

5

AJUSTANDO AS LENTES: NOVAS TEORIAS DO DANO PARA PLATAFORMAS DIGITAIS

Adjusting the lens: new theories of harm for digital platforms

Beatriz Kira¹

Diogo R Coutinho²

RESUMO

O artigo trata da aplicação de teorias do dano concorrencial a mercados digitais. A revisão da literatura e a experiência internacional apontam a necessidade de novas teorias do dano típicas de mercado digitais, para evitar aumentos de preços não monetários, redução da qualidade, efeitos deletérios à inovação, bem como o tratamento preferencial a certos bens ou serviços próprios (*self-preferencing*). A análise da jurisprudência da autoridade brasileira desde 2012 revela que, de forma incipiente, o Cade reconhece a importância de tais teorias do dano, mas ainda não as aplica sistematicamente na forma de testes. O artigo defende, ainda, que tais teorias, como categorias chave de análise, têm um papel inovador na própria aplicação do direito antitruste.

Palavras-chave: Antitruste; mercados digitais; Cade; teorias do dano; inovação; *self-preferencing*.

ABSTRACT

This article examines the use of theories of harm in competition policy in cases involving digital markets. The review of the literature and reports published by foreign authorities point to the necessity of developing new theories of harm for digital markets, to address non-monetary price increases, the reduction of quality, deleterious effects to innovation, and self-preferencing practices. An analysis of previous cases decided by the Brazilian competition authority since 2012 shows that CADE has begun to recognise the relevance of these theories, but is yet to apply them systematically. The article argues that theories of harm, as frameworks for antitrust analysis, have an important role to play in innovating competition policy and in its enforcement.

Keywords: Antitrust; digital markets; Cade; theories of harm; innovation; self-preferencing.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Novas teorias do dano*; 2.1. *Aumento de preços não monetários*; 2.2. *Redução da qualidade*; 2.3. *Redução da escolha e efeitos*

1 Doutoranda em direito econômico na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, integrante do Grupo Direito e Políticas Públicas, e pesquisadora sênior na Blavatnik School of Government da Universidade de Oxford. E-mail: beatriz.kira@bsg.ox.ac.uk

2 Professor de direito econômico na Faculdade de Direito da USP, pesquisador do Grupo Direito e Políticas Públicas (USP) e bolsista Produtividade em Pesquisa do CNPq). E-mail: diogocoutinho@usp.br

deletérios na inovação; 2.4. Preferência a produtos e serviços próprios; 3. Como decidiu o Cade em casos envolvendo plataformas digitais?; 3.1. Atos de concentração; 3.2. Processos administrativos; Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

No jargão do direito da concorrência, o termo “teoria do dano” é usualmente empregado para descrever, de forma estruturada, as razões pelas quais uma determinada ação pode afetar negativamente a concorrência e, com isso, prejudicar os consumidores. Ao estabelecer um nexo de causalidade entre um fato e um resultado, uma teoria do dano se traduz, assim, em uma suposição ou conjunto coerente de ideias que, complementando os elementos tradicionais da análise antitruste, mapeia e analisa, de forma empiricamente embasada, os incentivos que levam agentes econômicos a incorrerem em certas práticas. Teorias do dano são, portanto, proposições destinadas a pôr à prova uma tese concreta e plausível, delimitando e contextualizando a aplicação de normas gerais. Em termos práticos, materializam-se em testes voltados a demonstrar se a conduta ou estrutura em análise consubstancia violação à concorrência³.

Por se tratarem de construções teóricas – que podem chegar a compor um corpo jurisprudencial – elaboradas pela própria prática do antitruste ao longo do tempo, teorias do dano se caracterizam também por atribuírem maleabilidade, capacidade de ajuste e calibragem a regras e a interpretações do direito. Nesse sentido, a formulação de teorias do dano é capaz de fazer evoluir e refinar a aplicação da defesa da concorrência para melhor corresponder a novos desafios contemporâneos.

A análise de mercados digitais e dos complexos e inovadores modelos de negócios que surgiram a partir da expansão da internet comercial e da popularização de dispositivos digitais é, provavelmente, o maior desafio à defesa da concorrência das últimas décadas.⁴ Como resultado, em todo o mundo, nota-se o florescimento de uma literatura voltado a discutir os problemas resultantes da aplicação do direito antitruste a plataformas digitais e suas potenciais soluções⁵. Em meio a isso, diversas novas teorias do dano vêm sendo discutidas e propostas internacionalmente para mercados digitais, servindo como camadas adicionais ao arcabouço existente.⁶ No Brasil, o próprio Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) já reconheceu a relevância de usar teorias do dano para

3 Propor uma teoria do dano pressupõe, na defesa da concorrência, que seja desenvolvida uma abordagem lógica e economicamente consistente sobre um dado comportamento ou operação anticompetitivo em função do seu potencial lesivo. Segundo Zenger e Walker (2012), uma teoria do dano bem definida possui as seguintes características: deve ser capaz de articular como a competição – e, em última análise, os consumidores – serão prejudicados à luz de uma análise contrafactual apropriada, deve ser interna e logicamente consistente, bem como deve ser consistente com os incentivos que as diversas partes envolvidas possuem para agir, assim como consistentes (ou ao menos não inconsistentes) com a evidência empírica disponível.

4 Tal desafio foi intensificado pela pandemia de Covid-19, que forçou diversos serviços e atividades a migrarem para o ambiente virtual, como discutem Gonçalves, Coutinho e Kira (2020).

5 A revisão detalhada da literatura acerca da definição de plataformas digitais e seus desafios específicos para a defesa da concorrência já foi abordada por outros estudos do campo e está fora do escopo do presente artigo. Ver, por exemplo, Lancieri e Sakowski (2020), Lianos (2019), Coyle (2019).

6 Exemplo disso é o esforço feito pelo *Thurman Arnold Project* da Universidade de Yale para formular teorias do dano para algumas das importantes e poderosas plataformas digitais existentes hoje: Amazon, Apple, Facebook, Google Ad Tech e Google Mobile. Em março de 2020 esses estudos foram apresentados à *Federal Trade Commission* norte-americana (YALE, 2020).

análises de mercado digitais. Por exemplo, no caso Mosaico/Buscapé (08700.002703/2019-13), o parecer da Superintendência-Geral (SG) citou um relatório comissionado pela Comissão Europeia a este respeito:

No caso do setor em análise, nota-se especial dinamicidade e flexibilidade na oferta de serviços. Sobre esse setor, segundo o recente estudo da Comissão Europeia “Competition policy for the digital era” (Crémer, Montjoye e Schweitzer), os maiores desafios na análise de mercados digitais estão justamente relacionados à definição do mercado relevante. Segundo o documento, “no mundo digital, os limites do mercado podem não ser tão claros quanto nos mercados tradicionais. Eles podem mudar muito rapidamente. Além disso, no caso de plataformas de múltiplos lados, a interdependência dos “lados” torna-se parte crucial da análise, considerando que o papel tradicional de definição do mercado tem sido o de isolar problemas. Portanto, argumentamos que, nos mercados digitais, devemos dar menos ênfase à análise da definição de mercado e mais ênfase nas teorias de dano e identificação de estratégias anticompetitivas” (CRÉMER, MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 3, grifo nosso, tradução nossa).

Não obstante, apesar desse reconhecimento, uma revisão dos casos envolvendo plataformas digitais analisados pela autoridade brasileira mostra que o Cade ainda ensaia articular teorias do dano especificamente desenhadas para lidar com aspectos específicos de mercados e plataformas digitais, como os fatos de terem dois ou mais lados, envolverem a coleta e a comercialização massiva de dados e estarem sujeitas à vertiginosa dinâmica inovativa da internet. Vale dizer: o exame da jurisprudência do órgão revela que mesmo em casos em que a SG e/ou o Conselho reconheceram se tratar de plataformas digitais, foram seguidos passos de análise de mercados tradicionais, incluindo, entre outros, a identificação de mercado relevante em termos geográficos e de produto, a verificação de sobreposição horizontal ou vertical, e discussão acerca de riscos de fechamento de mercado ou de aumento arbitrário de preços. Nesses casos, como se verá adiante, a variável preço adquire centralidade.

Neste artigo, argumenta-se que em vista disso, faz-se necessária a atualização das teorias do dano adotadas pelo Cade com o objetivo de sofisticar os parâmetros e elementos de análise concorrencial consolidados aos longo de décadas, bem como identificar incentivos a práticas anticompetitivas peculiares a plataformas digitais. A premissa da qual se parte é que a autoridade brasileira, ao usar o referencial de análise lastreado em teorias do dano tradicionais, aplicáveis a mercados analógicos, pode deixar de considerar relevantes certos (novos em alguns casos) riscos potenciais e efetivos à concorrência típicos de mercados digitais.

Com base na literatura já existente, defende-se que um conjunto de teorias de dano aplicável às plataformas digitais, além de ser dinâmico e ajustável no tempo à luz da experiência e das mudanças tecnológicas, deve dedicar especial atenção a pelo menos quatro conjuntos de problemas concorrenciais⁷. Esses problemas se estruturam em torno do que aqui classificamos como: (i) aumentos

⁷ Nos últimos anos, sobretudo sob a égide da nova lei de defesa da concorrência, os casos analisados pelo CADE envolvendo plataformas digitais vêm crescendo rapidamente, como será visto mais adiante.

de preços não monetários, (ii) redução da qualidade, (iii) redução da escolha e efeitos deletérios na inovação, e (iv) tratamento preferencial de certos produtos e serviços.⁸ Tais parâmetros são apresentados como reformulações de elementos e motivações comumente encontrados na formulação de teorias do dano tradicionais, mas com adaptações para mais adequadamente capturarem as dinâmicas particulares de mercados digitais. Um argumento adicional é no sentido de que a adequação das teorias do dano com base em tais parâmetros desempenha em si um papel inovativo na defesa da concorrência, uma vez que sofisticada e enriquece entendimentos jurisprudenciais, assim como atualiza e especifica, em função da análise de casos concretos, a própria legislação.

Além desta breve introdução, o artigo é dividido em quatro seções, sendo a primeira delas dedicada à discussão das teorias do dano com base em cada um dos acima mencionados conjuntos de problemas. Em seguida, apresenta uma análise da jurisprudência do Cade a respeito de plataformas digitais desde 2012, evidenciando a necessidade de atualização do ferramental analítico. Por fim, conclui argumentando que a elaboração de novas teorias do dano, levando em consideração os aperfeiçoamentos discutidos neste artigo, tem potencial de refinar a análise antitruste e de inovar sua aplicação, tornando-a aderente a novas dinâmicas de mercado, mesmo na ausência de reformas legislativas ou regulatórias⁹.

2. NOVAS TEORIAS DO DANO

Mesmo com mudanças de ênfase ocorridas em diferentes momentos da economia política, as teorias do dano mais usuais no antitruste se traduzem, de modo geral, em instrumentos por meio dos quais o poder de mercado e a dominância de certos agentes são testados e tratados com centralidade analítica.¹⁰ Por isso, a análise concorrencial tradicional exige que a intervenção pela autoridade antitruste ocorra quando o ato de concentração ou conduta analisado tenha ou possa ter um efeito anticompetitivo. A proteção do bem-estar do consumidor, assim, se dá por meio da identificação da teoria do dano aplicável, que analisa se e como o comportamento ou a operação pretendida poderia causar danos, efetivos ou potenciais, a um grupo de consumidores.

Atualmente, as características dinâmicas das plataformas digitais requerem, mais do que nunca, que a aplicação do antitruste seja adaptada e refinada (COUTINHO; KIRA, 2018). Um dos exemplos mais visíveis da inadequação da teoria do dano tradicional diz respeito à definição do merca-

8 Como sublinham Parker, Petropoulos e Van Alstyne (2020), as tradicionais teorias do dano associadas ao poder de mercado e a condutas anticompetitivas têm relação com três importantes variáveis de mercado: preço, qualidade e inovação. Por isso, ao tratar de mercados digitais, optou-se, neste artigo, por tratar dessas três variáveis para contrastar o padrão usual de teoria do dano com que a literatura descreve como novas teorias do dano aplicáveis a mercados digitais, e pela inclusão de um quarto conjunto de teorias do dano, mais tipicamente associadas a estes mercados.

9 Não queremos dizer, com isso, claro, que mudanças legislativas e regulatórias são desnecessárias para endereçar os novos desafios trazidos com a digitalização da economia. Pelo contrário, para certos tipos de problemas são necessárias reformas mais substantivas na política antitruste brasileira. O argumento que apresentamos é o de que a elaboração de novas teorias do dano seria algo mais imediatamente disponível à autoridade de defesa da concorrência para aprimorar a análise de mercados digitais e, em certos casos, complementar a futuras mudanças legislativas no campo do antitruste e da regulação.

10 Para uma análise das mudanças, em meio a distintos momentos de economia política, nos padrões de análise em casos envolvendo a defesa da concorrência nos EUA (com uma crítica à visão tida como leniente da assim chamada Escola de Chicago), ver Morton (2019).

do relevante, o que por sua vez costuma invocar procedimentos já estabelecidos, como o teste do monopolista hipotético. Em mercados digitais, contudo, grande parte da literatura argumenta que os métodos tradicionais empregados para identificar o mercado relevante não são adequados para plataformas digitais e que a análise deve considerar várias outras fontes de evidência. Por exemplo, o mencionado teste do monopolista hipotético - também conhecido como “pequeno porém significativo e não transitório aumento de preços” (ou SSNIP, na sigla em inglês) pode levar a uma definição imprecisa do mercado relevante e não resultar eficaz quando os bens ou serviços são oferecidos a preço zero (EVANS; SCHMALENSEE, 2016), algo não raro quando se trata de plataformas digitais, ou quando o mercado não é competitivo. De fato, ferramentas já consolidadas de direito antitruste muitas vezes não reconhecem o fornecimento a preço zero de um produto ou serviço como uma transação econômica¹¹.

Conforme argumentado por Khan (2017, tradução nossa), “focar principalmente no preço e no produto mina a aplicação eficaz do antitruste ao atrasar a intervenção até o momento em que o poder de mercado já está sendo exercido ativamente”. Esse exercício indesejável do poder de mercado, em última análise, repercute no bem-estar do consumidor de várias maneiras, seja na cobrança de custos mais altos, em produtos de qualidade inferior, ou em reduções na inovação e na escolha do consumidor.

Ao tratar de novas teorias do dano para plataformas digitais, Crémer, de Montjoye e Schweitzer (2019) resumem os principais pontos de atenção ao defenderem que estratégias adotadas por plataformas dominantes para reduzir a pressão competitiva devem ser proibidas mesmo quando o dano ao consumidor não puder ser precisamente mensurado. Quando as métricas tradicionais (baseadas em preço, por exemplo) não se aplicam, a aferição do poder de mercado deve ser “específica em relação ao caso, devendo levar em consideração *insights* de economia comportamental sobre a força dos vieses dos consumidores em favor de opções do tipo *default*, bem como quanto a gratificações de curto prazo”, dizem¹². Nesses casos, seria preciso levar em conta também o quanto as plataformas incumbentes estão protegidas (e se protegem) da competição. Esses autores chegam a defender, aliás, que a intervenção antitruste tradicional (que ocorre tipicamente *ex post*) será menos efetiva em mercados guiados por efeitos de rede a não ser que seja combinada com um arcabouço

11 As razões para a oferta de preços zero devem ser questionadas como um teste chave de uma teoria do dano para plataformas digitais. Como mostra a OCDE, “mercados com preço zero cresceram com suas características únicas e vasto escopo: sete das dez maiores companhias globais oferecem produtos e serviços com preço zero em mercados digitais”. Mostra ainda que o preço zero pode estar associado a estratégias voltadas a (i) gerar aquisição de dados, (ii) gerar publicidade, (iii) desenvolver uma nova base de consumidores ou, em certas tecnologias do tipo *open source*, promover certos objetivos altruístas (OCDE, 2018).

12 Os autores também mencionam o importante debate sobre a relação entre regulação e concorrência em mercados digitais, tema crucial que foge ao escopo deste trabalho. No entanto, vale registrar que no “checklist” da autoridade antitruste pode constar, quando se discute os componentes de uma nova teoria do dano, um tópico relativo à existência (ou não) de regras de natureza regulatória envolvendo plataformas digitais. Ver Crémer, Montjoye e Schweitzer (2019). Sobre a relação mutuamente constitutiva entre regulação e concorrência em plataformas digitais, ver Kimmelman (2019) e Kira, Gonçalves e Coutinho (2020).

regulatório apropriado (instituído *ex ante*)¹³.

À luz de tais desafios, como dito, uma literatura emergente tem discutido como adaptar as teorias do dano tradicionais aos mercados digitais, propondo adaptações nos parâmetros de análise e novas formas de estabelecer uma ligação entre os efeitos negativos da atuação das plataformas sobre a concorrência e os danos aos consumidores. Abaixo revisamos brevemente essas ideias para, na seção seguinte, investigar se (e em que medida) o Cade tem considerado tais adaptações na análise de casos recentes. O objetivo não é oferecer uma lista completa e exaustiva de novas teorias do dano apropriadas a mercados digitais, mas sim discutir como elementos centrais de teorias do dano tradicionalmente empregadas por autoridades de defesa da concorrência são tensionados pelas particularidades desses mercados e requerem, portanto, um ajuste de foco nas lentes para uma análise antitruste mais refinada. Para tanto, propomos quatro blocos temáticos – cada qual por sua vez composto por uma miríade de potenciais preocupações concorrenciais em mercados digitais – como se verá abaixo.

2.1 Aumento de preços não monetários

Como vimos, a ausência da métrica padrão de preço monetário em plataformas digitais dificulta a identificação do aumento de preço como um dano concorrencial. Isso porque, em geral, um custo monetário funciona como um mecanismo de sinalização de mercado no processo competitivo, sujeitando o excedente do produtor às preferências do consumidor. Em plataformas que coletam e processam dados, tais informações podem funcionar de forma semelhante, na medida em que consumidores pagam por um produto ou serviço com seus dados pessoais e as informações geradas por suas interações com a plataforma (GAL; RUBINFELD, 2016)¹⁴. A moeda dessas plataformas são, pelo menos em parte, os dados fornecidos pelos usuários, que por seu turno são usados para gerar receitas por meio dos usuários do outro lado da plataforma, em geral agências de publicidade. Isto é: os consumidores cedem informações em troca de um produto que desejam.

Se os dados podem ser tratados como um custo não monetário, isso significa que é possível aplicar a lógica da cobrança excessiva e estruturar uma teoria do dano análoga, mas adaptada. Ou seja, se o aumento injustificado de preços por uma empresa pode ser considerado um dano a consumidores, a coleta excessiva de dados pode ser por extensão considerada um problema concorrencial. O risco de que consumidores sejam forçados a pagar custos excessivos é ainda maior pelo fato de plataformas de preço zero engendram severa assimetria de informações em relação às transações de dados, vez que consumidores desconhecem o verdadeiro escopo de sua extração, a natureza e o

13 Crémer, Montjoye e Schweitzer (2019) apontam, ademais, para a importância da incorporação do aprendizado decorrente do enforcement de casos envolvendo plataformas e, para tanto, sugerem, entre outras coisas, que deve caber ao incumbente enfrentar o ônus da prova de provar o impacto procompetitivo de sua conduta, sustentando, ainda, que “essa presunção pode ser também justificada quando plataformas dominantes controlarem grupos de usuários competitivamente relevantes ou dados agregados que competidores não podem reproduzir”.

14 Plataformas que oferecem serviços a preço zero para um grupo de usuários frequentemente adotam estratégias de subsídio cruzado entre os diferentes grupos de usuários. Isso é, as plataformas subsidiam o custo de prestação de um serviço de um lado da plataforma para atrair um maior volume de usuários do outro lado do mercado, compensando por meio do preço cobrado de grupos no lado complementar da plataforma (em geral, o lado menos sensível a cobrança de preços). Para mais detalhes, ver Evans e Schmalensee (2016).

propósito do seu uso, e as consequências disso resultantes. Assim, plataformas digitais possuem os meios e os incentivos para impor um “custo” de dados que possa exceder o necessário para o fornecimento do produto ou serviço em questão (KEMP, 2020). Ou seja, plataformas de preço zero também podem cobrar “preços” mais altos do que cobriam se monetizassem explicitamente sua estratégia, medidos em termos de “excesso de dados”.

Sob a ótica do direito da concorrência europeu, por exemplo, a coleta excessiva de dados por empresas dominantes pode ser considerada uma conduta exploratória comparável ou análoga a preços excessivos (COSTA-CABRAL; LYNSKEY, 2017). A decisão da autoridade de concorrência alemã (*Bundeskartellamt*) no caso Facebook, recentemente confirmada pelo Tribunal Federal de Justiça da Alemanha, é um exemplo da aplicação dessa teoria do dano a plataformas digitais¹⁵. Com base na análise dos termos de uso da plataforma, a autoridade alemã decidiu que a empresa abusou de sua posição dominante “ao condicionar o uso de sua rede social à permissão de acumular ilimitadamente todo tipo de dados gerados pelo uso de sites de terceiros e mesclá-los com a conta do usuário no Facebook”¹⁶.

2.2 Redução da qualidade

Outra teoria do dano aplicável a mercados digitais relaciona-se com a redução da qualidade pela coleta excessiva de dados e violação à privacidade de usuários. A literatura sugere que a qualidade pode ser tratada como uma métrica autônoma de competitividade em tais mercados - vale dizer, por meio de uma “pequena porém significativa e não transitória redução de qualidade” (CRÉMER, MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019). Isso implicaria considerar, em uma teoria do dano aplicada a mercados digitais, o escopo da coleta de dados na medida em que isso afeta a privacidade do consumidor como uma medida de qualidade do produto (OCDE, 2018; KEMP, 2020). Dito isso, uma diminuição unilateral no controle do usuário sobre os dados pode ser considerada uma degradação da qualidade do produto e, portanto, resultar em um dano potencial ou em prejuízos palpáveis.

Empresas dominantes têm em geral incentivos para adotar configurações de privacidade mais baixas - permitindo, por exemplo, o processamento de dados sem consentimento explícito. Essa degradação da qualidade nos mercados digitais pode ser vista, por exemplo, nas ferramentas de busca, que têm incentivos para priorizar a coleta de dados e mostrar no topo da tela dos resultados da pesquisa sites que geram mais receita de anúncios *pay-per-click*, em vez de fornecer os resultados de pesquisa mais relevantes (EZRACHI; STUCKE, 2015).

As autoridades de concorrência também reconhecem cada vez mais que o nível de proteção de dados e proteção da privacidade oferecido por um produto ou serviço digital pode estar sujeito à análise antitruste como um aspecto da qualidade (ESAYAS, 2018; LYNSKEY, 2018; EDPS, 2014). No caso da compra do LinkedIn pela Microsoft, a Comissão Europeia reconheceu que a privacidade dos dados é “um fator significativo de qualidade” e, portanto, deve ser considerada como um parâmetro pelo qual as empresas podem competir ou sufocar a concorrência em ambientes digitais. De forma semelhante, no caso da fusão Facebook/WhatsApp, a Comissão reconheceu a existência a privacidade

15 Decisão do Bundesgerichtshof KVR 69/19, de 23 de junho de 2020.

16 Decisão do Bundeskartellamt B6-22/16, de 6 de fevereiro de 2019.

como um componente da qualidade do produto, apontando que muitos aplicativos de comunicação apresentam riscos de manipulação de dados como funcionalidades específicas. Nenhuma dessas operações, no entanto, foi barrada com base no argumento de deterioração da qualidade.

Mais recentemente, no Brasil, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC) e outras organizações de proteção ao consumidor pressionaram as autoridades de concorrência em todo o mundo para investigar a aquisição da Fitbit (uma empresa que produz relógios digitais) pelo Google, argumentando, entre outras coisas, que o processamento de dados pessoais pela empresa resultante pode ser usado para deteriorar a qualidade de serviços e, conseqüentemente, minar a concorrência no mercados digital e no mercado da saúde.

2.3 Redução da escolha e efeitos deletérios na inovação

O terceiro conjunto de teorias do dano adaptada aos mercados digitais decorre da redução da escolha e dos efeitos negativos na inovação decorrente de determinadas condutas e atos de concentração. Plataformas digitais - especialmente as grandes e já estabelecidas em seus mercados - têm tendências inerentemente monopolistas devido à presença de fortes efeitos de rede e, em determinadas circunstâncias, trazem consigo altos custos de mudança (*switching costs*), que desincentivam usuários a procurar plataformas alternativas (COYLE, 2019).

Os custos de mudança se constataam “quando consumidores valorizam formas de compatibilidade que requerem que compras separadas sejam feitas na mesma empresa” (FARRELL; KLEMPERER, 2007), ou seja, resultam do desejo de compatibilidade entre sua compra atual e um investimento anterior. Nesse contexto, os benefícios de troca para uma plataforma diferente devem ser altos o suficiente para persuadir consumidores a arcarem com esses custos. Custos de mudança e a intensidade com a qual eles agem como barreiras à entrada podem ser mitigados por vários fatores, como a existência de ferramentas e padrões (inclusive regulatórios) para permitir maior compatibilidade entre diferentes plataformas e serviços (como, por exemplo, a interoperabilidade ou a portabilidade de dados), se consumidores usam mais de uma plataforma para o mesmo serviço (ou seja, se consumidores *multi-home*)¹⁷.

Elevados custos de troca e acentuados efeitos de rede podem, em suma, criar barreiras à entrada em mercados digitais. Novos atores enfrentam enorme dificuldade em reunir uma massa crítica grande o suficiente para entrar no mercado ou para oferecer bens e serviços em um nível competitivo (COYLE, 2019). Devido à dinâmica conhecida como “o vencedor leva tudo” (*winner-takes-all*), novas empresas têm dificuldade para substituir incumbentes, mesmo quando são mais eficientes ou inovadoras. A concentração nos mercados digitais, portanto, pode levar à redução tanto da escolha do consumidor, como reduzir incentivos à inovação.

Já a relação entre concorrência e inovação, sabe-se, é complexa e antecede a emergência das plataformas digitais. O debate é também relevante em outros setores econômicos intensivos em inovação, como o setor farmacêutico, no qual há preocupações acerca da estrutura de mercado adequada para a criação de novos produtos e tecnologias. Com base em estudos econométricos, autores

¹⁷ Para uma discussão sobre portabilidade de dados ver Ponce (2020). Para os efeitos do *multi-homing* nas dinâmicas competitivas, ver Armstrong (2006).

influentes têm defendido que a relação entre tais variáveis tem o formato de um U invertido: tanto a falta de competição, como o excesso de concorrência podem sufocar a inovação (AGHION *et al*, 2005). O funcionamento dos mercados digitais acrescenta, no entanto, uma nova camada de complexidade ao debate por conta do maior volume e do ritmo acelerado da inovação, que ocupa um papel central no modelo de negócios das empresas que atuam no setor.¹⁸

A identificação de um dano competitivo através das lentes da redução aos incentivos à inovação exige que a política de concorrência enxergue para além da competição estática e considere as especificidades da estrutura de mercado e do processo competitivo à luz de critérios de eficiência dinâmica, típicos da economia evolucionária da ciência, tecnologia e inovação. A pretexto disso, Khan (2019) argumenta que em casos envolvendo plataformas digitais isso demandaria que as autoridades antitruste considerassem se a conduta ou ato de concentração proposto reduziria o investimento e a atividade empresarial por partes independentes em um quadro dinâmico. Isso já vem acontecendo na União Europeia, onde começa a tomar corpo na jurisprudência uma teoria do dano deste tipo, caracterizada pelo impedimento significativo da inovação na indústria (SIII, na sigla em inglês para *Significant Impediment to Industry Innovation*) (PETIT, 2017).

Uma das tendências identificadas em mercados digitais identificadas pela literatura – e que mais recentemente entrou no escopo de investigações antitruste em andamento contra empresas de tecnologia¹⁹ – é a estratégia seguida por empresas dominantes de adquirir – com seus “*deep pockets*” – empresas inovadoras menores antes que se tornem concorrentes significativos. Por exemplo, Argentesi *et al* (2021) relatam que em 60% das aquisições realizadas pelo Google, Facebook e Amazon entre 2008 e 2018, as empresas-alvo tinham quatro anos ou menos de existência na data da operação.

A literatura também identifica o risco acentuado de ‘aquisições assassinas’ (ou *killer acquisitions*, no termo em inglês) em mercados digitais – casos em que a aquisição de empresas inovadoras por empresas dominantes leva não apenas à perda de concorrência potencial, mas também à perda de um produto ou serviço inovador ou potencialmente disruptivo. Cunningham, Ederer e Ma (2018) definem aquisições assassinas como transações nas quais uma empresa incumbente adquire um alvo inovador “e encerra o desenvolvimento das inovações do alvo para prevenir a concorrência futura”. Tais “homicídios corporativos” são, assim, uma versão qualificada da teoria do dano que descreve riscos à inovação pela perda de um competidor potencial. Vale frisar: tais aquisições devem preocupar as autoridades não apenas porque reduzem as restrições competitivas no mercado em questão ao retirarem do mercado uma empresa cujas tecnologias poderiam ter desafiado o operador dominante, mas também porque eliminam um produto do mercado, limitando a escolha de consumidores.

2.4. Preferência por serviços e produtos próprios

18 Sobre a pertinência de novas teorias do dano à luz de aspectos ligados à inovação nos controles de concentração ver Solidoro (2019).

19 Esse é um dos pontos dos processos antitruste iniciados por autoridades federais e estaduais dos EUA para investigar o Facebook, sob suspeita de que a compra do Instagram e do WhatsApp teriam tido o objetivo de eliminar competidores potenciais. Ver Kang e Isaac (2020).

Por fim, um quarto conjunto de questões para a consideração na elaboração de teorias do dano próprias de mercados digitais está relacionado à estrutura integrada das plataformas e à existência de diversos meios e incentivos para a adoção de estratégias exclusionárias e fechamento do mercado. Devido à relação de interdependência entre múltiplos serviços, produtos e à interconexão propiciada entre diferentes grupos de usuários, a literatura tem comparado mercados digitais (de forma não isolada) a ecossistemas (EZRACHI; STUCKE, 2016). Como um recife de coral que atrai várias formas de vida subaquática, os mercados digitais são descritos como um ambiente composto por consumidores, vendedores, anunciantes, desenvolvedores de software, aplicativos e fabricantes de acessórios, entre outros. A existência de ecossistemas digitais abrangentes traz novas questões anti-truste, em particular em termos de integração e os efeitos anticompetitivos e pró-competitivos que podem surgir dessa dinâmica (JACOBIDES; LIANOS, 2021).

Em muitos casos, a estrutura interconectada dos mercados digitais possibilita que uma mesma empresa ou grupo econômico desempenhe um papel duplo como operador de plataforma e, ao mesmo tempo, participante do *marketplace* oferecido por ela. Em outras palavras, a estrutura desses mercados possibilita que uma empresa que atue como intermediária para diferentes grupos de usuários – identificada como *gatekeeper* – possa também competir com esses mesmos usuários (KHAN, 2019). Pesquisadores e algumas autoridades antitruste ao redor do mundo têm olhado com cautela para o fato de que plataformas capazes de ser também *gatekeepers* podem mais facilmente se engajar em comportamentos anticompetitivos e distorcer a concorrência.

Em particular, causam preocupação os efeitos concorrenciais das práticas mais recentemente descritas como *self-preferencing*, que se referem a situações nas quais uma empresa dominante dá preferência aos seus próprios produtos ou serviços em detrimento dos produtos de empresas concorrentes, seja no mercado à jusante ou em mercados relacionados por ela controlados (SOUSA, 2020). Mesmo que tais práticas não sejam exclusivas de mercados digitais, a identificação das condutas potencialmente anticompetitivas é neles mais complexa. As práticas de *self-preferencing* por plataformas digitais podem se dar de forma sutil, por vezes por meio do uso de algoritmos ou outros métodos que não são facilmente identificáveis pelos consumidores, ou mesmo pela autoridade antitruste. De fato, a assimetria de informação é marcadamente mais problemática nesses casos.

Para lidar com os desafios relacionados à identificação e à mitigação de condutas potencialmente anticompetitivas de empresas que ocupem uma posição privilegiada em mercados digitais, algumas jurisdições têm considerado a adoção de medidas regulatórias assimétricas. A Comissão Europeia, por exemplo, apresentou uma proposta de regulação – que recebeu o nome de *Digital Markets Act* – que introduziria regras mais rígidas para empresas categorizadas como *gatekeepers*²⁰. Tais plataformas estariam sujeitas a obrigações que incluem a proibição *ex-ante* de *self-preferencing*, assim como a exigência de adoção de medidas de interoperabilidade e portabilidade de dados, entre outras. No Reino Unido, está em análise uma proposta para adoção de um novo regime regulatório para promoção de concorrência em mercados digitais. Ela prevê a adoção de regras diferenciadas para empresas de tecnologia que desfrutam de “status de mercado estratégico” (SMS) – ou seja,

20 A proposta de regulação define uma plataforma *gatekeeper* como uma plataforma que possua uma forte posição econômica no mercado europeu, uma forte função de intermediação (conectando um grande número de usuários), e uma posição consolidada e durável no mercado. Ver The Digital... ([2020?]).

empresas com “poder de mercado substancial e consolidado, quando os efeitos desse poder de mercado são particularmente generalizados ou significativos”. A proposta prevê também criação de uma força-tarefa, nomeada *Digital Markets Taskforce*, responsável por supervisionar os mercados e aplicar o novo regime regulatório (CMA ADVISES..., 2020).

3. Como decidiu o Cade em casos envolvendo plataformas digitais?

Os debates doutrinários e interpretativos da última década acerca dos desafios concorrenciais das plataformas digitais, aos quais a seção anterior fez alusão, não passaram despercebidos pelo Cade. Ao contrário: a autoridade brasileira lidera um grupo de trabalhos para discutir novas questões trazidas pelos mercados digitais nos países BRICS e tem destinado recursos à contratação de consultores especialistas no tema, investindo em produção de conhecimento e capacitação técnica²¹. No entanto, isso não significa que o entendimento jurisprudencial do Cade já tenha alcançado as bases sólidas de novas teorias do dano aplicáveis às plataformas. Identificar se, e em qual medida, tais teorias do dano são incorporadas pela autoridade antitruste brasileira é uma questão empírica que exige a análise qualitativa das decisões.

Esta seção relata os resultados de pesquisa jurisprudencial que buscou responder à seguinte pergunta: nos casos envolvendo plataformas digitais, decididos na vigência da Lei 12.529/2011 (BRASIL, 2011)²², o Cade fez análises com base em teorias do dano tradicionais ou se apoiou em teorias do dano adaptadas a mercados digitais? A busca por atos de concentração sumários, atos de concentração ordinários e processos administrativos por meio do Serviço Eletrônico de Informações (SEI) retornou 30 entradas únicas correspondendo aos termos de busca utilizados²³. Uma análise preliminar dos resultados levou ao descarte de dois processos, que mencionaram plataformas digitais de forma incidental²⁴. Todos os processos restantes envolviam modelos de negócios estruturados em torno de plataformas digitais ou grupos econômicos controladores de plataformas digitais. Foram identificados e analisados, portanto, 28 casos com decisão final de mérito tomada entre maio de 2012 e setembro de 2020.

Uma primeira conclusão que salta aos olhos foi que o volume de casos decididos pelo Cade envolvendo plataformas digitais cresceu significativamente ao longo da última década. Mesmo considerando que foram coletados apenas dados parciais para o biênio 2020-2021 e tendo em vista a crise econômica global causada pela pandemia de Covid-19, foram identificados julgados relevantes no ano corrente. O Gráfico 1 abaixo apresenta uma síntese dos processos selecionados, organizados de acordo com o biênio no qual a decisão final foi proferida.

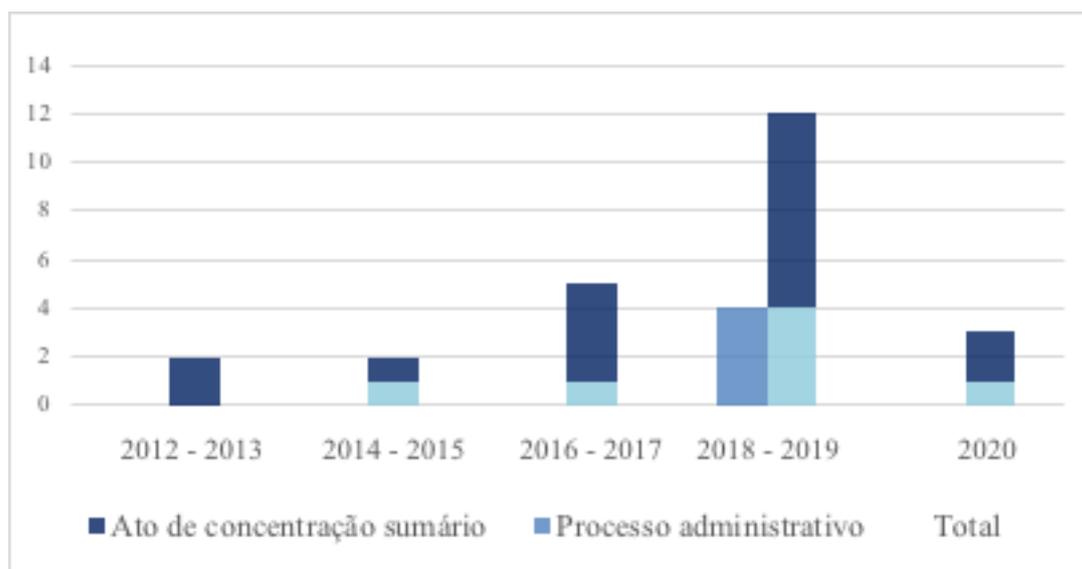
Gráfico 1 – Casos envolvendo mercados digitais analisados pelo Cade entre maio de 2012 e setembro de 2020

21 Ver relatório produzido pelas autoridades (BRASIL, 2019) e Lancieri e Sakowski (2020).

22 Não entraram na análise casos analisados pelo Cade sob a Lei No 8.884/1994.

23 Palavras chave utilizadas: “plataforma digital” OU “plataformas digitais”; “mercado digital” OU “mercados digitais”; “plataforma online” OU “plataformas online”. É possível que um ou mais processo relevante não tenha sido identificado pelo uso desses termos de busca na plataforma.

24 AC 08700.006723/2015-21 e AC 08700.005920/2019-57.



Fonte: Autores, com base em processos coletados via SEI em setembro de 2020

A análise dos pareceres e notas técnicas proferidos pela Superintendência Geral, pelo Departamento de Estudos Econômicos e pelo Tribunal buscou identificar se na análise dos casos e nos fundamentos das decisões, novas teorias do dano foram articuladas pelos órgãos da autarquia ou por seu Tribunal. Pode-se dizer, resumidamente, que na grande maioria dos processos analisados não foram desenvolvidas e articuladas novas teorias do dano à luz dos conceitos discutidos na seção anterior. Vale dizer, confirma-se a suposição inicial de que o Cade ainda se valeu dos critérios e parâmetros usuais (“análogos”) de análise do potencial de dano para a tomada de decisão.

3.1 Atos de concentração

Os atos de concentração constituem a maior parte dos casos, mas apenas em uma fração muito pequena desses processos o Cade se engajou em discussões substanciais acerca das particularidades dos mercados digitais. Nesses casos, na linha das análises antitruste aqui descritas como tradicionais, o foco em mercados relevantes e centralidade analítica do preço caminharam juntos. Assim, definições tradicionais de mercado relevante com base em critérios geográficos e de produtos foram empregadas na maior parte dos casos.

Por exemplo, em 2013, na aquisição de participação acionária pela Google na plataforma de vídeo *online* Vevo, o Cade considerou potenciais efeitos anticoncorrenciais decorrentes tanto da sobreposição horizontal no mercado de publicidade *online* e no mercado de fornecimento de entretenimento *online* em domicílios, como também riscos relacionados à sobreposição vertical, na medida em que a Vevo licencia conteúdo de para diversas plataformas de exibição, incluindo o YouTube (plataforma pertencente à Google)²⁵.

A análise mencionou o fato de que o serviço de exibição de conteúdo de entretenimento pela internet pode ser classificado como plataforma de dois lados, conectando usuários finais e anunciantes, mas potenciais riscos à concorrência que poderiam decorrer desta característica não

25 AC 08700.003373/2013-80

foram discutidos na decisão. Mais especificamente, não houve na análise qualquer menção ao fortalecimento dos efeitos de rede que decorriam da operação, ou o fato de que a transação poderia contribuir para que a Google tivesse mais acesso a dados valiosos sobre o mercado de entretenimento, o que poderia fortalecer sua posição dominante. Além disso, o Cade não discutiu ou analisou o risco de que a transação poderia criar mais incentivos para favorecimento do YouTube em detrimento de outras plataformas para as quais a Vevo fornece conteúdo *online*.

Nenhuma dessas teorias do dano, típicas de mercados digitais, foi considerada na análise da SG. A operação foi aprovada sem restrições pela SG com base em dois grupos de argumentos, desenvolvidos principalmente pela análise de dados quantitativos sobre participação de mercado. Em relação às sobreposições horizontais, a SG examinou a participação de mercado da Google e da Vevo nos dois mercados identificados e concluiu que ambos mercados eram “bastante competitivos”, contando com a presença de “fortes concorrentes”, e que, apesar da forte posição da Google, o *market share* da Vevo era “bastante diminuto”, o que levou ao descarte de riscos concorrenciais. Já em relação à sobreposição vertical, a análise concluiu que a relação entre Vevo e Google era pré-existente à operação e, portanto, não ensejaria preocupações. Ou seja, ambos os argumentos foram elaborados com base em critérios “analógicos”, que não levaram em consideração dinâmicas competitivas típicas de mercados digitais²⁶.

Outro caso ilustrativo foi a análise pelo Cade, em 2016, da aquisição da rede social LinkedIn pela Microsoft²⁷. De forma semelhante, a análise pela SG também foi focada em eventuais riscos concorrenciais decorrentes de sobreposições horizontais e verticais resultantes da operação. Novamente, em relação à sobreposição horizontal, foi discutido o aumento da participação da Microsoft no mercado de publicidade *online*, mas o risco foi afastado com base no argumento de que ambos os *players* envolvidos eram agentes pequenos, com reduzida participação de mercado, atuando em uma área bastante fragmentada. Em relação à sobreposição vertical, a análise da SG deu ênfase à possibilidade de integração do software de Gestão de Relacionamento com o Cliente (*Customer Relationship Manager*, ou CRM, na sigla em inglês) da Microsoft com a ferramenta de vendas do LinkedIn (*Sales Navigator*), mas concluiu que os riscos seriam mínimos por conta da baixa participação de mercado da Microsoft no mercado CRM no Brasil.

Apesar de a análise ter reconhecido que a LinkedIn é uma rede social que coleta e processa dados de usuários, os aspectos e potenciais implicações concorrenciais dessa característica não foram discutidos. Tampouco houve discussão acerca do fato de ambas as partes serem mercados de múltiplos lados ou de como essa caracterização influenciaria a análise das dinâmicas competitivas. Outra lacuna na análise do Cade foi em relação ao risco de que a Microsoft, como líder no mercado de hardware e sistemas operacionais, possa favorecer o uso do LinkedIn, ou prejudicar redes sociais concorrentes. Isso poderia ser feito, por exemplo, por meio da pré-instalação de aplicativos em apa-

26 Não estamos argumentando aqui que o resultado final (aprovação sem restrições) seria necessariamente diferente se tais particularidades fossem consideradas, mas sim que a análise seria mais ajustada e aderente à estrutura e ao funcionamento destes mercados e, por isso, mais adequada.

27 AC 08700.006084/2016-85

relho²⁸. Nenhuma dessas preocupações típicas de mercados digitais foi, enfim, discutida na análise do caso e a operação foi aprovada sem restrições, com base no entendimento da SG de que os aspectos avaliados não indicavam potenciais efeitos concorrenciais.

Mais recentemente, no caso da aquisição de controle pela Magazine Luiza dos negócios da NS2, a SG analisou os riscos da operação com base na alegação que a operação não resultaria “em sobreposição horizontal, pois o Magazine Luiza pode ser classificado como player do “comércio varejista de bens duráveis”, enquanto que a NS2 está muito mais próxima de uma loja de varejo especializado (artigos esportivos, vestuário, calçados e acessório), seja no comércio físico ou no *e-commerce*”²⁹. Nesse caso, mais uma vez, os efeitos de rede e a possibilidade de integração de dados não foram discutidas como variáveis concorrenciais relevantes.

Mesmo em casos nos quais houve menção expressa às dificuldades de aplicar ferramentas de análise tradicional a tais plataformas, em sua maior parte tais variáveis não foram decisivas para o resultado a que chegou o Cade. Por exemplo, no julgamento do caso OLX e Grupo Zap, a SG destacou a importância do uso de dados em plataformas digitais e apontou para um debate preliminar sobre os riscos à inovação que poderiam emergir da operação ao afirmar que “as Requerentes possuem condições de impedir ou degradar o acesso de outras empresas”, bem como de “restringir ou degradar a conexão” a softwares CRM de terceiros³⁰. No entanto, apesar de reconhecer o risco de potencial discriminação, a SG concluiu que as plataformas não teriam incentivos para tanto. O órgão decidiu, assim, autorizar a operação sem impor quaisquer restrições, alegando considerar desproporcional a imposição de remédio antitruste diante da mera possibilidade de ocorrência de uma discriminação.

No parecer da SG no caso Mosaico/Buscapé, já mencionado na introdução, houve também menção explícita à dificuldade de delimitar o mercado relevante no mundo digital, bem como o reconhecimento da existência de um “importante desafio em traçar uma linha precisa que englobe exatamente as plataformas e serviços que concorrem entre si”³¹. Mesmo assim, a decisão foi baseada na definição do mercado relevante envolvendo os serviços de comparação de preços, seguindo precedentes anteriores, e não com base em novas teorias “digitais” do dano - como a própria discussão preliminar do caso parecia apontar.

Mas o caso mais interessante em termos de análise do papel dos dados e desenho de um remédio adaptado ao modelo de negócios de plataformas talvez tenha sido a análise da *joint venture* proposta pelos principais bancos brasileiros para a formação de um *bureau* de crédito. Na análise da operação, tanto a SG como o conselheiro relator destacaram os riscos de fechamento do mercado de

28 Tais preocupações foram claramente articuladas na análise conduzida pela Comissão Europeia, por exemplo, que explorou se a o ato de concentração poderia alavancar a forte posição da Microsoft no mercado de sistemas operacionais para o mercado de serviços de rede social, reforçando assim a vantagem competitiva do LinkedIn e excluindo os seus concorrentes. As estratégias com potenciais efeitos anticompetitivos consideradas pela Comissão incluíram a possibilidade de pré-instalação do aplicativo do LinkedIn em computadores Windows; e a integração dos recursos do LinkedIn ao pacote Office, entre outras. A operação foi aprovada condicionalmente, sujeita a um conjunto de compromissos visando preservar a concorrência entre as redes sociais profissionais na Europa. Decisão no Caso M.8124 – Microsoft/LinkedIn, Comissão Europeia, 6 de dezembro 2016. Para uma análise detalhada, ver Argentesi *et al* (2021).

29 AC 08700.002377/2019-36

30 AC 08700.001796/2020-94

31 AC 08700.002703/2019-13

pontuação de crédito decorrentes do grande volume de dados de consumidores mantidos pelos bancos proponentes. A *joint venture* foi aprovada com remédios, condicionada à celebração do Acordo em Controle de Concentrações (ACC), que incluiu um compromisso específico exigindo que as partes continuassem a fornecer dados a todas as agências de crédito, sem discriminação ou concessão de tratamento favorável à sua própria agência³².

3.2 Processos administrativos

A proporção de casos que considerou teorias do dano típicas de plataformas digitais foi muito maior dentre os processos administrativos para apuração de violação à ordem econômica. Os três casos com decisão de mérito envolvendo a empresa Google mobilizaram argumentos sofisticados refletindo as particularidades dos modelos de negócios da empresa e os potenciais danos aos consumidores decorrentes das práticas apuradas³³. Nesses casos, os documentos fizeram referência frequente a processos semelhantes analisados por autoridades antitruste ao redor do mundo, com especial ênfase aos fundamentos das decisões tomadas pela autoridade dos Estados Unidos e da União Europeia.

No julgamento do caso conhecido como Google Shopping, o relator do caso reconheceu que quando se trata de plataformas “a possível desconsideração das múltiplas conexões entre os diferentes grupos de consumidores, bem como entre os produtos e serviços oferecidos pode eventualmente induzir a aferição distorcida do poder de mercado detido pela empresa”. Nesse sentido, o subsídio cruzado viável entre os múltiplos lados da plataformas faz com que seja possível que “um agente com poder de mercado pratique preços inferiores ao custo marginal de um dos lados da plataforma, levando a uma conclusão de falso negativo para o poder de mercado. Da mesma forma que a análise do custo superior do outro lado pode levar a um resultado falso positivo”. Ou seja, mesmo em situações em que serviços são oferecidos a custo monetário zero a um dos lados do mercado, ainda é possível discutir poder de mercado, mas a aferição é mais complexa³⁴. Como se nota, trata-se de um exercício incipiente e inovador de recurso a uma nova teoria do dano, mesmo que sem aprofundamento.

Na análise do caso pelo Tribunal, a questão fundamental enfrentada foi se o Google teria privilegiado os resultados de sua própria ferramenta de comparação de preços em detrimento de serviços de competidores e com isso violado a lei brasileira. A conduta investigada pela autoridade antitruste brasileira foi, como se sabe, a mesma que já havia sido alvo de investigação pela Comissão Europeia, onde a empresa foi condenada. No caso brasileiro, tanto o parecer elaborado pela SG, como a análise econômica conduzida pela Departamento de Estudos Econômicos (DEE) identificaram a Google como ator dominante no mercado de buscas *online* e apontaram para o risco de que essa posição dominante pudesse ser usada para privilegiar seus próprios serviços de comparação de

32 AC 08700.002792/2016-47

33 O quarto caso identificado pelos termos de busca envolveu a empresa Uber, para apurar supostas práticas de litigância abusiva anticompetitiva (*sham litigation*) e de pressão coordenada e emprego de violência ou grave ameaça para exclusão de concorrente por associações de taxistas (PA 08700.006964/2015-71).

34 PA 08012.010483/2011-94

preços. Ou seja, fugindo ao padrão identificado nesta pesquisa, a teoria do dano do tipo *self-preferencing* foi considerada também na análise pela autoridade brasileira. Na análise pelo Conselho, embora a maior parte dos conselheiros tenha identificado a existência de tais riscos, houve divergência em relação a identificação dos efeitos causados pela conduta da Google. O debate avançou, de modo inovador no caso brasileiro, de forma relevante sobre a economia digital, sendo que parte dos conselheiros votaram pela condenação da empresa e pagamento de multa. A decisão final foi acirrada e o caso foi decidido apenas pelo voto de Minerva do presidente, que acompanhou o entendimento de parte do Conselho de que a conduta específica investigada não teria produzido efeitos anticoncorrenciais no território brasileiro, determinando o arquivamento do processo sem imposição de qualquer penalidade à empresa.³⁵

Outro caso envolvendo a plataforma de serviços de busca da Google também fez alusão ao risco de redução da inovação. No processo administrativo conduzido para apurar se a empresa estava copiando conteúdo concorrencialmente relevante de sites temáticos rivais para uso em seus próprios buscadores (prática conhecida como *scrapping*)³⁶, a SG reconheceu que poderia haver potenciais efeitos adversos à inovação, mas apontou dificuldades em identificar um dano ao consumidor final decorrente da conduta investigada:

É, no mínimo, difícil avaliar o quanto se deixou de produzir em razão de uma perda decorrente da falta de incentivos à inovação. Por outro lado, de acordo com a legislação antitruste brasileira, a mera potencialidade de dano, decorrente de uma prática anticompetitiva, conforme o art. 36 da Lei 12.529/11, já seria, por si só, suficiente para configuração de eventual conduta e existência de uma investigação neste sentido.

No caso, a SG não encontrou evidências de que a conduta anticoncorrencial de fato existiu e recomendou o arquivamento do caso. De forma semelhante, o Tribunal, decidiu pelo encerramento do caso sem condenação ou penalidade, alegando não haver provas de infração à ordem econômica. No entanto, seguindo a sugestão do voto-vista apresentado pela Conselheira Paula Azevedo, a SG foi oficiada para instauração de Inquérito Administrativo para averiguar as condições de concorrência no mercado de buscas e no mercado verticalmente relacionado de notícias.

Como visto, o Cade vem, progressiva e mais recentemente, buscando incorporar novas preocupações associadas à atualização de teorias do dano para casos envolvendo plataformas digitais. Trata-se, como mostrou esta seção, de uma curva de aprendizado cujo traçado vem sendo construído ao longo dos anos. Pode-se dizer, em face disso, que novas teorias do dano estão em desenvolvimento, mas também que esse processo pode - e deve - ser catalisado por meio de uma compreensão sistemática de seus elementos constitutivos.

Tabela 1 – Plataformas digitais e novas teorias do dano de acordo com a jurisprudência do Cade

35 Para uma análise detalhada da decisão, ver Silveira e Fernandes (2019).

36 PA 08700.009082/2013-03

	Casos de plataformas digitais	Casos com menções a aspectos de novas teorias do dano
Ato de concentração	24	4
Processo administrativo	4	3
Total	28	7

Fonte: Autores, (2020). A lista completa de casos considerados está disponível no anexo.

Em suma, a análise jurisprudencial identificou, resumidamente que as análises conduzidas pelo Cade tanto em casos de atos de concentração, como nos processos administrativos adota métricas e parâmetros tradicionais, como a delimitação de mercados relevantes e a identificação de sobreposições horizontais e verticais, bem como adota postura cautelosa em relação à identificação de efeitos anticompetitivos. Como visto, poucos atos de concentração discutiram aspectos específicos de plataformas digitais, ao passo em que na maioria dos processos administrativos (sobretudo nos casos envolvendo a plataforma Google) alguma consideração incipiente sobre elementos peculiares a plataformas digitais foi feita, sem que isso tenha, no entanto, sedimentado entendimentos jurisprudenciais de forma sistemática e intencional ou levado à condenação das empresas envolvidas. Na maior parte dos casos analisados, como se nota, não foram elaboradas novas teorias do dano aderentes às características de mercados digitais. Poder-se-ia conjecturar em que medida a falta de ferramentas analíticas e de parâmetros de decisão apropriados – ou seja, a ausência de lentes ajustadas – pode ter levado a autoridade a não enxergar potenciais danos na análise de condutas e atos de concentração envolvendo mercados digitais.

6. CONCLUSÃO

O trabalho, lastreado na premissa de que as plataformas digitais sugerem o desenvolvimento de novas teorias do dano concorrencial também no caso da jurisdição brasileira, revela que a literatura mais recente produzida com a finalidade de mapear os traços distintivos desse modelo de negócios ainda não foi incorporada de forma consistente e sistemática ao crescente – em termos de volume de casos e em complexidade - fluxo de casos que chega ao Cade. É preciso admitir que a autoridade reconhece a importância de adaptar seu ferramental analítico, mas vale consignar também que ela ainda não desenvolveu, em sua jurisprudência, os testes necessários para dar-lhes aplicabilidade prática.

Essa ausência se faz sentir na medida em que o emprego de teorias de dano ou padrões de análise tradicionais se revela incapaz de identificar e mitigar certos riscos subjacentes e incentivos ocultos, o que pode levar, não seria exagero dizer, a análises distorcidas. A jurisprudência internacional parece confirmar a suspeita, ao mostrar que em casos semelhantes (ou nos mesmos casos), o emprego de novas teorias do dano levou a resultados (decisões) diferentes. Ou seja, mesmo que não se possa fazer um exercício contrafactual rigoroso para estimar o que teria acontecido se uma outra teoria do dano fosse utilizada, a pesquisa original relatada neste artigo permite constatações importantes.

Entre elas, sublinhamos o fato de que teorias do dano ajustadas à arquitetura e aos incentivos que favorecem plataformas digitais (em especial as grandes, também chamadas de “big tech”) faz

significativa falta e, em termos práticos e sintéticos, que erros de análise podem ser cometidos, bem como “pontos cegos” podem ser criados. Em outras palavras, a ausência de ferramental adequado pode levar tanto a erros de ‘falsos negativos’, no quais a autoridade ignora a existência de riscos de uma conduta ou ato concentração, como também de ‘falsos positivos’, nos quais características de mercado digital que mitigariam potenciais riscos (e eventualmente resultariam pró-concorrenciais) não são levadas em consideração. Diante disso, é possível dizer que o Cade, para usar uma metáfora ótica, utiliza óculos com lentes vencidas para olhar para mercados digitais e, ao fazê-lo, enxerga de forma distorcida o que neles acontece.

Isso leva à constatação de que a literatura sobre a aplicação do direito da concorrência a plataformas digitais - e as necessárias adaptações dos parâmetros analíticos tradicionais - seja sobre a ótica dos preços, seja sobre qualidade, seja relativa ao aspecto de inovação e competição, seja quanto à discriminação de competidores, entre outros – efetivamente precisa ser incorporada pela autoridade brasileira. Este trabalho, com seus limites de escopo, procura contribuir para essa missão e, assim, ajudar a autoridade a sistematizar os contornos de novas teorias do dano. Importante dizer que tais adaptações não ocorrem de forma abrupta, pois tendem a resultar de um complexo processo de aprendizado e aprimoramento institucional.

Por fim, vale sublinhar também, como argumento adicional, que o esforço de sistematizar teorias do dano - teses robustas e firmadas em testes consistentes que explicam porque um contrato ou uma prática concorrencial pode arrefecer a concorrência e causar danos ao consumidor - alinhadas às vicissitudes das plataformas digitais podem significar, do ponto de vista da construção jurídica e institucional da política de defesa da concorrência no país, uma contribuição *ela própria* inovadora.

Isto é: teorias do dano, construídas de modo consistente e intencional, poderão ser dotadas dos atributos de flexibilidade (para ajustes em função das mudanças tecnológicas aceleradas que marcam o modelo de plataformas digitais) e adaptabilidade (para, sem a necessidade de mudanças legislativas ou a edição de atos normativos), fundamentais para ajudar a construir uma jurisprudência mais robusta e efetiva para o Cade. Ou seja, ao contrário de mudanças legislativas, que demandariam tempo e negociações de cunho político complexas, novas teorias do dano possibilitariam um grau de adaptabilidade e calibração que pode agregar análises mais consistentes em mercados digitais. Tais construções interpretativas poderiam, assim, aperfeiçoar a análise antitruste nesses casos no curto prazo, mesmo se mudanças mais substanciais e institucionais - tanto no campo antitruste, quanto no campo regulatório - sejam necessárias no médio ou longo prazos.

Retornando ao que foi mencionado início, pode-se, enfim, dizer que as teorias do dano, embora pouco discutidas na literatura, são um importante e pouco valorizado apetrecho da caixa de ferramentas do direito antitruste. Situando-se entre a aplicação da lei e o valor dos precedentes, elas são, em outras palavras, capazes de agregar uma camada adicional de sofisticação ao arcabouço do direito da concorrência e, no caso das plataformas digitais, fazer toda a diferença para proteger a competição e o consumidor. Tal característica, não poderia deixar de ser, também é válida para o caso brasileiro e, em especial, para nossa autoridade antitruste.

7. REFERÊNCIAS

AGHION, Philippe *et al.* Competition and Innovation: an Inverted-U Relationship. **The Quarterly Journal of Economics**, v. 120, n. 2, p. 701–728, 2005.

ARGENTESI, Elena *et al.* Merger Policy in Digital Markets: An Ex Post Assessment. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 17, n. 1, p. 95–140, 2021.

ARMSTRONG, Mark. Competition in Two-Sided Markets. **The RAND Journal of Economics**, v. 37, n. 3, p. 668–691, 2006.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **BRICS in the digital economy: competition policy in practice: 1st Report** by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3opFw4N>. Acesso em: 11 fev. 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: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://bit.ly/30m27Fi>. Acesso em: 16 set. 2020.

CMA ADVISES government on new regulatory regime for tech giants. **Gov.UK**, 8 dez. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3tLvWkC>. Acesso em: 20 dez. 2020.

COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. Family Ties: The Intersection between Data Protection and Competition in EU Law. **Common Market Law Review**, v. 54, n. 1, p. 11–50, 2017.

COUTINHO, Diogo R.; KIRA, Beatriz. Vinhos novos em garrafas velhas: os desafios do antitruste na internet. **JOTA**, 7 jul. 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3bmNwxO>. Acesso em: 11 fev. 2020.

COYLE, Diane. Practical competition policy implications of digital platforms. **Antitrust Law Journal**, v. 82, n. 3, p. 835–860, 2019.

CRÉMER, Jacques, MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. **Competition policy for the digital era: Final report**. Bruxelas: European Commission Publications Office, 2019.

CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. Killer Acquisitions. **Journal of Political Economy**, v. 129, n. 3, p. 649–702, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/2RfslIb>. Acesso em: 12 jun. 2020.

THE DIGITAL Markets Act: ensuring fair and open digital markets. **European Commission**, [2020?]. Disponível em: <https://bit.ly/2RSncoE>. Acesso em: 11 set. 2020.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR (EDPS). **Privacy and Competitiveness in the Age of Big Data: the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy**. Brussels: EDPS, 2014. Disponível em: <https://bit.ly/37bHNaO>. Acesso em: 11 fev. 2020

ESAYAS, Samson Y. Competition in (data) privacy: ‘Zero’-price markets, market power, and the role of competition law. **International Data Privacy Law**, v. 8, n. 3, p. 181–199, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipy014>. Acesso em: 11 fev. 2020.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers: The new economics of multisided platforms**. Harvard: Harvard Business Review Press, 2016.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Virtual Competition. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 7, n. 9, p. 585–586, 2016.

- FARRELL, Joseph; KLEMPERER, Paul. Chapter 31 Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects. In: ARMSTRONG, Mark; PORTER, Robert H. **Handbook of Industrial Organization**. Amsterdã: Elsevier, 2007. V. 3. p. 1967–2072. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S1573-448X\(06\)03031-7](https://doi.org/10.1016/S1573-448X(06)03031-7). Acesso em: 11 fev. 2020
- GAL, Michal S.; RUBINFELD, Daniel L. The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement, **Antitrust Law Journal**, v. 80, n. 3, p. 521–562, 2016.
- GONÇALVES, Priscila Brolio, COUTINHO, Diogo R., KIRA, Beatriz. Vírus e Telas: o direito econômico das plataformas digitais na pandemia de COVID-19. **Revista Direito e Práxis**, 2020, no prelo. Disponível em: <https://bit.ly/3hpaj06>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- JACOBIDES, Michael G.; LIANOS, Ioannis. **Ecosystems and competition law in theory and practice**. UCL: Centre for Law, Economics and Society, 2021. Disponível em: <https://bit.ly/3hlruzl>. Acesso em: 12 fev. 2021.
- KANG, Cecilia; ISAAC, Mike. U.S. and States Say Facebook Illegally Crushed Competition. **The New York Times**, 9 dez. 2020. Disponível em: <https://nyti.ms/2ReLau4>. Acesso em: 20 abr. 2021.
- KEMP, Katharine. Concealed data practices and competition law: why privacy matters, **European Competition Journal**, v. 16, n. 2–3, p. 628–672, 2020.
- KIRA, Beatriz, GONÇALVES, Priscila Brolio, COUTINHO, Diogo R. Quem faz o que: coordenação institucional para regulação de mercados digitais: Âmbito administrativo, legislativo e judicial para a formulação e implementação de políticas públicas coerentes. **JOTA**, 14 abr. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/2SPnPQg>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- KHAN, Lina. Amazon’s Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, 2017.
- KHAN, Lina. The separation of platforms and commerce. **Columbia Law Review**, v. 119, n. 4, p. 973–1098, 2019.
- KIMMELMAN, Gene. **Syncing Antitrust and Regulatory Policies to Boost Competition in the Digital Market**. Waterloo: Centre for International Governance Innovation, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3uNq9oV>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- LANCIERI, Filippo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados: Documento de trabalho 005/2020**. Brasília: Departamento de Estudos Econômicos – CADE, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3obQ9bc>. Acesso em: 11 set. 2020.
- LIANOS, Ioannis. Digitalisation and Competition Law: New Challenges. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n. 1, p. 5–50, 2019.
- LYNSKEY, Orla. At the crossroads of data protection and competition law: **Time to take stock. International Data Privacy Law**, v. 8, n. 3, p. 179–180, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/idpl/ipy023>. Acesso em: 11 fev. 2020.
- MORTON, Fiona Scott. **Modern U.S. antitrust theory and evidence amid rising concerns of market power and its effects: an overview of recent academic literature**. Washington: Washington Center for Equitable Growth, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3uXTOfr>. Acesso em: 11 fev. 2020.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **Quality Considerations in Digital Zero-Price Markets**. Background note by the Secretariat. [S. l.]: OECD, 2018. Disponível em: <https://bit.ly/3w8U9fn>. Acesso em: 11 fev. 2020.

PARKER, Geoffrey; PETROPOULOS, Georgios; VAN ALSTYNE, Marshall W. Digital Platforms and Anti-trust. **SSRN Electronic Journal**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ofUmKX>. Acesso em: 11 set. 2020.

PETIT, Nicolas. **Significant Impediment to Industry Innovation: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control?** Portland: International Center of Law and Economics, 2017. Disponível em: <https://bit.ly/2RS13qg>. Acesso em: 11 fev. 2020.

PONCE, Paula Pedigoni. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 8, n. 1, p. 134–176, 2020.

SILVEIRA, Paulo Burnier da; FERNANDES, Victor Oliveira. Google Shopping in Brazil: Highlights of CADE's Decision and Takeaways for Digital Economy Issues. **Concurrences e-Bulletin**, 2019. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3435159>. Acesso em: 11 fev. 2020.

SOLIDORO, Silvia. Assessing Innovation Theories of Harm in EU Merger Control. **Robert Schurman Center for Advanced Studies**. Florença: European University Institute, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2SIYs2L>. Acesso em: 11 fev. 2020.

SOUSA, Pedro Caro de. What shall we do about self-preferencing? **Competition Policy International**, 24 jun. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3w3mxil>. Acesso em: 11 nov. 2020.

YALE SCHOOL OF MANAGEMENT. Digital Platforms and Antitrust. **Yale Student Digital Platform Theories of Harm**, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3ycT5sO>. Acesso em: 11 set. 2020.

ZENGER, Hans; WALKER, Mike. Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report. In: BOURGEOIS, Jacques and WAELBROECK, Denis (ed.) **Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law**. Brussels: Bruylant, 2012.

ANEXO

Tabela 2. Lista de processos considerados na análise

Processo	Partes	Resultado
AC 08700.010466/2012-80	Haleakala e OESP	Aprovação sem restrições
AC 08700.003373/2013-80	Google e Vevo	Aprovação sem restrições
AC 08700.009234/2014-40	Zap, RBS e Pense Imóveis	Aprovação sem restrições
AC 08700.002864/2016-56	Webmotors e Zero Hora Editora Jornalística	Aprovação sem restrições
AC 08700.001229/2016-51	Warner Bros, Dragonfly HoldCo, e DramaFever Corp	Aprovação sem restrições
AC 08700.002792/2016-47	Bradesco, Banco do Brasil, Santander, Caixa Econômica e Itaú Unibanco	Aprovação com restrições
AC 08700.005080/2016-80	Comcast e DreamWorks	Aprovação sem restrições
AC 08700.006084/2016-85	Microsoft e LinkedIn	Aprovação sem restrições
AC 08700.006955/2017-41	Perform e WME IMG	Aprovação sem restrições
PA 08700.006964/2015-71	DCE Honestino Guimarães e Uber vs Associações de taxistas	Arquivamento
AC 08700.004431/2017-16	Itaú Unibanco e XP Investimentos	Aprovação com restrições
AC 08700.007262/2017-76	Naspers, Rocket e Delivery Hero	Aprovação sem restrições
AC 08700.005537/2018-18	LDC e Amaggi	Aprovação sem restrições
AC 08700.003710/2018-43	Nielsen do Brasil e Buscapé	Aprovação sem restrições
PA 08012.010483/2011-94	Google vs Buscapé e Bondfaro	Arquivamento
PA 08700.009082/2013-03	Google vs Buscapé e Bondfaro	Arquivamento
PA 08700.005694/2013-19	Google (CADE ex officio)	Arquivamento
AC 08700.004494/2018-53	Disney e Fox	Aprovação com restrições
AC 08700.000611/2019-91	Estrela e TruckPad	Aprovação sem restrições
AC 08700.001574/2019-38	Bayer e Bravium	Aprovação sem restrições
AC 08700.001962/2019-19	Multiplan e Delivery Center	Aprovação sem restrições
AC 08700.002377/2019-36	Magazine Luiza e NS2	Aprovação sem restrições
AC 08700.002703/2019-13	Mosaico e Buscapé	Aprovação sem restrições
AC 08700.005946/2019-03	Magazine Luiza e Estante Virtual	Aprovação sem restrições