the figures into perspective, those numbers are not as small as they might seem. The numbers of new investors that declared to make investment decisions mainly or solely based on recommendations from financial influencers (32%) and social networks (12%) represent about 704 thousand and 264 thousand individuals, respectively. In order to measure the economic impact of those numbers, consider a scenario in which each of those individuals invests over a 12-month period an average of R\$750 per month, or 15% of the average salary of R\$5,000 as reported in the survey, the aggregate amount of invested funds by the end of the period based on recommendations from financial influencers and social networks would be of approximately R\$6.3 billion and R\$2.4 billion, respectively. For comparison, the R\$6.3 billion and R\$2.4 billion figures were respectively greater than the market value of 240 and 176 companies listed on the B3 as of February 26, 2021 (B3, 2020). These figures become even more alarming once we consider how the algorithms of the internet and social media influence the political and economic perception of decision making.

2. Stock manipulation and social media

External and internal factors that influence decision making in investments have been increasingly discussed as a result of the growing democratization of the financial markets. The increasing access of non-institutional investors to the capital markets and to investing methods



enable individuals to pursue a more independent approach towards their investments (GABOR; BROOKS, 2017). However, considering that the main source of financial information for non-institutional investors has shifted from traditional banks to the internet and social media, to what extent is this "independence" really an empowerment in decision-making? The subsection "(a) *Social media and decision-making*" will discuss how the information we receive through social media can be predetermined by algorithms and may influence our political, social and economic perspective on society. The subsection "(b) *Case studies: GameStop and IRB*" will discuss how this influence has affected the financial markets, considering the GameStop Corp. case study in the U.S. and the attempted IRB (*Instituto de Resseguros do Brasil*) case in Brazil.

a. **Social media and decision-making**

Modern studies of economics and financial theory analysis on human behavior recognize that the classic assumption that individuals take decisions rationally after considering all available information is not accurate to the reality³⁶⁵ (THALER; SUNSTEIN, 2008). Human beings are subject to cognitive biases, which undermines the rationality in decision-making and results in a market moved by subjective factors, such as familiarity, overconfidence and risk aversion (RUDIN, 2019). This factors, among others, may vary depending on what type of information investors are exposed to, including; in this case, what type of discussions appear on their social media timeline throughout the day.

A few years ago, when discussing the influence of machine learning on daily decisions, one could have imagined a dystopian future with technologies and devices directly controlling society. The reality is that this might already be the scenario today through the machine learning that

³⁶⁵ According to the Nobel Prize-winning thesis, what can be observed in practice is that the decision-making process is based on irrationalities, whereby human rationality can be compromised by emotions and feelings in everyday life, leading to seemingly irrational and illogical choices. For further information on Nudge theory, see THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. **Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness.** Yale University Press. New Haven & London, 2008.

drives social media, also described as "Filter Bubble Landscape"³⁶⁶ (PARISER, 2018). The method by which social media are programmed by algorithms that monitor the access of their users, and allows them to have access to data such as the content, access time, details and interests of each active account. This means that the content provided to each user on the same platform gives a unique experience tailored to the behavior recorded by each active social media account, which, in turn, is designed to increase the interest and time spent on that particular platform.

The danger lies when this "tailored" experience leads to the reinforcement of one-sided, unchallenged perspectives on economic, social, and political events. By accessing only one type or perspective of the information, the user is at a risk of feeding the social media with signals to be provided only one type of data, which can trigger the creation of a self-fulfilling informational bubble, where the user is unaware of opposing discussions and thoughts on the same matter. When this one-sided influence is consistent enough to shape or confirm the opinion of people in real life through confirmation bias (JEANES, 2019)³⁶⁷, this social media influence is transferred to the economic and political aspects of society.

With the increasing participation of social media in the informational research by non-institutional investors, the decision making process for non-institutional investors may have started to shift from being influenced

³⁶⁶ "How can an algorithm be biased and have such a large impact? Currently, today's social media platforms can be described as a Filter Bubble Landscape (Pariser, 2018). This filter bubble can occur in a couple of ways. The algorithm designed by each social media platform, can guess a users' specific beliefs and interests and show information they are projected to want to see. However, users do not know how algorithms judge them. There is a large chance the algorithm may not have correctly judged each individual user (Pariser, 2018). However, if users are inundated with a large amount of information and social media posts that support their feelings, this can lead to potential confirmation bias as described earlier." See GREENE, Connor T. **Effects of news media bias and social media algorithms on political polarization**. Iowa State University: Graduate Theses and Dissertations, 2019. Available at: <https://lib.dr.iastate.edu/etd/17687>. Accessed on: February 2, 2021.

³⁶⁷ Emma Jeanes defines "confirmation bias" as "the tendency to seek, favor, or recall information that confirms what one already believes to be true". This is particularly feasible through social media, as it may be achieved "by the selective way in which data is collected (focusing on collecting evidence that supports one's ideas, rather than collecting all relevant evidence), recalled (how easily and readily one recalls information and what information one remembers) or how it is interpreted (one's tendency to interpret evidence in a way that suits one's cause). This is a bias that can interfere with effective decision-making and can compound poor choices by supporting them with more selective information, thereby increasing confidence in them whilst discounting alternative evidence." See JEANES, Emma. **A Dictionary of Organizational Behaviour**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

by the interest of professional financial advisors from financial institutions to being influenced by social media, particularly due to internet algorithms and confirmation bias. If this is the case, to what extent could we refer to a greater "democratization" and freedom in decision making in the capital markets if we are constantly being influenced by the algorithms behind our screens?

b. Case studies: GameStop and IRB

This independence in choosing investments has also increased the need for non-institutional investors to develop a fast response in the face of market adversity. The sources of financial education for non-institutional investors have come in different shapes and sizes: from courses, formal financial education, and direct advisory from professionals to subscriptions to monitoring the market trends through social media. The latter, however, brings some concerns. How influenceable are younger and inexperienced investors to market trends spread through social media? Moreover, what if such trends are artificially implanted in the market for intentional speculation purposes? The primitive strategies for tracking fake or misleading information on the internet may easily lead to the deliberate creation of new market bubbles for the benefit of a few.

In February 2021, the U.S. stock market faced what would become a global event, with social media in the center of the discussions. Among a number of companies suffering a loss in market value due to the Covid-19 pandemic and subsequent economic crisis, GameStop Corp. stocks (NYSE: GME) became global headlines. Institutional investors, including the multi-billion-dollar hedge fund Melvin Capital, held significant short positions in GameStop stocks as an investment strategy to sell borrowed stocks in anticipation of a decline in price (PROCTOR, 2021). What seemed to be a traditional investment strategy quickly became a trending topic after the online Reddit forum named "WallStreetBets" started organizing and persuading non-institutional investors to buy into GameStop shares to send a message to institutional short-sellers. By

January 26, 2021, the social media protest had increased the GameStop share price by 308% in ten days, which caused a significant loss to the investment funds holding short positions. As a result, Melvin Capital had to raise an additional U.S.\$2.75 billion to cover their losses and the regulators had to suspend trading in GameStop to try to stabilize the value and prevent further damage to the market (MCENERY, 2021).

Similar to the U.S. market, Brazilian investors tried to organize an attempt on Telegram in early 2021 to replicate the GameStop case with IRB stocks (BVMF: IRBR3) in the B3. IRB is a Brazilian reinsurance company that suffered significant market loss in 2020 when, after an increase of approximately 244% in the share price between January 2018 and December 2019, the fund manager Squadra identified inconsistencies in the balance sheets of the company. While Covid-19 was quickly becoming a global pandemic and affecting the world health, political and economic landscape, IRB became subject to investigations and Squadra published investor reports to explain its short-selling positioning in IRB. Inspired by GameStop and American investors, Brazilians attempted to promote a "short squeeze"³⁶⁸ strategy to recover IRB through Telegram, which, however, did not achieve such major impacts as GameStop did.

The GameStop and IRB cases were clear examples of how social media may influence the market. However, the risk of manipulation by social media might be more frequent and implicit in daily life. This influence occurs through two main routes: (i) social media algorithms channeling targeted information to each person's profile, which allows users to be surrounded by one-sided stories and leads to an increasing confirmation bias, and (ii) the speed with which fake news spreads on social media³⁶⁹,

³⁶⁸ "Shorting a stock involves the anticipation of a future fall in its price. Investors enter short positions on borrowed stock, looking to purchase back the stock at a lower price in the future and netting a profit in the difference between the original price and the compressed later price. However, a short squeeze could lead to a possibly infinite loss for the short seller if the price rises indefinitely. This is why short selling is considered a comparatively risky strategy, with theoretically immense downside risks if the stock in question actually rises". See CHOHAN, Usman W., **Dr. CounterHegemonic Finance: The Gamestop Short Squeeze**, 2021. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3775127. Accessed on: March 2, 2021.

³⁶⁹ According to a MIT study, fake news spread approximately six times faster than real news on social media, and false news stories are 70 percent more likely to be retweeted than true stories are. See

which may lead investors to base independent financial decisions on untrue or incomplete stories.

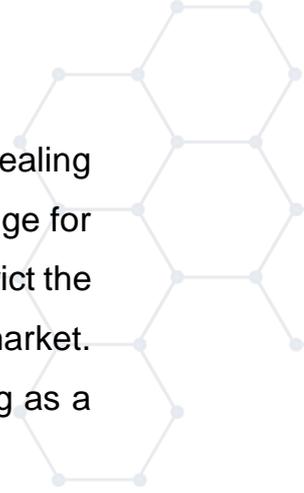
The IRB and GameStop stories could be just another case study to discuss investment strategies, if it weren't for the online repercussion and digital herd responsible for the massive buying transactions. In the GameStop case, Reddit's "wallstreetbets" forum, which was supposed to be a forum for exchanging investment information, turned into a platform for speculative attacks. The debate about how the speech spread in the forum was divided into two sides: on the one side, supporters of the movement believed in a political speech of democratization of information and in reaction to the advantages of large corporations. On the other side, critics saw the movement as an illusion to attract less sophisticated investors to risk their own capital and manipulate them in order to create an artificial speculation of the GameStop stocks.

This phenomenon of digital influence with solid effects in the real world is repeated in a number of political milestones in the last decade: from movements that led to the invasion of the US Capitol in January 2021 and the election of radical right-wing populist presidents in democratic governments to the Brazilian riots in 2013 and the Arab Spring in 2011. So more than just a capital markets case study, the GameStop and attempted IRB events were examples of the power of social media in the global politics and economy.

3. The brazilian regulatory framework

In 2020, the CVM stated that, although the increase of “financial influencers” on social media can be positive in increasing the participation of society in the capital markets (RAVAGNANI, 2020), the thin line between professional financial advisory and opinions on securities must be closely monitored, particularly in the context of creating artificial conditions for

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. "The Spread of True and False News Online". *Science*, 2017. Available at: <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>. Accessed on: March 2021.

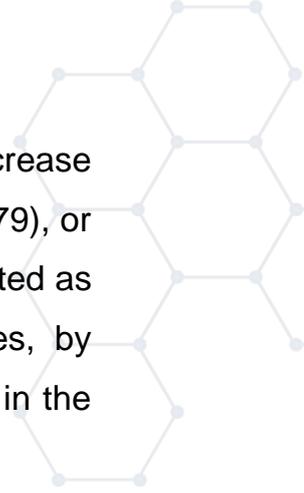


financial speculation (BOLZANI, 2020). In addition, the novelty of dealing with a potential stock manipulation through social media is a challenge for innovative and smart regulatory solutions that will not negatively restrict the disruption and independence trends currently happening in the market. This section will discuss the approach the CVM is currently adopting as a response to stock manipulation risks through social media.

The U.S. is an influential country in Latin America, and this would not be any different in Brazil and its financial markets. Therefore, perhaps it was not such a big surprise when Brazilian investors decided to replicate the GameStop event in Brazil with the IRB stocks. The CVM relies on a vast pack of regulatory rules to reduce the risks of a drastic short squeeze similar to the GameStop example – which could be a reason why the IRB attempt failed among Brazilian investors. The Brazilian regulatory structure allows a different level of risk on renting stocks as opposed to the U.S. market, since Brazilian regulators established stricter limitations on the positions of investors who want to set up "short" or "long" positions. The Brazilian market limits the rent of stocks to 20% of the free float, which is a fundamental part of setting up a short position. There is also a limitation of 5% per investor, all of which would limit the impact of an eventual attempt of certain individuals to replicate the GameStop case in Brazil (RAGAZZI, 2021).

Hypothetically, if the GameStop case had happened in Brazil, this approach of mass gathering investors through social media to change the market value of a specific stock could be at risk of being interpreted by the CVM as price manipulation³⁷⁰, which is defined as "the use of any process

³⁷⁰ In the United States, it was reported that SEC investigators started to allegedly track posts on social media and online message boards for evidence of fraud and coordinated stock-price manipulation in connection with the GameStop case. SEC enforcement investigations often take months or even years to be completed. Considering that "short squeeze is not an illegal market manipulation so long as there is no intent to artificially distort the market for a security", any legal consequences for the GameStop case would depend on the SEC identifying any misconduct, such as "an obviously outrageous or fraudulent scheme, misconduct by SEC or FINRA registered persons, inappropriate conduct by investment newsletter owners, or unlawful touting". BRUMBERG, Bruce. "Investigations Into GameStop Trading And Reddit: Former SEC Enforcement Chief Provides Insights". **Forbes**, 2021. Available at: <https://www.forbes.com/sites/brucebrumberg/2021/02/09/investigations-into-gamestop-trading-and-reddit-former-sec-enforcement-chief-reveals-insights/?sh=70c96f8a5efe>. Accessed on: February 15, 2021.



or artifice intended, directly or indirectly, to increase, maintain or decrease the price of a stock, inducing third parties to buy or sell it" (CVM, 1979), or even creation of artificial conditions, which is defined as "those created as a result of negotiations in which its participants or intermediaries, by deceitful action or omission, directly or indirectly, provoke changes in the flow of buy or sell orders of stocks" (CVM, 1979).

Because of the high number of followers on social media and the consequential broad reach of individual investors, the risk of stock manipulation and creation of artificial conditions through social media might be more relevant for user profiles considered "financial influencers". Even before the GameStop case in January 2021, the CVM was already discussing potential limits to financial influencers and online activity related to investments in social media. In November 11, 2020, the CVM issued a notice of clarification (CVM, 2020) in connection with the profession of securities analyst, regulated by the CVM Instruction No. 598 (CVM, 2018). The purpose of the notice was to address questions about which types of statements or opinions may be considered as "securities analysis" under the CVM regulatory framework, especially considering the rise of financial influencers in social media.

According to Article 1 of the CVM Instruction No. 598 (CVM, 2018), only people who act "in a professional capacity" need to be accredited to exercise the activity of securities analyst and issue analysis reports. CVM classifies "analysis reports" as any texts, follow-up reports, studies or analyses on specific securities or on specific issuers of securities that may assist or influence investors in the decision-making process. The professional characteristics that would allow the publication of analysis reports would be the habitualness, benefits, compensation or advantages that are obtained on a frequent basis when offering these reports. Thus, according to the CVM notice of clarification (CVM, 2020), simple public manifestations on social media or by any other means, even if they contain opinions about stocks, should not be considered as analysis report and require prior accreditation under the CVM Instruction No. 598 (CVM, 2018),

as long as the activity does not evidence the exercise of this activity in a professional manner.

Still, according to the CVM notice of clarification (CVM, 2020), the use of disclaimers such as "this is not an investment recommendation", "these are personal opinions only" or with similar content has no power alone to de-characterize the service of securities analysis if evidence of professional exercise of the activity is found. The moderation in the language used is another parameter evaluated to determine whether there is a professional service being provided. The CVM considers that messages with a more assertive or appealing content may be signs of an attempt by the agent to convince and induce the recipients to follow its advice, so that they may assist or influence investors in the investment decision-making process.

Even though the existence of an analysis report depends on the accreditation of the securities analyst with CVM, it is possible that CVM may sanction non-accredited financial influencers who are active on the internet. The use of social media to express opinions about securities, even if not in a professional manner, may constitute an administrative offence under the CVM Instruction No. 8/79 (CVM, 1979) and be subject to the sanctions set forth in essay 11 of Law No. 6385/76 (BRASIL, 1976), if the purpose of such activity is to create artificial conditions of demand, supply or price of securities, to manipulate prices, to perform fraudulent transactions or to facilitate unfair practices in order to obtain an advantage for oneself or for third parties.

Such sanctions may include: warnings; fines; temporary ineligibility (up to 20 years) for management or audit committee positions in publicly-held companies, in entities within the distribution system or in other entities that are subject to authorization or registration with the CVM; suspension of authorization or registration to perform the activities of a securities analyst; temporary ineligibility (up to 20 years) for activities related to the analysis of securities; temporary prohibition (up to 20 years) to practice certain activities or operations, for the members of the distribution system

or other entities that depend on authorization or registration with the CVM; and temporary prohibition (up to 10 years) to operate, directly or indirectly, in one or more types of transactions in the capital markets (BRASIL, 1976).

Given that the CVM has a legal framework to address such issues, perhaps the main difficulty could be the enforcement to sanction and prevent mass manipulation in social media. Considering that regulatory authorities have already struggled in the past to enforce the law in situations involving few agents, identifying the beginning of a mass movement involving thousands of accounts in social media is an even more complex task.

The stock market is complex and dynamic; it is shaped by and subject to multiple expectations and actions of its participants and external economic events. Organized actions designed to artificially distort the price of securities are therefore not permitted by law and could be considered a crime, and as such, regulations are designed to preserve the free movement of these driving forces and perceived "fairness" of market conditions. Given the complexity of these markets, which has only been increased by the new dimension of social media and technological influences, the advances in technology may also be effective in assisting regulatory authorities in monitoring and enforcing the law against misconducts within this constantly evolving market.

4. Machine learning and regulatory enforcement against stock manipulation

While the CVM has an existing regulatory framework to prohibit the creation of artificial conditions of demand, supply or price of securities and stock manipulation, the gaps for an effective enforcement in the digital era are failing to protect investors from misconducts in the capital markets. The GameStop case and its influence in Brazil through the attempted

manipulation of IRB stocks, demonstrates that social media might be an increasing risk for the regulatory authorities.

As a response for the lack of research for effective strategies to detect manipulative acts in real time (YOUSSEF, 2020, p. 07), regulatory authorities around the world have been adopting machine learning technology as an important tool for compliance and enforcement against misconducts in capital markets. This section will discuss current and potential strategies for regulatory authorities to use machine learning technology in the monitoring of the market in order to track misleading information, fraud or misconduct, including any stock manipulation through social media.

Machine learning governs the development of modern technology. Based on the premise that machines can somehow be programmed to learn, tech companies were able to develop products that, through interpreting data, could understand the human mind and predict the next step of its user with increasing degrees of accuracy (BAUGUESS, 2017). From offering intentionally addictive entertainment products, such as Netflix and Instagram, to improving cybersecurity systems, machine learning has evolved for use in multiple areas of our daily lives since the last century³⁷¹.

Because of its capacity to independently learn and improve from the accessed data without having to be re-programed for each specific task, machine learning has shown a promising potential in market surveillance by tracking suspicious patterns to alert regulatory authorities about potential misconducts. Some regulatory authorities have been developing this technology in the last few years to detect fraud and "red flags" in the

³⁷¹ "The central tenets of machine learning, and the artificial intelligence it implies, have been around for more than a half a century. Perhaps the best known, early application was in 1959, when Arthur Samuel, an IBM scientist, published a solution to the game of checkers. For the first time, a computer could play checkers against a human and win. This is now also possible with the board game "Go," which has been around for 2,500 years and is purported to be more complicated and strategic than Chess. Twenty years ago, it was widely believed that a computer could never defeat a human in a game of "Go." This belief was shattered in 2016, when AlphaGo, a computer program, took down an 18-time world champion in a best-of-seven match. The score: 4 to 1." See BAUGUESS, Scott W. "The Role of Big Data, Machine Learning, and AI in Assessing Risks: a Regulatory Perspective". **U.S. Securities and Exchange Commission**, 2017. Available at: <https://www.sec.gov/news/speech/bauguess-big-data-ai>. Accessed on: February 15, 2021.

stock markets, including the SEC in the United States (BAUGUESS, 2017). However, this is still a developing technology under research for a more effective and efficient detection of acts in real time (YOUSSEF, 2020, p. 07).

There are three main recognized categories of machine learning: supervised learning, unsupervised learning, and reinforcement learning. Supervised learning is the most simple category, in which algorithms are fed with specific pre-determined labels or patterns and trained to predict the likely outcome. In unsupervised learning, the algorithm is fed with no pre-determined labels, and instead, is fed with various data and trained to understand, learn and create patterns in a way that this newly organized data can make sense. Finally, the reinforcement learning category can be defined as an algorithm that learns to adapt overtime and make less mistakes when identifying patterns based on external guidance to associate good behaviors with a positive signal and bad behaviors with a negative one (HEIDENREICH, 2018).

Despite the several efforts to improve the detection strategies in the regulatory industry, generally, the existing methodology for the regulatory authorities consists of a supervised learning approach based on tracking key-words, patterns or predetermined thresholds, such as stock prices and volumes (YOUSSEF, 2020, p. 07). This means that, based on the consolidated knowledge of the regulatory authorities, the monitoring systems are educated with triggering events to be identified as red flags. So when the monitoring systems detect any inconsistencies that fit into the pre-determined patterns, they generate an alert for the regulators to review.

However, this methodology has two main drawbacks: (i) the systems might not be able to detect abnormal periods that are related to unknown manipulative schemes, and (ii) the systems might not be able to adapt to the fast changing market conditions as the volume of transactions (and therefore input data) consistently increases (YOUSSEF, 2020, p. 06). As a consequence, the regulatory authorities are starting to replace logic-based machine learning, or supervised learning, with a data-driven approach, or

unsupervised learning, to program the computer to track and create patterns from the data it receives (BAUGUESS, 2017). Because this data-driven approach is often more accurate and easier to apply when compared to a logic-based approach, regulators can obtain better results in understanding the likely outcomes of investor behaviors without having to provide the computer with already known patterns (BAUGUESS, 2017).

The CVM is not clear on how the approach is advancing in Brazil. In the United States, the SEC reports to be widely applying this technology in corporate filings to detect abnormal disclosures³⁷². With the aid of machine learning, the SEC declares it has been able to quickly and easily identify patterns in unstructured financial information for further analysis of their staff. However, the number of false positives when detecting potential red flags and missing disclosures that can lead to incidents are still flaws to be improved³⁷³.

The SEC also stress that "the likelihood of possible fraud or misconduct identified based on a machine learning predication cannot – and should not – be the sole basis of an enforcement action" (BAUGUESS, 2017), which is why, on top of this discussion, it is important not to forget the importance of the human element in enforcement and market surveillance. The advance of machine learning might replace manual tasks

³⁷² "Data mining algorithms can be used to detect manipulation based on historical data (bottom-up approach). Golmohammadi, Zaiane, & Diaz, in 2015 identified five main categories according to which data mining can be applied to stock manipulation detection: 1- Social Network Analysis (this includes detecting brokers or traders accounts that impact or manipulate the market), 2- Visualization (these tools go beyond the normal plots as they provide interactive tools to interact with the data), 3- Rule Induction (produces a set of rules or limits that can be used by regulators), 4- Outlier Detection (anomaly detection or outlier detection is mainly focusing on detecting the abnormal behavior or inconsistent behavior) and 5- Pattern Recognition using Supervised Learning methods (the target of using this method is detecting patterns that are like previous manipulative trends)". See YOUSSEF, Sarah M. **Stock Market Manipulation Detection Using Continuous Wavelet Transform & Machine Learning Classification**. Thesis (Master of Science in Finance). The American University in Cairo, 2020.

³⁷³ "A lot of alerts are based on rules that look at things like: 'Has there been a significant movement in price shortly after someone made a trade?' or 'Did the price of an asset go down significantly right after they traded?' which alone might not indicate a problem, because good traders know the market will make those same types of trades. At the same time, financial firms are generating alerts and monitoring traders through lexicon-based approaches, using word searches or keywords in their communications channels, but these can lead to a lot of false positives and extra effort in investigations. Importantly, people can disguise what they are saying and use other terms that might not be picked up." See BAUGUESS, Scott W. "The Role of Big Data, Machine Learning, and AI in Assessing Risks: a Regulatory Perspective". **U.S. Securities and Exchange Commission**, 2017. Available at: <https://www.sec.gov/news/speech/bauguess-big-data-ai>. Accessed on: February 15, 2021.

also subject to human flaw, such as reviewing the majority of disclosure documents and finding standard patterns, but complex issues should still require further scrutiny and a human behavior approach by compliance officers (HYDE, 2017). The SEC claims to have been having success in their risk assessment programs using machine learning technology to extract actionable insights from massive datasets, which points their examiners in the right direction to identify a potential fraud or misconduct.

Conclusion

Based on the discussions regarding the risks of stock manipulation through social media, this essay aims to propose the use of machine learning as a potential tool for monitoring the spread of misleading financial information in the market. Considering the danger of indirectly encouraging companies not to file transparent disclosures, restricting the access of non-institutional investors to capital markets and constraining the financial development in Brazil, it is important that the CVM pursues a technological monitoring and enforcement approach that is not counterproductive to the market development.

Because the growing number of non-institutional investors registered in the B3 are historically more vulnerable to market misconduct when compared to institutional investors, and considering that the increasing influence of social media in decision-making might be a risk not only for non-institutional investors, but to the market itself, high-tech market surveillance should be a priority to the CVM.

The SEC has been advancing its capacity to monitor the U.S. market through data-mining algorithms, which seems to be a reasonable approach to enhance the tracking, monitoring and controlling of the spread of misinformation and stock manipulation. The CVM is not clear on where Brazil stands in this discussion, but now that the recent GameStop case in the U.S. shed a light to how social media may influence the market, perhaps the still-under-development SEC approach could be another

influence to be adopted in our regulatory approach towards market misconduct.

References

ALLCOTT, Hunt; GENTZKOW, Matthew. "Social Media and Fake News in the 2016 Election". **Journal of Economic Perspectives**, v. 31, n. 2, pp. 211-236, 2017.

B3. "A descoberta da bolsa pelo investidor brasileiro". **Investidores**, 2020. Available at: http://www.b3.com.br/pt_br/noticias/investidores.htm. Accessed on: December 26, 2020.

B3. "Valor de mercado das empresas listadas". **Bolsa de Valores**, 2020. Available at: http://www.b3.com.br/pt_br/market-data-e-indices/servicos-de-dados/market-data/consultas/mercado-a-vista/valor-de-mercado-das-empresas-listadas/bolsa-de-valores/. Accessed on: December 27, 2020.

BAILY, Martin N.; LITAN, Robert E.; JOHNSON, Matthew S. "The origins of the financial crisis". *In*: KOLB, Robert W. **Lessons from the financial crisis: causes, consequences, and our economic future**. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc, 2011.

BAUGUESS, Scott W. "The Role of Big Data, Machine Learning, and AI in Assessing Risks: a Regulatory Perspective". **U.S. Securities and Exchange Commission**, 2017. Available at: <https://www.sec.gov/news/speech/bauguess-big-data-ai>. Accessed on: February 15, 2021.

BOLZANI, Isabela. "CVM alerta sobre atuação de influenciadores na recomendação de investimentos". **Folha de S. Paulo**, 2020. Available at: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/11/cvm-alerta-sobre-atuacao-de-influenciadores-na-recomendacao-de-investimentos.shtml>. Accessed on: November 23, 2020.

BRASIL. Lei Nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976. Available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6385.htm. Accessed on: January 30, 2021.

BRICKEY, Kathleen F. "Enron's legacy". **Buffalo Criminal Law Review**, v. 8, n. 1, pp. 221-276, 2004.

BRUMBERG, Bruce. "Investigations Into GameStop Trading And Reddit: Former SEC Enforcement Chief Provides Insights". **Forbes**, 2021. Available at: <https://www.forbes.com/sites/brucebrumberg/2021/02/09/investigations-into-gamestop-trading-and-reddit-former-sec-enforcement-chief-reveals-insights/?sh=70c96f8a5efe>. Accessed on: February 15, 2021.

CHOHAN, Usman W., Dr. CounterHegemonic Finance: The Gamestop Short Squeeze, 2021. Available at:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3775127. Accessed on: March 2, 2021.

COFFEE JR. John C. "Understanding Enron: it's about gatekeepers, stupid". **The Business Lawyer**, v. 57, n. 4, pp. 1404-1435, ago. 2002.

COFFEE JR. John C. "What caused Enron? A capsule social and economic history of the 1990's". **Cornell Law Review**, v. 89, n. 2, pp. 269-308, 2004.

COGLIANESE, Cary; MICHAEL, Michael L. "After the scandals: changing relationships in corporate governance". *Institute of Chartered Financial Analysts of India Journal of Corporate and Securities Law*, v. 4, pp. 9-17, 2007.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução CVM Nº 8, de 08 de outubro de 1979. Available at: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst008.html>. Accessed on: January 30, 2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Ofício-Circular Nº 13/2020/CVM/SIN. Available at: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/oficios-circulares/sin/oc-sin-1320.html>. Accessed on: January 30, 2021.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Instrução CVM Nº 598, de 3 de maio de 2018. Available at: <http://conteudo.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst598.html>. Accessed on: January 30, 2021.

CVM/ASA. "Levantamento preliminar sobre o uso das mídias sociais em mercado de capitais em outros países". **Comissão De Valores Mobiliários**, 2014. Available at: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/menu/aceso_informacao/serieshistoricas/estudos/anexos/Midias-Sociais-Relatorio.pdf. Accessed on: November 23, 2020.

GABOR, Daniela; BROOKS, Sally. "The digital revolution in financial inclusion: international development in the fintech era". **New Political Economy**, v. 22, n. 4, pp. 423-436, 2017.

GREENE, Connor T. **Effects of news media bias and social media algorithms on political polarization**. Iowa State University: Graduate Theses and Dissertations, 2019. Available at: <https://lib.dr.iastate.edu/etd/17687>. Accessed on: February 2, 2021.

HEIDENREICH, Hunter. "What are the types of machine learning?". **Towards Data Science**, 2018. Available at: <https://towardsdatascience.com/what-are-the-types-of-machine-learning-e2b9e5d1756f>. Accessed on: March 2, 2021.

HERIAN, Robert. **Regulating Blockchain: Critical Perspectives in Law and Technology**. New York: Routledge, 2019.

HUCKLE, Steve; WHITE, Martin. "Fake News: A Technological Approach to Proving the Origins of Content, Using Blockchains". **Big Data**, v. 5, n. 4, 2017.

HYDE, Kirsten. "AI-Spy: Machines Close in on Pricing Manipulators". **Waters Technology**, 2017. Available at: <https://www.waterstechnology.com/market-data-data-analytics/data-display-analytics/3434321/ai-spy-machines-close-in-on-pricing-manipulators>. Accessed on: March 24, 2021.

IBGE. "População do Brasil". **IBGE**, 2020. Available at: https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/box_popclock.php. Accessed on: December 26, 2020.

JEANES, Emma. **A Dictionary of Organizational Behaviour**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

QAYYUM, Adnan; QADIR, Junaid; JANJUA, Muhammad U. "Using Blockchain to Rein in the New Post-Truth World and Check the Spread of Fake News". **I.T. Professional**, v. 21, n. 4, 2019.

LANGVOORT, Donald C. "Chasing the greased pig down Wall Street: a gatekeeper's guide to the psychology, culture, and ethics of financial risk taking". **Cornell Law Review**, v. 96, n. 5, pp. 1209-1246, 2011.

MANNS, Jeffrey. "Rating risk after the Subprime Mortgage Crisis: A user fee approach for rating agency accountability." *North Carolina Law Review*, v. 87, n. 4, pp. 1011-1090, 2009.

MCLEAN, Bethany; ELKIND, Peter. *The smartest guys in the room: the amazing rise and scandalous fall of Enron*. 1. ed. Londres: Penguin U.K., 2004.

MCENERY, Thornton. "The regulators had to suspend trading in GameStop to try to stabilise the value and prevent further damage to the market". *New York Post*, 2021. Available at: <https://nypost.com/2021/01/25/this-short-seller-just-got-a-2-75-billion-bailout/>. Accessed on: March 2, 2021.

OCHOA, Iago S.; DE MELLO, Gabriel; SILVA, Luis A., et al.. "FakeChain: A Blockchain Architecture to Ensure Trust in Social Media Networks". *QUATIC 2019: Quality of Information and Communications Technology*, pp. 105-118, 2019.

PARISER, Eli, director. "How Needs Feed Algorithms Supercharge Confirmation Bias". YouTube, Big Think, Available at: www.youtube.com/watch?v=prx9bxzns3g. Accessed on: January 3, 2021.

PAYNE, Jennifer. "The role of Gatekeepers". *Oxford Legal Studies Research Paper*, n. 22, 2014.

PILKINGTON, Marc. "Blockchain Technology: Principles and Applications". In: OLLEROS, Xavier; ZHEGU, Majlinda (Org.) . *Research Handbook on Digital Transformations*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2016.

PROCTOR, Clint. "Short selling is a high-risk but high-reward trading strategy that profits from a stock price's fall." *Business Insider*, 2021. Available at: <https://www.businessinsider.com/what-is-short-selling>. Accessed on: March 14, 2021.

RAGAZZI, Ana Paula. "Regras da B3 limitam risco 'GameStop' no Brasil". *Valor Econômico*, 2020. Available at: <https://valor.globo.com/financas/noticia/2021/01/29/regras-da-b3-limitam-risco-GameStop-no-brasil.ghtml>. Accessed on: January 30, 2021.

RAVAGNANI, Allan. "'Não vejo de forma negativa aumento de conteúdos financeiros em redes sociais', diz Barbosa". *Valor Investe*, 2020. Available at: <https://valorinveste.globo.com/objetivo/hora-de-investir/noticia/2020/09/03/nao-vejo-de-forma-negativa-aumento-de-conteudos-financeiros-em-redes-sociais-diz-barbosa.ghtml>. Accessed on: November 27, 2020.

RUDIN, April. "Understanding how social media affects investor biases". *Investments & Wealth Monitor*, 2019.

SILVEIRA, Renato M. J. "Em tema de insider trading". *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, a. 16, v. 61, pp. 325-352, jul./set. 2013.

TAFTI Ali; ZOTTI Ryan; JANK Wolfgang. "Real-Time Diffusion of Information on Twitter and the Financial Markets". **PLoS ONE**, v. 11, n. 8, 2016. Available at: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0159226>. Accessed on: November 25, 2020.

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

VOSOUGHI, Soroush; ROY, Deb; ARAL, Sinan. "The Spread of True and False News Online". **Science**, 2017. Available at: <https://science.sciencemag.org/content/359/6380/1146>. Accessed on: March 2021, 2021.

WEARING, Robert. **Cases in corporate governance**. London: SAGE Publications, 2005, pp. 67-80.

WELLISCH, Julya S. M.. **Sistema de regulação do Mercado de Valores Mobiliários: para além da informação**. Tese (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2016.

YOUSSEF, Sarah M. **Stock Market Manipulation Detection Using Continuous Wavelet Transform & Machine Learning Classification**. Thesis (Master of Science in Finance). The American University in Cairo, 2020.

Impactos concorrenciais do Pix no sistema financeiro

Ana Paula Guimarães de Paula

Luísa Campos Faria

Resumo: O mercado de meios (ou instrumentos) de pagamento sempre esteve sob cuidadoso monitoramento da autoridade antitruste brasileira. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), de 1995 a 2019, havia iniciado 14 investigações envolvendo, principalmente, acordos de exclusividade, recusa em contratar e tratamento discriminatório, nesse segmento. Além disso, outros 108 Atos de Concentração envolvendo o setor passaram pelo escrutínio da autoridade. A organização desse mercado em uma cadeia com diversos elos é a fator relacionado e capaz de favorecer a existência dessas condutas. Nesse cenário, a inserção de um novo meio de pagamento no Sistema Financeiro Nacional – o PIX - cuja proposta é desintermediar as operações de arranjo de pagamento, é fenômeno capaz de impactar na dinâmica concorrencial do setor. Este trabalho se propõe a apresentar os impactos desse novo meio de pagamento e indicar as possíveis suas possíveis implicações sob o ponto de vista antitruste.

Palavras-chave: Mercado de meios de pagamento – Sistema Financeiro Nacional – Promoção da Competição.

Abstract: The market of payment options has always been carefully monitored by the Brazilian antitrust authority. The Administrative Council for Economic Defense (CADE), from 1995 to 2019, had initiated 14 investigations involving mainly exclusivity agreements, refusal to contract and discriminatory treatment in this segment. In addition, another 108 Concentration Acts involving the sector have passed the scrutiny of the authority. The organization of this market in a chain is a factor capable of favoring the existence of such conducts. In this scenario, the insertion of a new payment method in the Brazilian National Financial System - the PIX - whose proposal is to disintermediate the payment arrangement operations, is a phenomenon capable of impacting the competitive dynamics of the sector. This paper proposes to present the impacts of this new payment method and to indicate the possible possible implications from an antitrust point of view.

Key-words: Payment instruments market - National Financial System - Promotion of Competition.

Introdução

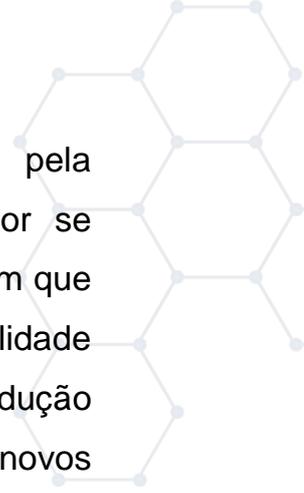
Em outubro de 2020 o Banco Central do Brasil lançou um recurso gratuito para pagamentos e transferências de recursos em tempo real no sistema financeiro. A nova tecnologia, chamada de Pix, serve tanto para a realização de pagamentos (por exemplo, em uma compra no

supermercado) dispensando a utilização de cartões de créditos e possibilitando a integração com smartphones, como para transferências bancárias, evitando as taxas cobradas pelas instituições financeiras por esse serviço.

As vantagens do novo recurso, além da gratuidade, são o fato de ser mais rápido, funcionar 24h, garantir a segurança entre transações (já que há a disponibilidade imediata dos recursos do pagador para o recebedor), diminuir a utilização de cédulas e contribuir para a eletronização do ambiente financeiro. Em síntese, se, tradicionalmente, uma transferência bancária ou um pagamento exigem a intermediação de um terceiro para liquidar a operação – por exemplo, uma rede que opera pagamentos de cartão de crédito ou um banco que confere a disponibilidade de recursos para efetivar a transferência – a nova tecnologia elimina essas intermediações, o que a torna mais rápida, barata e segura.

Todas essas vantagens só são possíveis pela criação de uma estrutura eletrônica que permite a comunicação entre as instituições bancárias participantes do Pix e o Banco Central. Essa infraestrutura tecnológica é centralizada no Banco central e é por meio dela que se possibilitam os pagamentos instantâneos que resultam em transferências de fundos entre os usuários de serviços bancários. Esse sistema eletrônico de pagamento constitui uma aplicação dos *smart contracts*.

Do ponto de vista concorrencial, no entanto, os *smart contracts* e o Pix, podemos esclarecer, serão responsáveis pela abertura de uma nova era no Brasil, colocando *fintechs*, varejistas, e bancos, sejam estes grandes ou pequenos, em pé de igualdade para competir por clientes. Sendo possível o pagamento direto, em segundos, automatizado e com baixo custo, espera-se enorme impacto nas operadoras de cartão de crédito, bem como nas compras online e caixas eletrônicos - vez que agora será possível, por exemplo, a realização de saques com qualquer lojista. Há previsões no sentido de que o mercado de meio de pagamentos no Brasil seja completamente extinto.



Como toda inovação, os desafios a serem enfrentados pela autoridade concorrencial brasileira são, ainda, imprevisíveis. Por se tratarem de contratos realizados por meio de códigos, na medida em que o uso deste tipo de tecnologia permite maior certeza e previsibilidade daquela transação, auto executabilidade, autonomia de conteúdo, redução dos custos de transação, segurança e adaptabilidade para novos negócios, também é instrumento bastante problemático em razão de sua inflexibilidade, riscos relativos à confidencialidade e ausência de previsão de soluções para erros de códigos. Assim, caso esse instrumento seja utilizado em práticas exclusionárias, um desafio maior se abre, no sentido de tentar identificar tais práticas e de se entender quais as formas de repressão que não comprometam eventuais efeitos benéficos da novidade.

Vale mencionar que o mercado de meios de pagamentos sempre esteve sob cuidadoso monitoramento da autoridade, que, de 1995 a 2019 havia iniciado 14 investigações envolvendo, principalmente, acordos de exclusividade, recusa em contratar, tratamento discriminatório, venda casada e cartel.

Tendo como ponto de partida essa atuação repressiva do CADE sobre o mercado de meios de pagamento, este trabalho se propõe a responder a seguinte questão: quais seriam os possíveis efeitos (pró e anticompetitivos) da inserção do Pix no sistema financeiro nacional? A partir da resposta obtida para essa pergunta principal, surge um questionamento adjacente: se constatada a existência de possíveis (ou efetivos) efeitos anticompetitivos, como pode a autoridade coibir práticas exclusionárias efetuadas em procedimentos efetuados por *smart contracts*, no âmbito desse novo sistema de pagamentos do setor financeiro no Brasil, sem comprometer a segurança e transparência das transações?

Para responder à questão proposta, este trabalho inicia com a definição e funcionamento do mercado relevante de meios de pagamento no Brasil, identificando-se seus principais agentes e respectivas

atribuições. Em seguida, apresenta-se uma visão geral sobre o Pix, com os principais aspectos normativos, características e funcionamento do novo meio de pagamento. Uma terceira sessão é dedicada a analisar a jurisprudência do CADE sobre mercado de meios de pagamento. Por fim, faz-se uma análise prospectiva dos impactos concorrenciais que o pix poderá ter sobre o segmento de instrumentos de pagamento. Na conclusão, apresenta-se uma síntese das mudanças trazidas pelo Pix para o SFN e um destaque para pontos de atenção no âmbito concorrencial decorrentes da nova ferramenta.

1. Desenvolvimento

1.1 O mercado de meios de pagamento

O ponto de partida para nossa discussão é entender o que são meios (ou instrumentos) de pagamento e como eles podem ser delimitados sob a ótica de um mercado relevante próprio. Meios ou instrumentos de pagamento são o “dispositivo utilizado para comprar produtos/serviços ou para transferir recursos, como o cartão de débito ou de crédito, o boleto ou o telefone celular³⁷⁴”. Esse instrumento de pagamento é disponibilizado por uma Instituição de Pagamento, assim entendida a “pessoa jurídica que viabiliza serviços de compra e venda e de movimentação de recursos no âmbito de um arranjo de pagamento”.

Um exemplo pode ajudar a elucidar a questão: suponha-se que um consumidor deseja fazer uma compra em um estabelecimento X, cuja conta bancária é domiciliada na instituição financeira (banco) Y. Uma primeira opção para esse consumidor seria realizar um pagamento em dinheiro, caso em que se dispensa qualquer intermediação financeira. No entanto, caso o consumidor não esteja portando a moeda em espécie, ele

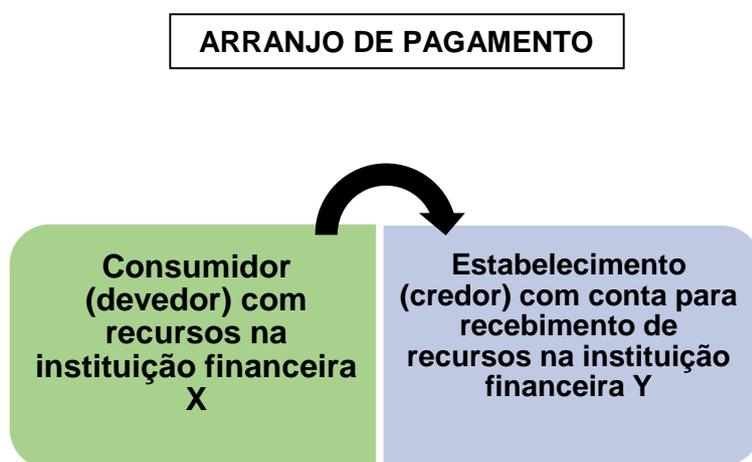
³⁷⁴

Diposnível em:
bc.gov.br/pre/composicao/instpagamento.asp?frame=1#:~:text=Com%20o%20recurso%20financeiro%20omovimentável,e%20outras%20instituições%20de%20pagamento.

terá de recorrer a alguma instituição financeira para realizar o pagamento, caso em que a transação será mediada por um “arranjo de pagamento”. Isso porque, nessa segunda hipótese, os recursos para o pagamento estariam domiciliados em instituição diversa daquela em que sediada a conta do credor. É necessária, portanto, uma forma de comunicação para a transferência de valores entre esses dois agentes.

Embora as Instituições de Pagamento, formalmente, não façam parte do Sistema Financeiro Nacional elas são regulamentadas e fiscalizadas pelo Banco Central do Brasil. De acordo com o art. 2º da circular nº 3.885/2018, as instituições de pagamento são classificadas em emissoras de moeda eletrônica, emissoras de instrumentos de pagamento pós-pago, credenciadoras e iniciadoras de transações de pagamento³⁷⁵. Os diferentes tipos de Instituição de Pagamento dão origem a diferentes tipos de arranjos de pagamento.

Vejam os esquematicamente:



³⁷⁵ I - emissor de moeda eletrônica: instituição de pagamento que gerencia conta de pagamento de usuário final, do tipo pré-paga, disponibiliza transação de pagamento que envolva o ato de pagar ou transferir, com base em moeda eletrônica aportada nessa conta, converte tais recursos em moeda física ou escritural, ou vice-versa, podendo habilitar a sua aceitação com a liquidação em conta de pagamento por ela gerenciada; II - emissor de instrumento de pagamento pós-pago: instituição de pagamento que gerencia conta de pagamento de usuário final pagador, do tipo pós-pago, e disponibiliza transação de pagamento com base nessa conta; (Redação dada, a partir de 3/11/2020, pela Resolução BCB nº 24, de 22/10/2020.) III - credenciador: instituição de pagamento que, sem gerenciar conta de pagamento: a) habilita recebedores para a aceitação de instrumento de pagamento emitido por instituição de pagamento ou por instituição financeira participante de um mesmo arranjo de pagamento; e b) participa do processo de liquidação das transações de pagamento como credor perante o emissor, de acordo com as regras do arranjo de pagamento; e IV - iniciador de transação de pagamento: instituição de pagamento que presta serviço de iniciação de transação de pagamento: a) sem gerenciar conta de pagamento; e b) sem deter em momento algum os fundos transferidos na prestação do serviço.

De acordo com a Lei nº 12.865/2013, considera-se como arranjo de pagamento “o conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um receptor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores”. Por meio dos arranjos operados por instituições de pagamento, o consumidor do exemplo poderá realizar a transação desejada sem manter nenhum relacionamento com a instituição financeira responsável pela conta de seu credor.

Há diferentes modalidades de arranjo de pagamento, que podem ser classificados, por exemplo, quanto ao seu propósito (compra ou transferência), quanto ao relacionamento dos usuários finais com a instituição participante (conta de pagamento pré-paga, conta de pagamento pós-paga, conta de depósito à vista ou relacionamento eventual) e quanto à abrangência territorial (doméstico e transfronteiriço)³⁷⁶.

A utilização de um arranjo de pagamento representa uma eficiência para as transações realizadas no âmbito de um sistema financeiro, conforme explicitado pelo Banco Central do Brasil³⁷⁷:

As regras do arranjo facilitam as transações financeiras que usam dinheiro eletrônico. Diferentemente da compra com dinheiro vivo entre duas pessoas que se conhecem, o arranjo conecta todas as pessoas que a ele aderem. É o que acontece quando o cliente usa uma bandeira de cartão de crédito numa compra que só é possível porque o vendedor aceita receber daquela bandeira.

³⁷⁶ Todas essas modalidades são descritas nos artigos 8º ao 10º do Regulamento anexo à Circular 3.682/2013 do Bacen: Art. 8º Quanto ao seu propósito, um arranjo pode ser classificado como de: I - compra, quando o serviço de pagamento disciplinado pelo arranjo estiver vinculado à liquidação de determinada obrigação; ou II - transferência, quando o serviço de pagamento disciplinado pelo arranjo não necessariamente estiver vinculado à liquidação de determinada obrigação. Art. 9º Quanto ao relacionamento dos usuários finais com a instituição participante, um arranjo pode ser classificado como de: I - conta de pagamento pré-paga; II - conta de pagamento pós-paga; III - conta de depósito à vista; ou IV - relacionamento eventual, quando o serviço de pagamento puder ser realizado a partir de ou para cliente que não possua, na instituição remetente ou na instituição destinatária, respectivamente, conta que seja movimentável por meio de instrumento de pagamento disciplinado pelo arranjo. Art. 10. Quanto à abrangência territorial, um arranjo pode ser classificado como: I - doméstico, quando o instrumento de pagamento disciplinado pelo arranjo só puder ser emitido e utilizado em território nacional; ou II - transfronteiriço, quando o instrumento de pagamento disciplinado pelo arranjo for emitido em território nacional para ser utilizado em outros países ou for emitido fora do território nacional para ser utilizado no país.

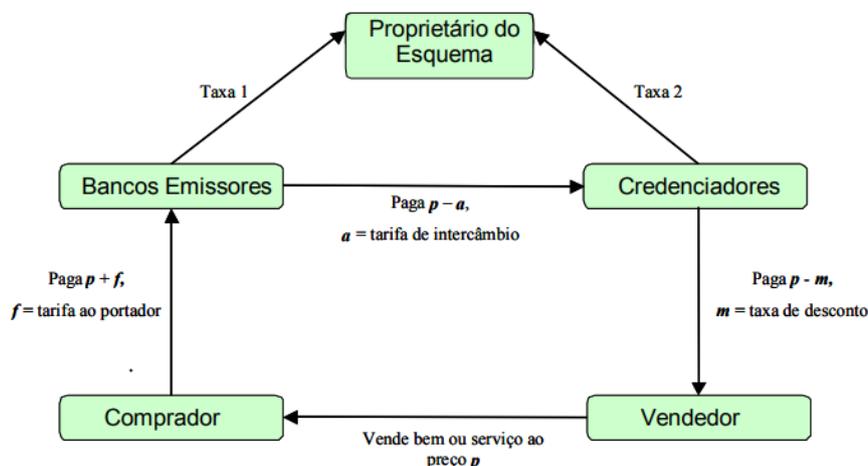
³⁷⁷ <https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/arranjospagamento>

Os arranjos podem se referir, por exemplo, aos procedimentos utilizados para realizar compras com cartões de crédito, débito e pré-pago, em moeda nacional ou estrangeira. Os serviços de transferência e remessas de recursos também são arranjos de pagamentos.

Um dos meios de pagamento mais comuns são os cartões de pagamento. A operação de arranjos de pagamento por cartões é realizada, tradicionalmente, por cinco agentes (conhecidos como agentes da indústria de pagamento): o emissor, a adquirente, a bandeira, o estabelecimento comercial e o portador do cartão. A atuação desses sujeitos foi descrita no Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamento 2010 realizado pelo Banco Central de Brasil, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pela Secretaria Direito Econômico:

Pode-se destacar os seguintes participantes, do lado da oferta, no mercado de cartões de pagamento: **emissor** – entidade (instituição financeira) responsável pela relação com o portador do cartão de pagamento, quanto à habilitação, identificação e autorização, à liberação de limite de crédito ou saldo em conta corrente, à fixação de encargos financeiros, à cobrança de fatura e à definição de programas de benefícios; **credenciador** – entidade (podendo ser banco ou empresa controlada por banco) responsável pela administração do contrato com o estabelecimento, para atuação junto ao esquema de cartão de pagamento; e **proprietário do esquema** – empresa que detém a marca e define as regras e o funcionamento do negócio, comumente conhecida como bandeira.

As interações entre esses agentes são esquematizadas da seguinte forma:



A apresentação desse específico arranjo de pagamento busca ilustrar a complexa relação existente nesse segmento, que envolve diversos agentes, encadeando diferentes elos e, por consequência, onerando com maiores custos a transação financeira. Evidenciar esse aspecto é elemento importante para entender as vantagens competitivas e o potencial de transformação inseridos no Sistema Financeiro Nacional pelo Pix.

1.2 O Pix

O Pix é um meio de pagamento instantâneo criado pelo Banco Central que se propõe a centralizar em uma única ferramenta as funcionalidades de pagamento oferecidas por diferentes meios, como TED, Cartão, boleto bancário, etc. Em definição normativa, o Pix é descrito como o *“arranjo de pagamentos instituído pelo Banco Central do Brasil que disciplina a prestação de serviços de pagamento relacionados a transações de pagamentos instantâneos e a própria transação de pagamento instantâneo no âmbito do arranjo”* (art. 3º, XVII, do Regulamento anexo à Resolução BCB nº 01/2020)

Esse meio de pagamento é instrumentalizado pela API Pix, ou seja, a *“interface de programação de aplicações (application programming interface) padronizada pelo Banco Central do Brasil para possibilitar que o usuário final possa automatizar a interação com o participante do Pix que lhe presta serviço de pagamento.”* (art. 3º, XXIII, do Regulamento anexo à Resolução BCB nº 01/2020)

São apontados como diferenciais desse meio de pagamento o (i) incremento na velocidade das transações, que passam a ser instantâneas³⁷⁸ (disponíveis a qualquer hora do dia) e conferem maior segurança aos compradores e vendedores envolvidos; (ii) a integração e

³⁷⁸ Nos termos do art. 3º da Resolução BCB nº 01/2020, pagamento instantâneo é a *“transferência eletrônica de fundos, na qual a transmissão da ordem de pagamento e a disponibilidade de fundos para o usuário recebedor ocorrem em tempo real e cujo serviço está disponível durante 24 (vinte e quatro) horas por dia e em todos os dias no ano;”*

abertura, já que permite – na verdade, obriga³⁷⁹ - a participação de diferentes instituições; (iii) diminuição de custos, já que elimina a atuação de agentes intermediários.

Dentre as funcionalidades da ferramenta, o Banco Central lista as seguintes:

transferências entre pessoas; pagamento em estabelecimentos comerciais, incluindo lojas físicas e comércio eletrônico; pagamento de prestadores de serviços; pagamento entre empresas, como pagamentos de fornecedores, por exemplo; recolhimento de receitas de Órgãos Públicos Federais como taxas (custas judiciais, emissão de passaporte etc.), aluguéis de imóveis públicos, serviços administrativos e educacionais, multas, entre outros (esses recolhimentos poderão ser feitos por meio do PagTeseuro); pagamento de cobranças; pagamento de faturas de serviços públicos, como energia elétrica, telecomunicações (telefone celular, internet, TV a cabo, telefone fixo) e abastecimento de água; e recolhimento de contribuições do FGTS e da Contribuição Social (a partir de 2021).

Referidas funcionalidades expressam a amplitude do Pix quanto às modalidades de arranjo financeiro por ele abrangidas. Desse modo, o art. 4º do Regulamento anexo à Resolução BCB nº 01/2020 estabelece o seguinte:

Art. 4º O Pix abrange, relativamente às modalidades de arranjos de pagamento, de que tratam os arts. 8º a 10 do Regulamento anexo à Circular nº 3.682, de 4 de novembro de 2013, os arranjos classificados quanto ao seu propósito, ao relacionamento dos usuários finais com a instituição participante e à abrangência territorial, como: I - de compra, baseado em conta de depósito e doméstico; II - de compra, baseado em conta de pagamento pré-paga e doméstico; III - de transferência, baseado em conta de depósito e doméstico; e IV - de transferência, baseado em conta de pagamento pré-paga e doméstico. Art. 4º-A Além do disposto no art. 4º, são admitidas, no âmbito do Pix, transações entre conta de depósito ou conta de pagamento pré-paga e: I - conta transacional de que trata o art. 3º, inciso VI, alínea “b”; ou I - conta transacional, de que trata o art. 3º, inciso VI, alíneas “b” e “e”; ou II

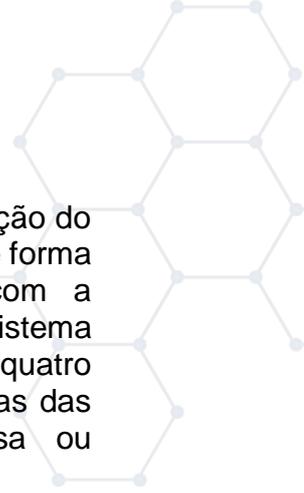
³⁷⁹ Nesse sentido, o art. 3º, caput da Resolução BCB nº 01/2020 dispõe o seguinte: “A participação no Pix é obrigatória para as instituições financeiras e para as instituições de pagamento autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil com mais de quinhentas mil contas de clientes ativas, consideradas as contas de depósito à vista, as contas de depósito de poupança e as contas de pagamento pré-pagas.”.

- conta transacional de que trata o art. 3º, inciso VI, alíneas “c” e “d”, desde que: a) o detentor da conta de que trata o caput não seja uma instituição financeira ou instituição de pagamento; e b) a transação não possa ser caracterizada como transferência de reservas entre as instituições financeiras ou de pagamento.

As operações e diferenciais oferecidos por esse meio de pagamento são possíveis pela criação de uma estrutura eletrônica que permite a comunicação entre as instituições bancárias participantes do Pix e o Banco Central. Essa infraestrutura tecnológica é baseada em uma unidade centralizadora (no caso, o Banco Central) e uma tecnologia mensageira que integra os diversos sistemas (referentes a diferentes bancos) que se comunicam à rede. Embora não haja uma correspondência perfeita, em muitos aspectos o sistema criado pelo Bacen é semelhante à lógica do blockchain.

Nesse sentido, o funcionamento do Pix depende da manutenção do Diretório de Identificadores de Contas Transacionais (DICT), ou seja, uma base de dados que “armazena as informações dos usuários finais e das correspondentes contas transacionais, com a finalidade de facilitar o processo de iniciação de transações de pagamento pelos usuários pagadores, de mitigar o risco de fraude em transações (...) e de suportar funcionalidades” do sistema (art. 45 da resolução nº01/2020 do Bacen). Ainda de acordo com a resolução do Bacen, os participantes do DICT devem manter-se conectados, em condições de emitir e receber mensagens, durante todo o período de funcionamento do Diretório e ainda têm o dever de manter uma base de dados interna que replique os registros no DICT para as chaves Pix vinculadas às contas transacionais de seus usuários finais.

Em análise comparativa, nota-se que a inserção do Pix no SFN representa uma ruptura com o modelo de meios de pagamento intermediados por diversos elos organizados em cadeias longas e complexas. Sobre o tema, Lima e Francisco (2021, p. 23) destacam o fenômeno de desintermediação do fluxo de pagamentos a partir da seguinte comparação:



A principal mudança introduzida pelo Pix é a desintermediação do fluxo de pagamentos. As transações passam a acontecer de forma muito mais simples, uma vez que são liquidadas com a necessidade de apenas um intermediário. Em contraste, o sistema atual de pagamentos requer a presença de ao menos quatro intermediários: banco emissor do cartão, adquirentes (donas das maquininhas), bandeira do cartão (por exemplo, Visa ou Mastercard) e processador.

1.3 Histórico do CADE nas análises envolvendo meios de pagamento

O CADE tem se debruçado acerca do mercado relativo a meios de pagamento há alguns anos, e possui até mesmo um Caderno³⁸⁰ de estudo dedicado ao tema. Conforme conta deste estudo, apenas entre 1995 e 2018, 108 casos foram julgados envolvendo o setor bancário. É explicitado, no entanto, que, embora esses casos aparentemente não tratem da indústria de meios de pagamento em si, tem-se os mesmos grupos econômicos relacionados à emissão de cartões, ao credenciamento destes e aos arranjos de pagamento de forma geral. Nesse ínterim, para entendermos como deve a autoridade agir quando da abordagem dos novos meios de pagamentos, quais as perspectivas com o avanço da tecnologia por sobre o setor financeiro, e como deve ser encarado o PIX dentro desse contexto, vale trazer como tem sido as decisões da autoridade nos casos mais paradigmáticos até aqui.

Um dos casos mais relevantes dos últimos anos tratou da aquisição do HSBC Brasil pelo Bradesco³⁸¹. Naquela ocasião, a Superintendência-Geral do CADE ao realizar discussão relativa à definição de mercado relevante, elaborou um quadro resumo com argumentos a favor e contra a definição – e conseqüente análise - de mercado relevante por *clusters*

380

Fonte: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20divulga%20estudo%20sobre%20mercado%20de%20instrumentos%20de%20pagamento_Cadernodeinstrumentosdepagamento_27nov2019.pdf. Acesso em 31.03.2021.

³⁸¹ Ato de Concentração nº: 08700.010790/2015-41 (Requerentes: HSBC Brasil e Banco Bradesco S.A.)

no setor financeiro, tanto no contexto brasileiro quanto em âmbito internacional:

Argumentos a favor do <i>clustering</i>	Argumentos contra o <i>clustering</i>
Internacional	
A atuação das instituições bancárias é única e inclui produtos que apenas elas podem ofertar. Dessa forma, os bancos concorrem apenas com outros bancos. ²⁴	Instituições especializadas que oferecem certos serviços de interesse do consumidor podem ser erroneamente excluídas de um <i>cluster</i> se não ofertar todos os produtos da cesta. ²⁵
Simplificação da análise, evitando uma investigação econômica ampla nos vários submercados que compõem o <i>cluster</i> . ²⁶	A análise por <i>cluster</i> tende a subestimar a competição no mercado ao ignorar o papel de instituições especializadas na oferta de um ou alguns produtos. ²⁷
Alguns produtos e serviços bancários são tão distintos que não enfrentam competição efetiva dos produtos e serviços de outras instituições financeiras. ²⁸	A análise por <i>cluster</i> pode superestimar a competição no mercado ao erroneamente inferir, a partir da existência de competição abundante para a oferta de um dos produtos da cesta, que também há competição suficiente para a oferta dos demais produtos. ²⁹
Em razão das economias de escopo, os bancos conseguem praticar taxas que isolam os seus produtos dos demais substitutos no mercado. ³⁰	
Brasil	
Considerar cada produto como um mercado específico seria desprezar a substituíbilidade e os vasos comunicantes entre os diversos produtos do ponto de vista da oferta e as vendas casadas de produtos e serviços bancários, em que um pacote de serviços é transacionado com uma tarifa única menor que a soma das tarifas dos serviços ofertados individualmente. ³¹	Apesar de ser provável que o cliente contrate vários serviços em um só banco, atualmente os consumidores desagregam os serviços financeiros consumidos e provavelmente passariam a adquirir produtos em outras instituições se o preço de um produto de sua cesta aumentasse. ³²
Há uma tendência natural do correntista em reduzir os custos de procura na aquisição de outros produtos financeiros, contratando tais produtos, portanto, no banco em que possui conta corrente. ³³	Os custos de transação de lidar com mais de um banco foram reduzidos significativamente com a disponibilização de diversos serviços na internet e em terminais de auto-atendimento. ³⁴
As políticas de precificação adotadas pelos bancos reforçam os efeitos de <i>lock in</i> ao incluir, por exemplo, entre os critérios de precificação, o tempo de relacionamento do cliente com o banco. ³⁵	Atualmente, as instituições financeiras têm acesso a informações suficientes de um potencial cliente caso esse deseje adquirir um produto ou serviço. Assim, os clientes podem “transferir” sua reputação para a instituição que desejar. ³⁶
O cliente bancário, ao se relacionar com apenas uma instituição, constrói uma reputação que não pode ser transferida para outra instituição. ³⁷	A padronização da nomenclatura dos serviços bancários estabelecida pelo Banco Central por meio da Resolução nº 3.518/2008 facilitou a comparação entre os serviços oferecidos pelos bancos, contribuindo para a redução dos custos de transação. ³⁸

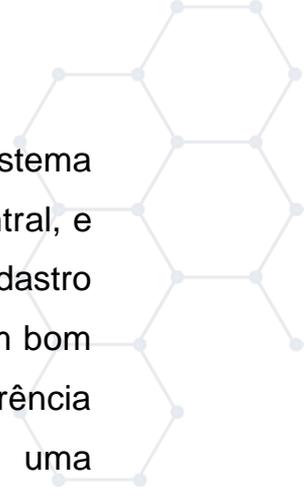
Elaboração: CADE

Em contrapartida à análise de Atos de Concentração por Clusters, o CADE também fez análises com base numa definição de mercado relevante realizada por produto. Tomando como referência alguns dos casos³⁸² que passaram pelo escrutínio da autoridade, a segmentação em grupos de produtos financeiros vem prevalecendo na delimitação dos mercados. Resumidamente, a segmentação dos produtos tende a ser analisada com base nos agrupamentos seguintes: (i) Crédito de livre utilização – Pessoa física; (ii) Empréstimo consignado – Pessoa física; (iii) Cartão de crédito; (iv) Financiamento habitacional; (v) Depósitos à vista; (vi) Poupança e depósitos a prazo; (vii) Financiamento para aquisição de veículos – Pessoa física; (viii) Crédito de livre utilização – Pessoa jurídica; (ix) Empréstimo em moeda estrangeira – Pessoa jurídica; (x) Empréstimos direcionadas para – Pessoa jurídica – financiamento rural e repasses do BNDES.

O crescimento na digitalização dos serviços, no entanto, é uma realidade que tem sido experimentada ao longo dos últimos anos, e tem alterado o ambiente concorrencial relativo ao setor financeiro de forma significativa. Na discussão relativa à melhor forma de definir mercado relevante pela perspectiva do produto tem se conformado no sentido de adotar a delimitação por produtos e não por clusters. Tal conformação advém tanto do aumento da compreensão dos consumidores acerca dos mais diversos produtos, provocada pela disseminação da informação, fazendo com que estes conseguissem realizar uma melhor diferenciação entre eles como consequência direta da redução das assimetrias de informação promovidas pelo avanço tecnológico.

De forma geral, esse acesso facilitado às informações deve-se à internet (e ao uso do *e-banking*) e à padronização dos produtos e serviços prestados pelas instituições financeiras a partir da Resolução nº

³⁸² Precedentes que utilizaram a análise realizada por grupos de produtos: Itaú e Unibanco (AC nº 08012.011303/2008-96), Banco BMG e Banco Schahin (AC nº 08012.004534/2011-49), Itaú Unibanco e Banco BMG (AC nº 08700.006962/2012-39) e HSBC e Bradesco (AC nº 08700.010790/2015-41)³⁸. O agrupamento mencionado consta da série de estudos realizada pelo Departamento de Estudos Econômicos da autoridade denominada de “Cadernos do Cade”, voltada aos mercados de instrumentos de pagamentos.



3.518/2008 do Banco Central - atualmente, os bancos dispõem do Sistema de Informação de Crédito (SCR), que é controlado pelo Banco Central, e que permite o monitoramento dos clientes inadimplentes. O Cadastro Positivo, que prevê o registro automático de consumidores com um bom histórico de pagamentos, também acabou por aumentar a concorrência nesse mercado. O PIX, nessa seara, diz respeito a mais uma centralização e padronização realizada com o intermédio do Banco Central, e nesse sentido, mostra-se um excelente incentivo à concorrência. Ademais, nunca é excessivo citar que também a internet e a digitalização dos serviços promoveram a intensa entrada de novos players, personalizados nas *fintechs*.

Quando o CADE, no entanto, realiza análise de mercados que somente dizem respeito ao instrumento de pagamento, a delimitação do mercado relevante considera todos os agentes que atuam nessas transações, em qualquer ponto da cadeia: portadores, estabelecimentos, emissores, credenciadores e a própria bandeira. Nessas análises, cada um desses agentes é tomado como pertencente a um mercado relevante distinto. Importante ressaltar ainda que tendo em vista a intensa verticalização do setor financeiro, as análises não se restringem somente ao mercado relevante impactado, mas tende a olhar todos aqueles relacionados a fim de entender a possibilidade e a probabilidade de ocorrência de fechamento de mercado. Da perspectiva geográfica, de maneira mais simplista, o mercado relevante é tomado, via de regra, como de dimensão nacional. Embora as análises de Atos de Concentração não sejam restritas à definição de mercado relevante, opta-se por, neste trabalho, concentrarmos considerações nas mudanças proporcionadas pela inserção da tecnologia no setor financeiro nas definições destes.

Quando tratamos da análise de condutas anticoncorrenciais, a digitalização também exerceu papel importante considerado nas mais diversas análises. No período de 1995 a 2019, em que foi compreendida a análise realizada pelo Departamento de Estudos Econômicos do CADE, considerado no âmbito da análise realizada neste trabalho, um total de 14

investigações foram iniciadas pelo CADE. Desse montante, 5 casos resultaram em arquivamento direto, 7 originaram 13 Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) e dois permaneciam em fase de instrução. Tem-se que a maior problemática relativa às condutas investigadas adivinham da alta verticalização que tem constituído o setor financeiro. Quando da análise dos TCCs firmados, somente as práticas de exclusividade envolvendo cartões e agentes de mercados relacionados foram responsáveis por 3 acordos firmados³⁸³. Pior ainda que as condutas envolvendo contratos de exclusividade foi o desempenho das condutas relativas à discriminação e recusa de contratar especialmente envolvendo credenciadoras de cartão – foram 6 TCCs homologados³⁸⁴.

A título de esclarecimento, vale dizer que as práticas de discriminação e de recusa de contratar advém de um fechamento de mercado, no qual um agente decide excluir outro agente. No caso de mercados verticalizados tal qual aqueles que compõe o setor financeiro, muitas vezes essa prática acaba por atingir um concorrente presente em diversos outros contextos, sendo a vítima abalada, conseqüentemente, em mais de um mercado, havendo inclusive a possibilidade de minar a concorrência em um determinado mercado atacando outro.

Na medida que a digitalização e o uso da tecnologia pelo setor financeiro têm se tornado mais disseminado, maiores tem sido os desafios de intervenção por parte das autoridades concorrenciais ao redor do mundo. Dadas as particularidades do setor, que é altamente regulado, qualquer intervenção deve ser realizada ante muita cautela. A interação entre os mais diversos agentes e em se tratando – especialmente quando dos instrumentos de pagamento – de verdadeiras plataformas. Diferentemente dos mercados tradicionais, as plataformas precisam lidar com os efeitos de rede, e assim, qualquer alteração necessariamente

³⁸³ Os Requerimentos de TCC n°s 08700.003240/2009-27; 08700.003900/2009-70 e 08700.006078/2014-66 trataram de práticas ligadas a contratos de exclusividade.

³⁸⁴ Os Requerimentos de TCC n°s 08700.001844/2017-49; 08700.003614/2017-14; 08700.003638/2018-54; 08700.005211/2018-91; 08700.005212/2018-35 e 08700.005251/2018-32

acaba provocando consequências em outros mercados, postos do outro lado.

Nesse sentido, resta bastante evidente que a digitalização dos mercados tem promovido mudança nas condutas dos agentes, e, conseqüentemente, nas análises realizadas não só pela autoridade antitruste, mas por todas aquelas responsáveis pela regulamentação do setor financeiro. Nesse sentido, falando em especial do PIX, é visto com bons olhos a intermediação do banco central na realização de pagamentos, agente onipresente e contra o qual as empresas não conseguem praticar condutas, promovendo evidente aumento da concorrência.

Considerações Finais

No relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamento, realizado em 2010 pelo Banco Central de Brasil, pela Secretaria de Acompanhamento Econômico e pela Secretaria Direito Econômico, foram apontados os seguintes aspectos como principais elementos que influenciavam na dinâmica concorrencial do mercado em estudo e que exigiam a realização de mudanças no setor:

- (i) Não-neutralidade do prestador do serviço de rede: além de serem responsáveis pelo credenciamento dos estabelecimentos comerciais (sua atividade principal), as principais credenciadoras do mercado – conhecidas, na época, como Visanet (atual Cielo) e Redecard (atual Rede) – prestavam serviços de rede e atividades de compensação e liquidação. Essa verticalização, aliada à ausência de interoperabilidade nos serviços de rede, fazia com que os potenciais credenciadores concorrentes dependessem dos serviços prestados por aquelas entidades, gerando tanto ineficiências quanto barreiras à entrada no setor.
- (ii) Ausência de interoperabilidade entre os prestadores dos serviços de rede: no período em que o relatório foi publicado, outro problema identificado nessa indústria foi a questão da falta de interoperabilidade entre os prestadores dos serviços de rede. Os prestadores de serviço de rede são as entidades responsáveis por disponibilizar a infraestrutura necessária para capturar e direcionar as transações de pagamento. Nesse contexto, por meio da

interoperabilidade, poderia haver a troca de informações, com o compartilhamento da rede de terminais Point of Sale (POS) por todos os credenciadores. Como será visto adiante, a discussão da interoperabilidade evoluiu, mais tarde, para as redes de POS verticalizadas (credenciadoras e bandeiras pertencentes a um mesmo grupo econômico).

(iii) Relações de exclusividade: Ainda, além da situação de um duopólio entre as duas principais credenciadoras da época, todas as transações realizadas com as bandeiras Visa e MasterCard eram capturadas apenas nos terminais da Visanet e Redecard, respectivamente. Com essa exclusividade, os estabelecimentos comerciais se viam obrigados a firmar contratos individuais com cada credenciadora, para permitir que os consumidores realizassem pagamentos com bandeiras distintas. Ou seja, além de arcar com custos adicionais de aluguel do terminal POS, os estabelecimentos também acabavam incorrendo em maiores taxas de desconto, devido à inexistência de concorrência nesse mercado.

Algumas dessas questões foram solucionadas com medidas de abertura efetuadas no setor principalmente pelo Banco Central, além de intervenções da autoridade antitruste e inovações legislativas, caso da Lei nº 12.865/2013, que tratou da interoperabilidade inter-arranjo e intra-arranjo, criando condições para do um acesso não discriminatório aos serviços de pagamentos prestados.

Mesmo assim, a análise do histórico de condutas investigadas pelo CADE nesse setor aponta que, mesmo após de 2010, continuaram se proliferando condutas anticoncorrenciais que foram objeto de investigação. Nesse sentido, estudo realizado pelo DEE aponta que não houve descréscimo no número de processos instaurados a partir de 2010 para analisar condutas anticoncorrenciais nesse mercado.

Há, portanto, notável dificuldade na manutenção de uma dinâmica concorrencial adequada e saudável para o setor por meio da utilização dos instrumentos tradicionais de regulação e promoção da concorrência. É nesse contexto que o surgimento de iniciativas como o PIX se mostra especialmente capazes de contribuir para uma disrupção no segmento e rearranjo das dinâmicas competitivas. A pressão competitiva sobre os elos de uma cadeia produtiva muito segmentada por contribuir para o

surgimento de soluções integradas menos custosas e mais aptas a incrementar o bem-estar do consumidor.

Referências Bibliográficas

BODÓ, Balázs; GERVAIS, Daniel; QUINTAIS, João Pedro. Blockchain and smart contracts: the missing link in copyright licensing?. **International Journal of Law and Information Technology**, v. 26, n. 4, p. 311-336, 2018.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução BCB Nº 1, de 12 de Agosto de 2020**. Disponível em: < [BRASIL, BANCO CENTRAL DO; ECONÔMICO, SECRETARIA DE DIREITO. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos, Adendo Estatístico**. BCB; SAE- MF; SDE - MJ. Brasília. 2010.](https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-bcb-n-1-de-12-de-agosto-de-2020-271965371#:~:text=1%C2%BA%20Fica%20institu%C3%ADdo%20o%20arranjo,disciplina%20o%20funcionamento%20do%20Pix.&text=%C2%A7%201%C2%BA%20Para%20os%20fins,pagamento%20pr%C3%A9%2Dpagas%20n%C3%A3o%20encerradas.>. Acesso em 31.03.2021.</p></div><div data-bbox=)

CONG, Lin William; HE, Zhiguo. Blockchain disruption and smart contracts. **The Review of Financial Studies**, v. 32, n. 5, p. 1754-1797, 2019.

EENMAA-DIMITRIEVA, Helen; SCHMIDT-KESSEN, Maria José. Creating markets in no-trust environments: The law and economics of smart contracts. **Computer law & security review**, v. 35, n. 1, p. 69-88, 2019.

LIMA, Herbert; DE REZENDE FRANCISCO, Eduardo. Revolução nos meios de pagamento digitais. **GV EXECUTIVO**, v. 20, n. 1, p. 22-25, 2021.

HAMLEDARI, Hesam; FISCHER, Martin. Construction Payment Automation Using Blockchain-Enabled Smart Contracts and Reality Capture Technologies. **arXiv preprint arXiv:2010.15232**, 2020.

KIM, KEVIN; JUSTL, JONATHAN M. Potential Antitrust Risks in the Development and Use of Blockchain. **Journal of Taxation & Regulation of Financial Institutions**, v. 31, n. 3, 2018.

MIK, Eliza. Smart contracts: terminology, technical limitations and real world complexity. **Law, Innovation and Technology**, v. 9, n. 2, p. 269-300, 2017.

SCHREPEL, Thibault. Is blockchain the death of antitrust law? The blockchain antitrust paradox. **Georgetown Law Technology Review/3 Geo. L. Tech. Rev.**, v. 281, 2019.

SCHREPEL, Thibault. Collusion by Blockchain and Smart Contracts. **Harvard Journal of Law and Technology**, v. 33, 2019.

SCHREPEL, Thibault. The Fundamental Unimportance of Algorithmic Collusion for Antitrust Law. **Harvard Journal of Law and Technology**, 2020.

SCHREPEL, Thibault; BUTERIN, Vitalik. Blockchain Code as Antitrust. **Thibault Schrepeel & Vitalik Buterin, Blockchain Code as Antitrust**, 2020.

SCHREPEL, Thibault. The Theory of Granularity: A Path for Antitrust in Blockchain Ecosystems. **Available at SSRN**, 2020.

SKLAROFF, Jeremy M. Smart contracts and the cost of inflexibility. **U. Pa. L. Rev.**, v. 166, p. 263, 2017.

Open Banking in the light of law & economics: Reduction of informational asymmetries to foster competition

Eduardo Oliveira Agostinho
Diogo Kastrup Richter

Abstract: With the increasing digitalization of financial services, means have been sought so that fintechs can operate in better conditions of competition. In particular, it is noted that informational asymmetry is one of the main failures of financial markets to hinder the functioning of the market mechanism and competition. Roughly speaking, this leads to more expensive financial services and financial exclusion. For this reason, the Brazilian National Monetary Council and the Central Bank of Brazil published the Joint Resolution No. 1/2020, which provides for and regulates Open Banking in Brazil - the Open Financial System. This is a regulation that, in order to stimulate innovation, competition and efficiency, establishes interoperability standards for technological infrastructure systems and obligations to share a wide range of data and services that encompass business activities carried out within the scope of the National Financial System. Therefore, this article aims to analyze and demonstrate, in the light of Law & Economics, how the regulation of Open Banking in Brazil is an institute that will substantially reduce the information asymmetries that characterize the financial markets, which tends to make them more competitive and more efficient in distributive terms, contributing to the financial inclusion of society. The study is guided by the deductive method and the exegetical legal method.

Keywords: Law & Economics; Open Banking; Financial Market Regulation; Efficiency; Development.

Resumo: Com a crescente digitalização dos serviços financeiros, tem-se buscado meios para que as *fintechs* possam atuar em melhores condições de concorrência. Em especial, nota-se que a assimetria informacional é uma das principais falhas dos mercados financeiros a prejudicar o funcionamento do mecanismo de mercado e da competição. Grosso modo, isso leva a serviços financeiros mais caros e à exclusão financeira. Por isso, o Conselho Monetário Nacional e o Banco Central do Brasil publicaram a Resolução Conjunta nº 1/2020, que dispõe sobre e regulamenta o *Open Banking* no Brasil – o Sistema Financeiro Aberto. Trata-se de uma normativa que, com vistas a estimular a inovação, a concorrência e a eficiência, estabelece padrões de interoperabilidade de sistemas de infraestrutura tecnológica e obrigações de compartilhamento de uma ampla gama de dados e serviços que englobam as atividades empresariais realizadas no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Diante disso, o presente artigo tem o objetivo de analisar e demonstrar, à luz da Análise Econômica do Direito, como a regulamentação do *Open Banking* no Brasil é um instituto que reduzirá substancialmente as assimetrias informacionais que caracterizam os mercados financeiros, o que tende a torná-los mais competitivos e mais eficientes em termos distributivos, contribuindo para a inclusão financeira da sociedade. O estudo é guiado pelo método dedutivo e pelo método jurídico exegetico.

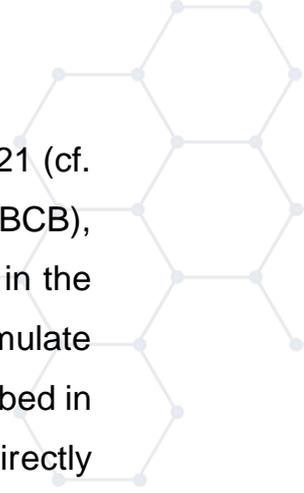
Palavras-chave: Análise Econômica do Direito; Open Banking; Regulação do Mercado Financeiro; Eficiência; Desenvolvimento.

Introduction

The digitization of financial services is a trend that has been following the development of the Digital Economy, with more and more financial operations performed virtually. The growth in the number of fintechs - companies that provide services linked to financial markets through the intensive use of digital technologies - is both a cause and a consequence of this phenomenon. Notwithstanding the gradual economic relevance of fintechs in the market, they lack certain conditions of competition to compete uniformly with the large financial institutions that concentrate market power. Notably, informational asymmetry is a market failure that characterizes such imperfect conditions of competition in financial markets, which prevents competitors from offering financial services to consumers based on the same level of information about the parties involved.

In view of this scenario, the Brazilian National Monetary Council (CMN, as the initials in Portuguese) and the Brazilian Central Bank (BCB) published the Joint Resolution nº 1, of May 4, 2020, which provides for and regulates the Open Banking in Brazil - the Open Financial System. It is a normative standard for the interoperability of technological infrastructure systems and obligations to share a wide range of data that encompass the services provided under the National Financial System (SFN, as the initials in Portuguese) such as consumer registration and transactional data and data of services offered by financial institutions.

Such normative standard also establishes the sharing of payment initiation services and credit proposal referral services. In addition, third-party companies that do not operate under the authorization of BCB will also be able to benefit from the sharing system provided by Open Banking by concluding partnership agreements with participating institutions, meeting the requirements of Joint Resolution 1/2020. The sharing of any consumer information will always depend on their free, unambiguous, informed, and prior consent for specific purposes.



The Open Banking, implemented in phases from February 2021 (cf. Joint Resolution 2/2020 of 27 November 2020 of the CMN and the BCB), announces a real revolution in the SFN and in economic dynamics in the financial markets. The BCB hopes, with such regulation, to stimulate competition, efficiency, and innovation in the SFN - objectives described in Joint Resolution nº 1/2020. In particular, such regulation tends to directly impact the informational asymmetry between market competitors, whereas the largest financial institutions are obliged to participate in the information-sharing system provided by the Open Financial System, which is a way for smaller institutions, like fintechs, to compete with higher informational conditions in these markets (they can participate voluntarily, but participation requires reciprocal data sharing).

In view of the above, this article aims to analyze and demonstrate, in the light of Law & Economics, how the regulation of Open Banking in Brazil is an institute that will reduce the informational asymmetries that characterize financial markets, with a view to making them more competitive and distributively efficient, which will contribute to the financial inclusion of society.

The study is guided by the deductive method and the exegetical legal method. A critical analysis is carried out using postulates of Law & Economics based on the normative criterion, which permeates the work. In order to achieve the proposed objective, the study is divided into three sections: in the first section, it discusses the competence of the BCB to stipulate the conditions of competition in financial markets in balance with the prudential regulation, in order to clarify why the involvement of such regulatory body in the establishment of inter-operational standards within Open Banking is advantageous; in the second section, the characterization and consequences of the informational asymmetry in financial markets are explored, with a view to demonstrating its negative effects on competition and financial exclusion; in the third and final section, the distributive economic efficiency gains provided by the Open Banking regulation are

analyzed, in order to demonstrate how the standards in vogue present advantages to consumers and SFN's market agents.

1. The BCB'S competence to determine the conditions of competition in financial markets in balance with the prudential regulation

Regulation and free competition are terms which, at first glance, may seem disparate when placed in the same sentence. Free competition, fundamental to the economic order (art. 170, *caput* and item IV, of the Brazilian Federal Constitution), is exercised in the context of the market, a "*non-linguistic coordination mechanism*"³⁸⁵, fully functional when agents can make their decisions freely³⁸⁶. Economic regulation, on its turn, is a set of legal norms that establishes parameters of economic conduct in a given time-space, consequently limiting the decision-making of economic agents³⁸⁷. So why regulate markets?

Economic regulation is necessary because the functioning of the market mechanism does not always lead to an allocation of goods and rights that results in benefits to society. These are "market failures", such as, for example, negative externalities, rival consumption of public goods, natural monopolies and informational asymmetries³⁸⁸ - the latter, in the context of the financial system, to be analyzed in the following section. Therefore, the system of supply and demand is not always capable, on its own, of bringing the market into equilibrium situations that would be the best results for both entrepreneurs and consumers. It is for this reason that

³⁸⁵ GOLDBERG, Daniel K. Notas sobre concorrência no sistema bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 23/2004, p. 32-52, jan./mar. 2004, p. 1. (electronic).

³⁸⁶ GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 23.

³⁸⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013, p. 91.

³⁸⁸ GOLDBERG, op. cit., p. 2

the State has instruments of intervention in the economic order, aiming to avoid or minimize these imperfections³⁸⁹.

Regulation of financial markets³⁹⁰ is therefore justified by the need to remedy market failures. In addition to the informational asymmetries, the negative externalities resulting from the systemic nature of banking activities are highlighted as one of its main risk dimensions. According to Otavio Yazbek, the main externalities of such activities are inherent in the interconnected structure of payment systems, the likelihood of bank runs and the high volatility of financial markets³⁹¹.

Given this, according to Palmeira and Otto, in order for the financial system to foster a healthy environment for socioeconomic development, it is necessary for it to preserve characteristics of stability, efficiency and equity. This translates into three types of banking regulation: prudential, linked to the maintenance of stability; systemic (or economic), related to protection against systemic risk; and competitive, which concerns the equity of conditions among agents to compete in the market³⁹². The prudential and systemic regulation have clear relevance from a classical perception of financial regulation, inherent in maintaining confidence in the financial system. That is, if the financial system does not provide a stable and solid environment for the functioning of the market mechanism, it is

³⁸⁹ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KOBUS, Renata. Concorrência no Mercado de Bebidas Frias: Fluidez Conceitual e Barreiras à Entrada In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord). **Tributação, Concorrência & Desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Juruá, v. 1, 2013, p. 185.

³⁹⁰ "Financial markets" because, according to the OECD, it is not possible to group the relevant market of the financial system as a single market. This term will be adopted for the present study, since defining relevant markets is not the proposed objective herein. ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Mergers in financial services. Set./2000, p. 7. Available in: <<https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/1920060.pdf>>. Access on 21 feb. 2021.

³⁹¹ YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 186. The interconnected structure of payment systems concerns the possibility of an institution's credit or liquidity risks spreading to other institutions, since a failure occurring in a financial institution can cause instability throughout the financial system. Bank runs are associated with the phenomenon in which bank depositors withdraw significant amounts from bank reserves as a reaction to the chain instabilities of financial institutions, leading to the insolvency of banks. The high volatility of financial markets refers to the price variation of financial assets, whose effects become increasingly systemic with the increasing globalization of capital movements, which affects the solvency of financial institutions according to their risk exposure (ibid., p. 186-188).

³⁹² PALMEIRA, Natalia; OTTO, Samira. Regulação concorrencial no mercado bancário brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 49/2010, p. 63-78, jul./set. 2010, p. 1-2. (eletrônico)

possible that resources will be allocated inefficiently in society, leading to situations of excess or scarcity³⁹³.

However, competitive regulation does not - or at least did not - have the same perception by the relevant regulatory bodies. According to Palmeira and Otto, competition in the financial system is not necessarily the objective of prudential and systemic regulations³⁹⁴. After all, as Sidnei Turczyn affirms, increasing the degree of competition could stimulate financial institutions' exposure to risk³⁹⁵. It is therefore possible that competitive regulation in the financial system may be put on the back burner at certain times because financial regulation pursues its own objectives, unrelated to competitive issues, or because the financial market has features different from those of competition law³⁹⁶. This notwithstanding, it is recognized that the stability of the system cannot overshadow the creation of a competitive environment in the financial system. Yazbek argues that competition regulation, while it may increase certain risks in financial markets, is an important topic - even because typical financial regulation itself can create market failures (such as market barriers) and, consequently, economic inefficiency³⁹⁷.

Sidnei Turczyn clarifies that, until the 1980s, the most powerful instrument of prudential regulation that the national banking authorities possessed was the creation of access restrictions for competitors to the financial market. However, with the internationalization of financial markets, the supremacy of protective regulations has come to be questioned, giving way to new discussions involving economic efficiency and free initiative in financial systems³⁹⁸. In this sense, Daniel Goldberg states that regulatory policies with a competitive bias have had beneficial results in countries that have adopted it, since the presence of an active

³⁹³ GOLDBERG, op. cit., p. 2-3.

³⁹⁴ PALMEIRA; OTTO, op. cit., p. 4.

³⁹⁵ TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 383.

³⁹⁶ YAZBEK, op. cit., p. 204.

³⁹⁷ Ibid., p. 205.

³⁹⁸ TURCZYN, op. cit., p. 384-385.

regulator and banking supervisor, who avoids putting at risk the hygiene of the financial system³⁹⁹.

As regards the Brazilian institutional environment aimed at regulating competition, as Turczyn teaches, the BCB has three distinct competencies, according to the SFN Law (Law No. 4.595/1964): (i) to authorize merger acts, transformation, incorporation and settlement by financial institutions (art. 10, IX, "c"); (ii) to authorize the operation of financial institutions in the country (art. 18, caput); and (iii) to regulate the conditions of competition between financial institutions, in the exercise of its supervision, including the possibility of curbing abuses with sanctions (art. 18, § 2º)⁴⁰⁰.

At this point, it is important to discern what is the competence of the BCB to establish the conditions of competition between financial institutions, in view of the institutional role exercised by the Administrative Council of Economic Defense (CADE, as the initials in Portuguese) in the context of protecting competition within the national territory, in accordance with the Competition Defense Law (Law No. 12.529/2011). The competences of CADE and BCB on competition issues within the national financial system is subject of long debates in the doctrine⁴⁰¹, in the Public Administration⁴⁰² and in the Judiciary⁴⁰³, which have particularly addressed it with the aim of identifying the competence of one or the other institution - or both - in the analysis of merger acts involving financial institutions.

Although the Superior Court of Justice (STJ, as the initials in Portuguese), in the *Recurso Especial* (Special Appeal) nº 1.094.218-DF, determined that CADE be bound to the Legal opinion GM/20 of *Advocacia Geral da União* (Attorney General of the Union) (AGU, as the initials in

³⁹⁹ GOLDBERG, op. cit., p. 3-4.

⁴⁰⁰ TURCZYN, op. cit., p. 386.

⁴⁰¹ Exemplifically: GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. CADE v. BACEN: Conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia Geral da União. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, 2004.; e MENDONÇA, Saulo Bichara; IVO, Felipe de Paula. Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Banco Central do Brasil: análise do conflito de competência. *Revista de Direito*, Viçosa, vol. 12, n. 1/2020, p. 1-27, abr. 2020.

⁴⁰² Legal opinion GM/20 of Advocacia Geral da União (Attorney General of the Union) of 7 February 2001.

⁴⁰³ See the Mandado de Segurança (Security Warrant) nº 2002.34.00.033475-0/DF, originating from the Federal Regional Court of the 1st Region, pending before the Federal Supreme Court, concerning the performance of CADE in the analysis of the merger act involving Banco BCN and Banco Bradesco.

Portuguese) which has concluded that the BCB is exclusively competent to review and approve merger acts of financial institutions and to regulate the conditions of competition in the SFN and to apply penalties applicable to regulated institutions, it is believed that there is a harmonization of the competences of BCB and CADE within the SFN, since each of these is attentive to a specific aspect of the defense of competition, without necessarily overlapping competences⁴⁰⁴.

According to information provided by the President of CADE in the Security Warrant 2002.34.00.033475-0/DF, highlighted in the Vote-view of Minister Castro Meira in Special Appeal nº 1.094.218-DF, the conditions of competition, according to art. 18, § 2, of the SFN Law, refers to the production of programmatic rules that convey competitive aspects in view of the existing prudential regulation⁴⁰⁵. That is why such a regulation deals with the conditions of competition. This is *"prior administrative exercise, which limits the free initiative of market agents on behalf of sectoral values prestigious by the Federal Constitution (art. 192)"*⁴⁰⁶. That is: the BCB establishes *ex ante* the conditions under which SFN participating agents, subject to the supervision of the regulatory body, may compete in the financial markets, in accordance with the prudential regulation in force.

CADE, on the other hand, does not establish the conditions of competition in any economic sector, but only prevents concrete acts of violation of the economic order according to the legislation in force (arts. 9, II, and 36, of the Defense of Competition Law). Thus, again according to the President of CADE in the aforementioned Special Appeal, *"a behavior of a particular financial institution censured by prudential rules may or may not also be contrary to competition rules"*⁴⁰⁷.

⁴⁰⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.094.218-DF. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 25/08/2010. Publicado no DJe em 12/04/2011. Available in <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Access on 21 feb. 2021; e BRASIL. Advocacia-Geral da União. Parecer GM-20. Brasília, 2001. Available in: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8413>>. Access on 21 feb. 2021.

⁴⁰⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, op. cit.

⁴⁰⁶ Ibid.

⁴⁰⁷ Ibid.

Notwithstanding the outcome - still unconcluded - of the above-mentioned Security Warrant, there seems to be a worldwide trend for a joint effort by the antitrust regulator and the financial regulator in the demands involving competition, which reinforces the interrelationship and complementarity between the two forms of financial and competitive regulation⁴⁰⁸. In this sense, the Joint Normative Act nº 1/2018, of BCB and CADE, was established with the objective of both adopting a series of cooperative procedures for the analysis of acts of concentration involving financial institutions and for the analysis of violations of the economic order involving institutions regulated by the BCB.

The discernment of the competence of the BCB on this subject is important because the regulation of Open Banking comes precisely in this context of establishing the conditions of competition in the SFN in balance with necessary prudential aspects. By establishing the obligation for financial market agents to adopt standards of system integration and sharing of data and services, the BCB does so in order to stimulate competition in the SFN. It is worth mentioning that the main objectives of Open Banking are to promote competition and increase efficiency in the SFN and the Brazilian Payment System (SPB, as the initials in Portuguese), according to art. 3rd, II and III of Joint Resolution 1/2020.

Regarding prudential regulation, the same Joint Resolution nº 1/2020 establishes a series of conditions for the sharing of data and services to be safe and carried out according to the will of consumers. In this sense, they stand out as prudential norms: the limitation of the scope of data and services that can be shared by Open Banking participants, with the possibility of increasing the scope through the convention provided in art. 44 of Joint Resolution nº 1/2020 (art. 5º, caput and § 1º, of Joint Resolution nº 1/2020, and Circular nº 4.015/2020⁴⁰⁹); the indication of the

⁴⁰⁸ YAZBEK, op. cit., p. 205.

⁴⁰⁹ Details of the customer service channels of financial institutions; information on products and services offered by financial institutions (such as bank accounts, credit and foreign exchange transactions, investments, insurance and supplementary pension funds); customer registration data (such as identification and qualification); customer transaction data (such as transaction history, balances and bank account limits); and payment transaction initiation and credit transaction forwarding services.

obligatory participants and volunteers of Open Banking (art. 6° of Joint Resolution n° 1/2020)⁴¹⁰; the indication of contractual requirements for third parties who are independent of the BCB's authorization to operate to participate in the Open Banking systematic, under the responsibility of the contracting entity (arts. 36 to 39 of Joint Resolution 1/2020); the establishment of control mechanisms to ensure reliability, availability, integrity, confidentiality and security for data sharing and services (art. 40 of Joint Resolution n° 1/2020); and the establishment of rules for obtaining and revoking consumer consent for the sharing of data and services (arts. 10 to 15 of Joint Resolution 1/2020).

It is this complementing of rules stimulating competition and prudential rules that justifies the regulation of Open Banking and demonstrates the advantage of the participation of the financial regulator in this field of establishing standards of data sharing and services of financial activities. In a way, Open Banking, with its standards of interoperability and communication, could exist outside any regulation of the regulatory body - it would be enough to adopt such standards by economic agents, in common agreement. However, the absence of the participation of the regulatory financial authority could lead to excessive risk-taking by the participating institutions of this hypothetical spontaneous self-regulatory Open Banking⁴¹¹, or even the exclusion - intentional or not - of important stakeholders who should participate in such a systematic of open systems and standardization of data and service sharing. According to Fernando Zunzunegui, self-regulation of the financial market would be insufficient to implement a secure Open Banking system, because leaving

⁴¹⁰ In the case of data sharing, the S1 and S2 institutions covered by BCB Resolution 4.553/2017 are required to participate, while the other institutions authorized to operate by the BCB may participate voluntarily. In the case of service sharing, institutions holding an account and institutions initiating a payment transaction are required to participate.

⁴¹¹ Spontaneous self-regulation is developed by private agents and are independent of delegation or recognition by the State (DEFANTI, 2018, p. 165).

it to the private sector alone to create standards and procedures for sharing data and services could undermine consumers' rights⁴¹².

Clarified the justifications of the BCB's competence to stipulate the conditions of competition in financial markets in balance with prudential regulation, combined with the regulation of Open Banking, it shall be analyzed the characteristics and consequences of information asymmetry in financial markets.

2.Characterization and consequences of informational asymmetry in financial markets

Information is the input of the behavior of the economic agent guided by rationality and maximization of utilities, being, therefore, an essential aspect in market relations. Whether in the acquisition of a good or in the contracting of a service of any nature, it is important that the parties involved in the contracting have knowledge of the characteristics, risks, and consequences of the subject of the negotiation. After all, it is based on business information that each economic agent assesses the value that that negotiation represents to itself.

As explained by Marcia Carla Ribeiro, the economic agent, in a given decision-making process, analyzes the information available for this and considers the costs of the operation, comparing them with the intended benefits with the business. From the rationality, the agents, for themselves, will conclude or not certain business. On this path, there being compatibility of interests and benefits for both parties, the business will become viable and there will be efficient circulation of wealth⁴¹³.

However, efficient trading can be frustrated if there are high transaction costs, leading to market failures (as analyzed in the previous

⁴¹² ZUNZUNEGUI, Fernando. La digitalización de los servicios de pago. Revista de Derecho del Mercado Financiero. **Working Paper 1/2018**, Sep./2018, p. 20. Available in <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264759>>. Access on 21 feb. 2021.

⁴¹³ RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: _____; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 64-65.

section). According to Maria Eugênia Finkelstein, the notion of transaction costs represents the set of actions necessary for the establishment and execution of the legal business⁴¹⁴. Oliver Williamson compares transaction costs of a business with friction of physical science. The Nobelist classifies them into *ex ante* transaction costs (such as costs of drafting, negotiating and safeguarding contracts) and *ex post* (such as bargaining costs when transactions evade initial alignment and costs associated with contract governance structures)⁴¹⁵.

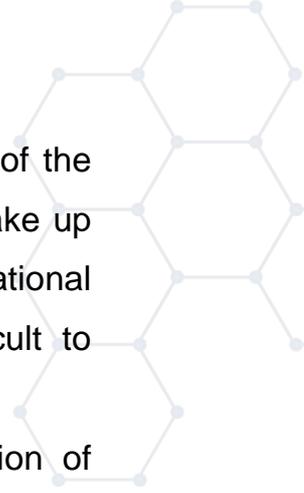
If information is an essential aspect in the decision-making process of the rational economic agent, the unequal distribution of information relating to a business among the agents involved is a factor that, therefore, raises transaction costs and creates market failures. Fabio Tokars explains that the theory of informational asymmetry, created in the 1970s by the Nobelists George Akerlof, Michael Spence and Joseph Stiglitz, explores the finding that, in an economic relationship, one party usually has more knowledge of the transaction object than the other. Because of this, the assumptions regarding the rational behavior of the agent are changed, the price structures of the market are modified and, in particular, "*areas of absence of markets*" are created - that is, the impossibility of reaching reasonable prices due to the perception of the parties as to the asymmetry of information in relation to the object of the transaction⁴¹⁶.

According to Otavio Yazbek, informational asymmetry is - as mentioned in the previous section - one of the main failures of the financial markets, permeating transactions in this sphere. The author explains that this gap is present both in the relations between consumers and financial institutions and in the relations between the institutions themselves: on the one hand, there are informational asymmetries in the relations between

⁴¹⁴ FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Assimetria de informações no mercado de capitais. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 1, n. 5, p. 1.025-1.049, 2015, p. 1.034. Available in: <<https://www.cidp.pt/publicacoes>>. Access on 21 feb. 2021.

⁴¹⁵ WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. The Free Press, New York, 1985, p. 20-21.

⁴¹⁶ TOKARS, Fabio Leandro. Assimetria informacional. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, p. 89-95, 2011, p. 89-90.



consumers and financial institutions, given the high specialization of the financial market and the complex structural entanglements that make up financial institutions; on the other hand, there are also informational asymmetries between financial institutions, which makes it difficult to assess risks when they enter into relationships⁴¹⁷.

It is possible to explore another bias of the characterization of informational asymmetry, in addition to Yazbek's explanation: the competing agents of the financial markets themselves do not have the same level of information about the users of their services - such as registration data, transaction data, financial standing and credit risk aversion. This has the following consequences: first, financial market participants are not in an equal position to investigate the risk of providing a financial service to clients of different profiles, which tends to increase service charges as a way to bridge this information gap; and secondly, as a result of the previous problem, competing agents with lower informational conditions, having to raise their service fees to cover risks, have less ability to compete with agents with large consumer databases, which can offer more competitive rates in the market because of their informational advantage.

Regardless of the bias adopted, two problems linked to microeconomic theory can unfold from the informational asymmetry: the risk of adverse selection and the moral hazard. According to Finkelstein, economic agents can use the information they have for their own benefit or to the detriment of those who do not have the same level of information. When the asymmetric use of information occurs, conflicts of interest and opportunistic actions may occur, which constitutes the so-called "agency conflict"⁴¹⁸. This type of informational asymmetry can occur in the

⁴¹⁷ YAZBEK, op. cit., p. 188-189. Even if consumers had all the necessary information about the financial business, they would probably not be able to analyze it precisely, since it is a business whose factors are usually complex. It is, therefore, an effect caused by the limited rationality of the agents, which, due to interferences caused by behavioral biases, makes unpredictable, partially or totally, the decision-making process of the economic agents. RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; DOMINGUES, Victor Hugo. *Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança*. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 8, n. 2, ago. / 2018, p. 462.

⁴¹⁸ FINKELSTEIN, op. cit., p. 1.039-1.040.

relationships conducted in financial markets and reflects the competition problem pointed out above.

Daniel Goldberg explains how this unfolds when analyzing the determinants of bank spread in interest rates⁴¹⁹. According to the author, the banks seek to infer the risk of defaults on the loans granted to the borrowers. The lower the risk, the lower the interest rate to be charged. However, the granting of loans suffers from such adverse selection risks and moral hazard⁴²⁰. Regarding the risk of adverse selection, financial institutions, in theory, are unable to correctly differentiate the characteristics of the credit borrowers since they do not have accurate information about the degree of risk propensity of the borrowers. Given the uncertainty inherent in this financial transaction, the bank usually uses punitive interest rates if the granting of credit is not completed. If this rate is high enough, more risk-prone borrowers will have disincentives to take out the bank loan. The bank, in turn, is more likely to lend to more secure and reliable borrowers. As for moral hazard, Goldberg explains that financial institutions are prone to borrower behaviors that lead to default. In this way, contractual rules can shape the behavior of the opportunist party and avoid attitudes that harm the implementation of the contract, but still, the risk of non-payment ends up being incorporated into the cost of the loan⁴²¹.

These types of informational asymmetry, according to Goldberg, give rise to the common sense that interest rates in Brazil are extremely punitive in case of default⁴²². These factors highlight the problems of informational asymmetry in financial markets and its consequences on the pricing of consumer services, because the upward trend in financial services rates as a way for financial institutions - and other participants in the SFN - to

⁴¹⁹ The interest rate is the price charged for the assignment of the use of monetary resources over a certain period of time, while the bank spread is the difference between the interest rate paid to the saver and that charged to the borrower, thus constituting the remuneration for the intermediation service. GOLDBERG, *op. cit.*, p. 7.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 7-8.

⁴²¹ *Ibid.*, p. 8-9.

⁴²² *Ibid.*, p. 8.

bail out of risky transactions can make financial services too expensive, consequently preventing individuals from accessing services so necessary for personal development.

Another unfolding of such informational problem is that, in certain financial services (such as loan services), there may be high costs involved in the possible migration of a service provider if the consumer so wishes, which could justify, even more, high bank spreads⁴²³. It is called the lock-in effect. This is because, as stated above, competitors who have an informational advantage have more price-setting capabilities than their competitors. Therefore, there are fewer incentives for consumers to change their financial service providers, which could offer more competitive services - at a better price and quality - if they had access to users' necessary pricing data.

The problem so far solved results, in short, in concentration of market power, that is, when the competing agent manages to charge price above the unitary production cost⁴²⁴. With market power concentrated on a few players, monopolistic competitors achieve this power in such a way that they can offer to the consumer goods and services that do not have the price or quality they would have if the market mechanism worked properly. Then there is the undesired social cost of market concentration: consumers need to spend more income to acquire the same good or service, and some of them will not even be able to buy it because the price is beyond what they would be willing to pay⁴²⁵. In other words, inefficient allocation of resources occurs, leading to loss of wealth on part of the society⁴²⁶.

In this section, we observed how informational asymmetry is characterized in financial markets and what are its negative biases. In the following section, it will be analyzed how the regulation of Open Banking,

⁴²³ Ibid., p. 10.

⁴²⁴ SANTACRUZ, Ruy. Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos. **Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 9/2002, p. 161-177, jan. 2002, p. 4. (eletrônico). According to the author, the calculation of the unitary production cost already includes remuneration for the capital invested.

⁴²⁵ Ibid., p. 4-5.

⁴²⁶ GOLDBERG, op. cit., p. 2.

corroborated by the existing institutional framework, can reduce the gaps of this market failure, theoretically allowing increased competition in financial markets with greater data sharing and integration of systems by the participants of Open Banking.

3. Gains of distributive economic efficiency provided by the regulation of Open Banking

As seen in the previous section, the costs of informational asymmetry in the market mechanism were analyzed. Summarily, informational asymmetry makes financial services more expensive - whether by increasing service fees to cover risks arising from opportunistic attitudes, or by the price increase brought about by the market power in which the information-centralizing institutions enjoy. In any case, the consumer market is potentially damaged because it has access to services that do not represent the appropriate price or, worse, simply does not have enough resources to consume them. The result is the exclusion of consumers from the financial market, by, for example, inhibiting them from access to credit, from using means of payment appropriate to their needs or from providing savings in a safe financial institution.

If informational asymmetry is one of the main failures in the financial markets, it is natural and expected that the regulatory state intervention will occur precisely to analyze it or attenuate it. This is what the BCB aims at with the regulation of Open Banking. As explained in other passages in this study, the sharing of data and the opening and integration of systems, through an open exchange environment orchestrated by the BCB, are the great powers that induce changes in the Open Financial System. Sharing and openness are key words.

It is quite true that Joint Resolution No 1/2020 is not the first normative vehicle dedicated to reducing informational asymmetries in the financial markets. Important previous institutes, such as Law 12.414/2011

(Positive Registry Law), are part of this institutional framework. According to Gabriel Souto, the Positive Registry enables the direct transfer of information between agents participating in loan contracts, consequently reducing the asymmetry of information. This offers greater access to credit and reduced operating costs in obtaining loans, making it possible to reduce bank spread⁴²⁷. In addition, past financial regulations, such as CMN Resolutions No 3.401/2006 and No 3.402/2006, which allow the portability of credit, registration, and salary, were also created to improve competition in financial markets.

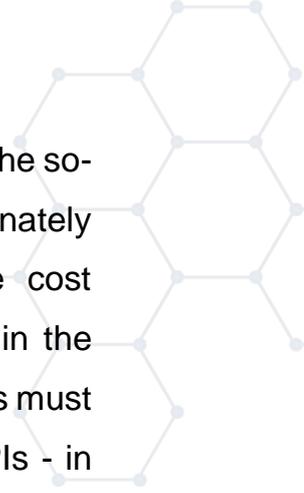
The regulation of Open Banking advances positively in the agenda of sharing and opening data and systems, adapted to the digital reality of growing financial businesses⁴²⁸. It should be noted that the data covered by Joint Resolution 1/2020, as mentioned elsewhere, go beyond the registration data, covering customers' transactional data and data on products and services and service channels of the participating institutions. In addition, it should not be forgotten that Open Banking also establishes the sharing of some services, such as the initiation of a payment transaction (see Resolution BCB No 24/2020) and the credit proposal referral (see Resolution CMN No 3,954/2011), issues not covered until then in the institutional framework. These measures, it is worth saying, will be welcomed to increase competition in markets such as the means of payment and the granting of credit, respectively, which have been the object of the BCB's attention towards promotion of access⁴²⁹.

Moreover, given the increasing digitization of financial services, it would not be sufficient merely to determine the sharing of data by the technological means individually adopted by financial institutions. It is

⁴²⁷ SOUTO, Gabriel Araújo. Cadastro Positivo: a solução para o combate à assimetria informacional no setor bancário brasileiro?. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, vol. 13, n. 1, p. 75-88, jun. 2019, p. 78.

⁴²⁸ According to data from the Brazilian Federation of Banks, about 65% of banking transactions in Brazil, in 2019, were conducted by computer or mobile banking, and mobile banking transactions jumped from 4.7 billion in 2014 to 39.4 billion in 2019. FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária**. 2020. Available in: < <https://febraban.org.br/>>. Access on 21 feb. 2021.

⁴²⁹ As for the means of payment, reference is made to the creation of the Pix, the system of instant payments, by digital means, established and regulated by the BCB (see Resolution BCB No 1/2020).



necessary that technological systems of integration of technologies, the so-called Application Programming Interfaces (APIs), integrate coordinately so that the sharing effectively occurs with the lowest possible cost (regulatory, financial and technological). This is also provided for in the Open Banking regulation, which provides that participating institutions must provide interfaces dedicated to data sharing and services - i.e., APIs - in accordance with the standards adopted by the convention of the participants of the Open Financial System (art. 23, *caput*, of Joint Resolution No 1/2020). It is also foreseen in the regulation that such APIs should be programmed in a free format of restrictions on their use, whose programming institutions should provide the other participating institutions with clear information about the dedicated interfaces (art. 23, § 1º, and art. 24, both of Joint Resolution No 1/2020).

Given the factors presented, it follows that the regulation of Open Banking is salutary in reducing the informational asymmetry in financial markets by the potential to drastically reduce the transaction costs involved in obtaining information - whether in the relationships between the competitors themselves, in relationships between competitors and consumers. This may diminish the influence of market power in competition, as well as reduce the likelihood of opportunistic attitudes in the relations there entered.

In the sphere of price and quality determination of products or services, competitors with less informational power are given the possibility to compete with parity of arms in the face of those who ordinarily hold the informational monopoly, because they will have simplified means to obtain information from those who concentrate it (always with the consent of the consumer). This is an important way to reduce informational asymmetries in the digital age. This is an opportunity for fintechs to compete with well-established financial institutions in the market since the latter players will have to enable intersystematic communication interfaces.

In addition, with the possibility of entities not authorized to operate by the BCB to enter into individual partnerships with participants of Open

Banking, in order to have access to transactional and customer registration data (art. 36 of Joint Resolution No 1/2020), it opens up a probably unprecedented front of competition in the financial markets: technology companies or types of fintechs that do not need the BCB's authorization to function, for example, may access data that orbit the SFN and add value to their own services. It is believed that the application of new technologies in financial services will create unprecedented financial business models, such as models based on database technologies, which will lead financial institutions to operate as a kind of data and service platform⁴³⁰.

Regarding the behavioral problems caused by information asymmetry, as stated by Sabbag and Noletto, the regulation of Open Banking can reduce the information asymmetry between consumers and service providers: on the one hand, the financial information of the users, originally of the "private" type, gradually passed to the "open" type before the sharing of these with the service providers; on the other hand, the opening of these data would reveal the existence of "blind spots" in banking relations. Once consumers and financial service providers share data in the Open Banking model, the existing reliability risks would be diminished for both parties, thus decreasing the risks of financial business between them⁴³¹.

It is inferred that this scenario is of economic efficiency gains for all agents involved in the market. With more precise information about financial market participants, the trend is for pricing and offering financial products and services more in line with what the market is looking for. Given the more abundant availability of information about consumers in the market, the production costs of financial services tend to decrease (see the pricing logic described in the previous section) while competitive pressure would oblige competing agents to pass on this decrease in production costs to consumers. Thus, Open Banking would contribute to the achievement of

⁴³⁰ ZUNZUNEGUI, op. cit., p. 9-10.

⁴³¹ SABBAG, Alessandra Pela; NOLETO, Lucas de Oliveira. Open Banking: impasse entre a privacidade de dados e a revolução tecnológica? *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, v. 3/2019, abr./jun. 2019, p. 3-4. (eletrônico).

market equilibrium⁴³² in line with the distributive economic efficiency dictates provided by Brazilian legislation.

The fact that Open Banking promotes distributive efficiency gains means that the fruits of efficiency in reducing production costs - productive efficiency⁴³³ - are at least partially passed on to consumers. In this sense, according to Calixto Salomão Filho, it is possible to assume the distribution of efficiency gains with consumers when there are no entry barriers for new competitors despite the increase in productive efficiency⁴³⁴. This presumption is believed to be fully admissible in the present case, as the competitive pressure encouraged by Open Banking will theoretically prevent deliberate price increases.

Salomão Filho understands that this vision of economic efficiency, which is based on the principle of redistribution, is the one adopted by the Brazilian legal framework⁴³⁵. This is embedded in the art. 170 of the Brazilian Federal Constitution, which states that the Brazilian economic order is intended to ensure everyone a dignified existence, according to the dictates of social justice. After all, according to Ana Frazão, if the constitutional economic order has the purpose of ensuring everyone a dignified existence, according to the dictates of social justice, it imposes responsibility on the holders of economic power before society⁴³⁶.

At the legal level, this perspective is taken from the Competition Defense Law, which provides that acts of concentration are allowed when (i) they increase productivity or competitiveness, (ii) they improve the quality of goods or services, or (iii) provide efficiency and technological or economic development and necessarily pass on a relevant portion of such benefits to consumers (art. 88, § 6º, I and II, Law No 12.529/2011). On the

⁴³² Supply and demand interact until the amount of a good or service offered is exactly the amount that society "needs" at the lowest possible price. This is the state of market equilibrium. GOLDBERG, op. cit., p. 1.

⁴³³ Productive efficiency refers to the effective use of resources by companies. This facet of efficiency indicates the level of expenditure necessary to produce a given good. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 112.

⁴³⁴ Ibid., p. 118.

⁴³⁵ Ibid., p. 117.

⁴³⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 50.

same legal instrument, it is also worth mentioning that society is the owner of the values protected by the Brazilian System of Defense of Competition, as provided in the first article of the beforementioned law.

After all, it is possible to infer that the distribution of economic efficiency gains promoted by Open Banking will flow into an important pillar of socioeconomic development: financial inclusion⁴³⁷. According to the G20 (Group of Twenty), financial inclusion refers to the state in which all economically active adults have effective access to the following financial services: credit, savings (in a broad sense), payments, insurance, and investments⁴³⁸. The BCB incorporates this concept of financial inclusion into a broader concept, that of *financial citizenship*, which is characterized as "*the exercise of rights and duties that allows citizens to manage their financial resources well*"⁴³⁹.

Under the pillar of financial inclusion, the BCB recognizes the need for the State to defend competition within financial markets, including by providing institutional means for interoperability, reducing information asymmetry and cadastral and service portability⁴⁴⁰. It is therefore precisely in this category that the regulation of Open Banking fits, determining the interoperability of communication interfaces between institutions participating in the Open Financial System to enable broad data and service sharing within the SFN, always with the consent of the consumer, which has the potential to drastically reduce information asymmetry.

⁴³⁷ According to André Folloni, the concept of development of the 1988 Constitution goes beyond economic conceptions. According to the jurist, economic development must be pursued side-by-side with social objectives, which include the development of society as a whole and the universalization of social rights. Furthermore, development should contribute to the well-being and development of individual capabilities. FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014, p. 79-81.

⁴³⁸ GLOBAL PARTNERSHIP FOR FINANCIAL INCLUSION. **Global standard-setting bodies and financial inclusion: the evolving landscape**. Washington, mar. 2016, p. 6. Available in: <<https://www.gpfi.org/publications/global-standard-setting-bodies-and-financial-inclusion-evolving-landscape>>. Access on 21 feb. 2021.

⁴³⁹ BANCO CENTRAL DO BRASIL. **O que é cidadania financeira?: definição, papel dos atores e possíveis ações**. Brasília, nov. 2018, p. 29. Available in: <<https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira>>. Access on 21 feb. 2021. Financial citizenship is composed by four pillars: (i) financial inclusion; (ii) financial education; (iii) consumer protection of financial services; and (iv) dialogue participation in the financial system.

⁴⁴⁰ *Ibid.*, p. 34.

Conclusion

In the first part of this paper, the justifications of the regulation of the financial markets as a whole and, specifically, of the regulation of Open Banking were analyzed. It was seen that establishing regulatory standards for the creation of the Open Banking is advantageous because it seeks to ensure the stipulation of conditions of competition according to prudential regulation. In addition, it was affirmed that having the decision-making participation of the BCB in such regulation is a way to ensure the participation of all market players necessary to attest to the true openness and accessibility of this data interoperability environment and the technological systems.

In the second part of this paper, it was observed the negative effects of informational asymmetry on the financial markets. It was argued that informational asymmetry is responsible for the high risk in the provision of financial services, which tends to increase service rates to cover that risk, as well as is reason for the concentration of market power. Therefore, services in theory tend to inefficiency, leading to financial exclusion.

In the third and final part, it was argued that the regulation of Open Banking is salutary in decreasing the informational asymmetry in financial markets through the potential to drastically reduce transaction costs involved in obtaining information - whether in the relationships between competitors and consumers or in the relations between competitors themselves. This, therefore, tends to reduce the aforementioned "*market absences*" zones, allowing for more business-doing, which will be evaluated with more accurate information about the agents involved and will be priced under less pressure from market power. The result is distributive efficiency in financial markets (productive efficiency whose fruits are necessarily passed on to consumers) and financial inclusion, as much as the result is to contribute to the construction of financial citizenship

because effective access to financial services that meet the needs of the citizen is one of the pillars of such concept used by the BCB.

Finally, however, it should be noted that only financial inclusion is not enough to achieve financial citizenship. "Financial education" is another pillar that constitutes this concept, which will be very important for the effective use of Open Banking by consumers - and for the success of this regulation in favor of more competitive, innovative, and efficient financial markets. It will be necessary to instruct the consumer to use Open Banking's data sharing mechanisms and services in a sound and secure manner. In particular, it is important to raise awareness in order to avoid the prosperity of financial transaction fraudsters or malicious individuals who end up misusing users' personal data. Otherwise, no matter how positive the regulation of Open Banking is, it will do no good if it is not used by the final recipients because of security concerns. After all, managing financial resources properly is just as important as accessing them. The participation of the BCB will be important in this sphere, because as the main institution and coordinator of Open Banking, it will have a key role in the awareness of users of Open Banking.

References

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **O que é cidadania financeira?**: definição, papel dos atores e possíveis ações. Brasília, nov. 2018. Available in: <<https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira>>. Access on 21 feb. 2021.

BRASIL. Advocacia-Geral da União. **Parecer GM-20**. Brasília, 2001. Available in: <<http://www.agu.gov.br/page/atos/detalhe/idato/8413>>. Access on 21 feb. 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Circular nº 4.015, de 4 de maio de 2020**. Brasília, 2020. Available in: <<https://sei.cade.gov.br/>>. Access on 21 feb. 2021.

BRASIL. Banco Central do Brasil. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Ato Normativo Conjunto nº 1 de 10 de dezembro de 2018**. Brasília, 2018. Available in <<https://sei.cade.gov.br/>>. Access on 21 feb. 2021.

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Banco Central do Brasil. **Resolução Conjunta nº 1, de 4 de maio de 2020**. Brasília, 2020. Available in:

<<https://www.bcb.gov.br/estabilidadefinanceira/buscanormas>>. Access on 21 feb. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.094.218-DF**. Rel. Min. Eliana Calmon. Julgado em 25/08/2010. Publicado no DJe em 12/04/2011. Available in <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>. Access on 21 feb. 2021.

DEFANTI, Francisco. Um ensaio sobre a autorregulação: características, classificações e exemplos práticos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 63, p. 149-181, jul./set. 2018.

FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE BANCOS. **Pesquisa FEBRABAN de Tecnologia Bancária**. 2020. Available in: <<https://febraban.org.br/>>. Access on 21 fev. 2021.

FINKELSTEIN, Maria Eugênia. Assimetria de informações no mercado de capitais. **Revista Jurídica Luso-Brasileira**, Lisboa, ano 1, n. 5, p. 1.025-1.049, 2015. Available in: <<https://www.cidp.pt/publicacoes>>. Access on 21 feb. 2021.

FOLLONI, André. A complexidade ideológica, jurídica e política do desenvolvimento sustentável e a necessidade de compreensão interdisciplinar do problema. **Revista Direitos Humanos Fundamentais**, Osasco, ano 14, n. 1, p. 63-91, jan./jun. 2014

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

GICO JR., Ivo T. Introdução à análise econômica do direito. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 17-26.

GLOBAL PARTNERSHIP FOR FINANCIAL INCLUSION. **Global standard-setting bodies and financial inclusion: the evolving landscape**. Washington, mar. 2016. Available in: <<https://www.gpfi.org/publications/global-standard-setting-bodies-and-financial-inclusion-evolving-landscape>>. Access on 21 fev. 2021.

GOLDBERG, Daniel K. Notas sobre concorrência no sistema bancário. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 23/2004, p. 32-52, jan./mar. 2004. (eletrônico).

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula A. CADE v. BACEN: Conflitos de competência entre autarquias e a função da Advocacia Geral da União. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 2, n. 8, 2004.

MENDONÇA, Saulo Bichara; IVO, Felipe de Paula. Conselho Administrativo de Defesa Econômica e Banco Central do Brasil: análise do conflito de competência. **Revista de Direito**, Viçosa, vol. 12, n. 1/2020, p. 1-27, abr. 2020.

MOREIRA, Egon Bockmann. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Mergers in financial services**. Set./2000, p. 7. Available in: <<https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/1920060.pdf>>. Access on 21 fev. 2021.

PALMEIRA, Natalia; OTTO, Samira. Regulação concorrencial no mercado bancário brasileiro. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, vol. 49/2010, p. 63-78, jul./set. 2010. (eletrônico)

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira. Racionalidade limitada. In: _____; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

_____; DOMINGUES, Victor Hugo. **Economia comportamental e direito: a racionalidade em mudança**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 8, n. 2, ago. / 2018. p. 457-471.

_____; KOBUS, Renata. Concorrência no Mercado de Bebidas Frias: Fluidez Conceitual e Barreiras à Entrada In: FOLMANN, Melissa; GONÇALVES, Oksandro Osdival (Coord). **Tributação, Concorrência & Desenvolvimento**. 1. ed. Curitiba: Juruá, v. 1, 2013, p. 183-197.

SABBAG, Alessandra Pela; NOLETO, Lucas de Oliveira. Open Banking: impasse entre a privacidade de dados e a revolução tecnológica? **Revista de Direito e as Novas Tecnologias**, v. 3/2019, abr./jun. 2019. (eletrônico)

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTACRUZ, Ruy. Antitruste, eficiência econômica, curvas, triângulos e retângulos. **Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 9/2002, p. 161-177, jan. 2002. (eletrônico)

SOUTO, Gabriel Araújo. Cadastro Positivo: a solução para o combate à assimetria informacional no setor bancário brasileiro?. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, vol. 13, n. 1, p. 75-88, jun. 2019.

TOKARS, Fabio Leandro. **Assimetria informacional**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord). **O que é análise econômica do direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Fórum, p. 89-95, 2011.

TURCZYN, Sidnei. **O sistema financeiro nacional e a regulação bancária**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting**. The Free Press, New York, 1985.

YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

ZUNZUNEGUI, Fernando. La digitalización de los servicios de pago. **Revista de Derecho del Mercado Financiero**. Working Paper 1/2018, Sep./2018. Available in <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3264759>>. Access on 21 feb. 2021.



A análise concorrencial e a COVID-19: Os efeitos da pandemia na atuação do CADE

*Giovana Vieira Porto
Julia Gonçalves Braga*

Resumo: O artigo possui como objetivo mapear, de forma empírica, como os efeitos da pandemia da Covid-19 impactaram a análise concorrencial realizada pela autoridade brasileira de defesa da concorrência, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), a partir de três perspectivas principais. A primeira focará na identificação dos pronunciamentos do Cade por meio de notas técnicas e notas informativas. A segunda diz respeito à análise comparativa de decisões proferidas pelo Tribunal do Cade entre os anos de 2015 e 2020. Por fim, a terceira consistirá no mapeamento de menções à pandemia da Covid-19 em documentos elaborados pelos órgãos do Cade desde a publicação do Decreto Legislativo nº 6, de 2020 (“Decreto de Calamidade Pública”), em 20 de março de 2020, até 28 de março de 2021. Como resultado da pesquisa realizada no artigo, foi possível verificar a ativa e relevante atuação do Cade no enfrentamento dos efeitos da pandemia da Covid-19 no Brasil, sob a perspectiva da defesa da concorrência.

Palavras-chave: pandemia; efeitos; análise concorrencial; Cade.

Abstract: The article aims to empirically map how the effects of the Covid-19 pandemic affected the antitrust analysis conducted by the Brazilian competition authority, the Administrative Council for Economic Defence (“Cade”) from three main perspectives. The first will focus on identifying Cade’s public statements carried out through technical and informative notes. The second perspective concerns the comparative analysis of decisions rendered by the Board of Cade between the years 2015 and 2020. Finally, the third perspective consists in mapping the mentions to the Covid-19 pandemic in documents issued by Cade’s bodies since the publication of Legislative Decree No. 6, from 2020 (“Decree of Public Calamity”), on 20 March 2020, until 28 March 2021. As a result of the research carried out in this article, it was possible to verify Cade’s active and relevant role in fighting against the effects of the Covid-19 pandemic in Brazil, from the antitrust perspective.

Keywords: pandemic; effects; antitrust analysis; Cade.

Introdução

A pandemia da Covid-19, declarada em 11 de março de 2020 pela Organização Mundial da Saúde (“OMS”)⁴⁴¹, tem impactado a sociedade

⁴⁴¹ UNA-SUS. **Organização Mundial da Saúde declara pandemia do novo Coronavírus.** 2020. Disponível em: [ps://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus#:~:text=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde%20declara%20pandemia%20do%20novo%20Coronav%C3%ADrus,-Mudan%C3%A7%C3%A3o%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o&text=Tedros%20Adhanom%2C%20diretor%20geral%20da,Sars%2DCov%2D2\).htt](https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus#:~:text=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde%20declara%20pandemia%20do%20novo%20Coronav%C3%ADrus,-Mudan%C3%A7%C3%A3o%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o&text=Tedros%20Adhanom%2C%20diretor%20geral%20da,Sars%2DCov%2D2).htt). Acesso em 30 de março de 2021.

em seus mais diversos setores, causando milhões de mortes⁴⁴² no mundo, desempregos⁴⁴³ e diversas outras consequências negativas de ordens sociais, econômicas e políticas. Como parte do enfrentamento aos impactos da pandemia, reflexões sobre a definição de objetivos do Direito da Concorrência e a promoção do bem-estar do consumidor no Brasil e em demais jurisdições têm sido feitas por agentes públicos e privados.

Como parte de tais reflexões, a Professora Eleanor M. Fox (2020) analisou, inclusive, as diferentes repercussões da pandemia em países desenvolvidos e em desenvolvimento⁴⁴⁴. Para a Professora, em momentos de crise, países desenvolvidos tendem a se proteger, enquanto os países em desenvolvimento sofrem mais os efeitos da crise, o que contribui para o aumento da desigualdade entre os países. Eleanor M. Fox (2020), então, analisa dois dos desafios originados da pandemia da Covid-19 com impactos em mercados de países em desenvolvimento. O primeiro seria relacionado ao nacionalismo de países desenvolvidos e à importância de que as regras de livre mercado não sejam abandonadas em detrimento da proteção de seus cidadãos.

O segundo desafio abrange discussões sobre a necessidade de que as decisões das autoridades concorrenciais incluam esforços de análise de efeitos de operações, incluindo avaliação se a operação é boa ou não para a concorrência e se causa danos à concorrência. A Professora também afirma que os países em desenvolvimento possuem uma, embora pequena, vantagem em relação aos países desenvolvidos, que é a priorização do interesse público autorizada por lei. Nesse sentido, a Professora também recomenda que as autoridades da concorrência de países em desenvolvimento possam identificar, em suas decisões, se é necessário analisar interesse público em operações e o porquê.

⁴⁴² OMS. Who Coronavirus (COVID-19) Dashboard. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em 31 de março de 2020.

⁴⁴³ OCDE. **Supporting jobs and companies: A bridge to the recovery phase**. 2021. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/supporting-jobs-and-companies-a-bridge-to-the-recovery-phase-08962553/>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁴⁴ FOX, Eleanor M. Developing countries, markets, and the coronavirus: two challenges. **Journal of Antitrust Enforcement**, vol. 8, issue 2, julho de 2020, p. 276-279. Disponível em: <https://academic.oup.com/antitrust/article/8/2/276/5855200>

Ainda sobre os desafios originados da pandemia ao Direito da Concorrência, Antonio Capobianco, Marcos Fabricio Pova e Paulo Burnier da Silveira (2020)⁴⁴⁵ destacam que, pelo menos as seguintes dimensões concorrenciais específicas foram afetadas pela pandemia, abordando recomendações a autoridades concorrenciais para endereçar tais dimensões, à luz de orientações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (“OCDE”): *price gouging*, colaboração entre concorrentes, bem como situações de crise econômica, como cartéis de crise e aquisições de empresas em dificuldade financeira. Os autores também destacam a necessidade de diálogo entre as políticas de concorrência e de proteção do consumidor.

Frédéric Jenny (2020)⁴⁴⁶ também abordou em artigo como as autoridades lidaram com preços abusivos e cooperação ou coordenação entre concorrentes na crise causada pela Covid-19. Em sua análise, Frédéric Jenny (2020) concluiu que a falta de vontade ou incapacidade de autoridades concorrenciais para lidarem com as consequências de disrupções no mercado não é compreendida por não-especialistas, o que pode ter ocasionado o questionamento acerca da credibilidade das demandas das autoridades concorrenciais para promover ou proteger o bem-estar do consumidor.

Sobre alternativas, caso seja identificado que a legislação concorrencial não é o melhor instrumento para lidar com abuso de preços, por exemplo, Frédéric Jenny recomenda que pode ser interessante conceder papel complementar para que as autoridades concorrenciais possam ter habilidade de intervir em questões de preços. Ademais, foi identificado no artigo que as autoridades concorrenciais agiram de forma semelhante ao não permitirem cooperação entre concorrentes de forma deliberada para suprir ou aliviar carências na crise da Covid-19. Para

⁴⁴⁵ CAPOBIANCO, Antonio; POVOA, Marcos Fabricio; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 1, 2020, p. 7-19.

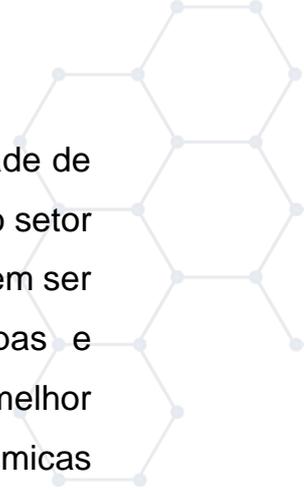
⁴⁴⁶ JENNY, Frédéric. **Market adjustments, Competition Law and the Covid-19 Pandemic**. 2020. Disponível em: <https://leconcurrentialiste.com/frederic-jenny-covid-competition/>

Frédéric Jenny, as adaptações realizadas pelas autoridades concorrenciais para lidarem com os efeitos da pandemia constituem adaptação das práticas de *enforcement* concursal para maximizar o bem-estar do consumidor em situação não convencional em que certas práticas possuem o condão de, em curto prazo, gerar externalidades negativas de grandes dimensões para a sociedade.

Diante das problemáticas resultantes da crise da Covid-19, Frédéric Jenny (2020)⁴⁴⁷ também aborda perspectivas para o papel da legislação e da política concorrenciais em curto, médio e longo prazo. No curto prazo, a principal questão a ser enfrentada seria a interrupção da cadeia de valor de alguns produtos, que poderia gerar escassez, em razão do nível insuficiente de produção ou de distribuição em razão de medidas de isolamento.

Em médio prazo, é possível que haja recessão em algumas economias, com maior número de falências. Nesse cenário, objetivos importantes seriam estimular o crescimento econômico, adotar mecanismos de redistribuição e criar cenário econômico para que seja mais resiliente no futuro. Auxílios estatais, benefícios fiscais e subsídios também podem ser necessários para enfrentamento da crise. Diante disso, a promoção da concorrência pode não ter as mesmas preocupações no futuro iguais às das duas primeiras décadas do século 21, sendo necessário repensar *trade-offs* entre eficiências estatísticas, realocação de recursos por meio de políticas industriais, eficiências dinâmicas e resiliência econômica. Autoridades da concorrência necessitarão, portanto, segundo Frédéric Jenny, ter olhar mais dinâmico e com olhar para o futuro, adaptando justificativas para auxílio estatal, cartel de crise e atos de concentração em circunstâncias causadas por choques exógenos ao sistema econômico.

⁴⁴⁷ JENNY, Frédéric. **Economic resilience, globalisation and market governance: facing the covid-19 test**. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Economic-Resilience-Globalisation-and-Market-Governance-Facing-the-COVID-19-Test.pdf> e Competition Law Enforcement and the COVID-19 Crisis: Business As (Un)usual? SSRN, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3606214>.



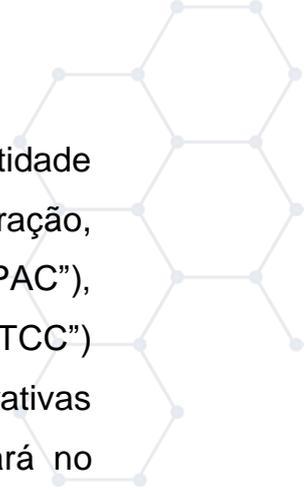
Em longo prazo, Frédéric Jenny avalia que haverá necessidade de realocar recursos para o setor de saúde. O Professor reforçou que o setor de saúde não é o único em relação aos quais as preocupações devem ser endereçadas, mas outros como meio ambiente, energias limpas e economia digital. Portanto, políticas de concorrências deveriam ser melhor integradas no contexto mais amplo de políticas econômicas complementares.

Diante de tais discussões e da importância da autoridade concorrencial brasileira, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), no enfrentamento dos desafios impostos pela pandemia ao Direito da Concorrência no Brasil, esse artigo busca mapear, de forma empírica, os efeitos da pandemia na análise concorrencial realizada pelo Cade.

De forma inicial, é importante destacar que, como parte de suas atividades operacionais, o Cade adotou medidas importantes para a continuidade de suas atividades no contexto da pandemia, ao autorizar trabalho remoto de seus servidores, além de suspender reuniões presenciais e participações de funcionários em treinamentos, congressos e eventos, bem como cancelar compromissos de viagens internacionais⁴⁴⁸. O Cade publicou a Resolução nº 26, de 1º de abril de 2020, alterando seu Regimento Interno para permitir a realização de sessões de julgamento do Tribunal do Cade por meio virtual.

Para fins de mapeamento dos efeitos da pandemia da análise concorrencial do Cade, o artigo é estruturado em três partes. A primeira parte será dedicada ao levantamento de informações acerca de pronunciamentos do Cade realizados por meio de notas técnicas e notas informativas, desde a publicação do Decreto Legislativo nº 6, de 2020 (“Decreto de Calamidade Pública”), em 20 de março de 2020, até 28 de março de 2021 (“período relevante”).

⁴⁴⁸ CADE. Atuação do Cade na pandemia é marcada por medidas de segurança e entrega de resultados ao mercado e à sociedade. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/atuacao-do-cade-na-pandemia-e-marcada-por-medidas-de-seguranca-e-entrega-de-resultados-ao-mercado-e-a-sociedade>. Acesso em 30 de março de 2021.



Posteriormente, será realizada análise comparativa da quantidade de votos proferidos pelo Tribunal do Cade em atos de concentração, processos administrativos de apuração de ato de concentração (“APAC”), consultas, requerimentos de termo de compromisso de cessação (“TCC”) e processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. A análise comparativa se dará no período entre 20 de março e 31 de dezembro de 2020, comparativamente ao mesmo período dos anos de 2015 a 2019, a partir da identificação de casos nas atas das sessões extraordinárias e ordinárias de julgamento do respectivo período analisado.

Como terceira parte, o artigo buscará analisar qualitativamente os documentos emitidos pelo Cade e seus órgãos em atos de concentração, APACs, consultas, requerimentos de TCC, processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, procedimentos preparatórios e inquéritos administrativos endereçando a temática da Covid-19, desde a publicação do Decreto de Calamidade Pública. Para identificar o conteúdo acerca da Covid-19 em tais documentos, a metodologia se deu pela pesquisa pelo termo “Covid” na pesquisa pública do Cade, incluindo pesquisas de “Processos”, “Documentos Gerados” e “Documentos Externos”, no período relevante. A pesquisa filtrou as seguintes categorias de documentos: “Nota Técnica”, “Parecer”, “Parecer Econômico”, “Parecer Jurídico”, “Parecer MPF”, “Voto” e “Voto Ato de Concentração”. Por fim, serão apresentadas as considerações finais.

1. Pronunciamentos públicos do CADE durante a pandemia

A pandemia da Covid-19 foi endereçada pelo Cade também pela emissão de notas técnicas e notas informativas no período posterior à publicação do Decreto de Calamidade Pública. Nota-se que, após a

publicação do Decreto de Calamidade Pública, foi publicada Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020, incluindo o artigo 6º-C na Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, sobre medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública resultante do coronavírus. O artigo 6º-C prevê que não correrão prazos processuais em desfavor de acusados e entes privados em processos administrativos enquanto perdurar o Decreto de Calamidade Pública. Em resumo, o Cade publicou três notas informativas⁴⁴⁹ acerca de prazos processuais no período relevante.

Ademais, a pandemia do Covid-19 também ressaltou a importância da atuação do Departamento de Estudos Econômicos do Cade (“DEE”) na promoção da defesa da concorrência, com oito notas técnicas publicadas no período relevante analisado, principalmente, tratando de aspectos concorrenciais relacionados a tentativas de interferência em preços no período relevante.

a. Notas informativas do Cade

Em relação às notas informativas, ainda em março de 2020⁴⁵⁰, o Cade publicou nota informativa esclarecendo que não correriam prazos processuais em desfavor de representados, em processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, em APACs e em processos administrativos para imposição de sanções processuais incidentais, em trâmite na Superintendência-Geral do Cade (“SG”) ou no Tribunal do Cade. O Cade esclareceu que não haveria alteração nos prazos de atos de concentração, inquéritos administrativos para apuração de infrações à ordem econômica, procedimentos preparatórios de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, acordos de leniência, TCCs e ACCs em monitoramento, consultas e termos de compromisso e desempenho em monitoramento. O Cade também indicou que seria possível analisar a

⁴⁴⁹ CADE. Notas informativas. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/cade-em-acao/notas-informativas-sobre-prazo>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁵⁰ CADE. Nota Informativa. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/nota-informativa-1>. Acesso em 30 de março de 2021.

prorrogação de outros prazos, em casos concretos, mediante pedido fundamentado das partes interessadas.

Em maio de 2020⁴⁵¹, o Cade também emitiu nota informativa esclarecendo que não correriam prazos processuais para oposição de embargos de declaração em face das decisões proferidas pelo Tribunal do Cade. No entanto, a nota informativa não obstaría ou suspenderia o imediato cumprimento de medidas preventivas concedidas no período de exceção, tampouco de obrigações de fazer ou não fazer determinadas.

Diante do término da vigência da Medida Provisória nº 928, de 23 de março de 2020, em julho de 2020, o Cade publicou nova nota informativa acerca de prazos processuais⁴⁵². Em resumo, o Cade informou que foi retomada a contagem de prazos processuais em desfavor de representados em processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, APACs e processos administrativos para imposição de sanções processuais incidentais. Além disso, também foram restabelecidos prazos referentes a embargos de declaração. O Cade destacou que não houve alteração em relação ao decurso dos prazos aplicáveis para o restante dos processos e/ou procedimentos administrativos em trâmite no Cade.

b. Notas técnicas do DEE

Além de questões relacionadas a prazos processuais, como mencionado acima, o DEE do Cade também emitiu oito notas técnicas relacionadas à pandemia do Covid-19. Quatro das notas técnicas estavam relacionadas à análise de dois projetos de lei (“PL”) originados do Senado Federal (“Senado”) e dois PLs originados da Câmara dos Deputados. Em resumo, o DEE destacou o seguinte em suas notas técnicas.

⁴⁵¹ CADE. Nota Informativa. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/nota-informativa>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁵² CADE. Nota Informativa sobre prazos processuais. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/nota-informativa-sobre-prazos-processuais>. Acesso em 30 de março de 2021.

Em relação aos PLs originados do Senado, na Nota Técnica nº 15/2020/DEE/CADE⁴⁵³, o DEE fez considerações sobre o PL nº 881, de 2020, que propunha o congelamento de preços de medicamentos durante a pandemia da Covid-19. Em resumo, o DEE pontuou os seguintes contra-argumentos ao PL: existência de regulação de preços teto no Brasil; ausência de clareza no PL se o congelamento de preços se daria na produção, na distribuição ou na venda de fármacos aos consumidores finais; alta possibilidade de efeitos negativos em caso de congelamento de preços, caso haja aumento de custos; possibilidade de que o PL possa premiar produtores com preços altos; eventuais penalidades por descumprimento poderiam ter seus valores repassados ao preço dos medicamentos; e as chances de fechamento de estabelecimentos poder diminuir a oferta de fármacos. O PL foi considerado prejudicado em virtude da aprovação do substitutivo do PL nº 1.542/2020⁴⁵⁴, que foi aprovado pelo Senado e remetido à Câmara dos Deputados⁴⁵⁵, onde aguarda parecer do Relator na Comissão de Defesa do Consumidor (“CDC”)⁴⁵⁶.

O DEE também analisou aspectos concorrenciais dos artigos 17 e 18 do PL originado do Senado nº 1.179, de 2020, na Nota Técnica nº 21/2020/DEE/CADE⁴⁵⁷. Os referidos artigos possuíam como objetivo “regular a cobrança de comissões, taxas e preços reais (sic) aos serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros, estendendo seus efeitos para serviços de entrega e serviços de táxi”. Em resumo, o DEE concluiu que tais artigos poderiam produzir efeitos econômicos e concorrenciais negativos, incluindo, impacto negativo sobre os resultados das empresas, por meio da redução da quantidade e da

⁴⁵³ CADE. Nota Técnica nº 15/2020/DE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n15-advocacy-08027000240202070.pdf>

⁴⁵⁴ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 881, de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141185>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁵⁵ SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 1.542, de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141436>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁵⁶ CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1542/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2254725>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁵⁷ CADE. Nota Técnica nº 21/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n21-advocacy-08027000294202035.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

qualidade dos serviços ofertados e de investimentos em inovação; aumento de preços dos serviços com impacto negativo sobre a demanda; possibilidade de que aplicação de desconto linear para as diferentes empresas atuantes no mercado pudesse punir empresas que estivessem adotando estratégias de redução de margens e preços; além da possibilidade de redução de margens imposta pelo desconto previsto poder inibir a entrada de novas empresas no mercado, por redução das opções de estratégias competitivas e dificuldades relacionadas à possibilidade de retorno do investimento. O referido PL resultou na publicação da Lei nº 14.010, de 10 de junho de 2020, sem a inclusão dos artigos analisados na referida Nota Técnica.

Em relação aos PLs originados da Câmara dos Deputados, o DEE analisou na Nota Técnica nº 16/2020/DEE/CADE⁴⁵⁸ o PL nº 1.008, de 2020, referente ao “controle do Estado no combate à manipulação e ao abuso de preços em casos de decretação de Pandemia ou Estado de Calamidade Pública”. O DEE fez considerações sobre os seguintes pontos de atenção em relação ao PL: medicamentos talvez já sejam considerados itens essenciais ao enfrentamento da pandemia; já existe regulação de preços teto de medicamentos no Brasil; há outros produtos que podem ser considerados essenciais e que não tenham regulação de preço teto; pontos focais criados pelo estabelecimento de controle de preços tetos podem pressionar aumento de preços, mesmo após a pandemia; é possível existir tabelas de preços máximos contraditórias municipais, estaduais e federais; há lacunas no projeto sobre a média de preços e lançamento de produtos; é possível que haja divulgação de informações sensíveis de preços e de estratégias comerciais não acessíveis a concorrentes pelas estratégias adotadas; não há definição clara de quais punições em caso de descumprimento dos preços máximos; além de

⁴⁵⁸ CADE. Nota Técnica nº 16/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n16-advocacy-08027000247202091.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

riscos relacionados à qualidade e à conservação adequada de bens. O PL está em tramitação na CDC da Câmara dos Deputados⁴⁵⁹.

Por fim em relação aos PLs da Câmara dos Deputados, na Nota Técnica nº 27/2020/DEE/CADE⁴⁶⁰, o DEE analisou aspectos do PL nº 896, de 2020, que sugere a inclusão de ilícito concorrencial na Lei nº 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “Lei do Cade”) de elevação de “preços dos seguintes produtos quando decretados Estado de Calamidade pública para o enfrentamento a pandemias e epidemias (...)”, incluindo medicamentos, produtos da cesta básica, entre outros. Sobre questões problemáticas do projeto, o DEE destacou a existência de regulação de preços teto de medicamentos no Brasil; o DEE também indicou que, para produtos que não possuem regulação de preço teto, a medida poderia gerar desabastecimento, criação de pontos focais e criação de peso morto social; o PL não é claro sobre a metodologia para o congelamento; há possibilidade de que tabelamento de preços possa incentivar práticas coordenadas, considerando a transparência de dados comerciais; possibilidade de desincentivo à produção, à distribuição e à comercialização de bens, entre outros. O referido PL foi apensado⁴⁶¹ ao PL nº 734, de 2020, que trata de proposta de alteração do Código Penal “para fazer inserir o artigo 268-A para incluir como crime a elevação de preços de produtos e serviços médico hospitalares em momentos de crise na saúde pública (...)”. O PL nº 734, de 2020, aguarda parecer do Relator na CDC da Câmara dos Deputados⁴⁶².

Além de análises de projetos de lei, o DEE também elaborou nota técnica referente à legislação em vigor. Por meio da Nota Técnica nº

⁴⁵⁹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1008/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2241973#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20controle%20do,ou%20Estado%20de%20Calamidade%20P%C3%ABlica>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁶⁰ CADE. Nota Técnica nº 27/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n27-advocacy-08027000243202011.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁶¹ CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 896/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2241798>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁶² CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 734/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2239604>. Acesso em 30 de março de 2021.

24/2020/DEE/CADE⁴⁶³, o DEE se manifestou sobre aspectos concorrenciais relacionados à Lei nº 8.864/2020 do Estado do Rio de Janeiro, que busca impor descontos percentuais em contratos de prestação de serviços educacionais, em razão da pandemia. O DEE destacou que descontos mandatórios podem afetar negativamente a situação econômica dos agentes, podendo gerar desemprego ou menores salários; dificuldades de realocação dos professores em tempos de pandemia; diminuição de impostos e até mesmo diminuição das condições do Estado em gerir o orçamento para o enfrentamento da pandemia, além da possibilidade de que estabelecimentos de ensino sejam levados à falência, podendo existir concentração de mercado. No médio prazo, o desconto mandatório também poderia reduzir rivalidade no mercado. O DEE indicou que poderia ser melhor se as autoridades públicas permitissem negociações privadas em relação a tais assuntos.

Além das notas técnicas mencionadas acima, o DEE também elaborou notas técnicas sobre “efeitos da imposição de descontos percentuais em contratos de prestação de serviços educacionais, em razão do COVID-19”⁴⁶⁴, “atuação do Procon/SP sobre a fixação de preços máximos de Gás Liquefeito de Petróleo (GLP)”⁴⁶⁵ e “efeitos concorrenciais do novo marco regulatório para concessão de serviços funerários, cemiteriais e de cremação do município de São Paulo”⁴⁶⁶.

A emissão de notas informativas pelo Cade acerca de prazos processuais certamente foi relevante para garantir segurança jurídica para os jurisdicionados do Cade, revelando atuação efetiva do Cade para lidar com alguns dos efeitos da pandemia da Covid-19. Ademais a atuação do

⁴⁶³ CADE. Nota Técnica nº 24/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n24-advocacy-08700002670202037.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁶⁴ CADE. Nota Técnica nº 17/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n17-advocacy-08700002018202012.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁶⁵ CADE. Nota Técnica nº 19/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n19-advocacy-08012000908202048.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁶⁶ CADE. Nota Técnica nº 20/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n20-advocacy-08700002268202052.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

DEE por meio de elaboração de notas técnicas para atender de formas eficiente demandas contemporâneas à pandemia também demonstra a importância da promoção da defesa da concorrência pelo DEE do Cade.

2. Análise empírica de decisões do CADE

a. Análise quantitativa das decisões proferidas pelo Tribunal do Cade no período relevante

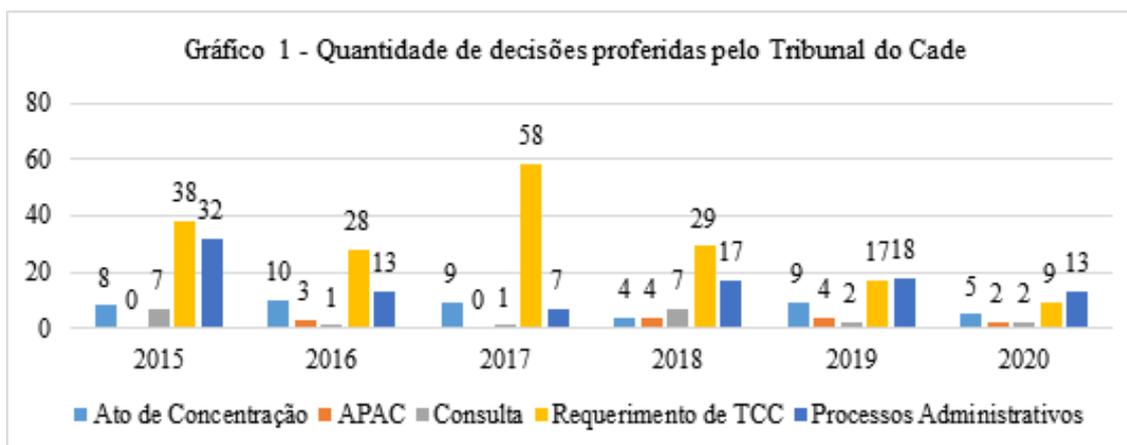
Sob uma primeira perspectiva, buscou-se avaliar se a pandemia da Covid-19 alterou, em alguma medida, a atuação do Cade em relação à quantidade de sessões de julgamento e de decisões proferidas pela autarquia ao longo de 2020, ano no qual a pandemia se alastrou. Isso porque, em razão das diversas políticas de contenção da doença (em especial, o distanciamento social), surgiram inevitavelmente dificuldades relacionadas a atividades que demandem trabalho em conjunto e, por vezes, acesso à documentação.

Nesse contexto, buscou-se analisar a quantidade de sessões de julgamento e de decisões proferidas pelo Tribunal do Cade no período entre 20 de março e dezembro de 2020, comparativamente ao mesmo período dos anos de 2015 a 2019. Para tal levantamento, foram analisadas as atas das sessões ordinárias e extraordinárias de julgamento disponibilizadas no *website* oficial do Cade, consideradas as seguintes observações: (i) em relação às decisões, foram desconsideradas nesta análise as decisões em embargos de declaração, recursos voluntários, pedidos de reapreciação, pedidos de revisão de ato de concentração por enganidade e processos administrativos para imposição de sanções processuais incidentais; e (ii) para fins de contabilização de julgamentos suspensos, foi considerada a data da sessão na qual houve decisão final sobre o tema⁴⁶⁷.

⁴⁶⁷ A título de exemplo, menciona-se o Processo Administrativo nº 08012.008850/2008-94, julgado em 3 de fevereiro de 2016.

A partir de um levantamento das atas das sessões ordinárias e extraordinárias de julgamento disponibilizadas no sítio eletrônico do Cade, identificou-se que a autoridade realizou entre 12 e 14 sessões de julgamento entre 20 de março e dezembro, ao longo dos anos analisados (i.e., 2015 a 2020). Especificamente no período entre 20 de março e 31 de dezembro de 2020, o Tribunal do Cade realizou 14 sessões de julgamento.

Mais detalhadamente, em relação ao número total de decisões proferidas pelo Tribunal entre março e dezembro de 2020, nota-se que houve uma redução do número total de decisões proferidas em relação ao mesmo período dos anos anteriores de 2015 a 2019, conforme se depreende do Gráfico 1 abaixo:



Fonte: elaboração própria.

Importante observar que, apesar da redução da quantidade de decisões proferidas pela autoridade ao longo de 2020, não se pode desconsiderar a existência de outros eventos que possivelmente tenham influenciado na quantidade de decisões proferidas pelo Tribunal ao longo desses anos. Vale esclarecer que a pesquisa não considerou fatores relacionados, por exemplo, ao estoque de processos detido pelo Tribunal em cada um dos anos, nem à complexidade dos casos analisados.

O que mais chama a atenção quando observadas as categorias de decisões proferidas é, certamente, o número de TCCs celebrados pelo

Cade em alguns dos anos analisados. Sobre esse ponto, vale notar que eventos como a Operação Lava-Jato podem ter tido grande impacto sobre o número de homologações de acordos pelo Tribunal. Ao longo do ano de 2018, o número de TCCs celebrados no âmbito de investigações relacionadas à Operação Lava-Jato foi bastante elevado. A título de exemplo, somente na sessão de julgamento realizada em 21 de novembro de 2018, houve a homologação de 16 TCCs, em 6 investigações de cartel diferentes relacionadas à Operação⁴⁶⁸.

Além disso, em 2020, foram notificadas mais operações ao Cade do que nos anos de 2019 e 2018. Somente em 2020, 471 atos de concentração foram submetidos à autoridade, com valor total de operações que somaram R\$ 501,7 bilhões. Os principais setores objeto das operações foram: geração, transmissão e distribuição de energia elétrica; fabricação de medicamentos alopáticos para uso humano; incorporação de empreendimentos imobiliários; e atividades de atenção à saúde humana⁴⁶⁹. Dentre os 471 atos de concentração notificados em 2020, 454 foram detidamente analisados pela autoridade. Nos dois anos precedentes, o número de notificações foi inferior: (i) em 2019, 442 operações foram notificadas ao Cade, sendo que 433 foram analisadas⁴⁷⁰; e (ii) em 2018, 405 atos de concentração foram notificados, sendo que 404 foram analisados⁴⁷¹.

b. Análise qualitativa dos efeitos da pandemia nas decisões proferidas pelo Cade e seus órgãos no período relevante

Além de uma análise quantitativa a respeito do número de decisões proferidas pela autoridade ao longo de 2020, em comparação aos anos

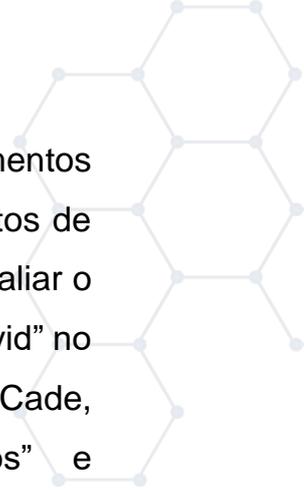
⁴⁶⁸ Vide <https://www.conjur.com.br/2018-nov-21/acordo-cade-empresiteiras-reconhecem-cartel-lava-jato>; <https://forbes.com.br/negocios/2018/11/empresiteiras-fazem-acordo-com-cade-na-lava-jato-r900-mi/>.

Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁶⁹ CADE. **Anuário CADE 2020**. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/f30f80e3-23b2-4370-9314-41a50b625073>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁷⁰ CADE. **Anuário CADE 2019**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/anuarios-do-cade/anuario-2019-cade.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

⁴⁷¹ CADE. **Anuário CADE 2018**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/anuarios-do-cade/anuario-2018-cade.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

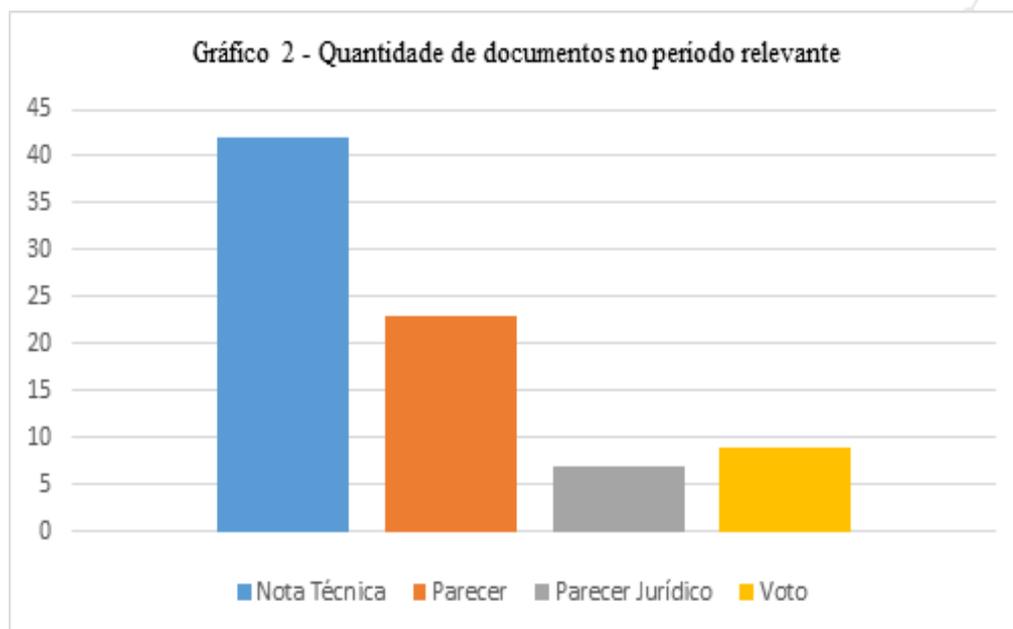


anteriores, buscou-se analisar também o conteúdo dos documentos produzidos pelo Cade no âmbito de processos administrativos e atos de concentração que fazem menção à pandemia da Covid-19. Para avaliar o conteúdo de tais documentos, foi realizada pesquisa pelo termo “Covid” no sistema de pesquisa processual pública do *website* oficial do Cade, incluindo pesquisas de “Processos”, “Documentos Gerados” e “Documentos Externos”, no período entre 20 de março de 2020 e 28 de março de 2021. A pesquisa abrangeu as seguintes categorias de documentos: “Nota Técnica”, “Parecer”, “Parecer Econômico”, “Parecer Jurídico”, “Parecer MPF”, “Voto” e “Voto Ato de Concentração”.

Foram analisados notas técnicas e pareceres elaborados pela SG, pareceres da Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (“ProCade”), pareceres econômicos do DEE, pareceres do Ministério Público Federal junto ao Cade (“MPF”) e votos proferidos pelo Tribunal que mencionam o termo “Covid”. A partir disso, buscou-se observar se a análise do Cade foi, de alguma forma, alterada ou mesmo adaptada para endereçar a pandemia da Covid-19.

Como resultado da pesquisa, foram identificados 81 documentos, produzidos no período relevante (i.e., 20 de março de 2020 a 28 de março de 2021), no âmbito de 65 processos distintos. Mais detalhadamente, foram identificados (i) 42 notas técnicas; (ii) 23 pareceres; (iii) 7 pareceres jurídicos; e (iv) 9 votos proferidos pelo Tribunal do Cade⁴⁷². Não foram identificados pareceres econômicos nem pareceres do MPF mencionando o termo “Covid”. Dentre os documentos elaborados pelo Cade, a maioria diz respeito à análise de atos de concentração, que tramitaram sob o rito ordinário.

⁴⁷² Os votos proferidos pelo Tribunal do Cade identificados na pesquisa incluem os tipos de documento “Voto” e “Voto Ato de Concentração”, no sistema de busca processual do *website* oficial do Cade.



Fonte: elaboração própria.

Dentre as notas técnicas exaradas no período relevante, 18 tratam do agendamento de oitivas de testemunhas por videoconferência, nos termos do artigo 154, §2º e 3º do Regimento Interno do Cade. Isso porque, em decorrência do cenário de pandemia e da existência de pessoas do grupo de risco, tanto entre os depoentes quanto entre os funcionários da autoridade, optou-se pelo uso da ferramenta de videoconferência para oitivas.

Vale destacar que houve situações nas quais os depoentes solicitaram ao Cade o “adiamento do depoimento pessoal em audiência virtual até ser possível audiência presencial”, tendo em vista que os representados teriam idade superior a sessenta anos e, por isso, não poderiam contar com a presença física de seus advogados no mesmo cômodo durante a audiência. Nessa oportunidade, a SG indeferiu o pedido e ressaltou que “a jurisprudência do Cade é uníssona e pacífica no sentido de declarar válidos os atos praticados por intermédio de tecnologia, tais como oitivas realizadas através de videoconferência” e que a adoção de audiências virtuais não impossibilita a comunicação entre o depoente e seu representante legal. A SG destacou ainda que o indeferimento do pleito se fundamenta nos “vetores constitucionais da efetividade, da

duração razoável do processo e da eficiência administrativa” e na completa situação de imprevisibilidade quanto à duração do atual cenário de pandemia⁴⁷³.

Outro obstáculo operacional enfrentado pelo Cade cingiu o envio de ofícios a investigados para solicitação de informações no âmbito de processos ou inquéritos administrativos. Em 8 notas técnicas, a SG deferiu pedido de dilação de prazo para que empresas apresentassem resposta a ofícios enviados pela autoridade, em especial sob a justificativa de que o *home office* dificultaria a comunicação ou o mesmo o acesso a documentos das empresas, ensejando maiores dificuldades na coleta de certas informações.

Um dos casos de maior destaque foi analisado pelo Tribunal do Cade logo no início da pandemia no Brasil. Em 28 de maio de 2020, em sessão extraordinária de julgamento, o Tribunal homologou despacho da SG que chancelou a colaboração entre a Ambev S.A., BRF S.A., Coca-Cola Indústria Ltda., Mondelez Brasil Ltda., Nestlé Brasil Ltda. e Pepsico do Brasil Ltda. (grupo de empresas concorrentes) como medida para minimizar os efeitos da crise econômica decorrente da pandemia. Por meio do que se denominou “Movimento Nós”, as empresas visavam a recuperação da atividade de varejistas do setor de comércio e de prestação de serviços, que tiveram as suas atividades interditadas como medida de contenção da disseminação da doença.

Ao defender o acordo de cooperação, as empresas ressaltaram que ações isoladas não teriam capacidade de produzir efeitos suficientes para auxiliar os pontos de venda do pequeno varejo a retomarem as suas atividades, por isso, a atuação conjunta se fazia necessária. Em 15 de dezembro de 2020, após o término do período de vigência do acordo, as empresas apresentaram ao Cade o Relatório Final de Atividades do Movimento Nós, com um resumo de todas as atividades desempenhadas. Em 10 de fevereiro de 2021, após análise detida do relatório, o processo

⁴⁷³ Nota Técnica nº 35/2021, proferida pela SG em 10 de março de 2021, no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.006630/2016-88.

foi arquivado, visto que não foram identificados indícios de qualquer prática anticompetitiva⁴⁷⁴.

Um dos mercados que mais sofreu com os efeitos da pandemia da Covid-19 foi, certamente, o de aviação civil. A SG, em 2 notas técnicas, expressamente levou em consideração a crise econômica causada pela pandemia para justificar a prorrogação do prazo de inquérito administrativo. Um desses casos diz respeito ao inquérito instaurado em 22 de janeiro de 2020 para apurar suposta conduta concertada envolvendo as empresas Gol Linhas Aéreas Inteligentes S.A. (“Gol”), Latam Airlines Brasil e o fundo de investimento Elliott, no âmbito do processo de recuperação judicial da Avianca. Ao analisar o caso, a SG explicou que “é necessário [...] entender como o atual contexto pode impactar” a investigação, em razão “da incerteza e das mudanças que têm afetado o cenário global e nacional da aviação civil”⁴⁷⁵. O mesmo entendimento se deu em relação à prorrogação do inquérito administrativo instaurado em 23 de abril de 2020, para apurar alegado abuso de posição dominante por parte da Gol⁴⁷⁶.

Mais recentemente, a crise da Covid-19 foi pano de fundo para uma medida preventiva concedida pelo Cade no mercado *online* de comida. Em síntese, o Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda. (“Rappi”) requereu medida preventiva sob o argumento de que o iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A. (“iFood”) estaria se valendo da sua posição dominante no mercado para adotar práticas verticalmente restritivas, por meio da celebração massiva de contratos de exclusividade com restaurantes parceiros. No seu pleito, o Rappi argumentou que o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo estaria comprovado pelo próprio contexto da pandemia, que teria fragilizado o setor de serviços e

⁴⁷⁴ Processo n° 08700.002395/2020-51 (Ambev S.A., BRF S.A., Coca-Cola Indústrias Ltda., Mondelez Brasil Ltda., Nestlé Brasil Ltda. e Pepsico do Brasil Ltda.), apreciado pelo Tribunal do Cade em 28 de maio de 2020.

⁴⁷⁵ Nota Técnica n° 21/2020, proferida pela SG em 17 de julho de 2020, no âmbito do Inquérito Administrativo n° 08700.002069/2019-19

⁴⁷⁶ Nota Técnica n° 3/2020, proferida pela SG em 21 de outubro de 2020, no âmbito do Inquérito Administrativo n° 08700.005131/2019-16.

produtos de alimentação e acentuado a dependência dos restaurantes aos aplicativos de *delivery*. Em 10 de março de 2021, ao conceder a medida preventiva em desfavor do iFood, a SG ressaltou o perigo do dano “pela própria característica de dinamicidade do mercado, associada ao momento de franca expansão pelo qual ele passa, especialmente motivado pela pandemia de covid-19, que alavancou o mercado de *delivery* de comida”. A SG concluiu que, então, que as práticas do iFood no mercado poderiam elevar barreiras à entrada e impedir o crescimento de concorrentes⁴⁷⁷.

Em relação à análise de atos de concentração, é possível observar que a SG enfrentou dificuldades em relação à obtenção de dados de mercado, tanto provenientes de empresas oficiadas (i.e., *market test*) quanto oriundos das próprias requerentes. Em 5 pareceres e em 2 notas técnicas proferidos no âmbito de atos de concentração analisados sob o rito ordinário, a SG mencionou dificuldades em oficializar agentes do mercado para solicitar informações que pudessem auxiliar na análise de operações⁴⁷⁸. Em outros 2 pareceres, a SG indicou que o teste de mercado teria sido insuficiente para que se pudesse estimar de forma razoável o crescimento/decrescimento e a capacidade ociosa dos mercados, em virtude dos efeitos da pandemia da Covid-19⁴⁷⁹.

⁴⁷⁷ Nota Técnica nº 4/2021, proferida pela SG em 10 de março de 2021, no âmbito do Processo Preparatório nº 08700.004588/2020-47.

⁴⁷⁸ Parecer nº 22/2020, proferido pela SG em 29 de setembro de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003294/2020-06 (São Marcos Saúde e Medicina Diagnóstica S.A. e Diagnósticos da América S.A.); Parecer nº 13/2020, proferido pela SG em 16 de setembro de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.002281/2020-10 (Klabin S.A., Embacorp - Soluções em Embalagens de Papel Ltda. e International Paper Embalagens da Amazônia Ltda.); Parecer nº 4/2020, proferido pela SG em 10 de junho de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.000472/2020-39 (Gerdau Aços Longos S.A. e Siderúrgica Latino-Americana S.A.); Parecer nº 16/2020, proferido pela SG em 9 de junho de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.001510/2020-71 (Hospital Esperança S.A. e Sociedade Anônima Hospital Aliança); Parecer nº 8/2020, proferido pela SG em 31 de julho de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.002600/2020-89 (SABIC International Holdings B.V. e Clariant AG); ⁴⁷⁸ Nota Técnica nº 15/2020, proferida pela SG em 25 de junho de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.000827/2020-90 (Copagaz S.A., Itaúsa S.A., Nacional Gás Ltda., Fogás Ltda. e Liquegás S.A.), aprovado condicionado à celebração de ACC em 18 de novembro de 2020; e Nota Técnica nº 33/2020, proferida pela SG em 9 de outubro de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.002761/2020-72 (Sinch Latin America Holding AB, TWW do Brasil S.A. e Movable Mobile Commerce Holdings, S.L.), aprovado sem restrições em 23 de dezembro de 2020.

⁴⁷⁹ Parecer nº 19/2020, proferido pela SG em 3 de novembro de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.002193/2020-18 (Fiat Chrysler Automobiles N.V. e Peugeot S.A.); e Vide Parecer nº 5/2020, proferido pela SG em 16 de junho de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.000785/2020-97 (Café Três Corações S.A., Mitsui Alimentos Ltda.).

Com relação ao ponto de vista estratégico de atos de concentração, a pesquisa identificou 7 pareceres em que a SG mencionou, na descrição do racional da operação, a pandemia da Covid-19. Isto é, em diversas operações notificadas ao longo do período relevante, as requerentes indicaram a pandemia como parte dos motivos pelos quais a operação se justifica, sob a ótica da estratégia de mercado⁴⁸⁰.

Além disso, nota-se que, em alguma medida, o Cade levou em consideração o cenário de crise decorrente da pandemia nas análises dos casos. No ato de concentração proposto pela Gol Linhas Aéreas S.A. e American Airlines Inc. em 21 de dezembro de 2020, envolvendo o mercado de transporte aéreo de passageiros, a SG explicou que “[d]evido à situação excepcional decorrente da pandemia de Covid-19 em 2020”, a análise da operação seria focada em dados referentes ao período entre 2015 e 2019, para evitar quaisquer distorções decorrentes do cenário de crise econômica. Nessa linha, a SG ponderou informações relacionadas a dados de faturamento e ao aumento de participação de mercado das requerentes em trechos específicos ao longo de 2020, e explicou que “[p]or conservadorismo e pelas incertezas quanto ao desenrolar da crise, tais resultados não serão considerados permanentes nem como uma tendência”. Além disso, a SG destacou que, apesar de a pandemia não ter sido fator determinante, certo era que não se poderia deixar de considerar tal tópico⁴⁸¹:

⁴⁸⁰ Parecer n° 237/2020, proferido pela SG em 26 de agosto de 2020, no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.003703/2020-66 (Magazine Luiza S.A. e In Loco Tecnologia da Informação S.A.); Parecer n° 225/2020, proferido pela SG em 17 de Agosto de 2020, no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.003592/2020-98 (The Goldman Sachs Group, Inc. e FatFace Group Borrowings Limited.); Parecer n° 175/2020, proferido pela SG em 12 de junho de 2020, no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.002483/2020-53 (Monama Indústria e Comércio de Alimentos S.A. e Anucibus Participações S.A.); Parecer n° 3/2021, proferido pela SG em 10 de março de 2021, no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.000292/2021-38 (Clinipam – Clínica Paranaense de Assistência Médica Ltda. e Hospital do Coração de Londrina); Parecer n° 1/2021, proferido pela SG em 8 de janeiro de 2021, no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.005980/2020-11 (Warner Bros., Inc., Filial Brasileira e Universal Studios Limited); Parecer n° 36/2021, proferido pela SG em 3 de fevereiro de 2021, no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.000206/2021-97 (Wirtschaftsstabilisierungsfonds (Fundo de Estabilização Econômica da Alemanha) e TUI AG.); Parecer n° 29/21, proferido pela SG em 9 de fevereiro de 2021, no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.000289/2021-14 (Esta Investments Pte. Ltd. e Gategroup Holding AG.).

⁴⁸¹ Parecer n° 3/2021, proferido pela SG em 11 de fevereiro de 2021, no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.006518/2020-23 (Gol Linhas Aéreas S.A. e American Airlines, Inc.).

Apesar de não ser fator determinante da presente análise, não se pode deixar de mencionar os impactos profundos da pandemia da Covid-19 no mercado de transporte aéreo de passageiros, principalmente em rotas internacionais voltadas ao turismo, o que gera incertezas quanto à retomada desse mercado.

De forma semelhante foi a análise do ato de concentração proposto pela Latam Airlines Group S.A. e pela Delta Air Lines Inc., em 14 de julho de 2020. A operação consistia em uma *joint venture* para a formação de uma “Aliança Estratégica” de seus serviços de transporte aéreo envolvendo diversos países. Ao analisar o caso, a SG despendeu um tópico inteiro do parecer sobre os “impactos da atual pandemia do Covid-19 no setor de transporte aéreo” e ressaltou que, ao longo de toda a análise, seria considerada “a grave crise econômica e o impacto sem precedentes do setor” causado pela pandemia. Na etapa de apuração da probabilidade de exercício de poder de mercado, a SG entendeu que seria “bastante difícil prever entradas futuras no mercado como um todo” e, em relação à rivalidade, indicou que seria “considerada a evolução do mercado no último ano, fortemente afetado pela pandemia da Covid-19”⁴⁸².

Ao contrário do mercado de transporte aéreo de passageiros, a SG constatou que haveria expectativa de crescimento em alguns mercados específicos em decorrência da Covid-19. Em, ao menos, 2 situações, a SG indicou que os impactos econômicos causados pela pandemia poderiam ter provocado um crescimento da demanda, a despeito do cenário de crise geral. Tais verificações ocorreram no âmbito de atos de concentração que envolviam os mercados de graduação e pós-graduação a distância⁴⁸³ e o mercado de transporte e custódia de valores no estado de Sergipe⁴⁸⁴.

⁴⁸² Parecer nº 14/2020, proferido pela SG em 17 de setembro de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003258/2020-34 (Latam Airlines Group S.A. e Delta Air Lines, Inc.).

⁴⁸³ Parecer nº 23/2020, proferido pela SG em 20 de outubro de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003814/2020-72 (Centro Nacional de Ensino Superior Ltda. – CENESUP e Sociedade Regional de Educação e Cultura Ltda. – SOREC).

⁴⁸⁴ Parecer nº 16/2020, proferido pela SG em 9 de outubro de 2020, no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.001227/2020-49 (Prosegur Brasil Transportadora de Valores e Segurança S.A. e SACEL – Serviços de Vigilância e Transporte de Valores-EIRELI.).

Outra dificuldade enfrentada pelo Cade envolveu a negociação ou mesmo a implementação de remédios estabelecidos como condição para aprovação de atos de concentração. Em parecer no qual analisou operação envolvendo o mercado de planos de saúde médico-hospitalares, a SG entendeu pela impugnação da operação em razão de haver limitações para a adoção de remédios, mencionando, dentre as suas razões, que a crise econômica provocada pela pandemia da Covid-19 dificultaria a entrada de novos agentes no mercado⁴⁸⁵.

Em outra situação, o Tribunal do Cade revisou ACC celebrado no âmbito da operação concernente à aquisição da Twenty-First Century Fox pela The Walt Disney Company, aprovada em 27 de fevereiro de 2019. Diante dos impactos da pandemia nas programadoras de TV por assinatura, em especial, nos canais esportivos, o Conselheiro Relator Luis Braido destacou o fato de que dois dos três interessados qualificados para a aquisição do negócio a ser desinvestido no âmbito do ACC teriam alegado “impossibilidade de tomada de decisão enquanto durarem os efeitos desta crise”. Nesse contexto, o Conselheiro Relator entendeu pela “inviabilidade do desinvestimento proposto pela decisão anterior do Cade, pelo menos em futuro próximo” e propôs a substituição do remédio estrutural por remédios comportamentais que mitigassem as preocupações concorrenciais anteriormente identificadas – entendimento que foi seguido pela maioria do Tribunal⁴⁸⁶.

Com relação à Procuradoria Especializada junto ao Cade, vale destacar que a maioria dos pareceres jurídicos identificados na pesquisa cingem pedidos de adiamento ou suspensão de pagamentos ao Cade, tanto em relação à contribuição pecuniária estabelecida no âmbito de TCC, quanto em relação a requerimentos de acordos judiciais ou extrajudiciais. O entendimento da procuradoria foi unânime no sentido de

⁴⁸⁵ Parecer n° 19/2020, proferido pela SG em 14 de setembro de 2020, no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.001846/2020-33 (Hapvida Assistência Médica e Plamed Plano de Assistência Médica.)

⁴⁸⁶ Voto proferido pelo Conselheiro Relator Luis Henrique Bertolino Braido, em 7 de maio de 2020, no âmbito do Ato de Concentração n° 08700.004494/2018-53 (The Walt Disney Company (Brasil) Ltda. e Twenty-First Century Fox, Inc.).

que seria indispensável a comprovação dos efetivos impactos da pandemia nos resultados da empresa para que a solicitação de adiamento e/ou suspensão dos pagamentos fosse deferido, visto que “a simples alegação genérica de perda de fonte de receita, sem maiores detalhamentos, não é razão suficiente para se repactuar avenças de caráter pecuniário por não restar caracterizada as condições de existência de álea extraordinária”⁴⁸⁷.

Em uma outra situação, em 31 de março de 2020, a procuradoria se manifestou pelo deferimento de suspensão de prazos estabelecidos no escopo de TCC para a apresentação, disponibilização pública e divulgação do Manual de *Compliance*, bem como para a realização de treinamento para os colaboradores. Isso porque, em razão das restrições de deslocamento de pessoas e da proibição de aglomerações impostas em função da pandemia de coronavírus, as tarefas necessárias para a implementação dessas atividades teriam sido impossibilitadas⁴⁸⁸.

Diante desse contexto, nota-se que o Cade em diversas oportunidades enfrentou nuances relacionadas à crise da Covid-19, tanto sob a perspectiva do controle de estruturas quanto do controle de condutas. Com relação ao conteúdo da análise desenvolvida pelo Cade, nota-se que, em alguma medida, a autoridade foi sensível ao cenário de crise econômica atual, em especial em relação a mercados fortemente afetados pela pandemia, como o mercado de transporte aéreo de passageiros.

⁴⁸⁷ Parecer Jurídico n° 14/2021, proferido pela ProCade em 24 de março de 2021, no âmbito do Requerimento de Acordo Extrajudicial n° 08700.001076/2019-95. No mesmo sentido são o Parecer Jurídico n° 49/2020, proferido pela ProCade em 30 de abril de 2020, e Parecer Jurídico n° 61/2020, proferido pela ProCade em 1 de junho de 2020, no âmbito do Requerimento de Acordo Judicial n° 08700.005161/2019-22; e Parecer Jurídico n° 80/2020, proferido pela ProCade em 24 de julho de 2020, no âmbito do Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação n° 08700.007053/2016-41.

⁴⁸⁸ Parecer Jurídico n° 36/2020, proferido pela ProCade em 31 de março de 2020, no âmbito do Requerimento de Termo de Compromisso de Cessação n° 08700.004192/2018-85.

Considerações Finais

A partir das pesquisas realizadas nesse artigo, foi possível identificar que o Cade atuou prontamente frente a alguns dos desafios postos pela pandemia ao Direito da Concorrência no Brasil. De forma operacional, o Cade adotou medidas para a continuidade de suas atividades, preservando tanto a saúde de seus servidores quanto dos jurisdicionados.

O Cade também se mostrou ativo em seus pronunciamentos, por meio de diversas notas informativas e notas técnicas. As notas informativas foram relevantes para esclarecimento acerca do curso de prazos processuais em desfavor de representados em certos procedimentos administrativos do Cade, principalmente no período inicial da pandemia da Covid-19.

Por meio de notas técnicas, o DEE do Cade também se mostrou relevante na promoção da defesa da concorrência no Brasil. Ao longo de grandes discussões relacionadas a projetos de lei que propunham medidas de enfrentamento dos efeitos da pandemia, o DEE teve a oportunidade de se manifestar sobre aspectos concorrenciais relacionados a tais propostas, esclarecendo questões principalmente com relação aos potenciais efeitos negativos de prática de congelamento de preços e de imposição legal de descontos em serviços educacionais durante a pandemia, por exemplo. Inclusive, o DEE também se pronunciou sobre legislação em vigor, trazendo perspectivas para o futuro, com recomendações acerca de efeitos deletérios de controle de preços.

Com relação às análises quantitativa e qualitativa dos documentos elaborados pelo Cade que fazem menção à pandemia da Covid-19, foi possível notar que a autoridade antitruste foi, em alguma medida, sensível ao cenário de crise econômica e às dificuldades operacionais enfrentadas pelas empresas, sem, no entanto, reduzir o rigor da análise concorrencial. Isso porque, embora se tenha levado em consideração as especificidades de mercados altamente afetados (como o de aviação civil), as etapas e o

racional da análise antitruste se mantiveram coerentes e alinhados com a atuação tradicionalmente adotada pela autarquia.

Referências Bibliográficas

CADE. Anuário CADE 2020. Disponível em: <https://indd.adobe.com/view/f30f80e3-23b2-4370-9314-41a50b625073>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Anuário CADE 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/anuarios-do-cade/anuario-2019-cade.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Anuário CADE 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/anuarios-do-cade/anuario-2018-cade.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Atuação do Cade na pandemia é marcada por medidas de segurança e entrega de resultados ao mercado e à sociedade. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/atuacao-do-cade-na-pandemia-e-marcada-por-medidas-de-seguranca-e-entrega-de-resultados-ao-mercado-e-a-sociedade>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Notas informativas. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/aceso-a-informacao/institucional/cade-em-acao/notas-informativas-sobre-prazo>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Nota Informativa. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/nota-informativa-1>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Nota Informativa. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/nota-informativa>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Nota Informativa sobre prazos processuais. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/nota-informativa-sobre-prazos-processuais>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Nota Técnica nº 15/2020/DE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n15-advocacy-08027000240202070.pdf>

CADE. Nota Técnica nº 21/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n21-advocacy-08027000294202035.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Nota Técnica nº 16/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos->

[economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n16-advocacy-08027000247202091.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n16-advocacy-08027000247202091.pdf). Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Nota Técnica nº 27/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n27-advocacy-08027000243202011.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Nota Técnica nº 24/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n24-advocacy-08700002670202037.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Nota Técnica nº 17/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n17-advocacy-08700002018202012.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Nota Técnica nº 19/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n19-advocacy-08012000908202048.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

CADE. Nota Técnica nº 20/2020/DEE/CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2020/nota-tecnica-n20-advocacy-08700002268202052.pdf>. Acesso em 30 de março de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 896/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2241798>. Acesso em 30 de março de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 734/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2239604>. Acesso em 30 de março de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1008/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2241973#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20controle%20o,ou%20Estado%20de%20Calamidade%20P%C3%ABlica>. Acesso em 30 de março de 2021.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. PL 1542/2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2254725>. Acesso em 30 de março de 2021.

CAPOBIANCO, Antonio; POVOA, Marcos Fabricio; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n. 1, 2020, p. 7-19.

FOX, Eleanor M. *Developing countries, markets, and the coronavirus: two challenges*. *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 8, issue 2, julho de 2020, p. 276-279. Disponível em: <https://academic.oup.com/antitrust/article/8/2/276/5855200>

JENNY, Frédéric. *Competition Law Enforcement and the COVID-19 Crisis: Business As (Un)usual?* SSRN, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3606214>.

JENNY, Frédéric. *Market adjustments, Competition Law and the Covid-19 Pandemic*. Disponível em: <https://leconcurrentialiste.com/frederic-jenny-covid-competition/>

JENNY, Frédéric. *Competition Law Enforcement and the COVID-19 Crisis: Business As (Un)usual?* SSRN, 20 de maio de 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3606214>.

JENNY, Frédéric. *Economic resilience, globalisation and market governance: facing the covid-19 test*. 2020. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Economic-Resilience-Globalisation-and-Market-Governance-Facing-the-COVID-19-Test.pdf>

LALLIOT, Laurence Folliot; YUKINS, Christopher R. *COVID-19: Lessons learned in public procurement. Time for a new normal?*. *Concurrences* n. 3, 2020, Art. N° 95667, pp. 46-58. Disponível em: <https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-3-2020/articles/covid-19-lessons-learned-in-public-procurement-time-for-a-new-normal-95667-en>. Acesso em 29 de novembro de 2020.

MACHADO, Henrique Felix; CARVALHO, Vinicius Marques de. *Cartéis de crise e a Covid-19: possíveis caminhos para a política concorrencial*. *JOTA*, 2 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/carteis-de-crise-e-a-covid-19-possiveis-caminhos-para-a-politica-concorrencial-02042020>. Acesso em 29 de novembro de 2020.

OCDE. *Supporting jobs and companies: A bridge to the recovery phase*. 2021. Disponível em: <http://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/supporting-jobs-and-companies-a-bridge-to-the-recovery-phase-08962553/>. Acesso em 30 de março de 2021.

OMS. *Who Coronavirus (COVID-19) Dashboard*. Disponível em: <https://covid19.who.int/>. Acesso em 31 de março de 2020.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 881, de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141185>. Acesso em 30 de março de 2021.

SENADO FEDERAL. Projeto de Lei nº 1.542, de 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141436>. Acesso em 30 de março de 2021.

UNA-SUS. Organização Mundial da Saúde declara pandemia do novo Coronavírus. 2020. Disponível em: [ps://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus#:~:text=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde%20declara%20pandemia%20do%20novo%20Coronav%C3%ADrus,Mudan%C3%A7a%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o&text=Tedros%20Adhanom%2C%20diretor%20geral%20da,Sars%2DCov%2D2\).htt](https://www.unasus.gov.br/noticia/organizacao-mundial-de-saude-declara-pandemia-de-coronavirus#:~:text=Organiza%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Sa%C3%BAde%20declara%20pandemia%20do%20novo%20Coronav%C3%ADrus,Mudan%C3%A7a%20de%20classifica%C3%A7%C3%A3o&text=Tedros%20Adhanom%2C%20diretor%20geral%20da,Sars%2DCov%2D2).htt). Acesso em 30 de março de 2021.

WERBERICH, Julia; VILANOVA, Polyanna. O direito antitruste face a crises econômicas: desafios enfrentados pela legislação antitruste no Brasil face a crise econômica gerada pela COVID-19. Revista de Defesa da Concorrência, v. 8, n.1, 2020, p. 20-46.

O direito concorrencial em tempos de crise: Crisis failing e firm defense

Matheus Dalta Pimentel

Resumo: Tendo em vista a atual conjuntura econômica brasileira, extremamente abalada pelos pérfidos efeitos provocados pela pandemia provocada pela disseminação do sars-cov-2, faz-se necessário que seja discutida a legalidade da aplicação de mecanismos voltados para a proteção da atividade empresarial, dos postos de trabalho, e da própria economia; como o instituto dos *crisis cartels* e a teoria do *failing firm defense*, que, tradicionalmente, são reprováveis aos olhos do direito antitruste nacional, do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e das instituições que o compõe, em especial o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE. Conforme ratifica a experiência internacional, a discussão acerca da aplicação destes institutos é urgente, e a sua permissibilidade extraordinária deve ser ponderada, sob o prisma do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, implicitamente prescritos pela recente Lei nº 14.010/2020. Para o estudo desta celeuma, utilizar-se-á o método indutivo, baseado em pesquisas realizadas na legislação e em obras de direito antitruste.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Crise Econômica; Failing Firm Defense; Cartéis de Crise; Pandemia.

Abstract: In view of the current Brazilian economic situation, extremely shaken by the perfidious effects caused by the pandemic caused by the spread of sars-cov-2, it is necessary to discuss the legality of the application of mechanisms aimed at the protection of business activity, posts labor, and the economy itself; such as the institute of crisis cartels and the theory of failing firm defense, which, traditionally, are reprehensible in the point of view of the national antitrust law, the Brazilian Competition Defense System and the institutions that compose it, especially the Administrative Council for Economic Defense, CADE. As the international experience ratifies, the discussion about the application of these institutes is urgent, and their extraordinary permissibility must be considered, under the prism of the principle of reasonableness and proportionality, implicitly prescribed by the recent Law No. 14.010 / 2020. For the study of this stir, the inductive method will be used, based on research carried out on legislation and antitrust law literature.

Key-words: Competition Law; Economic Crisis; Failing Firm Defense; Crisis Cartels; Pandemic.

Introdução

Sabe-se que o direito concorrencial fundamenta-se nos precedentes norte-americanos, em especial no *Sherman Act* de 1890, instituído após a deflagração do *case Standard Oil*. A regulação estadunidense deu origem ao *Federal Trade Commission*, que inspirou a criação do órgão brasileiro de defesa antitruste, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica –

CADE, atualmente disciplinado pela Lei nº 12.529/2011. A autarquia compõe, em conjunto com a Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, indispensável para a higidez do mercado competitivo nacional.

No contexto de graves crises econômicas, como a provocada pela pandemia de sars-cov-2, que, além dos gravosos efeitos sanitários, também vem abalando as economias mundiais; reacende-se a discussão acerca da aplicação extraordinária de institutos que, em regra, não são vistos com bons olhos pelas autoridades concorrenciais, como *crisis cartels* (cartéis de crise) e a teoria da *failing firm defense* (empresa em crise). Infere-se que alguns precedentes internacionais dão azo à aplicação desses institutos, desde que tenham a pura finalidade de proteger postos de trabalho e emprego, manter a atividade empresarial, e mitigar os efeitos da crise sobre a economia.

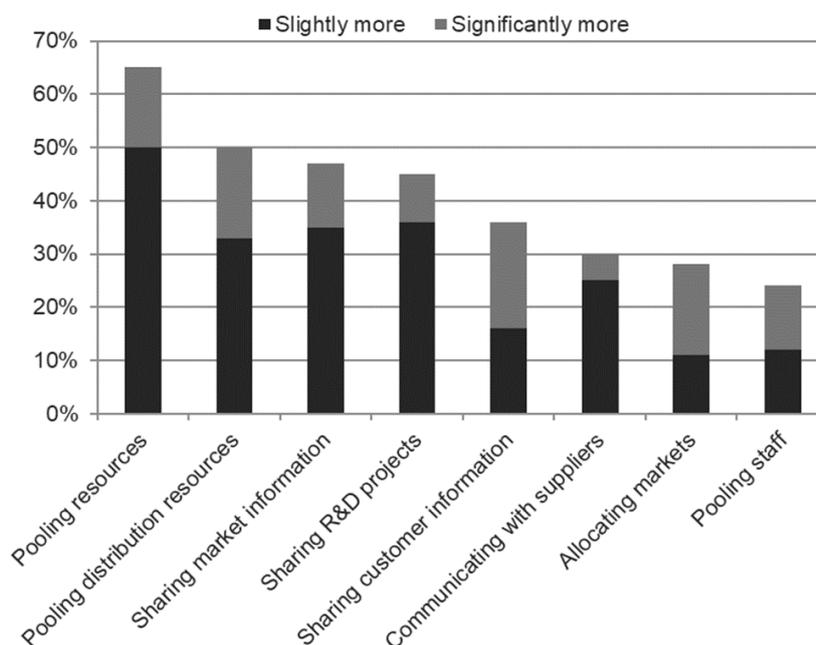
Sendo assim, esse trabalho presta-se a analisar essas duas figuras controversas no cenário concorrencial sob a perspectiva da atual conjuntura econômica brasileira, abalada pelo escalonamento da pandemia. Para tanto, utilizar-se-á o método indutivo, baseado em pesquisas realizadas em repositórios científicos, bem como em referências jurisprudenciais e administrativas nacionais e internacionais.

1.O antitruste em tempos de crise: Considerações acerca da (in)flexibilidade das normas concorrenciais

As crises econômicas afetam, invariavelmente, a atividade empresarial. A atual crise econômico-sanitária, provocada pela disseminação em massa do sars-cov-2, tem provocado uma maré avassaladora sobre as economias mundiais, que vem sofrendo reiteradas quedas em decorrência das sucessivas ondas de contaminação que varrem a Europa e a América.

Estima-se que no Brasil a crise tenha resultado no encerramento das atividades de 716.000 empresas até o início de 2021⁴⁸⁹. Ademais, os pleitos de falência aumentaram em 12,7% em 2020,⁴⁹⁰ dados que denotam como a crise provocada pela covid-19 está devastando a economia nacional.

Denota-se que a continuidade da pandemia, bem como o seu agravamento em determinadas regiões do mundo, tem impulsionado operações com o escopo de preservar a atividade empresarial em diversos quadrantes econômicos. Em pesquisa coordenada pelo *Global Competition Review*, identificou-se que os atos colaborativos entre concorrentes tiveram uma margem ascendente durante o período pandêmico, implicando no resultado de que as empresas concorrentes têm, cada vez mais, compartilhado e reunido informações entre si acerca de processos de distribuição, alocação de recursos e perspectivas de desenvolvimento de mercado.



Fonte: Oxera⁴⁹¹.

⁴⁸⁹OLIVEIRA, Joana. 716.000 empresas fecharam as portas desde o início da pandemia no Brasil, segundo o IBGE. *El País*, 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-19/716000-empresas-fecharam-as-portas-desde-o-inicio-da-pandemia-no-brasil-segundo-o-ibge.html>. Acesso em: 25 mar. 2021.

⁴⁹⁰HERÉDITA, Thais. Pedidos de falência de empresas aumentam 12,7% em 2020, diz Boa Vista. *CNN Brasil*, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/01/13/pedidos-de-falencia-de-empresas-aumentam-12-7-em-2020-diz-boa-vista>. Acesso em: 22 mar. 2021.

⁴⁹¹ROSENBOOM, Nicole. Crisis cartels: a COVID-19 side effect? *Oxera*, 2021. Disponível em: <https://www.oxera.com/agenda/crisis-cartels-a-covid-19-side-effect/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

Diante desse cenário envolto de incertezas, principalmente no que tange à continuidade de muitas atividades empresariais, reacende-se a discussão sobre determinados institutos que tradicionalmente são vistos com maus olhos pelas autoridades antitruste, em especial os cartéis de crise e o *failing firm defense* (FFD), que podem vir a ser invocados como últimos recursos para evitar uma sucessão de quebras, e conseqüentemente, preservar postos de trabalho.

Vale ressaltar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica apenas se manifestou acerca das colaborações empresariais voltadas para a mitigação dos efeitos da crise após ter sido interpelado pelo movimento “Nós”, composto por um conglomerado de empresas concorrentes (Ambev, Aurora, BRF, Coca-Cola, PepsiCo, Nestle e Mondelez) cujo objetivo é a delimitação de condições especiais, descontos, créditos, doações de itens essenciais para o combate ao vírus e treinamentos voltados para a administração correta dos protocolos de saúde pública (SANG; SANTOS, 2020). Inclusive, a operação foi informalmente reconhecida como um potencial “cartel do bem”, sinônimo dos cartéis de crise.

O case gerou um movimento interno na autoridade antitruste, que, apenas em 06 de julho de 2020 editou uma diretriz acerca dos processos de colaboração durante a pandemia, com atenção para as implicações concorrenciais.⁴⁹² O documento elenca quatro pressupostos para que a colaboração entre concorrentes não implique em infração à ordem concorrencial: *i)* o acordo deve possuir escopo e estratégia bem definidos e especificados, albergando apenas as medidas indispensáveis para a consecução do objetivo; *ii)* deve-se instituir um prazo para a duração da colaboração, inclusive é recomendável que as empresas adotem análises prospectivas para compreender o andamento da crise; *iii)* o território da atuação das empresas colaborantes deve ser delimitado, mas é

⁴⁹² CADE. **Nota informativa temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de covid-19.** Publicado em 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

compreensível que pode ocorrer a necessidade de atuação em áreas agravadas com o avanço da pandemia; *iv*) os colaboradores devem estar imbuídos de boa-fé e adotar medidas de governança, diligência e compliance para certificar que o intuito da associação não é prejudicar a concorrência, e sim mitigar os efeitos da crise.

2. Acordos horizontais: A figura dos cartéis aos olhos da doutrina jurídica nacional e internacional

A doutrina legislativa da concorrência há muito já repreendia, ainda que de forma não explícita, a formação dos acordos horizontais que visassem a artificialização da livre concorrência, direito constitucionalmente previsto no artigo 170, inciso V da Carta Magna brasileira.

O primeiro documento legislativo que procurou coibir tais acordos remonta ao ano imperial de 1857, tendo sido redigido pelo saudoso Jurista Excelso do Brasil, Teixeira de Freitas. Se tratava de seu famosíssimo esboço do Código Civil, que há 164 anos já vedava a atividade das sociedades “destinadas a embaraçar a liberdade do comércio ou da indústria” (FORGIONI, 2020, p. 349).

No período republicano, várias foram as legislações que buscaram proibir os acordos horizontais, tais como: Decreto Lei nº 869 de 1938, que coibia a participação em operações que objetivassem a dificultação da concorrência; o Decreto Lei nº 7.666 de 1945, que também impedia a realização de entendimentos, ajustes ou acordos que resultassem na supressão, restrição ou cerceamento da liberdade econômica, ou criassem mecanismos de influência no mercado para a instituição de processos de monopolização; a Lei nº 4.137 de 1962 que passou a classificar como abusivas todas as operações que visassem a eliminação total ou parcial da concorrência; e a Lei nº 8.884 de 1994, que expressamente proibia a ocorrência de fixações de preço e divisão de

mercados entre concorrentes por meio de acordos de concentração (FORGIONI, 2020, p. 350).

Atualmente, o Sistema Brasileiro da Concorrência é regido pela Lei nº 12.529, que completará 10 anos de vigência em dezembro de 2021. Tal legislação elenca uma série de alíneas que explicitam quais as práticas que serão classificadas como processos de cartelização, *in verbis*:

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

A doutrina nacional classifica os cartéis como sendo a espécie dominante e mais nociva dos atos de colusão, cujo intuito é a fixação de preços ou a divisão de mercados, mitigando ou extinguindo a livre concorrência em determinado mercado relevante,⁴⁹³ seja por meio de acordos horizontais ilícitos ou pelo cambiamento de informações e dados de natureza concorrencial entre agentes que deveriam, naturalmente, concorrer entre si (SILVEIRA, 2020, p. 74).

[...] conluio ou atuação comercial uniforme é um acordo empresarial cujo objetivo é elevar os preços ao comprador

⁴⁹³ De acordo com Paula Forgioni, em sua obra “Fundamentos do Antitruste” (2021, p. 359), é imperioso destacar que os acordos empresariais que não restringirem, direta ou indiretamente a livre-concorrência ou não gerarem a incidência de qualquer uma das hipóteses previstas no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência, não serão configurados como cartel ou como qualquer outro acordo colusivo. Ressalta-se, inclusive, que a união de empresas ou grupos econômicos para o atingimento de objetivos que dizem respeito à matéria empresarial são permitidas pela Constituição Federal. Contudo, tal associação empresarial não pode operar como disfarce para atuações que prejudicam a ordem econômica e a livre-concorrência.

(quando realizado entre vendedores – cartel de venda) ou reduzir ao máximo os preços dos vendedores de insumos (quando realizados entre compradores – cartel de compra), por meio da redução da concorrência, aproximando o resultado do mercado, em aspectos de lucratividade, ao que se poderia alcançar em uma situação de monopólio e/ou de monopólio (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 207).

Ainda, de acordo com Herbert Hovenkamp (1993, p.71):

Cartel is a group of firms who should be competitors, but who have agreed with each other to “fix” their prices in order to earn monopoly profits. Cartels are analyzed under Section 1 of the Sherman Act, which prevents contracts, combinations, and conspiracies in restraint of trade. Price fixing is said to be “Naked” when it is unaccompanied by any joint venture or other integration of the participants business activities.

Infere-se que a nocividade dos cartéis é presumida, sendo dispensável a avaliação de ocorrência fática de prejuízo à economia ou aos consumidores. Tal raciocínio está transcrito na Lei Antitruste, que tipificou como ilícita as simples condutas de “acordar”, “manipular” e “ajustar”.

Por exegese dos precedentes administrativos exarados pelo CADE, tem-se o entendimento de que os cartéis podem subdividir-se em duas espécies: *i)* clássicos ou *hardcore*; e *ii)* difusos, de caráter eventual, o que os torna menos gravosos à concorrência e à Ordem Econômica, mas que continuam constituindo infrações de cunho administrativo e penal (NETO; CASAGRANDE, 2015, p. 123).

É importante ressaltar que os cartéis, aos olhos do direito antitruste, são vistos essencialmente como males a ser combatidos pelas ferramentas estatais, já que há uma distorção da ordem natural da concorrência que prejudica, invariavelmente, o consumidor, refém de um

determinado preço e de uma mesma qualidade de produto ou serviço que, geralmente, não é proveitosa.

De acordo com a comercialista Ana Frazão (2017, p. 441):

A formação de cartéis não gera eficiências econômicas, não aumenta os incentivos para inovação, não cria benefícios ancilares para os consumidores nem contribui de qualquer outra forma para o bem-estar social. Assim, cartéis não possuem nenhum propósito econômico legítimo e têm como única função expropriar os consumidores dos benefícios trazidos pelo bom funcionamento de um mercado competitivo.

O desmantelamento e a penalização dos processos de cartelização no Brasil têm se intensificado nos últimos anos, com a adoção de novas ferramentas de identificação de cartéis, incluindo as que utilizam inteligência artificial, como o Projeto Cérebro, que faz uso de tecnologia *big data* e filtros econômicos (*screenings*) para localizar potenciais operações colusivas⁴⁹⁴. Nota-se que a evolução do processo investigatório por parte das autoridades públicas para combater os cartéis é de extrema relevância, haja vista que uma das principais características dos agentes que celebram acordos horizontais é o sigilo absoluto.

Como os cartéis se realizam secretamente, sem atas de reuniões, sem documentos, torna-se difícil a sua detecção por parte das autoridades competentes para garantia de aplicação da legislação de concorrência. Esta dificuldade se revela ainda maior quando as empresas atuam em diversos países ou em diversas regiões de um país de dimensão continental. Daí o elevado nível do custo para descoberta do cartel, para apreensão das provas, para comprovação de sua

⁴⁹⁴ PIMENTA, Guilherme. Projeto Cérebro: CADE usa inteligência artificial no combate a cartéis. **Jota**, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoва-e-acao/projeto-cerebro-cade-usa-inteligencia-artificial-no-combate-a-carteis-29102019>. Acesso em: 15 mar. 2021.

configuração e para a aplicação de medidas de deterrence e de punição.

E estas medidas devem ser fortes e eficazes, pois que os cartéis são como um “câncer que afeta a economia de mercado”, na expressão de Mário Monti, pois que, ao destruir a concorrência, causam irreparável dano à economia e aos consumidores. Impõe-se, assim, criar um instrumento eficaz para descobrir e revelar os cartéis, através da exploração de sua própria fraqueza (FONSECA, 2011 p. 3)

Segundo informações disponibilizadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a Autarquia julgou, em 2020, 17 processos administrativos cujo conteúdo versava sobre atos colusivos, sendo que as três principais condenações do ano geraram a arrecadação de 103,8 milhões de reais aos cofres públicos.⁴⁹⁵

Diante disso, já é possível concluir que o ordenamento jurídico brasileiro não poupa esforços para combater atos que busquem mitigar ou eliminar a concorrência, já que tais atos são extremamente reprováveis aos olhos das autoridades concorrenciais e também da persecução penal, haja vista que a figura dos cartéis está tipificada como crime no artigo 4º da Lei nº 8.137/1990.

Contudo, conforme se mostrará a seguir, apesar da alta maré repreendedora que atinge os cartéis no cenário antitruste brasileiro, há um movimento que vem intensificando-se com o agravamento da pandemia, pautado na permissibilidade da figura dos *crisis cartels*, que historicamente foram vistos como uma heresia no direito concorrencial. Todavia, há de se pontuar que, desde a segunda guerra mundial, o mundo nunca enfrentou tamanha calamidade econômica como a que está ocorrendo nos dias atuais, o que pode ocasionar uma transformação de dogmas.

⁴⁹⁵ CADE. **Anuário de 2020**. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-anuario-com-balanco-de-atuacao-na-defesa-da-concorrencia-em-2020>. Acesso em: 18 mar. 2021.

3. Cartéis de crise e failing firm: A (des)necessidade de sua utilização na atual conjuntura nacional

O instituto dos cartéis de crise não é uma figura inédita na pauta do antitruste mundial, já tendo sido largamente discutida entre os estudiosos do direito da concorrência e também entre os julgadores e conselheiros do sistema antitruste em momentos de crise econômica que, segundo os argumentos de determinados *players*, podem gerar efeitos mais danosos à livre concorrência e ao consumidor do que a cartelização de crise.

Diversas situações de colaboração entre concorrentes podem surgir em situações de crise econômica, sendo por vezes denominado de “cartéis de crise” a depender da sua formatação. Isso pode ocorrer para garantir o fornecimento de determinados bens ou serviços durante o período de crise, por exemplo determinados serviços hospitalares, produtos médicos e alimentos (SILVEIRA; CAPOBIANO; POVOA p. 11, 2020).

Em reforço:

In periods of crisis in economies, without industry-wide agréments on capacity reduction that can be achieved through a crisis cartel, smaller firms may exist the market, leaving a limited number of choices, for customers as well as inducing unemployment. In such conditions, firms may operate at inefficient output levels and may incur losses (KOKKORIS; OLIVARES-CAMINAL, 2010, p. 262 apud VILANOVA; WERBERICH, 2020, p. 34).

No Brasil, o precedente que pode ser encontrado acerca da não permissibilidade dos cartéis de crise está sedimentado no processo administrativo que envolveu as sociedades Brasil Álcool S.A. e a Bolsa Brasileira de Álcool Ltda, alcunhada de BBA. As empresas, em conjunto

com aproximadamente mais 180 outras sociedades, foram condenadas pela prática de cartelização no mercado de álcool.

Em sede de defesa administrativa, as empresas confirmaram a prática colusiva, contudo alegaram que tal operação apenas ocorreu pois foi último porto encontrado para evitar uma crise sem precedentes no setor⁴⁹⁶.

No parecer exarado pela extinta Secretaria de Direito Econômico - SDE, pugnou-se pelo reconhecimento da dimensão geográfica do ato colusivo, que consumia 85% do *market share* de comercialização de álcool anidro hidrato na região Centro-Sul do país. Contudo, a argumentação trazida pelos *players* (que confessaram o processo colusivo), foi rechaçada pela SDE, que, dentre outros fundamentos, afastou a aplicação do instituto dos *crisis cartels*:

A análise cuidadosa das informações prestadas pela requerente permite notar que a operação apresentada como Ato de Concentração consiste, na verdade, na formação de um cartel, envolvendo parcela substancial dos produtores de álcool da mais importante região para esse setor. A própria requerente utiliza o conceito de "cartel de crise" em sua argumentação.

Nos autos são identificados elementos que tomam evidente essa afirmação, sobretudo quando se observa essa operação combinada com a criação da Brasil Álcool, objeto de análise por Ato de Concentração já mencionado. De fato, os negócios constituídos e todos os instrumentos decorrentes dessas operações procuram garantir ao conjunto de produtores beneficiados uma sobrevivência artificial, a despeito de qualquer concorrência, para estabelecerem níveis de produção e preços a serem praticados. Deve ser acrescentado que os mesmos

⁴⁹⁶ De acordo com as razões apresentadas pelas empresas processadas, os incentivos fiscais concedidos pelo programa Proálcool, somados à criação de um cenário oligopsônio na negociação do álcool hidratado, e a falta de regulação no setor, geraram uma queda sem precedentes no valor do litro do produto. Com essa queda, a atividade econômica das empresas, pautadas na comercialização do álcool, tornou-se economicamente insustentável, e geraria uma quebra generalizada que afetaria toda a cadeia de produção, distribuição e comercialização do álcool. Diante disso, decidiu-se pela pactuação de um acordo horizontal, representado pela Bolsa Brasileira de Álcool Ltda, que dominou artificialmente o mercado relevante de comercialização de álcool hidratado.

instrumentos, tanto o de constituição da BBA quanto os textos dos convênios, foram elaborados com o cuidado de se garantir todas as condições necessárias a manutenção do cartel, exatamente como prevê a teoria microeconômica.

Reforça-se aqui o fato de que a crise existente no setor em análise decorre de um desajuste entre a estrutura da oferta e a necessidade da demanda, que por sua vez é resultado de decisões privadas dos produtos de álcool. Portanto, o ambiente em que ocorre a operação ora comunicada não caracteriza a situação que a teoria microeconômica apresenta como justificável para a criação de um “cartel de crise”, instituto admitido em algumas jurisdições nacionais de forma expressa e sob condições de admissibilidade muito específicas.

No contexto da pandemia da covid-19, essa discussão já abarrotou a pauta de diversos outros países, como a Noruega, que, por meio de seu órgão de defesa da concorrência (*Konkurransetilsynet*), efetuou a suspensão de todas as sanções concorrenciais sobre as empresas que atuam no setor da aviação, permitindo que as duas principais companhias efetuem acordos anticoncorrenciais para não serem eliminadas do mercado em razão dos pérfidos efeitos da crise econômica (HAMILTON; KROHS, 2020, p. 2).

Ademais, não se pode olvidar acerca dos movimentos regulatórios europeus criados com o objetivo de permitir, em caráter extraordinário, cooperações empresariais para evitar colapsos econômicos em decorrência da pandemia, como a declaração editada pela *European Competition Network*, que publicizou uma declaração onde permite-se, expressamente, a coordenação de medidas entre empresas para evitar a escassez de medicamentos e alimentos no âmbito da União Europeia, afinal, o Estado não pode desalentar o seu povo em um momento sem precedentes na história recente.⁴⁹⁷

⁴⁹⁷ EC. Antitruste Rules and Coronavirus. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/antitrust/coronavirus>. Acesso em: 22 mar. 2021.

Vale pontuar que a OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), condena a prática dos cartéis de crise, em razão de entender que tal pacto colusivo prejudica demasiadamente a concorrência em uma vã tentativa de resolver um problema cuja solução se encontra na própria estrutura concorrencial, somada às forças naturais do mercado. Entretanto, paradoxalmente, a OCDE também prevê a possibilidade da permissibilidade estratégica dos cartéis de crise na hipótese em que apenas as forças orgânicas do mercado não forem suficientes para reestabelecer a ordem concorrencial (VILANOVA; WEBERICH, 2020, p. 35), *in verbis*:

Competition in periods of crises may force the least efficient undertakings to exit a market. This is part and parcel of the competitive process. Indeed, the General Court has accepted that “it is impossible to distinguish between normal competition and ruinous competition. Potentially, any competition is ruinous for the least efficient undertakings. However, there may be situations where problems of overcapacity are not likely to be remedied by market forces alone within a reasonable period of time which would imply that the overcapacity is of a structural nature (as oppose to the result of a cyclical downturn).

No Brasil não há precedentes que favoreçam a permissibilidade de um cartel de crise nos setores mais afetados pela pandemia, mas é possível que essa discussão seja acentuada ainda mais com a atual “segunda onda” de infecções, que vem impulsionando novas quarentenas e isolamentos sociais ao redor do país. Além disso, o CADE deverá, em um futuro próximo, posicionar-se oficialmente acerca das infrações de cartelização que ocorreram durante a crise, que poderão ser justificadas com base na recente Lei nº 14.010/2020.

A Lei 14.010/2020 institui o chamado “Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas e Direito Privado (RJET)”, a ser ministrado durante o período de pandemia da covid-19. Essa legislação,

além de disciplinar uma série de outras matérias, traz claras disposições acerca do regime concorrencial em seu artigo 14, que suspende a aplicabilidade de uma série de dispositivos da Lei de Defesa da Concorrência, *in verbis*:

Art. 14. Ficam sem eficácia os incisos XV e XVII do § 3º do art. 36 e o inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, em relação a todos os atos praticados e com vigência de 20 de março de 2020 até 30 de outubro de 2020 ou enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020.

§ 1º Na apreciação, pelo órgão competente, das demais infrações previstas no art. 36 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, caso praticadas a partir de 20 de março de 2020, e enquanto durar o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, deverão ser consideradas as circunstâncias extraordinárias decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19).

§ 2º A suspensão da aplicação do inciso IV do art. 90 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, referida no caput, não afasta a possibilidade de análise posterior do ato de concentração ou de apuração de infração à ordem econômica, na forma do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011, dos acordos que não forem necessários ao combate ou à mitigação das consequências decorrentes da pandemia do coronavírus (Covid-19).

De acordo com o texto legislativo, conclui-se que as práticas de preço predatório (Artigo 36, §3º, inciso XV); cessação das atividades empresariais sem justa causa (Artigo 36, §3º, inciso XVII); e constituição de ato de concentração na celebração de contato associativo, consórcio ou *joint venture* (Artigo 90, inciso IV), tiveram a sua presunção de ilicitude ou concentração suspensa temporariamente. Além disso, a legislação também elenca o dever de observância e ponderação acerca dos pérfidos efeitos da pandemia quando os atos colusivos e de concentração chegarem às barras da autoridade concorrencial, podendo ser traduzidos como os clássicos postulados da razoabilidade e proporcionalidade.

Vale ressaltar que, apesar do intuito normativo ter sido o de vigência pré-estipulada da Lei, programada para findar-se em trinta de outubro do ano passado (quando havia uma errônea previsão de “trégua” da

pandemia), a própria legislação já elenca outra condicionante de vigência: a permanência do estado de calamidade pública por meio do Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020. Infere-se que, apesar do Decreto ter formalmente findado em 31 de dezembro do mesmo ano, o Supremo Tribunal Federal, na pessoa do Min. Ricardo Lewandowski, nos autos da Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.625-DF, prorrogou o estado de calamidade pública por meio de interpretação conforme à Constituição⁴⁹⁸.

Nessa senda, é importante pontuar que apesar das recentes decisões e precedentes extraordinários acerca da permissibilidade dos cartéis de crise, cumpre salientar que a sua popularidade entre as autoridades ainda é extremamente baixa, principalmente no Brasil, mesmo estando o país em situação excepcional. Nota-se que a sua aplicação ainda não é vista com bons olhos pelas autoridades concorrenciais brasileiras, posição que é ratificada pelo atual presidente do CADE, Alexandre Barreto, que afirmou que não houve e nem haverá aval do Conselho para os “cartéis de crise”⁴⁹⁹, apesar da Autoridade ter aprovado a formação do acordo colaborativo entre concorrentes para a fundação do movimento “Nós”, que foi compreendido por parte dos *players* como uma sinalização positiva aos “cartéis do bem”.

4.A preservação da empresa vs. a concorrência: Análise da failing firm defense (FFD) no cenário pandêmico

Além da figura dos *crisis cartels*, há outro instituto que pode ser avocado para justificar atos anticoncorrenciais em tempos de crise. Um

⁴⁹⁸ STF, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.625/DF. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 30.12.2020.

⁴⁹⁹ WIZIACK, Julio. Presidente do Cade diz que tribunal não deu ‘cheque em branco’ para ‘cartel do bem’. **Folha**, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/presidente-do-cade-diz-que-tribunal-nao-deu-cheque-em-branco-para-cartel-do-bem.shtml>. Acesso em: 21 mar. 2021.

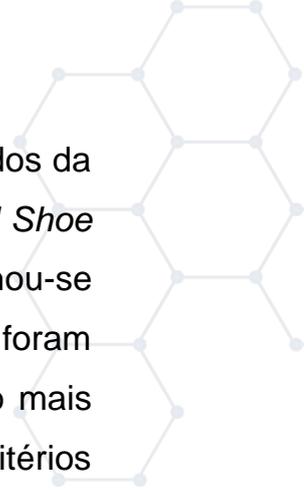
deles é a teoria do *failing firm*, ou “teoria da empresa em crise”, utilizada como fundamento do aresto prolatado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no *case International Shoe Co. vs Federal Trade Commission*, em 1930, onde o Judiciário reverteu a decisão do órgão antitruste e validou a ocorrência do ato lesivo à concorrência para que a companhia não ingressasse em falência, suspendendo a aplicação do artigo 7º do *Clayton Act* (LIMA, 2017, p. 07).

De acordo com Everton Gonçalves e Bruna Queiroz (2019, p. 14):

A teoria da Failing Firm Defense (FFD) é utilizada na solução de conflito de interesses entre o Princípio da Livre Concorrência, pilar do Direito Antitruste, e o Princípio da Manutenção da Empresa, base da Lei Falimentar, dando primazia a este último, quando preenchidos certos critérios, dentre eles, o esgotamento de todas as diligências para encontrar solução menos anticompetitiva à empresa em crise econômico-financeira.

Logo, a FFD visa subsidiar a aprovação de atos de concentração que, geralmente, são tidos como nocivos à concorrência, e reprováveis pelas autoridades concorrenciais. Todavia, em primazia à preservação da atividade empresarial, há uma permissibilidade extraordinária, que já foi concedida em alguns casos e que podem servir como fundamento para a aplicação da FFD durante a crise econômica provocada pela disseminação em massa da covid-19.

Apesar de a legislação brasileira não ter adotado a teoria da *failing firm defense*, é importante pontuar que a lei concorrencial, em seu artigo 88, §6º expressamente permite que determinados atos de concentração que, via de regra, seriam considerados como infrações à livre concorrência, sejam convalidados pelas autoridades antitruste, desde que objetivem, isolada ou cumulativamente: *i)* o aumento da produtividade ou competitividade; *ii)* a melhora na qualidade de bens ou serviços, ou *iii)* a propiciação de eficiência e desenvolvimento tecnológico ou econômico.

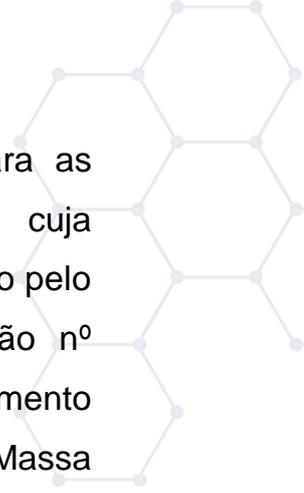


Conforme já esposado, a FFD funda raízes nos Estados Unidos da América, tendo como primeiros precedentes os *cases International Shoe Co. vs FTC* e *Citizen Publishing Co. vs. United States*, onde rascunhou-se os elementos de aplicação da teoria, que posteriormente foram consolidados no *Horizontal Merger Guidelines* de 1992, 1997 e, o mais recente, de 2010; documento que traz em seu bojo três critérios cumulativos para que a defesa empresarial fundada na FFD seja considerada válida: *i)* a empresa deve comprovar que a sua solvência ficará extremamente comprometida em um futuro próximo; *ii)* os institutos tradicionais já previstos em Lei serão insuficientes para caucionar a reorganização da atividade empresarial; e *iii)* demonstração de que a empresa pleiteante buscou outras alternativas menos nocivas à concorrência para permanecer no mercado relevante (LIMA, 2017 p. 5).

No âmbito da União Europeia, que guarda semelhança (e até inspiração) nos regramentos norte-americanos, o primeiro precedente envolvendo a aplicação da FFD se deu no *case Kali & Salz*, submetido a *European Court of Justice* em 1998. A Corte decidiu por autorizar a operação de fusão.

De acordo com Marjorie Gressler Afonso (2020, p. 106), em artigo publicado na obra “Mulheres no Antitruste”, Volume 3:

The European Commission, upon reviewing the merger, established the following as the failing firm defense test that it would apply: a concentration is not the cause of the competitive structure resulting from a given transaction if three cumulative elements are met. First, the merging parties must prove that the target would have been forced out of the market in the near future absent the merger. Second, they must prove that there is no less anticompetitive alternative purchaser. Third, they must provide evidence that the acquiring undertaking would indeed gain the market share of the target if the latter were forced out of the market (absent a merger).

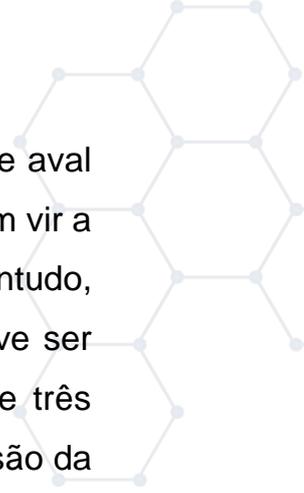


Os *Guidelines* norte-americanos servem como oriente para as autoridades que defrontarem-se com atos de concentração cuja justificativa é pautada na FFD. Inclusive, o documento já foi utilizado pelo CADE em alguns casos, em especial no Ato de Concentração nº 08012.014340/2007-7551, onde a FFD foi utilizada como fundamento decisório para a aprovação da aquisição dos direitos minerários da Massa Falida de Mineração Areiense (MASA) pelo Votorantim Metais Zinco S/A (VMZ), tendo o CADE e o Ministério Público Federal concluído que a aprovação do ato de concentração seria menos danoso à concorrência do que a sua não aprovação.

Outro caso que é oportuno trazer à baila é o emblemático case da fusão das empresas concorrentes de aviação Aegean e Olympic, onde a Comissão Europeia entendeu que, através de uma ponderação entre o princípio da livre concorrência e a proteção da empresa, bem como com base na teoria em comento, a operação empresarial seria viável, já que a Olympic sentia amargamente o gosto da crise financeira que abalou a Grécia na última década, sendo terminantemente improvável a sua recuperação pela via comum do livre mercado e da livre concorrência.

Based on the above, and under the particular and exceptional circumstances of the present case, which is characterised by the protracted adverse economic conditions in Greece, significant decline in passenger numbers on Greek domestic routes, historic unprofitability of Olympic without conceivable prospects for reversal in the near future, difficult finances of the parent company and its limited ability and incentive to further financially support Olympic, the Commission concludes that Olympic meets the requirements of the failing firm within the meaning of the Horizontal Merger Guidelines.

Nota-se que, conforme lecionam Francisco Costa-Cabral, Leigh Hancher, Giorgio Monti e Alexandre Feases, docentes da *Tilburg University* (2020, p.18), esse precedente pode ser invocado pelas



empresas durante o período pandêmico, objetivando a obtenção de aval para a realização de operações societárias/empresariais, que podem vir a prejudicar a concorrência, com base na *teoria da failing firm*. Contudo, conforme apontam os profissionais em comento, tal invocação deve ser realizada com cautela, já que é imprescindível a comprovação de três requisitos para que seja possível a sua concessão: *i)* a não concessão da medida acarretará a retirada total da empresa do mercado; *ii)* inexistência de outra alternativa menos danosa à concorrência que pode ser utilizada pela empresa; *iii)* a empresa perderá complementarmente seus ativos caso não seja autorizada a medida.

Ainda nessa esteira, conforme pregam Assimakis Komninos, Jan Jeram e Iakovos Sarmas, em trabalho publicado no *Competition Policy International*, a tarefa das autoridades antitruste acerca da ministração ou não da teoria em análise no presente cenário de crise é um desafio, já que a crise econômica provocada pela pandemia não guarda semelhança com outras crises econômicas globais, como a crise de 2008. Afinal, como procurar preservar a concorrência em determinados mercados quando boa parte deles (como o setor hoteleiro e de aviação, por exemplo) estão bloqueados, sem qualquer tipo de sinalização competitiva? Ademais, é impossível estabelecer previsões meramente econômicas de quando essa crise se aproximará do fim, o que prejudica a análise de recuperação do mercado, e, conseqüentemente, da atividade empresarial.

COVID-19 and the almost universal lockdown measures are infecting all sectors of the economy.⁵⁹ Planes are parked, cruise ships docked, and entire factories shut. It is difficult to conceive of a supply chain today that has not seen major disruptions. Wall Street and MSCI (a measure of global equities) lost a fifth of their value in the first quarter of 2020, marking their biggest drop since the 2008 financial crisis. In these circumstances, it should be no surprise if the Commission starts seeing more and more FFD arguments in the short and medium term.

Yet, how can a competition authority conduct this analysis while ground-breaking market developments are in the making and when important parts of the economy are in lockdown? For example, imagine a merger involving airlines, almost all of which have grounded their aircraft and, therefore, there is currently no competition whatsoever. And how can a “prospective analysis” be done when it is currently not clear how much the economy will contract and which of the many (sometimes contradictory) scenarios is most credible for the months and years to come?

Nesse diapasão, infere-se que, assim como os cartéis de crise, as autoridades antitruste oferecem resistência quanto à admissibilidade da teoria da empresa insolvente para justificar atos tidos como anticoncorrenciais. Contudo, existem sinalizações (ainda que mínimas) acerca de situações excepcionais de aplicabilidade da FFD, e a pandemia pode ser uma delas.

Considerações Finais

A figura dos *crisis cartels* e a teoria do *falling firm* são, tradicionalmente, rechaçadas pela autoridade brasileira: o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Todavia, em períodos extremos, a discussão acerca da ilicitude completa desses institutos deve ser repensada, já que as consequências de seguir “à risca” a legislação concorrencial, sem observar o fator social-econômico, pode acarretar a consumação de danos irreparáveis à sociedade brasileira enquanto persistir a crise econômica provocada pelas sucessivas escaladas da pandemia.

Inclusive, há precedentes internacionais que subsidiam a aplicação desses institutos, como a decisão exarada pela autoridade concorrencial norueguesa, que devem vir a ser avocados em eventuais processos administrativos que tramitarem nos órgãos que compõe o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Nesse toar, é necessário que os órgãos de defesa da concorrência pautem os futuros julgamentos de infrações administrativas contra a concorrência na situação excepcional provocada pela pandemia de covid-19, assim como determina expressamente o artigo 14, §1º da Lei nº 14.010/2020; e observe, de forma cautelosa, os processos que trouxeram em seu bojo os *crisis cartels* e a *failing firm defense*, a exemplo do que ocorreu com o conglomerado “Nós”, semente de uma possível mudança de entendimento da autoridade antitruste nacional.

Referências Bibliográficas

AFONSO, Marjorie Gressler. The Failing Firm Defense in brazilian competition merger review: proving the merger is the best alternative to market exit. *In: Mulheres no Antitruste*. Volume III. Coord: MACEDO, Agnes; MAIOLINO, Isabela. São Paulo: Singular, 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2011_2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 02 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.010, de 10 de Junho de 2020**. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do coronavírus (Covid-19). Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14010.htm. Acesso em: 15 mar. 2021.

CABRAL-COSTA, Francisco; HANCHER, Leigh; MONTI, Giorgio; FEASES, Alexandre Ruiz. EU Competition Law and Covid-19. *In: TILEC Discussion Paper*, Tilburg University, 2020.

CADE. **Anuário de 2020**. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-anuario-com-balanco-de-atuacao-na-defesa-da-concorrenca-em-2020>. Acesso em: 18 mar. 2021.

CADE. Nota informativa temporária sobre colaboração entre empresas para enfrentamento da crise de covid-19. Publicado em 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2020/nota-informativa-temporaria-sobre-colaboracao-entre-empresas-para-enfrentamento-da-crise-de-covid-19.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. Case COMP/M.6796 AEGEAN/OLYMPIC II. Julgado em 9.10.2013, Bruxelas. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m6796_20131009_2_0682_4044023_EN.pdf. Acesso em: 23 mar. 2021.

FONSECA, João Bosco Leopoldino. **Direito Econômico**. 9 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do Antitruste**. 11 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

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

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

GONÇALVES, Everton das Neves; QUEIROZ, Bruna Pamplona. A Aplicação da Teoria da Failing Firm Defense no Brasil. **Revista Percurso** – Anais do VIII Congresso Brasileiro de Direito Empresarial e Cidadania, vol. 02, n. 29, Curitiba, 2019.

HAMILTON, Andrea; KROHS, Christian. **Crisis & Compliance: EU Competition Law During COVID-19**. LEXOLOGY, 2020. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=46c67aae-16ef-4409-896e-758bd369207d>. Acesso em: 22 mar. 2021.

HERÉDITA, Thais. **Pedidos de falência de empresas aumentam 12,7% em 2020, diz Boa Vista**. CNN Brasil, 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2021/01/13/pedidos-de-falencia-de-empresas-aumentam-12-7-em-2020-diz-boa-vista>. Acesso em: 22 mar. 2021.

HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust: Second Edition**. West Publishing CO. St. Paul, Minnesota, 1933.

KOMMINOS, Assimakis; JERAM, Jan; IAKOVOS, Sarmas. A Re-awakening of the Failing Firm Defense in the EU in the Aftermath of COVID-19? *In: Competition Policy International*, 2020. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3596794. Acesso em: 10 mar. 2021.

LIMA, Geraldo Alves. A juridicidade e os parâmetros para a aplicação da teoria da Failing Firm Defense no Direito Concorrencial Brasileiro. **Revista do Tribunal de Justiça do Distrito Federal**, 2017. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2017/a-juridicidade-e-os-parametros-para-a-aplicacao-da-teoria-da-failing-firm-defense-no-direito-concorrencial-brasileiro-gerardo-alves-de-lima-filho>. Acesso em: 15 mar. 2021.

NETO, Caio Mário da Silva Pereira; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação**. São Paulo: Saraiva, 2016.

OLIVEIRA, Joana. **716.000 empresas fecharam as portas desde o início da pandemia no Brasil, segundo o IBGE**. El País, 2021. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-07-19/716000-empresas-fecharam-as-portas-desde-o-inicio-da-pandemia-no-brasil-segundo-o-ibge.html>. Acesso em: 25 mar. 2021.

OECD. **Crisis Cartels: Contribution from the European Union**. In: III Global Forum on Competition, 2021. Disponível em: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF/WD\(2011\)20&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF/WD(2011)20&docLanguage=En). Acesso em: 15 mar. 2021.

PIMENTA, Guilherme. Projeto Cérebro: **CADE usa inteligência artificial no combate a cartéis**. Jota, 2019. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inoa-e-acao/projeto-cerebro-cade-usa-inteligencia-artificial-no-combate-a-carteis-29102019>. Acesso em: 15 mar. 2021.

ROSENBOOM, Nicole. **Crisis cartels: a COVID-19 side effect?** Oxera, 2021. Disponível em: <https://www.oxera.com/agenda/crisis-cartels-a-covid-19-side-effect/>. Acesso em: 20 fev. 2021.

SANG, Erika Vieira; SANTOS, Beatriz Medeiros Navarro. O CADE e a tutela da concorrência no Brasil em períodos de crise. In: **Mulheres no Antitruste**. Volume III. Coord: MACEDO, Agnes; MAIOLINO, Isabela. São Paulo: Singular, 2020.

SILVEIRA, Paulo Burnier. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SILVEIRA, Paulo Burnier; CAPOBIANO, Antonio; POVOA, Marcos Frabricio. A crise do COVID-19 e a defesa da concorrência: desafios e perspectivas à luz das orientações da OCDE. **Revista de Direito da Concorrência**, Vol. 8, Nº 1, 2020.

STF, **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.625/DF**. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 30.12.2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6.625MC4.pdf>. Acesso em: 15 Mar. 2021.

VILANOVA, Polyanna; WERBERICH, Julia. O direito antitruste face a crises econômicas: desafios enfrentados pela legislação antitruste no Brasil face a crise econômica gerada pela COVID-19. **Revista de Direito da Concorrência**, Vol. 8, Nº 1, 2020.

WIZIACK, Julio. **Presidente do Cade diz que tribunal não deu 'cheque em branco' para 'cartel do bem'**. Folha, 2020. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/05/presidente-do-cade-diz-que-tribunal-nao-deu-cheque-em-branco-para-cartel-do-bem.shtml>. Acesso em: 21 mar. 2021.

A crise do Consumer Welfare Standard

Rubens Cantanhede Mota Neto

Resumo: A adoção Consumer Welfare Standard foi a receita dos intelectuais da Escola de Chicago para resolver a “crise do antitruste”, porém na última década uma nova literatura identificou uma nova crise no antitruste que o teria tornado leniente a crescente concentração de poder econômico, tendo a adesão ao Consumer Welfare sendo vista como a principal responsável por essa crise. Esse artigo pretende apresentar essa nova geração de intelectuais críticos ao conceito chicaguiста e suas propostas, a fim de entender as transformações na doutrina antitruste em virtude dessa literatura.

Palavras Chaves: Consumer Welfare; Escola de Chicago; Eficiências; Neobrandesiano, Processo Competitivo

Introdução

Em 1965, Robert Bork, anunciou uma crise no direito antitruste, segundo ele o antitruste estava se tornando uma força contrária ao livre mercado:

It is the rapid acceleration of the latter "protectionist" trends in antitrust that has brought on the present crisis. Anti-free-market forces now have the upper hand and are steadily broadening and consolidating their victory. The continued acceptance and expansion of their doctrine, which today constitutes antitrust's growing edge, threaten within the foreseeable future to destroy the antitrust laws as guarantors of a competitive economy.⁵⁰⁰

Na década de 1960 o antitruste vivia sua *golden age*, a aprovação na década passada da *Celler-Kefauver Act* tinha dado maiores poderes para as agências e cortes barrarem concentrações de mercado⁵⁰¹, papel firmemente abraçado pela Corte Warren⁵⁰² e por um congresso que dava apoio bipartidário ao *enforcement* antitruste⁵⁰³.

⁵⁰⁰ BORK, Robert H.; BOWMAN, Ward S. The crisis in antitrust. *Columbia Law Review*, v. 65, n. 3, p. 363-376, 1965.

⁵⁰¹ SIMS, Joe; LANDE, Robert H. The End of Antitrust-Or a New Beginning. *Antitrust Bull.*, v. 31, p. 301, 1986.

⁵⁰² KOLASKY, William J. The Warren Court A Distant Mirror? Part One – The Chief Earl Warren. *Antitrust*, Vol. 33, No. 3, Summer 2019

⁵⁰³ STUCKE, Maurice E.; EZRACHI, Ariel. The Rise, Fall, and Rebirth of the US Antitrust Movement. *Harvard Business Review*, v. 15, 2017.

No entanto, a reação havia começado a ser pavimentada no mesmo período, através da vinda de Aaron Director para lecionar na Universidade de Chicago. Financiado pelo fundo multimilionário conservador, *William Volker Fund*, que custeou seus primeiros cinco anos de salário. Aaron Director, intelectual que outrora defensor de uma forte intervenção antitruste, se converteria em um dos seus principais críticos espalhando sua influência, através de seu curso de direito antitruste dado em parceria com Edward Levi, em que ele confrontava argumentos jurídicos com análise econômica, buscando demonstrar que as premissas do direito não se sustentavam⁵⁰⁴.

Em 1953, Aaron Director, fundou o *Antitrust Project* um grupo de estudos onde influenciou uma geração de novos intelectuais e propagou suas principais ideias. Um dos pontos-chaves das reflexões do grupo era de que as concentrações econômicas poderiam ser eficientes economicamente e que as condutas abusivas que derivariam do poder de mercado como predação, *resale price maintenance*, *tying price discrimination*, eram irracionais e que a teoria econômica dos preços não dava suporte a ideia de que essas condutas poderiam expandir ou criar monopólios e prejudicar o consumidor⁵⁰⁵.

No seu artigo seminal, “*Law and the future: Trade regulation*”, Director apresenta um *case* anti-estruturalista ao afirmar que os recentes casos de monopolização julgados foram de empresas que conquistaram essa posição ao serem mais “eficientes” que seus rivais, lança ceticismo a respeito da possibilidade de monopólios abusarem do poder de mercado nas circunstâncias atuais, além de negar a possibilidade de mercados oligopolizados gerarem grandes problemas concorrenciais:

The application of the monopoly concept to industries with three or four large units leads to curious anomalies. Thus what is deemed adequate relief for one industry, as, for example, the three firms in

⁵⁰⁴ KOLASKY, William J. Aaron Director and the Origins of the Chicago School of Antitrust. *Antitrust*, Vol. 35, No. 1 Fall 2020.

⁵⁰⁵ PELTZMAN, Sam. Aaron Director's influence on antitrust policy. *The Journal of Law and Economics*, v. 48, n. 2, p. 313-330, 2005.

aluminum, may be the starting point for bringing a case against another industry, such as tobacco. It is in connection, with the application of the antitrust laws to firms of less than clear monopoly size, that the concepts of collusion and abuses have been expanded.⁵⁰⁶

A influência de Aaron Director nas transformações que o direito antitruste sofreu apartir da mudança de paradigma trazida pela Escola de Chicago jamais pode ser subestimada, porém tal como um Sócrates de *Hyde Park*, Director quase não deixou textos produzidos por ele e teve boa parte do seu pensamento levado a diante pelo seu principal aluno, Robert Bork.

Bork, como mencionamos, tem em seu artigo, “*The Crisis In Antitrust*”, um manifesto de revolução do direito antitruste, em grande parte ecoando as preocupações anteriormente trazidas pelo seu professor de que o combate as concentrações economicas por meio da restrição a certos tipos de fusão e condutas estavam privando a sociedade de valiosas eficiências econômicas⁵⁰⁷.

Porém, esses argumentos em favor da eficiência econômica eram excessivamente obscuros e complexos para as cortes analisarem, algumas inclusive se recusavam a analisar esses argumentos, afinal eram cortes jurídicas treinadas para discutir questões de direito e não cortes econômicas, Applebaum conta que foi exatamente por esse motivo que Warren ignorou esses tipo de argumentação no caso da fusão entre dois bancos da Philadelphia⁵⁰⁸.

Bork, no entanto, tinha uma estratégia traçada para fazer com que o debate sobre eficiências fosse levado em consideração. Em seu artigo seguinte, “*The Legislative Intent And the Police of The Sherman Act*” de 1966, Bork constrói a sua controvertida tese de que o objetivo do *Sherman Act* foi a maximização do que se chamou de “*Consumer Welfare*” e que

⁵⁰⁶ DIRECTOR, Aaron; LEVI, Edward H. Law and the future: Trade regulation. *Nw. UL Rev.*, v. 51, p. 281, 1956.

⁵⁰⁷ BORK, Op. Cit

⁵⁰⁸ APPLEBAUM, Binyamin. **The Economists' Hour: How the False Prophets of Free Markets Fractured Our Society**. Picador, 2019.

por essa razão os argumentos econômicos não só tinham que ser levados em consideração, mas eram os únicos realmente relevantes, tendo em vista que argumentos em favor dos objetivos políticos e sociais da lei eram meras extensões interpretativas da lei:

There would be little point in reviewing here all of the positions that have been advanced concerning the broad social, political, and ethical mandates entrusted to the courts through the Sherman Act, or in naming the persons who have urged them, for there is not a scintilla of support for most such views anywhere in the legislative history. The only value other than consumer welfare which is even suggested by the record is protection of small businessmen, but, as will be argued, that value was given only a complementary and not a conflicting role. The legislative history, in fact, contains no colorable support for application by courts of any value premise or policy other than the maximization of consumer welfare. The legislators did not, of course, speak of consumer welfare with the precision of a modern economist but their meaning was unmistakable⁵⁰⁹

Esse twist argumentativo foi a grande sacada de Bork porque não só justificava a importância da discussão das eficiências econômica, como mais ousadamente submetia o antitruste ao seu originalismo conservador, que restringia a interpretação judicial as intenções dos legisladores no momento da propositura da lei, com o objetivo de suprimir os debates políticos e sociais da lei⁵¹⁰.

Antes de avançarmos é preciso esclarecer o que seria o *Consumer Welfare* dentro da teoria de Robert Bork. Como vimos anteriormente a grande preocupação da Escola de Chicago era introduzir a análise de eficiências econômicas nos debates judiciais, mesmo que as custas da argumentação jurídica, logo “*Consumer Welfare*” significa exatamente eficiências econômicas.

A nomenclatura desse termo é bastante confusa, pois dá a entender que Bork queria submeter a interpretação da lei a uma visão voltada aos

⁵⁰⁹ BORK, Robert H. Legislative intent and the policy of the Sherman Act. *The Journal of Law and Economics*, v. 9, p. 7-48, 1966.

⁵¹⁰ DI VINCENZO, Adam J. Robert Bork, Originalism, and Bounded Antitrust. *Antitrust LJ*, v. 79, p. 821, 2013.

interesses imediatos do consumidor, mas nada mais enganoso. *Consumer Welfare* nada tem haver com a defesa do consumidor como entendemos por uma ótica do direito consumerista, em que o consumidor seria protegido em virtude de um princípio da vulnerabilidade, e nem sequer por uma idéia de *consumer surplus* da teoria marshalista que garantiria sempre os ganhos econômicos do consumidor nas análises antitruste, pelo contrário, nas análises de eficiências é bem comum que o consumidor saia perdendo⁵¹¹.

Eficiências econômicas são um olhar sob um quadro geral da operação analisando quem ganha e perde e realizando depois um somatório do bem-estar total dos indivíduos da sociedade. Os critérios de eficiência mais famosos são o de Pareto e Kaldor-Hicks, em Pareto a operação é eficiente desde que não haja ninguém que saia perdendo, por ser um critério muito rígido e impossível de ser aplicado nas análises antitruste, geralmente se opta por Kaldor-Hicks, também conhecido como “Pareto Potencial”, em que a operação é eficiente quando a parte que ganha pode teoricamente compensar a parte perdedora, ainda que não o faça⁵¹².

Nessa situação é possível que os consumidores percam caso o aplicador da lei utilize esse critério. É difícil compreender as razões éticas para o uso de um modelo que pode prejudicar o consumidor, porém as justificativas se centram numa visão de mundo marcada por uma ideologia que crê que a desigualdade econômica é apenas algo transitório e que o crescimento econômico logo é capaz de resolver, portanto não importa que o crescimento seja via acumulação de riquezas nas mãos das corporações:

Over time, short-term losers will supposedly be long-term beneficiaries from trade – as if individuals lived forever, eternally moving from contracting to expanding industries. And the bigger the economic entity we are looking at, the easier it becomes to see the

⁵¹¹ PITTMAN, Russell W. *Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement*. Available at SSRN 1075463.

⁵¹² FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

overall net gains that outweigh individual losses. However, the terms of the debate have changed – instead of unambiguous national welfare gains, trade theory now only considers national net welfare gains when endorsing Kaldor-Hicks criteria. Much of the libertarian trickle-down optimism derives from stipulations by Kuznets (1955) that inequality is only a temporary phenomenon in the process of development – a similar premise can be seen in the neoclassical vision. Often, the non sequitur is drawn from this that inequality problems simply solve themselves without any government intervention.⁵¹³

Bork, na verdade, era admirador de um modelo de eficiência com potencial ainda mais prejudicial para o consumidor que era o modelo apresentado de forma crítica por O. Williamson⁵¹⁴, nesse modelo a operação poderia ser considerada eficiente ainda que a perda do consumidor sequer precisasse ser compensada pelos ganhos da outra parte, bastava apenas que os ganhos fossem maiores que as perdas⁵¹⁵.

Em 1978, Robert Bork, lançou seu principal livro o famoso, “*Antitrust Paradox*”, nessa obra Bork faz um apanhado da sua produção acadêmica da década passada e comentários de casos em uma linguagem ainda mais direta e fulminante, abordagem que se provou um grande sucesso, fazendo com que sua obra seja uma das mais importantes do século passado e consolidando em grande parte suas visões a respeito da aplicação do “*Consumer Welfare*” na análise de casos antitruste⁵¹⁶.

O sucesso do livro se deu não necessariamente pelos seus méritos acadêmicos, mas sim por capturar uma mudança paradigmática dentro da política econômica, listo aqui 4 razões pelas quais o livro capturou bem esse novo *zeitgeist*.

A primeira razão foi o retorno triunfal da economia neoclássica a partir da década de 70 com a crise de estaglação e da própria macroeconomia keynesiana, como em grande parte as análises

⁵¹³ LEPENIES, Robert. Economists as political philosophers: a critique of normative trade theory. **EUI Department of Law**, Research Paper No. MWP, v. 11, 2014.

⁵¹⁴ Esse modelo foi apresentado por Williamson justamente como uma crítica a forma que Bork encarava as eficiências dentro do debate antitruste

⁵¹⁵ HOVENKAMP, Herbert. On the Meaning of Antitrust's Consumer Welfare Principle. **Revue Concurrentialiste** (Jan. 17, 2020), p. 20-16, 2020.

⁵¹⁶ BORK, Robert. **The antitrust paradox: A policy at war with itself**. 1993.

econômicas de Chicago dialogavam com a tradição neoclássica, principalmente com a “*Price Theory*”, esse tipo de análise ganhou um grande prestígio acadêmico nesse período⁵¹⁷.

O governo de Ronald Reagan (1980-1988) também foi bastante importante para impulsionar a Escola de Chicago ao indicar seus intelectuais para cargos no FTC e cortes superiores onde esses trabalharam incansavelmente para moldar a doutrina antitruste a imagem de Chicago⁵¹⁸.

Houve também a mudança de perfil das cortes superiores para um viés mais conservador em relação ao antitruste, mesmo antes da eleição de Reagan⁵¹⁹, porém se aprofunda não só com as indicações do partido republicano na década de 80, mas também por conta da proliferação de cursos de *laws and economics*, calcados em teorias neoclássicas, destinado a formação de juízes, geralmente financiado por grandes companhias e *think tanks* conservadores, e que tiveram um grande papel em transformar a ideologia dos tribunais⁵²⁰.

Por fim, ainda que as idéias de Bork sobre os objetivos do direito antitruste jamais tenha convencido os acadêmicos especializados, a grande verdade é que sua proposta era de fácil absorção e parecia simplificar ao mesmo tempo que dava rigor a análise antitruste nos casos concretos⁵²¹, algo que a teoria estruturalista de Harvard supostamente não fornecia. Não é sem razão que a segunda geração da Escola de Harvard antitruste liderada por Phillip Areeda e Donald F. Turner numa época de grandes preocupações com a regulação da atividade econômica abraçaram critérios de maximização de eficiência e inovação como os

⁵¹⁷ DE HAAN, Peter. **From Keynes to Piketty: The Century that Shook Up Economics**. Springer, 2016.

⁵¹⁸ MUELLER, Willard F. Antitrust in the Reagan administration. **Revue française d'études américaines**, p. 427-434, 1984.

⁵¹⁹ LURIE, Howard R. Mergers Under the Burger Court: An Anti-Antitrust Bias and Its Implications. **Vill. L. Rev.**, v. 23, p. 213, 1978.

⁵²⁰ ASH, Elliott; CHEN, Daniel L.; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on American justice. **Center for Law & Economics Working Paper Series**, v. 4, 2019.

⁵²¹ GINSBURG, Douglas H. Bork's 'Legislative Intent' and the Courts. **Antitrust Law Journal**, v. 79, n. 3, p. 941-951, 2014

objetivos que o direito da concorrência deveria perseguir, ajudando a consolidar o entendimento chicaguista sobre a análise de eficiências⁵²².

A teoria do *Consumer Welfare* gozou de uma reputação que parecia inquebrável em certo momento, apesar de eventuais críticas contundentes⁵²³, a academia parecia estar em paz com os critérios antitruste que estavam sendo aplicados, a ponto de Hovenkamp afirmar nos anos 2000 que vivíamos o período de maior consenso em relação aos objetivos da lei antitruste⁵²⁴.

Na próxima parte do artigo iremos ver como o cenário mudou rapidamente com a crise de 2007-08, o contexto e discutiremos as principais obras que estão colocando o “*Consumer Welfare Standard*” em descrédito perante a academia e pavimentando caminho para uma possível mudança de paradigma nessa década que se iniciou.

1. Impactos da Grande Recessão

Os anos anteriores a crise foram marcados por uma euforia em relação ao mercado, hoje é famosa a frase do prêmio nobel, Robert Lucas, em 2003 afirmando que o mundo estava livre de problemas relacionados a depressão, a teoria econômica teria dado conta dessa situação.

Não só a economia foi duramente atingida com essa crise, mas a própria teoria neoclássica ficou comprometida, suas hipóteses de agentes racionais, mercados eficientes, ortodoxia monetária, logo não tinham eficácia contra a crise, foram necessários práticas não ortodoxas como QE (*Quantitative easing*) e extensos pacotes financeiros (estímulo pelo lado fiscal) para conter a depressão⁵²⁵.

Se a crise teve curta duração o mesmo não pode ser dito sobre seus efeitos sociais, a verdade é que apesar do otimismo os anos 2000 foram

⁵²² WU, Tim. **The curse of bigness**. Antitrust in the new guilded age. Columbia Global Reports, 2018.

⁵²³ LANDE, Robert H. **An Anti-Antitrust Activist?**; Podium. 1987.

⁵²⁴ HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise**. Harvard University Press, 2009.

⁵²⁵ RESENDE, André Lara. Consenso e contrassenso: Por uma economia não dogmática. **Portfolio-Penguin**, 2020.

marcados pelo empobrecimento das populações dos Estados Unidos e Europa, aumento da desigualdade e redução do estado de bem-estar social, situação evidenciada futuramente pelos dados trazidos por Piketty em *Capital no Século XXI*⁵²⁶, mas que já estavam no radar de economistas como o Paul Krugman que meses antes da crise já falava da necessidade de um novo *New Deal* para dar conta dos problemas sociais⁵²⁷.

A crise piorou bastante essa situação, pois os gastos necessários para conter o alastramento da depressão aumentaram bastante o déficit público de diversos países e uma fé renovada na ortodoxia fiscal orientada por preocupações quanto ao endividamento público poder prejudicar o crescimento econômico⁵²⁸ e um preferência pela austeridade, com teses como austeridade expansionária⁵²⁹, empurraram a maioria dos países desenvolvidos a uma duríssima austeridade que agravaria os problemas sociais pré-existentes.

É nesse cenário turbulento do pós crise que o antitruste mais uma vez se encontrou tensionado, o crescimento da desigualdade foi acompanhado em grande parte por um era de prosperidade para as grandes corporações, aparentemente imunes a crise, em mercados cada vez mais concentrados e promovendo preços mais elevados o que gerou um interesse renovado no antitruste e um movimento político pelo aumento do seu enforcement:

Renewed fairness sentiments captured the public in the aftermath of the Great Recession, offering political and attention capital for populist voices that demand “fair trade” and action against large corporations. The resurrection of the fairness vision, however, is yet to influence the direction of antitrust policy. There are no signs that the Supreme Court is about to revisit its approach to antitrust. Antitrust enforcement during the Trump Administration lost vigor, with the exception of actions that appear politically motivated. Nonetheless, tensions between influential laissez-faire sentiments

⁵²⁶ PIKETTY, Thomas. *O capital no século XXI*. Editora Intrínseca, 2014.

⁵²⁷ KRUGMAN, Paul. *The conscience of a liberal*. WW Norton & Company, 2009.

⁵²⁸ REINHART, Carmen M.; ROGOFF, Kenneth S. Growth in a Time of Debt. *American economic review*, v. 100, n. 2, p. 573-78, 2010

⁵²⁹ HELGADÓTTIR, Oddný. The Bocconi boys go to Brussels: Italian economic ideas, professional networks and European austerity. *Journal of European Public Policy*, v. 23, n. 3, p. 392-409, 2016.

and public anxieties have empowered voices demanding reevaluation of antitrust policies.⁵³⁰

É sobre esse novo movimento, os intelectuais que o impulsionaram e suas críticas ao *consumer welfare standard* que iremos tratar nos próximos tópicos.

2. Primeira onda de críticas

Como vimos os anos 2000 foram dominados por um certo consenso de que a metodologia antitruste adotada era a mais correta e que as divergências metodológicas eram mínimas, mas ainda assim havia um importante conflito entre a Escola de Chicago e um grupo de acadêmicos que defendia uma visão *Post-Chicago*⁵³¹, assim como a já mencionada segunda geração da Escola de Harvard⁵³², que formavam uma barreira contra algumas das conclusões mais radicais de Chicago.

Porém com a nova administração republicana e as indicações do *Chief Justice*, John Roberts, e o juiz Samuel Alito para o lugar da centrista, Sandra Day O'Connor, a corte passou a pender bem mais para a interpretação chicaguista do direito antitruste e a decidir vários casos a partir dessas premissas reduzindo ainda mais o escopo da regra *per se*, sendo o Caso *Leegin* a realização de uma antiga demanda da Escola de Chicago de banir a regra *per se* em favor da *rule of reason* em casos de RPM e em grande parte absolver as empresas implicadas na conduta⁵³³.

A situação de *underenforcement* era tão marcante que segundo um levantamento do professor, Michael Carrier, concluiu-se que era praticamente impossível ganhar nos tribunais se o caso fosse decidido por

⁵³⁰ ORBACH, Barak. The Present New Antitrust Era. **Arizona Legal Studies Discussion Paper**, n. 18-37, p. 60, 2018.

⁵³¹ BAKER, Jonathan B. A preface to post-Chicago antitrust. **Post-Chicago Developments in Antitrust Law**, v. 60, p. 60-64, 2002.

⁵³² KOVACIC, William E. The intellectual DNA of modern US competition law for dominant firm conduct: the Chicago/Harvard double helix. **Colum. Bus. L. Rev.**, p. 1, 2007.

⁵³³ WRIGHT, Joshua D. The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: The 2006 Term and Beyond. **Competition Policy International**, v. 3, n. 2, p. 24-57, 2007.

rule of reason entre 1999-2009, com 99.6% dos casos decididos a favor do réu⁵³⁴. Esse desequilíbrio somado a crise de 2008 iria iniciar uma reação.

O artigo, “*Reactionary Antitrust*”, de John Newmann aponta que a grande recessão provocou uma primeira onda de críticas que são categorizadas pelo seu caráter interno e por questionarem categorias de análise baseada em mercados racionais, em grande parte com o advento do behaviorismo econômico, e que não miravam especificamente no *Consumer Welfare Standard*⁵³⁵.

Em relação esse ponto concordamos em parte, alguns artigos no período focaram especificamente em debates de *Consumer Welfare* (eficiências), porém podemos entender argumento de Newman, no sentido de não haver um discurso pela ruptura desse *standard* na análise antitruste.

Vale destacar que mesmo artigos focados em antitruste behaviorista questionam o *Consumer Welfare Standard* ao atacarem as bases do essencialismo das expectativas racionais dos agentes econômicos abrem uma importante trincheira na crítica contra a análise de eficiências apontando a dificuldade de calculá-las em operações complexas como fusões e o erro de assumir eficiências inerentes das atuações das empresas do mercado⁵³⁶.

Em 2008 Robert Pitofsky, ex-presidente do FTC (1995-2001), reuniu diversos acadêmicos e professores no influente livro, “*How the Chicago School Overshoot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S Antitrust*”, que contém 15 artigos criticando excessos de Chicago em diversas áreas do antitruste, principalmente seus efeitos em reduzir o enforcemen e torna-lo mais conservador ao favorecer as corporações, nas áreas de concentrações, *vertical restraints* e *Consumer Welfare*⁵³⁷.

⁵³⁴ CARRIER, Michael A. The Rule of Reason: An Empirical Update for the 21st Century. *George Mason Law Review*, v. 16, n. 827, 2009.

⁵³⁵ NEWMAN, John M. Reactionary Antitrust. *Concurrences Revue*, n. 4, 2019.

⁵³⁶ REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E. Behavioral antitrust. *Ind. LJ*, v. 86, p. 1527, 2011.

⁵³⁷ PITOFSKY, Robert (Ed.). *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on US Antitrust*. Oxford University Press, 2008.

Como o artigo foca nas questões ligadas ao consumer welfare, ou seja, eficiências, iremos nos focar em dois artigos específicos do conjunto, não sem razão os mais críticos, o “*The Efficiency Paradox*” da Eleanor Fox e “*The Chicago School’s Foundation is Flawed: Antitruste Protect Consumers, Not Efficiency*” da dupla John B. Kirkwood e Robert H. Lande.

Fox, analisando a recente jurisprudência da Suprema Corte afirma que a busca por eficiência, através de uma análise econômica conservadora que em grande parte adota presunções de eficiências nas condutas de grandes companhias no mercado, ignorando evidências e outras metodologias, vem levando a corte a cancelar condutas ineficientes desses agentes econômicos, gerando uma quadro de paradoxo da eficiência⁵³⁸.

Em nenhum momento se rompe com a idéia de que o antitruste deve maximizar eficiências, que ela define de forma multifacetada como alocativas, produtivas e dinâmicas com um olhar também para o *consumer surplus*. Sua preocupação é que para garantir que essas eficiências sejam produzidas é necessário que o antitruste atue no sentido de promover um ambiente competitivo e aberto onde as empresas tem incentivos para agirem de forma eficiente, não bastando apenas um olhar apenas em relação as condutas individualmente, especialmente quando se adota um viés conservador que tende a enxergar o mercado e as grandes empresas como sempre eficientes, não importando a estrutura do mercado⁵³⁹. A esse respeito, Fox, afirma:

“I argue that limiting antitrust to condemning inefficient outcomes and embroidering the analysis with conservative Chicago School economic presumptions (markets are robust; antitrust enforcement normally harms the market) shrinks antitrust law to its smallest possible scope and in doing so harms efficiency in the sense of undermining rivalry and forestalling dynamic

⁵³⁸ FOX, Eleanor M. *The Efficiency Paradox. How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. Antitrust*, R. Pitofsky, ed., Oxford, p. 77, 2008, **NYU Law and Economics**, Research Paper No. 09-26 (2009), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1431558>

⁵³⁹ *Ibid*; p. 79-86

change, and as a result makes us economically worse off.”⁵⁴⁰

O antitruste, nesse sentido, deveria analisar as eficiências das condutas, através do *Consumer Welfare*, mas sem nunca se alienar sobre as realidades e estruturas do mercado como faz a análise econômica conservadora⁵⁴¹.

Por outro lado vai o artigo de Lande e Kirkwood, ambos sugerem que o *consumer welfare standard* seja abandonado em favor de um *consumer surplus standard*, tendo em vista que a adoção da maximização consumer welfare como objetivo central do direito antitruste se deu através da uma interpretação histórica do Sherman Act equivocada por parte de Robert Bork em seu artigo de 1966 e em *Antitrust Paradox*⁵⁴².

Para os autores a linguagem dos congressistas em nada se referia a ineficiências alocativas e sim que os termos usados (roubo, extorção, assalto) indicariam que a preocupação dos legisladores era com a transferência de renda dos consumidores ou “*consumer surplus*” para os trustes e cartéis⁵⁴³.

Argumentam também que a natureza do ilícito antitruste não é a ineficiência econômica gerada e sim o seu aspecto de injustiça, assim como o roubo que apesar de produzir evidentes ineficiências é condenado também em bases morais, por retirar de forma injusta a renda produzida por um agente⁵⁴⁴.

Por fim, ainda que a aplicação do direito antitruste nos tribunais acolha o *Consumer Welfare Standard* eles o fazem em sentido distinto de Bork, dando a esse objetivo o sentido de proteção do *welfare of consumers*:

⁵⁴⁰ Ibid; p. 79-80

⁵⁴¹ Ibid; p. 86-88

⁵⁴² KIRKWOOD, John B; LANDE, Robert H. The Chicago School's Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency (2008). How the Chicago school overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on u.s. antitrust, Robert Pitofsky, ed., Oxford University Press, 2008, **University of Baltimore School of Law Legal Studies Research Paper No. 2009-17**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1358402>

⁵⁴³ Ibid., p. 90-93

⁵⁴⁴ Ibid., p. 92

In recent years, the case law has largely adopted the view that the ultimate goal of the antitrust laws is to protect consumers, not increase efficiency. While most decisions do not address the issue, those that do almost always indicate that the fundamental objective of antitrust is to improve the welfare of consumers. When courts use the term “consumer welfare,” moreover, they do not appear to be referring to economic efficiency. Judges rarely describe the goal of antitrust as enhancing efficiency and, more important, they never say that conduct that harms consumers in the relevant market is justified if it increases the efficiency of the economy. While it is possible that courts are using “consumer welfare” as Bork did, recent opinions provide little evidence of that. Instead, most judges seem to believe that the aim of antitrust is to prevent conduct that deprives consumers of the benefits of competition and transfers their wealth to firms with market power.⁵⁴⁵

Vale observar que apesar da sugestão de mudança de paradigma essa proposta não é uma ruptura total com o *Consumer Welfare*, dado que *consumer surplus* é um dos componentes do *total welfare* a qual o *Consumer Welfare* borkiano se refere, também não são um impedimento para análise de eficiências dos outros agentes do mercado, desde que o *surplus* do consumidor não seja prejudicado e que as eficiências geradas possam ser factualmente transferidas⁵⁴⁶.

No mesmo sentido vai Salop ao cunhar o termo *True Consumer Welfare* afim de resolver a confusão causada por Bork e deixar bem claro que o objetivo do antitruste é condenar qualquer perda de eficiência por parte dos consumidores, ainda que beneficie as empresas.

However, the merger to monopoly would pass muster under the aggregate economic welfare standard if costs were reduced sufficiently to raise the selling firm's profits by more than the total aggregate harm to consumers.⁴ For example, if a merger to monopoly raises prices and reduces the welfare of customers by \$100 but simultaneously increases the profits of the monopolist by \$110 because it now enjoys higher prices and slightly lower costs, that conduct would be blessed by the aggregate economic welfare standard but condemned by the true consumer welfare standard.⁵⁴⁷

⁵⁴⁵ Ibid., p. 92-93

⁵⁴⁶ Ibid., p. 96-97

⁵⁴⁷ SALOP, Steven C. Question. What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard, 22 Loy. **Consumer L. Rev.** 336 (2010). Available at: <http://lawecommons.luc.edu/lclr/vol22/iss3/3>

3. O retorno do movimento antimonopólio

Desde a revolução promovida pela Escola de Chicago e a coroação do *Consumer Welfare Standard* como único objetivo do direito antitruste o debate antimonopolista que marcava o paradigma anterior influenciado pela Escola Estruturalista de Harvard, bem representada pelos artigos críticos as economias monopolizadas de Edward Chamberlain⁵⁴⁸ e pelo brandesianismo foi praticamente abandonado nas discussões do direito antitruste. Porém uma crise econômica em contraste com um cenário de boom das grandes concentrações traria o debate de volta para o mainstream.

A partir desse momento a crítica ao direito antitruste contemporâneo viria também externamente e buscaria relegar ou abolir o *consumer welfare standard* como objetivo central do direito da concorrência.

Em 2010 o jornalista, Barry C.Lynn, lançou seu livro: “*Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction*” que inseriu mais uma vez o direito antitruste na tradição do debate antimonopolista, ao apontar que o revigoramento da análise de fusões por parte do direito antitruste poderia ser uma arma no combate a uma economia cada vez mais concentrada e que oferecia ao consumidor menos opções de consumo a preços mais elevados, fazendo com que a concorrência não fosse mais entre as empresas, mas sim das empresas com o restante da sociedade⁵⁴⁹.

Um dos pontos mais destacáveis do livro é o deslocamento da preocupação meramente consumerista dos efeitos do monopólios para incluir a discussão política a respeito das estruturas do mercados. Para Lynn olhar apenas para os preços na análise antitruste pode ser enganador, porque, como bem ensina Adam Smith, o que impede a subida

⁵⁴⁸ CHAMBERLIN, Edward H. **The theory of monopolistic competition:** a Re-orientation of the theory of value. 1946.

⁵⁴⁹ LYNN, Barry C. **Cornered:** The new monopoly capitalism and the economics of destruction. John Wiley & Sons, 2009.

dos preços é a competitividade dos mercados e para assegurar o processo competitivo é necessário entendê-lo como resultado de inúmeros processos políticos⁵⁵⁰.

As empresas com poder monopolista no mercado nem sempre abusam imediatamente de forma flagrante do seu poder para criar sobreços, muitas vezes elas usam esse poder para criar pequenos rentismos e assim como o governo faz com os impostos sobre o consumo, coletar uma pequena, indolor, parte da renda do consumidor.

Em outros casos as empresas podem operar com preços competitivos a princípio, mas assim que tomam boa parte do mercado de uma hora para outra aplicam sobrepreços altíssimos, como foi o caso dos fornecedores chineses de vitamina C que cientes da falta de competição nos Estados Unidos aumentaram o preço em 400%:

And these Chinese firms, whose own cartel was for some reason ignored by the antitrust enforcers, priced their vitamin C so low that the European and U. S. chemical manufacturers saw no reason to compete with them. Now jump to 2007. That ' s when the Chinese suppliers of vitamin C, finally confident of their dominance of the U.S. market, jacked up the price they charge American buyers by 400 percent.⁵⁵¹

Por essas razões o antitruste deveria voltar a se focar na garantia do processo competitivo, ao invés de querer vigiar variações de preços no curto prazo. Só o mecanismo competitivo pode assegurar os checks and balances e a possibilidade de entrada no mercado necessários para o funcionamento da sociedade democrática onde os indivíduos possam ser também produtores independentes e não meros consumidores cativos.

Lynn, aponta que argumentos em favor da eficiência econômica tem sua origem histórica na defesa das aristocracias e monopolistas, não sendo sem razão que a constituição norte-americana e as leis antitrustes nunca adotaram a eficiência como objetivos, situação que se repetiu na

⁵⁵⁰ Ibid; Chapter 2

⁵⁵¹ Ibid; Chapter 3.

Suprema Corte no julgamento de casos da Standard Oil e do NIRA de Franklin D. Roosevelt.

Nesse sentido, o debate em favor das eficiências dentro do direito antitruste, ou mesmo o argumento consumerista, são tentativas de subverter e alterar, através de uma subversão da linguagem política econômica o objetivo central do direito antitruste que é o seu aspecto de proteção da sociedade contra monopólios⁵⁵².

O livro de Lynn e sua liderança em organizações como Open Markets, hoje New America Foundation, ajudaram a moldar boa parte da nova agenda antitruste antimonopolista e revelar nomes como Matt Stoller, Sandep Vaheesan e principalmente Lina Khan, jornalista investigativa na época, mas que se transformaria numa das mais importantes intelectuais do direito antitruste na década passada como veremos ao longo do artigo.

4. Segunda Onda de Críticas: Chicago School of Antitrust Get Borked

O movimento antimonopolista que se iniciou na metade da década passada seria complementado por um substancial reforço da crítica interna ao *Consumer Welfare Standard*, autores que apesar de não estarem alinhados necessariamente com o movimento antimonopolista, que como veremos ao longo do artigo dá origem ao Neobrandesianismo, compartilhavam com esses a rejeição de muitos dos postulados de Chicago.

A segunda onda é caracterizada por críticas ainda mais incisivas aos postulados da Escola de Chicago, muitas vezes chegando a rejeitar em grande parte suas contribuições ao direito antitruste e buscando restaurar um *protection competition standard*.

⁵⁵² Lynn atribui a culpa dessa mudança no direito antitruste não só ao partido republicano e a Escola de Chicago, mas também a influência do movimento consumerista de Ralph Nader e dos democratic socialists como John Kenneth Galbraith no partido democrata.

Barak Orbach, se encaixa exatamente nessa definição, não muito afeito aos desenvolvimentos do Brandesianismo⁵⁵³ dedicou, no entanto, grande parte da sua produção acadêmica a crítica do *Consumer Welfare*.

Em seu artigo “*The Antitrust Consumer Welfare Paradox*” o autor argumenta que o *Consumer Welfare* é um conceito muito confuso por assumir múltiplos sentidos na sua interpretação judicial e que mesmo Bork se confundiu quando criou o conceito, misturando eficiência com *consumer surplus*, *total surplus* ou mesmo *social welfare*⁵⁵⁴.

Perceba que a metodologia antitruste está mais voltada para as análises de equilíbrio parcial econômico marshalianas, perfeitas para localizar déficits e surplus e não bem equipada para lidar com questões complexas como a análise qualitativa que alguns calculos de *Social Welfare* impõe⁵⁵⁵.

The methodology of antitrust law cannot maximize consumer welfare. It may maximize consumer surplus or total surplus. Each standard has its own limitations and the jurisprudence is locked in a path dependent on conceptual and terminological inconsistencies that impede progress toward one of the standards for antitrust law in every context, or a more nuanced law that will have different standards for different contexts.⁵⁵⁶

Nesse sentido, o *Consumer Welfare* é incapaz de dar a previsibilidade e objetividade que tanto promete, tendo em vista que nem os acadêmicos e nem as cortes conseguem aplicar essa teoria de forma consistente.

Avançando nessa temática, Orbach, argumenta que historicamente o objetivo do antitruste sempre foi proteger o processo competitivo e que a introdução do *Consumer Welfare* é baseada em interpretações

⁵⁵³ ORBACH, BARAK. Antitrust Populism. *New York University Journal of Law & Business*, v. 14, n. 1, 2017.

⁵⁵⁴ ORBACH, Barak. The Antitrust Consumer Welfare Paradox. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 7, n. 1, p. 133-164, 2011.

⁵⁵⁵ Em termos de Social Welfare nem sempre a eficiência alocativa e produtiva gera resultados úteis socialmente, pois menores preços e maiores escalas produtivas podem prejudicar o consumidor nos mercados de luxo quando a exclusividade da peça é o valor principal do produto ou quando barateia produtos que fazem mal a saúde do consumidor como tabaco e álcool.

⁵⁵⁶ *Ibid*, p. 164

equivocadas dos objetivos do Sherman Act, cuja principal preocupação era resolver o problema dos trusts, sem grandes considerações por eficiências e outros conceitos da microeconomia que não eram desenvolvidos na época⁵⁵⁷.

Por essa razão o objetivo do direito antitruste deve voltar a ser garantia do processo competitivo:

During the first seven decades after the enactment of the Sherman Act, the preservation of competition was perceived as the most reasonable and practical end for antitrust. Competition is still the most reasonable and practical goal for competition laws. As a standard for competition laws, “competition” is not more confusing or abstract than “consumer welfare,” which has no particular meaning in antitrust. It is therefore only logical to restore antitrust’s lost goal.⁵⁵⁸

A incoerência da aplicação do Consumer Welfare nos casos de antitruste na visão de Allensworth é causada pela crença num mito a respeito de uma comensurabilidade do antitruste, ou seja, a ideia de que as análises de eficiências não sofrem com o problema da incomensurabilidade que envolve a dificuldade de comparar dois valores diferentes e que Bork pensa ter resolvido ao adotar um objetivo único:

I mean that in the typical antitrust case, consumer preferences about intangibles such as quality and variety are unobservable, either because the defendant is making a counterfactual claim (“without this restriction, quality would suffer”) or because data on consumer behavior is unavailable, too costly to collect, or unreliable. In other words, the values as they are presented to a court are incommensurate. In the typical antitrust case, the judge, not the consumer, is in the position of trading off values for which there is no uncontroversial conversion rate. Judges, just like consumers, can and do make judgments between these incommensurate values and so, in the philosophical sense, make them commensurate again. The commensurability myth is that those choices, because they aim to maximize a seemingly unitary goal, such as consumer welfare or competition, can be made

⁵⁵⁷ ORBACH, Barak. How antitrust lost its goal. *Fordham L. Rev.*, v. 81, p. 2253, 2012.

⁵⁵⁸ *Ibid*; p. 2277.

without reliance on contested (at best) or idiosyncratic (at worst) value judgments.⁵⁵⁹

Leslie, desferre uma dura crítica a obra de Robert Bork em “*Antitrust Made (too) Simple*”, mostrando o excesso de reducionismos do cenário jurídico e econômico que Bork faz ao apresentar o panorama jurídico como muito mais punitivo do que de fato era, por ignorar completamente importantes barreiras a entrada em seus modelos de competição e ter um viés excessivamente pró monopólio:

Bork assumed that market entry is always unproblematic. Bork proclaimed that there is no such thing as an artificial barrier to entry, only efficiency, asserting that "it [is] clear that no such class of artificial barriers exists." This false premise led Bork to conclude that monopolies must be efficient because "that size will not last if it does not rest on superior efficiency. Moreover, any attempt to restrict output and raise prices by such a firm will merely hasten its decline." Bork overlooked the fact that predatory and exclusionary conduct may allow a monopolist to raise price while shielding itself from new rivals that could price discipline the monopolist.⁵⁶⁰

Outros pontos chaves da crítica de Leslie são o uso constante de uma linguagem assertiva (“sempre” e “nunca”) e falha em fornecer evidências sólidas para sustentar seus posicionamentos, em grande parte por usar um modelo econômico simplório e ter atuado mais no sentido de prejudicar o enforcement do direito antitruste do que em buscar a evolução da doutrina⁵⁶¹.

Grande apreciador do Neobrandesiano, Glick, afirma que a aplicação do *Consumer Welfare* é inconsistente com a teoria econômica moderna, uma vez que essa demonstra falibilidade e inconsistência de métodos de análise de *welfare* como *Consumer Surplus* e análises de *total welfare* como Kaldor-Hicks⁵⁶². Para o autor essa falha de percepção é

⁵⁵⁹ ALLENSWORTH, Rebecca Haw. The commensurability myth in antitrust. **Vand. L. Rev.**, v. 69, p. 1, 2016.

⁵⁶⁰ LESLIE, Christopher R. ANTITRUST MADE (TOO) SIMPLE. **Antitrust Law Journal**, v. 79, n. 3, p. 917-940, 2014.

⁵⁶¹ Ibid; p. 920-933, 938-939

⁵⁶² GLICK, Mark. American Gothic: How Chicago Economics Distorts “Consumer Welfare” in **Antitrust**. **Institute for New Economic Thinking**, Working Paper Series, n. 99, 2019.

causada por um entendimento superficial a que muitos advogados são expostos ao lerem livros introdutórios de economia.

As análises de redução de preço e custos de produção não são sempre eficientes, através da metodologia moderna, uma vez que hoje a utilidade é mensurada a partir de critérios qualitativos de bem-estar humano, desse modo essas duas reduções são apenas meios, mas não fins em se obter a maior utilidade possível.

Notice in Figure 2 that the merger to monopoly is assumed to result in a reduction in cost for the monopolist labelled “efficiencies.” Labelling these generic cost reductions as “efficiencies” requires that welfare analysis be abandoned. This is because efficiencies under a welfare approach must refer to increases in utility, not increased corporate profits due to lower costs. Only humans have utility functions, and as described above, consumers’ surplus is a monetary measure of utility. We cannot infer anything about changes in utility from a cost decrease unless we know something about the process that is causing the cost reductions and the impact of this process on individuals. Moreover, it makes no sense to compare a cost reduction (which is not itself a measure of utility) with a reduction in consumers’ surplus (which is a measure of utility). By doing so we are comparing concepts with incommensurable units, like apples and oranges.⁵⁶³

Por essa razão situações que geram reduções de preço e custo, mas que levam a desemprego, redução de salários e danos ambientais não podem ser consideradas eficientes.

Glick, vai além e afirma que se o antitruste fosse mesmo inspirado por análises de *welfare* estaria muito mais próximo das premissas Neobrandesianas do que as da Escola de Chicago, uma vez que estudos modernos sobre *welfare* mostram que redução de preço tem pouco efeito em aumentar o *welfare* da sociedade, ao passo que objetivos introduzidos nas discussões neobrandesianas como empregabilidade, trabalhar para si próprio e não para uma corporação, pequenos negócios, democracia mais participativa tem forte impacto em aumentar os níveis de *welfare* da sociedade⁵⁶⁴.

⁵⁶³ Ibid; p. 14

⁵⁶⁴ Ibid; p. 18-28

Em outro artigo, o autor, argumenta que a adoção das premissas da Escola de Chicago no antitruste e em outras áreas da política econômica levaram a décadas muito menos prosperas e produtivas em relação ao período anterior onde vigorava o paradigma de bem-estar social e consequentemente um antitruste mais ativo⁵⁶⁵.

5. Amazon's Antitrust Paradox e Escola Neobrandesiana

Em 2016 a comunidade antitruste seria sacudida pelo artigo mais influente da década passada, tão influente a ponto de ser a pedra basilar de um novo movimento dentro do direito antitruste, e viria não de um medalhão da área, mas sim de uma graduanda em direito em Yale, Lina Khan.

Não é muito comum que artigos acadêmicos sejam tão populares, mas "*Amazon's Antitrust Paradox*" viralizou completamente furando a bolha da comunidade antitruste e virando tema de discussões em diversas outras searas do discurso econômico.

Apesar de na época ser apenas uma estudante de direito, o trabalho de Lina Khan na área antitruste vinha desde 2010, como mencionamos ela foi uma das principais participantes dos *think tanks* liderados por Barry Lynn onde como jornalista escreveu ostensivamente contra a monopolização dos mercados nos Estados Unidos.

A principal tese de "*Amazon's Antitrust Paradox*" é que o direito antitruste por conta das transformações advindas desde a ascensão da Escola de Chicago e em especial pela adesão ao *Consumer Welfare Standard* não está preparado para lidar com as estratégias dos novos gigantes tecnológicos como a Amazon⁵⁶⁶.

⁵⁶⁵ GLICK, Mark. Antitrust and Economic History: The Historic Failure of the Chicago School of Antitrust. *The Antitrust Bulletin*, v. 64, n. 3, p. 295-340, 2019.

⁵⁶⁶ KHAN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*, v. 126, 2017.

Khan, explica que a principal característica do antitruste do período do New Deal era a sua abordagem estruturalista sobre a formação dos mercados, essa visão tenta moldar a estrutura dos mercados de forma que o comportamento dos mercados seja mais inclinado a condutas pró-competitivas, nesse sentido o antitruste age vigorosamente contra a concentração dos mercados, cenário onde haveria segundo os estudos sobre mercados oligopolizados mais incentivos para que as empresas se comportem de forma anti-competitiva.

This market structure-based understanding of competition was a foundation of antitrust thought and policy through the 1960s. Subscribing to this view, courts blocked mergers that they determined would lead to anticompetitive market structures. In some instances, this meant halting horizontal deals— mergers combining two direct competitors operating in the same market or product line—that would have handed the new entity a large share of the market.²⁶ In others, it involved rejecting vertical mergers— deals joining companies that operated in different tiers of the same supply or production chain—that would “foreclose competition.”²⁷ Centrally, this approach involved policing not just for size but also for conflicts of interest—like whether allowing a dominant shoe manufacturer to extend into shoe retailing would create an incentive for the manufacturer to disadvantage or discriminate against competing retailers.⁵⁶⁷

Por outro lado, Chicago possui uma visão essencialista a respeito da estrutura de mercado, partindo da premissa que a estrutura do mercado no presente reflete sua forma mais eficiente, razão pela qual se opõe a qualquer intervenção estrutural. Chicago defende que a análise antitruste deveria utilizar teoria de preços como principal instrumento na resolução de casos⁵⁶⁸.

Khan argumenta que essa mudança de paradigma enfraqueceu o enforcement contra condutas predatórias e integreções verticais o que iria de encontro mesmo com ao interesse do consumidor, uma vez que esse

⁵⁶⁷ Ibid; p. 718

⁵⁶⁸ Lina Khan sabe que Consumer Welfare se refere a análise de eficiências na proposta borkiana, mas como discutimos ao longo do artigo boa parte dos tribunais adotam Consumer Welfare como análise de redução de preços para o consumidor e é nesse sentido que Khan usa o termo: “Although Bork used “consumer welfare” to mean “allocative efficiency,”³⁸ courts and antitrust authorities have largely measured it through effects on consumer prices.”

demanda não apenas preço baixo, mas também qualidade, variedade e inovação, não é sem razão que essa busca por baixo preço no curto prazo sem preocupações com as estruturas de mercado levou na verdade a economia a maiores preços e menos eficiência:

Indeed, growing evidence shows that the consumer welfare frame has led to higher prices and few efficiencies, failing by its own metrics. It arguably has further contributed to a decline in new business growth, resulting in reduced opportunities for entrepreneurs and a stagnant economy. The long term interests of consumers include product quality, variety, and innovation—factors best promoted through both a robust competitive process and open markets. By contrast, allowing a highly concentrated market structure to persist endangers these long-term interests, since firms in uncompetitive markets need not compete to improve old products or tinker to create new ones. Even if we accept consumer welfare as the touchstone of antitrust, ensuring a competitive process—by looking, in part, to how a market is structured—ought to be key. Empirical studies revealing that the consumer welfare frame has resulted in higher prices—failing even by its own terms—support the need for a different approach.⁵⁶⁹

A Amazon estaria se aproveitando dessa permissibilidade das autoridades antitruste em relação as condutas predatórias e integração vertical para lentamente estabelecer dominância no mercado. Khan, menciona que a Amazon consegue sustentar perdas e investir agressivamente em ordem de expandir ao máximo seu market share⁵⁷⁰, desafiando o entendimento de agentes racionais maximizadores de lucro defendido pela Escola de Chicago que jamais seria capazes de trocar lucro por market share.

Khan dá quatro exemplos de condutas onde a Amazon estaria usando essas práticas para ganhar poder de mercado.

A primeira é a atuação da empresa no mercado de e-books onde sua entrada no mercado colocando best sellers abaixo do preço de

⁵⁶⁹ KHAN, Op Cit, Pp. 739.

⁵⁷⁰ Esse cenário é gerado pelo fato de que os investidores continuam apostando na empresa mesmo que ela tenha perdas consecutivas o que permite que a Amazon possa manter condutas predatórias por longo tempo e assim efetivamente conquistar market share as expensas do lucro. First, the economics of platform markets incentivize the pursuit of growth over profits, a strategy that investors have rewarded. Under these conditions predatory pricing becomes highly rational—even as existing doctrine treats it as irrational.

mercado buscando favorecer sua dominância no mercado de e-readers foi realizada de forma a ser indecível pelas autoridades antitruste, uma vez que a teoria do *recoupment* é essencial para as autoridades condenarem condutas de preço predatório e o modo como a Amazon poderia fazer a recuperação dos prejuízos é totalmente diferente de como aparece tradicionalmente na doutrina:

Amazon's below-cost pricing in the e-book market—which enabled it to capture 65% of that market, a sizable share by any measure—strains predatory pricing doctrine in several ways. First, Amazon is positioned to recoup its losses by raising prices on less popular or obscure e-books, or by raising prices on print books. In either case, Amazon would be recouping outside the original market where it sustained losses (bestseller e-books), so courts are unlikely to look for or consider these scenarios. Additionally, constant fluctuations in prices and the ability to price discriminate enable Amazon to raise prices with little chance of detection. Lastly, Amazon could recoup its losses by extracting more from publishers, who are dependent on its platform to market both e-books and print books. This may diminish the quality and breadth of the works that are published, but since this is most directly a supplier-side rather than buyerside harm, it is less likely that a modern court would consider it closely. The current predatory pricing framework fails to capture the harm posed to the book market by Amazon's tactics.⁵⁷¹

A Amazon também teria praticado uma conduta de preço predatório buscando retirar a Quidis do mercado online de produtos para bebê oferecendo descontos que provocaram a sangria da concorrente facilitando a sua compra subsequente pela própria Amazon, contrariando boa parte do que foi teorizado em *Antitrust Paradox* de Bork sobre condutas predatórias não serem utilizadas para comprar concorrentes diretos. A empresa também teria aumentado os preços, logo após a compra da concorrente⁵⁷².

Khan menciona que a Amazon graças ao seu poder de barganha consegue descontos das principais empresas de transporte o que gerou um *waterbed effect* em que a taxa dos fretes dos vendedores

⁵⁷¹ Khan, Op. Cit, p. 768.

⁵⁷² Ibid; p. 768-774.

independentes foi aumentada. Isso permitiu que a Amazon verticalizasse o mercado ao oferecer seu próprio programa de entregas para os vendedores independentes:

Because Amazon was able to demand heavy discounts from FedEx and UPS, other sellers faced price hikes from these companies—which positioned Amazon to capture them as clients for its new business. By overlooking structural factors like bargaining power, modern antitrust doctrine fails to address this type of threat to competitive markets.⁵⁷³

A Amazon também usou isso para discriminar vendedores que não aderissem ao seu sistema de entregas ao priorizar os produtos dos assinantes nas listas de buscas e dar prioridade a entrega dos assinantes:

For example, sellers who use FBA have a better chance of being listed higher in Amazon search results than those who do not, which means Amazon is tying the outcomes it generates for sellers using its retail platform to whether they also use its delivery business.³⁵³ Amazon is also positioned to use its logistics infrastructure to deliver its own retail goods faster than those of independent sellers that use its platform and fulfillment service—a form of discrimination that exemplifies traditional concerns about vertical integration. And Amazon’s capacity for losses and expansive logistics capacities mean that it could privilege its own goods while still offering independent sellers the ability to ship goods more cheaply and quickly than they could by using UPS and FedEx directly.⁵⁷⁴

Por fim, Khan, nota que a Amazon possui uma interessante posição onde ela fornece uma plataforma de venda para vendedores que ao mesmo tempo são seus clientes e rivais e usa coleta de dados para detectar os produtos com maior sucesso nas vendas para rapidamente introduzir os seus próprios produtos a um preço abaixo dos vendedores independentes, os prejudicando⁵⁷⁵.

Essas são formas como a integração vertical e condutas predatórias vem sendo aplicadas sem serem detectadas pelo escrutínio antitruste.

⁵⁷³ Ibid; p. 778.

⁵⁷⁴ Ibid; p. 779.

⁵⁷⁵ Ibid; p. 780-783.

Para resolver esse cenário, Lina Khan, sugere que seja revista e atualizada a doutrina sobre integração vertical e predação afim de se adequar a preocupações de estrutura do mercado e não apenas a interesses de curto prazo dos consumidores.

In order to capture these anticompetitive concerns, we should replace the consumer welfare framework with an approach oriented around preserving a competitive process and market structure. Applying this idea involves, for example, assessing whether a company's structure creates anticompetitive conflicts of interest; whether it can cross-leverage market advantages across distinct lines of business; and whether the economics of online platform markets incentivizes predatory conduct and capital markets permit it. More specifically, restoring traditional antitrust principles to create a presumption of predation and to ban vertical integration by dominant platforms could help maintain competition in these markets. If, instead, we accept dominant online platforms as natural monopolies or oligopolies, then applying elements of a public utility regime or essential facilities obligations would maintain the benefits of scale while limiting the ability of dominant platforms to abuse the power that comes with it.⁵⁷⁶

A influência desse artigo seria essencial em ressucitar de vez o movimento antimonopolista dentro do direito antitruste e Lina Khan se tornaria uma das figuras centrais da nova escola de direito antitruste, o Neobrandesianismo, escola de pensamento que busca a rejeição do *Consumer Welfare* em favor de um direito antitruste preocupado com as estruturas de mercado e o processo competitivo⁵⁷⁷.

Outros intelectuais se juntaram a esse movimento, é o caso de Tim Wu⁵⁷⁸, Maurice Stucke e Marshall Steinbaum⁵⁷⁹ que escreveram artigos defendendo o abandono do consumer welfare em favor da defesa do processo competitivo.

⁵⁷⁶ Ibid; p. 803.

⁵⁷⁷ KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. **Journal of European Competition Law & Practice**.

⁵⁷⁸ WU, Tim. After consumer welfare, now what? The 'protection of competition' standard in practice. **The Journal of the Competition Policy International**, 2018.

⁵⁷⁹ STEINBAUM, Marshall; STUCKE, Maurice E. The Effective Competition Standard. **The University of Chicago Law Review**, v. 87, n. 2, p. 595-623, 2020.

Considerações Finais

A década passada foi marcada por uma literatura crítica ao *Consumer Welfare* e tudo indica que não irá cessar, o capitalismo está em crise e muito dessa crise se atribui a grande concentração dos mercados e o conseqüente aumento da desigualdade, o diagnóstico de muitos intelectuais é de que a frouxidão da regulação antitruste guiada pelo *Consumer Welfare Standard* é a principal responsável.

Há uma crescente noção de que o capitalismo de livre mercado está morto, é nesse espírito que surgem obras de fora da seara antitruste como *“The Myth Of Capitalism: Monopolies and The Death of Competition”* de Jonathan Tepper e Denise Hearn onde os autores denunciam a galopante concentração econômica e todos os incentivos que esse cenário dá para que as empresas abusam do seu poder econômico⁵⁸⁰.

Thomas Phillippon, em *“The Great Reversal: “How America Gave Up of Free Markets”*, se pergunta o que aconteceu com a economia norte-americana que guiada pela maximização dos interesses do consumidor hoje tem um custo de vida muito mais elevado do que em países europeus⁵⁸¹.

Se o período de forte enforcement das leis antitruste era para Bork um risco ao livre mercado, o que essas obras dão a entender é que a Escola de Chicago foi a responsável por destruir uma antes prospera economia capitalista competitiva e criar um cenário em que cada mercado é controlado por alguns agentes econômicos.

A insatisfação tomou conta do cenário político, mesmo candidatos moderados do partido democrata parecem estar dispostos a avançar uma forte pauta antitruste. Com a vitória de Joe Biden o cenário de transformação do direito antitruste parece estar em marcha.

⁵⁸⁰ TEPPER, Jonathan. **The myth of capitalism: monopolies and the death of competition.** John Wiley & Sons, 2018.

⁵⁸¹ PHILIPPON, Thomas. **The great reversal: How America gave up on free markets.** Harvard University Press, 2019.

Biden, indicou Tim Wu, um dos maiores críticos de *Consumer Welfare Standard* e figura central do Neobrandesiano, para o conselho econômico, assim como indicou também, Heather Boushey, autora que denunciou como a concentração econômica longe de gerar eficiências tinha reduzido incentivos em inovações que beneficiariam a maior parte da população e criando monopsonios que estão corroendo os salários do povo norte americano⁵⁸².

Recentemente, Biden, indicou Lina Khan para uma das cadeiras de comissária do FTC, cargo em que Khan terá poderes para tocar a agenda antitruste do país.

O movimento anti *Consumer Welfare*, porém terá como desafio um judiciário cada vez mais conservador e a super maioria republicana da Suprema Corte.

O que tudo indica é que a literatura crítica está em pleno vapor e podemos estar diante de uma das maiores transformações do direito antitruste a se comparar com outros grandes momentos históricos como a ascensão do antitruste no período do New Deal e a revolução da Escola de Chicago.

Referências Bibliográficas

ALLENSWORTH, Rebecca Haw. The commensurability myth in antitrust. *Vand. L. Rev.*, v. 69, p. 1, 2016.

APPLEBAUM, Binyamin. **The Economists' Hour: How the False Prophets of Free Markets Fractured Our Society**. Picador, 2019.

ASH, Elliott; CHEN, Daniel L.; NAIDU, Suresh. Ideas have consequences: the impact of law and economics on American justice. **Center for Law & Economics Working Paper Series**, v. 4, 2019.

BAKER, Jonathan B. A preface to post-Chicago antitrust. **Post-Chicago Developments in Antitrust Law**, v. 60, p. 60-64, 2002.

BORK, Robert. *The antitrust paradox: A policy at war with itself*. 1993.

⁵⁸² BOUSHEY, Heather. *Unbound: how inequality constricts our economy and what we can do about it*. Harvard University Press, 2019.

BORK, Robert H. Legislative intent and the policy of the Sherman Act. **The Journal of Law and Economics**, v. 9, p. 7-48, 1966.

BORK, Robert H.; BOWMAN, Ward S. The crisis in antitrust. *Columbia Law Review*, v. 65, n. 3, p. 363-376, 1965.

BOUSHEY, Heather. *Unbound: how inequality constricts our economy and what we can do about it*. Harvard University Press, 2019.

CHAMBERLIN, Edward H. **The theory of monopolistic competition; a Re-orientation of the theory of value**. 1946.

DE HAAN, Peter. **From Keynes to Piketty: The Century that Shook Up Economics**. Springer, 2016.

DIRECTOR, Aaron; LEVI, Edward H. Law and the future: Trade regulation. **Nw. UL Rev.**, v. 51, p. 281, 1956.

DI VINCENZO, Adam J. Robert Bork, Originalism, and Bounded Antitrust. **Antitrust LJ**, v. 79, p. 821, 2013.

FOX, Eleanor M. The Efficiency Paradox. HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST, R. Pitofsky, ed., Oxford, p. 77, 2008, NYU Law and Economics Research Paper No. 09-26 (2009)., Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1431558>.

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

GINSBURG, Douglas H. Bork's' Legislative Intent and the Courts. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 3, p. 941-951, 2014.

GLICK, Mark. American Gothic: How Chicago Economics Distorts “Consumer Welfare” in Antitrust. **Institute for New Economic Thinking Working Paper Series**, n. 99, 2019.

GLICK, Mark. Antitrust and Economic History: The Historic Failure of the Chicago School of Antitrust. **The Antitrust Bulletin**, v. 64, n. 3, p. 295-340, 2019.

HELGADÓTTIR, Oddný. The Bocconi boys go to Brussels: Italian economic ideas, professional networks and European austerity. **Journal of European Public Policy**, v. 23, n. 3, p. 392-409, 2016.

HOVENKAMP, Herbert. On the Meaning of Antitrust's Consumer Welfare Principle. **Revue Concurrentialiste (Jan. 17, 2020)**, p. 20-16, 2020.

HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise**. Harvard University Press, 2009.

KHAN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, 2017.

KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. **Journal of European Competition Law & Practice**.

KIRKWOOD, John B; LANDE, Robert H. The Chicago School's Foundation is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency (2008). HOW THE CHICAGO SCHOOL OVERSHOT THE MARK: THE EFFECT OF CONSERVATIVE ECONOMIC ANALYSIS ON U.S. ANTITRUST, Robert Pitofsky, ed., Oxford University Press, 2008, **University of Baltimore School of Law Legal Studies** Research Paper No. 2009-17, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1358402>.

KOLASKY, William J. Aaron Director and the Origins of the Chicago School of Antitrust. **Antitrust**, Vol. 35, No. 1 Fall 2020.

KOLASKY, William J. The Warren Court A Distant Mirror? Part One – The Chief Earl Warren. **Antitrust**, Vol. 33, No. 3, Summer 2019.

KOVACIC, William E. The intellectual DNA of modern US competition law for dominant firm conduct: the Chicago/Harvard double helix. **Colum. Bus. L. Rev.**, p. 1, 2007.

KRUGMAN, Paul. **The conscience of a liberal**. WW Norton & Company, 2009.

LANDE, Robert H. **An Anti-Antitrust Activist?** Podium. 1987.

LEPENIES, Robert. Economists as political philosophers: a critique of normative trade theory. **EUI Department of Law** Research Paper No. MWP, v. 11, 2014.

LESLIE, Christopher R. ANTITRUST MADE (TOO) SIMPLE. **Antitrust Law Journal**, v. 79, n. 3, p. 917-940, 2014.

LURIE, Howard R. Mergers Under the Burger Court: An Anti-Antitrust Bias and Its Implications. **Vill. L. Rev.**, v. 23, p. 213, 1978.

LYNN, Barry C. **Cornered: The new monopoly capitalism and the economics of destruction**. John Wiley & Sons, 2009.

MUELLER, Willard F. Antitrust in the Reagan administration. **Revue française d'études américaines**, p. 427-434, 1984.

ORBACH, BARAK. Antitrust Populism. **New York University Journal of Law & Business**, v. 14, n. 1, 2017.

ORBACH, Barak. How antitrust lost its goal. **Fordham L. Rev.**, v. 81, p. 2253, 2012.

ORBACH, Barak. The Antitrust Consumer Welfare Paradox. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 7, n. 1, p. 133-164, 2011.

ORBACH, Barak. The Present New Antitrust Era. **Arizona Legal Studies Discussion Paper**, n. 18-37, p. 60, 2018.

PELTZMAN, Sam. Aaron Director's influence on antitrust policy. **The Journal of Law and Economics**, v. 48, n. 2, p. 313-330, 2005.

PHILIPPON, Thomas. The great reversal: How America gave up on free markets. Harvard University Press, 2019.

PIKETTY, Thomas. **O capital no século XXI**. Editora Intrínseca, 2014.

PITTMAN, Russell W. Consumer Surplus as the Appropriate Standard for Antitrust Enforcement. **Available at SSRN 1075463**.

REINHART, Carmen M.; ROGOFF, Kenneth S. Growth in a Time of Debt. **American economic review**, v. 100, n. 2, p. 573-78, 2010.

RESENDE, André Lara. **Consenso e contrassenso: Por uma economia não dogmática**. Portfolio-Penguin, 2020.

SALOP, Steven C. Question. What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard, 22 Loy. **Consumer L. Rev.** 336 (2010). Available at: <http://lawcommons.luc.edu/lclr/vol22/iss3/3>.

SIMS, Joe; LANDE, Robert H. The End of Antitrust-Or a New Beginning. **Antitrust Bull.**, v. 31, p. 301, 1986.

STEINBAUM, Marshall; STUCKE, Maurice E. The Effective Competition Standard. **The University of Chicago Law Review**, v. 87, n. 2, p. 595-623, 2020.

STUCKE, Maurice E.; EZRACHI, Ariel. The Rise, Fall, and Rebirth of the US Antitrust Movement. **Harvard Business Review**, v. 15, 2017

WRIGHT, Joshua D. The Roberts Court and the Chicago School of Antitrust: The 2006 Term and Beyond. **Competition Policy International**, v. 3, n. 2, p. 24-57, 2007.

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

WU, Tim. The curse of bigness. **Antitrust in the new gilded age**. **Columbia Global Reports**, 2018.

Trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho no direito antitruste brasileiro

Fernanda Lopes Martins

Resumo: O Direito Antitruste comumente teve sua atenção voltada ao controle de fusões e de condutas relativas ao mercado de produtos. Até poucos anos, quase não se falava em atuação antitruste nos mercados de trabalho, cenário que foi se alterando tanto na prática, quanto nos estudos acadêmicos. O presente estudo buscou trazer para discussão a já conhecida “troca de informações sensíveis” entre concorrentes, mas sob a perspectiva do mercado de trabalho, no Brasil, tendo como base todo o arcabouço fático e jurídico estadunidense. Como considerações finais, o presente artigo entende, como reflexo da Nota Técnica emitida pela Superintendência-Geral do CADE e dos mais recentes estudos sobre a temática, que o país está caminhando para uma maior atenção à competitividade nos mercados de trabalho, inclusive com a provável elaboração de guia com orientações práticas aos funcionários de Recursos Humanos, à semelhança do guia emitido pelas agências estadunidenses.

Palavras-chave: Direito Antitruste; mercado de trabalho; troca de informações sensíveis.

Abstract: Antitrust Law has commonly focused on the control of mergers and conducts regarding to product market. Until a few years ago, there was almost no discussion regarding antitrust intervention in labor markets, a scenario that has changed both in practice and in academic studies. The present study proposes to address the familiar “exchange of sensitive information” between competitors, but now, under the perspective of the labor market in Brazil, based on the entire US factual and legal framework. As the final considerations, this article understands, as a reflection of the Technical Note issued by the General Superintendence of CADE, as well as the most recent studies on the subject, that the country is moving towards a greater attention to labor markets, including the possibility of developing a guide with practical guidelines for Human Resources employees, similar to the one issued by US agencies.

Keywords: Antitrust Law; labor market; sensitive information exchange.

Introdução

A análise antitruste dos mercados de trabalho é, certamente, uma novidade para os estudiosos da área. Segundo a Escola Econômica Neoclássica, o direito antitruste estadunidense, prioritariamente, se atentava aos consumidores e aos eventuais prejuízos que os atos de concentração pudessem trazer a eles⁵⁸³

⁵⁸³ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Em razão do maior enfoque no bem-estar do consumidor, foram os mercados de produtos que sempre estiveram no centro das atenções das autoridades antitruste e pesquisadores da área, pois qualquer alteração na concentração desses mercados, poderia gerar impactos nos preços dos produtos e conseqüentemente trazer danos aos consumidores.

Alguns pesquisadores – economistas – os chamados *labor economists*, centraram seus estudos no direito do trabalho – sindicatos e regulamentações do trabalho –, em contraposição aos economistas das organizações industriais, que tinham como foco das suas análises a atuação e as condutas empresariais que poderiam ser relevantes para o antitruste. Diante desses distintos campos de estudo, os *labor economists* não se atentavam ao mercado de trabalho pela ótica antitruste, nem desenvolveram métodos para avaliação do poder de mercado. Na realidade, essa atenção nunca foi dada aos mercados de trabalho, porque vigorava entre os economistas a presunção de que esses mercados eram pouco concentrados e, portanto, competitivos⁵⁸⁴.

Contudo, essa suposição de que os mercados de trabalho eram competitivos foi sendo gradativamente questionada por alguns acontecimentos nos Estados Unidos, em especial, o processo instaurado pelo *Department of Justice* (DOJ) e *Federal Trade Commission* (FTC) contra companhias *high tech* no Vale do Silício. O caso tratou da investigação de acordos de *no-poaching* firmado entre renomadas empresas – entre elas a Google, Apple, Adobe e Pixar – por meio dos quais elas se comprometeram a não recrutarem e contratarem empregados umas das outras⁵⁸⁵. Tamanho foi o impacto antitruste provocado pelo caso, que se desenrolava desde 2009, que em 2013,

⁵⁸⁴ NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, E. Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. *Harvard Law Review*, Cambridge, MA, 23 fevereiro 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3129221>. Acesso em: 3 jun. 2020.

⁵⁸⁵ U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. *United States v. Adobe Systems, Inc., et al.* Site do U.S. Department of Justice, 17 março 2011. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-adobesystems-inc-et-al>. Acesso em: 18 jun. 2019.

houve o ajuizamento de ação coletiva em nome dos sessenta e quatro mil trabalhadores das *tech companies*⁵⁸⁶.

Uma das repercussões do caso, foi a emissão, em 2016, pelo DOJ e FTC do *Antitrust Guidance for Human Resources Professionals* (“Guia Antitruste para Profissionais de Recursos Humanos”)⁵⁸⁷, cujas orientações direcionadas a esses profissionais chamavam a atenção para as condutas possivelmente anticompetitivas que podem ocorrer entre duas empresas empregadoras do mesmo mercado de trabalho⁵⁸⁸.

Os estudos a respeito dos impactos e efeitos das concentrações econômicas no mercado de trabalho e a necessidade de avaliação também das fusões a partir da ótica do mercado de trabalho foram, então, se expandindo. O termo monopsônio, cunhado em 1933, por Joan Robinson em conjunto com o estudioso B. L. Hallward⁵⁸⁹, tornou-se essencial para bem se examinar e compreender a concentração e competitividade dentro do mercado de trabalho. O poder de monopsônio pode ser entendido como simétrico ao poder de monopólio, mas não pelo lado da venda, mas sim pelo lado da compra em um determinado mercado. Sob a perspectiva do mercado de produtos, a análise do poder de compra das empresas participantes de uma fusão é uma das variáveis a serem levadas em consideração pelas autoridades antitruste, como forma de mensurar os efeitos daquele ato de concentração, a fim de evitar a formação de uma empresa monopsonística, capaz de exercer controle da compra no mercado de insumos⁵⁹⁰.

⁵⁸⁶ A repercussão foi tamanha que houve inclusive a produção de documentário, em 2019, *When Rules Don't Apply*, que se tornou também um projeto, com o fim de conscientização de proteção dos direitos dos trabalhadores também no âmbito antitruste.

⁵⁸⁷ U.S. DOJ; FTC. *Antitrust Guidance for HR Professionals*. **U.S Department of Justice**, Washington, D.C., 2016. Disponível em: https://www.justice.gov/atr/_le/903511/download. Acesso em: 9 abr. 2019.

⁵⁸⁸ MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric A. Why has Antitrust Law failed workers? **Social Science Research Network**. Mar. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3335174. Acesso em: 7 jun. 2020.

⁵⁸⁹ “The term “monopsony” was coined by the British economist Joan Robinson with the aid of classic scholar B.L. Hallward in 1933” (NAIDU, POSNER, WEYL, 2018, p. 550). O termo apareceu na obra de Robinson intitulada “The Economics of Imperfect Competition” de 1933.

⁵⁹⁰ PROL, Flávio Marques; HADDAD, Frederico; GRETSCHISCHKIN, Felipe C.. Concorrência e trabalho: uma nova aproximação. **JOTA**, 27 junho 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-doviniccius/concorrencia-e-trabalho-uma-nova-aproximacao-27062018>. Acesso em: 10 jun. 2019.

Quando se fala, então, em mercado de trabalho, está-se analisando o lado do mercado relativo à “compra” de mão de obra e, portanto, avaliando o poder de compra dos empregadores pertencentes àquele mercado⁵⁹¹. Nesse sentido, interessante trazer a expressão utilizada por Naidu, Posner e Weyl⁵⁹² para explicar o exercício desse poder de mercado: o poder de monopsônio existe quando se observa, em um mercado de trabalho, uma “piscina de trabalhadores” (*pool of workers*) para pouquíssimos empregadores, os compradores da mão de obra.

Nesse cenário, o poder (de monopsônio) dos empregadores pode ser exercido, tanto por meio das fusões e aquisições, capazes de estabelecer um mercado monopsonístico, quanto por meio de acordos de não contratação entre concorrentes (*no-poaching agreements*), potencialmente gerando, em ambas as possibilidades, restrições de salários e da mobilidade dos trabalhadores.

A partir desse ponto, é possível introduzir o tema em questão, qual seja, a troca de informações sensíveis entre concorrentes sobre os termos e condições de trabalho, conduta potencialmente praticável quando da fusão ou aquisição de empresas, bem como no caso de conluio entre concorrentes para não competirem no mercado de trabalho.

1. A análise antitruste dos mercados de trabalho

As trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho, como o próprio nome esclarece, trata-se de informar ao concorrente – dentro de um mesmo mercado de trabalho – dados capazes de gerar efeitos negativos à competitividade naquele determinado mercado de trabalho, por tornarem as ações do concorrente mais

⁵⁹¹ MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric A. Why has Antitrust Law failed workers? **Social Science Research Network**. Mar. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3335174. Acesso em: 7 jun. 2020.

⁵⁹² NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, E. Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, 23 fevereiro 2018. p. 538.

previsíveis, o que pode culminar em uniformização de salários e de condições de trabalho.

Diante da existência de maiores estudos sobre a temática nos Estados Unidos, faz-se necessário a contextualização e a busca no direito antitruste estadunidense de alguns aspectos fáticos e jurídicos.

1.1. O guia antitruste estadunidense para profissionais de Recursos Humanos

Em 2016, nos Estados Unidos, as agências antitruste notaram a importância da orientação dos profissionais de Recursos Humanos quanto aos riscos de uma conduta anticompetitiva nas negociações e acordos entre empregadores de um mesmo mercado de trabalho. O *Antitruste Guidance for HR Professionals* deixa claro, logo nos primeiros parágrafos do documento, que um acordo entre empregadores que competem entre si, para limitar ou fixar os termos e condições das potenciais contratações, poderá violar as leis antitruste, se o acordo restringir decisões individuais da empresa com relação aos salários e benefícios, bem como às condições de trabalho ou até às oportunidades de emprego⁵⁹³.

Nesta primeira diretriz, já se observa a preocupação das autoridades antitruste estadunidenses com as condutas anticoncorrenciais que podem ocorrer no mercado de trabalho, como os *no-poaching agreements* e as trocas de informações sensíveis. Percebe-se a atenção antitruste ao direcionar essas orientações aos profissionais de Recursos Humanos, os quais tem amplas informações a respeito de salários e condições de trabalho dos funcionários. Em razão de todo o acesso que estes profissionais têm às informações, as quais podem ser consideradas concorrencialmente sensíveis, é que estes acabam assumindo um papel crucial quando da negociação de empresas de um mesmo mercado de trabalho, justamente por se encontrarem melhor posicionados para tomar

⁵⁹³ “An agreement among competing employers to limit or fix the terms of employment for potential hires may violate the antitrust laws if the agreement constrains individual firm decision-making with regard to wages, salaries, or benefits; terms of employment; or even job opportunities” (U.S, DOJ, FTC, 2016, p. 6).

as cautelas necessárias para garantir que não sejam praticadas condutas anticoncorrenciais⁵⁹⁴.

O guia estadunidense traz também uma seção para tratar especificamente sobre a necessidade de se evitar a troca de informações sensíveis entre concorrentes de um mesmo mercado de trabalho. As diretrizes são claras no sentido de que, embora a troca de informações não seja um ilícito *per se*, e não gere uma persecução criminal, é possível que as informações sobre termos e condições de trabalho violem o regramento antitruste e venham a ser alvo de litígio antitruste cível.

Segundo as orientações, as agências antitruste se atentam a essa troca de informações sobre termos e condições de trabalho, ainda que essas trocas não culminem em acordos – explícitos ou implícitos – de fixação de salários. Isso porque, as trocas de informações sobre salários e outros termos de trabalho dentro de um mesmo mercado de trabalho – notadamente, quando este conta com poucos empregadores – têm um grande potencial de gerar, facilmente, uma redução salarial⁵⁹⁵.

É claro que nem todas as trocas de informações são ilegais, mas quando as empresas são partes de uma proposta de fusão ou aquisição, ou estejam envolvidas em uma *joint venture*, ou outra atividade colaborativa, existe um risco antitruste não desprezível ao compartilharem informações sobre os termos e condições de trabalho. O guia orienta que é necessário estar alerta para que não haja o compartilhamento de dados sensíveis, do ponto de vista concorrencial, acerca daqueles determinados trabalhadores⁵⁹⁶.

⁵⁹⁴ “HR professionals often are in the best position to ensure that their companies’ hiring practices comply with the antitrust laws. In particular, HR professionals can implement safeguards to prevent inappropriate discussions or agreements with other firms seeking to hire the same employees.” (U.S, op. cit., p. 1).

⁵⁹⁵ “Even without an express or implicit agreement on terms of compensation among firms, evidence of periodic exchange of current wage information in an industry with few employers could establish an antitrust violation because, for example, the data exchange has decreased or is likely to decrease compensation.” (U.S, op. cit., p.4).

⁵⁹⁶ “Even if participants in an agreement are parties to a proposed merger or acquisition, or are otherwise involved in a joint venture or other collaborative activity, there is antitrust risk if they share information about terms and conditions of employment. However, not all information exchanges are illegal. It is possible to design and carry out information exchanges in ways that conform with the antitrust laws” (U.S, op. cit., p. 4).

Para redução desse risco antitruste, o guia indica alguns possíveis caminhos para garantir, na máxima medida possível, a legalidade desse câmbio de informações: a presença de um terceiro neutro para conduzir as trocas; o intercâmbio de dados relativamente mais antigos; o agrupamento das informações a serem passadas, para proteger a identidade de fontes; e a utilização de fontes agregadas para prevenir que os competidores identifiquem as fontes em particular de cada uma das informações⁵⁹⁷. Todas as orientações são tentativas para assegurar que não ocorra o compartilhamento de informações concorrencialmente sensíveis com a empresa empregadora concorrente, na ocasião de uma operação, aquisição ou fusão entre elas.

No mais, tanto o FTC, quanto o DOJ criaram mecanismos para que uma empresa, que pretenda compartilhar informações sobre condições de trabalho ou remuneração dos empregados, possa solicitar mais informações a respeito às agências antitruste e, assim, reduzir os riscos de uma conduta ilegal. O DOJ oferece o chamado *Business Review Process*, um procedimento por meio do qual é possível que uma determinada empresa, preocupada com a legalidade das suas condutas, tenha um certo nível de previsão de como a agência responderia àquela conduta comercial proposta. Esse procedimento é bastante relevante tanto para as empresas interessadas, quanto para a autoridade antitruste, pois analisa-se os possíveis impactos concorrenciais que uma determinada conduta comercial pode ter, de modo a prevenir as ilegalidades e litígios antitruste⁵⁹⁸.

O FTC possui um processo semelhante, também com caráter consultivo, para os interessados em saber sobre o possível impacto

⁵⁹⁷ “For example, an information exchange may be lawful if: a neutral third party manages the exchange, the exchange involves information that is relatively old, the information is aggregated to protect the identity of the underlying sources, and enough sources are aggregated to prevent competitors from linking particular data to an individual source” (U.S., op. cit., p. 5).

⁵⁹⁸ “The Antitrust Division’s business review procedure provides a way for businesses to determine how the Division may respond to proposed joint ventures or other business conduct. The business review procedure benefits both the Division and the business community because the Division can analyze and comment on the possible competitive impact of proposed business conduct, possibly avoiding lawsuits or other actions” (Cf. DOJ. Introduction to Antitrust. **Business Reviews**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/11/03/276833.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020).

concorrencial de uma conduta, bastando solicitar um “conselho” (*advice*) para a agência, evitando-se, assim, que as partes envolvidas em uma conduta comercial sofram conseqüentes demandas antitruste⁵⁹⁹.

Tais mecanismos se mostram especialmente importantes no caso de dúvidas relacionadas à concorrência no mercado de trabalho e aos potenciais efeitos anticoncorrenciais que podem advir de uma conduta das empresas concorrentes nesses mercados, já que o subsídio jurisprudencial não é tão farto quanto nos casos dos mercados de produto⁶⁰⁰.

É nítido que as autoridades antitruste estadunidenses tem demonstrado prudência e interesse, não apenas nos atos de concentração, mas também nas condutas anticoncorrenciais que podem se processar dentro de um dado mercado de trabalho, ainda que as partes envolvidas não sejam concorrentes no mercado de produtos. Essa distinção importante entre os possíveis efeitos que uma conduta empresarial pode gerar nos tanto no mercado de trabalho, como no de produtos, ainda não se vislumbrou com tanta precisão no Brasil.

Diferentemente das agências antitruste norte-americanas, que expressamente constaram no seu guia sobre a possível litigância antitruste que pode advir de uma troca de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho, as autoridades brasileiras, nos últimos anos, pouco se atentaram a esse mercado.

⁵⁹⁹ “The FTC provides guidance in the form of advisory opinions concerning proposed conduct. The process starts with a request for advice from the party proposing the conduct. Many competition advisory opinions are rendered by Bureau staff, and often involve issues in the health care field. Commission advisory opinions are voted on by the Commission and are intended to address substantial or novel questions of fact or law, or subjects of significant interest”. (Cf. FTC. **Competition Advisory Opinions**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/competition-advisory-opinions>. Acesso em: 12 out. 2020).

⁶⁰⁰ Segundo os autores Marinescu e Posner, não se tem conhecimento de qualquer fusão que tenha sido avaliada, contestada ou bloqueada pelas agências antitruste a partir dos seus potenciais efeitos no mercado de trabalho (Cf. MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric A. Why has Antitrust Law failed workers? **Social Science Research Network**. Mar. 2019, p. 24).

1.2. Direito Antitruste Brasileiro e as trocas de informações sensíveis

Em um cenário bastante distinto do estadunidense, a análise antitruste dos mercados de trabalho no Brasil não recebeu a mesma atenção. Ao contrário do ocorrido nos Estados Unidos, onde alguns cases se destacaram pelo seu grande impacto – os acordos entre as *big techs* no Vale do Silício e os conluíus entre franquias das redes de *fast food*⁶⁰¹, por exemplo – no Brasil, não se havia encontrado, até recentemente, casos paradigmáticos e significativos, que demonstrassem tamanha preocupação das autoridades antitruste com relação ao mercado de trabalho. No entanto, há é indispensável considerar o histórico dessa aproximação e dos pontos de encontro entre o direito da concorrência e o mercado de trabalho no país.

Existiu, na antiga Lei de Defesa da Concorrência, Lei nº 8.884 de 1994, a previsão dos chamados Acordos de Reversibilidade da Operação. Tais acordos eram regulamentados pela Resolução 45/2007 do CADE, a qual trouxe expressamente que os acordos deveriam estabelecer medidas a “preservar condições de trabalho inalteradas”⁶⁰². Além dessa previsão, a legislação antitruste previa também o Termo de Compromisso de Desempenho (TCD) – firmado entre os requerentes de um ato de concentração e o CADE –, ocasião em que a legislação expressou certa preocupação com “a alteração no nível de emprego”⁶⁰³.

⁶⁰¹ Pesquisas realizadas concluíram que, em 2016, 53,3% das grandes empresas de franquias de fast food – dentre elas o McDonalds que, inclusive, foi alvo de ação antitruste – se utilizaram do no-poaching agreements para reduzir a competição por trabalhadores entre as unidades franqueadas, o que, certamente, implica em aumento do poder no mercado de trabalho e gera um cenário monopsonístico. (Cf. NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, E. Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. **Harvard Law Review, Cambridge**, MA, 23 fevereiro 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3129221>. Acesso em: 3 jun. 2019, p. 545.

⁶⁰² Art. 139 -Até a decisão que conceder ou negar a Medida Cautelar poderá ser celebrado Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (APRO), que será registrado na capa dos autos. Parágrafo único. O acordo, conforme os arts. 55 e 83 da Lei n. 8.884/94 e os arts. 5º e 6º da Lei n.7.347/85, estabelecerá as medidas aptas a preservar inalteradas as condições de mercado, prevenindo alteração irreversível ou de difícil reparação, até o julgamento do mérito do Ato de Concentração, evitando o risco de tornar ineficaz o resultado final do procedimento.

⁶⁰³ Art. 58. O Plenário do CADE definirá compromissos de desempenho para os interessados que submetam atos a exame na forma do art. 54, de modo a assegurar o cumprimento das condições estabelecidas no § 1º do referido artigo. § 1º Na definição dos compromissos de desempenho será levado em consideração o grau

Na prática, existem poucos casos em que o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) tratou do tema – casos, na verdade, pontuais, nos quais o mercado de trabalho apareceu de modo coadjuvante⁶⁰⁴, à exceção do Inquérito Administrativo 08700.004548/2019-61, que será melhor explorado na sequência.

No que concerne às trocas de informações sensíveis entre concorrentes, além do mencionado Inquérito Administrativo, deve-se trazer à discussão o Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53, que investiga o intercâmbio anticompetitivo de informações no mercado independente de peças automotivas de reposição⁶⁰⁵. Segundo a Nota Técnica da Superintendência-Geral proferida nos autos, há indícios desse compartilhamento de informações comercial e concorrencialmente sensível sobre, por exemplo, faturamento, preços, capacidade, produtividade, e ainda sobre o número de representantes e seus salários/benefícios⁶⁰⁶⁻⁶⁰⁷. Contudo, não se sabe qual será de fato o desfecho do caso, já que ainda não foi encerrado.

de exposição do setor à competição internacional e as alterações no nível de emprego, dentre outras circunstâncias relevantes.

⁶⁰⁴ Apenas à título de exemplo: o Processo administrativo nº 08012.003021/2005-72, no qual fora investigado um cartel de licitações públicas e privadas para contratação de serviços de tecnologia da informação, e encontrou-se a chamada “política de respeitar” o funcionário da empresa concorrente, ou seja, conduta bastante semelhante com os no-poaching agreements”. Também no Processo Administrativo nº 08012.002812/2010-42, que investigava cartel no mercado de distribuição de recarga eletrônica de celulares, arguiu-se a existência de acordos para não contratar funcionários do concorrente, mas a prática não foi comprovada.

⁶⁰⁵ ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; MENDONÇA, Nayara. O improvável encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. **Revista do IBRAC**, vol. 24, n. 2, p. 65-93, 2018. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_do_IBRAC_24_N_2-2018.pdf. Acesso em: 5 abr. 2019.

⁶⁰⁶ “Existem fortes indícios da prática de conduta anticompetitiva consistente no compartilhamento de informações comercial e concorrencialmente sensíveis. [ACESSO RESTRITO], o compartilhamento de informações comercial e concorrencialmente sensíveis incluiu, mas não se limitou a, informações sobre (1) faturamento; (2) preços; (3) capacidade; (4) produtividade; (5) volume de produção; (6) níveis de vendas; (7) reajustes de preços; (8) vendas; (9) descontos; (10) termos de pagamento; (11) inadimplência; (12) clientes; (13) estrutura comercial; como número de representantes e seus salários/benefícios; (14) garantia; (15) assistência técnica; (16) carteira de pedidos; (17) transportadoras; (18) frete; (19) eventos; (20) distribuidores; (21) participações de mercado; (22) custos; e (23) marketing.” (CADE, Nota Técnica nº 10/2016. Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53. Site do CADE. Disponível em: <https://bit.ly/2PjQ87G>. Acesso em: 17 de jun. 2019).

⁶⁰⁷ É interessante notar que o nome de uma das empresas envolvidas no caso brasileiro, Knorr-Bremse, já é conhecido estar envolvida em investigações relativas ao antitruste e o mercado de trabalho no exterior. A empresa, que tem sede na Alemanha, já foi alvo de investigação pelo DOJ em 2018, em razão da descoberta de no-poaching agreements firmados com seus concorrentes (Cf. ARTEAGA, STELLA, 2018; DECHAMPS, et. al., 2020; GLOBENEWSWIRE, 2018). Na ocasião o DOJ afirmou que as duas empresas envolvidas competiam não apenas no mercado de produtos – equipamentos ferroviários – mas também

No âmbito do controle de concentrações econômicas, as análises antitruste brasileiras se pautam, tradicionalmente, na definição de mercado relevante pela dimensão produto e geográfico, mas a análise a partir dos mercados de trabalho tem sido negligenciada. Não se tem examinado, quando da contestação de aquisições e fusões, a possível formação de monopólios no mercado relevante na dimensão trabalho⁶⁰⁸.

Não obstante, em 2015, o CADE emitiu um importante guia para minimizar os riscos de consumação prévia dos atos de concentração, “Guia para análise da consumação prévia dos atos de concentração econômica”⁶⁰⁹.

Segundo a definição apresentada no próprio guia⁶¹⁰, as informações concorrencialmente sensíveis “(e, portanto, merecedoras de maior atenção pelas partes) são informações específicas (por exemplo, não agregadas) e que versam diretamente sobre o desempenho das atividades-fim dos agentes econômicos”. Em suma, são aquelas informações da empresa que, ao serem informadas ao seu concorrente, tem o potencial de direcionar suas condutas e decisões, e, conseqüentemente, vir a afetar de forma negativa à concorrência de um determinado mercado.

Referido guia aponta a necessidade de certo nível de troca de informações, “especialmente durante a condução de auditorias legais (*due diligence*) que geralmente precedem fusões e aquisições”. A grande questão é que, o abuso neste intercâmbio de informações

competiam entre si no mercado de trabalho, para atrair, contratar e reter funcionários qualificados, tais como gerentes de projeto, engenheiros, executivos de vendas, e executivos corporativos, oferecendo-lhes salários atrativos, benefícios, treinamentos, oportunidades de crescimento, e outras condições de emprego atrativas. (Cf. DOJ. Case 1:18-cv-00747, 2018, p. 2. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1048866/download>. Acesso em: 10 jan. 2020).

⁶⁰⁸ ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; MENDONÇA, Nayara. O improvável encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. **Revista do IBRAC**, vol. 24, n. 2, p. 65-93, 2018. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_do_IBRAC_24_N_2-2018.pdf. Acesso em: 5 abr. 2019.

⁶⁰⁹ CADE. **Guia para análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica**. Maio, 2015. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 7.

concorrencialmente sensíveis pode caracterizar o *gun jumping*⁶¹¹. Nesse passo, é inquestionável que qualquer ato de concentração importa em compartilhamento de informações entre as partes envolvidas, daí a importância de que essas informações sejam cautelosamente selecionadas, a fim de evitar qualquer intercâmbio de informações sensíveis que tenham o potencial de caracterizar conduta anticompetitiva praticada pelas empresas.

As informações consideradas sensíveis são aquelas específicas sobre as atividades-fim das empresas, cuja lista, não exaustiva, apresentada pelo guia inclui dados sobre custos das empresas, nível de capacidade e planos de expansão, estratégias de marketing, e, especialmente importante para o presente estudo, os dados específicos sobre salários de funcionários⁶¹².

Nota-se que, o guia elaborado pelo CADE, embora concentre sua atenção nas informações referentes ao mercado de produtos, acaba sendo bastante relevante e útil para o caso de trocas de informações entre duas empresas, partes de um ato de concentração, que concorram no mesmo mercado de trabalho (ainda que não sejam concorrentes no mercado de produtos). Inclusive, atenção atribuída ao compartilhamento de informações sobre salários dos empregados pode ter reflexos importantes para a concorrência nos mercados de trabalho.

O guia estabelece ainda, como instrumento para evitar condutas anticompetitivas neste intercâmbio de informações, a possibilidade de criação dos *clean teams* e *parlor rooms*, principalmente em operações mais complexas, nas quais o nível das trocas de dados é maior e, por essa razão, é necessário tratar as informações concorrencialmente sensíveis para minimizar os riscos no seu compartilhamento⁶¹³.

⁶¹¹ “Por Gun Jumping entende-se a teoria que se presta a analisar a suposta conduta anticompetitiva praticada em sede de controle de estruturas, decorrente, sobretudo, da troca indevida de informações e/ou da integração prematura entre as empresas em processo de concentração econômica”. (ATHAYDE, 2012, p. 58-59, apud ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; MENDONÇA, Nayara. Op. Cit., p. 81).

⁶¹² CADE. **Guia para análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica**. Maio, 2015, p. 7.

⁶¹³ *Ibidem*, p. 8.

O *clean team* tem a função de “evitar, receber, analisar e tratar as informações relativas ao ato de concentração”, razão pela qual é “recomendável que seus membros firmem um termo de confidencialidade e sigam rigorosamente o protocolo antitruste acordado entre as partes”⁶¹⁴. Ao receber as informações enviadas pelas empresas – informações essas que devem ser limitadas àquelas estritamente necessárias para a operação⁶¹⁵ –, esse comitê tem o dever de classificá-las em públicas, confidenciais ou concorrencialmente sensíveis, sendo essas últimas tratadas nos termos do protocolo antitruste.

A criação do Protocolo Antitruste como documento que formaliza todos os procedimentos que devem ser adotados pela empresa participante da aquisição ou fusão até a decisão final do CADE, se mostra também um instrumento para garantir a legalidade das comunicações entre as partes envolvidas em um ato de concentração⁶¹⁶. Quanto maior o nível de detalhes do registro desse processo e maior a formalidade e confidencialidade desse compartilhamento, menor o risco de configurar-se uma conduta anticompetitiva.

Essas orientações dispostas no guia de *gun jumping* foram todas descritas na Nota do Brasil elaborada para o 131th OCDE *Competition committee*, em 2019, quando oportunizada a apresentação de colaboração dos países sobre a temática *Competition Concerns in labour markets*.

Indicou-se, no referido documento, que as empresas não deveriam trocar informações acerca das suas políticas de recrutamento e/ou sobre salários dos empregados e outros benefícios. Apontou-se ainda, a necessidade do preenchimento de certas condições para que tais trocas sejam consideradas lícitas, condições essas já apontadas pelo *Antitruste*

⁶¹⁴ Ibidem, p. 10-11.

⁶¹⁵ Previsão constante não apenas no mencionado Guia de *gun jumping* (p. 11), mas também no Regimento Interno do CADE, no § 2º do artigo 106: “As partes deverão manter as estruturas físicas e as condições competitivas inalteradas até a apreciação final do Cade, sendo vedadas, inclusive, quaisquer transferências de ativos e qualquer tipo de influência de uma parte sobre a outra, bem como a troca de informações concorrencialmente sensíveis que não seja estritamente necessária para a celebração do instrumento formal que vincule as partes”.

⁶¹⁶ Os procedimentos específicos a serem observados pelas partes até a decisão final do Cade podem ser formalizados em um ‘Protocolo Antitruste’, isto é, um documento que reflita os procedimentos sugeridos neste Guia.” Cf. CADE. Op. Cit., p. 10.

Guidance for HR Professionals, as quais aqui se recorda algumas delas: a participação de um terceiro neutro; a troca de dados antigos; o agrupamento das informações para proteção da identidade de fontes e etc⁶¹⁷.

Diante de todo o panorama apresentado, alguns acontecimentos e debates significativos ocorridos entre 2019⁶¹⁸ e 2021 tem demonstrado uma importante alteração dessa realidade, fazendo com que a temática comece a tomar ainda mais forma no país, tendo reflexos, principalmente, na atuação da autoridade de defesa da concorrência.

1.3. Novos paradigmas: uma análise da Nota Técnica 36/2021 e das trocas de informações sensíveis no mercado de trabalho

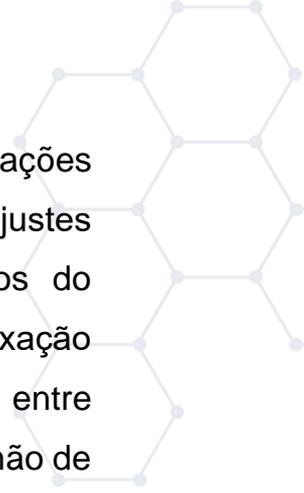
Não havia se detectado, até 2021, uma intensa preocupação da autoridade antitruste brasileira com a concorrência do mercado de trabalho e os potenciais riscos à essa concorrência; contudo, a Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE, emitida pela Superintendência-Geral do CADE, nos autos do Inquérito Administrativo nº 08700.004548/2019-61⁶¹⁹, vem demonstrar um crescente interesse da autoridade antitruste pela concorrência nos mercados de trabalho.

O Inquérito Administrativo instaurado trata da apuração de conduta de troca de informações sensíveis entre empresas que atuam como empregadoras na indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (*healthcare*), na região metropolitana da cidade de São Paulo.

⁶¹⁷ “Companies should not exchange information about their policy of recruiting employees and / or wages and other benefits¹⁹. Exchanges of information are considered lawful if they fulfill certain conditions, that is when: (i) they are performed by a neutral third party; (ii) involve old data; (iii) there is an aggregation of the information to protect the identity of the sources; (iv) there are sufficient aggregate sources to prevent competitors from being able to identify the particular source of each information; (v) related to a due diligence prior to an act of concentration (a merger), with prior precautions to gun jumping” (OCDE, **Competition Issues in Labour Markets**, Notes by Brasil, 2019, p. 6).

⁶¹⁸ Destaque-se o painel de debate realizado no 25.º Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (IBRAC), que tratou especificamente da temática sob o título “Cruzando fronteiras: existem pontes entre o direito antitruste e o mercado de trabalho?”. Participaram e contribuíram para o debate, Eduardo Caminati, Alden Caribé, Barbara Rosenberg, Juliana Oliveira Domingues e Juan Ferres.

⁶¹⁹ CADE. Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004548/2019-61. CADE. Disponível em: <https://bit.ly/39u6ZvC>. Acesso em: 19 mar. 2021.



Foram detectados fortes indícios da troca de informações concorrencialmente sensíveis referentes às “remunerações, reajustes salariais e benefícios aos funcionários e/ou futuros funcionários do Mercado de Trabalho Afetado”. Também se verificou indícios de fixação de preços e condições comerciais, por meio de ação coordenada entre empregadores no que diz respeito às condições de contratação de mão de obra, salários e benefícios dos trabalhadores.

Assim, em 12 de março de 2021, a Superintendência-Geral (SG) emitiu a Nota Técnica mencionada, a qual concluiu pela existência de indícios suficientes de infração à ordem econômica a ensejar a instauração de Processo Administrativo.

O documento elaborado pela SG é bastante robusto no que diz respeito à teoria e doutrina estadunidense, trazendo também alguns casos pontuais do país. Com relação ao Direito Antitruste brasileiro, é dada uma especial atenção ao “Guia para a Análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica”, já mencionado, e também aos casos brasileiros envolvendo a temática das trocas de informações sensíveis, ainda que não referentes ao mercado de trabalho.

Como já se havia observado, a troca de informações entre concorrentes não é um ilícito *per se*, tanto nos Estados Unidos, quanto no Brasil. Esse intercâmbio de informações passa a ser relevante para o antitruste quando se vislumbra qualquer tipo de ameaça à concorrência. Segundo a SG, essa troca de dados sensíveis pode vir a configurar uma infração concorrencial quando dele decorrer, ou possivelmente decorrer, algum efeito anticompetitivo⁶²⁰.

A Nota Técnica esclarece ainda que o termo “troca de informações” é uma expressão ampla, “que engloba diversas condutas que podem ser colusivas, unilaterais, multilaterais, bem como se dar entre concorrentes, entre participantes de relações comerciais verticais, entre associados, ou

⁶²⁰ Ibidem, p. 22.

entre empresas e consumidores”⁶²¹, podendo ou não ter efeitos concorrenciais.

É importantíssimo ressaltar ainda que a SG trouxe os entendimentos de diversas autoridades antitruste sobre a temática da troca de informações sensíveis, como do Japão, Hong Kong, Reino Unido e União Europeia.

Dentre essas diversas perspectivas, apresentou-se aquela desenvolvida pelo FTC e pelo DOJ, no *Antitrust Guidance for Human Resources Professionals*, de que a troca de informações concorrenciaismente sensíveis, no âmbito dos mercados de trabalho, podem servir como prova, ainda que não haja um acordo explícito, de um ajuste anticoncorrencial implícito entre concorrentes⁶²²⁻⁶²³.

É observado também o guia de práticas no mercado de trabalho da Comissão de Competição de Hong Kong, que conceitua a denominada “prática concertada”, que nada mais é do que “qualquer forma de cooperação em que, embora não se chegue a um acordo, as empresas substituem conscientemente os riscos da concorrência pela cooperação prática”⁶²⁴.

A conduta concertada é apresentada na Lei Antitruste brasileira (Lei 12.529 de 2011) como possível infração à ordem econômica. Segundo previsto no artigo 36 da legislação, as infrações à ordem econômica são aquelas que sob qualquer forma, “tenham por objeto ou que possam produzir determinados efeitos, ainda que estes não sejam alcançados”. São eles: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou

⁶²¹ Ibidem, p. 37.

⁶²² Ibidem, p. 22.

⁶²³ “Sharing information with competitors about terms and conditions of employment can also run afoul of the antitrust laws. Even if an individual does not agree explicitly to fix compensation or other terms of employment, exchanging competitively sensitive information could serve as evidence of an implicit illegal agreement” (U.S. DOJ; FTC. *Antitrust Guidance for HR Professionals*. **U.S Department of Justice**, Washington, D.C., 2016, p. 4).

⁶²⁴ CADE. Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004548/2019-61. Site do CADE. 2021, p. 23.

serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

No mesmo dispositivo, o parágrafo terceiro prevê um rol de condutas que podem também, se atenderem ao quanto disposto no *caput*, vir a caracterizar infração à ordem econômica; dentre elas, o ato que “promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial *uniforme* ou *concertada* entre concorrentes”. Observa-se da redação legal, que na conduta concertada, mesmo não se identificando um acordo expresso entre os agentes econômicos, existe uma cooperação colusiva entre estes.

Nessa perspectiva, a SG explica, na Nota Técnica emitida, que embora ausente qualquer acordo explícito firmado entre empresas concorrentes, a troca de informações sensíveis entre eles, pode vir a se configurar uma prática concertada, pois “as empresas substituem, conscientemente os riscos da concorrência, por uma cooperação prática entre elas”⁶²⁵.

Ocorre que, como bem destacado pela SG, as trocas de informações sensíveis, de modo geral, podem ser lícitas e até mesmo pró-competitivas. É possível, inclusive, segundo a Comissão Europeia⁶²⁶, que esse intercâmbio de informações possa “gerar ganhos de eficiência e reduzir assimetrias informacionais, tornando os mercados mais eficientes”, na medida em que as informações podem auxiliar as empresas a aperfeiçoar suas operações internas. Igualmente, pode haver benefícios aos consumidores, em um contexto onde a maior disponibilidade de informações vem aumentar, conseqüentemente, suas possibilidades de escolha.

Nesse passo, a autoridade antitruste brasileira reconhece que o maior desafio, no que tange às trocas de informações, é identificar as

⁶²⁵ Ibidem, p. 36.

⁶²⁶ COMISSÃO EUROPEIA, Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. **Jornal Oficial da União Europeia**. 14 jan. 2011. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52011XC0114(04)). Acesso em: 19 jan. 2021.

ocasiões em que esse intercâmbio é concorrencialmente preocupante, neutro ou até mesmo benéfico. Assim, a Nota Técnica se vale do *Antitrust Guidance for Collaborations Among Competitors*, elaborado pelo FTC e DOJ⁶²⁷, nos Estados Unidos, para destacar que a natureza das informações compartilhadas é elemento essencial para identificar o quão concorrencialmente sensível são os dados e, portanto, quais deles devem despertar a preocupação antitruste.

Outros fatores que influenciam no potencial antitruste da troca de informações foram destacados pela SG. Um deles é a frequência com que ocorrem essas trocas, na medida em que, havendo uma maior regularidade entre elas, certamente, serão mais previsíveis as condutas dos concorrentes e, principalmente, mais fácil o alinhamento de comportamento entre eles. Quanto mais episódica for a troca de informações, maior será a “incerteza sobre o conhecimento comportamental do rival”⁶²⁸ e, portanto, menor será a preocupação com um possível efeito anticoncorrencial.

Além disso, a Nota Técnica explica que a sensibilidade dos dados também varia de acordo com o quão recente eles são. As informações mais sensíveis são aquelas recentes ou relativas ao futuro, pois são as que tem “o potencial de interferir na estratégia dos rivais”⁶²⁹. O setor de alta tecnologia, à título de exemplo, é notoriamente uma esfera em que o conhecimento é superado rapidamente, razão pela qual as informações acabam por se tornar irrelevantes “em prazos mais curtos” e, portanto, não mais concorrencialmente sensíveis. No mercado de *healthcare*, em uma comparação com os Estados Unidos, a referência para a caracterização da informação como “recente” é três meses⁶³⁰.

⁶²⁷ U.S., FTC, DOJ. **Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors**. 2000. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf. Acesso em: 19 jan. 2021.

⁶²⁸ CADE. Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004548/2019-61. Site do CADE. 2021, p. 30.

⁶²⁹ *Ibidem*, p. 29.

⁶³⁰ Especialmente para esse setor, o DOJ e o FTC emitiram, em 1996, o *Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care*, com o objetivo orientar acerca da atuação antitruste no setor, inclusive no que tange à troca de informações (CADE, 2021, p. 30). O primeiro documento foi emitido em 1993, revisado em 1994 e novamente revisado em 1996: “The 1993 policy statements and expedited specific Agency guidance

Também aponta a SG que a especificidade do dado é crucial para definir a sensibilidade concorrencial da informação. As informações agregadas são “aquelas que apresentam indicadores de mesmo tipo obtidos a partir do tratamento matemático dispensado a dados de diferentes agentes econômicos”, de modo que permitem uma menor previsibilidade e, conseqüentemente, são menos tendentes a criar condutas colusórias ou carteis entre os concorrentes. As informações individualizadas, por sua vez, proporcionam um conhecimento específico, e por essa razão, permite que os agentes de mercado tenham “comportamento estratégico de proteção de lucratividade via aumento da certeza quanto a reação de potenciais contestadores de mercado”⁶³¹.

Importante lembrar ainda que, a própria estrutura e dinâmica do mercado altera o potencial dano que a troca da informação pode provocar à concorrência. Certamente, em mercados mais concentrados, a possibilidade de efeitos colusivos decorrentes da conduta da troca de informações sensíveis é muito superior que em mercados competitivos. Outros fatores do mercado, mencionados pela Nota Técnica⁶³², que influenciam na intensidade desses danos seria a transparência do mercado, a simetria entre os concorrentes, as características do produto (se são homogêneos ou não) e a inovação.

Nota-se também que o grau de sigilo das informações influencia diretamente na percepção e análise do (potencial) dano que seu intercâmbio pode provocar na concorrência de um determinado mercado. Especificamente no mercado de trabalho, a troca de informações sobre salários e benefícios atuais dos trabalhadores entre empresas que atuam em um mercado de trabalho concentrado, notadamente não são dados públicos e, logo, sua troca pode acarretar uma padronização salarial entre

were designed to advise the health care community in a time of tremendous change, and to address, as completely as possible, the problem of uncertainty concerning the Agencies' enforcement policy that some had said might deter mergers, joint ventures, or other activities that could lower health care costs” (DOJ, FTC, 1996, p. 3).

⁶³¹ CADE. Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004548/2019-61. Site do CADE. 2021, p. 30.

⁶³² Ibidem, p. 31.

as empresas empregadoras naquele mercado. Ou seja, no caso de informações de difícil acesso, duvidosamente “haveria qualquer justificativa pró-competitiva para a prática”. Ao contrário, informações públicas não trazem nenhum impacto negativo na concorrência, pois são dados que não alteram as incertezas referentes ao comportamento dos agentes econômicos concorrentes, justamente por serem acessíveis⁶³³.

Em suma, pode-se listar alguns fatores, segundo a Nota Técnica da SG, que influenciam diretamente no potencial anticompetitivo dos efeitos provocados pela troca de informações entre concorrentes: (i) a frequência dessas trocas; (ii) a dinâmica do mercado; (iii) o grau de sigilo e de acesso à informação; (iv) e a sensibilidade do dado, que varia de acordo com (v) a sua especificidade e com (vi) o quão recentes são as informações. Nessa perspectiva, pode-se concluir que “o intercâmbio de informações de matéria sensível, recente e desagregada deve ser considerado infração à ordem econômica”⁶³⁴.

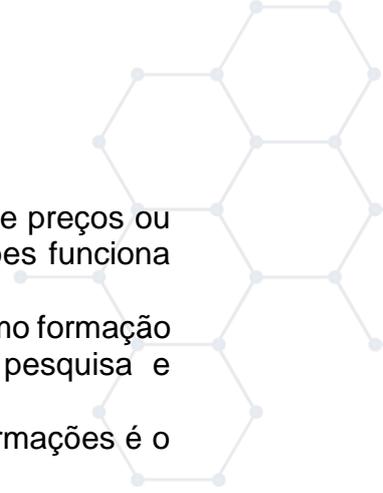
Nessa perspectiva, cumpre recordar que o *Antitruste Guidance for HR Professionals* adota esse mesmo posicionamento ao definir que as informações trocadas entre concorrentes podem adquirir a legalidade quando envolvem dados relativamente antigos e tratarem-se de informações suficientemente agregadas para proteger a identidade de fontes e impedir que o competidor faça essa ligação entre os dados e a sua fonte individualizada. Observa-se, portanto, uma importante convergência de entendimentos entre as autoridades antitruste dos dois países.

Diante desses diversos fatores que influenciam na sensibilidade e no risco do compartilhamento das informações, essas trocas geram diferentes preocupações concorrenciais. A Nota Técnica lista, então, as três distintas situações mencionadas pela OCDE⁶³⁵, em que o intercâmbio de informações sensíveis pode se enquadrar:

⁶³³ Ibidem, p. 43.

⁶³⁴ Ibidem, p. 31.

⁶³⁵ OCDE, **Information Exchanges Between Competitors under Competition Law**, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>. Acesso: 21 jan. 2021, p. 10.

- 
- (i) como parte de um arranjo mais amplo de fixação de preços ou divisão de mercado onde o intercâmbio de informações funciona como um vetor de facilitação;
 - (ii) no contexto de um acordo amplo de cooperação como formação de *joint ventures*, esforços de padronização e/ou pesquisa e desenvolvimento de nova tecnologias;
 - (iii) como uma prática isolada na qual a troca das informações é o único ato de cooperação entre os competidores.

Nesse passo, a SG passa a analisar cada um dos três possíveis cenários referentes às trocas de informações sensíveis, destacando que o primeiro deles é bastante frequente na casuística do CADE. Isso porque, é comum que os cartéis institucionalizados utilizem-se, para sua organização e para a própria implementação do cartel, das trocas e informações sensíveis entre os concorrentes. Além disso, é costumeiro que os agentes envolvidos se utilizem de mecanismos de controle e monitoramento das condutas que desviem do quanto determinado no conluio, e para tanto, também se valem do compartilhamento de informações sensíveis. Nesses casos, é provável também que a troca de informações ocorra de uma forma “indireta”, por meio de um terceiro, como mecanismo facilitador do cartel, como, inclusive, parece ser o caso sob análise.

Na segunda situação apontada, é necessário recordar, como já se explicou, que é fundamental para a negociação e desenvolvimento de algum tipo de cooperação que haja algum tipo de troca de dados entre os concorrentes. Isso ocorre no caso de *joint ventures*, esforços de padronização e pesquisa de novas tecnologias, por exemplo. Contudo, essa troca de informações não é livre, devendo seguir a mais estrita necessidade para a celebração do instrumento de cooperação que se pretende, inclusive para se evitar o *gun jumping*⁶³⁶.

A temática se torna ainda mais complexa na ocasião em que a troca de informações sensíveis se trate de uma conduta autônoma e isolada,

⁶³⁶ CADE. Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004548/2019-61. Site do CADE. 2021, p. 34.

sem comprovação de que esta troca tenha ocorrido apenas como mecanismo de instrumentalidade para outros comportamentos anticompetitivos.

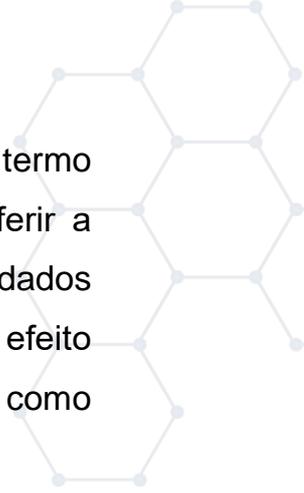
A princípio, a SG discorre que não há precedente do CADE que trate da condenação do intercâmbio de dados sensíveis como um ilícito autônomo. Porém, a bagagem antitruste brasileira mostra que o mera fluxo de “informação recente operacionalizada por certos tipos de agentes acerca de determinados temas carregam consigo grande risco de gerar de efeitos anticompetitivos”⁶³⁷. Isso indica que as trocas têm o grande potencial de facilitar as colusões tanto explícitas, quanto implícitas, porque reduzem as incertezas concorrenciais, induzindo à mimetização e uniformização das condutas dos demais agentes econômicos que concorrem em um mesmo mercado. Por isso as trocas podem, por si só, prejudicarem a concorrência.

Nesse sentido, embora inexistente um acordo expresso entre os concorrentes, a troca de dados concorrenciais sensíveis incentiva a ocorrência do paralelismo⁶³⁸ ou de colusão tácita entre os concorrentes. Nesse passo, a Nota Técnica se vale do entendimento de Alberto Afonso Monteiro⁶³⁹, no sentido de que, embora o paralelismo não seja uma conduta punível “por decorrer de comportamento legítimo e economicamente plausível”, diversa deve ser a compreensão antitruste sobre os acordos para troca de informações sensíveis que venham facilitar e viabilizar a colusão, merecendo, portanto, a análise e eventual punição antitruste. Isso porque, tal conduta pode se mostrar apta a limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre-iniciativa, nos termos do inciso I do artigo 36 da Lei Antitruste.

⁶³⁷ Ibidem, p. 35.

⁶³⁸ Marinescu e Posner explicam que o “paralelismo ocorre quando dois ou mais competidores mantêm preços acima do competitivo, por exemplo, adotando estratégia de precificação de modo a uniformizar seus preços aos de seus concorrentes” (tradução livre). Cf. MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric A. Why has Antitrust Law failed workers? **Social Science Research Network**. Mar. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3335174. Acesso em: 7 jun. 2020, p. 31.

⁶³⁹ MONTEIRO, Alberto Afonso. Troca de informações entre concorrentes: limites e possibilidades da configuração de prática anticoncorrencial autônoma. **Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 23, jan-jun. 2013.



A SG explica ainda, em sua Nota Técnica, que, não obstante o termo “cartel” seja utilizado na jurisprudência e na doutrina para se referir a acordos de fixação de preços ou divisão de mercados, as trocas de dados concorrencialmente sensíveis podem gerar “o mesmo efeito anticoncorrencial que as práticas geralmente classificadas como carteis”⁶⁴⁰.

Nessa perspectiva, a conduta em questão aproxima-se da cartelização, uma vez que induz à prática concertada ou à uniformização de condutas, caracterizando-se em colusão tácita. Por essa razão, além de enquadrar-se na conduta descrita no inciso I do artigo 36 da Lei 12.529 de 2011, pode se configurar como conduta que promove, obtém ou influencia a adoção de conduta comercial *uniforme* ou *concertada* entre concorrentes, conforme o inciso II do parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal. Nota-se ainda, que tal conduta difere do paralelismo, pois não se trata de uma conduta natural do mercado a causar a uniformização de preços, mas de um artifício para gerar essa padronização prejudicial à concorrência do mercado.

Nesse mesmo sentido, a Nota Técnica menciona que a União Europeia possui entendimento semelhante, pois as trocas de dados concorrencialmente sensíveis são também, em geral, consideradas práticas concertadas e “sujeitam-se à ilicitude do objeto”⁶⁴¹. Neste ponto, adentra-se em mais um aspecto trazido à discussão: qual a regra de análise que deve ser aplicada ao escrutínio antitruste.

A princípio, cogita-se em caracterizar a conduta como “ilícito por objeto”, ainda que não exista precedente específico do CADE sobre prática concertada. A SG explica que, o ilícito por objeto no Brasil é semelhante à regra *per se* utilizada pelas agências antitruste nos Estados Unidos, na medida em que dispensam a prova dos efeitos anticompetitivos para que a conduta seja considerada anticompetitiva⁶⁴². No entanto, é

⁶⁴⁰ CADE. Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004548/2019-61. Site do CADE. 2021, p. 146.

⁶⁴¹ Ibidem, p. 23.

⁶⁴² Ibidem, p. 40.

importante ressaltar que, no caso de caracterização da conduta como “ilícito como objeto”, é possível que o agente econômico demonstre ganhos de eficiência e benefícios concorrenciais com a prática investigada, a justificar esta como único meio para atingir tais ganhos.

Nesse passo, a teoria da ilicitude por objeto prevê, diferentemente da regra *per se*, que a empresa sob investigação antitruste pode demonstrar que o objeto de sua conduta é “dotada de racionalidade econômica lícita”⁶⁴³.

Segundo a Nota Técnica em análise, esse é o entendimento de outras autoridades concorrenciais ao redor do mundo: a troca de informações sensíveis privadas entre concorrentes, que se referem a condutas futuras, devem ser tratadas como ilícito pelo objeto. A SG conclui⁶⁴⁴, então, que a depender do tipo de informação, da sua sensibilidade, do seu conteúdo – o que varia segundo alguns fatores, conforme já se explicou anteriormente – a conduta deve ser considerada ilícita pelo objeto, de modo que a comprovação dos efeitos da prática não se mostra necessária para configuração da infração antitruste. Basta verificar a *potencialidade* dos efeitos anticompetitivos decorrentes daquele intercâmbio de informações, cabendo à empresa que praticou a conduta, apresentar provas de eventuais ganhos de eficiência.

Assim, a troca de informações sensíveis entre empresas empregadoras no mesmo mercado relevante do trabalho podem ser configuradas infração à ordem econômica, quando tiverem por objeto a concertação ou uniformização de condutas; ficam, portanto, sujeitas à ilicitude por objeto, pois o potencial efeito anticompetitivo “é equivalente ao

⁶⁴³ “Afasta-se a alegação de ‘condenação sem efeitos’ no caso de condutas ilícitas pelo objeto, já que teria sido a própria empresa condenada que não foi capaz de demonstrar que o objeto da prática era dotado de uma racionalidade econômica lícita. Portanto, concorda-se com a perspectiva de que a ilicitude pelo objeto é uma espécie do gênero ‘regra da razão’, com legitimidade oriunda, nos termos do artigo 36 da Lei 12.529/2011.” (Cf. AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 75-102. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/353/170>. Acesso em: 19 jan. 2021).

⁶⁴⁴ CADE. Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004548/2019-61. Site do CADE. 2021, p. 24 e 42.

da coordenação colusiva”⁶⁴⁵. Isso significa que, independentemente da verificação dos seus efeitos, a prática pode ser punida pelo antitruste brasileiro em razão do seu *potencial* efeito anticoncorrencial (e baixo potencial de benefícios competitivos), pois a ilicitude da prática é presumida em razão da natureza concertada da conduta.

Após toda a exposição teórica apresentada pela SG, esta conclui que a análise das trocas de informações sensíveis deve ser, certamente, analisada caso a caso, pois o potencial anticompetitivo da conduta depende de variados fatores específicos, que se alteram a depender da natureza da informação, das empresas envolvidas, do nível de desagregação da informação, entre outros já expostos.

No caso da conduta analisada pelo inquérito, detectou-se a existência de trocas de informações sensíveis entre as empresas no mercado relevante de *healthcare* da região metropolitana de São Paulo, organizadas pelo Grupo MedTech, informações estas que

(i) eram fontes de consultas e comparação para suportar o processo de tomada de decisão das empresas participantes, viabilizando/influenciando a estruturação de uma atuação coordenada/alinhada de modo uniforme/similar nos mercados de trabalho afetados; (ii) eram internamente disseminadas com a alta gerência das empresas, viabilizando/influenciando a estruturação de uma atuação coordenada/alinhada de modo uniforme/similar nos mercados de trabalho afetados; (iii) possuíam o efeito ainda que potencial, de limitar e prejudicar a livre concorrência nos mercados de trabalho afetados, por meio do achatamento e/ou uniformização dos parâmetros aplicados pelas empresas participantes.

Observou-se ainda, a ocorrência de pelo menos duas ocasiões de “alinhamento entre concorrentes em relação a condições e termos de negociações sindicais”, configurando-se como uma espécie de acordo de fixação de “preços”, ou seja, de remuneração.

⁶⁴⁵ Ibidem, p. 24.

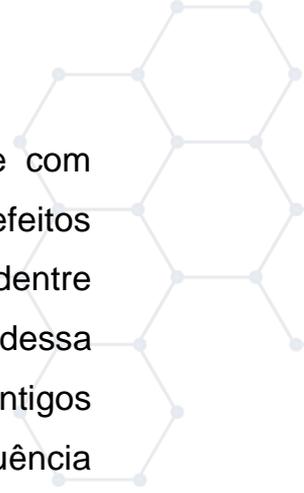
Assim, ao final, a SG concluiu a Nota Técnica pela existência de indícios robustos de infrações à ordem econômica, a justificar a instauração de Processo Administrativo.

Considerações Finais

Por todo o apresentado, o que se observa, a princípio, é que o Brasil não se encontra em um estágio tão avançado na discussão da matéria, tal como se alcançou nos Estados Unidos. Os casos estadunidenses surtiram bastante impacto nas agências antitruste e impulsionaram cada vez mais estudos na área de concorrência, economia e mercado de trabalho. O *Antitrust Guidance for HR Professionals* é resultado da repercussão desses casos – destaque-se o caso dos *no-poaching agreements* entre as empresas de *high tech* do Vale do Silício – e pesquisas no âmbito dos mercados de trabalho. O documento trouxe as diretrizes mais importantes para que as empresas não incorram em ilícitos antitruste quando do compartilhamento de informações sensíveis sobre termos de trabalho, e se atentem para não entrarem em acordos capazes de suprimir salários e mobilidade dos trabalhadores.

No Brasil, embora não haja um número robusto de estudos e doutrina sobre o tema, este não é completamente inexplorado. Especialmente a Nota Técnica emitida em março de 2021, nos autos de inquérito administrativo, demonstra que a autoridade brasileira antitruste tem se voltado, cada vez mais diligente, à análise dos mercados de trabalho sob a perspectiva do direito concorrencial.

De modo técnico e aprofundado, o CADE trouxe a discussão sobre o enquadramento da conduta autônoma das trocas de informações sensíveis como infração à ordem econômica, o que provocou também o questionamento acerca da melhor regra a ser aplicada quando da análise dessas práticas. A conclusão da agência antitruste foi que, a teoria da ilicitude pelo objeto, já desenvolvida por outras autoridades antitruste ao redor do mundo, pode ser aplicada no caso das trocas de informações



sensíveis, condutas que devem ser analisadas concretamente e com cautela, para se detectar a existência ou potencial existência de efeitos anticompetitivos. Esses efeitos dependem de uma série de fatores, dentre eles, o conteúdo da informação trocada, a disponibilidade dessa informação (pública ou sigilosa), o nível de desagregação, o quão antigos são os dados repassados, a dinâmica do mercado e até a frequência dessas trocas entre os concorrentes.

Desse modo, embora seja ainda precipitado concluir que a autoridade antitruste brasileira passará a exercer maior *enforcement* sobre as questões atinentes à concorrência no mercado de trabalho, um grande passo foi dado.

Nessa perspectiva, não se pode esquecer da importância da elaboração de um guia com as orientações necessárias aos profissionais de Recursos Humanos, à semelhança do guia estadunidense. Segundo as Notas do Brasil enviadas à OCDE, o guia de melhores práticas está sendo desenvolvido pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE). Dentre essas boas práticas para minimizar o risco de abusos na troca de informações sensíveis, deve-se mencionar a importância de tratar, limitar e agregar os dados sobre termos e condições de trabalho ao passá-los para uma empresa concorrente no mercado de trabalho, de modo semelhante ao que é feito com relação a empresa concorrente no mercado de produtos. Importante constar também o estabelecimento de *clean teams* e do seu gerenciamento como terceiro neutro no caso de propostas de fusões e aquisições, atendo-se aos instrumentos e mecanismos disponibilizados pelo guia do CADE para análise de consumação prévia dos atos de concentração.

Assim, as discussões sobre a temática no Brasil, ainda que recentes, são indicadores de que a preocupação antitruste com o mercado de trabalho é uma perspectiva que merece atenção das autoridades antitruste. Até porque, mercados de trabalho competitivos promovem melhores oportunidades de empregos e maiores salários, convergindo para o objetivo historicamente central do antitruste, a proteção dos

consumidores, na medida em que os trabalhadores também fazem parte do mercado de consumo.

Referências Bibliográficas

AMORIM, Fernando. A ilicitude pelo objeto e o alcance da discricionariedade do CADE no processo administrativo sancionador antitruste. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 5, nº 2, Novembro 2017, pp. 75-102. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/353/170>. Acesso em: 19 jan. 2021.

ARTEAGA, Juan A.; STELLA, Richard. DOJ Brings First 'No-Poach' Prosecution Since Issuing Guidance for HR Professionals. **New York Law Journal**. Vol. 259, n. 70, 12 abril 2018.

ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; MENDONÇA, Nayara. O improvável encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. **Revista do IBRAC**, vol. 24, n. 2, p. 65-93, 2018. Disponível em: http://www.ibrac.org.br/UPLOADS/PDF/RevistadoIBRAC/Revista_do_IBRAC_24_N_2-2018.pdf. Acesso em: 5 abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 25 jan. 2018.

CADE. **Guia para análise da Consumação Prévia de Atos de Concentração Econômica**. Maio, 2025. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/gun-jumping-versao-final.pdf. Acesso em: 30 abr. 2020.

CADE, Nota Técnica nº 10/2016. Processo Administrativo nº 08700.006386/2016-53. **Site do CADE**. Disponível em: <https://bit.ly/2PjQ87G>. Acesso em: 17 de jun. 2019

CADE. Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE. Inquérito Administrativo nº 08700.004548/2019-61. **Site do CADE**. Disponível em: <https://bit.ly/39u6ZvC>. Acesso em: 19 mar. 2021.

COMISSÃO EUROPEIA, Orientações sobre a aplicação do artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal. **Jornal Oficial da União Europeia**. 14 jan. 2011. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:52011XC0114(04)). Acesso em: 19 jan. 2021.

DÉCHAMPS, Pascale; DESCAMPS, Ambroise; ARDUINI, Francesca; BAYE, Célia; DAMSTRA, Lola. Labour Markets: a blind spot for competition authorities?; **Forthcoming – Competition Law Journal**. Disponível em:

<https://bit.ly/39u3HbK>. Acesso em: 10 jan. 2021.

DOJ. **Case 1:18-cv-00747**, 2018. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case-document/file/1048866/download>. Acesso em: 10 jan. 2020.

DOJ, **Introduction to Antitrust Division Business Reviews**. Disponível em: <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2011/11/03/276833.pdf>. Acesso em: 12 out. 2020

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

FTC. **Competition Advisory Opinions**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/competition-advisory-opinions>. Acesso em: 12 out. 2020

IBRAC. 25.º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. **“Cruzando fronteiras: existem pontes entre o direito antitruste e o mercado de trabalho?”**. 2019. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=1e8ARwco1IM>. Acesso em: 19 jan. 2019.

KNORR and Wabtec Employees File Antitrust Lawsuit to Recover Damages Stemming From Employers’ “No-Poach” Conspiracy. **GlobeNewswire**. Disponível em: <https://bit.ly/3dpQPvV>. Acesso em: 12 out. 2020.

MARINESCU, Ioana; POSNER, Eric A. Why has Antitrust Law failed workers? **Social Science Research Network**. Mar. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3335174. Acesso em: 7 jun. 2020.

MONTEIRO, Alberto Afonso. Troca de informações entre concorrentes: limites e possibilidades da configuração de prática anticoncorrencial autônoma. **Revista do IBRAC: Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, São Paulo, v. 23, jan-jun. 2013.

NAIDU, Suresh; POSNER, Eric A.; WEYL, E. Glen. Antitrust Remedies for Labor Market Power. **Harvard Law Review**, Cambridge, MA, 23 fevereiro 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3129221>. Acesso em: 3 jun. 2019.

OCDE, **Competition Issues in Labour Markets**, Notes by Brasil, 2019.

OCDE, **Information Exchanges Between Competitors under Competition Law**, 2010. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/cartels/48379006.pdf>. Acesso: 21 jan. 2021.

PROL, Flávio Marques; HADDAD, Frederico; GRETSCHISCHKIN, Felipe C.. Concorrência e trabalho: uma nova aproximação. **Site JOTA**, 27 junho 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-doviniccius/concorrenca-e-trabalho-uma-nova-aproximacao-27062018>. Acesso em: 10 jun. 2019

U.S. DOJ; FTC. **Antitrust Guidance for HR Professionals**. Site do U.S Department of Justice, Washington, D.C., 2016. Disponível em: https://www.justice.gov/atr/_le/903511/download. Acesso em: 9 abr. 2019.

U.S. DISTRICT COURT FOR THE DISTRICT OF COLUMBIA. United States v. Adobe Systems, Inc., et al. **Site do U.S. Department of Justice**, 17 março 2011. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/case/us-v-adobesystems-inc-et-al>. Acesso em: 18 jun. 2019.

WHEN Rules Don't Apply. Disponível em: <https://www.whenrulesdontapply.com/>. Acesso em: 19 jun. 2019.

Direito Antitruste e Big Data: a conexão da proteção e dados com o direito da concorrência

Alaís Aparecida Bonelli da Silva

José Matheus Muniz

Mariana Nascimento Silveira

Resumo: Diante do contexto da chamada Quarta Revolução Industrial é clara a percepção de que a legislação antitruste não está preparada para endereçar corretamente as questões concorrenciais ante o surgimento de complexos mercados digitais. Como principal vantagem competitiva pode ser mencionada a utilização de *Big Data* para incremento da eficiência nas atividades de seus detentores. Neste sentido, sua utilização pode acarretar, para além das condutas anticoncorrenciais já previstas na legislação antitruste, um fortalecimento do poder econômico detido por grandes empresas aqui inseridas, assim como, em maiores barreiras para novos participantes. Desta forma, o presente trabalho propõe-se a analisar os desafios ao direito antitruste apresentados pela dinâmica do mercado digital com enfoque na problemática da utilização de *Big Data* e a necessária cooperação entre as autoridades concorrenciais e de proteção de dados. As metodologias utilizadas foram, primeiramente, a utilização do método dedutivo a partir de levantamento bibliográfico e do método indutivo a partir das experiências de outros países. Como conclusão, tem-se a necessidade de trabalho e análises conjuntas entre as autoridades antitruste e de proteção de dados de forma a garantir os princípios constitucionais e da ordem econômica.

Abstract: In the context of the so-called Fourth Industrial Revolution it is clear the perception that the antitrust legislation is not prepared to properly address the competition issues after the emergence of complex digital markets. As the main competitive advantage, one can mention the use of Big Data to increase efficiency in the activities of its holders. In this regard, its use may lead, in addition to the anti-competitive conduct already provided for in the antitrust legislation, to a strengthening of the economic power held by large technology companies, as well as higher barriers for new entrants. Thus, this paper proposes to analyze the challenges to antitrust law presented by the dynamics of the digital market with a focus on the problem of the use of Big Data and the necessary cooperation between competition and data protection authorities. The methodologies used were, first, the deductive method based on bibliographic research and the inductive method based on the experiences of other countries. As a conclusion, it was highlighted the need for joint work and analysis between the antitrust and data protection authorities in order to guarantee the constitutional principles and the economic order.

Palavras-chave: Direito Antitruste; Proteção de Dados; Lei Geral de Proteção de Dados; *Big Techs*; *Big Data*.

Introdução

Os antecedentes modernos do direito antitruste (ou concorrencial) são encontrados na América do Norte, dentro do contexto do fim da Guerra

de Secessão estadunidense e da expansão do comércio no Atlântico Norte⁶⁴⁶. Com a intensificação das relações comerciais, existência de competidores externos e surgimento dos primeiros “impérios de Trustes” nos EUA e Canadá, a defesa da concorrência passa a ser desenvolvida e utilizada sob a lógica de que seria fundamental para a garantia do interesse público em uma economia liberal (Ibid.)⁶⁴⁷.

Conforme nos ensina os Professores Eduardo Gaban e Juliana Domingues, à priori, foi o Canadá o pioneiro a legislar sobre o tema:

[...] em 1889, editou o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations Formed in Restraint of Trade*, cuja finalidade era atacar arranjos ou combinações voltados a restringir o comércio mediante a fixação de preços ou a restrição da produção (cartéis)⁶⁴⁸.

Enquanto o Canadá trilhava seus primeiros passos para o desenvolvimento do Direito Antitruste, em 1890, foi elaborado nos EUA o *Sherman Act*, primeira legislação antitruste estadunidense e, sem dúvida, o documento mais notório acerca do tema até então – citado até hoje como o embrião do Direito Antitruste moderno⁶⁴⁹.

Quanto à legislação brasileira, as primeiras preocupações quanto à concorrência surgiram na Constituição Federal de 1934, durante o governo Vargas – o qual, inclusive, originou a primeira legislação específica – a Lei Malaia, de 1945 –, imediatamente desfeita após o término de seu governo⁶⁵⁰.

Sendo assim, apenas em 1962, com a Lei nº 4.137 de 10/12/1962, é que o Brasil teve seu primeiro diploma legal que versava acerca do abuso de poder econômico, legislação na qual foi criado o Conselho

⁶⁴⁶ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 67-83.

⁶⁴⁷ Ibid.

⁶⁴⁸ Ibid.

⁶⁴⁹ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. P. 33-86.

⁶⁵⁰ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 67-83.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE)⁶⁵¹. Esse, contudo, só foi transformado em autarquia federal com a Lei nº 8.884/94, a qual também “sistematizou a matéria antitruste, de forma a aperfeiçoar seu tratamento legislativo”⁶⁵².

Nesse ínterim, a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88), trouxe em seu art. 170 os princípios gerais da atividade econômica, com o fim de estabelecer padrões para a atividade econômica nacional⁶⁵³, merecendo destaque a livre concorrência, defesa do consumidor e a livre iniciativa.

Por fim, o mesmo sistema de defesa da livre concorrência adotado pela legislação de 1990 foi usado na Nova Lei Antitruste Brasileira (Lei nº 12.529/2011, também conhecida como Lei de Defesa da Concorrência), possuindo enfoque triplo: “o controle de estruturas, o controle de condutas anticoncorrenciais, preponderando neste último plano o combate aos cartéis e ao abuso de posição dominante, e a advocacia da concorrência”⁶⁵⁴— sendo esta última, ainda primitivo em nosso país.

Sendo assim, dado o contexto de edição das normas estadunidenses e, conseqüentemente, da brasileira, é notório que essas legislações não estão adaptadas ao contexto da chamada Quarta Revolução Industrial, que envolve o surgimento de complexos mercados digitais e *Big Techs*⁶⁵⁵.

⁶⁵¹ Ibid.

⁶⁵² Ibid.

⁶⁵³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁶⁵⁴ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. P. 67-83.

⁶⁵⁵ GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade**. In:

Nesse cenário, a partir das inovações tecnológicas trazidas por essas empresas, é possível observar a existência de vantagem competitiva oriunda da utilização do enorme conjunto de dados digitais à sua disposição – *Big Data* – os quais são por elas captados, armazenados e processados, permitindo maior eficiência em suas atividades⁶⁵⁶.

Portanto, a utilização de *Big Data* pode acarretar, para além das condutas anticoncorrenciais já previstas na legislação antitruste (tanto a brasileira quanto a estadunidense)⁶⁵⁷, um fortalecimento do poder econômico detido por grandes empresas aqui inseridas, assim como, em maiores barreiras para novos participantes ⁶⁵⁸.

1. Desenvolvimento

1.1. Tratamento de Dados como Vantagem Competitiva

Os gigantes da internet estão engolindo a economia mundial, e o modelo de negócios das plataformas é propenso à formação de monopólios naturais em razão dos efeitos de rede e das economias de escala.

A privação de transparência e *accountability* dificulta significativamente a análise concorrencial, e as investigações a respeito das ações anticompetitivas dos agentes inteligentes.

DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0:** fronteira entre concorrentes e inovação. Editora Singular: São Paulo. 2019. P. 169-176.

⁶⁵⁶ BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0:** fronteira entre concorrentes e inovação. Editora Singular: São Paulo. 2019. P. 45-56.

⁶⁵⁷ GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0:** fronteira entre concorrentes e inovação. Editora Singular: São Paulo. 2019. P. 169-176.

⁶⁵⁸ BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0:** fronteira entre concorrentes e inovação. Editora Singular: São Paulo. 2019. p. 45-56.

O abuso por parte das empresas de *big data* na exploração dos dados obtidos para a manutenção de sua supremacia chama atenção para a necessidade de intervenção do direito antitruste, ressaltando a ampliação do conceito de bem-estar do consumidor para além da eficácia econômica – questionando os preceitos da escola de Chicago.

São grandes os riscos e ameaças que decorrem da utilização da *big data*, dentre os quais o agigantamento exponencial de agentes econômicos às custas de violações da privacidade, da autodeterminação informativa e da própria individualidade dos sujeitos titulares dos dados, com evidentes impactos sobre a dinâmica concorrencial.

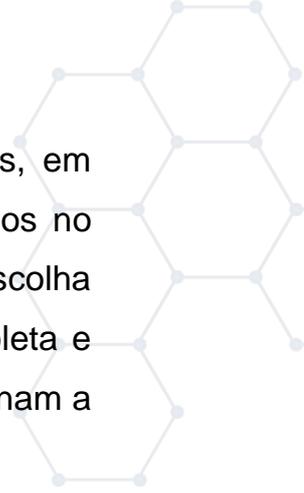
Em um cenário de avanço contínuo da tecnologia e da utilização de sistemas tecnológicos baseados na coleta e tratamento de dados dos usuários, cabe questionar o papel que a informação assume enquanto recurso econômico e possível vantagem competitiva.

Ana Frazão destaca que os algoritmos são relacionados a caixas-pretas, onde ainda que a neutralidade seja uma meta impossível, a transparência, além de possível é extremamente necessária, assim como a regulação jurídica, que não pode se tornar inócua⁶⁵⁹.

As decisões de máquinas e algoritmos não podem ser isentas de responsabilidade e controle de riscos, e por este motivo o cumprimento ou o não do dever de cuidado pode ser um importante critério para a diferenciação entre práticas lícitas e ilícitas.

O silêncio advindo das autoridades competentes incorre na convivência ao cometimento de ilícitos, como a colusão de condutas e preços, desde que operadas por agentes inteligentes. Tal conduta deturpa os princípios da função social da propriedade bem como o da defesa dos consumidores e não pode ser permitido em hipótese alguma, exigindo imediata intervenção das autoridades competentes.

⁶⁵⁹ FRAZÃO, Ana. **Violação de dados pessoais pode ser um problema antitruste?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/violacao-de-dados-pessoais-pode-ser-um-problema-antitruste-21022019>



Nos últimos anos os administradores de grandes empresas, em especial as *big techs*, têm investido grande parte de seus recursos no desenvolvimento de algoritmos que os ajudem a eleger a melhor escolha para seus investimentos, escolhas estas que são baseadas na coleta e tratamento de dados pessoais que, depois de interpretados, direcionam a melhor opção para conquistar e fidelizar clientes.

É irrefutável que as máquinas conseguem direcionar as decisões de forma mais objetiva e certa do que os seres humanos, isto porque analisam as informações de maneira imparcial e objetiva, enquanto decisões humanas são mais parciais e sujeitas a equívocos.

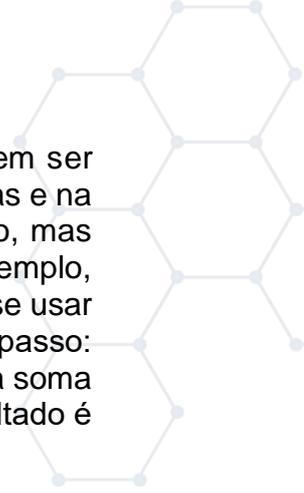
Ocorre que a transferência da tomada de decisões para os algoritmos é uma ferramenta que não está disponível para todos os campos e níveis empresariais, visto o investimento necessário para obtenção de êxito neste objetivo.

A administração e gerenciamento de uma empresa demandam extrema organização, planejamento e a constante tomada de decisões. O conjunto destas definem os resultados que obterão, bem como a ascensão desta em sua esfera.

Nos últimos anos os administradores de grandes empresas, em especial as *big techs*, tem investido grande parte de seus recursos no desenvolvimento de algoritmos que os ajudem a eleger a melhor escolha para seus investimentos, escolhas estas que são baseadas na coleta e tratamento de dados pessoais que depois de interpretados direcionam a melhor opção para conquistar e fidelizar clientes.

É irrefutável que as máquinas conseguem direcionar as decisões de forma mais objetiva e certa do que os seres humanos, isto porque analisam as informações de maneira imparcial e objetiva, enquanto decisões humanas são mais parciais e sujeitas a equívocos.

Na explicação de Yuval Noah Harari a precisão dos algoritmos se dá da seguinte forma:



Um algoritmo é um conjunto metódico de passos que podem ser usados na realização de cálculos, na resolução de problemas e na tomada de decisões. Não se trata de um cálculo específico, mas do método empregado quando se fazem cálculos. Por exemplo, quando se quer calcular a média entre dois números, pode-se usar um algoritmo simples. O algoritmo estabelece: 'Primeiro passo: obtenha a soma dos dois números. Segundo passo: divida a soma por 2'. Com relação aos números 4 e 8, por exemplo, o resultado é 6. Com 117 e 231, o resultado é 174.⁶⁶⁰

Ocorre que a transferência da tomada de decisões para os algoritmos é uma ferramenta que não está disponível para todos os campos e níveis empresariais, haja vista o tamanho investimento necessário para obtenção de êxito neste objetivo.

É impreterível pontuar situações de abuso para definir limites e determinar a regulação do comportamento anticompetitivo de agentes inteligentes. Muito questionou-se o momento exato em que deveria haver intervenção jurídica, e hoje, conforme demonstrado no decorrer deste artigo pode-se afirmar que é imprescindível que esta regulação seja realizada de forma imediata e antecedente a qualquer consequência grave da utilização do tratamento de dados como vantagem competitiva.

No início de seu desenvolvimento, a inteligência artificial buscava exclusivamente apresentar novas funções para os computadores – que começavam a despontar como grande ferramenta. Contudo, com o passar do tempo, seu progresso ultrapassou a seara original e começou atingindo desfechos não esperados, e suas funcionalidades começaram a ser úteis para alguns players e extremamente nocivas a outros.

Ser capaz de simular e reproduzir a habilidade humana de raciocinar, resolver problemas e tomar decisões autônomas a partir de suas próprias experiências, se difundiu nos últimos anos e passou a ser encarada como um problema a partir do momento em que tais decisões não são facilmente rastreadas e penalizadas, quando necessário.

⁶⁶⁰ FRAZÃO, Ana. Big data e impactos sobre a análise concorrencial. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-28112017>

Segundo Ryan Calo, o entusiasmo contemporâneo em torno da IA decorre da promessa de técnicas decorrentes do *machine learning*, que buscam tornar os algoritmos cada vez mais independentes.

O “aprendizado de máquina” evolui por conseguir melhorar sua performance com base em experiências anteriores em situações idênticas ou próximas, e assim, conseguir reagir às situações futuras, com base na forma como errou ou acertou anteriormente em circunstância parecida.

A inteligência artificial deu um grande salto em relação aos programas tradicionais utilizados anteriormente e acessíveis a todos.

Atualmente, o *deep learning*, considerado como a principal disrupção tecnológica da área, consiste em um protótipo baseado em um conjunto de algoritmos que arquitetam conceitos para traduzir a linguagem natural. Essa habilidade oferece uma nova medida ao aprendizado intuitivo, permitindo a análise de dados brutos para a classificação de informações contidas em diferentes formatos, como áudios, textos, imagens, sensores e bancos de dados.

Esta técnica faz com que as máquinas aprendam certas funções a ponto de conseguirem agir sem qualquer interferência humana.

Importante ressaltar, porém, que apesar de estar sendo objeto de grande evolução atualmente, a origem das redes neurais não é tão recente assim, remetendo a década de 1940, no início da cibernética⁶⁶¹.

Conforme a tecnologia avança e garante um grau de independência cada vez maior para as decisões dos agentes inteligentes, despontam também muitos questionamentos a respeito da validade, efetividade, efeitos e limites de responsabilidade dos atos considerados como exclusivos destes autores.

Não é possível, por exemplo, policiar essa nova realidade alicerçados tão somente nas normas clássicas do Direito, sejam estas

⁶⁶¹ MARIOTTO, Camila; LAHORGUE NUNES, Simone. **Economia Digital, proteção de dados e concorrência.** Disponível em: <https://www.bing.com/search?q=Economia+digital%2C+proteção+de+dados+e+concorrência&cvid=14f285ec1a2e4f1aa9febabc9c106e6&aqs=edge..69i57j69i60.492j0j1&pglt=803&FORM=ANNTA1&PC=DCTS>. Acesso em: 18 mar. 2021.

nacionais ou internacionais, pois foram elaboradas diante de outro cenário, que sequer imaginava os avanços que o setor tecnológico poderia atingir.

A (r)evolução da informática fez surgir novos protótipos de comportamento, o que demanda novas formas de julgamento tanto do ponto de vista legal, quanto do ponto de vista social, exigindo que conceitos tradicionais e institutos clássicos do Direito sejam diluídos, ou ao menos observados, sob nova óptica, para que consigam alcançar uma regulação efetiva e eficiente dos vínculos virtuais.

A responsabilização baseada na objetividade dos atos deriva, principalmente, da gestão de riscos focada nas reações dos agentes, considerando as infinitas atualizações que ocorrem constantemente neste meio, além das inúmeras possibilidades de modificação que surgem dia por dia.

Partindo desta premissa, espera-se que com a comprovação da ocorrência do dano e a existência denexo causal entre o comportamento lesivo do agente inteligente e os danos causados aos clientes e/ou para a concorrência, seja possível atribuir a culpabilidade para aquele capaz de mitigar riscos e gerenciar impactos negativos, não o fez.

A teoria *deep-pocket*, de origem norte-americana defende que todas as pessoas ligadas a atividades de risco devem ser rentáveis e úteis para a sociedade, tentando compensar compulsoriamente os danos causados pelo lucro obtido. Guardadas as devidas proporções e analisando esta proposta sob um viés concorrencial, até que ponto uma “atividade de risco” que interfere diretamente no acesso de novos players pode ser rebatida com uma atitude rentável?

Observa-se que, cada vez mais, as “máquinas pensantes” agem de forma autônoma, pensando e decidindo por si a melhor resposta para os problemas que vão surgindo, e a forma mais eficaz de conseguir satisfazer seus clientes, interferindo diretamente na vida de todos eles e, em tese, fazendo bem para todas as partes.

Não se analisa, porém, o quão tais pontos podem ser nocivos à criação e manutenção de empresas de micro e pequeno porte que não

possuem estrutura suficiente para bancar um sistema de coleta de dados e *deep learning* exclusivo para avaliar as melhores opções para seus consumidores e estão disputando diretamente o mercado com multinacionais que adotam este tipo de abordagem a alguns anos.

Um dos principais desafios enfrentados pelo sistema regulatório é o de dar resposta aos constantes avanços das relações humanas e negociais, principalmente quando influenciadas por inovações tecnológicas. Não é novidade que tais atualizações têm nos levado para um mundo novo e desconhecido. A inteligência artificial, por exemplo, vem evoluindo para conquistar uma maior ou até mesmo completa autonomia para tomar decisões. A partir do momento em que esta autonomia fere princípios concorrenciais, influencia diretamente o Direito Antitruste, ao prejudicar a concorrência com atitudes predatórias das grandes plataformas digitais.

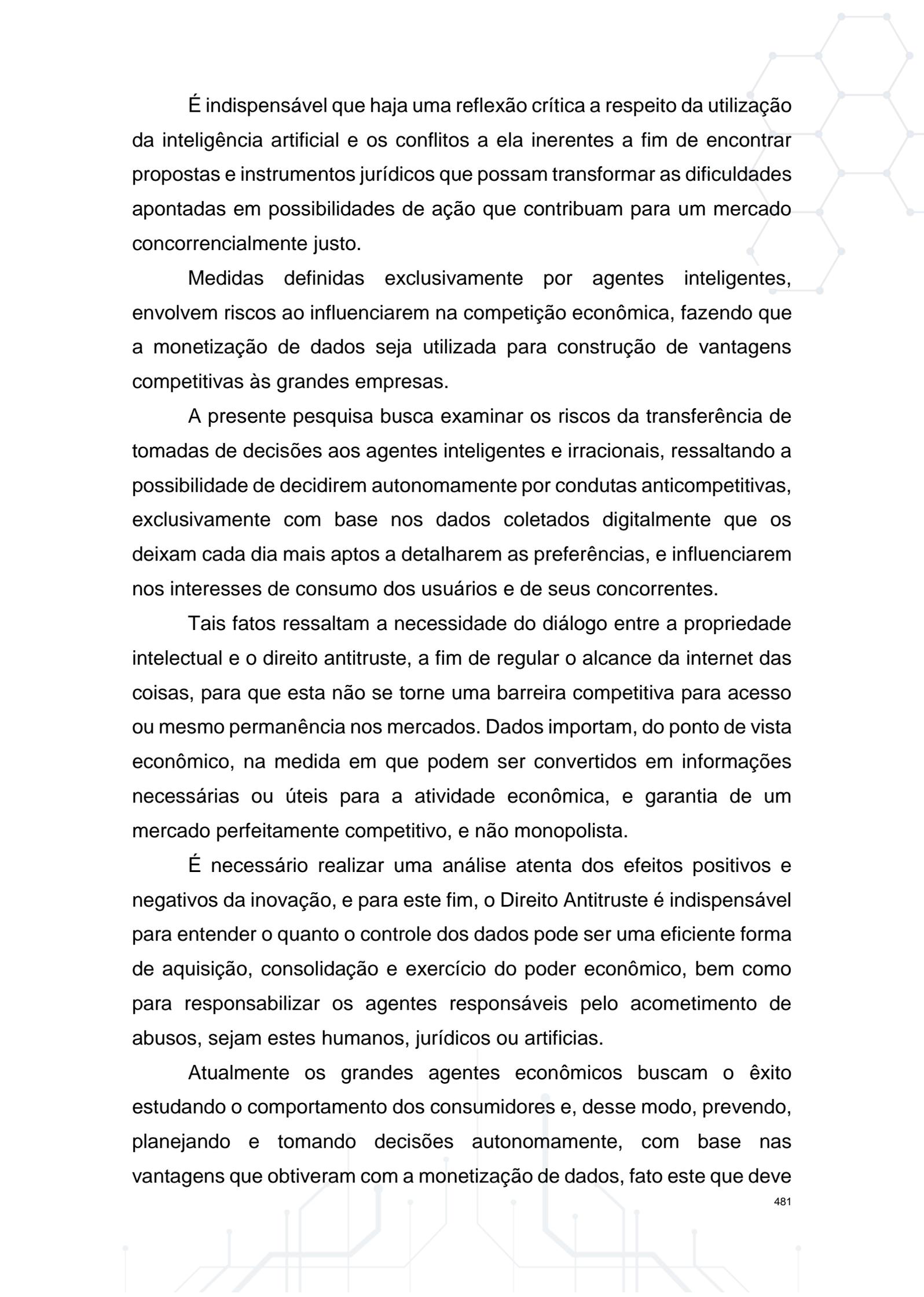
Juliana Domingues e Eduardo Saad ressaltam para o fato de que atualmente pouco ou nada se sabe sobre como atribuir responsabilidade aos agentes inteligentes, e poucas pesquisas se destinam a esta atribuição, cenário este que não pode perdurar ⁶⁶².

Para Ana Frazão a inteligência artificial, para ser confiável, precisa ser lícita, ética e robusta, tanto da perspectiva técnica quanto da perspectiva social, considerando os riscos, ainda que não intencionais, que oferece para a democracia, as garantias legais (*rule of law*), a justiça distributiva, os direitos fundamentais e mesmo a mente humana⁶⁶³.

Os riscos concorrenciais decorrentes do *big data*, principalmente frente o destaque crescente das grandes plataformas, são concretos, e isso potencializa a necessidade do Direito da Concorrência se adaptar perante esta nova conjuntura.

⁶⁶² DOMINGUES, Juliana Oliveira; SAAD-DINIZ, E. Ilícitos concorrenciais praticados por sistemas de inteligência artificial: da ficção ao compliance. In: Frazão, Ana; Mulholland; Caitlin. (Org.). **Direito e Inteligência Artificial: Ética, Regulação e Responsabilidade**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 349-371.

⁶⁶³ FRAZÃO, Ana. Dimensões concorrenciais do abuso da propriedade intelectual. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dimensoes-concorrenciais-do-abuso-da-propriedade-intelectual-01082018>



É indispensável que haja uma reflexão crítica a respeito da utilização da inteligência artificial e os conflitos a ela inerentes a fim de encontrar propostas e instrumentos jurídicos que possam transformar as dificuldades apontadas em possibilidades de ação que contribuam para um mercado concorrencialmente justo.

Medidas definidas exclusivamente por agentes inteligentes, envolvem riscos ao influenciarem na competição econômica, fazendo que a monetização de dados seja utilizada para construção de vantagens competitivas às grandes empresas.

A presente pesquisa busca examinar os riscos da transferência de tomadas de decisões aos agentes inteligentes e irracionais, ressaltando a possibilidade de decidirem autonomamente por condutas anticompetitivas, exclusivamente com base nos dados coletados digitalmente que os deixam cada dia mais aptos a detalharem as preferências, e influenciarem nos interesses de consumo dos usuários e de seus concorrentes.

Tais fatos ressaltam a necessidade do diálogo entre a propriedade intelectual e o direito antitruste, a fim de regular o alcance da internet das coisas, para que esta não se torne uma barreira competitiva para acesso ou mesmo permanência nos mercados. Dados importam, do ponto de vista econômico, na medida em que podem ser convertidos em informações necessárias ou úteis para a atividade econômica, e garantia de um mercado perfeitamente competitivo, e não monopolista.

É necessário realizar uma análise atenta dos efeitos positivos e negativos da inovação, e para este fim, o Direito Antitruste é indispensável para entender o quanto o controle dos dados pode ser uma eficiente forma de aquisição, consolidação e exercício do poder econômico, bem como para responsabilizar os agentes responsáveis pelo acometimento de abusos, sejam estes humanos, jurídicos ou artificiais.

Atualmente os grandes agentes econômicos buscam o êxito estudando o comportamento dos consumidores e, desse modo, prevendo, planejando e tomando decisões autonomamente, com base nas vantagens que obtiveram com a monetização de dados, fato este que deve

gerar inquietação das autoridades que lidam com ilícitos anticoncorrenciais.

Embora o comércio físico e digital guarde muitas semelhanças, é somente no eletrônico que manifesta situações cada vez mais delicadas para as quais ainda não se tem uma resposta definitiva: a responsabilidade em caso de conduta praticada por agente inteligente.

Por este motivo, cabe às autoridades concorrenciais brasileiras avaliarem quais iniciativas tecnológicas culminaram em situações de abuso para definirem os limites da programação de *deep-learning* a fim de defesa da concorrência.

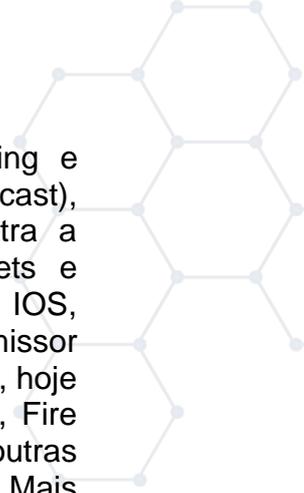
Peter Norvig e Stuart Russel definem inteligência artificial como “o estudo de agentes que recebem percepções do ambiente e executam ações”⁶⁶⁴, percepções estas colhidas por meio de dados levantados e inputs direcionados pelos interessados. Diante deste avanço tecnológico contínuo e desmedido e a utilização de sistemas astuciosos focados na apreensão de dados dos usuários, cabe questionar a função que as informações assumem enquanto recurso econômico e possível vantagem competitiva.

Atualmente o maior poder econômico está nas mãos das grandes empresas de tecnologia. Alphabet, Facebook, Microsoft, Apple, Amazon, utilizam elementos obtidos por meio de seus produtos para aperfeiçoar e desenvolver seus sistemas, e ofertar seus serviços de forma cada dia mais individualizada e particular.

Além disso, muitas plataformas tem estendido e ampliado o seu rol de serviços, buscando um completo domínio da rede. Para exemplificar Kruel Rodrigues, cita exemplos:

A integração vertical aparenta ser uma característica comum aos agentes atuantes na nova economia, conforme diversos exemplos demonstram. O Google, inicialmente, apenas um buscador na internet, hoje atua como navegador de internet (Chrome), provedor de e-mail (Gmail), rede social (Google+), sistema operacional (Android), smartphones (Nexus), mapas digitais

⁶⁶⁴ NORVIG, Peter; RUSSEL, Stuart. **Inteligência Artificial**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P.4.



(Google Maps), comparador de preços (Google Shopping e Google Flights), GPS (Waze), transmissor de mídia (Chromecast), entre uma infinidade de outros produtos. A Apple ilustra a integração vertical entre hardware (computadores, tablets e smartphones) com softwares (sistema operacional IOS, navegador Safari), passando a atuar também como transmissor de mídia (Apple TV). A Amazon, inicialmente uma loja digital, hoje possui uma infinidade de hardwares (Kindle, Fire Phones, Fire Tablets, Fire TV). O Facebook cada vez se integra mais a outras formas de redes sociais, como o WhatsApp e o Instagram. Mais recentemente, a gigante de telecomunicações Verizon adquiriu o provedor de conteúdo online American Online.⁶⁶⁵

As implicações concorrenciais da coleta, portabilidade, e tratamento dos dados derivam da relevância econômica dos dados pessoais. Argumenta-se que se trata de vantagem competitiva – uma vez que a detenção de dados sobre preferências e comportamento do consumidor possibilitariam um feedback loop: mais informações importariam em melhorias no serviço, com o aumento de verbas publicitárias do outro lado do mercado, gerando, ainda, maior investimento em qualidade dos serviços, o que, por sua vez, implicaria na detenção de mais dados. Como o dado tem valor de ativo, é imprescindível a aplicação da legislação antitruste para tentar barrar estas violações.

A decisão menciona o termo “*data-driven network effects*”: isto é, a ideia que quanto mais usuários utilizam um serviço ou produto, mais atraente este se torna, especialmente em razão das economias escala e escopo relacionadas aos dados coletados.

Referidos efeitos de rede, por sua vez, poderiam gerar um efeito de “aprisionamento do consumidor” (*lock in*), à medida que aumentariam os custos de troca dos usuários. Exemplo clássico desta situação é a comparação entre os serviços de pesquisa Google e Duckduckgo, onde o primeiro assume grande vantagem sobre o segundo por coletar e tratar de forma mais perspicaz os dados de todos os usuários. O segundo, inclusive,

⁶⁶⁵ RODRIGUES, Eduardo Henrique Krueh. **O direito antitruste na economia digital: implicações concorrenciais do acesso a dados**. 2016. 117 f., il. Dissertação, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

aproveita para utilizar como anúncio “a ferramenta de busca que não rastreia você. ”

O relatório mais recente publicado sobre a influência dos dados para o direito concorrencial, é o Relatório Europeu “*Competition Policy for the Digital Era*” publicado em 2019, onde afirma que o acesso a uma grande base de dados pode conferir vantagem competitiva (especialmente quando ele possibilita uma maior qualidade ao serviço).

Antes disso, as notícias que se possuíam a respeito eram encontradas no Relatório Canadense “*Big data and innovation: Key Themes for Competition Policy in Canada*”, do ano de 2018, que ressaltava a falta de clareza quanto à existência de uma revolução de dados, e o relatório franco-germânico “*Competition Law and Data*” do ano de 2016, que elucidava que dados podem, em determinadas situações, manter sua característica de bem comum (não-rival e não-excludente), não prejudicando em absolutamente nada a concorrência.

A preocupação decorrente deste artigo é justificada pelo fato de que predominantemente a coleta dos dados que alimentam os sistemas de inteligência artificial são obtidos por grandes agentes econômicos, isolando-os na liderança de seus mercados, incentivando a formação de monopólios e a concorrência desleal, e nem assim representa a possibilidade de ser considerada conduta anticoncorrencial.

O cenário encontrado exige uma análise criteriosa para apurar se seria presumível que a utilização de AI interfere na concorrência dos players, e a partir disso, atribuir culpa aos responsáveis.

A captação e o acúmulo de dados obtidos pelas empresas de tecnologia e o crescente domínio por estas, tem estimulado cada vez mais o desenvolvimento de técnicas de machine learning que vem representando uma grande vantagem competitiva frente aos concorrentes⁶⁶⁶. Sem que os demais players consigam conquistar os

⁶⁶⁶ THE ECONOMIST. The world’s most valuable resource is no longer oil, but data: the data economy demands a new approach to antitrust rules. **The Economist. Leaders.** maio de 2017. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em outubro de 2020.

mesmos dados que as gigantes de tecnologia possuem, se deparam com um novo tipo de barreira por não conseguirem manter-se no mercado com tamanha disparidade de armas.

Diante destes fatos, sendo nítido o problema, destaca-se a necessidade de atualização da legislação antitruste, para que consiga abarcar os problemas concorrenciais decorrentes da utilização de *big data*, e tutelar o mercado perfeitamente competitivo, diante da ameaça de domínio das *big techs*.

O acúmulo de dados e o tratamento destes dá-se todos os dias em nível espantoso, o que torna esta discussão ainda mais urgente.

1.2. A Multiagencialidade como Proposta de Solução

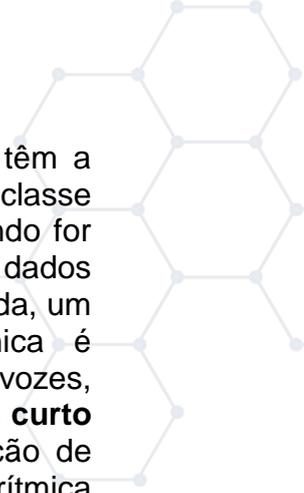
Em que pese a existência de normas jurídicas voltadas para o campo da ciência, tecnologia e inovação, como a Lei da Inovação, o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, questões como a responsabilidade por danos decorrentes de atos praticados por sistemas autônomos de inteligência artificial não foram regulados pelo legislador, e por este motivo, a pesquisa trabalhará paralelamente a estes diplomas, buscando ater sobre o uso da Inteligência Artificial para a obtenção de vantagens competitivas.

Além disso, questiona-se quem será responsabilizado pela atuação exclusiva de agentes inteligentes, uma vez que graças ao *Machine Learning* as programações podem ocorrer com ou sem supervisão, neste último caso não sendo possível vincular a atuação de nenhum humano nas consequências da atitude.

Isabela Ferrari⁶⁶⁷, pontuam que nos casos dos algoritmos não supervisionados:

(...) os dados que alimentam o sistema não são rotulados, deixando o algoritmo de aprendizado encontrar, por conta própria, estrutura

⁶⁶⁷ FERRARI, Isabela. **Accountability de algoritmos:** a falácia do acesso ao código e caminhos para uma explicabilidade efetiva. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Isabela-Ferrari.pdf>. Acesso em: 18. mar. 2021.



nas entradas fornecidas. Dessa forma, esses algoritmos têm a capacidade de organizar amostras sem que exista uma classe predefinida. O aprendizado não supervisionado é útil quando for necessário descobrir padrões em determinado conjunto de dados não rotulados, e pode ser um objetivo em si mesmo ou, ainda, um meio para atingir determinada finalidade. Essa técnica é empregada no reconhecimento e identificação de faces e de vozes, **além da criação de sistemas de tomada de decisão em curto espaço de tempo**, viabilizando, por exemplo, a construção de carros e drones autônomos. Exemplo de estruturação algorítmica que funciona de forma não supervisionada para atingir determinada finalidade é a rede neural convolucional, utilizada com sucesso no reconhecimento de imagens e processamento de vídeo. (grifo nosso)

Segundo Mariette Awad e Rahul Khana, o processo de desenvolvimento de algoritmos de *Machine Learning* pode ser decomposto em 7 passos básicos: (i) coleta de dados; (ii) pré-processamento de dados (consiste em três etapas: *formatting*, *cleaning* e *sampling*); (iii) transformação dos dados; (iv) treinamento dos algoritmos; (v) testagem dos algoritmos; (vi) aplicação de aprendizado por reforço (*reinforcement learning*) e, por fim, (viii) execução⁶⁶⁸.

Neste processo, a menor ou maior participação humana irá interferir diretamente na atribuição de responsabilidade civil do agente ou do administrador.

Deve ser mencionado que a Lei 13.874/2019, reconhecida como Lei de Liberdade Econômica, entre seus destaques ressalta a necessidade de evitar o abuso do poder regulatório encontrado em nosso país. Desta forma, a pesquisa lidará com cuidado na análise de quais atitudes realmente podem ser consideradas predatórias e devem ser responsabilizadas, e em quais a regulação normativa mais prejudicaria do que facilitaria a manutenção de um mercado perfeitamente competitivo e benéfico aos consumidores.

Desde que a privacidade pode ser melhor garantida com o livre mercado, é necessário que não haja forças que prejudiquem esse

⁶⁶⁸ KHANNA, Rahul; AWAD, Mariette. **Efficient Learning Machines: Theories, Concepts, and Applications for Engineers and System Designers**. Editora Apress. 30 de abril de 2015.

desempenho. Justamente aí se mostra necessário o controle do poder econômico, objeto do direito concorrencial. O mercado só apresentará resultados ótimos se os agentes econômicos tiverem incentivos para buscar a preferência dos consumidores, algo que parece não existir para quem detém poder de mercado, pelo próprio conceito do termo.

Partindo deste pressuposto, é impreterível destacar que a solução para estes casos deriva de uma nova forma de regulação. João Marcelo Rego Magalhães, menciona o dilema de Collingridge e a posição de Lyria Bennett para ressaltar que a pressa em expedir regulações tende a criar mais problemas do que soluções, tendo em conta a falta de informações sobre os impactos da tecnologia; por outro lado, deixar para regular em um estágio posterior levaria o risco de encontrar a tecnologia arraigada, o que tornaria muito custosa ou pouco efetiva qualquer regulação.⁶⁶⁹

Neste íterim, após criteriosa observação dos cenários mercadológicos, a metodologia antitruste deverá ser adaptada a fim de encontrar novos horizontes que possibilitem a identificação e a mensuração do poder econômico decorrente da crescente utilização de dados, bem como analisar quem deverá ser responsabilizado pelos danos causados por agentes inteligentes.

Ariel Ezrachi e Maurice Stucke afirmam que o surgimento de algoritmos, *big data* e superplataformas irá acabar com a concorrência tal como nós a conhecemos hoje e que este fato estabelecerá outra forma de desigualdade⁶⁷⁰.

Compreender as condutas anticompetitivas que têm como pano de fundo o uso *do big data* e de algoritmos é bastante útil para se ter uma melhor noção da dimensão dos desafios jurídicos que deverão ser enfrentados.

⁶⁶⁹ SANTA CRUZ, André; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. (Org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Comentários à Lei 13.874/2019**. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

⁶⁷⁰ EZRACHI, Ariel. STUCKE, Maurice. **Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy**. Harvard University Press, 2016.

Juliana Domingues e Eduardo Saad ressaltam a percepção da comunidade internacional de que as chamadas *big techs* possuem mecanismos para criação de barreiras à entrada, comportamento que deve ser totalmente rechaçado pelas autoridades antitrustes de forma reativa⁶⁷¹.

Para isso é importante a eleição de critérios para identificação de condutas anticompetitivas, que deve ser realizada com base na análise das experiências já enfrentadas, e iniciativas de resposta apresentadas como o memorando ETIPC de 2011, que traz princípios aplicáveis a regulação de novas tecnologias.

Frazão ressalta que Yuval Harari em seu mais recente livro interpela que a forma de regulação da propriedade de dados é a questão política mais importante da nossa era, salientando que se essa pergunta não for solucionada logo, nosso sistema sociopolítico poderá entrar em colapso⁶⁷².

Os avanços tecnológicos devem ser pensados a partir das condições éticas e de um crescimento econômico inclusivo e sustentável, superando a versão de Chicago que analisaria exclusivamente a satisfação dos consumidores.

Ana Frazão faz questão de sublinhar que a partir do momento em que um titular além de possuir posição dominante, se utiliza de direitos indevidamente obtidos ou de meios ou estratégias abusivas, para intimidar e coagir determinados concorrentes, é a própria concorrência que acaba sendo afetada. (FRAZÃO, 2018)

Diante disso denota-se a importância da referida pesquisa no atual cenário de desenvolvimento econômico e tecnológico, em busca de

⁶⁷¹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; SAAD-DINIZ, E. Ilícitos concorrenciais praticados por sistemas de inteligência artificial: da ficção ao compliance. In: Frazão, Ana; Mulholland; Caitlin. (Org.). **Direito e Inteligência Artificial: Ética, Regulação e Responsabilidade**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 349-371.

⁶⁷² FRAZÃO, Ana. Big data e impactos sobre a análise concorrencial. **Jota**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-28112017>.

suporte necessário para a priorização de um progresso realmente justo e eficaz.

Nesse sentido, acerca da responsabilidade civil em âmbito empresarial por uso de Inteligência Artificial e algoritmos para a tomada de decisões, ensina Frazão que:

(...) é possível falar em ato ilícito, ainda que não doloso, quando a empresa (i) adota algoritmo sem saber como ele age – violação ao dever de diligência por tomar decisão não informada –; ou (ii) não toma as providências necessárias para, a partir do monitoramento dos resultados práticos da utilização dos algoritmos, evitar a colusão ou outros tipos de conduta anticoncorrencial – violação ao dever de diligência por ausência de controle de risco. Nesse caso, seria possível se cogitar da responsabilidade tanto da pessoa jurídica, como dos gestores. Na verdade, o próprio defeito de organização pode ser visto como uma violação ao dever de diligência, pois já se viu que, no atual contexto, este último ganha uma dimensão organizativa, relacionada ao compromisso de criar e manter organização eficiente e idônea para o controle do risco assumido. Logo, a violação do referido dever tanto poderá ensejar a responsabilidade civil, como também a responsabilidade no âmbito do direito punitivo. (FRAZÃO, 2018)

Não se deve ignorar que conceitos tecnológicos interagem com todas as esferas, inclusive com a jurídica, que deve reagir aos abusos e intermediar soluções. Para isso é primordial compreender que o método de análise da situação se relaciona com o local exato em que o direito ocupa perante esta situação.

Com o advento da LGPD e a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, os casos que envolvam a situação até aqui expostas, serão avaliados por dois órgãos diferentes e complementares, sendo a própria ANPD e o CADE.

Chegou-se a ventilar pelo CADE a intenção de abarcar totalmente e de forma autônoma a análise da política de Proteção de Dados, ampliando uma competência entre as tantas já assumidas pelo Conselho.

No entanto é importante pontuar que cada um deve ser responsável por analisar exclusivamente aquilo que lhe é demandado, e, portanto, a multiagencialidade se explicaria com a avaliação da coleta e

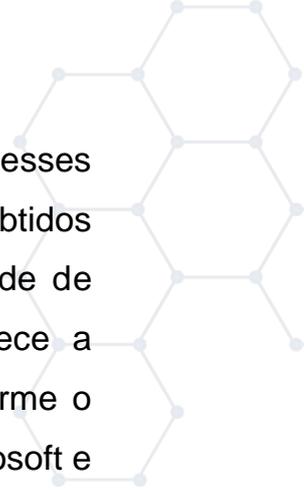
do tratamento de dados por meio da ANPD, e caso este artifício denigre o mercado perfeitamente competitivo passaria a ser avaliado pelo CADE.

Tratar da coleta e do tratamento de dados pessoais implica diretamente em lidar com situações que estão fora do alcance das autoridades de proteção de dados, o que torna dependente e complementar a atuação simultânea de todos os entes necessários para a garantia de um mercado justo, livre, perfeitamente competitivo e profícuo a todos os consumidores e usuários.

Muito se discute quanto à adequação dos institutos do direito antitruste para lidar com as condições estruturais e a dinâmica da nova economia. Para melhor enfrentar essas alegações, é essencial se conhecer as peculiaridades desse mercado, para que nenhuma atitude precipitada possa trazer prejuízos ainda maiores dos que buscam combater.

A ascensão das *big techs* exige que as autoridades antitruste e profissionais da área repensem o modo de analisar e aplicar o direito da concorrência. Questões sobre novos métodos de análise para atos de concentração envolvendo coleta e tratamento de dados de usuários como parte da dinâmica competitiva, proteção de privacidade entre outras práticas anticompetitivas de algoritmos são temas que devem pautar a agenda do direito concorrencial nos próximos anos. Entretanto, para se abordar as questões legais que surgem com as plataformas digitais, é fundamental entender a nova dinâmica da economia digital, sendo que vários aspectos merecem ser levados em consideração.

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



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

Ambas as alegações partem da premissa de que o acesso a dados não é algo simples ao mesmo tempo em que é algo crucial para o desenvolvimento de um negócio digital.

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

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

Discutir a importância da intervenção antitruste nos avanços desmedidos das *big techs*, utilizando de meios disruptivos para obtenção de vantagens comparativas desmedidas é de extrema importância para toda sociedade. Sem sombra de dúvidas a legislação mundial, inclusive a

brasileira, vem tentando se adaptar perante esta nova frente de modo que não interfira de maneira desmedida no desenvolvimento tecnológico, tampouco deixe que este sufoque o mercado e atrapalhe o desenvolvimento de novas empresas.

Para isso, com a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados cuidando dos detalhes referentes a coleta e tratamento de dados, e o CADE mantendo sua atuação perante os problemas concorrenciais, espera-se que possamos atingir o êxito em desenvolver um mercado perfeitamente competitivo e em constante evolução. Sendo a independência dessas autoridades, um atributo fundamental para que a missão seja exitosa.

1.3. A Necessária Construção de Diálogo entre o Antitruste e a Proteção de Dados

Conforme anteriormente demonstrado, há nos mercados digitais uma crescente concentração de poder econômico, circunstância que facilita a ocorrência de abuso de posição dominante⁶⁷³.

Neste cenário, observa-se vantagem competitiva das empresas já inseridas neste mercado. A partir da inovação, complexidade e características do mercado digital observa-se que plataformas se utilizam de tecnologias com alto valor agregado para a melhor execução de seus objetivos.

A principal vantagem competitiva a ser mencionada é a utilização de *Big Data*⁶⁷⁴. Partindo-se da agregação e análise do grande volume de dados coletados, as informações obtidas são transformadas em novas ideias, novas oportunidades ou, ainda, novas soluções, tornando o *Big*

⁶⁷³ GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019. P. 169-176.

⁶⁷⁴ BAPTISTA, Adriane Nakagawa. Big Data: os indivíduos, seus dados e as mudanças de paradigma tecnológico e jurídico. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019.

Data em importante vantagem competitiva das empresas acentuando suas posições de mercado (BAGNOLI, 2019)⁶⁷⁵.

Neste sentido, a utilização de *Big Data* pode acarretar fortalecimento do poder econômico detido por grandes empresas aqui inseridas, assim como, em maiores barreiras para novos participantes (BAGNOLI, 2019).

Consequentemente, é imprescindível a construção de vias para o diálogo entre o direito concorrencial e a proteção de dados para que os princípios norteadores do direito da concorrência sejam implementados ante as inovações das *Big Tech`s*.

Diante a nova dinâmica oposta pelas *Big Tech`s* há necessidade de intensificação “interdisciplinar” entre a proteção de dados e concorrência para que sejam aplicados ao acesso aos dados as mesmas proteções e rigores aplicados aos bens essenciais industriais.

Primeiramente, pois, conforme já tratado anteriormente, os produtos digitais se autoalimentam, desta forma, com a utilização e acesso de usuários as plataformas a empresa em questão obtém acesso a novos dados. Deste modo, há um comprometimento da manifestação livre, inequívoca e informada do titular, isto pois, há um enorme número de usuários e dados pré-existentes não havendo exatamente uma verdadeira opção de escolha por parte do titular dos dados⁶⁷⁶.

Nos termos de Lehtioksa⁶⁷⁷ a análise sobre a indispensabilidade de dados deve, a rigor, ser realizada caso a caso, por materializar caso de improvável aplicação da doutrina na recusa de fornecimento de dados aos concorrentes.

⁶⁷⁵ BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019.

⁶⁷⁶ MARIOTTO, Camila; LAHORGUE NUNES, Simone. **Economia Digital, proteção de dados e concorrência**. Disponível em: <https://www.bing.com/search?q=Economia+digital%2C+proteção+de+dados+e+concorrência&cvid=14f285ec1a2e4f1aa9febabc9c106e6&aqs=edge..69i57j69i60.492j0j1&pglt=803&FORM=ANNTA1&PC=DCTS>. Acesso em: 18 mar. 2021.

⁶⁷⁷ LEHTIOKSA, Jere. **Big Data as an Essential Facility: the Possible Implications for Data Privacy**. 2018. Tese (Mestrado em Direito Internacional Empresarial e Direito Internacional Público) - Faculty of Law, University of Helsinki, Helsinki, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3nqbEDB>. Acesso em: 18 mar. 2021.

O diálogo entre as autoridades antitruste e a ANPD também tem origem no caráter privativo da competência desta última a “fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação”⁶⁷⁸.

Conseqüentemente, sendo a livre concorrência um dos princípios da Lei Geral de Proteção de Dados, a união e convergência destes dois ramos do direito é indissociável. Como a LGPD tem como objetivo garantir o fluxo de dados com respeito aos direitos dos usuários das plataformas digitais e a eles atribuindo autodeterminação sobre a utilização de seus dados, impossível não se visualizar nesta área do direito a busca por concretização dos princípios constitucionais do livre mercado e do direito à privacidade.

Por estes aspectos, deve ser implementada a colaboração entre as autoridades do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados possibilitando-se a realização de trabalhos de forma cooperativa, para que sejam aproveitadas as especificidades e competências de cada órgão de forma a alcançarem seus objetivos de maneira eficaz e mais assertiva.

Diante todo o exposto, verifica-se que há uma tendência para construção de uma interface entre ambas as áreas, visto que, é necessária regulação eficaz e contundente das empresas de tecnologia ante o ganho de poderio econômico e financeiro que alcançaram⁶⁷⁹.

⁶⁷⁸ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/113709.htm>. Acesso em 30. Dez. 2020.

“Art. 55-J. Compete à ANPD:

I - zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação; pela observância dos segredos comercial e industrial, observada a proteção de dados pessoais e do sigilo das informações quando protegido por lei ou quando a quebra do sigilo violar os fundamentos do art. 2º desta Lei;

III - elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade;

IV - fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso;

(...)”

⁶⁷⁹ CAGNONI RIBEIRO, Ana Carolina. Empresas da nova economia digital e as duas faces de uma nova regulamentação: o direito à proteção de dados pessoais e o (novo) direito antitruste. In: CORDOVIL, Leonor; ATHIAS, Daniel. (Coord). **Direito Concorrencial em Transformação: uma homenagem a Mauro Grinberg**. 1ª ed. São Paulo: Editora Singular, 2020, p. 29 – 50.

Considerações Finais

Conforme anteriormente demonstrado, há nos mercados digitais uma crescente concentração de poder econômico, circunstância que facilita a ocorrência de abuso de posição dominante⁶⁸⁰.

Neste contexto, observamos o crescimento das grandes plataformas digitais, as denominadas *Big Tech`s*.

Neste cenário, observa-se vantagem competitiva das empresas já inseridas neste mercado, como é possível notar pelo crescimento da gigante Amazon, assim como do Facebook, Apple, Microsoft e Google.

A partir da inovação, complexidade e características do mercado digital observa-se que plataformas se utilizam de tecnologias com alto valor agregado para a melhor execução de seus objetivos.

A principal vantagem competitiva a ser mencionada é a utilização de *Big Data*⁶⁸¹. Este se refere a um enorme conjunto de dados digitais, que após sua captura e armazenamento são analisados culminando em informações que permitem maior eficiência na atividade dos seus utilizadores⁶⁸².

Partindo-se da agregação e análise dos dados coletados, as informações obtidas são transformadas em novas ideias, novas oportunidades ou, ainda, novas soluções, tornando o *Big Data* em importante vantagem competitiva das empresas acentuando suas posições de mercado⁶⁸³.

⁶⁸⁰ GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019. P. 169-176.

⁶⁸¹ BAPTISTA, Adriane Nakagawa. Big Data: os indivíduos, seus dados e as mudanças de paradigma tecnológico e jurídico. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019.

⁶⁸² BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019.

⁶⁸³ Ibid.

Neste sentido, a utilização de *Big Data* pode acarretar, para além das condutas anticoncorrenciais já previstas na legislação antitruste (tanto a brasileira quanto a estadunidense)⁶⁸⁴, um fortalecimento do poder econômico detido por grandes empresas aqui inseridas, assim como, em maiores barreiras para novos participantes⁶⁸⁵.

Assim, foram editadas normas que visam o tratamento dos dados coletados em âmbito nacional, quer seja, a Lei Geral de Proteção de Dados e a criação de Autoridade de Proteção de Dados, para a consecução dos fins previstos naquela.

Para isso, com a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados cuidando dos detalhes referentes a coleta e tratamento de dados, e o CADE mantendo sua atuação perante os problemas concorrenciais, espera-se que possamos atingir o êxito em desenvolver um mercado perfeitamente competitivo e em constante evolução. Sendo a independência dessas autoridades, um atributo fundamental para que a missão seja exitosa.

Com os levantamentos e apontamentos realizados no presente artigo, resta inequívoca a existência de tendência para construção de uma interface entre o direito antitruste e a proteção de dados, visto que, é necessária regulação eficaz e contundente das empresas de tecnologia ante o ganho de poderio econômico e financeiro que alcançaram⁶⁸⁶.

Ademais, a construção de atuações conjuntas facilitará a proteção de dados e, conseqüentemente, dos consumidores que transitam e fazem uso de plataformas, *marketplaces* e outros grandes *players* do mercado

⁶⁸⁴ GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019. P. 169-176.

⁶⁸⁵ BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019.

⁶⁸⁶ CAGNONI RIBEIRO, Ana Carolina. Empresas da nova economia digital e as duas faces de uma nova regulamentação: o direito à proteção de dados pessoais e o (novo) direito antitruste. In: CORDOVIL, Leonor; ATHIAS, Daniel. (Coord). **Direito Concorrencial em Transformação: uma homenagem a Mauro Grinberg**. 1ª ed. São Paulo: Editora Singular, 2020, p. 29 – 50.

digital. Neste cenário de atuação conjunta seriam executados os princípios norteadores da ordem econômica brasileira, estabelecidos em nossa Constituição Federal em seu artigo 170, a exemplo, livre iniciativa, livre concorrência e proteção ao consumidor.

Referências Bibliográficas

AZEVEDO, Antonio Junqueira de. **O Direito Pós-Moderno e a Codificação**. In Estudos e pareceres de direito privado. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 55-63.

BAGNOLI, Vicente. A definição do mercado relevante, verticalização e abuso de posição dominante na era do Big Data. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019.

BAGNOLI, Vicente. **Direito econômico e concorrencial**. 8 ed. São Paulo. Thomson Reuters, 2020.

BAPTISTA. Adriane Nakagawa. Big Data: os indivíduos, seus dados e as mudanças de paradigma tecnológico e jurídico. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 jul. 2020.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. e dá outras providências. Brasília, DF, nov. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 jul. 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 30. Dez. 2020.

CAGNONI RIBEIRO, Ana Carolina. Empresas da nova economia digital e as duas faces de uma nova regulamentação: o direito à proteção de dados pessoais e o (novo) direito antitruste. In: CORDOVIL, Leonor; ATHIAS, Daniel. (Coord). **Direito Concorrencial em Transformação: uma homenagem a Mauro Grinberg**. 1ª ed. São Paulo: Editora Singular, 2020, p. 29 – 50.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. (Org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**. Comentários à Lei 13.874/2019. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

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

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SAAD-DINIZ, E. . Ilícitos concorrenciais praticados por sistemas de inteligência artificial: da ficção ao compliance. In: Frazão, Ana; Mulholland; Caitlin. (Org.). **Direito e Inteligência Artificial: Ética, Regulação e Responsabilidade**. 1ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 349-371.

DONEDA, Danilo. **Da privacidade a proteção de dados pessoais**. 2 ed. São Paulo. Thomson Reuters, 2019.

EZRACHI A.; STUCKE, M. E. **Algorithmic Collusion: Problems and Counter-Measures**. OECD Roundtable on Algorithms and Collusion. OECD: Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, 2017.

EZRACHI, Ariel. STUCKE, Maurice. **Virtual Competition – The Promise and Perils of the Algorithm–Driven Economy**. Harvard University Press, 2016.

FERRARI, Isabela. **Accountability de algoritimos: a falácia do acesso ao código e caminhos para uma explicabilidade efetiva**. Disponível em: <https://itsrio.org/wp-content/uploads/2019/03/Isabela-Ferrari.pdf>. Acesso em: 18. mar. 2021.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. **Big data e impactos sobre a análise concorrencial**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-28112017>

FRAZÃO, Ana. **Dimensões concorrenciais do abuso da propriedade intelectual**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dimensoes-concorrenciais-do-abuso-da-propriedade-intelectual-01082018>.

FRAZÃO, Ana. **Violação de dados pessoais pode ser um problema antitruste?** Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/violacao-de-dados-pessoais-pode-ser-um-problema-antitruste-21022019>.

GABAN, Eduardo Molan. DOMINGUES, Juliana Oliveira. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade**. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira. GABAN, Eduardo Molan. MIELE, Aluísio de Freitas. MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. **Direito Antitruste 4.0: fronteira entre concorrentes e inovação**. Editora Singular: São Paulo. 2019.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira ; SILVA, Breno. F. M. E. . **Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais**: um desafio atual para o CADE. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-antitruste-4-0-e-o-abuso-de-posicao-dominante-nos-mercados-digitais-17122018.

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

HEMPHILL, C. Scott. Intellectual property and competition law. In: FREYFUSS, Rochelle; PILA, Justine. **The Oxford Handbook of Intellectual Property**. Nova Iorque: Oxford University Press, 2018.

KHAN, Lina M. Amazon`s Antitrust Paradox. In: **The Yale Law Journal**. Vol. 126, Número 3. Jan. 2017. pp. 564-907.

KHANNA, Rahul; AWAD, Mariette. **Efficient Learning Machines: Theories, Concepts, and Applications for Engineers and System Designers**. Editora Apress. 30 de abril de 2015.

LEHTIOKSA, Jere. **Big Data as an Essential Facility**: the Possible Implications for Data Privacy. 2018. Tese (Mestrado em Direito Internacional Empresarial e Direito Internacional Público) - Faculty of Law, University of Helsinki, Helsinki, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3nqbEDB>. Acesso em: 18 mar. 2021.

MACHADO, Máira Rocha. Estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.

MAGALHÃES, João Marcelo R.. COMENTÁRIOS AO ART. 4º, INCISO IV: Enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias. In: SANTA CRUZ, André; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. (Org.). **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**. Comentários à Lei 13.874/2019. 1 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de metodologia científica**. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2003.

MARIOTTO, Camila; LAHORGUE NUNES, Simone. **Economia Digital, proteção de dados e concorrência**. Disponível em: <https://www.bing.com/search?q=Economia+digital%2C+proteção+de+dados+e+concorrência&cvid=14f285ec1a2e4f1aa9fcbcab9c106e6&aqs=edge..69i57j69i60.492j0j1&pglt=803&FORM=ANNTA1&PC=DCTS>. Acesso em: 18 mar. 2021.

NEVES, Antônio Castanheira. **Questão-de-facto - Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade** (ensaio de uma reposição crítica) Coimbra: Almedina, 1967.

NORVIG, Peter; RUSSEL, Stuart. **Inteligência Artificial**. 3 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013.

REALE, Miguel. **O Direito como Experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RODRIGUES, Eduardo Henrique Krueh. **O direito antitruste na economia digital**: implicações concorrenciais do acesso a dados. 2016. 117 f., il. Dissertação, Universidade de Brasília, Brasília, 2016.

SHELANSKI, Howard A. **Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet**. University of Pennsylvania Law Review, 2013.

SMEJKAL, Vaclav. Cartels by Robots - Current Antitrust Law in Search of an Answer. In InterEULawEast: Journal for International and European Law, vol. IV (2), 2017.

SUSSER, Daniel; ROESSLER, Beate; NISSENBAUM, Helen. Technology, Autonomy, and Manipulation. **Internet Policy Review 2019**, v. 8, n. 2. 30 jun. 2019.

THALER, Richard. **Misbehaving: the making of behavioural economics**. Nova Iorque: W. W. Norton & Company, 2015.

THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data: the data economy demands a new approach to antitrust rules. **The Economist**. Leaders. maio de 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em outubro de 2020.

O direito à portabilidade de dados: Obrigações e limites impostos a concorrentes

*Isabela Maria Rosal Santos
Luísa Campos Faria*

Resumo: O direito à portabilidade é apresentado como um direito do titular de dados pessoais na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018 – LGPD). Esse direito traz consequências concorrenciais, tendo em vista a possibilidade de transferência de dados, insumos essenciais na era da economia digital, para outros fornecedores, que podem ser, inclusive, concorrentes do controlador original. O presente trabalho pretende compreender o que é o direito à portabilidade previsto na legislação relativa à proteção de dados pessoais e quais são as possíveis consequências concorrenciais do exercício desse direito. Além disso, também pretende-se entender quais são os limites desse direito, a partir de definições concorrenciais e legais.

Palavras-chave: portabilidade; proteção de dados; concorrência; direitos do titular; interoperabilidade.

Abstract: The right to portability is presented as a right of the subject of personal data in the Brazilian General Data Protection Law (Law No. 13,709/2018 - LGPD). This right brings competitive consequences, given the possibility of transferring data, essential inputs in the era of digital economy, to other providers, which may even be competitors of the original controller. This paper intends to understand what is the right to portability foreseen in the legislation regarding the protection of personal data and what are the possible competitive consequences of the exercise of this right. In addition, it is also intended to understand what the limits of this right are, based on competitive and legal definitions.

Key-words: portability; data protection; competition; data subject rights; interoperability.

Sumário: 1. Introdução; 2. Desenvolvimento; 2.1. O Direito à Portabilidade na LGPD; 2.2. Consequências do Exercício do Direito à Portabilidade; 2.3. Limites do Direito à Portabilidade; 3. Considerações Finais; 4. Referências Bibliográficas.

Introdução

A Lei Geral de Proteção de Dados⁶⁸⁷ (LGPD) trouxe um rol mínimo de direitos do titular de dados pessoais que devem ser observados, entre eles incluído o direito de portabilidade dos seus dados. Apesar da previsão em legislação específica sobre proteção de dados⁶⁸⁸, o exercício desse direito traz consequências concorrenciais, ao passo que o acesso a outros fornecedores será facilitado, diminuindo os custos de troca, as barreiras à

⁶⁸⁷ Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

⁶⁸⁸ CRAVO, D. C. O direito à portabilidade na Lei de Proteção de Dados. In: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; DONATO OLIVA, M. (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 349.

entrada de novos concorrentes e a fidelidade involuntária ao fornecedor original - efeito *lock-in*⁶⁸⁹.

Contudo, a observância desse direito depende da interoperabilidade dos sistemas utilizados pelas diferentes empresas, além da compreensão de quais dados são portáveis, havendo uma diferença entre os dados fornecidos e os dados criados⁶⁹⁰. Dessa forma, considerando os limites de necessária observância de segredos industrial e comercial, a presente pesquisa pretende compreender como esse direito à portabilidade de dados se dá dentro do contexto concorrencial, considerando as dificuldades técnicas e as vantagens competitivas que isso poderá trazer. Então, apesar da compreensão de que o direito à proteção de dados é um direito fundamental, parte-se do entendimento de que ele não é ilimitado e encontra barreiras tanto para o titular quanto para o controlador⁶⁹¹.

Para tanto, o artigo apresentará a seguinte ordem de temas: a diferenciação entre o direito à portabilidade, previsto na LGPD, e o *multihoming* como prática comercial; como o exercício do direito à portabilidade pelo titular pode ser um diferencial competitivo e quais vantagens concorrenciais ele pode trazer; e quais são os limites impostos ao exercício desse direito. Para atender a esses pontos será feita uma revisão bibliográfica das principais publicações sobre o tema até o presente momento.

1. Desenvolvimento

1.1. O direito à portabilidade na LGPD e no RGPD

A portabilidade de dados pessoais é definida como a possibilidade da transferência de dados pessoais para diferentes plataformas digitais e é trazida pela LGPD como um dos direitos do titular. Essa facilidade

⁶⁸⁹ Ibid, p. 352.

⁶⁹⁰ PONCE, P. P. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. **Revista Direito da Concorrência**, v. 8, 2020, p. 21.

⁶⁹¹ MENDES, L. S. **Privacidade, proteção de ados e defesa do consumidor**: linhas gerais de um novo direito fundamental. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 186.

abranda o efeito *lock-in* na experiência do usuário, diminuindo, dessa forma, as barreiras de entrada de novos concorrentes e também os custos de troca⁶⁹².

O exercício da portabilidade, como direito previsto na LGPD, depende de requisição expressa do titular ou de representante legalmente constituído, deve ser oferecida sem custos e deve observar os segredos comercial e industrial. Para tanto, a própria Lei traz a necessidade de regulamentação complementar da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), como disposto no art. 18, V da LGPD:

Art. 18 O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:

(...)

V – portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;

A portabilidade deve ser feita a outro fornecedor de serviço ou produto diretamente por meios interoperáveis⁶⁹³. Mas, conforme a experiência europeia, pode ser possível o cumprimento desse exercício a partir da disponibilização dos dados requisitados para o titular de forma a permitir seu aproveitamento por outro fornecedor⁶⁹⁴. Apesar do Regulamento europeu sobre o tema não trazer a obrigação de interoperabilidade, essa outra opção de modelo de transferência, ainda que com mais custos para o usuário, parece respeitar o princípio de autodeterminação informativa do titular, prezando pelo controle do indivíduo sobre seus próprios dados.

⁶⁹² ENGELS, B. Data portability among online platforms. **Internet Policy Review**, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 2, 2016.

⁶⁹³ Art. 40 da LGPD: A autoridade nacional poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros, tendo em vista especialmente a necessidade e a transparência.

⁶⁹⁴ PINHEIRO, G. P.; LEMOS, A. N. L. E.; SOUTO, G. A. O Direito à Portabilidade de Dados Pessoais e as Consequências de Sua (Não) Implementação para o Direito Concorrencial. **RDP**, v. 17, n. 95, p. 233-234, 2020.

Cabe ressaltar, que o direito à portabilidade relacionado à proteção de dados pessoais só atinge esses, ou seja, somente diz respeito à “informação relacionada a pessoa *natural* identificada ou identificável”. Ainda, conforme o §2º do art. 12 da LGPD, dados utilizados para a formação do perfil comportamental de determinada pessoa natural, se identificada, também compõem o conceito de dado pessoal, e conseqüentemente também são abrangidos no exercício do direito à portabilidade. Dessa forma, a portabilidade de dados como direito não abrange dados anonimizados⁶⁹⁵, relacionados a pessoas jurídicas.

Esse ponto é de extrema importância ao se considerar quais dados são portáveis pelo exercício do direito – entender, portanto, que os dados fornecidos, observados, derivados e inferidos são categorias de dados que constituem objeto das garantias fornecidas ao titular por meio da LGPD. Essa categorização foi apresentada pela OCDE⁶⁹⁶ e pode ser entendida da seguinte maneira: (i) dados fornecidos têm relação com a atuação direta do sujeito; (ii) dados observados são aqueles percebidos a partir da verificação das atividades do sujeito; (iii) dados derivados são aqueles criados a partir da relação com outros dados, mas não há questões de probabilidades relacionadas, ainda que exista a utilização de mecanismos de inteligência artificial; (iv) dados inferidos surgem de análises de probabilidade, relacionados com a criação de perfil comportamental⁶⁹⁷.

Ressalta-se que o Regulamento Geral de Proteção de Dados (RGPD), norma europeia sobre o tema, determina, em seu texto, que os dados portáveis são os dados fornecidos, além de trazer algumas exceções ao exercício do direito à portabilidade:

Art. 20 (1) O titular dos dados tem o direito de receber os dados pessoais *que lhe digam respeito e que tenha fornecido* a um responsável pelo tratamento, num formato estruturado, de uso

⁶⁹⁵ Art. 12 LGPD: Os dados anonimizados não serão considerados dados pessoais para os fins desta Lei, salvo quando o processo de anonimização ao qual foram submetidos for revertido, utilizando exclusivamente meios próprios, ou quando, com esforços razoáveis, puder ser revertido.

⁶⁹⁶ OCDE. **Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking**. Paris., 2014.

⁶⁹⁷ PONCE, 2020, p. 145 apud OCDE, 2014.

corrente e de leitura automática, e o direito de transmitir esses dados a outro responsável pelo tratamento sem que o responsável a quem os dados pessoais foram fornecidos o possa impedir, se:

- a) O tratamento se basear no consentimento dado nos termos do artigo 6º, nº1, alínea a), ou do artigo 9º, nº 2, alínea a), ou num contrato referido no artigo 6º, nº 1, alínea b); e
- b) O tratamento for realizado por meios automatizados.

(2) Ao exercer o seu direito de portabilidade dos dados nos termos do n.o 1, o titular dos dados tem o direito a que os dados pessoais sejam transmitidos diretamente entre os responsáveis pelo tratamento, sempre que tal seja tecnicamente possível.

(3) O exercício do direito a que se refere o n.o 1 do presente artigo aplica-se sem prejuízo do artigo 17.o. Esse direito não se aplica ao tratamento necessário para o exercício de funções de interesse público ou ao exercício da autoridade pública de que está investido o responsável pelo tratamento.

(4) O direito a que se refere o n.o 1 não prejudica os direitos e as liberdades de terceiros. [grifos nossos]

Guia do Article 29⁶⁹⁸, totalmente adotado pelo Conselho Europeu de Proteção de Dados (EDPB), ao abordar o assunto, defende uma interpretação ampla dos dados fornecidos, abrangendo também os observados e reafirmando a autodeterminação informativa⁶⁹⁹. De qualquer forma, há ainda a expressão ampliadora “dados pessoais que lhe digam respeito”, o que poderia abarcar os dados inferidos e os derivados, sobre a qual não há consenso, apesar de diversos Considerandos do RGPD preverem a necessidade de proteção de dados pessoais utilizados para a criação de perfis comportamentais⁷⁰⁰. Ainda há o destaque de que o RGPD

⁶⁹⁸ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. Guidelines on the right to “data portability”. Bruxelas: 2017.

⁶⁹⁹ PONCE, 2020.

⁷⁰⁰ Como exemplo, cita-se o considerando (63) do RGPD: Os titulares de dados deverão ter o direito de aceder aos dados pessoais recolhidos que lhes digam respeito e de exercer esse direito com facilidade e a intervalos razoáveis, a fim de conhecer e verificar a tomar conhecimento do tratamento e verificar a sua licitude. Aqui se inclui o seu direito de acederem a dados sobre a sua saúde, por exemplo os dados dos registos médicos com informações como diagnósticos, resultados de exames, avaliações dos médicos e quaisquer intervenções ou tratamentos realizados. Por conseguinte, cada titular de dados deverá ter o direito de conhecer e ser informado, nomeadamente, das finalidades para as quais os dados pessoais são tratados, quando possível do período durante o qual os dados são tratados, da identidade dos destinatários dos dados pessoais, da lógica subjacente ao eventual tratamento automático dos dados pessoais e, pelo menos quando tiver por base a definição de perfis, das suas consequências. Quando possível, o responsável pelo tratamento deverá poder facultar o acesso a um sistema seguro por via eletrónica que possibilite ao titular aceder diretamente aos seus dados pessoais. Esse direito não deverá prejudicar os direitos ou as liberdades de terceiros, incluindo o segredo comercial ou a propriedade intelectual e, particularmente, o direito de autor que protege o software. Todavia, essas considerações não deverão resultar na recusa de prestação de todas as informações ao titular dos dados. Quando o responsável proceder ao tratamento de grande quantidade de informação relativa ao titular dos dados, deverá poder solicitar que, antes de a informação ser fornecida, o

esclarece que a portabilidade só é uma obrigação quando é baseada no consentimento ou na execução de contrato, o que exclui diversos tratamentos, e quando o tratamento for feito por meios automatizados, excluindo os meios físicos⁷⁰¹.

Diante disso, não há compatibilidade do direito à portabilidade previsto na legislação brasileira e àquele trazido pelo regulamento europeu. A LGPD não faz diferenciação dos dados pessoais em categorias que seja equivalente à categorização da OCDE, só mencionando a abrangência dos dados pessoais e a possível consideração de dados utilizados para perfis comportamentais. A única categoria apresentada é a de dados pessoais sensíveis. Além disso, a lei é aplicável a tratamentos realizados em suportes físicos⁷⁰², uma vez que não há exclusão desses.

Dessa forma, entende-se que os dados fornecidos e os dados observados serão sempre portáveis, já os derivados e os inferidos dependerão do contexto, inclusive considerando se houve algum processo de anonimização, por exemplo. Essas compreensões contextuais são de suma importância para regulações relacionadas ao uso de instrumentos de rastreamento como cookies ou possibilidades com maior cuidado com privacidade, utilizando de mecanismos de anonimização e agrupamento para não permitir o reconhecimento de um indivíduo específico⁷⁰³.

De qualquer forma, esses mecanismos possibilitam a criação de perfis comportamentais, o que, à primeira vista, faz com que os dados oriundos desses processos estejam abarcados pela proteção da LGPD.

titular especifique a que informações ou a que atividades de tratamento se refere o seu pedido [grifos nossos].

⁷⁰¹ **SILVA, A. L. P. et al. Mapeamento Lei Geral de Proteção de Dados e Direito da Concorrência.** São Paulo: 2021.

⁷⁰² Esse entendimento segue a definição de banco de dados prevista no art. 5º, inciso IV, da LGPD - banco de dados: conjunto estruturado de dados pessoais, estabelecido em um ou em vários locais, em suporte eletrônico ou físico.

⁷⁰³ Sobre esse tema ver o desenvolvimento da tecnologia FloC no Google, que justificará o abandono gradual dos cookies de terceiros no Google Chrome. Disponível em: <<https://brasil.googleblog.com/2021/03/caminho-para-internet-onde-privacidade-esta-sempre-em-primeiro-lugar.html>>, acesso em 30 mar 2021. E, ainda, iniciativas semelhantes que estão sendo desenvolvidas pela Apple. Disponível em: <<https://www.wsj.com/articles/apples-move-to-block-user-tracking-spawns-new-digital-ad-strategies-11616751001?mod=djemRiskCompliance>>. Acesso em 30 mar 2021.

Esse movimento das empresas parece ser uma resposta ao desconforto causado pela perfilação extremamente avançada.

Por isso é necessária regulação complementar para definições sobre quais dados são portáveis, considerando a relação deles com processos de anonimização e considerando ainda o diálogo entre estes e a criação de perfis comportamentais. Ainda, é fundamental compreender como todos esses processos de criação de informações se relacionam com o direito comercial e industrial, que devem ser observados durante o exercício do direito à portabilidade. E, como toda a aplicação da LGPD, é necessário entender como se dará a aplicação desse direito com a observância de normas setoriais aplicáveis⁷⁰⁴.

Somente as supramencionadas exclusões legais ou outras delimitações trazidas pela ANPD poderão justificar uma recusa do controlador a cumprir eventual requerimento de um titular para a portabilidade de dados, não existindo qualquer justificativa de recusa a partir de não facilitar ou auxiliar concorrentes. Não poderão ser adotadas medidas que impeçam a transferência dos dados, sendo esses atos passíveis de enquadramento como violação à ordem econômica⁷⁰⁵. Isso gera o maior empoderamento do titular e a centralização do controle dos dados pessoais nesse agente. Nesse ponto, a legislação brasileira e a europeia se aproximam; ao tratar o direito à portabilidade como uma ferramenta que precisa da atuação ativa do titular, há a mesma forma de proteção ao direito da autodeterminação informativa⁷⁰⁶.

1.2. Consequências do exercício do direito à portabilidade

Como mencionado, a portabilidade de dados pode trazer diversos efeitos positivos para a concorrência ao mitigar os custos de trânsito dos titulares, ora consumidores⁷⁰⁷. Um deles é a diminuição do efeito *lock-in*,

⁷⁰⁴ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 2017.; SILVA et al., 2021.

⁷⁰⁵ PINHEIRO; LEMOS; SOUTO, 2020.

⁷⁰⁶ KESSLER, D. S.; DRESCH, R. de F. V. Direito à portabilidade de dados no contexto brasileiro e europeu. In: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. de F. V. (org.). Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados. 1. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020b. p. 23–55.

⁷⁰⁷ KESSLER, D. S.; DRESCH, R. de F. V. Direito à portabilidade de dados e a sua relação com a proteção do consumidor e da concorrência pela perspectiva da behavioral law and economics. In: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. de F. V. (org.). **Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. 1. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020a. p. 55–76.

de fidelidade não pretendida pelos usuários. Esse efeito pode gerar consequências anticompetitivas ao passo que facilita a manutenção da posição de *players* dominantes, enquanto o seu afastamento pode gerar maior qualidade dos serviços, desenvolvimento de novas tecnologias e outras facilidades para garantir a fidelidade do usuário a partir do próprio serviço oferecido⁷⁰⁸.

Essa facilidade de alteração de fornecedor também limita a prática de sobrepreços⁷⁰⁹, uma vez que há diminuição dos custos de troca (*switching costs*) e custos de procura (*searching costs*)⁷¹⁰, então há mais chances de um usuário insatisfeito buscar outro fornecedor de serviços. Nesse sentido, também pode haver a diminuição do preço final uma vez que a transferência de dados diminui os custos relacionados ao desenvolvimento e à coleta inicial de tais informações, processo de suma importância para serviços e produtos movidos a dados⁷¹¹.

Ainda há, como consequência direta da portabilidade de dados, a modulação dos efeitos de rede, que afirma que quanto mais usuários usarem determinado serviço, maior a relevância desse. Isso porque havendo maior probabilidade de migração, mais suscetível o fornecedor está de perder sua relevância⁷¹², e menor são os efeitos de rede gerados.

As consequências aqui mencionadas ficam ainda mais evidentes em mercados digitais, razão pela qual são tão importante a delimitação e as definições sobre as obrigações de manter formato interoperável entre diferentes fornecedores⁷¹³. Isso relaciona-se com a ideia de dados como insumos econômicos⁷¹⁴ e, por isso, há discussão se esses deveriam ser considerados como estruturas essenciais (ou *essential facilities*) ou se esses deveriam ser acessáveis por todos os concorrentes (ideia que vai

⁷⁰⁸ PINHEIRO; LEMOS; SOUTO, 2020.

⁷⁰⁹ Ibid.

⁷¹⁰ KESSLER; DRESCH, 2020a.

⁷¹¹ PINHEIRO; LEMOS; SOUTO, 2020.

⁷¹² KESSLER; DRESCH, 2020a.

⁷¹³ PINHEIRO; LEMOS; SOUTO, 2020.

⁷¹⁴ LIMBERGER, T. Informação em Rede: Uma Comparação da Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu. In: **Direito digital** - direito privado e internet. 2. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico Ltda., 2019. p. 253–266. ; RODOTÀ, S. **A Vida na Sociedade da Vigilância** - A Privacidade Hoje. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

de encontro à proteção de dados e ao princípio da autodeterminação informativa).

Acerca do tratamento dos dados pessoais como ativo econômico, importa ressaltar que de conforme relatório da OCDE sobre Big Data⁷¹⁵, os dados pessoais detidos por uma empresa devem ser encarados como verdadeiros insumos, passíveis de serem utilizados em práticas exclusionárias. A acumulação em larga escala de dados pessoais conjugada com a intensiva análise e utilização destes provoca aumento do poder de mercado detido pela companhia, que, como anteriormente mencionado, geram um efeito *lock-in* aos consumidores e criam barreiras a entrada de novos concorrentes naquele mercado⁷¹⁶. Dessa forma, a OCDE ressalta que as autoridades devem sempre ter em mente o impacto que os dados exercem na dinâmica concorrencial em um mercado que envolve empresas de tecnologia, ou que fazem uso da coleta, análise e tratamento de dados pessoais dos consumidores⁷¹⁷.

Ademais, a OCDE⁷¹⁸ destaca uma segunda abordagem, relativa a uma queda na qualidade dos serviços, vez que boa parte dos serviços fornecidos por tais empresas, em um dos lados do mercado ao menos, são gratuitos. Assim, uma vez que os dados ocupam um papel que poderia ser comparável ao relativo ao valor pago por serviços, é aventada a possibilidade de que haja um maior abuso no uso desses ativos a fim de que a empresa consigo utilizá-los para melhor monetizar sua atividade na outra ponta⁷¹⁹.

Ressalta-se que, além do exercício do direito à portabilidade previsto na LGPD, outras práticas de transferência de informações que não caracterizam dados pessoais também podem ser positivas e surtirem os mesmos efeitos competitivos. Seria o caso de *multihoming* de anúncios

⁷¹⁵ CAPOBIANCO, A. Relatório da OCDE sobre Big Data - Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. 2017.

⁷¹⁶ FARIA, L. C. **Impactos do Big Data e das legislações de proteção de dados nas análises antitruste**. 2019. - Universidade de Brasília, [s. l.], 2019.

⁷¹⁷ CAPOBIANCO, 2017.

⁷¹⁸ Ibid.

⁷¹⁹ FARIA, 2019.

publicitários, por exemplo, que muitas vezes não diz respeito a pessoas naturais identificadas ou identificáveis, mas, ainda assim, pode trazer consequências positivas para a competição⁷²⁰, podendo, inclusive, ser utilizado como remédios para Atos de Concentração analisados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). A recusa de portabilidade pode ser o cerne da discussão relativa a alguma conduta anticompetitiva⁷²¹.

Para essas definições concorrenciais, também serão necessárias definições que irão dialogar com temas de proteção de dados como: obrigação de oferecimento de formato interoperável; abertura dos dados; afastamento de conluíus, entre outros. Por isso instrumentos de cooperação técnica serão essenciais entre a ANPD e outros órgãos, como o já formalizado com o SENACON⁷²².

1.3. Limites ao exercício do direito à portabilidade

Ainda sobre a necessidade de compatibilização com outras normas regulatórias, a LGPD trouxe a necessidade de observância do segredo de empresa quando do exercício do direito à portabilidade. Esse ponto também foi reforçado pelo artigo 55-J, inciso II, da LGPD, trazendo a obrigação de respeito aos segredos de empresa para a atuação da ANPD como um todo. Essa determinação foi fruto de longo processo legislativo que deu origem à lei, que contou com representantes dos mais diversos setores da sociedade brasileira⁷²³.

Essa limitação respeita o segredo empresarial como um diferencial competitivo⁷²⁴, uma vez que diz respeito a originalidades da atividade empresarial não protegidas por patente, o que tem valor econômico e gera

⁷²⁰ Como exemplo, cita-se o caso Bing vs. Adwords julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19.

⁷²¹ PONCE, 2020.

⁷²² Disponível em: <<https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-e-senacn-assinam-acordo-de-cooperacao-tecnica>>. Acesso em 30 mar 2021.

⁷²³ CRAVO, D. C. A observância do segredo de empresa na portabilidade de dados. In: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. de F. V. (org.). **Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. 1. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 77–98.

⁷²⁴ SILVA et al., 2021.

dever de confidencialidade⁷²⁵. Contudo, a LGPD não trouxe definição do que é segredo industrial e comercial e, por isso, é necessário considerar definições trazidas por outros ramos de Direito para direcionamentos iniciais sobre esse limite imposto à portabilidade. Como exemplos de definições têm-se a trazida pelo artigo 223-D da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) ou a prevista no art. 195, XI e XII da Lei da Propriedade Industrial (LPI, Lei nº 9.279/96)⁷²⁶.

Apesar do aproveitamento de definições de outros âmbitos jurídicos, ainda se mostra necessária a definição específica a ser fornecida pela ANPD. Somente essa atitude poderá sanar algumas dúvidas relativas ao direito à proteção de dados, como, por exemplo, se dados inferidos podem ser protegidos por segredo de empresa e em quais contextos isso se dá. A falta de definição pode trazer limitações desproporcionais ao exercício dos direitos do titular⁷²⁷ e ressalta-se que o tema do direito à portabilidade ainda não tem especificado qual seria seu objeto e seus verdadeiros limites⁷²⁸.

Isso é evidente quando tratamos de economia digital, em que, como mencionado, os dados são verdadeiros insumos econômicos⁷²⁹, principalmente os inferidos ou derivados, que têm alguma tecnologia agregada. Esses ativos são a fonte principal para o funcionamento do modelo de negócios de direcionamento de publicidade, com a criação de perfis comportamentais, fonte de faturamento para diversas empresas de tecnologia.

Considerando o princípio da autodeterminação informativa, no entanto, é de suma importância entender que não há, necessariamente, um mercado de dados. A percepção de dados como insumos econômicos

⁷²⁵ CRAVO, 2020.

⁷²⁶ Ibid.; SILVA et al., 2021.

⁷²⁷ CRAVO, 2020.

⁷²⁸ FRAZÃO, A. Nova LGPD: direito à portabilidade. **Jota**. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/nova-lgpd-direito-a-portabilidade-07112018#:~:text=Ana%20Fraz%C3%A3o&text=Uma%20das%20grandes%20inova%C3%A7%C3%B5es%20da,a%20regulamenta%C3%A7%C3%A3o%20do%20C3%B3rg%C3%A3o%20controlador%E2%80%9D.>>. Acesso em 31 mar 2021.

⁷²⁹ LIMBERGER, 2019.

deve considerar que esses não são bens totalmente alienáveis. Por isso, deve-se também haver definições no sentido de serem os dados pessoais protegidos pelo direito da propriedade, bem como quem seria o detentor de tal posse. Se for construída alguma política pública de definição de propriedade de dados pessoais, a fim de observar o princípio mencionado, é necessário garantir os direitos de propriedade para o titular desde o início do ciclo daquele dado⁷³⁰, de maneira a fortalecer o papel ativo do indivíduo no exercício do direito à portabilidade.

Ressalta-se o entendimento de que a não definição de propriedade para o titular significa deixar os direitos sobre os dados para a Indústria, excluindo o acesso de outros a esses recursos – dados -, porque não há condições iguais de concorrência. Ao mesmo tempo, como já mencionado, a abertura de acesso aos dados também não é uma solução satisfatória. Essa garantia desde o início para o titular (propriedade *by default*) significa que não há tratamento *by default*, então, deve-se entender quais seriam as consequências desse entendimento para as atividades empresariais⁷³¹.

A ideia mais coerente com a complexidade de todos os temas que perpassam a portabilidade de dados é a do afastamento de falsas dicotomias como: (i) teorias dignitárias e teorias proprietárias; (ii) autodeterminação informativa e fluxo de dados; (iii) proteção de segredos empresariais e falta de controle dos dados.

A necessidade de cooperações técnicas e maiores definições acentua-se com a constatação de que o segredo de empresa é tema pouco desenvolvido no Brasil, mas que pode gerar consequências negativas para o operador/fornecedor, inclusive a possível caracterização de concorrência desleal. Então, é necessário conjugação de esforços com órgãos como o CADE e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). A fragilidade do tema ainda se relaciona com o fato de tratar-se de bem imaterial, mas com verdadeiro valor econômico – por isso, um dos

⁷³⁰ PURTOVA, N. The illusion of personal data as no one's property. *Law, Innovation and Technology*, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 83–111, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17579961.2015.1052646>

⁷³¹ Ibid.

aspectos a se considerar no momento de definição é o investimento relacionado àquele *know-how*⁷³².

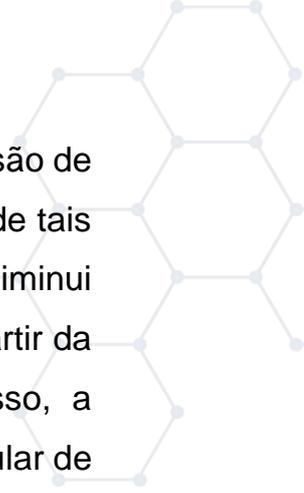
Considerações Finais

A partir dos conceitos e pontos suscitados neste trabalho, é possível, em primeiro lugar, concluir que as especificidades dos negócios com funcionamento embasado no tratamento de dados pessoais ainda carecem de maiores definições legais. Nesse processo de complemento de regulação é de suma importância a atenção por parte das autoridades, tanto para que os direitos relativos aos titulares e às empresas fiquem mais claros quanto para que eventuais abusos possam ser coibidos. O tema perpassa vários ramos do Direito além do de proteção aos dados pessoais e privacidade e, por isso, é tão relevante a adoção de mecanismos de cooperação técnica entre as autoridades especializadas. A troca de *expertises* permitirá o desenvolvimento de normativas eficientes e que equilibrem as normas setoriais e as regras de proteção de dados.

Desta feita, é possível perceber o quanto o uso de dados pessoais tem se tornado importante, seja como ativo para que as empresas consigam maximizar seus lucros e se tornarem mais eficientes, seja como meio de um modelo de negócios de se diferenciar. Dessa maneira o tratamento de dados com efetiva proteção às informações pode tomar importância suficiente para que seja a segurança da informação seja considerada como diferencial competitivo. Ademais, foi possível perceber a evolução na abordagem do tema por parte das autoridades ao redor do globo, que, embora apresentem divergências em seus entendimentos, possuem o desafio comum de entender as definições e dinâmicas necessárias e as alternativas possíveis à regulação.

Ademais, junto a essa nova dinâmica do capitalismo, abriu-se um leque amplo de cenários que dizem respeito às possíveis condutas prejudiciais à concorrência possíveis de serem praticadas. Diante disso, o

⁷³² CRAVO, 2020.



direito à portabilidade de dados assume papel importante na repressão de tais condutas anticompetitivas, podendo, inclusive, evitar a prática de tais ações prejudiciais ao mercado. A possível transferência de dados diminui o efeito *lock-in* e as barreiras à entrada de novos concorrentes a partir da mitigação dos custos de procura e os custos de troca. Por isso, a portabilidade de dados pode ser entendida além de um direito ao titular de dados relativo ao direito à proteção de dados, mas também como um remédio para Operações. Além disso, a impossibilidade de portabilidade pode configurar prática abusiva à ordem econômica, uma vez que pode causar efeitos prejudiciais desproporcionais a concorrentes.

Além disso, conforme explorado, embora os dados pessoais constituam um novo tipo de insumo, este nem sempre se traduz em ganho monetário exclusivamente, aumentando ainda mais as possibilidades de ocorrência de abuso por parte das empresas. E é justamente neste ponto que a portabilidade dos dados se faz extremamente necessária. A utilização dos dados pessoais cada dia atende mais finalidades e permite o desenvolvimento de novas tecnologias, por isso, o fluxo dessas informações é tão importante. Isso resta evidenciado quando observamos a possível categorização dos dados em fornecidos, observados, derivados e inferidos, demonstrando a importância de definições sobre o objeto do direito à portabilidade. Ressalta-se que o papel ativo do titular no exercício desse direito garante a observância do princípio a autodeterminação ativa.

De qualquer forma, como outros direitos, a portabilidade de dados encontra limites. A própria LGPD dispõe sobre a necessidade de observância dos segredos de empresa, mas não traz maiores definições sobre o tema. Tendo em vista a necessidade de equilibrar os direitos empresariais com os direitos do titular, definições sobre essas limitações ao exercício da transferência devem ser melhor exploradas tanto pela ANPD quanto por outros órgãos responsáveis pela matéria. Essa discussão deverá considerar como são formados dados inferidos, compreendendo a proteção da inteligência artificial como diferencial de atividade econômica.

Certo é que nesse mundo novo que passamos a experimentar, muitos são os desafios postos tanto às autoridades antitruste quanto às autoridades responsáveis pela proteção de dados pessoais de usuários, e ainda poucas são as respostas, de maneira com que não apenas a pesquisa acadêmica, mas também as experiências das autoridades mundo afora e os resultados das decisões tomadas devem ser objeto de muita atenção, pois é somente com base nessas duas vias que se manterá eficaz e eficiente a manutenção da defesa da concorrência.

Referências Bibliográficas

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY. **Guidelines on the right to “data portability”**. Bruxelas: [s. n.], 2017.

CAPOBIANCO, A. **Relatório da OCDE sobre Big Data - Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era**. [S. l.: s. n.], 2017.

CRAVO, D. C. A observância do segredo de empresa na portabilidade de dados. *In*: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. de F. V. (org.). **Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. 1. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020. p. 77–98.

CRAVO, D. C. O direito à portabilidade na Lei de Proteção de Dados. *In*: TEPEDINO, G.; FRAZÃO, A.; DONATO OLIVA, M. (org.). **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro**. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 347–365.

ENGELS, B. Data portability among online platforms. **Internet Policy Review**, [s. l.], v. 5, n. 2, p. 1–17, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.14763/2016.2.408>.

FARIA, L. C. **Impactos do Big Data e das legislações de proteção de dados nas análises antitruste**. 2019. - Universidade de Brasília, [s. l.], 2019.

FRAZÃO, A. **Nova LGPD: direito à portabilidade**. [S. l.], 2018.

KESSLER, D. S.; DRESCH, R. de F. V. Direito à portabilidade de dados e a sua relação com a proteção do consumidor e da concorrência pela perspectiva da behavioral law and economics. *In*: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. de F. V. (org.). **Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. 1. ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020a. p. 55–76.

KESSLER, D. S.; DRESCH, R. de F. V. Direito à portabilidade de dados no contexto brasileiro e europeu. *In*: CRAVO, D. C.; KESSLER, D. S.; DRESCH, R. de F. V. (org.). **Direito à portabilidade na Lei Geral de Proteção de Dados**. 1.

ed. Indaiatuba, SP: Editora Foco, 2020b. p. 23–55.

LIMBERGER, T. Informação em Rede: Uma Comparação da Lei Brasileira de Proteção de Dados Pessoais e o Regulamento Geral de Proteção de Dados Europeu. *In: DIREITO DIGITAL - DIREITO PRIVADO E INTERNET*. 2. ed. Indaiatuba: Foco Jurídico Ltda., 2019. p. 253–266.

MENDES, L. S. **Privacidade, proteção de ados e defesa do consumidor: linhas gerais de um novo direito fundamental**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OCDE. **Protecting Privacy in a Data-driven Economy: Taking Stock of Current Thinking**. Paris: [s. n.], 2014.

PINHEIRO, G. P.; LEMOS, A. N. L. E.; SOUTO, G. A. O Direito à Portabilidade de Dados Pessoais e as Consequências de Sua (Não) Implementação para o Direito Concorrencial. **RDP**, [s. l.], v. 17, n. 95, p. 230–247, 2020.

PONCE, P. P. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. **Revista Direito da Concorrência**, [s. l.], v. 8, n. 1, p. 134–176, 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/521/26>.

PURTOVA, N. The illusion of personal data as no one's property. **Law, Innovation and Technology**, [s. l.], v. 7, n. 1, p. 83–111, 2015. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17579961.2015.1052646>.

RODOTÀ, S. **A Vida na Sociedade da Vigilância - A Privacidade Hoje**. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SILVA, A. L. P. *et al.* **Mapeamento Lei Geral de Proteção de Dados e Direito da Concorrência**. São Paulo: [s. n.], 2021.

Aspectos concorrenciais na implementação do 5G no Brasil

Isabela Maria Rosal Santos
Luísa Campos Faria

Resumo: A tecnologia 5G está na iminência de chegar ao Brasil e promete mudar nossa relação com as máquinas. A economia, o direito antitruste e as empresas certamente serão protagonistas no uso e desenvolvimento de aplicações ligadas à nova tecnologia e na implementação da infraestrutura necessária. Na medida em que há mudança nos contextos dos mercados, no entanto, também há significativa mudança na dinâmica concorrencial. O objetivo do presente trabalho, portanto, consiste em entender as mudanças a serem trazidas pelo 5G para assim jogar luz nos eventuais problemas competitivos que devem acompanhar sua implementação. Por fim, busca-se apresentar o debate relativo às redes privadas como possível solução.

Palavras-chave: 5G, teoria do dano; dinâmica concorrencial; setor de telefonia móvel; redes privadas de internet móvel.

Abstract: 5G Technology is on the verge of arriving in Brazil and promises to change our relationship with the machines. The economy, antitrust law, and business will certainly be protagonists in the use and development of applications linked to the new technology and in the implementation of the necessary infrastructure for this. While there is a change in the contexts of the markets, however, there is also a significant change in the competitive dynamics. The objective of the present paper, therefore, is to understand the changes brought by such new technology and shed light on the possible competition harms that must come with its implementation. Also, this paper seeks to present the debate on private networks as a possible solution.

Keywords: 5G; theory of damage; competitive dynamics; mobile phone sector; private mobile internet networks.

Introdução

Muito tem se ouvido falar nos últimos tempos acerca do 5G. A tecnologia relativa à 5ª geração de redes de internet móvel promete ser a mais disruptiva de todas, mais que promover a interconexão entre pessoas, possibilitará que esta também seja realizada entre objetos - trata-se da internet das coisas, ou *Internet of Things* (IoT). Ademais, fala-se em uma internet até vinte vezes mais rápida, e com conexão de qualidade ainda que em ambientes bastante aglomerados⁷³³. Previsões relativas ao

⁷³³ Fonte: <<https://www.ufrgs.br/nebrics/a-competicao-sino-estadunidense-e-o-leilao-do-5g-no-brasil-saia-justa-2/>>. Acesso em 16.09.2020.

5G trazem que a expectativa de impacto da quinta geração de internet no País é de que seja gerado impacto equivalente a US\$ 1,2 trilhão no período de 2021 até 2035⁷³⁴.

No Brasil, o leilão relativo às faixas de frequência nas quais devem funcionar a tecnologia 5G, inicialmente marcado para 2020, acabou sendo adiado por conta da Pandemia da Covid-19⁷³⁵ e foi anunciado para o primeiro semestre de 2021⁷³⁶. Após a realização do leilão entre as operadoras de telefonia, começará a fase de implantação da estrutura para o 5G, competição esta que tem sido o principal alvo dos noticiários ao mencionar a implementação da tecnologia no país, em razão da ferrenha disputa geopolítica protagonizada pelos EUA e pela China e que possui como aspecto mais alarmante a guerra comercial entre os dois países.

O presente artigo, no entanto, abandona as principais questões aventadas na mídia sobre o tema, de cunho geopolítico, e debate, sim, questões relativas ao acesso de pessoas e empresas à tecnologia, bem como a dinâmica concorrencial do mercado concernente a operadores de telefonia e internet. Em se tratando de mercado altamente regulado, e considerando que as inovações trazidas por essa nova tecnologia são imensas, de início será tecida uma breve explicação acerca dos caminhos que serão abertos com a implementação do 5G. Após, buscar-se-á por jogar luz nos principais problemas de âmbito concorrencial e regulatório acerca dos quais as autoridades brasileiras devem se atentar, de modo a desenvolver um ambiente mais favorável à implementação da tecnologia e, conseqüentemente, ao desenvolvimento dos negócios no país. Por fim, a ideia do presente trabalho é apresentar a possibilidade de exploração de redes privadas como alternativa a fim de dar solução aos problemas relacionados ao desenvolvimento da tecnologia no país.

⁷³⁴ Fonte: <<https://www.istoedinheiro.com.br/o-impacto-trilionario-do-5g/>>. Acesso em 16.09.2020.

⁷³⁵ Fonte: <<https://oglobo.globo.com/economia/por-cao-da-pandemia-leilao-do-5g-fica-para-2021-24502885>>. Acesso em 16.09.2020.

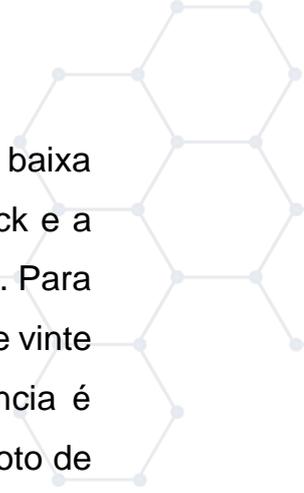
⁷³⁶ Fonte: <<https://www.poder360.com.br/tecnologia/entenda-o-leilao-do-5g-e-as-perspectivas-para-a-tecnologia-no-brasil/>>. Acesso em 24.03. 2021.

1.A 5ª geração de redes de internet móvel: Possibilidades e revoluções trazidas pela nova tecnologia.

Antes de tratar de possíveis problemas concorrenciais envolvendo o 5G, cabe explicar exatamente quais são as mudanças e inovações esperadas a partir da implementação da tecnologia. Diferentemente do 4G, que significou mormente uma evolução do 3G em termos de velocidade de transmissão de dados, o 5G transcende a evolução da velocidade e capacidade de transmissão, trazendo revoluções maiores – a mais interessante delas a “internet das coisas” (*internet of things- IoT*⁷³⁷). Somente com a internet das coisas espera-se um aumento exponencial no mercado de rede de internet, tendo em vista que a partir dessa nova tecnologia não apenas as pessoas com seus computadores pessoais e *smartphones* configuram-se usuárias da rede de internet e portanto consumidoras das redes móveis, mas todos os objetos, que poderão se interconectar e funcionar de modo autônomo. No entanto a internet das coisas é somente uma das possibilidades do 5G - falaremos de todas adiante.

Três seriam as principais tecnologias disruptivas relativas ao 5G: ultra densificação, a exploração de ondas em espectros milimétricos (*mmWaves*), e o *massive multiple-input multiple-output* (MIMO). Tais tecnologias, desta feita, vão permitir a implementação de internet banda larga aprimorada, com maior capacidade de transmissão de dados a partir da exploração de ondas em espectros milimétricos, aumentando a eficiência do espectro de transmissão e o espaço de radiofrequência destinado a tanto, promovendo aumento de capacidade e garantindo a oferta de internet mesmo em locais com alta densidade de usuários.

⁷³⁷ SANTOS, Bruno P. et al. Internet das coisas: da teoria à prática. *Minicursos SBRC-Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores e Sistemas Distribuídos*, v. 31, 2016.



Ademais, será possível a implementação de comunicações de baixa latência ultra confiáveis - assim, o tempo de resposta entre um click e a conexão diminuirão drasticamente, para menos de um milissegundo. Para fins de comparação, nas redes 4G o tempo de resposta é de cerca de vinte milissegundos. A implementação de comunicações de baixa latência é tecnologia a partir da qual será possível estabelecer o controle remoto de objetos e a comunicação massiva com diversos tipos de máquinas, permitindo maior eficiência energética, forçando menos as baterias, e aumentando a área de cobertura.

No cotidiano geral das pessoas o 5G traz a possibilidade de se viver um futuro que por muitos anos entendemos estar distante: aplicações como o controle de equipamentos de trânsito, carros e outros equipamentos funcionando de modo autônomo; a possibilidade de realizar *downloads* de arquivos enormes rapidamente (o *download* de filmes, por exemplo, promete, com o 5G, ser possível em segundos); aumento da cobertura - principalmente quando há aglomerações, como em eventos esportivos ou shows, permitindo a manutenção da qualidade do sinal nessas situações -; o impulsionamento da telemedicina – o que, nos recentes tempos de enfrentamento à Covid-19, mostra-se crucial – com o compartilhamento de vídeos para realização de diagnósticos, a possibilidade do uso de robôs para realização de cirurgias, a realização e compartilhamento de exames mais precisos, mais rapidamente.

Como natural, a instalação de tamanha tecnologia também requer a realização de maciços investimentos. É nessa seara que se fala da adoção de '*early 5G*', predecessor de um '*mature 5G*', que por sua vez, após, dará lugar à tecnologia 6G, embasada no desenvolvimento de inteligência artificial, com máquinas decidindo o que fazer em relação a outras máquinas. Em um primeiro momento, portanto, enquanto são realizados investimentos necessários em infraestrutura para a tecnologia 5G, o que se espera é apenas a implementação do *early 5G*, limitado a atender a apenas algumas das potencialidades esperadas do *mature 5G*, podendo ser entendido inclusive como uma extensão ou complemento à tecnologia

4G atual. Do ponto de vista do direito, portanto, considerando-se a existência de apenas uma pequena ampliação da tecnologia 4G já desenvolvida, para responder ao *early 5G* não seriam necessárias maiores inovações regulatórias. Tal figura, no entanto, muda bastante quando da implementação do *mature 5G*, e é essa a realidade de que trataremos adiante.

2. Implementação do 5G: Infraestrutura e questões concorrenciais

A ampla e efetiva implementação do *mature 5G*, geração de rede de internet que permitirá todos os avanços já mencionados e não apenas uma ampliação na velocidade de transmissão de dados, requer a realização de vultuosos investimentos. Apenas um ano após o leilão das faixas de transmissão no Brasil, são esperados pelo menos 35 bilhões de reais⁷³⁸ em investimentos. O funcionamento da referida tecnologia, no entanto, demanda ainda mais alguns anos – a previsão, mesmo nos países que já estão trabalhando na sua implementação, é 2023⁷³⁹. Desta feita, é importante entender o quanto, em verdade, essa tecnologia melhorará o acesso à internet no Brasil.

Embora o 5G signifique a transferência e introdução de muitos avanços tecnológicos ao cotidiano das famílias brasileiras, levando mais facilidade na realização de diversas tarefas e permitindo um maior desenvolvimento econômico e industrial, não deve trazer nenhum avanço do ponto de vista de acesso, de maneira com que a brutal desigualdade digital vivida entre as classes sociais e regiões brasileiras tenderão a se alargar. Segundo os dados do Plano Estrutural de Redes⁷⁴⁰ (PERT) da

⁷³⁸ Fonte: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/09/15/brasil-recebera-r-30-bi-de-investimentos-ao-ano-apos-leilao-do-5g-preve-huawei.ghtml>>. Acesso em 19.09.2020.

⁷³⁹ Fonte: <<https://www.cnbc.com/2020/03/20/why-the-coronavirus-pandemic-may-fast-forward-5g-adoption-in-the-us.html>> e <https://www.chinadaily.com.cn/business/tech/2016-09/30/content_26947934.htm>. Acesso em 20.09.2020.

⁷⁴⁰ Fonte: <<https://www.anatel.gov.br/dados/pert>>. Acesso em 20.09.2020.

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), divulgado em 2019, 11,3% dos municípios brasileiros ainda não contam com tecnologia 4G, e tal número representa a concentração especialmente daquelas localidades com menos de 30.000 habitantes.

A vultuosidade dos investimentos necessários ao bom funcionamento do 5G ante a impossibilidade de acesso de parte da população à tecnologia já é questão considerada desde o início das discussões relativas à implementação da tecnologia. Um bom exemplo do peso de tal discussão diz respeito à atitude da ANATEL em determinar que, ao abocanhar o 5G, as operadoras também⁷⁴¹ (i) promovam o atendimento com banda larga móvel em tecnologia 4G ou superior, para cidades, vilas, áreas urbanas isoladas e aglomerados rurais, conforme classificação do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), que possuam população superior a 600 habitantes, de forma complementar a outras políticas públicas vigentes; (ii) garantam a cobertura de rodovias federais com banda larga móvel; e (iii) forneça, redes de transporte de alta velocidade, preferencialmente em fibra óptica, para municípios ainda não atendidos.

Para tentar mitigar questão relativa à infraestrutura e ao custo de implementação muitas companhias realizam *Network Sharing Agreements* (NSA), ou seja, acordos de compartilhamento de infraestrutura de rede. Tal prática é bastante comum no mercado mundial de telefonia, e acordos deste tipo já passaram pelo escrutínio de nossa autoridade concorrencial⁷⁴², o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Na tecnologia 4G, embora a maior parte dos serviços fornecidos ao consumidor final se encaixem na oferta varejista de serviços de telecomunicações, e, portanto, seja este o mercado no qual práticas anticoncorrenciais deva produzir efeitos, o compartilhamento de rede

⁷⁴¹ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicação. Gabinete do Ministro. Portaria nº 418, de 31 de janeiro de 2020.

⁷⁴² Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39. Requerentes: Telefônica Brasil S.A, TIM S.A.; Ato de concentração nº 08700.002276/2018-84. Requerentes: Tim Celular S.A e Oi Móvel S.A.

objeto dos contratos entre concorrentes não acontece no varejo, mas *upstream*, a nível de produção, na rede, e, portanto, onde vários passivos e ativos, insumos, equipamentos e serviços se combinam para produzir serviços móveis. O ex-Conselheiro do CADE Paulo Burnier da Silveira, quando da análise do Ato de Concentração entre Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A.⁷⁴³, descreveu tais relações:

Há várias modalidades possíveis de compartilhamento de rede, que vão desde o compartilhamento isolado de sites, antenas e estruturas de suporte até formas mais intensas de compartilhamento. A OCDE delimita quatro formas principais de compartilhamento: (i) o compartilhamento passivo e (ii) o compartilhamento ativo; (iii) o compartilhamento do *core* da rede e (iv) o roaming de rede.

As formas de compartilhamento passivo abrangem apenas os elementos físicos que são localizados nos sites e que dão suporte aos chamados equipamentos de rede – que atuam na transmissão da comunicação, propriamente. Isso se configura, por exemplo, quando as operadoras decidem compartilhar apenas a parte estrutural dos sites, como, por exemplo, torres de aço, cercas, portões, geradores de energia elétrica, etc.

As formas de compartilhamento ativo, por sua vez, envolvem o conjunto de equipamentos que compõem a rede de acesso que se interligam aos elementos de controle e comutação da rede para a prestação de serviços de telefonia móvel. Os contratos de *RAN Sharing* se inserem nessa categoria. Eles permitem, assim, que uma operadora disponibilize para outra a infraestrutura necessária para transmitir dados até o *core* da rede da operadora parceira.

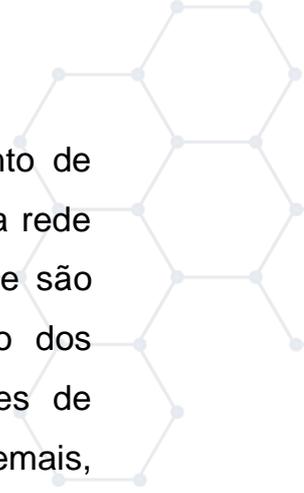
(...)

A terceira forma de compartilhamento de rede indicada pela OCDE consiste no compartilhamento do chamado *core* da rede. Essa modalidade não é usual entre operadoras móveis, e representa uma forma mais profunda de compartilhamento que abrange a integralidade dos elementos de rede.

Por fim, a última e mais intensa forma de compartilhamento é o roaming de rede, situação em que o usuário do serviço de telefonia móvel de uma operadora pode utilizar a integralidade da rede da outra em uma região em que a sua operadora não tenha cobertura, sem que seja necessário alterar o ponto de acesso.

Os Acordos de Compartilhamento de Infraestrutura de Rede, de modo geral, apresentam menos problemas concorrenciais que outros

⁷⁴³ Voto-Vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira no Ato de Concentração de nº 08700.002276/2018-84. Requerentes: Tim Celular S.A e Oi Móvel S.A.



possíveis acordos entre concorrentes. Não há o compartilhamento de qualquer parte do núcleo rede (que é a parte central inteligente da rede móvel, onde a produção do serviço de rede móvel é concluída e são adicionados os recursos capazes de promover a diferenciação dos produtos) além do que podem diferir com relação às gerações de tecnologia móvel envolvidas, ou ao âmbito geográfico do acordo. Ademais, possuem como intuito justamente mitigação de custos com a instalação de infraestruturas. Assim, em se tratando de áreas mais remotas, permitem com que a tecnologia chegue aos moradores daquela localidade, de modo com que as eficiências geradas são evidentes.

A tecnologia 5G traz ainda algumas facilidades com relação à possibilidade de compartilhamento. Uma vez que será possível a exploração de ondas em espectros milimétricos, uma mesma rede poderia satisfazer usuários com requisitos variados de qualidade, segurança e confiabilidade. Assim, redes que por meio das tecnologias anteriores eram construídas de modo separado, teriam mais possibilidades de serem configuradas de maneira flexível. Tal característica traz consequências diretas para a construção e manutenção das redes de telefonia, tendo em vista que uma possível forma de diminuir o custo seria por meio do compartilhamento de infraestrutura por mais de uma operadora. A possibilidade de configuração da rede de forma mais flexível, portanto, amplia a possibilidade de diferenciação do produto final de cada operadora.

Embora a instalação e possibilidade de compartilhamento de infraestrutura consiga ajudar na questão do acesso e na desigualdade digital, de outro lado, acordos entre concorrentes diretos levantam diversas questões concorrenciais. No Brasil, ainda há o agravante de que o mercado de redes de telefonia e internet, mercado este alvo de regulação dura, é bastante concentrado, com poucos *players* atuando. Há

ainda a situação da empresa de telefonia móvel Oi Móvel S.A., que se encontra em recuperação judicial⁷⁴⁴.

De acordo com Zoltán Pápai, Aliz Mclean, Péter Nagy, Gábor Szabó e Gergely Csorba, autores do artigo de título “*The impact of network sharing on competition: the challenges posed by early versus mature 5G*”⁷⁴⁵, as teorias do dano relativas aos acordos de compartilhamento de infraestrutura de rede poderiam ser agrupadas em quatro categorias principais. Dessa forma, um acordo de tal natureza pode (i) diminuir o incentivo individual de cada parte envolvida para competir, e, portanto, poderia resultar na perda de rivalidade entre as partes; (ii) levar a formação de conluio, ainda que tácito; (iii) mudar a capacidade e /ou o incentivo de qualquer parte envolvida para tornar o acesso a um elemento de sua infraestrutura de rede móvel ou serviço impossível ou mais caro para os concorrentes, o que poderia indiretamente ter um efeito prejudicial efeito no mercado de varejo; e (iv) significar um desincentivo à inovação ou ao investimento em implementação da estrutura necessária, em razão de se tratarem de atividades que, uma vez que envolvem uma rede compartilhada, necessitam de processos de tomada de decisão conjunta, criando uma camada de burocracia e atrasando o processo.

A realidade relativa à tecnologia 5G, no entanto, especialmente quando da implementação do *mature 5G*, apresenta peculiaridades importantes quando em comparação com as outras gerações de rede de internet móvel. Isso porque o 5G deve permitir e promover o desenvolvimento de novas aplicações. Portanto, é de se imaginar que junto com estas surjam novos mercados e novas maneiras de desenvolver negócios e fabricar produtos já anteriormente difundidos. Nesse sentido, pode ser interesse de algumas indústrias o investimento em redes privadas, e que poderiam servir para a mesma finalidade de

⁷⁴⁴ Fonte: <https://www.oi.com.br/ri/conteudo_pt.asp?idioma=0&conta=28&tipo=43089>. Acesso em 20.09.2020.

⁷⁴⁵ PÁPAI, Zoltán et al. The Impact Of Network Sharing On Competition: The Challenges Posed By Early Versus Mature 5g. **Institute of Economics, Centre for Economic and Regional Studies**, 2020.

compartilhamento de infraestrutura. A grande diferença é que tais empresas, que não possuem atuação no mercado de telefonia de forma ostensiva, não constituiriam concorrentes das operadoras. É do que trataremos na sessão seguinte.

Apenas a título de esclarecimento, vale mencionar a enorme polêmica dentro do atual contexto Geopolítico mundial em torno da implementação do 5G, que também possui aspecto concorrencial relevante. Embora não seja a questão central posta por esse trabalho, fato é que tal assunto tem gerado tensões comerciais entre Estados Unidos e China, que contam ainda com o envolvimento de outros países como Reino Unido, Itália, França, Austrália, Nova Zelândia e até o Brasil. Esses países declararam bloqueio parcial ou total, acompanhando os EUA, às empresas chinesas que as oferecem tecnologia relativa à quinta geração de telefonia móvel⁷⁴⁶ – atualmente a Huawei e a ZTE. A decisão de bloquear empresas chinesas encontra fundamento na tese de que a nova tecnologia seria responsável por reter substancial volume de dados dos usuários e poderia servir a eventuais espionagens e ataques cibernéticos por parte da China. O Brasil, por sua vez, tem realizado movimentações no contexto dessa disputa. O Ministro das Comunicações, Fábio Faria, declarou que⁷⁴⁷ a decisão acerca de quais seriam os habilitados para realizar a implementação do Brasil caberia ao Presidente Jair Bolsonaro, e que seu papel seria restrito "cuidar, receber os players do setor, conversar com eles, saber as expectativas e o que eles podem oferecer". Segundo Fábio Faria, em clara referência às responsabilidades de Jair Bolsonaro quanto a essa questão, afirmou "É dele que vai partir a decisão de quem ele deseja que fique com o 5G no Brasil".

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) já se manifestou recomendando ao Brasil que não aja de maneira a limitar a concorrência entre os fornecedores da tecnologia do 5G.

⁷⁴⁶ Fonte: < <https://guiadoestudante.abril.com.br/atualidades/5g-entenda-o-que-e-a-tecnologia-e-a-disputa-entre-eua-e-a-china/>>. Acesso em 31.03.2021.

⁷⁴⁷ Fonte: < <https://teletime.com.br/22/07/2020/bolsonaro-vai-decidir-quem-ele-deseja-que-fique-com-o-5g-reitera-faria/>>. Acesso em 31.03.2021

Segundo o Secretário-Geral da Organização, Sr. Angel Gurría “É importante organizar cuidadosamente o leilão de 5G para que ele garanta mercado competitivo”⁷⁴⁸. Importante ressaltar que, atualmente, a tecnologia usada em redes de transmissão de dados é majoritariamente fornecida por três empresas, sendo elas a sueca Ericsson, a finlandesa Nokia e a chinesa Huawei. Além disso, no Brasil haveria uma predominância da Huawei, sem, no entanto, haver dados confiáveis acerca do *share* de cada empresa dentro deste contexto. Trata-se de lugar comum o entendimento de que quanto mais competidores, mais saudável a dinâmica concorrencial de um determinado mercado, razão pela qual o país não deveria restringir a atuação de qualquer das companhias, vez que, devido à avançada tecnologia negociada, o mercado contar com número tão diminuto de *players*. Nesse sentido, restringir a participação de qualquer companhia significaria um significativo aumento no custo para implantação do 5G no Brasil. Estudos⁷⁴⁹ sugerem inclusive que o aumento com os custos de implantação do 5G poderia variar entre 8% e 29%. Assim, vale explicitar a necessidade de acompanhamento dos desdobramentos dessa questão, que diretamente está ligada aos custos de implementação tratados no trabalho.

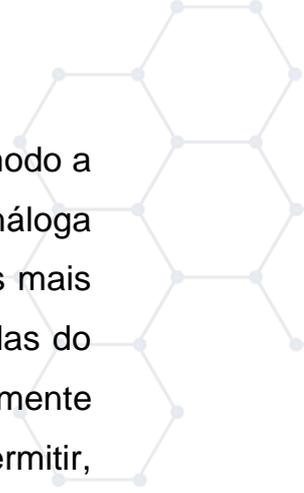
3. Soluções para problemas concorrenciais e de acesso: As redes privadas e as peculiaridades da tecnologia 5G.

O Brasil é um país que, dentro da divisão econômica mundial, se destaca na produção de *commodities*⁷⁵⁰. Assim, boa parte da produção brasileira é voltada para tais produtos, por isso é comum, ao longo do

⁷⁴⁸ Fonte: < <https://www.infomoney.com.br/negocios/o-que-o-brasil-pode-perder-ao-tomar-partido-na-guerra-do-5g-entre-china-e-eua/>>. Acesso em 31.03.2021

⁷⁴⁹ Fonte: < <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/07/13/vies-ideologico-pode-dificultar-leilao-de-5g.ghtml>>. Acesso em 31.03.2021

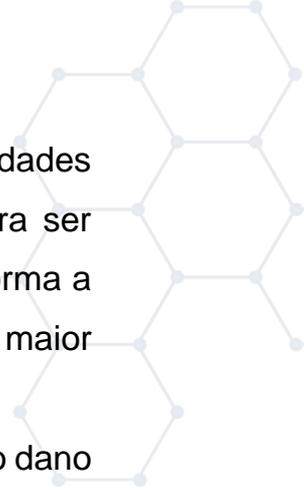
⁷⁵⁰ Fonte: <<https://www.comexdobrasil.com/em-agosto-todos-os-dez-principais-produtos-exportados-pelo-brasil-foram-commodities-indica-icomex/>>. Acesso em 20.09.2020.



território do país, a existência de indústrias em locais remotos, de modo a explorar os recursos disponíveis nessas localidades. De maneira análoga ao que vai ocorrer com os municípios e populações de localidades mais isoladas digitalmente, tais indústrias também devem se ver excluídas do abastecimento adequado de uma rede de internet móvel. Diferentemente do que acontecia em outras gerações de redes móveis, o 5G vai permitir, como anteriormente tratado, a internet das coisas, o que deve, do ponto de vista industrial, permitir uma ampla automatização de diversos processos, bem como a realização de etapas da produção de forma completamente remota. Nesse sentido, a ausência de uma rede de qualidade é um impedimento ao pleno desenvolvimento econômico brasileiro.

É importante comentar, neste ponto, a história relativa às redes de telefonia no país. O Código Brasileiro de Telecomunicações ao adotar a substituição da política de exploração privada sob concessão do Estado pela política de monopólio estatal, nos moldes da Lei 4.117/1962, encerrou as atividades de cerca de 1.200 empresas privadas de telefonia, municipais e estaduais, e a unificação dos sistemas em torno do aparato estatal passou a ser considerada, na época, uma condição essencial para o seu desenvolvimento, pois as redes de telefonia necessitavam de tantos investimentos que considerou-se o Estado o organismo mais apto a fazê-lo. Tal escolha de política pública de implementação, no entanto, acabou por trazer até os dias atuais essa herança relativa a ausência de *players* competitivos nesse mercado.

Nesse sentido, tem-se que a autorização por parte do poder público à exploração de redes privadas seria benéfica a todos os atores. Em primeiro lugar, do ponto de vista da indústria, esta seria abastecida de tecnologia tão importante para o aumento da eficiência dos negócios, promovendo maior desenvolvimento econômico ao país. Ficaria a encargo da própria usuária a garantia de oferta de uma rede com ampla cobertura, disponibilidade e segurança da informação, diminuindo ainda o tempo de respostas a incidentes. Ademais, as redes privadas poderiam ser



projetadas e programadas de modo a atender as necessidades específicas daquela indústria, podendo, ainda, toda a infraestrutura ser objeto de acordo junto a empresas de rede de internet móvel, de forma a levar a tecnologia aos cidadãos daquela localidade, promovendo maior acesso da população à tecnologia e mitigando os custos.

Do ponto de vista concorrencial, é certo que todas as teorias do dano elencadas dizem respeito ao fato de que as empresas que são parte no acordo pertencem ao mesmo mercado relevante e efetivamente concorrem entre si. Em se tratando de redes compartilhadas com empresas cuja atividade principal não está relacionada à exploração de redes de internet móveis, não há que se preocupar com a possibilidade de colusão, tampouco com desincentivos individuais para competir – ao contrário, seriam inseridos mais players interessados numa melhora da tecnologia, além de que as empresas de redes móveis passariam a competir pela realização do acordo relativo àquela infraestrutura, naquela localidade. Não há, ainda, desincentivo a qualquer parte envolvida em tornar o acesso a um elemento de sua infraestrutura de rede móvel ou serviço impossível ou mais caro para os concorrentes. Isso porque abrindo-se a possibilidade para que outras empresas realizem a implementação de infraestrutura, é possibilitada a realização de novas entradas, ainda que não sejam abrangentes o suficiente para suprir todo mercado nacional. Entradas estas, portanto, capazes de mitigar eventuais problemas concorrenciais numa determinada localidade.

Nos termos do art. 2º, II da Resolução nº 17/2016 do CADE, contratos associativos só devem passar pela análise da autoridade concorrencial se firmado entre empresas com atuação no mesmo mercado relevante. Desta feita, a possibilidade de permissão de instalação e exploração de redes privadas por parte da indústria e o eventual compartilhamento da rede para atender as populações de localidades remotas sequer necessitariam de análise, o que, novamente, comprova como a possibilidade de implementação de redes privadas constitui

alternativa bastante benéfica para o mercado e a sociedade em sua totalidade.

O CADE, inclusive, já teve a oportunidade de fazer a avaliação de casos até mais sensíveis, envolvendo o compartilhamento de rede entre concorrentes do mesmo mercado: tratou-se do caso entre Oi e Tim, por ocasião da celebração de contrato de contrato de *Ran Sharing* entre as duas companhias. Quando da primeira submissão ao escrutínio da autoridade, em 2013, a versão original do Contrato foi conhecida e aprovada sem restrições pelo CADE em novembro daquele ano⁷⁵¹. Quando, no entanto, do aditamento do contrato, o caso foi avocado pelo Tribunal do CADE a fim de que fosse debatida a aplicação da Resolução 17/2016, configurando-se em *leading case* acerca da definição do que seria um “empreendimento comum” e se o compartilhamento da infraestrutura de rede o seria.

O Professor Paulo Burnier⁷⁵² ao discutir o referido caso ressaltou que:

[A]s entidades internacionais destacadas (OCDE e BEREC) são uníssonas em advertir que a proliferação de contratos de compartilhamento de rede, como os acordos RAN Sharing, suscita preocupações concorrenciais relevantes e que devem ser encaradas com seriedade por parte das autoridades antitruste [...]. A OCDE destaca que as atenções das autoridades de defesa da concorrência devem ser direcionadas a três possíveis consequências anticompetitivas dos contratos de compartilhamento de rede, relacionadas à existência de: (i) efeitos unilaterais; (ii) coordenação entre concorrentes; e (iii) trocas de informações sensíveis.

Nesse caso em específico a autoridade acabou por concluir pela aprovação sem restrições da Operação, mas restou evidente que a importância de tal análise residiu em explicitar que, embora nem todas as formas de cooperação mereçam atenção das autoridades concorrenciais, mas “apenas aquelas qualificadas pela existência de um escopo comum

⁷⁵¹ Ato de Concentração 08700.09535/2013-93. Requerentes: Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A.

⁷⁵² SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2021, pp. 14 -27.

entre os contratantes”. O CADE tem agido no sentido de sofisticar sua análise, e em todas as ocasiões em que se dedicou a apreciar contratos de compartilhamento de rede entre concorrentes, acabou por concluir que as operações deveriam ser notificadas.

Importa notar que o caso entre Oi e Tim detinha algumas particularidades que facilitaram a aprovação da Operação e que devem ser observadas por todos aqueles que desejam trabalhar com o compartilhamento de estruturas para implantação e desenvolvimento do 5G. Além das partes ressaltarem os expressivos ganhos de escala, escopo e eficiência gerados com a Operação, o referido Contrato previa a criação de uma estrutura de governança corporativa comum às empresas, que incluiu elementos de gerência e contabilidade da infraestrutura compartilhada, com decisões tomadas em conjunto e com o monitoramento do cumprimento das obrigações de investimento, manutenção e expansão da rede assumidas por cada uma das partes, deixando claro o condão de evitar comportamentos oportunistas e explicitando que a relação principal entre as duas companhias permanecia de acirrada concorrência.

Afasta-se também a teoria do dano segundo a qual a tendência é a de que os serviços das operadoras se tornem mais semelhantes, diminuindo a autonomia técnica de cada operadora e, portanto, diminuindo também o incentivo para que estas se diferenciem, com conseqüente queda de rivalidade. Em verdade, os acordos de compartilhamento de infraestrutura podem ter o efeito diametralmente oposto: aumentando a eficiência de custos do investimento, os incentivos das partes para ampliar implantação e implementar cobertura maior e de melhor qualidade aumentam. Ademais, há novos recursos específicos do 5G capazes de mitigar essa preocupação, como a possibilidade de virtualização e arquitetura baseada em serviços, criados com o objetivo de facilitar a flexibilidade no desenvolvimento e configuração de novas aplicações, o que, portanto, aumentam a diferenciação. Ademais, o 5G permite às operadoras a realização do *slicing*, que é a possibilidade de fornecimento

de redes privadas virtual como um serviço para clientes empresariais, governamentais, dentre outros – o que também constitui incentivo para o aumento de diferenciação entre os *players*.

Com relação à preocupação acerca da existência de incentivos para que as partes de um acordo de compartilhamento acabem realizando conluio, em verdade, ainda que o custo relativo à infraestrutura seja compartilhado, fato é que o preço final oferecido pelas operadoras no mercado varejista conta com os custos relativos após a etapa de compartilhamento, custos adicionais que, desse modo, representam parte significativa dos custos totais do produto final. Assim, com relação ao preço final praticado, a maior parte dos custos não é compartilhada, de modo com que não há muita diferença em comparação a outros mercados, pois trata-se do custo relativo à etapa *upstream*. Essa realidade seria comparável a duas empresas concorrentes num mesmo mercado que dependessem de um único fornecedor – o preço final não seria necessariamente parecido por conta do preço praticado pelo fornecedor, e sim seria resultante do custo relativo ao tratamento desse insumo.

Fica bastante claro, portanto, o quanto a realização de acordos envolvendo cooperação para compartilhamento de estrutura para o 5G é benéfica não apenas à instalação e à implementação de forma plena da tecnologia 5G como ao acesso da população e o quanto as características intrínsecas a uma tecnologia tão disruptiva fazem com que a questão mereça menor intervenção governamental do ponto de vista regulatório que as gerações anteriores, ainda que a realização desses acordos se dê entre concorrentes. Nesse sentido, para além da possibilidade de implementação de redes privadas, que responde muito bem enquanto solução às teorias do dano passíveis de emergirem no contexto relativo ao mercado de telefonia e internet móvel, fato é que o 5G consegue, por características intrínsecas à tecnologia, mitigar os problemas concorrenciais que eram comuns às outras gerações de telefonia, critério que precisa ser observado pelas autoridades competentes quando de suas futuras análises.

Considerações Finais

A tecnologia 5G promete trazer mudanças bastante significativas ao dia a dia das pessoas. Mais que isso, prevê-se a possibilidade de automação de diversos mercados e setores econômicos, bem como abre-se a possibilidade para o desenvolvimento e exploração econômica de novas aplicações, inimagináveis.

Junto com a mudança de uma geração de tecnologia, no entanto, alguns mercados acabam por experimentar uma mudança em suas dinâmicas concorrenciais, de maneira com que se impõe às autoridades entender e pensar soluções que sejam capazes de mitigar eventuais problemas. Soma-se a isso o alto custo de implementação dessas novas tecnologias e a necessidade de realização de maciços investimentos para que o país, de forma geral, não fique atrás no desenvolvimento não só do mercado de rede de internet móvel, mas em todos aqueles que podem se aproveitar de tal inovação. Assim, os diversos players do mercado acabam necessitando cooperar entre si, fato que potencializa a probabilidade de ocorrência de condutas anticoncorrenciais.

Com relação à tecnologia 5G, no entanto, é possível que uma flexibilização relativa à regulação dura implementada, permitindo que empresas não atuantes no setor de redes de telefonia móvel desenvolvam soluções e infraestrutura para o setor, seja suficiente na mitigação da maior parte desses problemas. Para além de mitigar as questões concorrenciais tradicionalmente suscitadas quando do compartilhamento de infraestrutura de redes móveis, a abertura do setor seria capaz de promover o acesso de uma faixa populacional à internet, em aliança por meio da qual a promoção do desenvolvimento industrial traria melhorias diretas à vida dos cidadãos.

Referências Bibliográficas

ANDREWS, J.G. *et al.*, "What Will 5G Be?," in *IEEE Journal on Selected Areas in Communications*, vol. 32, no. 6, pp. 1065-1082, Junho 2014, doi: 10.1109/JSAC.2014.2328098.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84 Requerentes: Tim Celular S.A. Oi Móvel S/A. Relator: Conselheiro João Paulo Resende. Voto Vogal: Conselheiro Paulo Burnier da Silveira (SEI nº 0545523).

BRASIL. CADE. Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39. Requerentes: Telefônica Brasil S.A, TIM S.A.

BRASIL. CADE. Ato de Concentração 08700.09535/2013-93. Requerentes: Tim Celular S.A. e Oi Móvel S.A.

CARVALHO, Vinícius Marques de; DE LIMA, Ticiana. **O CADE e o desafio do 5G**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/opiniao/economia/o-cade-e-o-desafio-do-5g-por-vinicius-marques-de-carvalho-e-ticiania-lima/>. Acesso em 26 de março de 2021.

GERADIN, Damien; KARANIKIOTI, Theano. **Network Sharing and EU Competition Law in the 5G Era: A Case of Policy Mismatch**. Available at SSRN 3628250, 2020.

GONÇALVES, João Emílio Padovani. **Novo patamar de telefonia, 5G ainda deixa dúvidas sobre inclusão digital no Brasil**. [Entrevista concedida a Agência Senado] Nelson Oliveira. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2020/07/novo-patamar-de-telefonia-5g-ainda-deixa-duvidas-sobre-inclusao-digital-no-brasil>> Acesso em: 20.09.2020.

HERZ, Daniel. **A renúncia a uma política de telecomunicações, em nome da telefonia e da radiodifusão**. 1997.

PÁPAI, Zoltán *et al.* The Impact Of Network Sharing On Competition: The Challenges Posed By Early Versus Mature 5g. **Institute of Economics, Centre for Economic and Regional Studies**, 2020.

SANTOS, Bruno P. *et al.* **Internet das coisas: da teoria à prática**. Minicursos SBRC-Simpósio Brasileiro de Redes de Computadores e Sistemas Distribuídos, v. 31, 2016.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. 1ª Edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2021.

TEECE, D. J. **5G and the Global Economy: How Static Competition Policy Frameworks Can Defeat Open Innovation**. CPI Antitrust Chronicle, 2019.

Regulation in the digital economy. Is ex-ante regulation of “gatekeepers” an efficient and fair solution?

Christophe Carugati

The European Commission (hereinafter “the Commission”) recently released two Inception Impact Assessments (IIA) and public consultations on a possible new competition tool and a possible ex-ante regulation of large online platforms (so-called “gatekeepers”).⁷⁵³ After the publication of many reports⁷⁵⁴ on the topic “competition law in the digital economy”, the Commission is ready to act by adapting its antitrust law and by regulating large digital players before the end of the year (Q4-2020). Under pressure from France, Germany, Italy, and Poland, the Commission had no choice but to react fast.⁷⁵⁵ The Commission is thus now joining the “regulatory race” against large online companies (also sometimes called in the press

⁷⁵³ EC, press release, Antitrust: Commission consults stakeholders on a possible new competition tool, 2 June 2020 (accessed 12 June 2020). https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_977

⁷⁵⁴ See for a non-exclusive list of reports: ACCC, *Digital Platforms Inquiry-final report*, 26 July 2019.

<https://www.accc.gov.au/system/files/Digital%20platforms%20inquiry%20-%20final%20report.pdf>

Crémer, J. et al, *Competition policy for the digital era*, April 2019. <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

Morton, F. S. et al, *Stigler Committee on Digital Platforms-Final Report*, September 2019. <https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>

Furman, J. et al, *Unlocking digital competition Report of the Digital Competition Expert Panel*, Mars 2019.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

Schallbruch et al, *A new competition framework for the digital economy, Report by the Commission ‘Competition Law 4.0’*, September 2019.

https://www.bmw.de/Redaktion/EN/Publikationen/Wirtschaft/a-new-competition-framework-for-the-digital-economy.pdf?__blob=publicationFile&v=3

⁷⁵⁵ *The Finance and Economy Ministers of France, Germany, Italy and Poland, letter to the Commissioner Executive Vice-President Margrethe Vestager*, Paris, 4 February 2020.

<https://g8fip1kplyr33r3krz5b97d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2020/02/Letter-to-Vestager.pdf>

“big tech”) in competition with the US,⁷⁵⁶ Australia,⁷⁵⁷ Japan,⁷⁵⁸ France,⁷⁵⁹ and Germany⁷⁶⁰ to regulate in the first place. To regulate or not to regulate is not anymore a Shakespearian issue.⁷⁶¹ A regulation is inevitable. If the *why* seems obvious the *how* is still an open question. Should the regulation be symmetric (applicable to all firms equally) or asymmetric (applicable only to large online platforms against objective criteria)? The Commission, France,⁷⁶² and Germany⁷⁶³ strongly support the latter against “gatekeepers” or “systemic firms” (both buzz words to define large online platforms). The Commission wants to promote an efficient and fair competition.⁷⁶⁴ Efficiency is an obvious goal in competition law and economics. The aim of competition is to reach allocative efficiency (or Pareto efficiency). Fairness is enriched in the notion of competition on the merits⁷⁶⁵ but from a Chicagoan perspective, it is doubtful whether fairness

⁷⁵⁶ House Judiciary Committee, *Digital Markets Investigation* (accessed 12 June 2020). <https://judiciary.house.gov/issues/issue/?IssueID=14921>

⁷⁵⁷ Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), *Digital platforms* (accessed 12 June 2020). <https://www.accc.gov.au/focus-areas/digital-platforms>

⁷⁵⁸ Competition Policy International, *Japan Toughens Regulations On Tech Giants*, 27 May 2020 (accessed 18 June 2020). <https://www.competitionpolicyinternational.com/japan-toughens-regulations-on-tech-giants/>

⁷⁵⁹ Assemblée nationale, proposition de loi visant à garantir le libre choix du consommateur dans le cyberspace, 10 October 2019. http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/dossiers/garantie_libre_choix_consommateur_cyberspace

⁷⁶⁰ Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen für ein fokussiertes, proaktives und digitales Wettbewerbsrecht 4.0 (GWB- Digitalisierungsgesetz), 24 January 2020. <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/gwb-digitalisierungsgesetz-referentenentwurf.pdf?blob=publicationFile&v=10>

⁷⁶¹ Deffains. B. and Carugati, C., *Internet Platforms: To Regulate, or not to Regulate?*, Essays in Law and Economics in honour of Roger Van den Bergh, Intersentia, 2018.

⁷⁶² Autorité de la concurrence (Adlc), *The Autorité de la concurrence’s contribution to the debate on competition policy and digital challenges*, 19 February 2020. https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/2020-03/2020.03.02_contribution_adlc_enjeux_numeriques_vf_en.pdf

⁷⁶³ Bundeskartellamt (BKartA), Press release, Bundeskartellamt welcomes Economic Affairs Ministry’s plans to modernise competition law, 25 February 2020 (accessed 12 June 2020). https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/25_02_2020_Stellungnahme_10_GWB_Novelle.html?nn=3591286

⁷⁶⁴ EC, *Communication from the commission to the European parliament, the council, the European economic and social committee and the committee of the regions, Shaping Europe’s digital future*, 19 February 2020, p. 2. https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_3.pdf

⁷⁶⁵ EC, *Speech, Johannes Laitenberger, EU competition law in innovation and digital markets: fairness and the consumer welfare perspective*, MLex / Hogan Lovells event, Brussels, 10 October 2017 (accessed 20 January 2020). http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2017_15_en.pdf

Gerard, D., *Fairness in EU Competition Policy: Significance and Implications*, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, Vol. 9, No. 4, 2018, p. 212. <https://academic.oup.com/jeclap/article/9/4/211/4956515>

and efficiency can coincide together as fairness (depending on the meaning of fairness, distributive justice, or the respect of social and moral values) may prevent the achievement of efficiency. But Bonakele et al demonstrated by considering excessive pricing that fairness and efficiency can coincide together.⁷⁶⁶ If we consider that fairness must lead to the application of similar rules as opposed to dissimilar rules, is an ex-ante asymmetric regulation of “gatekeepers” efficient and fair? Is the Commission considering the right path to correct market failures in the digital economy? From a law and economics point of view, an ex-ante asymmetric regulation may not only be inefficient but also unfair. Section 1 provides a brief summary of why a regulation is necessary and section 2 explains why an ex-ante asymmetric regulation is not an efficient and fair solution.

1. Why a regulation in the digital economy?

Regulation is the “atomic bomb” in the free market world. Regulation is necessary where market failures prevent the market to maximize social welfare, namely the sum of producer and consumer surplus. There are four types of market failures: (i) Market power. A firm with market power may increase its price resulting in deadweight loss, namely the forgone sales that do not translate into consumer or producer surplus; (ii) Negative externalities. The behavior of the firm may have negative consequences for others. In the absence of internalization, the firm thus causes social loss; (iii) Collective goods. They are non-exclusive and non-rivalrous goods (e.g. air), namely respectively one cannot be excluded from using the good and the use of the good by one person does not prevent others from using it. In that case, a firm does not have the incentive to produce the good because consumers who are not willing to pay for the good, the free-riders, cannot be excluded and can use the good; and (iv) Asymmetric information.

⁷⁶⁶ Bonakele, T. et al, *Competition Policy for the New Era: Insights from the BRICS Countries*, OUP Oxford, 2017, pp. 32-33.

Parties to a transaction do not have the same level of information. In the absence of full information, consumers may not buy the good because they cannot assess the quality of the product.⁷⁶⁷

In the digital economy, two main market failures occur: Market power and asymmetric information.⁷⁶⁸

First, market power. It is proven by market shares over a long time and barriers to entry. In the digital economy, market shares market shares are reliable indicators of market power “if a fast-growing market does not show signs of marked instability during the period at issue and, on the contrary, a rather stable hierarchy is established”.⁷⁶⁹ As shown by the Furman et al report, the general search services, social networking services, digital advertising and mobile operating systems markets are characterized by high market shares from at least 2010 without signs of instability, rather, market shares are increasing and stable hierarchies are established.

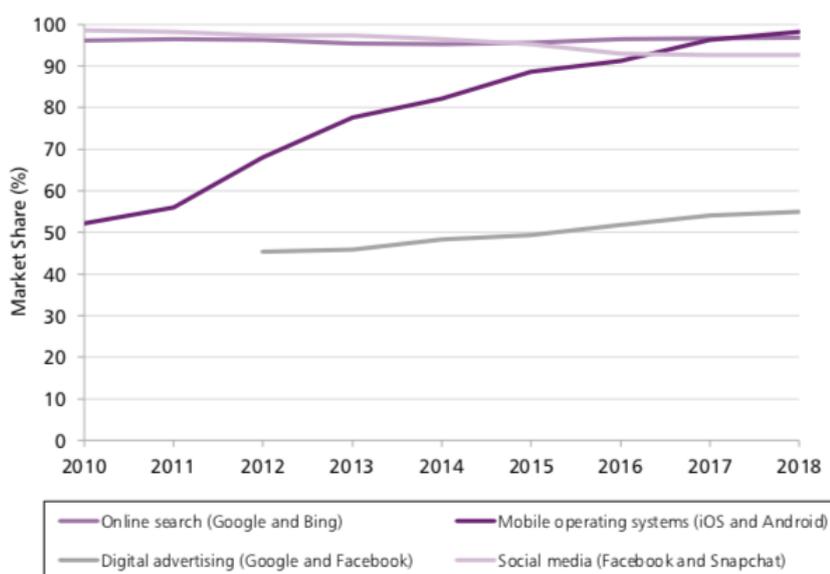


Figure 1: Evidence of concentration in some digital markets (source: Furman et al report, pp. 24-25)

⁷⁶⁷ Paccès, M. A. and Visscher, T. L., Law and Economics – Methodology, Bart van Klink and Sanne Taekema (Eds.), Law and Method. Interdisciplinary research into Law (Series Politika, nr 4), Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, pp. 85-107. <https://ssrn.com/abstract=2259058>

⁷⁶⁸ Data can be considered as public goods since they are non-rivalrous and non-exclusive (see chapter 1). However, if it is clear that volunteered data are non-rivalrous and non-exclusive as they are shared by the user, it is doubtful that observed and inferred are non-exclusive as they are collected by the firm as the result of its own investment in data collection and processing.

⁷⁶⁹ AT.39740-Google Search (Shopping), 27 June 2017, para. 267. https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf.

This figure shows that these digital markets are thus dominated by one or two firms. The markets are highly concentrated by the largest digital companies. In this context, it may be very complicated for a new entrant to disrupt the position of the incumbents.

Furthermore, these markets have a number of common features that explain this level of concentration. They are characterized by strong data-driven network effects, the collection and analysis of a colossal amount of data, economies of scale and scope, the inability for consumers to effectively switch and multi-home to other players and important financial resources to invest.

Network effects and data-driven network effects are key to attract consumers and businesses on the multisided of the platforms. Positive and strong network effects not only attract further users but also maintain current users on the platform. When these effects are so strong, the incumbent achieves a critical mass of users and tips the market. When the market reaches the tipping point in favor of the dominant company, competitors would be unable to compete effectively and new market participants would lack the ability and incentive to enter into the market.⁷⁷⁰ Competitors would face a slowing down in the growth of their user base and a decline in the activity of their members who would become instead active on the incumbent.⁷⁷¹

Data is the core feature in the data-driven economy. Participants collect personal and non-personal data to monetize and improve their services. The relevance of data is contested because data are non-rivalrous, ubiquitous, tradable, and even for some practitioners, inexpensive.⁷⁷² However, these features do not mean that data are readily available for all competitors and new entrants. Moreover, the collection and analysis of data may be very costly even for large incumbents. Data are

⁷⁷⁰ M.8124-Microsoft/LinkedIn, 6 December 2016, para. 339. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf.

⁷⁷¹ Ibid, para. 343.

⁷⁷² Tucker, D. S. and Wellford, H., Big Mistakes Regarding Big Data, Antitrust Source, American Bar Association, December 2014, p. 3. <https://ssrn.com/abstract=2549044>.

barriers to entry when competitors or new participants are unable or likely unable to collect the same volume and variety of data by themselves or by third parties, and or when they are unable or likely unable to process and analyze the data collected as incumbents. Relevant factors to determine whether data can contribute to market power are the analysis of the “four Vs” namely volume, variety, velocity and value as done for the first by the Commission in *Apple/Shazam*.⁷⁷³

Economies of scale and scope are not specifics as such to the digital economy. However, as noted in the Crémer et al report, economies of scale are pushed “*to the extreme*”.⁷⁷⁴ In the digital economy, the cost of production is “*much less than proportional to the number of customers served*”.⁷⁷⁵ Once a service is created such as a search engine, the marginal cost to serve an additional customer is nearly zero.⁷⁷⁶ Furthermore, large digital firms enjoy economies of scope thanks to the variety of data collected and the acquisition of a firm with a valuable dataset. The firm can thus develop other services for its users, creating an ecosystem. Both economies of scale and scope give “*a significant competitive advantage for incumbents*”.⁷⁷⁷

Investment is necessary to develop an effective infrastructure. The digital economy is characterized by high sunk costs and high investments, even by a large incumbent to maintain or expand its dominant position. In *Google Search (Shopping)*, the Commission recognized “*large capital investments that competitors would have to match*” as barriers to entry.⁷⁷⁸ In 2018, a report by PwC shows that Google, Amazon, Facebook, Apple

⁷⁷³ M.8788-Apple/Shazam, 6 Septembre 2018, paras. 317-324. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8788_1279_3.pdf.

“In this respect the Commission has compared the Shazam User Data to other dataset available on users of digital music services using four relevant metrics: that is the variety of data composing the dataset; the speed at which the data are collected (velocity); the size of the data set (volume); and the economic relevance (value). These metrics, the so-called “Four Vs”, comprise the four key parameters that are increasingly used to assess the commercial and thus competitive relevance of large datasets.” (para. 317).

⁷⁷⁴ Crémer, J. et al report, p. 20.

⁷⁷⁵ Ibid.

⁷⁷⁶ OECD, Big data: Bringing competition policy to the digital era- Background Note by the Secretariat, 27 October 2016, p. 11. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf..](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf..)

⁷⁷⁷ Crémer, J. et al report, p. 2.

⁷⁷⁸ AT.39740-Google Search (Shopping), 27 June 2017, para. 270. See also, para. 286.

and Microsoft invest billions of dollars in research and development and are among the top 25 companies for global spending.⁷⁷⁹ The significance of investments may well be exacerbated by two phenomena. First, the race for Artificial Intelligence (AI) and supercomputers requires lots of expenditures and only large incumbents may be able to invest in these technologies. Moreover, investors may be reluctant to invest in a digital company that develops a “*new product or service in a similar space to an existing large incumbent due to the perceived risk that the incumbent might seek to replicate it or kill it off.*”⁷⁸⁰ As an example, Facebook offered 3 billion dollars to Snapchat in 2013.⁷⁸¹ The latter declined the offer and it is now copied by Facebook since 2015.

As the consequence of these features, consumers are locked-in to the services offered by the incumbents. They may be unable to effectively switch and multi-home to other players. A high switching costs, which are all the costs incur by a user to switch from one service to another one (such as the cost to use another player), can prevent a user to use another service. This can in turn increase the cost of multi-homing and thus increases market power. Switching costs play on users’ behavior and must thus be analyzed on a case-by-case basis. Multi-homing occurs when consumers use more than one platform simultaneously to get the same kind of service (as opposed to single-homing, which occurs when consumers use only one platform). The ability to switch and multi-home are thus strongly related. The assessment of these features is particularly useful to assess whether they are likely to mitigate the impact of network effects and the incumbent’s market power. As argued by Facebook, it is true that consumers can theoretically “*easily switch between services, add*

⁷⁷⁹ PwC, The 2018 Global Innovation 1000 study (accessed 16 April 2019). <https://www.strategyand.pwc.com/innovation1000>.

⁷⁸⁰ Furman, J. et al report, p. 37.

⁷⁸¹ Business Insider, Snapchat Rejected A \$3 Billion All-Cash Offer From Facebook, 13 November 2013 (accessed 16 April 2019). <https://www.businessinsider.com/snapchat-rejected-a-3-billion-all-cash-offer-from-facebook-2013-11?IR=T>.

new ones, or them to perform identical or similar functions".⁷⁸² This is particularly relevant in the consumer communications services⁷⁸³ or dating application services, where users are able to easily switch and want to multi-home to widen their social interactions. However, competition is certainly not just "*one click away*".⁷⁸⁴ Indeed, strong direct network effects lead to a "lock-in effect" of users. For instance, in the social networking services such as Facebook, if one user wants to switch to another platform, he or she has to convince all his/her friends to switch otherwise, the competing platform will not be valuable for him or her, and he or she will finally stick with the incumbent platform.⁷⁸⁵ At the same way, strong indirect network effects lead to a "lock-in effect" of advertisers. Indeed, if the incumbent is an indispensable partner to access single-homing users (e.g. Google users), advertisers would have no choice but to use the platform even though they would like to use a competing platform.⁷⁸⁶ Switching and multi-homing are only relevant to market power if and only if multi-homing is significant (a meaningful share of users multi-home), effective (a meaningful share of users use actively more than one platform on a daily/monthly basis) and long-lasting (multi-homing must occur on a relative long period of time).

⁷⁸² Facebook, Facebook's observations on "Shaping competition policy in the era of digitization", 30 September 2018, p. 4. https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/facebook.pdf

⁷⁸³ COMP/M.7217-Facebook/WhatsApp, 3 October 2014, para. 87 and paras. 105-115. https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf

⁷⁸⁴ NBC, Schmidt on Antitrust: Competition is One Click Away, 21 September 2019 (accessed 24 April 2019). <https://www.nbcbayarea.com/blogs/press-here/Schmidt-on-Antitrust-Competition-is-One-Click-Away-130300333.html>

⁷⁸⁵ House of Lords, Online Platforms and the Digital Single Market, 20 April 2016, p. 27. <https://publications.parliament.uk/pa/ld201516/ldselect/ldcom/129/129.pdf>. See also, B6-22/16-Facebook, 6 February 2019, para. 462. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf?__blob=publicationFile&v=5. "Users wishing to switch to such an incompatible network face several different barriers. Based on the purpose of using social networks, users will only find it useful to switch to an alternative network if they can meet their friends and acquaintances there as well. Users wishing to switch would therefore have to convince their contacts in the original network to switch to another network as well. As these contacts also have further contacts in the previous network, these would also have to be persuaded to switch. The more contacts a user has in the previous network, and the more closely these contacts are connected with other users, the more difficult or even impossible will it be to transfer these contacts to a new network. Users wishing to switch will be faced with the question of whether they should still switch to another network if a significant share of their previous contacts will not do the same. The incentive to switch to another social network therefore decreases with higher intensity of use of the previous network."

⁷⁸⁶ House of Lords, Online Platforms and the Digital Single Market, 20 April 2016, pp. 28-29.

In conclusion, the digital economy may well be dominated by only a few gatekeepers and markets are thus not competitive.

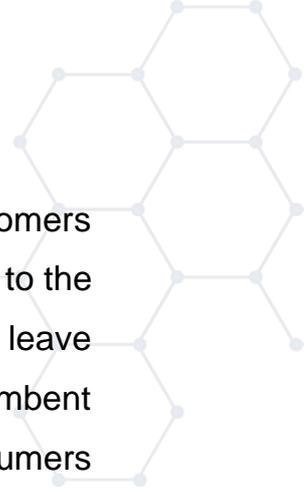
Second, asymmetric information. Consumers and businesses lack meaningful information about the collection and use of data by internet providers. They have to consent to the terms and conditions to access the services by simply ticking the box. It is well argue that consumers can freely choice and consent.

However, the picture is not really this one when consumers must rely on the dominant platform to access the market. Most of the time, they have no choice but to accept the terms or to leave the platform (and thus to not use the service). Since they do not have any other options, they will stick the box even if they do not agree with the terms. The picture is even more worried when consumers are already on the platform with a community and again they have no choice but to accept to the new terms and conditions or to leave the platform (and thus to not use the platform anymore and the access to the community). This is very important not only for consumers in the use of a social network such as Facebook for the collection and the use of their personal data but also for merchants of a marketplace such as Amazon. Both cases are or have been under scrutiny by competition authorities around the world.⁷⁸⁷ It is worth noting that on both sides of the Atlantic the data collection practices of Google and Facebook are currently under investigation.⁷⁸⁸

⁷⁸⁷ Facebook case: B6-22/16-Facebook, 6 February 2019. The case is not yet final. The Higher Regional Court (“OLG”) of Düsseldorf suspended the decision. Facebook is no longer obliged to apply the FCO’s remedies. According to the Court, the FCO failed to demonstrate the exploitative as well as the exclusionary abuse of dominance. The BKartA appealed the judgment before the Federal Supreme Court.

Amazon cases: In November 2018 and February 2019 respectively, the German Bundeskartellamt (BKartA) and Austrian Bundeswettbewerbsbehörde (BWB) competition authorities have investigated whether Amazon’s terms of business and practices towards sellers are abusive. The BKartA closed its proceedings following the amendments made by Amazon about its terms of business for sellers active on all European Marketplaces and worldwide marketplaces (including North America and Asia). The BWB’s proceedings is still ongoing. Furthermore, in July 2019, the Commission opened an investigation against Amazon concerning the use of sensitive data from independent retailers who sell on its marketplace.

⁷⁸⁸ Competition policy international, EU: Facebook tells regulators ‘data is complicated’, 2 December 2019 (accessed 27 January 2020). <https://www.competitionpolicyinternational.com/eu-facebook-tells-regulators-data-is-complicated/>. Reuters, Exclusive: EU antitrust regulators say they are investigating Google's data collection, 30 November 2019 (accessed 3 February 2020). <https://www.reuters.com/article/us-eu-alphabet-antitrust-exclusive/exclusive-eu-antitrust-regulators-say-they-are-investigating-googles-data-collection-idUSKBN1Y40NX>. Financial times, Which antitrust



These cases show that, in the absence of competition, customers (users or merchants) of a platform cannot freely choose and consent to the terms and conditions of the dominant company without taking risks to leave the platform if they do not agree to the terms. By doing so, the incumbent gains a significant competitive advantage at the expense of its consumers (loss of privacy, self-determination and choice) and its competitors (foreclosure and even exclusion).

In conclusion, two market failures are present in the digital economy. A legal intervention is needed to correct them. The Commission explores the need of an ex-ante regulation of large online platforms (“the gatekeepers”), namely an asymmetric regulation.

2. Why an ex-ante regulation of large online platforms is not an efficient and fair solution?

The *why* in this section refers to the scope of the regulation. A regulation can be symmetric (applicable to all firms) or asymmetric (applicable to only a few firms against objective criteria). Which of the two regulations better cures the market failures in the digital economy? The answer depends on whether market failures are *caused* by large online platforms (monopoly market failures) or are *the result of* the structure of the market (structural market failures). In other words, are the market failures, structural competition problems or monopoly problems? If a structural problem is identified, a symmetric regulation is required as the regulation has to address the problems caused by the structure of the market, notwithstanding the size of the firms in the market. If a monopoly problem is identified, as it is the case with natural monopolies (e.g. electricity, water,

investigations should Big Tech worry about?, 28 October 2019 (accessed 27 January 2020). <https://www.ft.com/content/abcc5070-f68f-11e9-a79c-bc9acae3b654>.

railways), an asymmetric regulation is required as the regulation has to address only the monopoly power of the dominant firm.

In the digital economy, are large online platforms a natural monopoly or a monopoly thanks to the structure of the market?

Should digital platforms and their data be considered as public utilities? The issue is tricky. According to the OECD, natural monopolies derive their position not only from the nature of the asset, but also from the nature of the demand (called “natural demand-side monopolies”). Digital platforms may be considered as demand-sided monopolies due to classical (direct and indirect) and data-driven network effects.⁷⁸⁹ However, even though digital platforms are considered as indispensable to connect users in the digital world, they only provide a service to their users (consumers and businesses) that a competitor can offer with a better service and not the underlying infrastructure necessary to access this service.⁷⁹⁰ They neither provide the communication network, nor the data to access the service. Therefore, considering digital platforms as public utilities is inappropriate.

Are large digital platforms dominant due to the structure of the market? In other words, one need to understand, why large online platforms are so dominant. In the digital economy, firms strongly compete *for* the market and not *in* the market.⁷⁹¹ When they enter into the market, the large dominant platforms of today were a nascent firm born in a garage trying to compete with established firms in the market like Yahoo or AltaVista in the search engine market and Myspace in the social networking market. They were not dominant, they became dominant. They started by offering better products and services to users, namely by innovating and competing. Then, thanks to network effects, access to data, and

⁷⁸⁹ OECD, Lines of Business Restrictions – Background note By the Secretariat, 19 May 2020, p. 17. [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2\(2020\)1&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WP2(2020)1&docLanguage=En).

⁷⁹⁰ Crawford, S., Calling Facebook a Utility Would Only Make Things Worse, Wired, 20 April 2020 (accessed 11 May 2020). <https://www.wired.com/story/calling-facebook-a-utility-would-only-make-things-worse/>.

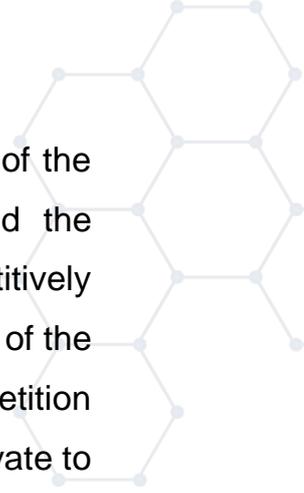
⁷⁹¹ OECD, Big data: Bringing competition policy to the digital era- Background paper by the Secretariat, 27 October 2016, p. 17. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)14/en/pdf).

economies of scale and scope, they attracted more and more users and offered better services. They did not create the barriers to entry, they leveraged them to expand their position. Is it a competition problem? Not at all, as long as they do not use anticompetitive means to achieve their position. Are Google, Amazon, Facebook, Microsoft and Apple dominant in their core (or origin) market due to anti-competitive practices? The answer is currently no. They compete on the merits to achieve their dominant position. Competition laws do not prevent firms to achieve a dominant position, and they should not. Why? According to Schumpeter, the prospect of market power spurs the incentive to innovate. They innovate and they now enjoy the fruit of their innovation, namely market power. As noted by the head of the antitrust division of the Justice Department, Makan Delrahim, “[b]ig is not bad. Big behaving badly is bad”.⁷⁹²

Today, large online platforms still compete in their core market with (large and small) competitors from their core and adjacent markets (e.g. Google competes with Bing, Yahoo, DuckDuckGo, and Amazon; Amazon competes with Google, Facebook and a multitude of online as well as offline merchants (as demonstrated by the French Competition Authority in FNAC/Darty); Facebook competes with Snapchat and Tiktok). Recently, Facebook has introduced Facebook Shops and now competes directly against Amazon by replicating its advertising-based business model. It is free to create a Facebook Shop. Only a commission will be paid if the store uses Facebook checkout, namely a program that enables to buy directly on the application.⁷⁹³ In other words, Facebook disturbs the classic business model of commission to sell products on an e-commerce platform. This is a huge innovation, especially at a time where merchants lost revenue due to the covid-19 outbreak and consumers rely more and more on e-commerce to shop. Of course, Facebook can enter more easily than

⁷⁹² Competition Policy International, US: Delrahim says breakup of Big Tech ‘on the table’, 22 October 2019 (accessed 9 February 2020). <https://www.competitionpolicyinternational.com/us-delrahim-says-breakup-of-big-tech-on-the-table/>.

⁷⁹³ CNBC, Mark Zuckerberg announces Facebook Shops, making it easier for businesses to list products for sale, 19 May 2020 (accessed 18 June 2020). <https://www.cnbc.com/2020/05/19/zuckerberg-announces-facebook-shops-e-commerce-for-businesses.html>.



a start-up as it already owns a large customer base on both sides of the market, the customer side with consumers and merchants and the advertiser side, strong positive network effects, access to competitively relevant data, large financial resources, and brand effect. At the end of the day, they are large dominant players, but they still face fierce competition in their core and adjacent markets. They have no choice but to innovate to protect their core market from competitors and to expand their position in adjacent markets.

Wait a minute, we see competition but primarily between large online platforms to conquer more and more power but can a start-up become dominant in the future and replace the large dominant platforms of today as done by Google and Facebook 20 years ago? Maybe yes, maybe no. This will depend of the innovation. But one can say for sure that it will be much more complicate today than yesterday. Why? Simply because barriers to entry are higher. They will have to build a consumer base from the outset in a market with an incumbent that enjoys strong positive network effects, access to a vast amount and variety of data, economies of scale and scope, high switching costs and last but not least the ability to invest massively and to copy the innovation brought by the new entrant (e.g. see above Facebook/Snapchat).

So, is it a monopoly problem? No. The digital economy is characterized at the same time by high levels of concentration in the hand of just a few firms and by intense competition between firms. Here, the prospect of market power spurs innovation (Schumpeter) and so we see firms enjoying market power as the result of their innovation, and competition spurs innovation (Arrow) and so we see firms competing by offering better products and services as the result of their innovation. Shapiro was right when he argued that “*Arrow and Schumpeter perspectives are fully compatible and mutually reinforcing*”.⁷⁹⁴

⁷⁹⁴ Shapiro, C., Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye?, A chapter in The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited, National Bureau of Economic Research, Inc, 2011, p. 363. <https://econpapers.repec.org/bookchap/nbrnberch/12360.htm>.

So, is it a structural problem? Yes. The market structure is again characterized by traditional and data-driven network effects, access to data, and economies of scale and scope. They prevent small and new entrants to effectively enter into the market. Meanwhile, the incumbent is protected by entry barriers and can leverage them to enter into another adjacent market as done by Facebook with Facebook Shops.

Hence, if it is not a monopoly problem, a regulation has to be symmetric (applicable to all firms). Opponents will argue “wait a minute, there is competition amongst large digital platforms but not between large digital platforms and new entrants. So, we need a regulation that only applies to large digital platforms to promote new entrants in the market.” In a way, this makes sense. After all, a regulation is burdensome for firms and new entrants might bring more innovation, better quality and lower price into the market to consumers, right? So, if an asymmetric regulation can promote new entrants while enabling competition amongst large digital players, what is the problem of an asymmetric regulation? A lot.

Firstly, market power is not the only market failure. Asymmetric information is also predominant as users (consumers and businesses) are not fully aware about the terms and conditions provided by all firms to use the service causing consumer welfare loss. One may argue that the P2B regulation⁷⁹⁵ and the EU Directive as regards the better enforcement and modernization of Union consumer protection rules⁷⁹⁶ already solve the problems of asymmetric information by promoting transparency. Nevertheless, both the EU Regulation and the EU directive do not provide enough transparency and choice rules to both businesses and consumers. Accordingly, the regulation must still deal with asymmetric information by promoting transparency and consumer choice. However, it makes no

⁷⁹⁵ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, 11 July 2019. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN>.

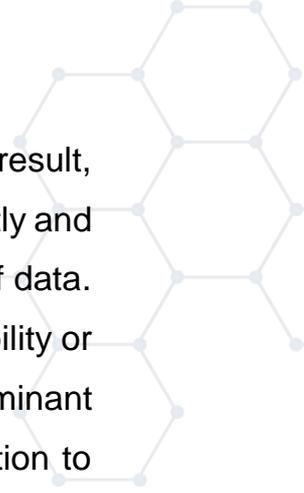
⁷⁹⁶ Directive (EU) 2019/2161 of the European Parliament and of the Council of 27 November 2019 amending Council Directive 93/13/EEC and Directives 98/6/EC, 2005/29/EC and 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards the better enforcement and modernisation of Union consumer protection rules, 18 December 2019. <https://eur-lex.europa.eu/eli/dir/2019/2161/oj>.

sense to apply transparency and consumer choice rules to only large dominant firms as consumers use large and small online platforms.

Secondly, the goal of competition law is to protect *competition*, not *competitors*. An asymmetric regulation will only apply to large online platforms. Non-dominant platforms will be exempted from the regulation. It is thus questionable whether an asymmetric regulation fits with the principle of competition laws as an asymmetric regulation will put firms subject to it at a competitive disadvantage. It is thus unfair that only large dominant firms will have to comply with the rules. Opponents might argue “Yes, it seems unfair but compliance is very costly for small and new entrants. They do not have the same financial resources and the same position as the incumbent in the market. Furthermore, compliance may have adverse effects and may instead entrench the position of dominant firms”. It is the main critics made against the GDPR.⁷⁹⁷ A cost-benefit analysis is required to deal with this complex issue. However, what is clear it is that consumers want to enjoy the benefits of the regulation, irrespective of the size of the firm. For example, it is argued that data portability could increase the market entry costs for smaller providers and diminish the incentive to invest in the collection and processing of data as a lock-in of consumers is desirable to foster this investment and that consumers may have the incentive to transfer their data from a small firm to a dominant one due to better products/services.⁷⁹⁸ However, consumers would like to port their data from one provider, irrespective of its size, to another. It would be then particularly unjust to deprive a consumer from this control over his/her data. Another example, can be made with data openness (or mandatory data-sharing) and data interoperability (the right of the data subject to obtain and transfer real-time data from one provider to another or directly from one controller to another on behalf of the data subject in an interoperable data format). Both recommendations can promote competition as access to data

⁷⁹⁷ OECD, Consumer Data Rights and Competition - Background note by the Secretariat, 29 April 2020, pp. 42-43. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2020)1/en/pdf).

⁷⁹⁸ Furman, J. et al report, pp. 70-71; Crémer, J. et al report, p. 59; Schallbruch, M. et al report, p. 39.



is key to compete in the digital economy. As the result, competing/complementary services may emerge. Compliance is costly and may lessen the incentive to invest in the collection and processing of data. However, limiting to dominant firms the obligation of data interoperability or data openness will give an undue competitive advantage to non-dominant firms who could expand their position without making any contribution to the collection and processing of data whereas dominant firms have significantly invested to achieve their position.

Thirdly, it is doubtful whether an asymmetric regulation will promote competition as non-dominant firms may gain market power without being subject to the regulation and therefore replicate lawfully the same behavior that is deemed to have allowed big tech to become dominant. In other words, an asymmetric regulation will prevent the *behavior of a dominant firm* but not *the (same) behavior that enables to achieve a dominant position*. A non-dominant firm will be thus able to leverage network effects, access to data, economies of scale and scope to become dominant in the future. Accordingly, the regulation will address monopoly problems but not (the root causes) structural competition problems. Inefficiency as the result of market power may thus be a possible outcome.

Fourthly, defining objective criteria to circumscribe the asymmetric legislation may be challenging and they are likely to be contested during and after the legislative process before the Court by big tech companies.

As the result, an *ex-ante* asymmetric regulation is not expected to be effectively enforced in the near future.

Conclusion

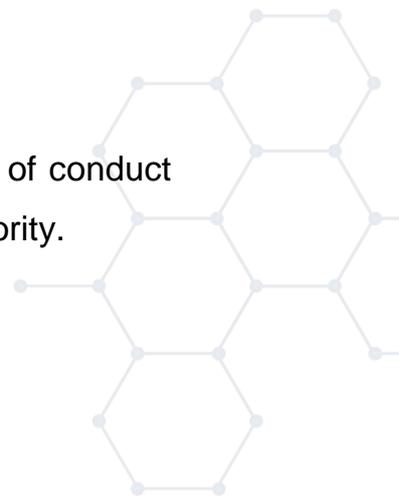
The digital economy is characterized by high levels of concentration in the hand of just a few firms and intense competition and innovation from large and small players who try to compete *for* the market instead of *in* the market. Structural competition problems due to traditional network effects and data-driven network effects, access to data, economies of scale and scope, lead a situation of "*winner takes all*"⁷⁹⁹ where one player finally dominates the market (tipped market) and in which new entrants may face a hard time to enter effectively into the market. In that situation, an *ex-ante* regulation is necessary in complement to *ex-post* competition enforcement in order to promote competition.

An asymmetric regulation will break monopoly problems but not the root causes, structural competition problems. The latter can only be addressed by a symmetric regulation. To be clear, the article does not ignore the compliance costs of a regulation and the potential adverse effects of a symmetric regulation. However, if the goal of the regulation is to break the root causes of dominance in the digital economy by promoting transparency and consumer choice by reducing switching costs (e.g. by implementing data interoperability, interoperability and in exceptional cases mandatory data-sharing) then the regulation might be considered as a success. From a cost-benefit analysis standpoint, the regulation should then minimize the regulatory costs while minimizing the potential adverse effects on competition. To do so, a participative antitrust as defended by Tirole⁸⁰⁰ can minimize the regulatory burden while promoting competition.

⁷⁹⁹ OECD, The digital economy, February 2013, p. 5. <http://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>

⁸⁰⁰ Quartz, A Nobel-winning economist's guide to taming tech monopolies, 27 June 2018. (accessed 4 February 2020). According to Professor Jean Tirole, "[f]inally, we must make heavier use of more reactive processes. Drawbacks of classical approaches are well-known: self-regulation tends to be self-serving; competition policy is often too slow; public utility regulation, as we discussed, is mostly infeasible (and it is sometimes captured). We must develop what I would call "participative antitrust," in which the industry or other parties propose possible regulations and the antitrust authorities issue some opinion, creating some legal certainty without casting the rules in stone." <https://qz.com/1310266/nobel-winning-economist-jean-tirole-on-how-to-regulate-tech-monopolies/>.

This can take the form of a participative pro-competitive code of conduct with stakeholders under the supervision of the competent authority.



See also, Bethell, O., Competition Law & Tech-A New Approach, 7 March 2019, p. 7. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3348636.

