V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

DANIELLE JACON AYRES PINTO

SALETE ORO BOFF

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

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

D597

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

Coordenadores: Danielle Jacon Ayres Pinto; João Marcelo de Lima Assafim; Salete Oro Boff – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-477-8
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito. 3. Inovação. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA

Apresentação

No V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado online, de 14 a 16 de junho de 2022, tendo como tema principal “Inovação, Direito e Sustentabilidade”, o grupo de trabalho DIREITO, INOVAÇÃO, PROPRIEDADE INTELECTUAL E CONCORRÊNCIA destacou-se pela qualidade dos trabalhos apresentados. Foram 12 trabalhos escritos por graduandos, mestrandos e doutorandos, bem como pesquisadores que há muitos eventos acompanham o referido GT.

O GT trouxe consigo a inquietude que o tema principal do evento despertou na comunidade jurídica, em especial nos programas de pós-graduação em Direito que trouxeram discussões e reflexões de modo dialógico e interdisciplinar por meio de pesquisas que se propuseram a enfrentar a temática da saúde e sua relação com a ciência jurídica.

O GT possibilitou também discussões entre os autores e com os coordenadores, os quais propuseram questionamentos, provocações, contrapontos e indicações de continuidade dos estudos e pesquisas.

Entre os temas estão a “Proteção da propriedade intelectual na era digital: desafios para harmonização do direito autoral com o dinamismo da sociedade tecnológica”; “A teoria da tríplice hélice e o marco legal das startups: política pública de desenvolvimento e inovação”; “Análise da constitucionalidade da resolução 4.656/18, do conselho monetário nacional (cmn), frente aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência”; “Informação é o novo petróleo no direito antitruste?”; “Inovação tecnológica e jurídica aplicada ao meio ambiente”; “O direito e a inovação: ferramentas de suporte a inovação aplicáveis aos cartórios extrajudiciais: “Bitcoins e a política de controle estatal, sob a ótica da teoria de Keynes”; “Cancelamento social como limitação à liberdade de expressão: entre o direito de efetuar denúncias públicas e o linchamento virtual”; “Cookies e direitos da personalidade: desafios sobre a aplicabilidade da lei geral de proteção de dados pessoais”; “A eficácia executiva dos contratos eletrônicos de mútuo sem a assinatura de testemunhas”; “Inteligência artificial e o direito: novas perspectivas no contexto da legaltech” e “Inteligência artificial no direito: dilemas e contribuições”.

Boa leitura a todos.

Coordenadores do GT

Salete Oro Boff

Danielle Jacon Ayres Pinto

João Marcelo de Lima Assafim

INFORMAÇÃO É O NOVO PETRÓLEO NO DIREITO ANTITRUSTE?

IS DATA THE NEW OIL IN ANTITRUST LAW?

Maria Luiza Gutierrez Bonfatti Ribeiro

Resumo

Este artigo busca levantar reflexões acerca dos desafios enfrentados pela autoridade antitruste brasileira para lidar com os efeitos anticompetitivos percebidos a partir de operações que envolvem uma nova forma de poder existente na economia de dados. As plataformas digitais vêm sendo construídas com modelos de negócios voltados à coleta, armazenamento e processamento de dados dos seus usuários, a fim de desenvolver algoritmos capazes de prever e influenciar comportamentos. Quanto maior o acesso a informações e a capacidade do seu uso, maior tende a ser o poder de mercado dos agentes econômicos frente aos seus concorrentes e potenciais entrantes.

Palavras-chave: Plataformas digitais, Big data, Conselho administrativo de defesa econômica – cade, Direito da concorrência, Informação

Abstract/Resumen/Résumé

This article seeks to raise reflections on the challenges faced by the Brazilian antitrust authority to deal with the anticompetitive effects perceived from transactions that deal with a new form of power existing in the data economy. Digital platforms have been built with business models aimed at collecting, storing and processing data from their users, in order to develop algorithms capable of predicting and influencing behavior. The greater the access to information and the ability to use it, the greater the market power of economic agents in relation to their competitors and potential entrants.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Digital platforms, Big data, Brazilian antitrust authority - conselho administrativo de defesa econômica (cade), Antitrust law, Information

I. Introdução

A expressão "*data is the new oil*" é creditada ao matemático Clive Humby, mas ganhou popularidade a partir de uma matéria publicada pela revista The Economist em 06 de maio de 2017 intitulada "*The world's most valuable resource is no longer oil, but data*"[1].

Essa expressão sintetiza um movimento que se percebe notadamente a partir da economia digital. Trata-se de uma economia de dados, em que o modelo de negócios dos agentes é influenciado pela lógica da acumulação de informações. O "óleo" do mundo digital são os dados coletados, extraídos, armazenados e processados das pessoas, notadamente dos usuários de plataformas *online*.

Verifica-se, assim, uma sociedade de abundância de dados, em que quem tem mais informação tende a ter mais poder. Novas formas de poder estão alterando o modo como os agentes econômicos interagem e produzindo efeitos sobre as relações sociais.

O direito deve estar atento a essas mudanças e acompanhá-las. Neste campo, merece especial destaque o direito antitruste.

O acesso à informação tornou-se um ativo estratégico, potencialmente capaz de conferir ao seu detentor uma vantagem competitiva em relação às firmas rivais. Diante disso, percebe-se movimentos de operações societárias entre empresas que exploram esse modelo de negócios, notadamente a aquisição de firmas nascentes por grandes empresas de tecnologia, muitos deles voltados a eliminar eventual tentativa de entrada de novos concorrentes no mercado em questão.

Isso acaba acarretando numa concentração de poder sobre os agentes econômicos existentes, principalmente em razão dos efeitos de rede e de economias de escala e de escopo que a exploração e o processamento de dados geram.

Tais transações, na maioria das vezes, não cumprem os requisitos legais para que tenham que ser submetidas à autoridade antitruste, mas acabam por gerar impactos anticompetitivos relevantes sobre o mercado.

O presente artigo objetiva analisar essa nova forma de poder existente e os desafios enfrentados pelo legislador e pela autoridade antitruste brasileira para lidar com esse tipo de operação e seus efeitos anticompetitivos. Busca-se trazer mais reflexões acerca do tema do que soluções, pois trata-se de questão complexa, que demandaria uma análise mais aprofundada.

[1] Para maiores informações, confira-se: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>.

O trabalho está dividido em cinco capítulos, sendo o primeiro esta introdução. Em seguida, é feita uma breve exposição acerca dos critérios atualmente vigentes para se analisar se uma operação deve ser submetida ou não à prévia aprovação por parte da autoridade antitruste, sob a ótica dos dispositivos legais. Também atenta-se para as etapas usualmente seguidas na análise de um ato de concentração pelo órgão antitruste.

No Capítulo III apresenta-se uma nova forma de poder que se verifica na economia de dados. No Capítulo IV é feita uma exposição a respeito do *big data* e dos desafios enfrentados pela autoridade antitruste para lidar com os impactos anticoncorrenciais decorrentes de operações realizadas com base nesse novo modelo de negócios. No último capítulo é apresentada a conclusão.

II. Análise de fusões e aquisições: fundamentos teóricos e instrumental prático

A Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011 estabelece e regula o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Uma política de defesa da concorrência objetiva, primordialmente, a manutenção de um equilíbrio competitivo entre os agentes, seja prevenindo atos, seja reprimindo condutas que possam vir a configurar abuso de poder de mercado e incorrer em aumento de preços ou outras formas de redução de bem-estar da sociedade.

O seu objetivo não é vedar a concentração nem o incremento de poder de mercado, desde que estas sejam consequências naturais da eficiência da firma e de um processo competitivo saudável[2]: "*[...] if a firm builds market power – however strong – through innovation, investment, marketing activities, this is perfectly legal. It is only the abuse, not the creation, of a dominant position which is forbidden*" (MOTTA, 2004, pp. 35-36).

O que se busca combater é o uso do poder de mercado[3] ou o exercício abusivo de uma posição dominante[4], exercidos com vistas a eliminar concorrentes efetivos ou potenciais de

[2] "*Competition policy is therefore not concerned with monopolies per se, but rather only with monopolies which distort the competitive process*" (MOTTA, Massimo. Competition Policy: theory and practice. Cambridge University Press, 2004, p. 40).

[3] O poder de mercado corresponde ao *market share* de cada firma, no sentido de se medir a sua participação em determinado mercado. Reforçando este ponto, Motta: "*It [market power] refers to the ability of a firm to raise price above some competitive level – the benchmark price – in a profitable way. Since the lowest possible price a firm can profitably charge is the price which equals the marginal cost of production, market power is usually defined as the difference between the prices charged by a firm and its marginal costs of production*" (Ibid, pp. 40-41).

[4] Caso o *market share* de um agente seja superior a 20% (vinte por cento), ou caso confira a ele a capacidade de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado, nos termos do artigo 36, § 2o da Lei nº 12.529/2011, diz-se que tal agente ocupa uma posição dominante. No tocante à posição dominante: "*The concept*

forma artificial. Preza-se por conferir aos participantes do mercado espaço para atuarem de forma livre, na direção da competição, da inovatividade e da eficiência[5].

Dentre outras atribuições, a lei fixa critérios que, se preenchidos, obrigam a que uma operação seja submetida à aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ("CADE") para que possa ser concretizada. O exame pela autoridade é prévio à realização do ato de concentração, de modo que este não pode produzir nenhum efeito concorrencial enquanto não for aprovado, sob pena de nulidade e imposição de multa[6].

Submetem-se necessariamente à análise do CADE os atos que envolvam grupos econômicos que tenham tido, cumulativamente, no ano anterior à operação, faturamentos brutos anuais equivalentes ou superiores a R$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) e a R$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais)[7].

Apenas as operações nas quais pelo menos dois dos agentes tenham tido, respectivamente, tais faturamentos devem ser previamente aprovadas para poderem se concretizar. A razão disso reside no fato de que o legislador considera que caso esses dois patamares mínimos de faturamento não sejam atingidos, o ato não terá o potencial de alterar a estrutura do mercado de forma suficiente para produzir impactos anticompetitivos relevantes.

Ao analisar os atos de concentração, o CADE atua de modo a evitar o surgimento de estruturas de mercado mais concentradas – que aumentem a probabilidade de exercício abusivo do poder de mercado[8]. Compete ao CADE a análise do ambiente potencialmente gerado pelo ato, com o intuito de identificar quais serão os seus principais efeitos.

A autoridade analisa não apenas as características específicas das partes envolvidas, mas também possíveis mudanças estruturais provocadas pela operação sobre o mercado e os potenciais efeitos anticompetitivos. Este pode resultar na concentração de mercados de forma horizontal[9] ou vertical[10].

---

of 'market dominance' [...] can be interpreted as a situation where a firm has a large degree of market power, which allows it to charge prices which are 'close enough' to those that a monopolist would charge." (Ibid, p. 41)

[5] LEOPARDI in KUPFER, David & HASENCLEVER, Lia. Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, pp. 286-287.

[6] Art. 88, §§2º, 3º e 4º da Lei nº 12.529/11.

[7] Art. 88 da Lei nº 12.529/11 e Portaria Interministerial nº 994/2012.

[8] Ibid, p. 286.

[9] Um ato de concentração horizontal engloba firmas que atuam no mesmo mercado relevante, ou seja, firmas rivais.

[10] Atos de concentração vertical envolvem agentes que atuam em mercados relevantes distintos, geralmente ao longo de uma mesma cadeia produtiva.

Desse modo, a autoridade pode concluir pela aprovação do ato, pela sua aprovação mediante a imposição de remédios comportamentais ou estruturais, ou pela sua reprovação[11].

Etapas da análise

No intuito de analisar se um ato de concentração deve ser aprovado, aprovado com restrições ou rejeitado, o CADE pode adotar diversos parâmetros. A análise clássica e mais utilizada consiste no exame dos seguintes aspectos: definição do mercado relevante; análise de rivalidade; análise das barreiras à entrada e à saída; e análise das eficiências decorrentes do ato, conforme Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontais do CADE ("Guia do CADE").

A definição do mercado relevante é essencial para se proceder a uma delimitação das dimensões produto e geográficas do mercado afetado pela operação. Delimitar o mercado relevante é importante desde as fases iniciais do processo porque permite que se calcule o *market shar*e dos atores e, com isso, se tenha estimativas iniciais sobre os potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes da concentração[12,13]:

> [...] the relevant market should not be a set of products, which 'resemble' each other on the basis of some characteristics, but rather the set of products (and geographical areas) that exercise some competitive constraint on each other (MOTTA, 2004, p. 102).

Na estimativa do mercado relevante, é fundamental a análise das elasticidades-preço da demanda e da oferta, de modo que devem ser incluídos nos limites da definição desse mercado todos os agentes que ofertem produtos considerados substitutos próximos:

> A relevant market is the smallest grouping of sales for which the elasticity of demand and supply are sufficiently low that a firm with 100% of that grouping

[11] Sobre o tema: "*the task of antitrust is to identify and prohibit those forms of behavior whose net effect is output restricting and hence detrimental"* (BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox.* New York: The Free Press, 1993. p. 122).
[12] LEOPARDI, op. cit., p. 287.
[13] Na estimativa do mercado relevante, é fundamental a análise das elasticidades-preço da demanda e da oferta, de modo que devem ser incluídos nos limites da definição desse mercado todos os agentes que ofertem produtos considerados substitutos próximos. Para maiores informações, ver
HOVENKAMP, Herbet. Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice. 2ª edição. St. Paul, Minn: West Group, 1999. p. 82.

> could profitably reduce output and increse price substantially above marginal cost (HOVENKAMP, 1999, p. 82).

Em seguida se dá a análise de rivalidade, em que se busca verificar a capacidade dos agentes instalados de reagir frente a um aumento unilateral de preços ou a uma postura de abuso de poder de mercado pela firma fusionada. Dessa forma, se considera o poder ou incentivo de contestação das rivais instaladas, de forma a aferir a probabilidade de exercício de poder de mercado pela firma fusionada.

Ainda na avaliação do mercado relevante, pode se mostrar interessante proceder a uma análise acerca da dimensão do produto sob a ótica da oferta. O objetivo de se verificar a elasticidade-preço da oferta é aferir a possibilidade de os rivais aumentarem a quantidade ofertada em um período de tempo inferior a um ano e sem incorrer em custos consideráveis.

Na delimitação do mercado relevante, é possível, ainda, o uso do Teste do Monopolista Hipotético (TMH) como um instrumento auxiliar. Tal como descrito pelo CADE (2016, p.17), a proposta do TMH consiste em analisar a reação do consumidor diante de um hipotético e pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços.

O objetivo primordial do TMH é medir o grau de substitutibilidade de bens ou serviços, a fim de delimitar o mercado relevante. O TMH propõe que se inicie a análise considerando os produtos ofertados pelas empresas envolvidas no ato de concentração e toda a área geográfica em que atuam. Posteriormente, deve-se ir expandindo os produtos e dimensões espaciais considerados, até que se atinja o menor mercado em que seria possível e rentável para um monopolista promover um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços.

Note-se que esta situação apenas será rentável para o monopolista caso estejam incluídos, dentro do mercado em questão, os produtos tidos como substitutos próximos dos ofertados pelo monopolista. Esse mercado, que envolve o menor grupo de produtos e áreas geográficas, será tido como o mercado relevante, e constitui o fator limitador para as decisões da empresa de aumentar preços e reduzir quantidades.

Uma vez definido o mercado relevante, passa-se à análise do grau de concentração. Para tanto, é usual calcular o Índice Herfindahl-Hirschman (HHI) somando-se o quadrado dos market shares de todas as firmas do mercado em questão. Isso é feito tanto para o cenário pré-fusão, quanto para o pós fusão, sendo que, neste último, o somatório é realizado considerando a participação de mercado da firma resultante da operação.

Com base nos índices calculados, obtém-se o ΔHHI a partir da diferença entre os valores relativos ao cenário pré e pós-fusão. O objetivo dessa etapa é identificar o impacto da operação sobre o grau de concentração dos mercados envolvidos. Quando o HHI pré é muito elevado (indicando um mercado altamente concentrado), ou o ΔHHI envolver variações significativas, conforme valores dispostos no Guia do CADE, entende-se que a concentração gera preocupações quanto à potencialidade de verificação de efeitos anticompetitivos indesejados.

O passo à frente consiste na análise de barreiras à entrada. Nesta análise, leva-se em consideração a possibilidade de um potencial entrante realizar uma entrada tempestiva, provável e suficiente, de modo a efetivamente passar a competir com as firmas já instaladas. Quanto maior for a facilidade de novas firmas de entrarem nesse mercado, menor será o poder das firmas que já atuam nele:

> If firms outside the market could easily enter the market, a high market share may not reflect a great deal of market power. Entry barriers include all factors that allow incumbents to maintain a price significantly in excess of marginal cost without stimulating entry by new firms (SULIVAN, GRIMES, 2000, p. 68).

Quando a autoridade identifica a potencialidade de ocorrência de efeitos anticompetitivos decorrentes da operação, é necessário proceder a uma análise de ganhos de eficiência[14]. Para fins da análise antitruste, o que importa é avaliar o efeito líquido advindo do ato de concentração, comparando-se os potenciais efeitos negativos com os benefícios resultantes da operação.

Para que o ganho de eficiência seja computado nesta etapa da análise, é preciso que seja provável, verificável e resultante da operação, de modo que não poderia se concretizar, salvo por meio do ato de concentração.

Diante de uma análise do caso concreto, cumpre ao CADE verificar se os efeitos positivos do ato de concentração superam os seus efeitos negativos. Se o resultado líquido for não-negativo, o CADE poderá aprová-lo. Caso contrário, deve aprová-lo com restrições ou reprová-lo. Em outras palavras:

[14] Reforçando essa ideia: "*We must appraise any questioned practice – say, a merge or a requirements contract – in order to determine wether it contains any likelihood of creating output restrictions. If it does, and if it also contains the possibility of efficiency, we have a mixed case* [...]*"* (BORK, op. cit., p. 122).

> Não é possível definir, a priori, se a concentração será benéfica ou prejudicial, sendo necessária a análise específica caso a caso, com a ponderação das eficiências específicas da operação vis-à-vis seus efeitos negativos derivados de uma maior probabilidade do exercício do poder de mercado. Trata-se da condição de efeito líquido não-negativo sobre o bem-estar econômico dos consumidores (CADE, 2016, p. 8).

No que tange à análise das eficiências, são vedados os atos tendentes a criar ou reforçar uma posição dominante e prejudicar a concorrência de modo substancial, salvo quando a operação resultar em aumento de produtividade, competitividade, eficiência e qualidade e houver o repasse de parte dos benefícios aos consumidores[15].

Apresentadas as etapas usualmente seguidas quando da análise prévia de um ato de concentração, cumpre, em seguida, tratar de operações envolvendo agentes que adotam um modelo de negócios que, em determinadas situações, pode vir a escapar da incidência dos critérios e elementos tradicionalmente utilizados pelo direito antitruste na sua análise, apesar de acabarem, muitas vezes, por gerar impactos anticompetitivos relevantes.

III. *Big Other – Economia de dados*

A sociedade atual é marcada por uma lógica da acumulação, intitulada por Shoshana Zuboff de *surveillance capitalism*[16], ou capitalismo de vigilância, em tradução livre. O objeto a ser acumulado é informação a respeito da vida cotidiana de indivíduos. Esse modelo proporciona um monitoramento constante e amplo e que envolve praticamente todos os aspectos da vida das pessoas.

Assim, coleta-se pequenos e inúmeros dados de milhões de pessoas, notadamente por meio de plataformas digitais, de modo exaustivo e intensivo. Qualquer tipo de movimento é relevante, desde curtidas em redes sociais, até pesquisas feitas em páginas de busca na internet, localizações, padrões de comunicação, visualização de páginas *online*, e inúmeros outros[17]:

---

[15] Art. 88, §§ 5º e 6º da Lei nº 12.529/2011.

[16] ZUBOFF, Shoshana. *Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization* (April 4, 2015). Journal of Information Technology (2015) 30.

[17] "*The theme is reiterated in Mayer-Schönberger and Cukier's Big Data: 'Many companies design their systems so that they can harvest data exhaust … Google is the undisputed leader … every action a user performs is considered a signal to be analyzed and fed back into the system' (2013: 113)*" (Ibid, 2015, p. 79).

> ‘Big data’ are constituted by capturing small data from individuals’ computer-mediated actions and utterances in their pursuit of effective life. Nothing is too trivial or ephemeral for this harvesting: Facebook ‘likes,’ Google searches, emails, texts, photos, songs, and videos, location, communication patterns, networks, purchases, movements, every click, misspelled word, page view, and more (ZUBOFF, 2015, p. 80).

Essa possibilidade conforma novos modelos de negócios[18], baseados no acúmulo de grandes volumes de dados e na capacidade de armazenamento, processamento e análise destes. A tecnologia permite que isso seja feito de forma rápida e eficiente. A isto se denomina *big data*.

Tais informações são armazenadas, descontextualizadas e agregadas. Trata-se de processo que revela indiferença em relação aos usuários individualmente considerados. O objetivo da coleta de dados é atingir o maior número de pessoas possível, e não levar em conta características peculiares de cada indivíduo:

> In this way, the methods of production of ‘big data’ from small data and the ways in which ‘big data’ are valued reflect the formal indifference that characterizes the firm’s relationship to its populations of ‘users.’ Populations are the sources from which data extraction proceeds and the ultimate targets of the utilities such data produce (ZUBOFF, 2015, pp. 79-80).

A partir do tratamento desses dados, estes são vendidos ou analisados. A posse dessas informações possibilita ao seu detentor desenvolver análises que revelam preferências e comportamentos psicológicos dos indivíduos.

Esta nova arquitetura, impulsionada pela capacidade analítica sobre os dados coletados, gera uma nova forma de poder, denominada pela autora de “*Big Other*”. O objetivo final dos agentes econômicos é não apenas buscar identificar padrões e tendências, mas também

[18] “*In claiming this black box for the known world, Constantiou and Kallinikos (2014) also insist on the mysteries that remain unsolved. ‘Big data,’ they warn, heralds ‘a transformation of contemporary economy and society … a much wider shift that makes everydayness qua data imprints an intrinsic component of organizational and institutional life … and also a primary target of commercialization strategies …’ Such changes, they say, concern ‘the blurring of long-established social and institutional divisions … the very nature of firms and organizations and their relations to individuals qua users, customers or clients, and citizens.’ These challenges also ‘recast management … as a field and social practice in a new context whose exact outlines still remain unclear … (10).*”’ (Ibid, 2015, p. 76).

e principalmente aprender a prever e antecipar condutas a fim de serem capazes de influenciar e modificar o comportamento humano:

> […] big data' is above all the foundational component in a deeply intentional and highly consequential new logic of accumulation that I call surveillance capitalism. This new form of information capitalism aims to predict and modify human behavior as a means to produce revenue and market control.
> […]
> This architecture produces a distributed and largely uncontested new expression of power that I christen: 'Big Other.' It is constituted by unexpected and often illegible mechanisms of extraction, commodification, and control that effectively exile persons from their own behavior while producing new markets of behavioral prediction and modification (ZUBOFF, 2015, p. 75).

Os agentes econômicos buscam, ao final, monetizar os dados extraídos, coletados e analisados, a fim de incrementar seus lucros e poder de mercado.

Note-se que esse processo de extração de dados muitas vezes ocorre de modo não informado ao usuário: não raras vezes, este não sabe da coleta dos seus dados, ou não tem conhecimento de quais informações são armazenadas a seu respeito, nem para qual finalidade serão usadas e, muito menos, com quem serão compartilhadas[19].

IV. *Big data* e potenciais impactos anticompetitivos

A literatura aponta para algumas características do *big data* que conferem às plataformas *online* que fazem uso dessa tecnologia uma relevância competitiva em mercados digitais[20].

Um primeiro ponto que merece destaque é a potencialização de efeitos de rede[21]. A exploração de *big data* por plataformas *online* gera *feedback loops*, de modo que quanto mais usuários acessam esses serviços, mais relevante se torna aquela plataforma em relação a seus concorrentes:

[19] Ibid, 2015, p. 80.
[20] RAGAZZO, Carlos; MONTEIRO, Gabriela. *BIG DATA e CONCORRÊNCIA: Quando big data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?* Brasília: Economic Analysis of Law Review, Vol 9, Nº 3, 2018. p. 157.
[21] Ibid, 2018, p. 158.

> De um lado, uma plataforma que possua maior número de usuários de seus serviços consegue coletar mais dados para melhorar a qualidade desses serviços e, dessa forma, conquistar novos usuários. Do outro lado, plataformas que exploram dados de usuários também podem melhorar o direcionamento de anúncios e monetizar os serviços, obtendo mais recursos para investir em sua qualidade e atrair novamente mais potenciais usuários e anunciantes. São esses ciclos intermináveis que podem fazer com que fique muito difícil para quaisquer potenciais entrantes e rivais competir contra uma empresa incumbente com um maior número de clientes (OCDE, 2016, p. 10).

Além disso, a exploração de *big data* pode levar a economias de escala e escopo. O processo de extração, coleta, armazenamento e processamento de dados é custoso, pois exige um significativo investimento em tecnologia. Quando a firma já detém essa estrutura, o custo adicional para tratar de um dado incremental revela-se menor, havendo, portanto, uma situação de economia de escala[22].

A capacidade analítica acerca do processamento dos dados também é facilitada pela combinação de informações diversificadas. O acesso a um conteúdo maior confere à plataforma mais meios para regular e adaptar seu algoritmo, aproximando-o das preferências reais dos usuários. Por isso, o agente que consegue coletar mais dados tende a apresentar uma vantagem competitiva frente aos seus rivais, o que indica a existência de economia de escopo[23].

Quanto mais dados são coletados e tratados, mais distante e à frente dos seus concorrentes o agente econômico tende a estar, notadamente quanto à maior facilidade de antecipar e manipular condutas.

Percebe-se, então, que nesse modelo de negócios a capacidade de *big data* pode vir a constituir uma variável competitiva relevante, especialmente quanto às barreiras à entrada de novos concorrentes.

---

[22] "*Economias de escala surgem quando o custo incremental de criar uma unidade adicional declina conforme a escala da produção aumenta. É o que ocorre na exploração de big data, cuja estrutura de custos é caracterizada por elevadas economias de escala e de escopo, o que pode facilitar a concentração de mercado nas mãos de alguns poucos players (OCDE, 2016a, p. 11)*" (Ibid, 2018, p. 159).

[23] *"Portanto, a capacidade de big data necessita de uma determinada escala de dados para processamento para ser mais lucrativa, sendo, portanto geralmente explorada por players maiores que conseguem ter mais acesso a recursos financeiros e dados (OCDE, 2016a, p. 11). O mesmo pode ser dito com relação à variedade de dados, pois o valor do big data depende de sua capacidade de combinar diferentes tipos de dados, o que indica a exibição de economias de escopo* (Ibid, 2018, p. 160).

Como visto no Capítulo II, esses fatores não são considerados pela lei para que se mensure o potencial anticompetitivo de transações: nem para que se avalie se uma operação deve ser previamente analisada pelo CADE, nem para que este proceda à análise das transações submetidas a ele.

Diante desse cenário de incremento de poder das firmas com base na acumulação de dados a respeito dos usuários dos seus serviços e dos potenciais impactos concorrenciais que uma operação entre empresas que se baseiam nesse modelo de negócios pode gerar, questiona-se se algo deve ser feito pelo regulador e, caso positivo, o quê.

O presente estudo restringe-se à primeira pergunta. Não se analisa o que deve ser feito pelo regulador, mas sim se os requisitos atualmente presentes na legislação são adequados à luz dessa realidade.

Como visto, a lei estabelece o faturamento como critério de notificação prévia de uma operação ao CADE. Este foi fixado como uma tentativa de capturar apenas atos de concentração que envolvam negócios potencialmente capazes de gerar efeitos anticompetitivos sobre o mercado[24]. Presume-se que, quando as partes não preencherem os patamares estipulados, o negócio entre elas não terá magnitude suficiente para afetar os concorrentes.

Essa construção legal foi proposta tendo em vista o modelo tradicional de negócios, em que o poder é relacionado à propriedade de meios de produção.

No caso de operações entre agentes que tenham a capacidade de *big data* como impulso motor, o poder está atrelado à propriedade de meios de se modificar comportamentos: "[i]*f power was once identified with the ownership of the means of production, it is now identified with ownership of the means of behavioral modification*" (ZUBOFF, 2015, p. 82).

A capacidade de processamento de dados constitui um tipo de ativo não facilmente mensurável, ao menos num primeiro momento, em termos econômicos. A delimitação do *market share* e dos lucros não funciona como uma aproximação eficiente do potencial poder de mercado e dos potenciais efeitos anticompetitivos de operações que envolvem essa característica[25].

Essa situação se torna ainda mais relevante quando se trata da aquisição de empresas em estágio inicial de desenvolvimento.

---

[24] DRAGO, Bruno De Luca. MORSELLI, Fabianna Vieira Barbosa. HONDA, Joyce Midori. MOTTA, Karina Schulte van Berghem. BARREIRA, Lilian. MARTORANO, Luciana. Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011 (coord. Eduardo Caminati Anders, Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. p. 276.

[25] PIRES-ALVES, Camila Cabral; GONZALO, Manuel; LYRA, Marcos Puccioni de Oliveira. *Startups and young innovative firms mergers & acquisitions: as antitruste debate? Lessons from the ICT tecno-economic paradigm*. Revista de Economia Contemporânea. 2019. 23(2). p. 18.

Startups e empresas recentes de tecnologia geralmente são caracterizadas pelos seguintes fatores: (i) constituem potencialmente uma concorrência sob a ótica da inovação; (ii) a sua compra e venda constitui uma forma relevante para se incorporar capacidade inovadora; e (iii) tendem a apresentar resultados pouco expressivos em termos de faturamento no curto prazo, de modo que a sua avaliação pela autoridade antitruste se torna mais difícil, tendo em vista o seu potencial de crescimento[26].

A aquisição deste tipo de firma pode caracterizar uma estratégia de consolidação de poder denominada pela literatura de *killer acquisition*. *Killer acquisition* consiste em uma concentração horizontal, em que a estratégia da firma adquirente é interromper o desenvolvimento do produto ou projeto empreendido pela adquirida[27].

A adoção desse tipo de estratégia acarreta na consolidação das firmas existentes no mercado e em efeitos anticompetitivos.

Esse efeito se nota de maneira mais acentuada no caso de firmas que adotam a lógica de acumulação do capitalismo de vigilância descrita acima, pois se verifica uma concentração de dados extraídos e coletados nas mãos de poucos agentes econômicos. O poder intitulado por Shoshana como "*Big Other*" tende a se concentrar em um número reduzido de firmas e, a quanto mais informação essas têm acesso, maior tende a ser o seu poder de impactar o mercado, bem como as escolhas e comportamentos dos consumidores.

Esse cenário desafia o legislador e a autoridade antitruste. Uma investigação *ex post* do ocorrido pode se mostrar ineficiente e ineficaz para lidar com os efeitos anticompetitivos produzidos sobre o mercado. Assim, faz-se necessária a atenção da autoridade antitruste de modo prévio, para evitar que isso ocorra:

> Albeit, it is not possible to assert that the acquisition of a startup will not increase the market power of the buyer firm nor that it will not have significant anticompetitive effects, especially on innovation. A case-by-case analysis must be carried out (PIRES-ALVES; GONZALO; LYRA, 2019, p. 18).

O presente artigo não tem como objetivo solucionar a questão que se coloca, pois trata-se de assunto complexo e que depende de uma análise de cada caso concreto[28]. O que se busca

[26] Ibid, pp. 17 e 18.
[27] Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control.* 2020. p. 9.
[28] "*As both cases can happen, the antitrust agencies must check if the acquirer has incentives to discontinue its own innovation project or the startup's, diminishing innovation developments in the market and welfare. If the acquiring firm actually has incentives to diminish innovation, there may be two results from the merger:*

é trazer reflexões sobre o tema e ressaltar que, em alguns casos em que os fatores acima descritos estejam presentes, pode ser desejável uma análise prévia da operação por parte da autoridade antitruste. Para isso, inicialmente é necessário haver previsão legal nesse sentido. As dificuldades enfrentadas a respeito da definição de quais critérios devem ser introduzidos na legislação e de como deve ser feita essa análise demandam reflexões mais aprofundadas, que não foram objeto deste trabalho.

V. Conclusão

Como visto, o uso apenas dos requisitos legais atualmente existentes para se verificar se uma operação deve ou não ser submetida à prévia aprovação do CADE acaba por excluir da análise transações que têm o potencial de gerar impactos anticoncorrenciais sobre o mercado.

Essas operações se mostram particularmente relevantes quando envolvem plataformas digitais cujo modelo de negócio está voltado à lógica de acumulação de informações: coleta, armazenamento e processamento de dados acerca dos seus usuários. Essa estratégia revela uma nova forma de poder, que consiste num monitoramento constante da vida dos indivíduos, voltado ao objetivo final de desenvolver mecanismos capazes de antecipar, influenciar e modificar comportamentos. Esse poder foi denominado de "*Big Other*".

Demonstrou-se que, nessa lógica de acumulação de informações, economias de escala e de escopo e efeitos de rede mostram-se relevantes para o uso que se pode fazer das informações coletadas. Esses fatores conferem aos agentes econômicos vantagens competitivas frente aos seus concorrentes e potenciais entrantes.

Nesse contexto, a aquisição de plataformas digitais recentes tende a assegurar às firmas existentes a manutenção e a incrementação do seu poder de mercado, bem como a concentração dos dados disponíveis, de modo a reforçar o poder descrito como "*Big Other*".

Geralmente essas operações não preenchem os critérios legais para sua prévia submissão ao CADE quando uma das empresas é recente, uma *startup*. Nesse caso, a aquisição acaba ocorrendo sem a análise pela autoridade antitruste, e o efeito que se percebe no mercado é uma elevação das barreiras à entrada.

Demonstrou-se, portanto, a necessidade de serem adotadas medidas voltadas a evitar tais efeitos anticompetitivos sobre o mercado quando se estiver diante desse tipo de transação.

---

eliminating a source of innovation (the startup's project or product) or just eliminating an independent competitor and maintaining the development of its project" (PIRES-ALVES; GONZALO; LYRA, op. cit, p. 18).

Como foi dito, eventuais soluções a serem propostas exigem um aprofundamento no tema, objeto de estudos futuros.

Referências

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm>.

_____. SEAE/SDE. **Portaria Conjunta n. 50/2001SEAE/SDE: Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**. New York: The Free Press, 1993. 479p.

DRAGO, Bruno De Luca. MORSELLI, Fabianna Vieira Barbosa. HONDA, Joyce Midori. MOTTA, Karina Schulte van Berghem. BARREIRA, Lilian. MARTORANO, Luciana. **Comentários à nova lei de defesa da concorrência: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011** (coord. Eduardo Caminati Anders, Vicente Bagnoli, Leopoldo Pagotto). Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO. 2012. 368p.

HOVENKAMP, Herbet. **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**. 2ª edição. St. Paul, Minn: West Group, 1999. 820p.

KUPFER, David & HASENCLEVER, Lia. **Economia Industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2ª ed.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. 382p.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy: theory and practice**. Cambridge University Press, 2004.

Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). **Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control**. 2020. Disponível em: <www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>. Acesso em 27.12.2021.

PIRES-ALVES, Camila Cabral; GONZALO, Manuel; LYRA, Marcos Puccioni de Oliveira. **Startups and young innovative firms mergers & acquisitions: as antitruste debate? Lessons from the ICT tecno-economic paradigm**. Revista de Economia Contemporânea. 2019. 23(2). p. 1-40.

SULIVAN, Lawrence A. & GRIMES, Warren S.. **The law of antitrust: an integrated handbook**. 2ª edição. St. Paul: Thompson West, 2000. 1135p.

RAGAZZO, Carlos; MONTEIRO, Gabriela. **BIG DATA e CONCORRÊNCIA: Quando big data é uma variável competitiva em mercados digitais e deve ser considerada na análise concorrencial?** Brasília: Economic Analysis of Law Review, Vol 9, Nº 3, 2018, p. 150-177.

The Economist. **The world's most valuable resource is no longer oil, but data**. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em 28.12.2021.

ZUBOFF, Shoshana. **Big Other: Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization** (April 4, 2015). Journal of Information Technology (2015) 30, p. 75–89.