

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE
INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA**

VICTOR GAMEIRO DRUMMOND

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direito, inovação, propriedade intelectual e concorrência [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Victor Gameiro Drummond; João Marcelo de Lima Assafim – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-611-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

O XXVII Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito - CONPEDI, ocorrido no final do primeiro semestre de 2018, em Salvador, Bahia, mesmo coincidindo com a abertura da Copa do Mundo da Rússia, e, na aurora da nova, e recém empossada, Representação da Área do Direito na CAPES, permitiu uma série de reflexões. Notadamente, além das preocupações regulatórias inerentes ao SNPG, aquelas outras, econômicas, relativas às políticas de desenvolvimento e, por que não dizer, ações anticrise.

O mês de junho do corrente ano não encerra, apenas, o primeiro semestre.

Reiterando o que dissemos antes, em outras oportunidades, mais que isso, o avanço do tempo recorda-nos do inexorável desafio de se enfrentar o dia seguinte – ou melhor, o biênio seguinte - com eventos de toda sorte, e, entre eles, alguns, que, por certo, foram não só desejados e esperados, mas, também, permitiram a realização de uma série de novos negócios. O país deve voltar a crescer. Em um passado próximo, consignei o fato de que o ano de 2016 marcara o nosso país pelo advento da realização dos Jogos Olímpicos, na cidade do Rio de Janeiro (Rio-2016). Assim como aconteceu quando da realização da Copa do Mundo de 2014, estes grandes eventos implicaram em uma relevante escala de negócios e, especialmente, no uso mais contundente da propriedade intelectual. Tais eventos – que implicam em surtos quantitativos de novos negócios - não ficaram restritos ao fenômeno midiático que, temporariamente, colocou o Brasil e o Rio de Janeiro, bem como outras cidades (como, por exemplo, Belo Horizonte, Brasília, Manaus e São Paulo – entre as 12 cidades sede da Copa do Mundo), no centro do mundo, mas, por um momento, foram capazes, sim, de provocar o incremento das oportunidades – e por quê não dizer, novos métodos de negócios. Mas, terminados ambos os marcos esportivos, pergunta-se: este ambiente propício aos negócios em torno do esporte permaneceu ou deixou algum fruto? Houve algum legado? Nessa hipótese, seriam consideradas, apenas, as incorporações imobiliárias de equipamentos e infraestrutura urbana (BRT, VLT, Metrô, Porto Olímpico, vias expressas, etc.)?

Por certo, presume-se haver algum legado cultural que transborde para o mundo dos negócios, e, por derivação, o do desenvolvimento. Pois bem, registrei, também, oportunamente, o fato de que muitos dos novos métodos de negócios realizados a partir de

grandes eventos nascem de inovações no âmbito da nova economia (ancorada na rede mundial de computadores). Tais negócios não têm sentido – do ponto de vista do plano de negócio ou business plan - sem o uso, não só estratégico, mas, sobretudo, comercial, da propriedade intelectual quando do desenvolvimento de produtos e serviços inovadores. As plataformas digitais, por certo, estão no centro da nova economia e, com efeito, aceleram o empuxo da, assim denominada, quarta revolução industrial (para alguns autores, já a quinta). A concorrência dinâmica dos mercados de inovação não pode ser ignorada pelas políticas de inovação nem pelo novo ambiente negocial. Nesse sentido, a intervenção do Estado é relevante, seja pela indução à inovação, seja pela regulação ou, mesmo, pela política de concorrência (incluindo-se, aí, não só a repressão à concorrência desleal, mas, também, a defesa da livre concorrência).

No entanto, o atual ambiente político e econômico do País traz um nevoeiro que turva a vista no horizonte. Após alguns anos, o que restou, afinal, de legado para a cultura e para a política de esportes no Brasil? Esse legado transbordou – ou tende a transbordar - para os negócios realizados a partir do investimento em pesquisa e portfólios de propriedade intelectual? A crise econômica e política teria impactado neste ambiente e poderia afetar os mercados de tecnologia e inovação? Certo é o fato de que o crescimento econômico e o desenvolvimento não cairão do céu, claro que não.

Estes questionamentos, anteriormente já suscitados, em que pesem as dificuldades no âmbito político e econômico, ressurgem, agora, no âmbito do CONPEDI, mais especificamente, no Grupo de Trabalho relativo ao Direito da Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência, cujo objetivo consiste em lançar luzes sobre a perspectiva de estabilização da economia ou, oxalá, de retomada do crescimento econômico – e respectivos reflexos desse cenário para a propriedade intelectual-.

Pois bem, se a concorrência dinâmica dos mercados de inovação não pode ser ignorada pelas políticas de inovação, nem pelo novo ambiente negocial, certo é o fato de que as disciplinas regulatórias dos vários ângulos da nova economia e da livre concorrência estão em ebulição com essas novas preocupações.

Por este motivo que a Ligue International du Droit de la Concurrence – LIDC (sediada em Paris), com o apoio da ABPI (como vetor de inserção social), em evento realizado no mês de outubro de 2017 (com publicação prevista para outubro de 2018 e lançamento em Budapeste), organizou seu Congresso Internacional no Rio de Janeiro. Pela primeira vez, um Congresso fora da Europa. Naquela oportunidade, foram discutidas duas questões acadêmicas: A) What are the major competition/anti-trust issues generated by the growth of

online sales platforms, and how should they be resolved?, e, B) “To what extent do current exclusions and limitations to copy - right strike a fair balance between the rights of owners and fair use by private individuals and others?”

Portanto, são vários os fora dedicados ao estudo da articulação entre inovação e concorrência. A ratificação da hipótese – de ebulição das discussões sobre a matéria concorrencial a partir da inovação – mostra-se cristalina quando tais eventos coincidem, também, com a criação da Comissão de Direito da Livre Concorrência da Ordem dos Advogados do Brasil, seção do Estado do Rio de Janeiro (OAB-RJ). Trata-se de um relevante esforço destes vários grupos o labor de estudar e divulgar esta matéria, tão diretamente envolvida com a competitividade (ou a falta dela) dos produtos e serviços brasileiros. Assim, é, inequivocamente, motivo de orgulho participar das iniciativas de inserção social do CONPEDI - em todos estes eventos e associações, seja como Editor, International Reporter ou Presidente de Comissão.

Esperamos que o legado desta combinação de eventos seja um ambiente fértil para novos negócios sobre propriedade intelectual.

Finalmente, em que pese a importância do debate político em ano eleitoral, fato é que, em matéria de políticas de inovação e desenvolvimento, não há mais tempo a se perder com debates superficiais, ideológicos, “dicotomias” infrutíferas e “démodés”, e, após a dissipação do nevoeiro, os brasileiros esperam, de fato, um novo tempo. Um tempo em que se trabalhe duro em uma, verdadeira, legítima e séria Política de Estado, em um efetivamente novo Projeto de Brasil, que gere empreendimentos, empregos e impostos, enfim, o tão desejado desenvolvimento.

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Prof. Dr. Victor Gameiro Drummond – UNIFG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

FAKE NEWS: UM PROBLEMA ANTITRUSTE?

FAKE NEWS: AN ANTITRUST PROBLEM?

Juliana Oliveira Domingues ¹
Breno Fraga Miranda e Silva ²

Resumo

A presente pesquisa busca analisar o fenômeno das fake news do ponto de vista concorrencial. Por meio do método exploratório e de estudo de caso buscamos analisar o mercado das empresas participantes do mercado de notícias e a aplicação dos instrumentos antitruste. Realizou-se uma revisão dos argumentos que analisam o a delimitação desse mercado, assim como o potencial reflexo do poder econômico identificado. Considerando os critérios adotados e o caso hipotético, a conclusão é firmada no sentido de ser possível a aplicação dos instrumentos do direito antitruste para enfrentar alguns problemas relacionados às fake news.

Palavras-chave: Notícias falsas, Antitruste, Restrição vertical

Abstract/Resumen/Résumé

The present research will analyze the phenomenon of fake news from an antitrust perspective. In this sense, through the exploratory method and case study, we are going to explain the market of companies from the news market and the application of antitrust instruments. We review the arguments that analyze the delimitation of this market, as well as the potential reflection of the identified economic power. Considering the adopted criteria and the hypothetical case, the conclusion is established towards the possible application of antitrust instruments to some problems related to fake news

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fake news, Antitrust, Vertical restraints

¹ Professora Doutora de Direito Econômico da Universidade de São Paulo (FDRP/USP).

² Mestrando em direito pela Universidade de São Paulo (FDRP/USP)

INTRODUÇÃO

As *fake news* não são uma novidade e nem atuam exclusivamente no ambiente virtual. Historicamente, há o costume de consumir notícias, seja por jornal ou revista, que não condizem exatamente com a verdade dos fatos, como é o exemplo dos famosos tabloides ingleses¹ e das revistas de curiosidades no Brasil². O fato é que, por estarem diretamente vinculadas aos altos níveis de engajamento nas redes sociais e exercerem influência direta nas eleições ao redor do mundo, as *fake news* estão ganhando cada vez mais atenção dos órgãos de regulação e das próprias empresas que têm as mídias sociais como ativos econômicos. Vale lembrar que em períodos eleitorais a situação se agrava e as *fake news* passam a ser prejudiciais à construção do processo democrático eleitoral, e também um verdadeiro desserviço para a produção e disseminação de informações entre a população.

Na mesma medida em que as redes sociais têm o mérito de proporcionar um espaço de debate e interação entre as pessoas - o qual vem se tornando um instrumento importante de fomento à discussão política - aquelas também se tornaram um ambiente fértil para a disseminação de informações falsas. Com isso, as velhas estratégias políticas de difamação e manipulação de debates públicos estão ganhando corpo nas redes sociais, ambientes com maior presença de dados pessoais dos consumidores do que qualquer jornal, televisão ou revista poderia imaginar ter. O uso desses dados vem se mostrando problemático, quando oferecido enquanto subsídio para marketing político, atuação de robôs ou para a criação de notícias falsas.

Neste sentido, a presente pesquisa busca analisar este fenômeno por meio dos instrumentos do antitruste. Nesse sentido, avaliaremos como antitruste, enquanto meio de regulação do poder econômico pelo Estado, pode mitigar os efeitos das *fake news*. Partimos da premissa de que as *fake news* tem o potencial de prejudicar a concorrência. É nesse contexto que questionamos se as características do mercado são suficientes a autorizar a submissão das questões que emergem aos instrumentos regulatórios do antitruste.

Para que esta análise pudesse ser desenvolvida, buscou-se investigar os aspectos teóricos relativos ao combate ao abuso do poder econômico, o posicionamento doutrinário atual a respeito do tratamento das *fake news* pela prática concorrencial e, por fim, a análise sobre

¹ Como por exemplo os jornais *The Daily Express* e o *The Sun*, que se apresentam como jornais de *News, sport, celebrities and gossip*.

² Podem ser assim classificados a “Revista Tititi”, Revista “Gente”, e os sites “O Fuxico” e “Ego”.

eventual poder de mercado refletido pelas *fake news*, para sugerir como a autoridade antitruste pode responder a este problema.

2. FAKE NEWS: UM CONCEITO CONTEMPORÂNEO PARA UMA FENÔMENO ANTERIOR À ERA DIGITAL

Há inúmeras definições utilizadas para classificar e enquadrar as *fake news* em contextos acadêmicos e regulatórios, o que demonstra a dificuldade em conceituar claramente o que o termo significa. Para fins desta pesquisa, e para verificar a possibilidade de aplicação do instrumental antitruste ao tema, partimos dos conceitos trazidos por Hubbard (2017, p.1) que conceitua as *fake news* enquanto “uma história criada de forma simples que objetiva o lucro e a propaganda, sem utilizar jornalistas treinados, conduzir uma investigação ou incorrer em grandes custos para publicação”³. Ao conceito incluiríamos às características destas notícias a presença da falsidade do seu conteúdo e o compartilhamento de modo *viral* no ambiente das plataformas digitais.

Esta conceituação é aplicável na medida em que o sensacionalismo (muitas vezes presente neste tipo de notícia) evoca emoções diversas, como ódio, surpresa ou repugnância, que passam a ser mais chamativas do que aquelas provocadas pelas notícias comuns, que têm a tendência de ser mais previsíveis, sobre questões rotineiras e normalmente trazidas com mais sobriedade, isto é, sem gerar grandes picos de emoção.

Os critérios que versam sobre a utilização ou não de jornalistas treinados, de sistemas de checagem de fatos e do custeio de produção, apresentados por Hubbard (2017, p.1) devem ser igualmente levados em consideração. Conforme argumentos apresentados por Hubbard (2017, p.4) os custos de produção nos quais as empresas que atuam neste setor incorrem estão ligados diretamente às características relacionadas à manutenção do poder econômico e às práticas discriminatórias no mercado de informação.

Outros conceitos de *fake news* relevantes para a presente análise são aqueles constantes nas iniciativas legislativas no Brasil. Inicialmente, deve ser citado o Projeto de Lei de nº 473 de 2017, atualmente em estágio de tramitação junto à Comissão de Constituição e Justiça do Senado. Referido projeto busca tipificar a prática como crime e a classifica como “divulgação

³ Texto traduzido do original: “[...] fake news means stories that are simply made up for profit or propaganda without using trained journalists, conducting research or expending resources”.

de notícia que sabe ser falsa e que possa distorcer, alterar ou corromper a verdade sobre informações relacionadas à saúde, segurança pública, à economia nacional e ao processo eleitoral”.

Na Câmara dos Deputados existem outras três iniciativas no mesmo sentido de punir a divulgação de informação falsa, prevendo, entre outras coisas, multa de até 50 milhões de reais para a empresa de internet, proprietária da rede social que não excluir postagens que eventualmente divulguem “informações falsas ou prejudicialmente incompletas”⁴ em detrimento de pessoas físicas, conforme explicita o Projeto de Lei nº 6812 de 2017.

Como se observa, os conceitos trazidos pelas iniciativas legislativas brasileiras, bem como as soluções por elas propostas, trazem grande discricionariedade ao aplicador da lei. Neste sentido, há um risco que merece ser apontado: ao invés de contribuir para o melhor tratamento do tema, os projetos indicam intenções veladas que potencializam a violação ao exercício da liberdade de expressão garantida pela nossa Constituição Federal.

Cumprir observar que o próprio Marco Civil da Internet (especialmente em seu artigo 19) e a Constituição Federal (no seu artigo 5º, inciso IV, ao vedar o anonimato) já possuem disposições que permitem a identificação da procedência de muitos conteúdos tidos por “anônimos” ou considerados como *fake news*.

Diante deste cenário, parece evidente que as iniciativas legislativas, além de darem espaço excessivo para a discricionariedade, podem se tornar inócuas diante da velocidade e globalização da prática de divulgação de *fake news*. Vale dizer que algumas pesquisas indicam que muitas dessas práticas ocorrem por meio de domínios e empresas registrados em outros países⁵.

Se há excessos provenientes do exercício do poder econômico o Estado poderia utilizar o ferramental antitruste para mitigar os efeitos das *fake news*? O tema tem sido mais debatido do ponto de vista privado e eleitoral, mas aqui propomos observar este fenômeno numa perspectiva diferente, por meio do instrumental antitruste, considerando o mercado de notícias nas plataformas digitais, nas ferramentas de buscas e nas redes sociais.

⁴ BRASIL. Projeto de Lei de nº 6812 de 2017. Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

⁵ Em janeiro de 2017, a Associação dos Especialistas em Políticas Públicas do Estado de São Paulo divulgou estudo realizado para mapear os maiores sítios de divulgação de notícias falsas e observou que a maioria dos sites propagadores do que se considera *fake news* tinha como característica o registro com domínios .com ou .org, o que, sob nossa ótica, dificulta a responsabilização perante o ordenamento jurídico brasileiro. Atualmente a pesquisa se encontra suprimida para revisão das suas conclusões. Mais informações disponíveis por meio do link: <<https://www.facebook.com/aepssp/posts/988109141333391>>. Acesso em: 05 de Abril de 2018.

3 QUEM ESTÁ POR TRAZ DAS *FAKE NEWS*? UMA ANÁLISE À LUZ DO PODER ECONÔMICO E DA DEMOCRACIA

O tema é bastante sensível quando avaliamos quem - ou “o que” - está por traz das *fake news*. Em um mundo digital, onde a inteligência artificial passa a ser realidade, nem sempre é trivial identificar os comandos. Dessa forma, já existe consciência de que por meio da interferência nos debates ocorridos nas redes sociais, os robôs influenciam diretamente os processos políticos e democráticos e, conseqüentemente, a opinião pública.

Conforme Davis et al. (2016, p.1) a ação dos robôs pode:

[...] produzir uma opinião artificial, ou dimensão irreal de determinada opinião ou figura pública, ao compartilhar versões de determinado tema, que se espalham na rede como se houvesse, dentre a parcela da sociedade ali representada, uma opinião muito forte sobre determinado assunto. (tradução livre)⁶

A interferência mencionada acima poderia influenciar usuários que não estão decididos sobre um determinado tema, ou não tem opinião formada. Como exemplo, destaca-se a pesquisa da FGV/DAPP (2017, p.17) a qual demonstra que:

[...] a disputa pela Presidência da República nas eleições de 2014 foi caracterizada por um acirramento político crescente [...] Nas redes sociais, a polarização se manifestou de forma agressiva, e parte dessa hostilidade foi provocada por robôs, que chegaram a motivar cerca de 11% das discussões.”

O mesmo fenômeno pode ser identificado na época do impeachment da ex-Presidente Dilma Rousseff, em 2015: no dia da maior manifestação registrada a favor do impeachment, ficou demonstrado que “[...] pelo menos 10% das interações sobre o assunto foram impulsionadas por robôs” (FGV/DAPP, 2017, p. 20).

Diante destes fatos, passa a ser importante avaliar como o poder econômico emerge como um dos instrumentos mais efetivos de controle da sociedade e dos consumidores. Ainda que imperceptível para muito, vislumbra-se um efeito dominó: i. o processo de concentração econômica pode originar posição dominante nos mercados; ii. os agentes econômicos com

⁶ Tradução livre do texto: “Bots can also hinder the advancement of public policy by creating the impression of a grassroots movement of contrarians, or contribute to the strong polarization of political discussion observed in social media. They can alter the perception of social media influence, artificially enlarging the audience of some people.”

poder econômico (decorrente de posição dominante nos mercados) têm o potencial de influenciar o Estado por meio de seus atos administrativos, políticos e instrumentos de regulação, ii. a capacidade de influência tem o potencial de afetar as liberdades individuais.

É dentro deste espectro que analisamos os efeitos das *fake news* para a democracia. A democracia pressupõe a existência de uma concorrência sadia. Conforme Ana Frazão (2017, p. 1):

Desde o século XIX observa-se que o poder econômico, em suas diversas manifestações, encontrou várias frentes para colonizar o Estado, subvertendo ou instrumentalizando em seu favor instituições aprioristicamente democráticas

Mas será que o instrumental antitruste seria adequado para efetuar o controle do poder econômico nesses casos? E mais: o poder econômico é um ilícito *per se*?

O poderio econômico legitimamente auferido não é vedado pela legislação pátria. [...] não pode padecer de mau uso ou abuso, sob pena de contrariar os princípios corolários da ordem econômica, notadamente a relação entre os princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência [...] a regra de repressão ao abuso do poder econômico, em síntese, não vincula mais que o mandamento de 'é proibido' abusar ou mal utilizar uma posição de vantagem competitiva em um dado mercado [...] Assim é que para condição de permissividade à detenção de poder econômico legitimamente adquirido, estipulada na doutrina, é imprescindível a ponderação acerca do exercício de referido poder enquanto abuso. [...] Na forma da Constituição, a lei fixa hipóteses de incidência normativa decodificando e tornando aplicável a regra da repressão ao abuso do poder econômico, apontando como abuso ações que se subsumam às hipóteses do art. 36 e incisos da NLAB (Nova Lei Antitruste Brasileira). (Domingues; Gaban, 2012, p. 81, versão digital)

Desta forma, é possível observar que a legislação brasileira não veda o poder econômico. Nossa legislação antitruste se preocupa com a intenção e com os efeitos nocivos originados da prática abusiva (vide art. 36 da LDC).

A doutrina possui diversos autores de peso que enfrentam essa questão. Nesse contexto, há uma clara divisão entre os argumentos. Hovenkamp (2017) e Orbach, B. e Rebling, G (2012), que assumem uma visão claramente favorável à Escola de Chicago e à orientação de Bork, na medida em que sustentam que a análise antitruste: i. deve ser baseada em critérios econômicos objetivos e mensuráveis, ii. deve ter seu foco no bem-estar do consumidor e no combate às práticas anticompetitivas, iii. não deve se basear apenas no tamanho das empresas (i.e. o tamanho das empresas não necessariamente seria um problema por si só (HOVENKAMP, 2017, p. 2).

De outro lado, Bogus destaca a necessidade de um novo paradigma antitruste, o qual pudesse ser acrescido ao estudo das eficiências de mercado e da manutenção do bem estar do consumidor, considerando as consequências econômicas e os efeitos sócio-políticos advindos do exercício do poder econômico consolidado (BOGUS, 2015, p. 113-114), apresentando uma narrativa que visa combater o gigantismo das empresas e defender que as fusões - e o aumento da produção econômica - não necessariamente são positivas para a economia e para a sociedade.

Hovenkamp entende que o bem-estar do consumidor é o “único parâmetro capaz de uma razoável implementação” do antitruste (2017 p. 2) e apresenta o debate sobre a divisão dos objetivos do antitruste entre “bem-estar geral” e “bem-estar do consumidor”. Sobre esta última abordagem, Hovenkamp justifica a aplicação da abordagem exclusivamente favorável ao consumidor sob três argumentos: história legislativa, princípios e preocupações administrativas. Em adição, discute o modelo de “*welfare tradeoff*” proposto por *Oliver Williamson* para fortalecer a aplicação da análise antitruste favorável ao bem-estar do consumidor (2017 p. 2). O objetivo principal do autor é sustentar que o único caminho a ser perseguido pelo antitruste é encorajar a maximização da produtividade e da eficiência do mercado, ao invés de prejudicar as empresas que trazem preços baixos e produtos de qualidade ao consumidor. Para Hovenkamp (2017, p. 5-6), o antitruste:

[...] não deveria condenar as práticas que eventualmente reduzam os preços e custos de uma empresa – ou aumentem a qualidade dos seus produtos - em prejuízo dos seus rivais, fornecedores ou até empregados, a não ser que estas práticas signifiquem a criação de um monopólio (tradução livre)⁷

Neste sentido, é necessário recuperar a discussão trazida por Pitofsky cuja visão é ampliada sobre a abrangência do antitruste ao se posicionar pela necessidade de “reconhecer que os critérios não-econômicos e políticos devem ser assimilados pelo instrumental antitruste como passíveis de aplicação” (PITOFSKY, 1979, p. 20-21).

Orbach (2012, p. 2-3), de forma complementar, busca desfazer o que denominou como “fantasmas da anti-grandeza” das empresas na aplicação das leis concorrenciais. Dividindo a sua descrição entre “tamanho absoluto” – onde se deve considerar o aspecto econômico da empresa sem comparação com seus rivais - e “tamanho relativo” – onde seria necessário assumir as especificidades relativas às análises metodológicas sobre o *market share* para

⁷ No original: “Finally, the one class of people that would clearly be injured by a policy of advocating lower output on distributional grounds is consumers. They would pay higher prices. Other losers include employees whose jobs would disappear in a lower output market; creditors, landowners, tax authorities, distributors and retailers, all of whom face reduced business when output goes down. In sum, it seems unlikely that a policy of condemning firms who charge lower prices or produce higher quality goods would yield a distribution of wealth any more desirable than a policy of maintaining high output by condemning anticompetitive restraints.”

deduzir o tamanho das empresas – o autor busca defender que há uma confusão entre as noções de tamanho das empresas com os eventuais prejuízos experimentados pelos pequenos produtores que seriam seus concorrentes.

Para fortalecer o seu entendimento, Orbach (2012, p. 5-10) traça o ideário do antitruste desde o seu nascimento no século XIX nos EUA, debate o entendimento originado pelos *Justices Louis Brandeis* e *William Douglas* (os quais entendem que o aumento do tamanho das empresas deveria ser combatido) aos quais atribui à influência dos entendimentos jurisprudenciais ao crescente receio de conviver com corporações gigantes.

Dando sequência, Orbach busca mostrar como se deu a ascensão do entendimento pela relativização do tamanho das empresas, apresentando o modelo de *Cournot* (pelo qual os produtos seriam homogêneos e as empresas competiriam em quantidade e escolheriam as quantidades simultaneamente, sendo o preço inversamente relacionado ao número de empresas no mercado, o que incentivaria as empresas a praticar colusão, reduzir quantidade e aumentar preços)⁸ e apresentando a teoria do tamanho relativo como principal instrumento usado para detectar a utilização de poder monopolista.

Assim, surgem dois principais aspectos de análise: [i] identificação da imposição unilateral da vontade da empresa ao mercado; [ii] efeitos dos tamanhos das empresas rivais para a concorrência naquele mercado. Orbach (2012, p. 31) compreende que o ‘Lerner Index’⁹ seria um método econômico apropriado para definir os graus de monopólio e grande influenciador,

⁸ “Se as empresas competem, sobretudo em preços, [...] os modelos baseados na Concorrência de Cournot podem ser mais apropriados se a concorrência se dá na capacidade. Ao longo dos anos os economistas desenvolveram literalmente centenas de variações destas formas de concorrência, mas os resultados dependem das premissas adotadas. Dessa forma, estes modelos teóricos precisam ser tratados com cuidado, muito mais como “guias”, isto é, como parte do quadro de análise que compreende dados econômicos e teoria, sem dissociar da realidade mercadológica” (DOMINGUES; GABAN, 2012, p. 45, versão digital). “[...] o modelo de Cournot de oligopólio assume que as empresas rivais produzem um produto homogêneo e cada um tenta maximizar os lucros, escolhendo quanto produzir.[...] O pressuposto básico de Cournot é que cada empresa escolhe a sua quantidade, tomando como dada a quantidade de seus rivais. O equilíbrio resultante é um equilíbrio de Nash em quantidades, chamado de equilíbrio de Cournot (Nash). [...] pode ser demonstrado que o preço não será, na maioria dos casos, igual aos custos marginais e a eficiência de Pareto não é alcançada. Além disso, o grau em que o preço de cada empresa excede o custo marginal é diretamente proporcional à quota de mercado da empresa e inversamente proporcional à elasticidade da demanda do mercado. Se o oligopólio é simétrico, ou seja, todas as empresas têm produtos e condições de custo idênticos, então o grau a que o preço excede o custo marginal é inversamente proporcional ao número de empresas. Assim, como o número de empresas aumenta, o equilíbrio se aproxima do que seria uma concorrência perfeita” (ICN, 2013, p.55 APUD DOMINGUES; GABAN, 2016, p. 291)

⁹ O Lerner Index é um modelo econômico que descreve o poder de mercado de uma empresa. O cálculo é realizado através da subtração entre o preço do produto no mercado e o custo marginal deste mesmo produto, cujo resultado é dividido novamente pelo preço do produto no mercado, para que se possa chegar ao indicador econômico ($(Preço - custo\ marginal)/Preço$)

juntamente ao método de *Cournot*, do desenvolvimento da análise “estrutura-conduta-desempenho”¹⁰.

Para ilustrar o que o autor chama de “medo do tamanho”, Orbach traz a análise de três argumentos¹¹ sobre os quais entende que há evidente busca da regulação do tamanho da empresa. Orbach mantém seu argumento de que a teoria do tamanho das empresas não é factível e que o tamanho das empresas não deve, por si só, ser uma preocupação para a análise antitruste, em que pese a manutenção da narrativa anti-grandeza ganhar adeptos no decorrer da construção doutrinária do antitruste (ORBACH, 2015, p. 51).

Bogus (2015, p. 4-6) assume que o senso comum entende que a análise antitruste não deveria abranger aspectos sociais e não-econômicos, pois estes assuntos não seriam suscetíveis de uma análise objetiva. Entretanto, o autor busca criticar o pensamento predominante da Escola de Chicago. Neste sentido, traz argumentos para afirmar que o antitruste teria dois vieses, um econômico, que se ocuparia de cálculos de preços e aplicação de modelos matemáticos, e outro político, que se ocuparia dos efeitos políticos e sociais do poder consolidado (BOGUS, 2015, p 4-5).

Ao examinar as preocupações com o poder econômico, Bogus observa algumas indústrias. Desse modo, cita o mercado de químicos (Monsanto); de internet (*Google* e a *Amazon*), dentre outros, buscando retomar a metodologia proposta pelo *Justice Brandeis*¹² compreendendo que, se houver permissão para as empresas se tornarem muito grandes, elas não seriam mais *too big to fail* mas sim “*too powerful to regulate*” (BOGUS, 2015, p. 114). Por fim, o autor discute as conseqüências do gigantismo corporativo e propõe um novo paradigma antitruste que considere os efeitos do poder econômico consolidado.

Vale dizer que Bogus entende que o fenômeno do gigantismo é camuflado na revenda ao consumidor final o que ele denomina como “capitalismo de deslocalização”, com efeitos prejudiciais para as economias regionais (BOGUS, 2015, p. 20). O prejuízo decorre da venda das empresas locais para as grandes corporações, perdendo tanto no que diz respeito à sua cultura empreendedora quanto na atividade econômica, uma vez que as aquisições, em geral, presumem uma centralização geográfica da administração do negócio e aprimoramento na

¹⁰ “Os modelos de Estrutura, Conduta e Desempenho demonstram que a elevação das barreiras à entrada e a redução do número de vendedores facilitam a coordenação entre firmas, elevando a probabilidade de que os preços praticados no interior do mercado analisado sejam maiores que os do custo médio marginal a longo prazo” (DOMINGUES; GABAN, 2012, p. 45, versão digital).

¹¹ Trata-se dos argumentos sobre *monopoly broth; essential facilities e leverage theories*.

¹² Louis Brandeis foi um advogado relevante no final do século XIX nos EUA, expoente da crítica contra o crescimento da concentração industrial durante os debates sobre a promulgação do *Sherman Act*. Em Janeiro de 1916 foi nomeado como *Justice* na *Supreme Court* dos EUA, onde se manteve até 1939.

gestão do trabalho dos empregados, objetivando o aumento da produtividade (BOGUS, 2015, p. 65).

Há ainda um contraponto de Shapiro, o qual demonstra preocupação ao relacionar o populismo político aos instrumentos antitruste, afirmando que:

Os sentimentos populistas de hoje se colocam como uma ameaça e uma oportunidade para o antitruste. O perigo de aplicar os instrumentos antitruste de forma efetiva é que hoje em dia o sentimento populista está dando combustível para a mentalidade de que ‘grande é ruim’, originando políticas que diminuirão a velocidade do crescimento econômico e prejudicarão os consumidores. (SHAPIRO, 2017, p.29) (tradução nossa)¹³

A discussão permanece e são válidos os entendimentos sobre a premência de um novo paradigma para a análise antitruste que possa assumir a necessidade de abranger aspectos não-econômicos, reconhecendo que há outros pontos a serem analisados além da produção, do consumo e da eficiência. Contudo, nem tudo pode ser considerado como um problema antitruste. A nossa legislação é clara ao definir as condutas anticompetitivas e como elas devem ser tratadas, por meio do Art. 36 (caput) e incisos da Lei 12.529 de 2011.

Reside aí as dúvidas pertinentes sobre a possibilidade de utilizar o instrumental antitruste ao fenômeno das *fake news*. Assim, passaremos à discussão que avalia se as *fake news* podem ser enquadradas como um problema concorrencial (i.e. passível de regulação pela autoridade antitruste) diante de potencial – ou efetivo – exercício abusivo de poder econômico que possa afetar não apenas o bem-estar social, mas todo o processo democrático.

4. FAKE NEWS: UM FÊNOMENO DESREGULADO?

Delimitado o problema envolto nas publicações das *fake news*, passamos a discorrer sobre os principais debates travados sobre o assunto vinculados à aplicação do instrumental regulatório antitruste.

Inicialmente, apresentamos os argumentos de Grunes no sentido de haver uma preocupação com o poder de mercado, o qual não estaria necessariamente vinculado ao preço:

Poder de mercado aqui (na discussão sobre *fake news*) não tem relação com o preço. Tem relação com efeitos não precificáveis. Economistas e agências antitruste reconhecem que o poder de mercado pode ser manifestado em

¹³ Tradução livre da afirmação “Today’s populist sentiments pose a threat as well as an opportunity for antitrust. The danger to effective antitrust enforcement is that today’s populist sentiments are fueling a “big is bad” mentality, leading to policies that will slow economic growth and harm consumers. The rest of this article is devoted to identifying this threat and discussing how such an error can be avoided”

termos diferentes de preço e as condições afetam os consumidores de maneiras adversas, incluindo redução de qualidade do produto, redução de variedade, redução de serviço ou diminuição de inovação. [...] Neste sentido as *fake news* poderiam ser pensadas como notícias com qualidade ‘zero’ ou até negativa. [...] Neste caso há uma dimensão concorrencial, na medida em que a pressão competitiva atua perante as organizações tradicionais de mídia. [...] Se uma organização tradicional de mídia passar a publicar deliberadamente *fake news* haveria um substancial dano à sua imagem, o que poderia resultar em uma perda financeira. (GRUNES, 2017, p. 6-8) (tradução nossa)¹⁴

Grunes entende que, no caso das *fake news*, tecnicamente, “[...] a empresa de mídia social teria a capacidade de reduzir a qualidade abaixo do nível competitivo sem perder tantas vendas, uma vez que sua conduta [a notícia falsa] não é lucrativa” (GRUNES, 2017, p. 8) (tradução nossa). Portanto, o autor não enxerga as *fake news* como um problema atual a ser resolvido pelo antitruste, mas sim como uma preocupação em potencial, e que, por isso, deve ser acompanhada com atenção (GRUNES, 2017, p. 8).

Nesta linha de raciocínio, apresentam-se os argumentos de Hubbard (2017, p. 1-2). A autora indica preocupações no que diz respeito ao impacto das *fake news* no fluxo de informação e da falta de concorrência no ambiente das plataformas digitais. Entretanto, de forma mais assertiva, a autora defende que as “fake news” resultam em um problema a ser enfrentado pelo direito antitruste:

[...] *fake news* é um problema antitruste pois *Facebook* e *Google* não são meros agregadores de notícias, mas sim concorrentes dos mecanismos tradicionais de imprensa, competindo por publicidade, atenção do usuário e informação pessoal dos consumidores. [...] Os incentivos dos seus negócios digitais iriam de encontro com os interesses das empresas de mídia tradicional e a elevação do patamar tecnológico prejudicaria o modelo de negócio destas empresas, criando vantagens ao *Facebook* e *Google*. [...] Em razão da falta de concorrência, os fornecedores de *fake news* trabalham aperfeiçoando seus algoritmos e têm crescente impacto no fluxo de informação. As duas empresas podem ajustar seus algoritmos para servir aos seus interesses financeiros [de aumento de engajamento] ao invés de reduzir seus lucros e combater as *fake news*. Sem chance de trocar de rede social e com pouco poder de barganha, consumidores, empresas que precisam de publicidade e criadores de conteúdo têm capacidade limitada de levar seus negócios para outro lugar” (HUBBARD, 2017, p. 6) (tradução nossa)¹⁵

¹⁴ Tradução livre da afirmação “Market power here is not about price. It is about non-price effects. Economists and antitrust agencies recognize that market power can be manifested in non-price terms and conditions that adversely affect customers, including reduced product quality, reduced product variety, reduced service, or diminished innovation [...] *fake news* can be thought of as news with zero – or even negative – quality. [...] If a major news organization repeatedly published deliberately false news reports or unverified rumors, there would be significant reputational damage which likely would also result in financial loss.”

¹⁵ Tradução livre da afirmação “To sum up, *fake news* is an antitrust problem because *Facebook* and *Google* are not just aggregators of news but also competitors to publishers, competing for ad dollars, user attention and data.

Desta forma, há uma grande preocupação diante da disseminação das *fake news* considerando as práticas de discriminação realizadas pelas principais redes sociais e plataformas de busca do mundo. Apesar da utilização de ferramentas do antitruste ser bem recebida e, de fato, ter o potencial de mitigar os efeitos deletérios de um mercado altamente concentrado, como é o mercado envolvido pelas redes sociais, por outro lado, os argumentos “pró” regulação das *fake news* pelo antitruste têm bases conceituais frágeis. Um exemplo da fragilidade reside em como definir os mercados relevantes nos casos analisados.

Trazendo um contraponto aos argumentos acima, é necessário apresentar o posicionamento de Sacher e Yun, para os quais as *fake news* não seriam um problema antitruste. Os autores entendem que o direito antitruste deve se preocupar, exclusivamente, com a proteção do processo competitivo.

[...] não está claro que as *fake news* têm um impacto negativo sobre as companhias tradicionais de mídia, inclusive em termos de tráfego de informação e visitas aos sites ou sobre a possibilidade de monetizar esse tráfego de visitas.[...] Para todos os efeitos, caso o *Facebook* esteja renegando as obrigações contratuais ou fazendo falsas declarações aos editores, estes assuntos seriam objeto de leis que versem sobre proteção do consumidor ou que prezem pelo *enforcement* dos contratos, não sendo matéria para o antitruste [...] Em segundo lugar, ver as alegações em um padrão de monopolização e estrutura de domínio levanta questões sobre se o *Facebook* tem uma posição dominante em um mercado antitruste bem definido; se tem a capacidade - ou incentivo - de realmente excluir os principais sites de notícias[...] Finalmente, a identificação de notícias falsas é extremamente difícil e potencialmente sujeita a abusos, com um possível efeito inibidor sobre a liberdade de expressão[...]" (SACHER; YUN, 2017, p. 8) (tradução nossa)¹⁶

Their business incentives run counter to the interests of legitimate media companies, and they pull technological levers that harm media companies' business models and advantage their own. To provide counter speech to fake news, legitimate news companies must be strong and well-financed. Because they lack meaningful competition, Facebook and Google – and the fake news purveyors who game their algorithms – have an outsized impact on the flow of information. The two firms can tailor their algorithms to serve their financial interests, rather than making profit-reducing changes to combat fake news. Without choice and lacking bargaining power, consumers, advertisers and content creators who want legitimate news prioritized instead of fake news have limited ability to take their business elsewhere. The current situation is not sustainable, and either a non-discrimination regulatory regime or stronger antitrust enforcement is inevitable. Measures that do not alter market structure or provide competitive pressure to combat fake news will face limits.”

¹⁶ Tradução livre da afirmação “it is not clear that fake news has had a negative impact on actual news publishers, either in terms of traffic or the ability of publishers to monetize that traffic. To the extent Facebook is reneging on contractual obligations or engaging in misrepresentations to publishers, these are matters for contract or consumer protection law, not antitrust. Second, viewing the allegations in a standard monopolization and dominance framework raises questions regarding whether Facebook has a dominant position in a well-defined antitrust market; whether it has the ability — or incentive — to actually foreclosure mainstream news sites; and whether there is any causal link between Facebook's in-app browser and the decline of traditional news. Finally, identifying fake news is extremely difficult and potentially subject to abuse, with a possibly chilling effect on free speech.”

Sobre os últimos argumentos colocados, é necessário reconhecê-los enquanto posição contrária aos primeiros e assumir as fraquezas expostas na aplicação da teoria concorrencial para controlar os efeitos das *fake news*. É necessário levar em consideração o posicionamento de Sacher e Yun e reconhecer que o instrumental antitruste atual não possibilita uma regulação que possa evitar as influências negativas advindas do exercício de poder de mercado das grandes empresas, quando se trata de *fake news*. Apesar dos problemas que foram apontados como originados das *fake news*, uma discussão necessária reside especificamente nos fundamentos da política antitruste e em seus objetivos. Ou seja, foi para essa finalidade que o antitruste foi criado?

As *fake news* são extremamente prejudiciais à construção democrática dos países, estão claramente vedadas tanto pelo Marco Civil da Internet quanto pela Constituição Federal (que veda o anonimato) e vêm prejudicando economicamente os produtores formais de informação, nomeadamente as empresas de mídia tradicional. Em adição, são relativamente fáceis de identificação pelos algoritmos das redes sociais, que só não o fazem pois têm interesse econômico direto no engajamento social que estas notícias geram, como inclusive está demonstrado no site da empresa ao apresentar seu *feed* de notícias - lista atualizada regularmente que mostra as histórias de amigos, páginas e outras conexões, como um produto oferecido pela empresa, uma vez que aumentam o número de interações ocorridas dentro da rede social, e conseqüentemente, o lucro das suas empresas detentoras. Entretanto, todos esses elementos não parecem ser suficientes para enquadrar a regulação das *fake news* no arcabouço antitruste.

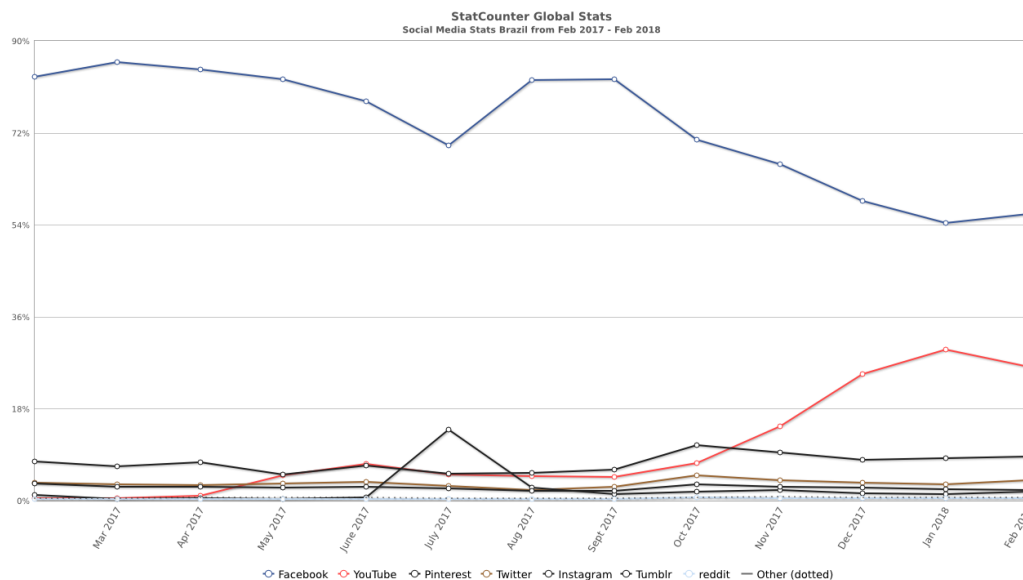
5 O CASO FACEBOOK

Buscando contribuir para o debate colocado, e aperfeiçoar a discussão sobre a aplicação dos instrumentos antitruste no combate às *fake news*, será analisado o *Facebook*, por ser a maior rede social e com maior proeminência nos problemas relacionados à veiculação de notícias falsas, estando, inclusive, envolvida em denúncias de utilização indevida de dados dos usuários para fins políticos¹⁷. Desta forma, será assumida uma definição do mercado relevante atinente à discussão, bem como serão apontadas as práticas em torno das *fake news* que apresentam potenciais prejuízos concorrenciais e que podem ser reguladas pelo antitruste.

¹⁷ Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/entenda-o-escandalo-do-uso-de-dados-do-facebook.shtml>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

5.1 Mercado Relevante

Diante dos gráficos abaixo apresentados, é possível observar que o *Facebook* é seguramente a rede social mais utilizada pelas pessoas no Brasil, responsável por cerca de 55% do tráfego de usuários no mercado de redes sociais no Brasil no ano de 2017.



Fonte: <http://gs.statcounter.com/>

O dado sobre o tráfego dos usuários-consumidores, adicionado ao fato de que o *Facebook* é responsável, atualmente, por 41,7% do faturamento total originado por propaganda online em *displays* (desktop, laptop e celulares) nos traz a certeza de que estamos lidando com um gigante da era digital, que está em clara expansão, como é possível deduzir do quadro abaixo:

Net US Digital Display Ad Revenues, by Company, 2016-2019
billions, % change and % of total

	2016	2017	2018	2019
Facebook	\$12.37	\$16.33	\$20.21	\$23.89
—% change	54.1%	32.1%	23.7%	18.3%
—% of total	35.4%	39.1%	41.7%	43.7%
Google	\$4.83	\$5.24	\$5.94	\$6.72
—% change	14.8%	8.4%	13.5%	13.0%
—% of total	13.8%	12.5%	12.3%	12.3%
Twitter	\$1.36	\$1.30	\$1.30	\$1.32
—% change	6.4%	-4.7%	0.6%	1.1%
—% of total	3.9%	3.1%	2.7%	2.4%
Yahoo	\$1.26	\$1.29	\$1.30	\$1.31
—% change	-0.5%	2.0%	1.0%	1.0%
—% of total	3.6%	3.1%	2.7%	2.4%
Verizon (AOL and Millennial Media)	\$1.06	\$1.11	\$1.16	\$1.20
—% change	6.0%	5.0%	4.4%	3.9%
—% of total	3.0%	2.7%	2.4%	2.2%
Amazon	\$0.84	\$1.10	\$1.43	\$1.80
—% change	58.0%	32.0%	29.2%	26.3%
—% of total	2.4%	2.6%	2.9%	3.3%
Snapchat	\$0.30	\$0.77	\$1.28	\$2.20
—% change	441.8%	157.8%	65.7%	72.7%
—% of total	0.9%	1.8%	2.6%	4.0%
Microsoft (LinkedIn)	\$0.46	\$0.51	\$0.56	\$0.63
—% change	-	10.3%	11.2%	11.1%
—% of total	1.3%	1.2%	1.2%	1.1%
IAC	\$0.06	\$0.07	\$0.08	\$0.09
—% change	16.8%	12.3%	12.0%	10.0%
—% of total	0.2%	0.2%	0.2%	0.2%
Total digital display ad spending	\$34.90	\$41.74	\$48.42	\$54.68

Note: includes advertising that appears on desktop and laptop computers as well as mobile phones, tablets and other internet-connected devices; net ad revenues after companies pay traffic acquisition costs (TAC) to partner sites; includes banner ads and other (static display ads such as Facebook's News Feed Ads and Twitter's Promoted Tweets), rich media, sponsorships and video (including advertising that appears before, during or after digital video content in a video player)
Source: company reports; eMarketer, March 2017

223931 www.eMarketer.com

Fonte: www.emarketer.com

Portanto, o mercado relevante da presente análise poderia ser definido como o serviço de publicidade e propaganda online dentro do ambiente do *Facebook*. Ou seja, diferentemente do que argumenta Hubbard, o *Facebook* não seria somente um concorrente da mídia tradicional, competindo por publicidade, mas sim seria uma nova ferramenta de propagação de publicidade que as próprias mídias tradicionais (jornais, revistas e portais de informação) se veem obrigadas a utilizar para obter a atenção do usuário, perfazendo uma integração vertical, realizada por meio de contrato e exposta a uma visível prática restritiva¹⁸.

Desta forma, a quantidade dos dados pessoais capturados pela empresa significaria uma verdadeira *essential facility*¹⁹ para as demais empresas anunciantes, na medida em que estas

¹⁸ O mercado relevante a ser analisado deve ser definido enquanto as suas duas dimensões, geográfica e de produto ou serviço. No que diz respeito à dimensão geográfica, para fins da nossa análise atribuiremos a dimensão nacional do Brasil, enquanto limite geográfico, tendo em vista as limitações apresentadas pela restrição oferecida pela língua portuguesa, bem como aquelas oferecidas pelos registros de domínio e hospedagem do *Facebook*, os quais fazem com que os brasileiros acessem o *Facebook* sob domínio brasileiro e não de outro país ou língua. No que diz respeito à dimensão de produto ou serviço, atribuímos a esta uma maior dificuldade de caracterização, mas enquanto serviço considerado pelo consumidor, substituível devido a suas características, preços e utilização, é possível atribuir ao *Facebook* o serviço de publicidade específica para cada usuário, na medida em que a possibilidade de substituição, ainda que ínfima, se apresenta tanto através da possibilidade do consumidor-usuário migrar para outra plataforma de rede social quanto da empresa-anunciante migrar para outro serviço de publicidade em rede social diversa.

¹⁹ “essential facilities doctrine specifies when the owner(s) of an ‘essential’ or ‘bottleneck’ facility is mandated to provide access to that facility at a ‘reasonable’ price. For example, such a doctrine may specify when a railroad

últimas têm como objetivo final conhecer o seu consumidor e aprimorar cada vez mais a comunicação publicitária entre o seu produto e aquele que o consome. Este aprimoramento é fornecido justamente pelo *Facebook*, na medida em que tem acesso a inúmeras informações pessoais dos seus usuários, como idade, nome, local de moradia, personalidade, interesses de consumo e até o computador através do qual se acessa a internet.

Conforme o Guia de Atos de Concentração Horizontal do CADE (2016, p. 16), o mercado analisado seria o mercado à distância, uma vez que está baseado na localização do consumidor e deve ser estudado sob o critério de substitutibilidade sob a ótica da oferta, relacionando a avaliação da capacidade e disponibilidade de outras empresas começarem a produzir e ofertar o serviço de publicidade direcionada após “pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços” (*small but significant and non - transitory increase in price*) e em um curto espaço de tempo.

Sob esta ótica, restam claras as barreiras à entrada de novos concorrentes, na medida em que a quantidade de dados dos usuários detida pelo *Facebook* - enquanto recursos de propriedade exclusiva da empresa, perfazendo uma vantagem exclusiva - e o nível de integração entre estes dados e as publicidades veiculadas para os usuários (cadeia produtiva altamente integrada) podem ser definidas como um fator que colocaria um potencial competidor entrante em desvantagem com relação ao agente econômico estabelecido, exigindo maiores custos financeiros e em termos de tempo para que o capital investido seja adequadamente remunerado.

Um último ponto sobre o mercado relevante que deve ser considerado na presente análise é que não se está considerando o critério de preço. Nossa opção foi a de focar na estrutura de mercado e nas práticas restritivas, uma vez que, tanto pela participação de mercado quanto pelo efetivo poder de mercado do *Facebook*, o preço exigido como contrapartida pela prestação dos serviços de publicidade e propaganda não influencia a permanência ou retirada das empresas anunciantes. Desta forma, para tratar de preço de serviço nesta análise em específico, seria importante entender o grau de concorrência entre a publicidade online e off-line, o que não é o escopo da presente pesquisa.

5.2 Práticas de discriminação

Neste contexto, assumindo que o *Facebook* mantém em seus algoritmos critérios utilizados para favorecimento à disseminação de notícias com o objetivo de privilegiar conteúdo

must be made available on ‘reasonable’ terms to a rival rail company or an electricity transmission grid to a rival electricity generator”(OECD *APUD* GABAN, 2011, p. 127)

de interação pessoal, em vez daquele produzido por empresas de notícias²⁰, é possível afirmar que esta prática gera a probabilidade de efetivação de restrições verticais, gerando efeitos anticompetitivos líquidos.

Ao diminuir o alcance das publicações das mídias tradicionais (jornais, revistas e portais de notícias) e aumentar o alcance das publicações pessoais, o *Facebook* estaria favorecendo os produtores de *fake news*, já que estas seriam mais facilmente compartilhadas pelos usuários “amigos” (que não são empresas, atingindo maior público). Observe que a separação, realizada através de ajuste de algoritmo, claramente prejudica as empresas de mídia tradicional, uma vez que diminui o seu poder de alcance e, conseqüentemente, a força da sua publicidade e captação de tráfego de usuários.

Atuando desta forma, o *Facebook* age com o objetivo de discriminar rivais²¹ através dos ajustes dos seus algoritmos, exercendo seu poder de mercado de modo a manter o tráfego em sua própria página, ao facilitar e aumentar o impacto da interação e publicações entre as pessoas, em detrimento das interações e publicações das demais empresas anunciantes.

Para ilustrar os problemas existentes, é importante destacar as iniciativas propostas pelas empresas de mídia tradicional, as quais vêm buscando junto à *Federal Trade Commission* - autoridade antitruste dos EUA – uma isenção antitruste que as permitiria coordenar as tratativas junto ao *Google* e *Facebook* para buscar melhores condições de negociação junto a estas empresas.²²

Portanto, retomamos a estrutura argumentativa de Grunes para afirmar que o *Facebook*, por meio dos seus algoritmos, favorece as *fake news*, seja como instrumento de pressão concorrencial perante as organizações tradicionais de mídia, seja pela diminuição da qualidade das notícias, o que não pode ser acompanhado pelos jornais e revistas sem uma considerável perda financeira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Consciente dos problemas – reais ou potenciais - trazidos pelas *fake news*, o próprio *Facebook* vem demonstrando um esforço para combater o engajamento em torno deste tipo de

²⁰ Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mudancas-no-facebook-podem-afetar-eleicao-e-favorecer-fake-news-indicam-especialistas/> Acesso em 26 de Março de 2018.

²¹ Na presente pesquisa players rivais devem ser considerados aqueles que se utilizam das ferramentas de publicidade do *Facebook* para aumentar o tráfego de usuários em seus sites, podendo ser tanto jornais tradicionais quanto sites geradores de *fake news* que ganham pela criação de tráfego espontâneo

²² “Why Google and Facebook prove the digital ad Market is a Duopoly?”. Disponível em: < <http://fortune.com/2017/07/28/google-facebook-digital-advertising/> > Acesso em: 26 de Março de 2018.

postagem²³. Entre as principais providências que a empresa tornou pública, estão a iniciativa de eliminar os incentivos econômicos dos sites que produzem *fake news*, o desenvolvimento de novos produtos para reduzir a propagação de notícias falsas e aumentar a diversidade de informações locais, além da criação de mecanismos que supostamente ajudem as pessoas a tomar decisões conscientes diante do compartilhamento das *fake news*.

Todos os atos relatados acima têm como objetivo a manutenção do bem-estar do consumidor, este último defendido pela doutrina como um dos objetivos da política antitruste. Entretanto, é necessário observar, também, o impacto dos atos restritivos praticados pelo *Facebook* sobre a atuação das empresas de mídia tradicional, ao criar uma clara discriminação entre rivais e ao priorizar um tipo de publicação em detrimento de outro.

Desta forma, cumpre observar que, no mercado relevante analisado, relacionado com o fenômeno central desta pesquisa (i.e. *fake news*), o *Facebook*, além possuir uma posição dominante no mercado, mantém uma grande quantidade de dados pessoais, os quais passam a ser considerados *essential facility* aos demais anunciantes, inclusive jornais, revistas e portais de informação.

Desta forma, ao facilitar a expansão e manutenção das *fake news*, e conseqüentemente seus incentivos financeiros, o *Facebook* contribui para a pressão concorrencial oferecida pela diminuição da qualidade do serviço de notícia prestado. Entretanto, esta pressão concorrencial, por si só, não significa que o tratamento das *fake news* deve passar, necessariamente, pelo instrumental oferecido pela análise antitruste. A análise antitruste dependerá do encaixe do fenômeno aos critérios da lei.

Há outras formas possíveis de mitigar os efeitos deletérios das *fake news*. Os ajustes nos ambientes virtuais das redes sociais podem, por exemplo, facilitar a responsabilização dos geradores de notícias pelos seus atos, o que diminuiria sensivelmente as externalidades negativas das *fake news*, sem, entretanto, exigir a aplicação da regulação antitruste.

Os efeitos e os problemas potenciais que emergem das *fake news* não são automaticamente subsumíveis ao direito antitruste, uma vez que as evidências de prejuízos concorrenciais e econômicos auferidos pelas empresas de mídia tradicional não estão claramente identificados.

Ainda que a aplicação das ferramentas do direito antitruste aos casos envolvendo *fake news* seja entendida como uma tentativa de extensão da política concorrencial a temas

²³ Disponível em <https://br.newsroom.fb.com/news/2016/12/combate-noticias-falsas-e-boatos/> Acesso em 26 de Março de 2018.

solucionados mais facilmente por outras áreas do direito (como a legislação eleitoral ou até mesmo por procedimentos internos de cada rede social), é importante considerar que, no futuro, existe a possibilidade do tema vir a ser enfrentado pelas autoridades (i.e. o CADE, no Brasil). Considerando a velocidade da era digital e o poder econômico emanado pelas mídias sociais, talvez este futuro esteja mais próximo do que podemos imaginar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOGUS, C. **The new road of serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust.** [29] 49 U. Mich. J. L. Reform 1, 2015, pp. 85-114

BORK, R. **Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy.** 65 Columbia L. Rev. 365, 1965.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm. Acesso em: 26 de Março de 2018.

BRASIL. Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça. Portaria Conjunta SEAE/SDE Nº 50: **Guia para análise econômica de Atos de Concentração horizontal.** Brasília, 2001. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/central_documentos/guias/portconjseae-sde.pdf>. Acesso em: 21 mar. 2013.

BRASIL. **Projeto de Lei de nº 473 de 2017.** Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para tipificar o crime de divulgação de notícia falsa. Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/131758>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

BRASIL. **Projeto de Lei de nº 6812 de 2017.** Dispõe sobre a tipificação criminal da divulgação ou compartilhamento de informação falsa ou incompleta na rede mundial de computadores e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122678>>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

DAVIS, C.; VAROL, O.; FERRARA, E.; FLAMMINI, A.; MENCZER, F. **Bot or Not: a system to evaluate social bots.** 2016.

DAVIS, C.; VAROL, O.; FERRARA, E.; FLAMMINI, A.; MENCZER, F, A. **The rise of social bots.** In: Communications of the ACM, v. 59, n. 2, 2016.

EMARKETER. **Google, Facebook Increase Their Grip on Digital Ad Market.** 14 de Março de 2017. Disponível em: <www.emarketer.com>. Acesso em: 26 de Março de 2018.

FORTUNE. **Why Google and Facebook Prove the Digital Ad Market Is a Duopoly.** Fortune. 28 de Julho de 2017. Disponível em: <<http://fortune.com/2017/07/28/google-facebook-digital-advertising/>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência e democracia.** Artigo para o jornal JOTA. 07 de Março de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-da-concorrenca-e-democracia-o-que-um-tem-ver-com-o-outro-07032018>>. Acesso em: 27 de Março de 2018.

GABAN, Eduardo Molan, e DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito Antitruste.** 3. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

GABAN, Eduardo Molan. Monopólio postal à luz do direito constitucional e do direito antitruste – um estudo comparado das experiências europeia e norte-americana. Tese de doutorado. PUC-SP, 2011.

GRUNES, A. **Is Fake News a Competitive Problem?** CPI Antitrust Chronicle, December 2017.

HOVENKAMP, H. **Antitrust Policy and Inequality of Wealth.** *Faculty Scholarship.* 1769, 2017.

HUBBARD, S. **Fake News Is A Real Antitrust Problem.** 19 de Dezembro de 2017, CPI Antitrust Chronicle. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2017/12/CPI-Hubbard.pdf>> Acesso em: 27 de Março de 2018.

ICN. **The competition network,** 2013. Disponível em: <.> Acesso em: 08 de Abril de 2018.

MACEDO, Fausto. **Mudanças no Facebook podem afetar as eleições e favorecer fake news.** Jornal Estado de São Paulo. 12 de Fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/mudancas-no-facebook-podem-afetar-eleicao-e-favorecer-fake-news-indicam-especialistas/>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

MARTI, Silas. **Entenda o escândalo do uso de dados do Facebook.** 21 de Março de 2018. Folha de São Paulo. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2018/03/entenda-o-escandalo-do-uso-de-dados-do-facebook.shtml>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

MOSSERI, Adam. **Combatendo notícias falsas e boatos.** Facebook Newsroom. 15 de dezembro de 2016. Disponível em: <<https://br.newsroom.fb.com/news/2016/12/combatendo-noticias-falsas-e-boatos/>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

OECD. **Policy Roundtables. The Essential Facility Concept.** 1996. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/192021.pdf>. Acesso 08 de Abril de 2018.

ORBACH, B & REBLING, G. **The antitrust curse of bigness.** 85 Southern California Law Review 605, 2012.

PITOFISKY, R. **The Political Content of Antitrust.** 127 U. PA. L. REV. 1051, 1075, 1979.

RUEDIGER, M. A (Coord.). **Robôs, redes sociais e política no Brasil [recurso eletrônico]: estudo sobre interferências ilegítimas no debate público na web, riscos à democracia e processo eleitoral de 2018**. Rio de Janeiro: FGV, DAPP, 2017

SACHER, S. B.; YUN, J. M., **Fake News is Not an Antitrust Problem** , 19 de Dezembro de 2017, CPI Antitrust Chronicle, December 2017. Disponível em SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=3090649>> Acesso em: 26 de Março de 2018.

SECRETARIA ESPECIAL DE COMUNICAÇÃO SOCIAL DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA [SECOM/PR]. **Pesquisa Brasileira de Mídia 2016 - Hábitos de consumo de mídia pela população brasileira**. Disponível em: <<http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativasde-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midiapbm-2016-1.pdf/view>>. Acessado em: 26 de Março de 2018.

SHAPIRO, C. **Antitrust in a Time of Populism**, 2017. Disponível em: <<https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/antitrustpopulism.pdf> > Acesso em: 26 de Março de 2018.

STATCOUNTER. **Gráficos**. Disponível em: <<http://gs.statcounter.com/>> Acesso em: 26 de Março de 2018.