



PUC

DEPARTAMENTO DE DIREITO

**O PREÇO QUE SE PAGA: UM ESTUDO
SOBRE AS *ZERO-PRICE PLATFORMS* E
SEUS DESAFIOS PARA O DIREITO DA
CONCORRÊNCIA**

POR

MARIA JULIA MEDINA PENA

ORIENTADOR(A): Pedro Paulo Salles Cristofaro

2022.2

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO DE JANEIRO
RUA MARQUÊS DE SÃO VICENTE, 225 - CEP 22453-900
RIO DE JANEIRO – BRASIL

O PREÇO QUE SE PAGA: UM ESTUDO SOBRE AS *ZERO-PRICE PLATFORMS* E SEUS DESAFIOS PARA O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

POR

MARIA JULIA MEDINA PENA

Monografia apresentada ao
Departamento de Direito da
Pontifícia Universidade Católica
do Rio de Janeiro (PUC-Rio) para
a obtenção do Título de Bacharel
em Direito.

Orientador(a): Pedro Paulo Salles
Cristofaro

2022.2

*As flores do campo e as paisagens
têm um grande defeito: são gratuitas.*

*O amor à natureza não estimula a
atividade de nenhuma fábrica.*

Aldous Huxley, em Admirável Mundo Novo

*Aos meus pais, Renata e Frederico,
e aos meus irmãos, Beatriz e Felipe,
sem os quais eu não seria.*

Agradecimentos

À minha família – nas figuras dos meus pais, Renata e Frederico, dos meus avós, José Roberto, Marilú, Ari e Norma, e dos meus irmãos, Beatriz e Felipe. Minha fonte primeira de inspiração, base de tudo que sou e espelho de tudo que busco ser. Obrigada pelo amor incondicional. Que sorte a nossa.

À Maria Eduarda Ortega, Luiza Raposo, Gabriel Potsch e Ananda Bricio, minha família escolhida, que me faz acreditar todos os dias na potência dos encontros. Obrigada por serem o colo, a escuta atenta, e a conexão infalível. Não chegaria até aqui sem o apoio e a confiança de cada um de vocês.

À Celina, fonte inesgotável de afeto. Obrigada pela paciência, pelos conselhos certos, pelos sonhos compartilhados e, acima de tudo, por estar ao meu lado em mais essa etapa.

Aos amigos André, Rafael, Ana Teresa, Júlia, Letícia, Ana Beatriz, Ana Clara, João Carlos, Barbara e Dani, por tornarem os meus anos de graduação inesquecíveis, cada qual a sua maneira. Obrigada por fazerem parte das minhas melhores histórias.

À Equipe de Direito da Concorrência do Barbosa Müssnich Aragão Advogados, pelas lições de todas as ordens, que extrapolam, em muito, o apaixonante antitruste. Compor esse time é um orgulho e uma honra.

Aos Professores Renato Beneduzi e Vladimir Cardoso, que acompanharam meus passos desde os primórdios da graduação e se perpetuaram como grandes referências. Vocês são parte essencial e inesquecível dessa conquista.

Ao Professor Pedro Paulo Salles Cristofaro, orientador querido. Obrigada pela confiança, pelas valiosas lições e por me dar a alegria de ser sua orientanda. Espero ter o privilégio de continuar aprendendo contigo.

Por fim, à Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, minha casa e principal desafio.

Resumo

PENA, Maria Julia Medina. **O preço que se paga: um estudo sobre as *zero-price platforms* e seus desafios para o direito da concorrência.** Rio de Janeiro: 2022. 90 p. Trabalho de Conclusão de Curso. Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC-Rio.

O presente trabalho busca analisar o fenômeno da *Data-Driven Economy* e o surgimento das chamadas *zero-price platforms*, estruturas de mercado que operam sem a cobrança de um preço positivo. Diante da centralidade da teoria dos preços e da hegemonia da Escola de Chicago no desenvolvimento das ferramentas de análise concorrencial vigentes, avaliam-se os impactos dessas novas estruturas sobre a prática antitruste. Após, são tecidas considerações sobre as propostas de alteração dos *standards* analíticos para, ao final, concluir-se pela necessidade de atuação integrada e sinérgica entre autoridades de proteção de dados e autoridades de defesa da concorrência.

Palavras-chave: Direito Econômico; Defesa da Concorrência; Antitruste; Escola de Harvard; Escola de Chicago; *Price Theory*; Economia Movida a Dados; Plataformas de Preço Zero; Mercado Relevante; Poder de Mercado; Bem-Estar do Consumidor; Sinergia entre Autoridades.

Abstract

MEDINA PENA, Maria Julia. **The price you pay: a study on zero-price platforms and the challenges they pose for Competition Law.** Rio de Janeiro: 2022. 92 p. Final thesis. Department of Law. Pontifical Catholic University of Rio de Janeiro.

This paper seeks to analyze the phenomenon of the Data-Driven Economy and the emergence of the so-called zero-price platforms – *i.e.* market structures that operate without charging a positive price. Given the centrality of price theory and the hegemony of the Chicago School in the development of the current tools for competition analysis, the impacts of these new structures on antitrust practice are evaluated. Afterwards, considerations are made about the proposals to change analytical standards in order to conclude for the need of integrated and synergic action between data protection authorities and antitrust authorities.

Keywords: Economic Law; Competition Policy; Antitrust; Harvard School; Chicago School; *Price Theory*; Data-Driven Economy; Zero-price platforms; Relevant market; Market power; Consumer welfare; Synergy between authorities.

Sumário

Introdução	8
1. Breve Histórico da Defesa da Concorrência	12
1.1. A Gênese do Movimento Antitruste no Direito Norte-Americano	12
1.2. A História da Defesa da Concorrência no Direito Brasileiro	15
2. Bases Teóricas dos Fundamentos e Objetivos do Antitruste.....	22
2.1. A Escola Estruturalista de Harvard.....	22
2.2. A Escola Neoclássica de Chicago.....	24
2.3. A Centralidade da Price Theory na Análise Concorrencial.....	27
3. A Digitalização da Economia.....	33
3.1. A Gênese da “Data-Driven Economy”	34
3.2. Dos Dados ao Ativo Informacional: Comentários sobre a Big Data	36
4. Freeconomics: O Surgimento das Plataformas Zero-Price	43
4.1. O Valor do “Zero”	44
4.1.1. Os Produtos e Serviços Complementares	46
4.1.2. As Plataformas de Múltiplos Lados	48
4.1.3. O Modelo <i>Freemium</i> ou Pro	51
4.2. Embates Teóricos sobre a Gratuidade das <i>Zero-Price Platforms</i> ..	52
4.2.1. Chris Anderson: A Economia de <i>Bits</i> e a Gratuidade do Século XXI	53
4.2.2. John Newman e o Mito da Gratuidade.....	55
5. Repercussões Concorrenciais: Muitos Desafios, Algumas Perspectivas.....	62
5.1. Superando a <i>Zero-Price Antitrust Exemption</i>	63
5.2. A Definição de Mercado Relevante	67
5.3. Aferição de Poder de Mercado	72
5.4. Análise de Eficiências e Impactos sobre o <i>Welfare</i>	75
5.5. A Antitruste e Privacidade: A Demanda por Sinergia entre Autoridades	77
Conclusão	80
Referências Bibliográficas	83

Introdução

É incorreto assumir que a regulação da concorrência e do poder de mercado surgiu com o Estado liberal, característico do sistema capitalista. A bem da verdade, tais mecanismos remontam à Antiguidade, havendo evidências, inclusive, da existência de disciplina de monopólios na Grécia Antiga como forma de contornar momentos de crise. No entanto, apesar do relevante arcabouço histórico no que tange aos mecanismos de contenção do abuso de poder econômico, nem sempre a concorrência foi compreendida como um bem jurídico digno de tutela *per se*.

Foi só a partir do desenvolvimento industrial e da crescente concentração de poder econômico e, acima de tudo, político, que se passou a entender a relevância de mecanismos que garantissem uma efetiva estrutura competitiva nos mercados. Nos Estados Unidos, tal movimento teve sua gênese no enfrentamento ao poder dos *trusts*, controladores de um número considerável de indústrias de base. No Brasil, por outro lado, as preocupações com a regulação de ordem propriamente concorrencial nasceram com a industrialização pós-1930.

A despeito das particularidades de cada jurisdição, muito se questiona sobre os efetivos fundamentos e objetivos de uma legislação antitruste. Duas doutrinas assumiram protagonismo na tentativa de se encontrar respostas, são elas: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago.

A primeira, também conhecida como “Escola Estruturalista”, entendia que a concorrência deveria ser tida como um fim em si própria. Significa dizer, em outras palavras, que os aplicadores da lei devem se preocupar em garantir uma estrutura de mercado plenamente competitiva, concretizada por meio de uma maior pulverização dos mercados.

A segunda, por sua vez, também conhecida como “Escola Neoclássica”, defendia algo diametralmente oposto. Para os teóricos de Chicago, a concorrência não havia de ser um fim, e sim um meio de obtenção

de algo maior: a maximização das riquezas, e a eficiência dos mercados, esta última concretizada pela redução dos custos de produção e, consequentemente, dos preços percebidos pelos consumidores finais.

Com o passar dos anos, a Escola de Chicago acabou se consagrando como hegemônica para os doutrinadores e práticos do antitruste – inclusive no Brasil. A consequência prática dessa preferência foi a centralidade da *price theory* nos debates que se seguiram. Significa dizer, em outras palavras, que a análise concorrencial passou a estar inteiramente permeada pela análise da racionalidade dos mercados mediante aferição dos preços positivos.

No entanto, séculos após, observa-se um novo momento paradigmático na história econômica. Diante daquilo que se convencionou chamar de “Quarta Revolução Industrial”, emerge um sistema complexo de geração de valor através da coleta e do processamento de dados pessoais. A *Data-Driven Economy* surge, portanto, como contraponto à tradicional *Knowledge-Based Economy*, movida pela detenção de conhecimento, ou seja, de capital intelectual humano.

Nesse novo cenário, em que o processamento de dados assume protagonismo, novas estruturas de mercado emergem. Dentre elas, merecem destaque as chamadas *zero-price platforms*, aqui entendidas como plataformas que operam sem a cobrança de preços positivos ao consumidor final – *i.e.* usuários.

As últimas décadas assistiram ao crescimento desses mercados – em número e protagonismo. Ora, não se paga qualquer cifra monetizada pelo uso do sistema de buscas do Google. Não se cobra qualquer preço pela criação de uma nova conta no Twitter, no Facebook e no Instagram. Não se exigem contraprestações monetárias para o acesso ao *marketplace* da Amazon. Esses são apenas alguns dos infindáveis exemplos.

O que se percebe, portanto, é que, dentre as empresas mais lucrativas do mundo, um número considerável atua em mercados de bens e serviços

zero-price, e colocam em xeque grande parte dos preceitos básicos da doutrina da Chicago.

Diante dessa nova realidade, o presente trabalho se propõe a analisar o surgimento das referidas estruturas, os modelos de negócios que permitem sua exploração de maneira economicamente sustentável e, acima de tudo, seus impactos para o antitruste.

O primeiro capítulo se dedicará, portanto, a traçar um breve panorama histórico do desenvolvimento das legislações de defesa da concorrência, no Brasil e no mundo.

Em seguida, o segundo capítulo se debruçará sobre as correntes doutrinárias que se prestam a fundamentar os referidos diplomas, bem como a identificar seus possíveis objetivos. Como não poderia deixar de ser, especial enfoque será dado às Escolas de Harvard e Chicago.

Ato contínuo, o terceiro capítulo deste trabalho trata dos novos paradigmas de mercado decorrentes da Quarta Revolução Industrial. Será feita uma análise detalhada do surgimento da Economia Digital e da transformação dos dados em ativo informacional, e de como este último se tornou a força motriz da roda econômica do Século XXI.

Feitas as considerações acima, o quarto capítulo tratará dos modelos de negócios que efetivamente permitem uma exploração lucrativa dos bens e serviços de preço zero, quais sejam: os mercados de produtos complementares, as plataformas de múltiplos lados e, por fim, os mercados *freemium*.

Por fim, mas não menos importante, o quinto e último capítulo deste trabalho se debruçará sobre os impactos desses novos mercados sobre o direito da concorrência e sobre suas ferramentas tradicionais de análise e *enforcement*. Especial destaque será dado aos temas da definição de mercado relevante, à aferição de poder de mercado e à análise das eficiências.

Ao final, apresentar-se-ão reflexões e possíveis caminhos para o enfrentamento sinérgico a essa nova realidade, bem como aos dilemas que dela advém, especialmente sob a ótica da regulação econômica e da política concorrencial.

1. Breve Histórico da Defesa da Concorrência

Para que os desafios enfrentados pelo antitruste contemporâneo sejam compreendidos em sua profundidade, é necessário dar um passo atrás e examinar, de antemão, os eventos históricos que transformaram a concorrência em um bem jurídico digno de tutela *per se*.

Em atenção a tal necessidade, o presente capítulo se presta a tecer comentários sobre o pioneirismo do ideário antitruste no Direito Americano, mediante exame do contexto sociopolítico antecedente à edição dos mais relevantes instrumentos normativos de defesa da concorrência, protagonistas do *enforcement* concorrencial norte-americano até os dias atuais.

Nessa mesma toada, será analisada a história da defesa da concorrência no Brasil, por meio da análise das diversas normas de regulação econômica editadas desde a década de 1930 - período em que a maciça industrialização evidenciou os problemas decorrentes da concentração de poder econômico -, até os instrumentos normativos que estruturam o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência como o é atualmente.

1.1. A Gênese do Movimento Antitruste no Direito Norte-Americano

A regulação da concorrência e do poder de mercado antecede, em muito, o sistema capitalista característico dos Estados liberais. A bem da verdade, os primeiros instrumentos normativos dedicados a esse fim remontam à Antiguidade, havendo evidências, inclusive, da existência da disciplina de monopólios na Grécia Antiga como forma de contornar momentos de crise¹. Apesar de o arcabouço histórico não ser desprezível, os pilares do direito concorrencial como o conhecemos, bem como as bases teóricas e instrumentais concebidas para a defesa da ordem econômica contemporânea, remontam ao cenário socioeconômico norte-americano do século XIX.

¹ FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 11^a. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020, pp. 42-44

O aquecimento do mercado americano no cenário pós-Revolução Industrial, em especial no que tange aos setores basais da economia, acabou por fomentar diversos acordos associativos e colaborativos entre agentes econômicos, que possuíam, em seu *core*, o intuito de administrar de forma sistemática e centralizada a atuação dos *players* em um dado mercado². Em última análise, o que se buscava era o aumento do lucro mediante manutenção do poder de mercado e o impedimento à gênese de uma efetiva concorrência.

As estruturas oriundas de tais contratos eram tradicionalmente denominadas *trusts*, justamente em razão da relação de confiança e coordenação estabelecida entre seus membros. O Standard Oil, criado em 1882 e administrado por John D. Rockefeller, foi o primeiro e mais notável *trust* da história americana, tendo permitido, por muitos anos, um verdadeiro controle da indústria petrolífera do país³.

A despeito da inquestionável força política dos *trusts*, as últimas décadas do século XIX foram marcadas por fortes debates acerca da concentração do poder econômico. Se, de um lado, economistas e empresários argumentavam que a concentração era necessária para o incremento da produção e, conseqüentemente, da própria expansão industrial⁴; de outro, consumidores, trabalhadores e pequenos empreendedores sustentavam que a ausência de uma concorrência efetiva os sujeitava às imposições decorrentes do exercício do poder dos *trusts*, tais como elevados custos de produção e, conseqüentemente, impossibilidade de entrada efetiva no mercado⁵.

É justamente dessa contraposição às práticas econômicas vigentes, com tônica crítica à coordenação de mercado, que a defesa da concorrência

² BURNIER DA SILVEIRA, Paulo. **Direito da Concorrência**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 01

³ FORGIONI, Op. Cit., p. 45

⁴ HANDLER, Milton, BLAKE, Harlan M., PITOFKY, Robert e GOLDSCHMID, Harvey J. **Trade regulation: cases and materials**. 3. Ed. Westbury: The Foundation Press, 1994, p. 57.

⁵ FORGIONI, Op. Cit., p. 46

passa a ser coletivamente percebida como bem jurídico digno de tutela e, em última análise, como pilar relevante para o desenvolvimento. Eis a gênese, portanto, do movimento *antitruste*, que clamava pela edição de uma norma que enfrentasse, efetivamente, as mazelas provocadas pelo abuso de poder dos *trusts*⁶.

O antitruste deteve relevância ímpar na campanha eleitoral americana de 1888, e foi justamente o apelo aos seus adeptos que elegeu à presidência o republicano Benjamin Harrison. No entanto, a atenção dada ao tema não era exclusiva da Administração americana. O próprio legislativo, à época, já se debruçava sobre o tema da regulação econômica de mercado.

Em sua obra “Os Fundamentos do Antitruste”, a Prof^a. Paula Forgioni ressalta que, “desde janeiro do mesmo ano de 1888, o Congresso norte-americano já tratava da questão, discutindo o projeto de lei trazido pelo Senador John Sherman”⁷. Anos após, em 1890, o Congresso americano promulgou instrumento normativo a que se convencionou chamar de Sherman Act, em homenagem a seu idealizador, o Sr. John Sherman, senador eleito pelo estado de Ohio.

Até os dias atuais, referido instrumento normativo é internacionalmente celebrado por seu pioneirismo na estruturação das políticas de defesa da concorrência. No entanto, de acordo com a doutrina especializada, a lei não introduziu qualquer novo princípio ao ordenamento americano, limitando-se apenas a asseverar que a livre concorrência deveria ser a principal força motriz da economia nacional, afastando-se qualquer espécie de acordo ou contrato que tendesse a limitá-la⁸.

⁶ DILORENZO, Thomas J. The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective. In: *International Review of Law and Economics*, n. 5, 1985, p. 77

⁷ FORGIONI, Op. Cit., p. 77

⁸ HANDLER, Milton. *Antitrust in perspective: the complementary roles of rule and discretion*. Littleton: Fred. B. Rothman, 1982, p. 03

Percebe-se, portanto, que a despeito de sua relevância histórica, a vagueza das disposições do Sherman Act o tornava insuficiente para o efetivo enfrentamento aos *trusts*⁹.

A ausência de medidas de *enforcement* que efetivamente disciplinassem a concentração econômica deu origem a novas discussões legislativas. Nesse contexto, o chamado Clayton Act – em referência ao senador Henry de Lamar Clayton Jr. - é promulgado pelo legislativo americano. Diferentemente da Lei de 1890, o Clayton Act se propunha a: i) controlar os atos de concentração empresarial; e b) tipificar mais minuciosamente as condutas tidas por anticompetitivas¹⁰. No mesmo ano de 1914, foi promulgado pelo Congresso americano o Federal Trade Commission Act, responsável por criar um órgão público que exercesse a função de regulador mediante aplicação dos instrumentos normativos mencionados acima.

A despeito de sua posição de vanguardista, a história americana não foi linear no que tange à implementação de um sistema de defesa da concorrência, em razão das frequentes e não-desprezíveis alterações no cenário político. No entanto, é seguro dizer que os instrumentos ora analisados¹¹ constituem, até os dias atuais, as bases do antitruste norte-americano.

1.2. A História da Defesa da Concorrência no Direito Brasileiro

Feitas as breves e necessárias considerações sobre o desenvolvimento da política de defesa da concorrência no Direito estrangeiro, passa-se à análise de como tal construção se deu no ordenamento brasileiro.

⁹ HANDLER, op. cit., p. 03

¹⁰ BURNIER DA SILVEIRA, Op. Cit., p. 1

¹¹ Ressalte-se que, para além do Sherman Act, do Clayton Act e do Federal Trade Commission Act, o legislativo norte-americano editou outras normas afetas à pontos específicos de defesa da concorrência, como Robson-Patman Act, que analisou a questão da discriminação, e o Celler-Kefauver Act, que reforçou a disciplina do controle de atos de concentração prevista no art. 7º do Clayton Act.

Embora as normas de regulação da economia brasileira remontem ao período do fiscalismo colonial¹², o efetivo desenvolvimento de um mercado interno somente se deu séculos mais tarde. Por tal motivo, o presente trabalho concentrará seus esforços na construção da narrativa pós-1930, momento em que a industrialização mudou a face da economia nacional.

Conforme mencionado no tópico acima, a elaboração de uma legislação que endereçasse os problemas decorrentes da concentração de poder econômico se fez especialmente relevante no contexto do aquecimento do mercado provocado pela Revolução Industrial. Afinal de contas, a industrialização de setores basilares da economia, tais como a siderurgia, a indústria química e petroleira e o setor ferroviário, demandavam forte concentração de capital para efetiva sua estruturação¹³. Em outras palavras, o investimento em grandes plantas industriais demandava concentração de capital¹⁴.

Em atenção a essa nova realidade, a Constituição de 1934, primeira da Era Vargas, é pioneira ao tratar do tema da liberdade econômica. O art. 115 do referido texto dispunha que

“a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”¹⁵.

Nesse mesmo sentido, lecionava o art. 116 do diploma constitucional que “por motivo de interesse público e autorizada em lei especial, a União poderá monopolizar determinada indústria ou atividade econômica, asseguradas as indenizações devidas”¹⁶.

Percebe-se que, embora a hierarquia constitucional dada ao tema indique a forte preocupação governamental com o funcionamento do

¹² FORGIONI, Op. Cit., p. 89

¹³ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Coleção de Direito Econômico: Direito Concorrencial**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 20.

¹⁴ Ibid, p. 20.

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em 05/10/2022.

¹⁶ Ibid.

mercado, a liberdade econômica do período varguista era limitada e condicionada. Tais formas de intervenção estatal no domínio econômico surgiram como resposta à Crise de 1929, e objetivavam, principalmente, a proteção de *commodities*¹⁷. Sobre o ponto, a Prof^a. Paula Forgioni leciona que “em virtude da crise que se apresentava, tornou-se necessário não apenas contorná-la, mas também conduzir o próprio sistema, justamente para evitar o advento de novas crises”¹⁸.

No ano de 1937 foi editada a “Constituição Polaca”, responsável pela introdução de novos conceitos ao histórico da regulação econômica do mercado brasileiro. De nítida inspiração fascista, o diploma sujeitava a liberdade econômica à intervenção do Estado para suprir deficiências da iniciativa individual e para coordenar os fatores de produção. Para além do condicionamento da atividade interventiva a situações específicas, o art. 135 do texto constitucional também propôs uma efetiva tipologia dos mecanismos de intervenção, quais sejam: o controle, o estímulo e a gestão direta¹⁹.

A Constituição de 37 também previa, em seu art. 141²⁰, o conceito de “crimes contra a economia popular”, e os equiparava aos crimes contra o Estado. O referido dispositivo foi, posteriormente, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 869/1938²¹, que tipificou os crimes contra a economia popular, tratou da fixação de preços, da manipulação de oferta e demanda, de preço predatório, e de outros temas de relevância concorrencial. Além disso, em seu art. 2º, III, disciplinou o controle de acordos ou atos que pudessem impedir a concorrência com objetivo de atingir o aumento arbitrário dos lucros.

¹⁷ CARONE, Edgard. *A segunda república (1930-1937)*. São Paulo: Difel, 1973.

¹⁸ FORGIONI, Op. Cit., p. 102

¹⁹ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao37.htm>>. Acesso em 06/10/2022.

²⁰ Ibid.

²¹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 06/10/2022.

Uma leitura conjunta dos dispositivos mencionados acima evidencia uma mudança não-desprezível na ideologia interventiva de Vargas. Ao passo em que na ordem constitucional de 1934 o Estado figurava como verdadeiro condutor, sendo garantida a liberdade econômica apenas dentro de determinados limites, na vigência do diploma de 1937 imperava a crença de que a atuação estatal deveria estar limitada à neutralização das falhas na estrutura do mercado e seus efeitos autodestrutíveis²².

Em junho de 1945, ainda sob administração de Getúlio Vargas, é editado o Decreto-Lei nº 7.666/45. Em razão das características físicas de seu idealizador, o então Ministro da Justiça e dos Negócios Interiores do Estado Novo, Sr. Agamenon Magalhães, referido instrumento ficou conhecido como “Lei Malaia”²³. A norma enquadrava algumas condutas anticompetitivas como ilícitos administrativos, e inovou ao prever, em seu art.19, a criação de um órgão responsável pela aplicação de seus ditames – a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE)²⁴.

Embora muitos tenham Agamenon Magalhães como o vanguardista do antitruste brasileiro, é importante consignar que seus objetivos eram essencialmente nacionalistas. A bem da verdade, o que se buscava era blindar a indústria nacional do poder econômico decorrente do capital estrangeiro²⁵. Seja como for, a Lei Malaia teve vida curta. Menos de seis meses após sua publicação, no dia 9 de novembro de 1945, o Decreto-Lei nº 7.666 foi revogado em razão da queda de Vargas e da instalação de um governo provisório²⁶.

²² FORGIONI, Op. Cit., p. 106

²³ MAGALHÃES, Paulo Germano de. **As Origens do Nome “Lei Malaia”**. Entrevista concedida à Secretária-Executiva do CADE. Direito Econômico: Revista do CADE, Brasília, n. 4, jan./jul., 1988, pp. 11-13

²⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7666.htm>. Acesso em 06/10/2022.

²⁵ FORGIONI, Op. Cit., p. 107

²⁶ PEREIRA NETO, CASAGRANDE, Op. Cit., p. 22.

Embora a Constituição de 1946 tenha mencionado, expressamente, em seu art. 148, o princípio da repressão ao abuso do poder econômico²⁷, foi só em 1962 que o Brasil passou a ter regulamentação específica para este fim²⁸. A Lei nº 4.137²⁹, de 10 de setembro de 1962, aprovada após longo processo legislativo, foi a primeira norma efetivamente antitruste a adentrar no ordenamento jurídico brasileiro. Foi ela a responsável por criar, em seu Capítulo II, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, órgão do Ministério da Justiça responsável pela aplicação de sanções de natureza concorrencial, e por delinear noções de controle de operações entre *players* de mercado³⁰.

Referida Lei não possuiu maior sorte no que tange a sua eficácia. Com a queda do Governo do Presidente João Goulart e o início do regime militar, a economia nacional adotou modelo de desenvolvimento centralizado e fortemente pautado na intervenção estatal direta³¹, que afastava dos holofotes qualquer regra que objetivasse garantir um modelo de mercado pautado na livre concorrência. A doutrina especializada chama a atenção para os chamados “surto de vigência”³² da Lei 4.137/62, pautados na ausência de uma atuação linear e consistente de política antitruste.

Com o fim dos anos 80 e a progressiva liberalização do mercado, a necessidade de reforçar as regras de regulação de mercado se tornou latente. Foram aprovadas, então, diversas medidas legislativas isoladas – como a Lei nº 8.137/90³³ que, dentre outros pontos, definiu sanções criminais para a

²⁷ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em 07/10/2022.

²⁸ Não se ignora, aqui, a existência de disposições tipicamente antitruste no corpo da Lei 1.521/51, que regulamentou as disposições do Decreto-Lei nº 869/38 no que tange aos crimes contra a economia popular.

²⁹ BRASIL, **Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4137-10-setembro-1962-353932-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em 18/10/2022.

³⁰ PEREIRA NETO, CASAGRANDE, Op. Cit., p. 22.

³¹ Ibid, p. 23.

³² FORGIONI, Op. Cit., p. 124

³³ BRASIL, **Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm> Acesso em: 18/10/2022.

prática de cartel, e a Lei nº 8.158/91³⁴, que criou a Secretaria Nacional de Desenvolvimento Econômico (SNDE), que deveria interagir com o CADE na investigação de condutas anticompetitivas.³⁵

No entanto, o panorama legislativo ainda era insuficiente para abarcar todas as necessidades de uma significativa abertura comercial. Por tal razão, no ano de 1994, mesmo ano de aprovação do Plano Real, foi editada a Lei nº 8.884/94, que revogou a norma promulgada no governo João Goulart e estabeleceu uma nova sistemática de controle de condutas e estruturas de mercado, sistematizando a matéria antitruste³⁶.

Sob a nova ordem, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) era pautado: i) no CADE, autarquia federal com autonomia decisória; ii) na Secretaria de Acompanhamento Econômico – SEAE, vinculada ao então Ministério da Fazenda; e iii) na Secretaria de Direito Econômico – SDE, vinculada ao Ministério da Justiça.³⁷ Dentre os principais pilares da nova legislação, tinha-se a consolidação do controle dos atos de concentração empresarial e do controle de cartéis³⁸. Cumpre esclarecer que, à época, o controle de concentrações se dava na modalidade *ex post*, ou seja, a posteriori. Em outras palavras, uma concentração empresarial de notificação obrigatória poderia ser consumada antes de emissão de decisão final por parte da autoridade antitruste³⁹.

Embora o avanço na política de defesa da concorrência sob a vigência da Lei 8.884/94 seja inegável, o arranjo de divisão do sistema em três órgãos distintos e a opção da adoção do controle a posteriori de concentrações ainda eram obstáculos ao funcionamento pleno do SBDC⁴⁰. Se, de um lado, a separação dos órgãos era pouco funcional, de outro, a adoção do controle *ex*

³⁴ BRASIL. **Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8159.htm> Acesso em: 18/10/2022

³⁵ PEREIRA, CASAGRANDE, Op. Cit., p. 23

³⁶ Ibid, p. 24.

³⁷ BRASIL. **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm> Acesso em: 18/10/2022

³⁸ FORGIONI, Op. Cit., pp. 126-127

³⁹ PEREIRA NETO, CASAGRANDE, Op. Cit., p. 24

⁴⁰ Ibid., p. 24.

post dificultava a atuação preventiva dos órgãos de defesa da concorrência pois, no caso de uma operação ser reputada anticompetitiva após consumada, o retorno ao *status quo ante* se fazia especialmente delicado⁴¹. Paulo Burnier da Silveira ilustra bem essa dificuldade com o termo “*unscramble the scrambled eggs*”⁴².

Foram justamente as dificuldades mencionadas acima que motivaram a apresentação, em 2005, de um novo Projeto de Lei que tratasse da estrutura do SBDC. Após longo processo legislativo, foi sancionada, em 30 de novembro de 2011, a Lei nº 12.529⁴³, responsável por reestruturar o SBDC. Dentre as principais mudanças, tem-se: i) a incorporação das competências da antiga SDE pelo CADE; ii) a organização do CADE em duas divisões principais, quais sejam: o Tribunal Administrativo e a Superintendência-Geral; e iii) a adoção do modelo *ex ante* de controle de concentrações⁴⁴.

As inovações garantiram maior eficácia, linearidade e consistência à política de defesa da concorrência brasileira. Não por outra razão, são os principais pilares do SBDC vigente até os dias atuais.

⁴¹ Ibid., p. 24.

⁴² BURNIER DA SILVEIRA, Op. Cit., p. 10

⁴³ BRASIL, Lei 12.529/11, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm> Acesso em: 18/10/2022

⁴⁴ FORGIONI, Op. Cit., p. 128

2. Bases Teóricas dos Fundamentos e Objetivos do Antitruste

O capítulo acima se propôs a uma retomada histórica do surgimento dos primeiros instrumentos legislativos de defesa da concorrência no direito estrangeiro, bem como à análise de sua gênese no cenário brasileiro. No entanto, é comum que a edição de normas inovadoras anteceda o surgimento de doutrinas que visem fundamentá-las. Considerando que os mecanismos de repressão à concentração e ao abuso do poder econômico constituem, em última análise, uma escolha política, a remissão teórica permite compreender o passado e propor caminhos para o enfrentamento aos problemas de hoje e de amanhã.

Em vista disso, após a necessária introdução histórica das bases positivas do Direito da Concorrência, cumpre analisar a produção teórica a seu respeito. No presente capítulo, serão analisadas as principais divergências doutrinárias acerca dos fundamentos e objetivos da tutela da concorrência. Ênfase será dada às duas principais correntes acerca do tema, quais sejam: a Escola de Harvard e a Escola de Chicago⁴⁵.

2.1. A Escola Estruturalista de Harvard

A Escola Estruturalista do Antitruste surge em meados do século XX, a partir dos trabalhos desenvolvidos por economistas da Universidade de Harvard. Tais acadêmicos destinavam suas obras à análise dos riscos decorrentes da concentração de poder econômico e argumentavam que, para enfrentá-la, o mercado deveria possuir uma estrutura competitiva viável – *i.e.* uma *workable competition*. Significa dizer, em outras palavras, que a existência maior pulverização seria capaz de frear a adoção de práticas

⁴⁵ A análise das Escolas de Harvard e Chicago não pretende esgotar o tema das bases doutrinárias do antitruste, nem preterir outras importantes correntes de pensamento, como aquela desenvolvida pelos acadêmicos europeus ordoliberais da Escola de Freiburg. No entanto, em razão do crescimento histórico das convergências, optou-se por trazer ao presente trabalho maiores esclarecimentos sobre as duas doutrinas que buscavam fundamentar o vanguardismo da legislação concorrencial americana.

anticompetitivas decorrentes da concentração de poder econômico e garantir, enfim, o bem-estar do consumidor⁴⁶.

Para sustentar tal tese, referidos teóricos argumentavam que, quando da edição do Sherman Act e do Clayton Act, o legislador americano buscava tão somente conter o poder econômico e político detido de forma concentrada por alguns grupos⁴⁷, os *trusts* – i.e. Standard Oil. O propósito normativo seria, portanto, o de proteger o pequeno empresário do exercício de poder concentrado das grandes corporações, ainda que dele não decorressem preços mais altos ou queda da qualidade dos bens ofertados.

A aplicabilidade desta doutrina pode ser verificada no julgado *United States v. Aluminum Co. of America*⁴⁸. Na ocasião, o magistrado Learned Hand, da *Court of Appeals for the Second Circuit*, entendeu que a Alcoa deveria ser responsabilizada pela monopolização da indústria americana de alumínio, a despeito de desenvolver produtos de alta qualidade, comercializados a baixos preços. Confira-se abaixo o entendimento proferido pela Corte:

*Having proved that "Alcoa" had a monopoly of the domestic ingot market, the plaintiff had gone far enough; if it was an excuse, that "Alcoa" had not abused its power, it lay upon "Alcoa" to prove that it had not. But the whole issue is irrelevant anyway, for it is no excuse for "monopolizing" a market that the monopoly has not been used to extract from the consumer more than a "fair" profit. The Act has wider purposes. Indeed, even though we disregarded all but economic considerations, it would by no means follow that such concentration of producing power is to be desired, when it has not been used extortionately.*⁴⁹

⁴⁶ HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Massachusetts: Harvard University Press, 2008, p. 44.

⁴⁷ PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. Indiana Law Journal, Volume 82, Issue 2. 2007. p. 346. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4/>> Acesso em: 5 de out. de 2022.

⁴⁸ O racional da Escola de Harvard também é notadamente aplicado no caso *United States v. Philadelphia National Bank*. No julgado de 1963, a Suprema Corte dos EUA aplicou a tese da presunção de ilegalidade de certas operações societárias encabeçadas por *players* com alta participação de mercado. (EUA. US Supreme Court. *United States v. Philadelphia National Bank*. 374 U.S 321 (1963). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/374/321/>> Acesso em: 10 de out. de 2022).

⁴⁹ Em tradução livre: Restando comprovando que a “Alcoa” tinha o monopólio do mercado doméstico de lingote, a autora já tinha ido longe o suficiente; se a justificativa era a de que a “Alcoa” não tinha abusado do seu poder de mercado, caberia a própria “Alcoa” provar que não o tinha. De todo modo, a questão toda é irrelevante, pois não utilizar o monopólio para extrair dos consumidores lucros injustos não é uma justificativa para monopolizar um mercado. A lei tem propósitos mais amplos. De fato, mesmo que desconsideremos todas as considerações, exceto as econômicas, de

De acordo com a doutrina especializada, a recepção dos princípios da Escola de Harvard pelas Cortes americanas possuía benefícios claros. Para além da maior resistência quanto às operações que elevassem os níveis de concentração em dado mercado, pode-se dizer que a previsibilidade das decisões permitia que as empresas jurisdicionadas tivessem maior clareza acerca de quais condutas evitar⁵⁰. No entanto, a presunção de ilegalidade das condutas praticadas por empresas detentoras de altos *market-shares* também oferecia riscos não-desprezíveis.

Não por outra razão, nas décadas seguintes, a aplicação da teoria desenvolvida em Harvard passou a ser alvo de objeção. Estudiosos da Universidade de Chicago arguíam que a aplicação irrestrita de seus preceitos impedia que grandes corporações adotassem práticas benéficas aos consumidores, muito embora a adoção de condutas similares fosse permitida a empresas com participações de mercado menores. Os principais fundamentos dessa doutrina, denominada de “neoclássica”, serão debatidos no tópico a seguir.

2.2. A Escola Neoclássica de Chicago

A Escola Neoclássica da Defesa da Concorrência tem suas raízes no final da década de 1960. A partir do trabalho de um grupo de economistas da Universidade de Chicago, passou-se a entender que o objetivo do legislador americano no momento da edição das leis antitruste não dizia respeito à defesa dos pequenos empresários face a concentração de poder econômico, mas à garantia de maximização das eficiências econômicas⁵¹.

forma alguma se concluiria que tal concentração de poder produtivo é desejada, ainda que não tenha sido utilizada de forma extorsiva. (EUA. United States Court of Appeals for the Second Circuit. *United States v. Alcoa*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F2/148/416/1503668/>> Acesso em: 7 de out. de 2022)

⁵⁰ PIRAINO JR., Op. Cit., p. 349

⁵¹ BORK, Robert. *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*. Apud. PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. Indiana Law Journal, Volume 82, Issue 2. 2007. p. 350. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4/>> Acesso em: 5 de out. de 2022

De acordo com Robert Bork, um dos precursores da Escola de Chicago, a métrica para avaliação da eficiência de mercado seria a existência de baixos custos de produção, preços reduzidos e oferta abundante de bens e serviços desejados pelo público⁵². Esse aumento de riqueza, em resumo, configuraria o que se convencionou chamar de *consumer welfare* (bem-estar do consumidor)⁵³.

Como se sabe, a Escola de Chicago é notadamente reconhecida pelo seu alinhamento principiológico com o liberalismo econômico. Isso porque os teóricos filiados a tal doutrina entendiam que os mercados deveriam ser, em grande parte, livres de intervenção estatal, por possuírem capacidade de corrigir eventuais desequilíbrios por conta própria. Tal capacidade, sustentam, adivinha da tendência natural das empresas de buscarem eficiência – ou seja, baixos custos de produção capazes de gerar preços baixos para o consumidor⁵⁴.

Para além, os economistas de Chicago defendiam uma atuação limitada das autoridades de regulação econômica. Por entenderem que estas raramente seriam capazes de propor soluções regulatórias mais eficientes que as próprias forças mercadológicas, sustentavam que o *enforcement* antitruste deveria ocorrer tão somente nos casos em que a prática anticompetitiva figurasse excessivamente danosa ao bem-estar do consumidor⁵⁵.

A recepção da teoria desenvolvida em Chicago pelas Cortes americanas só seria percebida ao fim da década de 1970, em decorrência da nomeação de alguns de seus principais defensores – i.e. Robert Bork e Richard Posner - para cargos federais. A incorporação de tais entendimentos

⁵² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021, pp. 20-22.

⁵³ Ibid.

⁵⁴ FOX, Eleanor. *The Battle for the Soul of Antitrust*. Apud. PIRAINO JR., Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century**. Indiana Law Journal, Volume 82, Issue 2. 2007. p. 350. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4/>>. Acesso em: 05/10/2022

⁵⁵ HOVENKAMP, Hebert. *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*. Apud. PIRAINO JR., Thomas A. **Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century**. Indiana Law Journal, Volume 82, Issue 2. 2007. p. 351. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4/>>. Acesso em: 05/10/2022

aos casos concretos foi se dando paulatinamente durante as décadas que seguiram até que, já no início dos anos 1990, a doutrina desenvolvida em Chicago era dominante na prática antitruste norte-americana⁵⁶.

Dentre as principais viradas jurisprudenciais decorrentes dessa mudança de entendimento, pode-se citar o abandono da presunção de ilegalidade e a exigência de comprovação de efeitos anticompetitivos de determinada conduta para que se caracterizasse a antijuridicidade da prática⁵⁷, de modo que a simples demonstração da participação de mercado não mais satisfazia aos reguladores. Um exemplo claro da aplicação prática desta doutrina pode ser verificado na decisão da *Federal Trade Commission* sobre a compra, pela Boeing, da McDonell Douglas Corporation⁵⁸. A aquisição levou a um duopólio no mercado mundial de produção de aeronaves comerciais.

Ocorre que se, de um lado, o afastamento da presunção de ilegalidade foi um verdadeiro alívio para os *players* detentores de maior participação de mercado, de outro, a necessidade de análise casuística dos efeitos anticompetitivos gerava enorme falta de previsibilidade a respeito das decisões⁵⁹.

O que se extrai dessa análise é que ambas as correntes – de Harvard e de Chicago – possuem suas fortalezas e vulnerabilidades. No entanto, a adoção majoritária pelas Cortes americanas da teoria neoclássica fez com que a análise de preços assumisse protagonismo na defesa da concorrência. Isso porque, conforme já esclarecido, para tais doutrinadores, o bem-estar do consumidor decorre diretamente da ideia de eficiência econômica, verificada pelos baixos custos de produção e, conseqüentemente, baixos preços. O tópico abaixo se presta, portanto, a discutir a bases de tal protagonismo e suas

⁵⁶ PIRAINO JR. Op. Cit. p. 351.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. Federal Trade Commission. **The Boeing Company/McDonell Douglas Corporation**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/1997/07/ftc-allows-merger-boeing-company-mcdonnell-douglas-corporation>> . Acesso em: 08/10/2022.

⁵⁹ Ibid, p. 352.

deficiências, especialmente sob o prisma da economia inovadora e dos mercados digitais.

2.3. A Centralidade da Price Theory na Análise Concorrencial

Para que o presente tópico seja compreendido em sua completude, é relevante ter em mente que, conforme estudado no tópico acima, a Escola de Chicago, fortemente calcada na noção de eficiência como mecanismo de garantia do bem-estar do consumidor, assume protagonismo na prática concorrencial desde a década de 1970. Embora o embrião desta doutrina seja a jurisdição norte-americana, seus ditames se espalham pelo mundo até os dias atuais, e são responsáveis por moldar, inclusive, os pilares do antitruste brasileiro, sem maiores ressalvas.

Nas palavras de Luis Fernando Schuartz, em artigo intitulado “A Desconstitucionalização do Direito da Concorrência”⁶⁰:

Aquilo que, nos Estados Unidos, era o resultado parcial de uma complexa interação entre direito e ciência econômica e de uma evolução jurisprudencial com fissuras e tensões, celebrou-se, no Brasil, como referencial normativo indisputado, pronto e acabado para uso imediato.

A remissão teórica não é desprezível. O alinhamento ideológico para com os princípios basilares da Escola de Chicago levou, invariavelmente, à adoção da *price-theory* por parte das autoridades⁶¹. Em suma, tal teoria está calcada na ideia de que os mercados têm sua racionalidade voltada para o aumento de lucro e que, portanto, os recursos serão alocados para as áreas em que houver maior probabilidade de retorno⁶².

A adoção dessa teoria pela Escola de Chicago é lógica. Ora, se: i) os teóricos neoclássicos entendem que o objetivo central da tutela da

⁶⁰ SCHUARTZ, Luis Fernando. **A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência**. In: Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. 2008. p. 09. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucionalizacao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 25/10/2022.

⁶¹ POSNER, Richard. *The Chicago School of Antitrust Analysis*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 127:925, 1979. p. 932 Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn_law_review>. Acesso em: 08/10/2022.

⁶² Ibid, p. 328.

concorrência é garantir eficiência; e ii) que a eficiência está configurada quando há baixos custos de produção, redução dos preços para o consumidor e maximização de riquezas; a adoção da teoria econômica pautada na análise da racionalidade dos lucros é intuitiva. Não por outra razão, a análise dos preços posa como questão central nas políticas antitruste contemporâneas⁶³, especialmente na análise concorrencial que antecede a apreciação de atos de concentração⁶⁴.

Entende-se por “análise concorrencial” o conjunto de instrumentos dos quais a autoridade antitruste se vale para identificar os efeitos líquidos de determinado ato de concentração⁶⁵. Em outras palavras, busca-se aferir se uma determinada operação empresarial gera efeitos negativos ao mercado. Em caso negativo, deverá ser aprovada sem restrições. Em caso positivo, a autoridade concorrencial poderá reprová-la ou condicionar sua aprovação à aplicação de remédios.

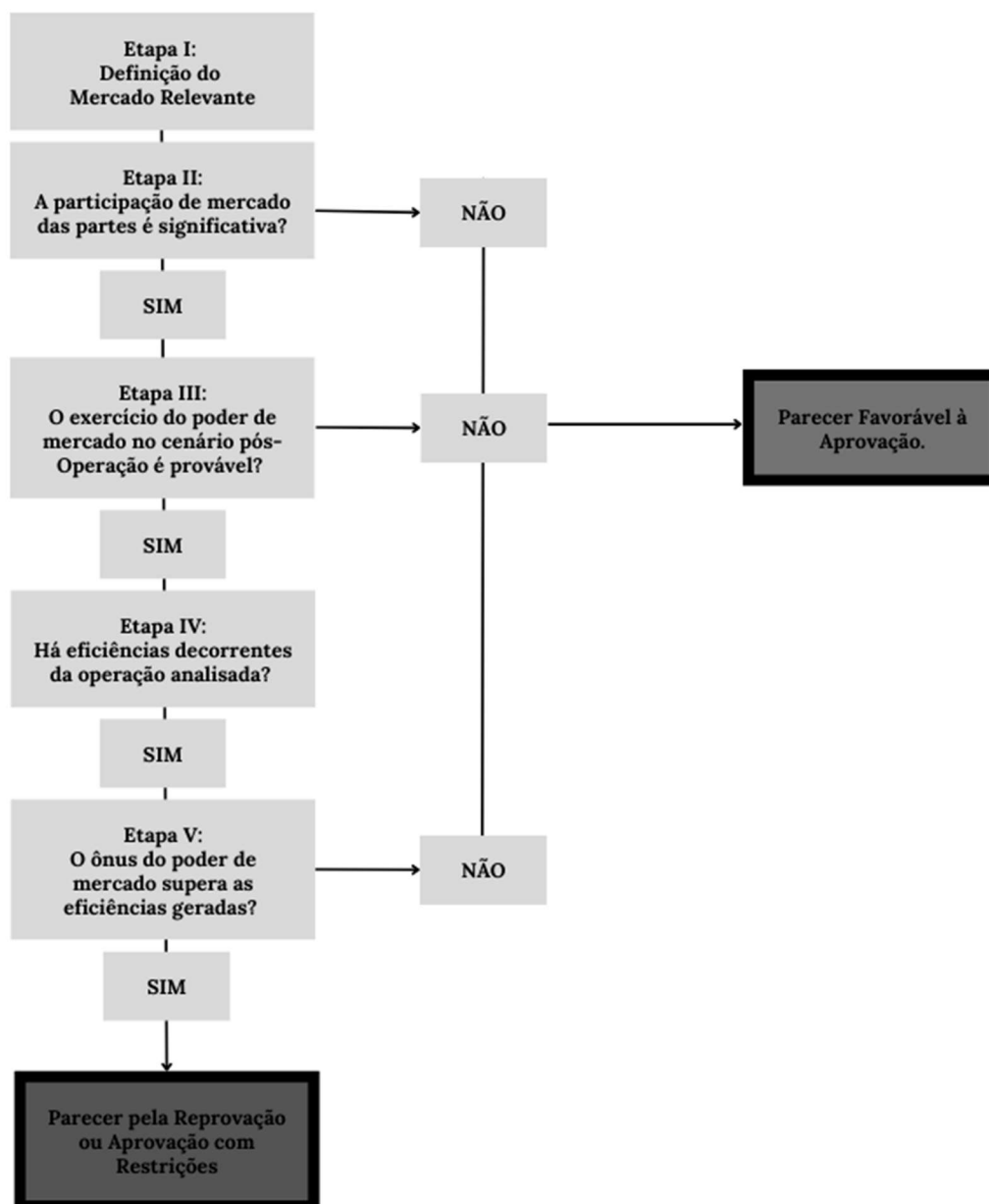
A análise concorrencial de um ato de concentração consiste em cinco grandes etapas, sendo elas: a definição do mercado relevante; a aferição dos níveis de concentração, com base na análise da participação de mercado das partes envolvidas; a verificação da probabilidade de exercício do poder de mercado decorrente da operação; a análise das eficiências econômicas; e, por fim, a avaliação dos efeitos líquidos da concentração. Confira-se, abaixo, fluxograma da análise concorrencial:

⁶³ OCDE. *Policy Roundtables: Two-Sided Markets*. 17 de dez. de 2009, p. 151. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>>. Acesso em: 10/10/2022.

⁶⁴ De acordo com o artigo 90 da Lei 12.529/2011, os atos de concentração são as fusões de duas ou mais empresas anteriormente independentes; as aquisições de controle ou de partes de uma ou mais empresas por outras; as incorporações de uma ou mais empresas por outras; ou, ainda, a celebração de contrato associativo, consórcio ou joint venture entre duas ou mais empresas que atinjam determinados critérios de faturamento mínimo. Nesse sentido, conforme o artigo 88 da Lei 12.529/2011, com valores atualizados pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, só deverão ser obrigatoriamente notificados ao CADE os atos de concentração, em qualquer setor da economia, em que pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750 milhões, e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado faturamento bruto anual ou volume de negócios total no Brasil, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75 milhões.

⁶⁵ BURNIER DA SILVEIRA, Op. Cit., p. 36

Figura I – Etapas da Análise Concorrencial de Atos de Concentração⁶⁶



O que se percebe é que, dentro da referida análise, dois conceitos recebem especial destaque, sendo especialmente sensíveis para a aprovação ou reprovação de determinada operação, quais sejam: a definição de “mercado relevante” e a aferição de “poder de mercado”.

⁶⁶ Elaboração própria, com base nas informações do Guia SEAE/SDE para Análise dos Atos de Concentração. (Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001. Disponível em: <<https://edisciplinas.usp.br/mod/folder/view.php?id=2513437>>. Acesso em: 13/11/2022.

Entende-se por mercado relevante o conjunto de produtos e serviços e a área geográfica em que estes, efetivamente, concorrem⁶⁷. O mercado relevante é composto de duas dimensões: a dimensão produto, referente aos bens e serviços que efetivamente competem entre si; e a dimensão geográfica, referente às regiões entre as quais há uma efetiva competição relativa aos produtos ofertados.

Para a definição dessas duas dimensões, as autoridades da defesa da concorrência de todo o mundo costumam recorrer a uma técnica denominada de Teste do Monopolista Hipotético (TMH)⁶⁸. Em breve síntese, o referido teste se pauta na aferição da possibilidade de um *player* monopolista impor, em determinada área geográfica, um pequeno, mas significativo e não-transitório, aumento de preços (*small but significant non-transitory increase in price*).

Por outro lado, entende-se por poder de mercado a capacidade de um determinado *player*, unilateralmente, aumentar sua lucratividade, mediante elevação dos preços acima dos níveis competitivos. Em outras palavras, trata-se da capacidade de um único agente econômico, por conta própria, impactar as condições de um dado mercado, em especial os preços sob os quais determinados produtos e serviços são comercializados⁶⁹.

Em vista disso, buscando garantir maior transparência para os agentes de mercado acerca de seus mecanismos práticos de definição de mercado relevante e de diagnóstico de poder de mercado, conforme conceituados

⁶⁷ Ibid, p. 37; HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Saint Paul: West Group, 2005. pp. 83-90; PEREIRA NETO, CASAGRANDE, Op. Cit., p. 67.

⁶⁸ BURNIER DA SILVEIRA, Op. Cit., p. 37; PEREIRA NETO, CASAGRANDE, Op. Cit., p. 68.

⁶⁹ O poder de mercado, no entanto, não se confunde com a posição dominante, configurada quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante. No que tange a esse conceito, especificamente, sei extrai do §2º do art. 36 da Lei 12.529/11 que “Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.”

acima, é comum que autoridades concorrenciais elaborem guias de análise concorrencial de atos de concentração.

Nesse ínterim, o *Department of Justice* e a *Federal Trade Commission* elaboraram, em agosto de 2010, documento intitulado *Horizontal Merger Guidelines*⁷⁰. O material consigna que, para que uma operação leve a um aumento de poder de mercado, é necessário que dela decorra, dentre outros pontos, uma possibilidade de aumento de preços por uma ou mais empresas concorrentes⁷¹.

No mesmo sentido, o Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal, elaborado pelo CADE em julho de 2016⁷², leciona que

“entre os efeitos negativos de uma concentração [...] é possível mencionar os seguintes: elevação de preços aos consumidores; diminuição da quantidade, de qualidade e/ou de variedade de produtos ou serviços a um dado preço [...]”⁷³.

Deixadas de lado as particularidades de cada jurisdição, nota-se que há um ponto claro de convergência, qual seja – a centralidade da análise de preços, especialmente para fins de definição do mercado relevante e para análise da existência de poder de mercado.

Ocorre que, com o avanço tecnológico advindo da “Quarta Revolução Industrial”⁷⁴, novos modelos de negócio passaram a assumir o centro dos debates econômicos. Muitas das empresas mais valiosas do mundo, atualmente, operam serviços essencialmente gratuitos, que não exigem contraprestações pecuniárias por parte do usuário final. A ferramenta de buscas do Google, as redes sociais, como Facebook, Instagram e Twitter, os serviços de navegação, como o Waze, e as plataformas de armazenagem de

⁷⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>>. Acesso em: 11/10/2022.

⁷¹ Ibid, p. 02.

⁷² BRASIL. CADE. *Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Julho de 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em: 11/10/2022.

⁷³ Ibid, p. 07.

⁷⁴ WEF. The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond. Jan. de 2016. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>>. Acesso em: 12/10/2022.

conteúdo, como o Dropbox, são apenas alguns dos infindáveis exemplos.

Nesse sentido:

Modern antitrust law is firmly grounded in neoclassical economics, which is in turn centered on price theory. Steeped in price theory, preeminent antitrust theorists have urged that without prices there can be no markets, and consequently no market power. This heavy methodological dependence on positive prices has led antitrust courts and enforcement agencies to overlook potentially massive welfare harms⁷⁵.

As perguntam que se estabelecem são inúmeras. Em primeiro lugar, se determinados bens e serviços são ofertados a preço zero, como são capazes de gerar lucro a quem os explora? A resposta é complexa, e passa, antes de mais nada, pela análise do protagonismo assumido pelo processamento de dados pessoais e pela gênese da chamada *Data-Driven Economy* (Economia Movida a Dados).

Mas não é só. Para além da compreensão das novas estruturas mercadológicas e da racionalidade econômica dos modelos de negócio *zero-price*, o estudo dos impactos de tais inovações ao antitruste é medida que se impõe. Surge, portanto, nova questão: como adequar as ferramentas tradicionais de análise concorrencial, fortemente centradas na análise de preços, a tais estruturas?

É justamente ao endereçamento das questões acima delineadas que os próximos capítulos se propõem.

⁷⁵ Em tradução livre: A lei antitruste moderna está firmemente pautada na economia neoclássica, que, por sua vez, está centrada na teoria dos preços. Incrustados na teoria dos preços, os teóricos antitruste preeminentes têm insistido que sem preços não pode haver mercados e, consequentemente, não pode haver poder de mercado. Esta forte dependência metodológica dos preços positivos tem levado os tribunais concorrenciais e as agências de aplicação da lei a negligenciarem os danos potencialmente massivos ao bem-estar.

3. A Digitalização da Economia

Os tópicos acima se debruçaram sobre a origem histórica da tutela da concorrência, as Escolas tradicionais que buscaram fundamentá-la e os mecanismos concretos de *enforcement* que delas decorrem. Essas estruturas, no entanto, têm sido desafiadas pelas drásticas mudanças no ecossistema mercadológico, especialmente no contexto da digitalização econômica vivenciada nas últimas décadas.

As tradicionais estruturas de mercado, pautadas no condicionamento da oferta de bens e serviços a contraprestações pecuniárias, vêm perdendo o protagonismo, e o tratamento de dados pessoais vem se mostrando como a principal força motriz econômica e das próprias condições competitivas. Nesse cenário de inovação e disrupção, as estruturas tradicionais de análise e *enforcement* antitruste têm sido postas em xeque. É justamente em atenção ao cenário descrito acima que o recorte do presente capítulo se torna pertinente.

Com base no exposto, os próximos trechos deste trabalho se dedicarão aos fundamentos daquilo que se convencionou chamar de *data-driven economy*, bem como à análise dos novos modelos de negócio que dela decorrem. Dentro desse rol, merecem especial atenção as chamadas plataformas *zero-price*, centrais nos questionamentos enfrentados pelos mecanismos clássicos de análise concorrencial. Somente a partir da compreensão de sua gênese desse novo modelo econômico e de seus mecanismos de operação é que se pode adentrar nos dilemas que dele decorrem e, posteriormente, nas possíveis soluções para seu endereçamento devido.

3.1. A Gênese da “Data-Driven Economy”

O termo “Quarta Revolução Industrial” foi utilizado pela primeira vez no ano de 2016, em livro de mesmo nome⁷⁶, escrito pelo engenheiro e economista Klaus Schwab, fundador e presidente executivo do Fórum Econômico Mundial. Trata-se de uma tentativa de conceituar as transformações políticas, sociais, jurídicas e econômicas decorrentes dos impactos da tecnologia disruptiva sobre as etapas da produção, os modelos de negócio e a economia de uma forma geral.

Em apertada síntese, o ecossistema de desenvolvimento da Quarta Revolução Industrial, também chamado de “Indústria 4.0”, seria caracterizado pela digitalização dos processos produtivos a partir do tratamento de grandes volumes de dados, por intermédio de ferramentas como inteligência artificial, robótica e Internet das Coisas (IoT).

É seguro afirmar, portanto, que as ferramentas de aprimoramento e maximização produtiva na economia digital da Indústria 4.0 subordinam-se a coleta e ao processamento de dados em grande escala, transformando-os em ativo informacional, o que permite o desenvolvimento e a oferta de bens e serviços cada vez mais personalizados ao público-alvo. Em outras palavras, os dados passam a operar como força motriz da roda econômica⁷⁷, e não por outra razão são reputados como um dos recursos mais valiosos do cenário econômico contemporâneo⁷⁸.

Do cenário descrito acima, emerge a chamada *Data-Driven Economy*, ou Economia Movida a Dados, entendida aqui como o ecossistema digital de geração de valor decorrente da coleta e tratamento de dados pessoais por uma

⁷⁶ SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. 1ª Ed. Nova York: Penguin Random House, LLC, 2016.

⁷⁷ MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. CUKIER, Kenneth. **Big Data: Como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informações cotidianas**. Tradução Paulo Polzonoff Junior. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013, pp. 08-12.

⁷⁸ THE ECONOMIST. *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*. Março de 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-mostvaluable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em 15/10/2022.

rede de fornecedores⁷⁹. Em outras palavras, a tecnologia da informação se torna insumo para o desenvolvimento de produtos e serviços digitais.

A *Data-Driven Economy* emerge, portanto, como contraponto à tradicional *Knowledge-Based Economy*⁸⁰, movida pela detenção de conhecimento, ou seja, de capital intelectual humano^{81 82}. As diferenças estruturais identificáveis entre os modelos econômicos supramencionados são inúmeras. No entanto, duas delas merecem especial destaque, conforme será tratado a seguir.

O primeiro ponto de diferenciação entre a *Data-Driven Economy* e a *Knowledge-Based Economy* é a noção de assimetria informacional. Ao passo em que nesta a técnica por detrás das inovações é, eventualmente, levada à conhecimento público, naquela, os mecanismos de processamento de dados e de geração de capital informacional são, em grande parte, mantidos sigilosos⁸³. À título de exemplo, sabe-se que uma vez expirado o prazo de vigência de patentes, estas passam a compor o domínio público, podendo ser exploradas por terceiros alheios ao seu processo de invenção⁸⁴.

Mesma sorte não assiste aos algoritmos responsáveis por processar os dados dos usuários de determinada plataforma digital e, a partir disso, gerar valor, haja vista que seus mecanismos de funcionamento são mantidos sigilosos. É razoável concluir, portanto, que os efeitos da assimetria informacional recaem tanto sobre os consumidores finais, quanto sobre os

⁷⁹ COMISSÃO EUROPEIA. *Communication on Building a European Data Economy*. Ago. de 2018. Digital Single Market. Disponível em: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-building-european-data-economy>>. Acesso em 15/10/2022.

⁸⁰ CIURIAK, Dan. *The Economics of Data: Implications for the Data-Driven Economy*. In: *Data Governance in the Digital Age*. Centre for International Governance Innovation. Março de 2018, p. 02. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3118022>. Acesso em: 17/10/2022

⁸¹ DRUKER, Peter F. *The Effective Executive: The Definitive Guide to Getting the Right Things Done*. 5ª Ed. Nova York: HarperCollins, 2006.

⁸² OCDE. *Knowledge-Based Economy*. Glossary of Statistical Terms. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=6864>>. Acesso em 18/10/2022.

⁸³ CIURIAK, Op. Cit. p. 03.

⁸⁴ Ibid., p. 03.

demais *players* do mercado, que são privados da exploração de tais mecanismos.

O segundo principal ponto de diferenciação entre os dois modelos econômicos ora analisados reside na natureza da aprendizagem. Em breve síntese, ao passo em que na *Knowledge-Based Economy* há uma automatização dos processos de pesquisa e desenvolvimento (“P&D”), deixando a atividade analítica do processo de aprendizagem sob responsabilidade humana, na *Data-Driven Economy* a própria geração de conhecimento e inteligência é automatizada⁸⁵. Significa dizer que o capital intelectual humano é substituído pela inteligência artificial na cadeia de geração de valor.

Conforme já reiterado inúmeras vezes acima, os dados se tornaram fonte fundamental de produtividade e de poder no contexto da economia digital. Sua coleta e processamento analítico permitem que os *players* da Indústria 4.0 desenvolvam bens e serviços cada vez mais personalizados ao público-alvo. No entanto, a mera coleta de dados não é capaz de, por si só, gerar vantagem competitiva.

Para que dela decorra um efetivo capital informacional, é necessário que os mecanismos de processamento e tratamento se atenham a quatro principais atributos, quais sejam: volume, variedade, velocidade e valor. É o que se passa a demonstrar.

3.2. Dos Dados ao Ativo Informacional: Comentários sobre a Big Data

Os parágrafos acima se debruçaram sobre a existência e os fundamentos do modelo econômico denominado *Data-Driven Economy* e, mais do que isso, sobre sua base mais elementar – a coleta massificada de dados pessoais. No entanto, a simples coleta não é suficiente para fins de criação de vantagem competitiva. A geração de valor reside, justamente, na adoção de mecanismos analíticos que transformem dados em informação,

⁸⁵ Ibid., p. 05.

proporcionando uma maior compreensão do comportamento do consumidor e dos produtos e serviços que a ele se adequam. Conclui-se, portanto, que “dados” e “informação” não são sinônimos sob a perspectiva econômica.

A bem da verdade, “dado” pode ser definido como a informação em potencial⁸⁶, isto é, pode vir a se transformar em informação desde que seja tratado. Não significa dizer que, isoladamente, dados não possuam valor econômico. No entanto, capacidade de processamento e posterior conversão em informações úteis guardam entre si uma relação dinâmica de interdependência, já que a geração de valor depende do acesso simultâneo aos dois recursos⁸⁷. Confira-se, abaixo, esquema representativo da cadeia de geração de valor informacional.

Como se sabe, muito além dos exemplos clássicos – *i.e.* nome, data de nascimento, endereço, número de telefone -, os próprios *likes* do Facebook e do Instagram, o histórico de buscas do Google, o padrão de compras na Amazon e na AppleStore, dentre muitos outros, são exemplos de dados coletados pelas plataformas digitais.

No entanto, para que haja efetiva criação de vantagem econômica para seus detentores, a coleta de grandes volumes de dados deve estar associada a mecanismos eficazes de tratamento e extração de informações⁸⁸. Ainda dentro dos exemplos trazidos acima, é necessário que os dados dos usuários das plataformas sejam processados de modo a permitir maior previsibilidade a respeito de seu comportamento, bem como uma antecipação de suas demandas. É justamente desses mecanismos que decorre a chamada *Big Data*.

⁸⁶ MENDES, Laura. “Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor”. Linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva. 2014. Série IDP. p. 55.

⁸⁷ FRAZÃO, Ana. “Plataformas Digitais, Big Data e riscos para os direitos de personalidade”. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.) Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 337.

⁸⁸ 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?* Economic Analysis of Law Review. V. 9, nº 3, setembro-dezembro, 2018, p. 4.

Muito embora a definição de *Big Data* não seja unânime, é pacífico o entendimento segundo o qual sua qualificação não se dá apenas por sua amplitude. Em outras palavras, para que *dados* se transformem em *Big Data* e, conseqüentemente, sejam capazes de gerar vantagem competitiva, é necessária a configuração de algumas características relevantes.

Assim, em linhas gerais, o termo se refere a um grande **volume** de dados digitais variados, que são coletados, armazenados e processados analiticamente em alta **velocidade**, particularmente com o objetivo de identificar padrões e comportamentos e fazer correlações, extraindo-se, dessa forma, informações relevantes que lhes conferem valor e podem ser utilizadas em processos de decisão informada nas mais variadas áreas. Desse modo, mais do que um conjunto volumoso de dados variados, big data consiste na capacidade de processar analiticamente esses dados em alta velocidade (ou, muitas vezes, quase em tempo real), de modo que a tecnologia analítica importa tanto quanto o volume de **dados variados** para a extração de informação **valiosa**.⁸⁹ (Grifou-se)

Compreendida a essência da *big data*, passa-se ao exame individualizado de seus principais atributos, delineados pelo trecho acima, quais sejam: volume, variedade, velocidade e valor, os chamados “Quatro Vs”. Conforme se verá, é justamente da conjugação desses quatro pilares que os dados podem passar a garantir vantagem competitiva.

Como o próprio nome indica, o volume de dados é o primeiro grande atributo da *big data*. Com o advento da economia digital e a migração de *players* dos mais variados setores para a *internet*, houve uma diminuição considerável nos custos de coleta e tratamento de dados, ocasionando um crescimento exponencial do volume de dados gerado⁹⁰.

Essa amplitude permite uma percepção mais detalhista das realidades de mercado, inimaginável sob a ótica das economias tradicionais. Em outras palavras, Mayer-Schönberger e Cukier lecionam: “Big Data proporciona uma visão clara do que é granular: subcategorias e submercados que as amostragens não alcançam”⁹¹.

⁸⁹ Ibid., p. 04.

⁹⁰ Ibid., p. 06.

⁹¹ MAYER-SCHÖNBERGER; CUKIER, Op. Cit. p. 08.

Para além do volume, a variedade também posa como relevante atributo da *big data*. Trata-se, aqui, de uma valoração da heterogeneidade e da complexidade decorrentes da coleta de dados originados de processos distintos⁹². Essa diversidade de fontes, formas de armazenamento e conteúdos, quando submetida às ferramentas corretas de processamento analítico, permite que se tenha acesso a um ativo informacional mais rico e até mesmo mais verossímil, por considerar a complexidade e as nuances da prática econômica real.

Em sequência, tem-se o atributo velocidade. Para que dados se transformem em *big data*, ou seja, em informação, é necessário que, além de volume e variedade, os processos de geração, acesso, coleta e inserção nos mecanismos de processamento analítico sejam dotados de alta rapidez⁹³. Não por outra razão, tem-se adotado o termo “*nowcasting*”, utilizado por meteorologistas para tratar de condições climáticas de curto prazo, para tratar da *big data*. Em outras palavras, a adoção de ferramentas inteligentes de processamento e geração de capital informacional, se dotadas de alta agilidade, são capazes de gerar métricas de análise econômica em tempo real.

Por fim, tem-se o valor. O valor somente passou a ser considerado como atributo relevante da *big data* recentemente, sendo possível entendê-lo como a propriedade técnica da *big data*, referente aos benefícios sociais e econômicos extraídos de sua exploração, sendo ao mesmo tempo “uma causa e uma consequência do aumento no volume, variedade e velocidade” dos dados⁹⁴.

Percebe-se, portanto, que a mera coleta de grandes volumes de dados não é capaz de sozinha garantir aumento da competitividade de um determinado negócio, devendo haver uma conjugação da amplitude da coleta com a variedade de dados coletados, a velocidade de seu processamento e o

⁹² RAGAZZO; MONTEIRO, Op. Cit., p. 05.

⁹³ Ibid., p. 05.

⁹⁴ OCDE. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. Background note by the Secretariat, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>>. Acesso em: 20/10/2022.

valor que se extrai desse processo de tratamento. Só assim os dados “crus” poderão ser efetivamente convertidos em um ativo informacional que impacte positivamente a estratégia competitiva⁹⁵.

As autoridades concorrenciais do mundo todo parecem estar atentas aos desafios impostos por essa nova realidade, em que os dados posam como o principal insumo econômico. Não por outra razão, Edith Ramirez, quando ainda compunha a Federal Trade Commission, afirmou categoricamente que “*today’s currency is data*”⁹⁶. No mesmo sentido, no momento da análise de um ato de concentração envolvendo a Google e a Fitbit – empresa desenvolvedora de aparelhos de monitoramento para uso em atividades físicas, com uma espécie de relógio inteligente - a Comissão Europeia chamou atenção para os riscos de fusão das bases de dados das duas companhias, o que poderia vir a acarretar preocupações concorrenciais. Ao fim, a aprovação da operação foi condicionada à aplicação de remédios⁹⁷.

Mas não é só no estrangeiro que a vantagem competitiva advinda do processamento de dados tem suscitado preocupações. No Brasil, ainda que de forma incipiente, o tema já foi objeto de análise pelo CADE. A título exemplificativo, tem-se o ato de concentração nº 08700.000059/2021-55, envolvendo a aquisição, pela Magalu, do capital social total da Hub Prepaid Participações S.A. e suas subsidiárias. Em suma, buscava-se uma integração ao app da Magalu dos serviços financeiros prestados pela Hub.

Na ocasião, o MercadoPago.com requereu o ingresso no feito como terceiro interessado, e arguiu que a Hub Prepaid já havia lhe prestado serviços de soluções de pagamento, o que, supostamente, acarretaria “efeitos antitruste deletérios decorrentes do acesso do Grupo Magazine Luiza

⁹⁵ RAGAZZO; MONTEIRO. *Op. Cit.*, p. 05.

⁹⁶ Em tradução livre: A moeda de hoje são os dados. (THE NEW YORK TIMES. *Edith Ramirez Is Raising the F.T.C.’s Voice*. 21 de dez. de 2014. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2014/12/22/business/federal-trade-commission-raises-its-voice-under-its-soft-spoken-chairwoman.html>>. Acesso em: 20/10/2022.

⁹⁷ WALLE, Simon Vande. *The European Commission’s Approval of Google/Fitbit – A Case Note and Comment*. Concurrences Competition Law Review Nr. 3-2021. Agosto de 2021. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3893079>. Acesso em 22/10/2022.

a tais dados, uma vez que a plataforma Magazine Luiza é concorrente do Mercado Livre no mercado de marketplace”⁹⁸.

Na ocasião, o CADE entendeu que, por não mais haver um contrato vigente entre a Hub e o MercadoPago, não haveria a possibilidade de que, após o fechamento da Operação, a Magalu acessasse informações em tempo real de seus concorrentes, o que impediria a uniformização de condutas e, consequentemente, afastaria preocupações concorrenciais⁹⁹. O que se percebe é que, embora a alegação do terceiro interessado tenha sido afastada em razão de um critério temporal – término da vigência de seu contrato com a Hub antes de a consumação da operação -, o CADE reconheceu, inequivocamente, que o acesso a dados – e, eventualmente, ativo informacional – é uma das variáveis de vantagem competitiva nos mercados digitais.

Com base no acima exposto, embora seus contornos exatos e implicações ao antitruste ainda não tenham sido completamente endereçados, é pacífico o reconhecimento de uma enorme vantagem competitiva advinda da incorporação da *big data* à prática comercial, especialmente se considerada a redução dos custos de coleta e tratamento de dados de mercado. No entanto, para além da simples incorporação de tais mecanismos à prática comercial como forma de potencializar resultados auferidos pelos mecanismos tradicionais, o advento da *Data-Driven Economy* e o protagonismo assumido pela *big data* têm ido além.

As últimas décadas têm assistido ao crescimento desenfreado de empresas que transformaram o processamento de dados em grande escala na própria essência de sua atividade econômica, permitindo, inclusive, que seus produtos e serviços sejam comercializados a preço zero. Significa dizer, em

⁹⁸ BRASIL. CADE. **Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55. Parecer nº 88/2021/CGAA5/SGA1/SG**. §13. Disponível em: < https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8_mpB9yMhwgfp0Uo_ic_oRAcx8uiZG41H-b1PH50w6v2cFzL0jrM6MfPbcaaZNdccFyzAR_X0nA4G_j6A0r-BPIUvKeUO >. Acesso em: 23/10/2022.

⁹⁹ Ibid, §40.

outras palavras, que a redução dos custos de produção e distribuição de bens digitais, associada à adoção de determinados mecanismos de processamentos de dados, permite que algumas plataformas ofereçam suas mercadorias sem a cobrança de uma cifra monetizada, e ainda assim auferam lucros significativos. Tais estruturas receberam o nome de *zero-price platforms*, e é sobre a sua análise que o próximo capítulo recai.

4. *Freeconomics*: O Surgimento das Plataformas Zero-Price

O oferecimento de produtos e serviços a preço zero, ou seja, sem a cobrança de uma contraprestação monetária do consumidor final – não é uma novidade advinda dos mercados digitais e da Economia Movida a Dados. São muitos os exemplos históricos nesse sentido – *i.e.* radiodifusão e televisão aberta.

No entanto, conforme já tratado nos tópicos acima, com o advento da internet e da coleta massificada de dados, bem como da consequente redução dos custos de produção e distribuição de bens digitais, os mercados que operam a “preço zero” aumentaram em quantidade e variedade¹⁰⁰, alcançando níveis sem precedentes. O professor da Universidade de Chicago e executivo do Global Economics Group, David. S. Evans, ilustra bem essa nova realidade:

Consumers can get many products and services at a price of zero. They do not have to pay money to use Adobe Flash; view a job posting on Monster; watch the Super Bowl on Fox; pay with a Visa debit card; use Google's search engine; post messages to their friends on Facebook; find businesses through the Yellow Pages; download many applications for their iPhones and iPads; or use the Linux operating system. It seems like “free” is a feature of modern times, but people have also historically paid zero prices for many products – for radio since the 1920s, for using general purpose payment cards since the introduction of those cards in 1950, and, going back millennia, for a man getting a bride from the village matchmaker.¹⁰¹

Ocorre que, atualmente, um número não desprezível de empresas que comercializam seus produtos a preço zero figura dentre as mais lucrativas do

¹⁰⁰ NEWMAN, John M. *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 164:149; 2015, p. 149 Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9504&context=penn_law_review>. Acesso em 19/10/2022.

¹⁰¹ Em tradução livre: Os consumidores podem obter muitos produtos e serviços a um preço zero. Eles não precisam pagar para usar Adobe Flash; ver uma publicação de emprego no Monster; assistir ao Super Bowl no Fox; pagar com cartão de débito Visa; usar o mecanismo de busca do Google; publicar mensagens para seus amigos no Facebook; encontrar negócios através das Páginas Amarelas; fazer download de muitos aplicativos para seus iPhones e iPads; ou usar o sistema operacional Linux. Parece que “grátis” é uma característica dos tempos modernos, mas, historicamente, as pessoas também pagam preço zero por muitos produtos - pelo rádio, desde a década de 1920, para usar cartões de pagamento de propósito geral desde a introdução desses cartões em 1950, e, remontando a milênios, para um homem conseguir uma noiva do casamenteiro da aldeia. (EVANS, David S. *The Antitrust Economics of Free*. Competition Policy International. Maio de 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1813193>>. Acesso em: 19/10/2022).

mundo. É justamente diante desse cenário que se faz imperativo analisar a lógica por detrás do surgimento das referidas estruturas de mercado.

4.1. O Valor do “Zero”

Antes de adentrar na análise específica dos modelos de negócios que permitem a exploração sustentável – *i.e.* lucrativa no longo prazo - de bens e serviços a preço zero, é necessário entender as razões econômicas que justificam essa escolha. Afinal de contas, o que leva determinado empreendimento a estabelecer “zero” como o preço-base de suas mercadorias?

A resposta mais objetiva a essa pergunta reside na seguinte constatação: ao estabelecer “preço zero”, alguns agentes econômicos são capazes de auferir mais lucro do que fariam se houvesse a atribuição de uma cifra positiva aos seus produtos. Em outras palavras, embora não haja o pagamento de uma contraprestação monetária pelo consumidor final, a fixação de “zero” como preço base permite uma maior capitalização pelo fornecedor, ainda que de forma indireta. É nesse sentido que Evans argumenta que

*“most companies charge a price of zero because doing so allows them to make more money than charging a positive price. Charging nothing for a product or service enables them to make money, somehow, somewhere else”*¹⁰².

Convencionou-se chamar essa nova lógica econômica, pautada na oferta “gratuita” de bens e serviços – especialmente digitais - de “*Freeconomics*”. Nas palavras de Martin Martinez “*freeconomics is the term coined to describe the basic business concept of giving away products or services to consumers, while indirectly generating revenues*”¹⁰³.

¹⁰² Em tradução livre: A maioria das empresas cobra um preço zero porque isso lhes permite ganhar mais dinheiro do que cobrar um preço positivo. Não cobrar nada por um produto ou serviço lhes permite ganhar dinheiro, de alguma forma, em algum outro lugar. (Ibid, p. 04).

¹⁰³ Em tradução livre: *Freeconomics* é o termo utilizado para descrever o conceito comercial básico de dar produtos ou serviços aos consumidores, enquanto, indiretamente, se gera receitas. (MARTINEZ, Martin. *Freeconomics: Making Millions by Giving it Away*. Freeroller Enterprises Pty Ltd. Australia, 2013, p. 109).

Ocorre que, conforme a análise dos trechos acima permite inferir, para que o oferecimento de determinado produto ou serviço a preço zero seja economicamente viável, o agente econômico que o explora deve auferir lucro em outra frente. É justamente essa capacidade de manter a lucratividade no longo prazo que diferencia os modelos sustentáveis, objeto deste trabalho, dos não-sustentáveis – aqui compreendidos como aqueles em que a estratégia *zero-price* é temporariamente adotada com um fim específico, e não eleita como prática mercadológica perene.

A adoção da estratégia de “preço zero” de maneira sustentável é especialmente interessante se considerada pela ótica das plataformas digitais – definidas pela OCDE como serviços digitais que facilitam as interações entre dois ou mais conjuntos de usuários distintos, mas interdependentes (sejam pessoas jurídicas ou físicas), que interagem por meio desse serviço via internet¹⁰⁴. É justamente pela coordenação e pela facilitação de interação entre os diferentes nichos de consumidores que as plataformas digitais reduzem os custos transacionais, sendo capazes, inclusive, de lhes atribuir “preço zero”.

Nota-se, então, que a análise dessa escolha comercial estratégica deve ser conjugada com os comentários tecidos acima sobre a conversão de dados em ativo informacional e a centralidade da *big data* na economia digital. Ora, se uma determinada plataforma gera valor através da implementação de mecanismos eficazes de coleta e processamento dos dados de um de seus conjuntos de usuários, transformando-os em ativo informacional a ser capitalizado por outro grupo de consumidores, a estipulação de preço zero é especialmente vantajosa. Assim o é, pois, quanto maior o número de usuários de uma plataforma – fortemente atraídos pelo *zero-price effect*¹⁰⁵ - maiores

¹⁰⁴ OCDE. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation. What is an “online platform?”*. Disponível em: <<https://bit.ly/2PbFixb>>. Acesso em 26/10/2022.

¹⁰⁵ Entende-se por *zero-price effect* ou *free effect* o cenário em que a atratividade de determinado produto ou serviço é positivamente impactada em razão de seu oferecimento se dar a preço zero, levando consumidores a obtê-lo mesmo havendo alternativas com melhor custo-benefício. (SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; ARIELY, Dan. *Zero as a special price: the true value of free products*. In: Marketing Science, v. 26, n. 26, 2007).

são o volume e a variedade dos dados coletados e, conseqüentemente, maior é a probabilidade de que seu processamento gere valor para os demais nichos de consumidores e até mesmo para a própria plataforma¹⁰⁶.

Feitas tais considerações, passa-se à análise de alguns dos modelos de negócio efetivamente adotados pelas plataformas para que a adoção de preço zero seja sustentável a longo prazo, quais sejam: i) o modelo dos produtos ou serviços complementares; ii) o modelo das plataformas de múltiplos lados; e iii) o modelo *Freemium*. Conforme se verá, embora cada modelo seja dotado de particularidades que o distinguem dos demais, há um ponto de convergência entre todos eles – a existência de produtos interrelacionados¹⁰⁷.

4.1.1. Os Produtos e Serviços Complementares

Um dos principais modelos de negócio utilizados para fins de implementação de uma estratégia de preço zero sustentável envolve produtos complementares. Em breve síntese, produtos complementares são aqueles que, apesar de comercializados separadamente, possuem uma espécie de vínculo interrelacional, de modo que a diminuição no preço de um gera um aumento no preço do outro¹⁰⁸.

No caso de bens comercializados a preço zero, a distribuição de um desses produtos aumentaria, indiretamente, a demanda pelo produto complementar, que seria comercializado com um preço positivo. O que se percebe, portanto, é que o agente econômico interessado em implementar a estratégia de produtos e serviços complementares deve atuar em, pelos menos, dois mercados distintos.

¹⁰⁶ ICC. *Economia Digital e Concorrência: principais aspectos das plataformas digitais sob a perspectiva concorrencial*. Working paper. Setembro de 2020, p. 18. Disponível em: <http://iccbrasil.org/media/uploads/2020/10/22/icc_working-paper-economia-digital-concorren-cia_2020-1.pdf>. Acesso em: 26/10/2022.

¹⁰⁷ Nas palavras de John Newman, “Where for-profit firms are competing in zero-price markets, invariably they are making money somehow. In this context, they do so by offering some other product that it somehow interrelated with the zero-price product”. (NEWMAN, 2015, p. 154).

¹⁰⁸ EVANS, Op. Cit., p. 05

Esse modelo de negócio é popularmente chamado de “*razors and blades*” (algo como “barbeadores e lâminas”), e consiste na ideia de que atribuir um preço muito baixo (ou até mesmo preço zero) a um produto – nesse caso, a base do barbeador –, gerando um aumento nas vendas do seu complementar – *i.e.* as lâminas –, que são comercializadas a preços positivos¹⁰⁹. Conforme lecionam Marcela Lorenzetti e Antonio Belizario:

Em razão dessa relação de proporcionalidade inversa entre os preços dos produtos, e da necessidade ou de vantagens percebidas na utilização conjunta dos produtos, a aplicação de preço zero em um dos bens complementares pode ser uma estratégia viável. De fato, o produto com preço zero pode ser utilizado como mecanismo de atração de consumidores, aumentando a chance de que o bem complementar seja adquirido mediante pagamento.¹¹⁰

Em se tratando de plataformas digitais, muitos são os casos de produtos complementares. A Apple, por exemplo, é capaz de oferecer o a plataforma iTunes a preço zero para os adquirentes de seus aparelhos pois, simultaneamente, auferia lucro nas vendas digitais de conteúdo musical.

Outro exemplo ainda mais claro desse modelo diz respeito à estratégia adotada pela Google no que tange ao provedor de e-mail (Gmail) e ao serviço de armazenagem em nuvem (Google Drive). Ora, se um determinado usuário reúne em sua caixa de entrada do correio eletrônico um número considerável de arquivos e informações relevantes, é presumível que este passe a utilizar os sistemas de armazenamento em nuvem disponibilizados pelo mesmo provedor¹¹¹. A criação de contas no Gmail, portanto, é gratuita, ao passo em que se cobra um preço positivo para a utilização de espaço de armazenagem do Google Drive.

O que se percebe é que, para que a aplicação do modelo de preço zero seja viável no caso dos produtos complementares, para além da necessidade de o agente econômico atuar em mais de um mercado, deve haver um certo nível de correlação entre os referidos bens e elasticidade na sua demanda,

¹⁰⁹ Ibid., p. 05.

¹¹⁰ LORENZETTI, Marcela Abras; BELIZARIO, Antonio Bloch. *Zero-price markets e seus desafios para a análise concorrencial*. Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais. Org. Caio Mário da Silva Pereira Neto. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2020, p. 153.

¹¹¹ Ibid., p. 153.

assim como a existência de certo poder de mercado por parte do referido *player* em pelo menos um dos mercados¹¹².

Significa dizer que, se a atribuição de preço zero a um dos produtos complementares não levar, necessariamente, a um aumento na demanda pelo produto ao qual se atribuiu preço positivo, a estratégia não será rentável no longo prazo e, conseqüentemente, não poderá ser reputada sustentável. Mesma sorte assiste ao cenário em que o agente econômico não possua participação relevante no mercado ao qual o produto de preço zero pertença¹¹³.

4.1.2. As Plataformas de Múltiplos Lados

Para além da estratégia dos produtos complementares, a atribuição de preço zero também pode ser economicamente viável em se tratando de plataformas de múltiplos lados. O nome decorre justamente da existência de múltiplos e distintos grupos de consumidores – *i.e.* anunciantes, vendedores, compradores, etc. -, que interagem uns com os outros pela própria plataforma, razão pela qual esta última assume posição de destaque no mercado¹¹⁴.

Nesse cenário, um dos grupos de consumidores valora positivamente a presença dos demais, sendo a atratividade de um lado afetada pela atratividade do outro¹¹⁵. Em outras palavras, ao passo em que um dos grupos de consumidores usufrui da plataforma de forma gratuita, o outro paga um preço positivo para que nela possa atuar, interagindo com o primeiro.

Rochet e Tirole, em obra intitulada “Two-Sided Markets: A Progress Report”, se debruçaram sobre a análise de alguns dos elementos essenciais das plataformas que adotam a referida estratégia econômica. O primeiro deles seria o fato de que as plataformas de múltiplos lados são caracterizadas pela

¹¹² EVANS, Op. Cit., pp. 05-06.

¹¹³ LORENZETTI, BELIZARIO, Op. Cit., p. 154.

¹¹⁴ NEWMAN, 2015, p. 156.

¹¹⁵ LORENZETTI, BELIZARIO, Op. Cit. p. 154.

necessidade de aproximação entre consumidores e vendedores, decorrendo daí a receita do desenvolvedor da plataforma¹¹⁶. Os autores também sinalizam para a existência de externalidades intergrupos, também chamadas de *cross-group externalities*, que faz com que a elasticidade da demanda de um dos lados corresponda ao tamanho da base de usuários do outro lado¹¹⁷.

Ainda de acordo com a lição de Rochet e Tirole, a compreensão conjugada desses dois elementos elencados acima permite chegar a uma conclusão: as plataformas de múltiplos lados são regidas pelo chamado “princípio da gangorra” (*seesaw principle*). Em apertada síntese, a redução dos preços em um dos lados do mercado é responsável pela atração de novos usuários, o que, por sua vez, aumenta sua atratividade para o outro lado e, conseqüentemente, os preços cobrados pela própria plataforma intermediária. É justamente nesse sentido que a doutrina especializada afirma o seguinte: “*Profitability in such markets turns on whether firms who have acquired a group of consumers can then sell those consumers’ information or attention (or both) to advertisers or data-seekers*”¹¹⁸.

Um dos exemplos mais clássicos envolvendo essa estratégia em mercados tradicionais diz respeito à indústria de cartões de crédito. No caso, quanto mais usuários determinada bandeira de cartões de crédito possui, maior o interesse dos lojistas em aceitar tal bandeira. Conseqüentemente, quanto maior a rede de comerciantes que aceitam a referida bandeira, maior é a atratividade desta para os portadores de cartão de crédito¹¹⁹.

No que tange às plataformas digitais, os exemplos de implementação dessa estratégia são inúmeros. A criação de contas de uso na rede social do Facebook, por exemplo, não exige o pagamento de uma contraprestação monetária pelo usuário. Por outro lado, a venda de espaços de publicidade a terceiros se dá mediante cobrança de um preço positivo. Inicia-se, então, uma

¹¹⁶ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Two-sided Markets: a progress report*. The RAND Journal of Economics, v. 37, n. 3, 2006, p. 646.

¹¹⁷ Ibid, p. 657-659

¹¹⁸ NEWMAN, 2015, pp. 156-157

¹¹⁹ LORENZETTI, BELIZARIO, Op. Cit., p. 154.

cadeia cíclica de geração de valor - quanto maior a base de usuários, maior é o valor cobrado pelos espaços de veiculação de anúncios publicitários.

Sites de buscas e pesquisas online, como o Google, adotam a mesma estratégia e ilustram com maestria a dinâmica de funcionamento das plataformas de múltiplos lados. Na mesma lógica de geração cíclica de valor, quanto maior o número de usuários do serviço de pesquisas, maior é o público-alvo dos espaços de publicidade virtual e, consequentemente, maior pode ser o valor cobrado a terceiros pela plataforma para a exibição dos *ads*.

Em processo administrativo instaurado contra a Google Inc. e a Google Brasil Internet Ltda. para investigar supostos critérios discriminatórios para apresentação de resultados de busca, a Superintendência-Geral do CADE, por meio da Nota Técnica nº 15/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE, sintetizou o funcionamento das referidas plataformas e seus mecanismos de aferição de lucros. Confira-se:

[...] os sites de busca podem ser caracterizados como plataformas de múltiplos lados. Isto ocorre porque – de um lado – os *sites* de busca permitem que internautas digitem palavras-chave e recebam – em troca e *gratuitamente* – uma lista de sites cujo conteúdo seja relacionado ao texto que o usuário digitou. Assim, a plataforma presta aos usuários da busca o serviço de coleta, ranqueamento e apresentação de resultados para uma determinada busca do internauta. Outro lado gratuito da plataforma é o lado que estabelece a relação entre os sites que estão listados no Google e a própria plataforma, que presta a eles o serviço de exibi-los para potencial audiência, na página de busca do Google. Por sua vez, tais sites permitem que o seu conteúdo seja rastreado pelos *crawlers* do Google, que copiam o seu conteúdo, para então indexá-lo e ranqueá-lo, em seguida apresentando-o ao usuário do Google Busca. Esse lado é gratuito porque os sites listados no Google não pagam nem recebem quaisquer valores para serem listados no buscador. Por fim, há o lado pago da plataforma, conhecido como “busca patrocinada”, reservada a publicidade virtual. Os links pagos ou patrocinados são colocados em lugares estratégicos do site de busca, normalmente acima da busca orgânica, ou na sua lateral direita. Usualmente, os mecanismos de busca são remunerados quando os internautas clicam nos links patrocinados, forma de remuneração conhecida como CPC, ou custo por clique. Há também outras formas de remuneração pela publicidade e links patrocinados, utilizadas em menor escala. Por exemplo, os sites de busca podem receber uma “taxa de sucesso” (taxa de conversão) por vendas realizadas pelos anunciantes, se tais vendas forem decorrentes de tráfego do site de busca.¹²⁰

¹²⁰ BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Brasília, 11/10/2013. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-

Por fim, assim como ocorre no caso dos produtos e serviços complementares, é importante consignar que para que a estratégia de preço zero seja sustentável – *i.e.* economicamente viável – para as plataformas de múltiplos lados, é necessário que haja certa interdependência entre as pontas da plataforma, bem como a configuração de poder de mercado em pelo menos um dos lados¹²¹.

4.1.3. O Modelo *Freemium* ou *Pro*

Ainda no que tange aos modelos de negócios que viabilizam a adoção sustentável de uma estratégia de preço zero, tem-se os modelos de “*premium upgrade*”, também chamados de modelos *freemium* ou *pro*. Aqui, não há que se falar na existência de dois nichos de consumidores distintos ou de dois diferentes bens complementares. O que se tem, na verdade, é o oferecimento gratuito de um só produto ou serviço, em uma versão mais “básica”, no intuito de fazer com o que consumidor desenvolva interesse por uma versão mais completa desse mesmo produto, comercializada a um preço positivo¹²². A palavra de ordem é, portanto, *persuasão*.

Um dos exemplos mais notáveis da aplicação dessa estratégia de preço zero é a plataforma de *streaming* musical Spotify. Em breve síntese, a criação de uma conta de acesso à biblioteca digital de músicas é gratuita, assim como seu uso *online*. No entanto, para usufruir dos serviços da plataforma *offline* e sem a sujeição à mecanismos publicitários, o usuário deverá arcar com uma contraprestação monetária¹²³.

Percebe-se, portanto, que no cenário de oferecimento gratuito, a Spotify auferir lucro por meio dos espaços publicitários disponibilizados para veiculação de anúncios de terceiros, nos mesmos moldes de uma plataforma de múltiplos lados, ao passo em que no segundo cenário, o usuário está

n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yOBwJuCNj4l75LGYGmkxvGGA3KsZ7gMbeOyJAUp4rJ9vx9C3faKtSMw8hSoMgRRVdtQJwj7ACtjy7bWKuQ92ZDz>. Acesso em: 30/10/2022.

¹²¹ LORENZETTI, BELIZARIO, Op. Cit., p. 156.

¹²² NEWMAN, 2015, p. 157

¹²³ LORENZETTI, BELIZARIO, Op. Cit., p. 159.

limitado às funcionalidades básicas do serviço. Pode-se dizer, portanto, que as plataformas *freemium* são estruturas híbridas.

O mesmo ocorre com a ferramenta Adobe Acrobat, utilizada para leitura de documentos digitais. Ao passo em que a versão básica é disponibilizada para *download* gratuito, para que o usuário possa alterar e criar arquivos próprios, exige-se uma versão mais completa do produto, ou seja, uma versão com maior variedade de funcionalidades. Para tanto, exige-se uma contraprestação consistente em um preço positivo¹²⁴.

Por fim, insta salientar que, assim como nos modelos descritos *supra*, a sustentabilidade da estratégia de preço zero nas plataformas *freemium* também possui alguns requisitos de viabilidade. Como não poderia deixar de ser, o mais importante deles diz respeito à participação de mercado relativa à versão básica do produto ou serviço.

Isso porque o sucesso financeiro da plataforma está diretamente relacionado à taxa de persuasão à aderência ao modelo *pro* que, por sua vez, está diretamente relacionada ao tamanho da base de usuários da versão gratuita¹²⁵. Em outras palavras, quanto maior for o número de usuários dos serviços básicos, maior será a taxa de persuasão a versão *premium* e, conseqüentemente, maior será a lucratividade da plataforma.

4.2. Embates Teóricos sobre a Gratuidade das *Zero-Price Platforms*

Feitas as considerações necessárias sobre os produtos e serviços complementares, as plataformas de múltiplos lados e os modelos *freemium*, é possível afirmar que grande parte dos produtos e serviços ofertados a preço zero são baseados em *big data*, nos moldes delineados no capítulo III deste trabalho. Desse modo, os agentes econômicos auferem maior vantagem competitiva na medida em que aumentam sua base de dados e aperfeiçoam

¹²⁴ Ibid., p. 159.

¹²⁵ Ibid., p. 159.

seus mecanismos de tratamento. Justamente por essa razão, há certo embate doutrinário quanto a efetiva gratuidade desses mercados.

Afinal de contas, é possível afirmar que o preço é composto única e exclusivamente por cifras monetizadas, de modo a atribuir gratuidade real às plataformas analisadas *supra*, ou o correto seria afirmar que a coleta de dados e a retenção da atenção dos usuários afasta a suposta gratuidade dessas plataformas?

As principais respostas para essas questões estão nas obras de Chris Anderson e John Newman. Os autores oferecem perspectivas antagônicas, mas igualmente esclarecedoras, sobre o funcionamento desses mercados, e é justamente sobre estas análises que os próximos pontos se debruçam.

4.2.1. Chris Anderson: A Economia de *Bits* e a Gratuidade do Século XXI

Em 2009, o físico Chris Anderson publicou obra intitulado “*Free: The Future of a Radical Price*”, em que propunha uma análise dicotômica das lógicas econômicas dos séculos XX e XXI. De acordo com o autor, ao passo em que no século passado se vivia a chamada “Economia de Átomos”, a contemporaneidade assiste ao constante desenvolvimento da “Economia dos Bits”¹²⁶. Em outras palavras, observa-se uma substituição do material pelo digital e, conseqüentemente, o surgimento de mercados que operam com base nesse novo paradigma.

Ocorre que a dicotomia supramencionada não se refere apenas aos meios de produção e as características dos bens e serviços circulantes no mercado. A bem da verdade, a teoria de Anderson sustenta que há diferenças essenciais até mesmo no significado e nos efeitos de alguns conceitos básicos, como a própria ideia de “gratuidade”. Em apertada síntese, ao passo em que na Economia de Átomos a gratuidade seria apenas aparente, em razão

¹²⁶ ANDERSON, Chris. *Free: The Future of a Radical Price*. Hyperion: Nova York, 2009, pp. 07-12.

do deslocamento dos custos de produção de um determinado bem para a composição do preço de seu complementar, na Economia de Bits a gratuidade seria efetiva, em razão da redução drástica dos custos produtivos nos mercados digitais.

Para ilustrar o racional da gratuidade na Economia de Átomos, característica do século XX, Anderson se vale do exemplo da estratégia empregada Gillette conhecida como “*razors and blades*”, descrita no item IV.1.A acima. Em síntese, a lógica consiste na distribuição “gratuita” das bases dos barbeadores - inúteis isoladamente - de modo a criar demanda para as lâminas de barbear, vendidas a preços positivos.

No entanto, uma vez em que a economia tradicional segue a lógica segundo a qual os preços de comercialização devem superar os custos de produção, pode-se inferir que os custos de produção do barbeador, distribuídos a “preço zero”, integram o preço cobrado pelas lâminas, sendo sua gratuidade apenas relativa¹²⁷.

A mesma racionalidade se aplicaria aos modelos “2 por 1” ou “*buy one, get one free*”, em que um suposto desconto se sustentaria pelo incremento no preço do bem complementar. Pode-se afirmar, então, que Anderson aplica ao século XX a lógica do “*there ain’t no such thing as a free lunch*”¹²⁸, segundo a qual os mercados não comportam gratuidades absolutas, havendo apenas o deslocamento dos custos de produção de determinado bem para a composição do preço de seus complementares.

No entanto, como mencionado acima, o advento dos mercados digitais ocasionou uma relevante redução nos custos de produção, tornando-os “baratos demais para importarem” (*too cheap to matter*), de modo que é

¹²⁷ MAZZOTTA, Alessandro. **The Dynamics of Competition in Zero-Price Digital Markets**. Tese (Master 120 en Sciences économiques) – Université Catholique de Louvain e Université de Namur e (Dottore magistrale in Economics and Political Science) – Università degli Studi di Milano. Milão, 2018, p. 04. Disponível em: <<https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/fr/object/thesis%3A21239>>. Acesso em: 31/10/2022

¹²⁸ Ibid., p. 04.

possível atribuir “preço zero” aos produtos que deles decorrem¹²⁹. Com base nessa redução dos custos produtivos, Anderson conclui que, na economia contemporânea – a Economia de Bits –, a gratuidade não mais opera como mera estratégia de marketing. Muito do contrário. Zero passa a ser compreendido com o preço base dos bens digitais. Nesse sentido:

*In the atoms economy, which is to say most of the stuff around us, things tend to get more expensive over time. But in the bits economy, which is the online world, things get cheaper. The atoms economy is inflationary, while the bits economy is deflationary. The twentieth century was primarily an atoms economy. The twenty-first century will be equally a bits economy. Anything free in the atoms economy must be paid for by something else, which is why so much traditional free feels like bait and switch – it’s you paying, one way or another. But free in the bits economy can be really free, with money often taken out of the equation altogether.*¹³⁰

Em síntese, a obra de Anderson cria uma relação antagônica entre a gratuidade aparente, característica da economia clássica do século XX, e a gratuidade real, possível na Economia de Bits, em razão da redução dos custos de produção advindos da digitalização.

Nota-se que a doutrina da Gratuidade do Século XXI e da Economia de Bits foi desenvolvida em um momento que os avanços tecnológicos e os mercados que deles decorrem ainda eram muito incipientes, em nada comparados ao que se tem nos dias atuais. Portanto, a despeito do inegável valor de suas ideias, Anderson foi alvo de importantes contrapontos, sendo aquele desenvolvido por John Newman o mais relevante deles.

4.2.2. John Newman e o Mito da Gratuidade

Quase uma década após a publicação da obra de Anderson, analisada no item acima, o professor da Universidade de Miami, Sr. John Newman,

¹²⁹ Ibid., p. 04

¹³⁰ Em tradução livre: Na Economia de Átomos, ou seja, na maioria das coisas ao nosso redor, as coisas tendem a ficar mais caras com o tempo. Mas, na Economia de Bits, que é o mundo on-line, as coisas ficam mais baratas. A Economia de Átomos é inflacionária, enquanto a Economia de Bits é deflacionária. O século XX foi principalmente uma Economia de Átomos. Da mesma forma, o século XXI será uma Economia de Bits. Qualquer coisa gratuita na Economia de Átomos deve ser paga por outra coisa, e é por isso que tanta gratuidade tradicional é como isca e troca - é você pagando, de uma forma ou de outra. Mas a Economia de Bits pode ser realmente livre, com dinheiro muitas vezes retirado da equação por completo. (ANDERSON, Op. Cit., p. 12).

elaborou artigo intitulado “*The Myth of Free*”¹³¹. Como o próprio nome indica, trata-se de estudo direcionado a desconstruir a tese de Anderson e, para chegar a essa conclusão, Newman refuta as duas principais bases da *Freeconomics*, quais sejam: a premissa do custo zero e a premissa da concorrência perfeita.

A premissa do custo-zero (*zero-cost premise*), em breve síntese, está relacionada à crença de que os negócios digitais e a economia movida a dados gerariam a redução dos custos produtivos, levando-os a zero – ou quase zero¹³². De acordo com Newman, embora haja uma redução considerável dos referidos custos, estes nunca serão efetivamente nulos e desprezíveis.

Desse modo, a estipulação de algum mecanismo de retorno financeiro para plataforma é medida que se impõe, ainda que esta não atenda aos moldes tradicionais de uma contraprestação monetizada. Isso, por si só, tornaria a ideia de gratuidade absoluta ilusória e utópica. Nesse sentido:

*These fictions appeal to both “the best and worst sides of human nature: the urge to transcend the limits of the possible, against the desire to get something for nothing.” The dream of zero marginal costs and the Myth of Free similarly exude optimism, even utopianism, while at the same time holding forth the illusory promise that businesses can give, and consumers can get, “something for nothing.” But marginal costs are persistent. Even if the costs of processing, storage, and bandwidth continue to halve each year for eternity, they will never reach zero.*¹³³

Em síntese, embora a redução nos custos seja notória, o autor defende que a lógica de “*too cheap to matter*” defendida por Anderson não encontra coró na realidade dos agentes econômicos com finalidades lucrativas. Newman, portanto, rechaça a ideia da gratuidade, e consigna que “*close to zero is not close enough*”¹³⁴.

¹³¹ NEWMAN, John M. *The Myth of Free*. George Washington Law Review. Vol. 86:513, 2018. Disponível em: < https://repository.law.miami.edu/fac_articles/741/ > Acesso em 02/11/2022.

¹³² Ibid., p. 525.

¹³³ Em tradução livre: Estas ficções apelam tanto para "o melhor quanto para o pior lado da natureza humana: o desejo de transcender os limites do possível, contra o desejo de obter algo em troca de nada". O sonho de custos marginais zero e o Mito da Gratuidade exalam igualmente otimismo, mesmo utópico, ao mesmo tempo em que mantêm a promessa ilusória que as empresas podem dar, e os consumidores podem obter, "algo em troca de nada". Mas os custos marginais são persistentes. Mesmo que os custos de processamento, armazenamento e largura de banda continuem a diminuir pela metade a cada ano por toda a eternidade, eles nunca chegarão a zero. (Ibid., p. 531)

¹³⁴ NEWMAN, 2018, p. 531.

Mas não é só. Newman também tece comentários críticos acerca da premissa da “concorrência perfeita”. Em Economia, a teoria da concorrência perfeita parte da forte presunção de que os agentes econômicos em um dado mercado – tanto sob a ótica da oferta, quanto sob a ótica da demanda – possuem acesso irretocavelmente equânime ao mesmo grau de informação e acesso aos produtos disponíveis¹³⁵. A crença descrita é complexa, especialmente se considerada sob a ótica dos usuários. Não por outra razão, o autor leciona o que segue:

*The advent of digitization and widespread internet access (the technologies hailed as bringing about the birth of Free) made certain types of information easier to acquire. Suppliers in particular have benefited—software firms both “know more” and “will progressively know more about the users of their software.” But customers present a different story. At least as to one aspect of market information, the rise of Free has degraded—not increased—customers’ ability to acquire relevant data points. Worse still, that aspect is perhaps the most crucial to customers’ ability to act as an effective check on firms’ behavior. Comparing costs in traditional, positive-price markets is a relatively straightforward exercise, often involving nothing more than comparing price tags. But comparing costs in Free markets is relatively difficult. Money is a perfectly fungible baseline for comparison: one dollar is as costly to give up as another. Information and attention costs are far more complex.*¹³⁶

O trecho acima está em perfeita consonância com a ideia de “assimetria informacional”, característica básica da *Data-Driven Economy*, explorada no item III.1 do presente trabalho. O que se busca esclarecer é que a ausência de um preço positivo não é capaz de atribuir gratuidade real às plataformas digitais que operam nesses moldes. Em outras palavras, ausência de preço não significa ausência de custo. Contraprestações não-monetizadas

¹³⁵ MAZZOTTA, Op. Cit., p. 05.

¹³⁶ Em tradução livre: O advento da digitalização e o acesso generalizado à Internet (as tecnologias aclamadas por darem origem a gratuidade de fato) facilitaram a aquisição de certos tipos de informações. Os fornecedores, em particular, se beneficiaram – as empresas tanto “sabem mais” quanto “saberão progressivamente mais sobre os usuários de seu software”. Mas os usuários apresentam uma história diferente. Pelo menos em relação a um aspecto da informação de mercado, o aumento da “gratuidade” degradou - não aumentou - a capacidade dos clientes de adquirir pontos de dados relevantes. Pior ainda, esse aspecto é talvez o mais crucial para a capacidade dos clientes de agir como um controle efetivo do comportamento das empresas. A comparação de custos em mercados tradicionais, de preços positivos, é um exercício relativamente simples, muitas vezes envolvendo tão somente a comparação de etiquetas de preço. Mas comparar custos em mercados “gratuitos” é relativamente difícil. O dinheiro é uma base perfeitamente fungível para comparação: um dólar é tão caro para desistir quanto outro. Os custos de informação e atenção são muito mais complexos. (NEWMAN, 2018, p. 548).

passam a ocupar o local previamente ocupado pelas cifras do preço positivo. É justamente o caso da informação – *i.e.* dados – e da atenção dos usuários.

Com relação aos custos de informação, muito embora a relevância do processamento de dados para o funcionamento das plataformas de preço zero já tenha sido amplamente discutida nos capítulos acima, nunca é demais ressaltar que, quando um consumidor, voluntariamente, troca suas informações pessoais por um produto de preço zero, ele contribui não só para uma maior personalização dos bens que lhes são oferecidos, como também para o próprio desenvolvimento da plataforma fornecedora¹³⁷.

Insta salientar que, antes mesmo do advento dos mercados digitais de preço zero, os custos de informação já foram analisados pelas cortes estrangeiras como moedas de troca. Conforme relatado por Newman, no caso *Gottlieb vs. Tropicana Hotel & Casino*¹³⁸, a Corte Distrital da Pennsylvania debruçou-se sobre o seguinte cenário: a Srta. Gottlieb havia aceitado a proposta feita pelo Hotel Tropicana para que ingressasse no chamado “Diamond Club”, um clube de benefícios que lhe daria o direito de girar a roda do milhão do Cassino uma vez por dia.

Não havia cobrança de qualquer valor para que a Sra. Gottlieb ingressasse no Diamond Club, ou seja, tratava-se de um produto de preço zero. A única exigência, no entanto, era o preenchimento de um formulário de adesão com os dados pessoais do novo integrante. Esses dados seriam, posteriormente, vinculados aos cartões do Diamond Club utilizados antes de cada rodada no Cassino do Hotel Tropicana. Em dada ocasião, a Sra. Gottlieb girou a roda do milhão e esta, por sua vez, parou no campo do grande prêmio. O Cassino, no entanto, se recusou a pagar o valor devido à beneficiária, sob o argumento de que a Sra. Gottlieb não havia dado nada em troca do ingresso no clube de benefícios.

¹³⁷ NEWMAN, 2015, p. 169.

¹³⁸ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania. **Gottlieb v. Tropicana Hotel & Casino** - 109 F. Supp. 2d 324 (E.D. Pa. 2000). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/109/324/2522826/>>. Acesso em: 08/11/2022.

Após a judicialização, a Corte Distrital reconheceu a existência de uma troca mútua entre as partes – ao passo em que o Cassino havia cedido a possibilidade de a Srta. Gottlieb vencer o grande prêmio, mediante ingresso no Diamond Club, a consumidora também havia cedido suas informações pessoais para o empreendimento. Confira-se:

Ms. Gottlieb had to go to the casino to participate in the promotion. She had to wait in line to spin the wheel. By presenting her Diamond Club card to the casino attendant and allowing it to be swiped into the casino's machine, she was permitting the casino to gather information about her gambling habits. Additionally, by participating in the game, she was a part of the entertainment that casinos, by their very nature, are designed to offer to all of those present. All of these detriments to Ms. Gottlieb were "the requested detriment[s] to the promisee induced by the promise" of Tropicana to offer her a chance to win \$1 million. Tropicana's motives in offering the promotion were "in nowise altruistic". It offered the promotion in order to generate patronage of and excitement within the casino. In short, Ms. Gottlieb provided adequate consideration to form a contract with Tropicana.¹³⁹

Por fim, o diagnóstico das informações pessoais da Srta. Gottlieb como moedas de troca em uma transação comercial envolvendo produtos a preço zero foi crucial para que se reconhecesse a existência de um contrato executável, devendo o valor ser pago à beneficiária do prêmio.

Feitas as considerações necessárias acerca dos custos de informação, passa-se aos custos de atenção, que se relacionam intimamente com os espaços publicitários e sua centralidade nas plataformas de preço zero. Basicamente, troca-se o dinheiro pela atenção do usuário, que acabou se tornando uma das principais *commodities* da nossa época¹⁴⁰. Parte-se da ideia de que, apesar de inexistir o pagamento de um preço monetizado, a simples

¹³⁹ Em tradução livre: A Sra. Gottlieb teve que ir ao cassino para participar da promoção. Ela teve que esperar na fila para girar a roda. Ao apresentar seu cartão Diamond Club ao atendente e permitir que ele fosse passado para dentro da máquina do cassino, ela estava permitindo que o cassino reunisse informações sobre seus hábitos de jogo. Além disso, ao participar do jogo, ela fazia parte do entretenimento que os cassinos, por sua própria natureza, são projetados para oferecer a todos os presentes. Todos estes detrimentos à Sra. Gottlieb foram "o(s) prejuízo(s) solicitado(s) ao promotor(es) induzido(s) pela promessa" da Tropicana de lhe oferecer uma chance de ganhar um milhão de dólares. Os motivos da Tropicana para oferecer a promoção não foram, de forma alguma, altruístas. Ofereceu-se a promoção a fim de gerar patrocínio e excitação dentro do cassino. Em resumo, a Sra. Gottlieb ofereceu a consideração adequada para formar um contrato com a Tropicana. (Ibid).

¹⁴⁰ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. Apud. FRAZÃO, Ana. *Big Data e Concorrência: principais impactos sobre a análise concorrencial (Parte 2)*. Disponível em: <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2018-02-07-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial_Parte_2.pdf>. Acesso em: 09/11/2022

escolha do usuário pelo uso de determinada plataforma - ali depositando tempo e, sobretudo, atenção - é suficiente para a geração de valor pelos agentes que os exploram¹⁴¹. Em síntese,

“quanto maior o tempo em que o usuário permanece online na plataforma, maior o tempo que esta dispõe para coletar os dados dele e ainda para submetê-lo à publicidade e a outras formas de exploração comercial”¹⁴².

A importância dos custos de atenção como moedas de troca também já foi analisada por cortes estrangeiras. No caso *Jennings vs. Radio Station KSCS, 96.3 FM, Inc.*¹⁴³, a Suprema Corte do Texas recebeu demanda envolvendo uma espécie de promoção de rádio. Steve Jennings era detento em um presídio do Texas e tinha o hábito de ouvir programações musicais da Radio Station KSCS. Em 1988, a referida rádio anunciou que passaria a tocar três músicas em sequência, sem interrupções, e se assim não o fizessem, pagaria 25 mil dólares ao ouvinte que identificasse a falha.

Em determinado momento, Jennings identificou que a rádio só havia tocado uma sequência de duas músicas antes de interrompê-las para anúncios e, conseqüentemente, pleiteou os \$25.000,00 prometidos pela estação de rádio, que se recusou a efetuar o pagamento, sob o argumento de que não haveria obrigação de pagar por parte da rádio uma vez em que Jennings não se sujeitou a qualquer contraprestação.

Após judicialização, a Suprema Corte do Texas entendeu que houve uma troca mútua entre as partes – ao passo em que Jennings depositou sua atenção na KSCS, esta se beneficiou de sua audiência e para com ela se obrigou. Por fim, a dívida foi reconhecida e o valor foi pago ao detento¹⁴⁴.

Os parágrafos acima se dedicaram a demonstrar que, sob a perspectiva de Newman, não há que se falar em gratuidade real em mercados envolvendo

¹⁴¹ Ibid., pp. 169-172

¹⁴² FRAZÃO, Ana. *Big Data e Concorrência: principais impactos sobre a análise concorrencial (Parte 2)*. Disponível em: <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2018-02-07-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial_Parte_2.pdf> Acesso em: 9 de nov. de 2022

¹⁴³ EUA. Supreme Court of Texas. *Jennings v. Radio Station KSCS* - 708 S.W.2d 60 (Tex. App. 1986)

¹⁴⁴ NEWMAN, 2015, p. 172

agentes econômicos com finalidades lucrativas – sejam mercados tradicionais, ou mercados digitais disruptivos. O autor tece crítica direta às bases da teoria da Anderson, e chama atenção para os novos paradigmas do custo: a troca de informações – *i.e.* dados pessoais – e atenção. Tais atributos já foram, inclusive, reconhecidos como moedas de troca transacionais em alguns julgados estrangeiros, até mesmo em mercados “tradicionais” – *i.e.* não-digitais.

No entanto, discussões teóricas à parte, fato é que a adoção de estratégias de preço zero, especialmente por plataformas digitais, vem chamando a atenção do Direito da Concorrência. O capítulo a seguir se dedica, portanto, a delinear o estado da arte – com seus desafios, limitações e inovações.

5. Repercussões Concorrenciais: Muitos Desafios, Algumas Perspectivas

Conforme amplamente discutido no item II.3 deste trabalho, o direito da concorrência como o conhecemos, bem como suas ferramentas de análise e *enforcement*, estão intrinsicamente relacionados à teoria dos preços (*price theory*).

Em síntese, com a hegemonia da doutrina de Chicago, a noção de eficiência econômica se tornou central nas análises preventivas e repressivas dos órgãos de defesa concorrencial ao redor do mundo. Ocorre que, de acordo com os teóricos da referida Escola, a eficiência é mensurada, justamente, pela redução dos custos de produção e, conseqüentemente, dos preços percebidos pelos consumidores finais.

Não por outra razão, Richard Posner é categórico ao afirmar, em sua obra acerca da Escola de Chicago sobre análise antitruste, que “*the proper lens for viewing antitrust problems is price theory*”¹⁴⁵.

É intuitivo concluir, portanto, que essas ferramentas não dão conta de endereçar as problemáticas advindas do crescente poder de mercado detido por agentes econômicos que distribuem bens e serviços a preço zero. Diante desse cenário, o presente capítulo busca abordar os principais desafios concorrenciais decorrentes de tal dilema, bem como traçar um panorama das discussões práticas e teóricas que emergiram na tentativa de enfrentá-lo.

Por óbvio, este trabalho não pretende – e nem poderia – esgotar o tema, diante de sua complexidade e da ausência de respostas que satisfatoriamente superem os impasses. Em vista disso, será feito um recorte de análise que, em primeiro lugar, enfrentará a suposta *zero-price antitrust exemption* e, em seguida, dar-se-á enfoque ao impacto das plataformas *zero-price* sobre as etapas mais cruciais e sensíveis da análise concorrencial.

¹⁴⁵ Em tradução livre: A lente apropriada para enxergar a problemática antitruste é a teoria dos preços. (POSNER, Op. Cit., p. 932).

Ora, conforme evidenciado no item II.3, a análise concorrencial de um ato de concentração parte da definição do mercado relevante, passa pela aferição do exercício do poder de mercado e, após, pela análise das eficiências econômicas decorrentes da operação analisada.

Em vista disso, em primeiro lugar, serão feitas considerações sobre a definição de mercado relevante nos mercados em que bens e serviços são distribuídos a preço zero. Após, serão analisados seus impactos sobre a aferição de poder de mercado dos referidos agentes econômicos e, por fim, serão tecidas considerações sobre a mensuração de suas eficiências, ou seja, a existência ou não de efeitos positivos sobre o *consumer welfare*¹⁴⁶.

Por fim, diante dessa nova lógica econômica, em que os dados pessoais posam como principal insumo, e das peculiaridades que a envolvem, serão feitas breves considerações sobre a necessidade de atuação integrada e harmônica entre as autoridades de defesa da concorrência e as autoridades de proteção de dados.

5.1. Superando a Zero-Price Antitrust Exemption

Antes mesmo de adentrar no estudo das ferramentas de análise concorrencial dignas de reforma, é necessário esclarecer que a submissão dos mercados de preço zero ao escrutínio antitruste nem sempre foi pacífica e, para uma corrente minoritária, continua não sendo.

À título exemplificativo, é digna de nota a obra de Miguel Sousa Ferro, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Em artigo intitulado “*Ceci n’est pas un marché: gratuity and competition law*”, o autor argumenta que o fornecimento gratuito de produtos e serviços – *i.e.* sem a cobrança de um preço positivo – não constitui atividade econômica sujeita às

¹⁴⁶ PEREIRA NETO; CASAGRANDE, Op. Cit, p. 79.

normas de direito concorrencial, salvo se afetar um mercado constituído por bens pagos.¹⁴⁷

Exemplo prático da aplicação desse entendimento é encontrado na Decisão 94/922/EC¹⁴⁸ da Comissão Europeia, em que se analisou a criação de uma *joint venture* (MSG Media Service Gesellschaft uer Abwicklung von Pay-TV und verbundenen Diensten mbH) pelas empresas Bertelsmann AG, Deutsche Bundespost Telekom e Taurus Beteiligungs GmbH. Quando da análise do acesso a conteúdos televisivos de forma gratuita, em decorrência da digitalização, a autoridade entendeu que:

Whether an economic item is available to customers in limited or sufficient numbers does not determine the existence of a relevant market for such an item. The decisive factor is whether trade relationships based on payment exist in respect of a good or a service. This is at present and will in future be the case with the transmission capacity for television signals, whether in analog or digital form¹⁴⁹.

Nessa mesma linha do entendimento acima, tem-se a decisão da Corte Distrital da Califórnia no caso *KinderStart.com vs. Google Inc.*, em que se discutia a suposta prática anticompetitiva da plataforma de buscas consubstanciada em um ranqueamento desfavorável para com os endereços eletrônicos da plataforma de conteúdo infantil. Na ocasião, a autoridade atendeu, parcialmente, aos requerimentos formulados pela Google para julgamento sumário, por entender-se que não é possível haver um mercado relevante, sob o ponto de vista concorrencial, para algo que é dado de graça¹⁵⁰.

¹⁴⁷ FERRO, Miguel Sousa. *Ceci n'est pas un marché: gratuity and competition law*. Concurrences: Revue des Droits de la Concurrence. Competition Law Journal. Nº 1-2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2493236>. Acesso em: 10/11/2022.

¹⁴⁸ COMISSÃO EUROPEIA. 94/922/EC: *Commission Decision of 9 November 1994 relating to a proceeding pursuant to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (IV/M.469 - MSG Media Service)*. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31994D0922>>. Acesso em 10/11/2022.

¹⁴⁹ Em tradução livre: O fato de um item econômico estar disponível para clientes em número limitado ou suficiente não implica na existência de um mercado relevante para tal item. O fator decisivo é se as relações comerciais baseadas no pagamento existem em relação a um bem ou serviço. Este é e será o caso no presente e no futuro com a capacidade de transmissão de sinais de televisão, seja em forma analógica ou digital. (Ibid., §43).

¹⁵⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *United States District Court, N. D. California, San Jose Division. Kinderstart.com, LLC, v. Google, Inc.* San Jose, 2007, WL 831806 (N.D. Cal.), 16/03/2007.

O estudo dos casos acima permite inferir que, durante algum tempo, imperou a tese segundo a qual a distribuição de bens e serviços a preço zero não constituiria um mercado propriamente dito e seria incapaz de efeitos negativos ao bem-estar do consumidor e, conseqüentemente, não demandaria intervenção de ordem concorrencial¹⁵¹.

No entanto, a doutrina especializada tem, cada vez mais, alertado para a necessidade de se pensar em uma abordagem mais holística para o devido enfrentamento às questões que emergem da Economia Movida a Dados e, mais especificamente, da disseminação de plataformas *zero-price*¹⁵². Afinal de contas, até mesmo nesses novos cenários, os consumidores ainda decidem o quanto desejam consumir de um determinado produto ou serviço, e os agentes econômicos ainda decidem como e quando o fornecem¹⁵³. Nesse sentido, diversos são os casos em que as autoridades concorrenciais têm depositado atenção sobre os referidos mercados.

Dentre os mais conhecidos casos dessa natureza, tem-se o processo movido pelo governo americano contra a Microsoft Corporation¹⁵⁴, em que a empresa foi acusada de manter, ilegalmente, posição monopolista no mercado de computadores pessoais (PCs) por meio de restrições técnicas impostas ao usuários e outros fabricantes de eletrônicos, que impediam que o Internet Explorer – navegador desenvolvido pela Microsoft – fosse desinstalado dos equipamentos produzidos pela companhia, dando espaço a outros programas de mesma finalidade. Em outras palavras, investigou-se a possibilidade de exercício abusivo do poder de mercado relacionado a um produto oferecido gratuitamente.

¹⁵¹ GAL, Michal; RUBINFELD, Daniel L. *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*. Antitrust Law Journal, v. 80, n. 401, 2016, p. 30. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529425>. Acesso em 11/11/2022.

¹⁵² Ibid., p. 31

¹⁵³ Ibid, p. 33

¹⁵⁴ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **United States of America v. Microsoft Corporation**, No. 00-5212, Appeals From the United States District Court for the District of Columbia, 28 de junho de 2001, Civil Action No. 98-1232 (CKK).

Outro episódio relevante em que autoridades concorrenciais voltaram seus olhares para mercados de preço zero diz respeito ao caso aberto pela Comissão Europeia em face da Google, com vistas ao serviço chamado de *Google Shopping*. De acordo com a Comissão, a plataforma de buscas favorecia, indevidamente, os resultados referentes ao Google Shopping, mesmo que não atendessem com maior fidedignidade aos critérios de busca adotados pelo usuário¹⁵⁵.

No que diz respeito ao Brasil, embora ainda não haja nenhum caso em que os mercados de preço zero foram analisados de forma detalhada, o CADE expediu, recentemente, no âmbito de uma investigação sobre condutas anticompetitivas supostamente praticadas por institutos de pesquisa, o Ofício nº 8679/2022/GAB-PRES/PRES/CADE, no qual se afirmou o que segue:

Pressupõe-se que concorrentes não combinem nenhuma das condições do mercado, sejam elas: preço, quantidades, níveis de oferta, qualidade de produtos ou serviços, estrutura de custos, não criem em conjunto barreiras à entrada, não dividam informações sensíveis e etc. Parte-se do princípio de que não cooperem e, portanto, disputem a preferência do consumidor. Isso gera inovação e desenvolvimento. Isso significa dizer que não é só a combinação sobre a variável “preço” que determina a existência de um cartel ou faz com que a conduta colusiva seja prejudicial à ordem econômica. Outras variáveis concorrenciais relevantes podem ser combinadas entre concorrentes e, dessa forma, causar danos à livre iniciativa e à livre concorrência¹⁵⁶.

A referida investigação é polêmica e não se busca, aqui, fazer qualquer juízo de valor ou pertinência a seu respeito. Busca-se tão somente evidenciar que a autoridade antitruste brasileira já reconheceu, ainda que pontualmente, que a análise concorrencial deve levar em conta outros vetores que não simplesmente o preço.

Enfim, feitas as exposições e considerações acima, é possível perceber que as autoridades e os teóricos têm, cada vez mais, abandonado a chamada

¹⁵⁵ COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust: Commission probes allegation of antitrust violations by Google*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_1624> Acesso em: 10/11/2022.

¹⁵⁶ BRASIL. CADE. Ofício Nº 8679/2022/GAB-PRES/PRES/CADE. Brasília, 24 de out. de 2022. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnqI5_uKxXOK06JWeBzhMdu1o7VqyXeq9tKSSC3I_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5Ayy-tiXw5xB9EQloX7bs5xjVjgg2_PBE0SG5VyQCSsVm3g>. Acesso em: 11/11/2022.

zero-price antitrust exemption, segundo a qual mercados de produtos e serviços ofertados a preço zero seriam incapazes de constituir um mercado propriamente dito, bem como de gerar externalidades negativas ao bem-estar do consumidor. A referida mudança de paradigma não poderia ser mais acertada. O crescente poder de mercado dos agentes econômicos que operam em tais mercados não pode ser subestimado pelos estudiosos da concorrência.

No entanto, aceitar que o direito da concorrência possui um papel relevante no enfrentamento aos dilemas envolvendo tais mercados também implica em reconhecer as limitações das suas ferramentas tradicionais de análise. Os tópicos a seguir se dedicam, portanto, a traçar alguns contornos dessa insuficiência, bem como propor debates sobre os possíveis caminhos a serem seguidos.

5.2. A Definição de Mercado Relevante

Conforme analisado no item II.3 *supra*, a definição do mercado relevante afetado por determinada operação ou conduta é a primeira etapa da análise concorrencial. Também é uma das etapas mais relevantes e sensíveis do referido procedimento. Entende-se por mercado relevante o conjunto de produtos e serviços e a área geográfica em que estes, efetivamente, concorrem¹⁵⁷, sendo este composto por duas diferentes dimensões: a dimensão produto, referente aos bens e serviços que efetivamente competem entre si; e a dimensão geográfica, referente às regiões entre as quais há uma efetiva competição relativa aos produtos ofertados.

Em sua obra, John Newman faz menção a um julgado da Suprema Corte americana referente ao caso *Eastman Kodak Co. vs. Image Technical Services, Inc.*¹⁵⁸. Na ocasião, entendeu-se que o mercado relevante deve ser definido de acordo com a elasticidade cruzada da demanda, podendo ser

¹⁵⁷ Conforme nota de rodapé nº 67 *supra*.

¹⁵⁸ EUA. Supreme Court. **Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.**, 504 U.S. 451 (1992). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/>> Acesso em: 11/11/2022

conceituado como “*the extent to which consumers will change their consumption of one product in response to a price change in another*”¹⁵⁹.

Com base nessa definição, uma das ferramentas mais relevantes para fins de definição de mercado relevante é o chamado TMH, ou Teste do Monopolista Hipotético. O referido teste consiste em analisar se determinado agente econômico é capaz de, lucrativamente, impor um pequeno, mas significativo e não-transitório, aumento de preço em um produto do mercado (*small but significant and non-transitory increase in price* – SSNIP). Por óbvio, o TMH perde sua pertinência em mercados de preço zero, afinal de contas, “*five percent of zero is still zero*”¹⁶⁰. É imperativo, portanto, que se encontrem novas formas de analisar e definir os mercados relevantes que não operem a base de preços positivos.

A primeira possível solução, de acordo com Gal e Rubinfeld, parte da compreensão de que as empresas que adotam estratégias de preço zero de forma sustentável auferem lucros indiretamente, em decorrência de suas operações em outros mercados. Dessa forma, o TMH deveria ser ajustado para considerar os dois mercados em que o referido agente atua buscando maximização dos seus lucros¹⁶¹. Essa estratégia seria especialmente interessante em mercados de múltiplos lados ou em mercados de bens e serviços complementares, justamente em razão da interrelação entre produtos distintos.

Para além, especialmente em se tratando de plataformas de múltiplos lados, também se pode sugerir que a definição de mercado relevante foque no mercado em que efetivamente se estabelece uma relação comercial lucrativa¹⁶². Exemplo prático da aplicação desse método é encontrado na

¹⁵⁹ Em tradução livre: A medida em que os consumidores mudarão seu consumo de um produto em resposta a uma mudança de preço em outro. (NEWMAN, John M. *Antitrust in Zero-Price Markets: Applications*. Washington University Law Review. Volume 94, Issue 1, 2016, p. 65. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2681304>. Acesso em: 12/11/2022).

¹⁶⁰ Ibid, p. 65.

¹⁶¹ GAL, RUBINFELD, Op. Cit., p. 33.

¹⁶² POLVERINO, Fabio. *Hunting the Wild Geese: Competition Analysis in a World of Free*. Concorrenza e mercato. 545. Setembro de 2012. Disponível em: < https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2145545>. Acesso em: 12/11/2022.

decisão da Comissão Europeia envolvendo o ato de concentração entre a Microsoft e a Yahoo!. Na ocasião, embora se tratasse de duas empresas fornecedoras de mecanismos de pesquisa online, a autoridade considerou as participações de cada uma delas no mercado de publicidade online, por ser esta fonte essencial de lucro¹⁶³.

Por fim, também são propostas algumas tentativas de manutenção do tradicional Teste do Monopolista Hipotético, de modo a garantir que seu *framework* considere fatores outros que não somente o preço.

Nessa ordem, uma das soluções pensadas foi a substituição do vetor “preço” do TMH tradicional pelo vetor “qualidade”, de modo que a definição de mercado se daria mediante análise da capacidade de um determinado *player* gerar uma pequena, mas significativa e não-transitória, redução da qualidade de um produto do dito mercado – ou seja, *a small but significant and non-transitory decrease in quality* - SSNDQ¹⁶⁴. Referida teoria foi objeto de decisão pela Suprema Corte Popular da China, em caso envolvendo a Beijing Qihoo 360 Technology Co. e a Tencent Technology Co¹⁶⁵.

No entanto, de acordo com a doutrina, essa proposta possui deficiências dignas de nota. Especial atenção deve ser dada uma delas, qual seja, a ausência de lógica econômica para redução da qualidade de forma lucrativa. Conforme leciona Newman:

*“[...] it is unlikely that firms enjoying market power in at least some zero-price markets would choose to exercise that power by lowering quality. Where doing so would result in negligible cost reduction, the attendant loss of costumers would likely make and SSNDQ irrational – yet a relevant antitrust market may still be present.”*¹⁶⁶

¹⁶³ COMISSÃO EUROPEIA. **Caso nº COMP/M.5727**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/M5727_20100218_20310_261202_EN.pdf>. Acesso em: 11/11/2022.

¹⁶⁴ GAL, RUBINFELD, Op. Cit., p. 35.

¹⁶⁵ NEWMAN, 2016, p. 70

¹⁶⁶ Em tradução livre: É improvável que as empresas que gozam de poder de mercado em pelo menos alguns mercados de preço zero optassem por exercer esse poder baixando a qualidade. Onde isso resultaria em uma redução insignificante de custos, a perda consequente de clientes provavelmente tornaria a SSNDQ irracional - contudo, um mercado antitruste relevante ainda pode estar presente. (Ibid., p. 71).

Não por outra razão, a OCDE definiu o referido teste mais como “*a loose conceptual guide than as a precise tool that courts and competition authorities should actually attempt to apply*”¹⁶⁷. Seja como for, a SSNDQ não é a única saída encontrada na tentativa de reaproveitar a lógica tradicional do SSNIP e aplicá-lo aos mercados de preço zero.

A bem da verdade, a mais relevante contribuição para o debate passa pela ideia de definição de mercado baseada na análise de um pequeno, mas significativo e não-transitório, aumento nos custos transacionais – ou seja, *a small but significant and non-transitory increase in exchanged costs - SSNIC*¹⁶⁸. Referida proposta leva em consideração o reconhecimento de informação - *i.e.* dados - e atenção como novos elementos dos custos transacionais. Sobre o tema:

*“In traditional, positive-price markets, analysts can properly view price as representing the relevant exchanged cost: the price paid constitutes the valuable consideration exchanged by buyers for the relevant product(s). But in zero-price markets, this is not the case. Firms in zero-price markets often make their profits by extracting information, attention, or both. In other words, the cost to zero-price costumers of a given relevant product may consist entirely of increased information costs, entirely of increased attention costs, or a combination of the two in any proportion. Analysts must tailor their focus to the appropriate cost(s) – i.e., the cost(s) most likely to be increased by a hypothetical monopolista”.*¹⁶⁹

Em síntese, o SSNIC entende que a o correto *framework* de aferição de um monopolista hipotético para fins de análise concorrencial de mercados de preço zero deve passar, impreterivelmente, pela avaliação dos custos não-monetizados que integram a cadeia de valor nessas plataformas.

¹⁶⁷ Em tradução livre: Mais como um guia conceitual solto do que como uma ferramenta precisa que os tribunais e as autoridades de concorrência devem realmente tentar aplicar (OCDE. ***The role and measurement of quality in competition analysis***. 2013, p. 15. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>>. Acesso em: 12/11/2022.)

¹⁶⁸ NEWMAN, 2016, p. 66

¹⁶⁹ Em tradução livre: Nos mercados tradicionais, de preços positivos, os analistas podem ver corretamente o preço como representando o custo transacional relevante: o preço pago constitui a valiosa contrapartida trocada pelos compradores pelo(s) produto(s) relevante(s). Mas em mercados de preço zero, este não é o caso. As empresas nos mercados de preço zero frequentemente obtêm seus lucros extraindo informações, atenção ou ambos. Em outras palavras, o custo para os consumidores de preço zero de um determinado produto relevante pode consistir inteiramente no aumento dos custos de informação, inteiramente no aumento dos custos de atenção, ou uma combinação dos dois em qualquer proporção. Os analistas devem adaptar seu foco ao(s) custo(s) apropriado(s) - ou seja, o(s) custo(s) mais provável(is) de ser aumentado(s) por um monopolista hipotético. (Ibid., p. 67)

Convém ressaltar que a análise dos custos para fins de definição de mercado relevante deve, necessariamente, estar acompanhada de uma avaliação qualitativa. Afinal de contas, como já fora demonstrado, não há muita racionalidade econômica na imposição de uma redução de qualidade promovida por um agente econômico detentor de poder de mercado.

Desse modo, conforme sinaliza Newman, a pergunta correta a se fazer para fins de definição de mercado seria se um monopolista hipotético é capaz de impor um pequeno, mas significativo e não transitório, aumento dos custos transacionais, sem consequente aumento de qualidade do produto ou serviço relevante¹⁷⁰. Referida proposta, no entanto, também tem suas deficiências, sendo a principal delas a falta de acurácia dos consumidores finais – *i.e.* usuários – sobre os custos de informação e atenção que despendem.

Seja como for, a definição do mercado relevante, quando envolve produtos e serviços de preço zero, não é pacífica entre teóricos. Exemplificativamente, Evans defende que deveria se considerar um mercado único de *attention seekers*, independentemente do *locus* em que a referida atenção é obtida¹⁷¹. Por outro lado, Newman afirma que deveria ser definido um mercado para cada produto, ou grupo de produtos análogos, em que os usuários decidem depositar sua atenção¹⁷².

Apesar das divergências, é possível afirmar que a multiplicidade de percepções auxilia, de determinado modo, a encontrar os caminhos mais seguros e completos de endereçamento desses mercados. Em suma, apensar de não esgotarem as dificuldades de sua definição, oferecem um bom ponto de partida a ser considerado para mitigar os dilemas da análise concorrencial dos mercados que operam a preço zero.

¹⁷⁰ Ibid., p. 69

¹⁷¹ EVANS, David. *The antitrust economics of free*. Apud. LORENZETTI, BELIZARIO, Op. Cit., p. 167.

¹⁷² NEWMAN, John M. *Antitrust in Zero-price markets: foundations*. Apud. LORENZETTI, BELIZARIO, Op. Cit., p. 168.

5.3. Aferição de Poder de Mercado

De acordo com o fluxograma da análise concorrencial, após a conclusão da definição do mercado relevante e da verificação de seus níveis de concentração, mediante cálculo das *market shares* das partes envolvidas, passa-se à aferição do poder de mercado e da possibilidade de seu exercício. Significa dizer, em outras palavras, que se se restar apurado que uma das partes da operação detém uma parcela expressiva do mercado relevante, a autoridade concorrencial deverá dar início a referida aferição de poder de mercado. Sobre o ponto, leciona a Cartilha do CADE que:

Uma empresa (ou um grupo de empresas) possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam, ao preço competitivo de mercado¹⁷³.

É fácil perceber que, assim como na definição de mercado relevante, a aferição de poder de mercado está fortemente calcada na análise de preços. No entanto, ao reputar-se que o poder de mercado é mensurado pela capacidade de determinado agente econômico elevar seus preços acima do nível competitivo sem com isso perder demanda, chegar-se-ia a duas falaciosas conclusões: a primeira, de que não há poder de mercado envolvendo setores que operem a preço zero¹⁷⁴; ou então a segunda, de que o exercício do referido exercício de poder por *zero-price platforms* necessariamente implicaria na imposição de um preço positivo¹⁷⁵.

A limitação dessas conclusões já foi objeto de consideração por cortes concorrenciais estrangeiras. Em caso envolvendo a LiveUniverse, Inc. e a MySpace, Inc., a Corte Distrital da Califórnia refutou o argumento da LiveUniverse segundo o qual “*the appropriate measure of a firm’s share is*

¹⁷³ BRASIL. CADE. Cartilha do CADE. Maio de 2016, p. 8. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>> Acesso em: 13 de nov. de 2022.

¹⁷⁴ GAL, RUBINFELD, Op. Cit., p. 36.

¹⁷⁵ NEWMAN, 2016, p. 72.

*the quantity of goods or services actually sold to consumers*¹⁷⁶”, afirmando que, se assim o fosse, uma companhia que oferece um produto “gratuitamente” não poderia jamais adquirir poder de mercado¹⁷⁷.

Diante desse empasse, é possível pensar em dois caminhos distintos para o endereçamento da questão envolvendo o poder de mercado detido por plataformas *zero-price*. O primeiro deles, de acordo com Gal e Rubinfeld, passaria pela aferição do poder de mercado detido pelos agentes econômicos envolvidos na operação em mercados relacionados. Isso porque, como já demonstrado acima, para que um determinado *player* adota estratégia de preço zero de forma sustentável no longo prazo, é necessário que aufera lucros em uma outra frente. Não seria lógico, portanto, considerar apenas as o mercado referente ao *zero price product* para fins de aferição de poder de mercado. Nesse sentido:

*“Here, the analysis of market power should include the complementary good(s) sold at a positive price, because providing the free good in one market enables the seller to increase the costs and entry barriers in a related one and cover the costs involved in offering both products. Accordingly, competitive constraints from free goods over paid ones can be taken into account, even if they are not considered to operate in the same market due to the SSNIP test. 114 A similar logic and analysis should be applied to freestanding free goods that are assumed to increase profits in another market (e.g., two-sided markets or premium versions) or in the same market in the long run. Put differently, the benefit to the supplier should be sought elsewhere, rather than in the market for the free good. According to the same logic, a market power analysis cannot be based on revenues from the free good alone.”*¹⁷⁸

Mas essa não é a única proposta para endereçamento da problemática em comento. Uma segunda possibilidade para esse mesmo fim é encontrada

¹⁷⁶ Em tradução livre: A medida adequada da participação de uma empresa é [sempre] a quantidade de bens ou serviços realmente vendidos aos consumidores.

¹⁷⁷ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. **LiveUniverse, Inc. v. MySpace, Inc.** 304 F. App'x 554 (9th Cir. 2008). 22/12/2008.

¹⁷⁸ Em tradução livre: Aqui, a análise do poder de mercado deve incluir o(s) bem(s) complementar(es) vendido(s) a um preço positivo, pois fornecer o bem gratuito em um mercado permite ao vendedor aumentar os custos e as barreiras de entrada em um mercado relacionado e cobrir os custos envolvidos na oferta de ambos os produtos. Assim, as restrições competitivas dos bens gratuitos sobre os pagos podem ser levadas em conta, mesmo que não sejam considerados como operando no mesmo mercado devido ao teste SSNIP. Uma lógica e análise semelhante deve ser aplicada aos bens gratuitos que se supõe aumentar os lucros em outro mercado (por exemplo, mercados bilaterais ou versões premium) ou no mesmo mercado a longo prazo. Dito de outra forma, o benefício para o fornecedor deve ser procurado em outro lugar, em vez de no mercado para o bem livre. De acordo com a mesma lógica, uma análise de poder de mercado não pode ser baseada apenas nas receitas do bem gratuito. (GAL, RUBINFELD, Op. Cit., p. 37).

na obra de Newman. De acordo com o autor, assim como ocorre na definição de mercado relevante, a aferição de poder de mercado poderia aproveitar grande parte das ferramentas tradicionais de análise concorrencial de a ideia de “preço” fosse substituída por “custo” – *i.e.* custos de informação e atenção¹⁷⁹.

Em síntese, ao invés de imputar um aumento dos preços aos consumidores – *i.e.* mediante adoção da cobrança de um preço positivo -, uma plataforma *zero-price* com poder de mercado estaria mais inclinada a aumentar os custos de informação e atenção¹⁸⁰. Essa perspectiva se faz especialmente pertinente se considerada sob a ótica do *zero-price effect*, aqui entendido como a atratividade de determinado produto ou serviço é positivamente impactada em razão de seu oferecimento se dar a preço zero, levando consumidores a obtê-lo mesmo havendo alternativas com melhor custo-benefício¹⁸¹.

Em conclusão, se aplicada a proposta de Newman, no momento da aferição do poder de mercado detido por uma plataforma de preço zero, a autoridade concorrencial deveria avaliar se determinado agente econômico é capaz de manter seus custos de informação e atenção sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder clientes.

É evidente, portanto, que a referida proposta possui as mesmas deficiências daquela referente a definição do mercado relevante, especialmente no que diz respeito à falta de acurácia dos consumidores finais – *i.e.* usuários – sobre os custos de informação e atenção que despendem.

Seja como for, fato é que a aferição de poder de mercado em setores que abrangem produtos e serviços fornecidos a preço zero é mais delicada e custosa do que em mercados que operam a preços positivos. No entanto, as propostas mencionadas acima podem ser reputadas como interessantes pontos de partida.

¹⁷⁹ NEWMAN, 2016, p. 72

¹⁸⁰ Ibid., p. 72.

¹⁸¹ Vide nota de rodapé nº 104 *supra*.

5.4. Análise de Eficiências e Impactos sobre o *Welfare*

De acordo com Gal e Rubinfeld, a definição de mercado relevante e a aferição de poder de mercado servem a um propósito maior, qual seja, a análise dos efeitos da referida operação ou conduta sobre o bem-estar do consumidor¹⁸². Não por outra razão, após a definição do mercado relevante, a análise dos níveis de concentração, e a aferição da possibilidade de exercício de poder de mercado, a análise concorrencial passa para a fase de mensuração das eficiências em tais mercados, ou seja, da existência ou não de efeitos positivos sobre o *consumer welfare*.

Ocorre que, conforme amplamente discutido acima, para os teóricos de Chicago, o bem-estar do consumidor está intrinsecamente relacionada à ideia de eficiência e esta, por sua vez, se concretiza com a redução dos custos de produção e, conseqüentemente, dos preços finais percebidos pelos consumidores.

O problema dessa crença é o seguinte: se o bem-estar do consumidor se concretiza, em última análise, com a redução dos preços, não haveria que se falar em danos ou externalidades negativas em mercados que operam sem essas cifras – *i.e.* mercados de bens e serviços *zero-price*¹⁸³. Ao que parece, alguns teóricos têm se filiado a esse entendimento, argumentando que a própria distribuição “gratuita” desses produtos é, frequentemente, benéfica aos consumidores e pró-competitiva¹⁸⁴.

No entanto, embora não se busque, aqui, criar uma espécie de presunção de ilegalidade para esses mercados, ou negligenciar os benefícios que deles advém, é imperativo ressaltar que a ausência de preços positivos não importa, necessariamente, na ausência de custos transacionais. Os capítulos acima já se debruçaram inúmeras vezes sobre a existência de custos não-monetizados que garantem a adoção sustentável de estratégias de preço

¹⁸² GAL; RUBINFELD, Op. Cit., p. 38

¹⁸³ Vide item II.3 acima.

¹⁸⁴ NEWMAN, 2015, p. 201.

zero. Significa dizer que os consumidores pagam, efetivamente, pelo acesso a tais produtos e serviços¹⁸⁵, e que a existência de potenciais riscos ao seu *welfare* é inequívoca. Nas palavras de Newman:

*“[...] There is no principled reason to believe that zero-price transactions – the result of bilateral agreements whereby both parties surrender something of value as part of the exchange – necessarily create any more consumer welfare than transactions involving positive prices.”*¹⁸⁶

Com base na lição acima, é possível concluir que o exame das eficiências deve ir além da mera análise de preços, de modo a atender às peculiaridades advindas da Economia Movida a Dados e, mais especificamente, do crescimento expressivo do número de agentes econômicos que distribuem bens e serviços sem a cobrança de uma contraprestação monetizada.

No entanto, diante da complexidade da nova realidade jurídico-econômica, alguns autores vão além. É o caso de Gal e Rubinfeld, que propõem uma análise mais holística das eficiências de uma determinada operação, com um olhar mais atento a interrelação entre bens e serviços de diferentes mercados, responsável por atribuir sustentabilidade às estratégias de preço zero. Nesse sentido:

*“An analysis which focuses on the free good alone would often lead to the simplistic conclusion that the free good creates positive welfare effects, since the consumer receives the product at a price which does not even cover production and distribution costs. In our view, the analysis should be extended to include long-term effects in the same market as well as in interdependent and affected markets. The converse is also true: should the relevant issue arise in the affected market, the effects of the free good on the affected market should be taken into account.”*¹⁸⁷

¹⁸⁵ Ibid, p. 202.

¹⁸⁶ Em tradução livre: Não há razão para acreditar que transações de preço zero - o resultado de acordos bilaterais pelos quais ambas as partes entregam algo de valor como parte da troca - necessariamente criam mais bem-estar ao consumidor do que transações envolvendo preços positivos. (Ibid, p. 202).

¹⁸⁷ Em tradução livre: Uma análise focada apenas no bem livre levaria frequentemente à conclusão simplista de que o bem livre cria efeitos positivos de bem-estar, já que o consumidor recebe o produto a um preço que não cobre nem mesmo os custos de produção e distribuição. Em nossa opinião, a análise deveria ser estendida para incluir efeitos a longo prazo no mesmo mercado, bem como em mercados interdependentes e afetados. O inverso também é verdadeiro: se a questão relevante surgir no mercado afetado, os efeitos do bem livre do mercado afetado devem ser levados em conta. (GAL, RUBINFELD, Op. Cit., p. 38).

Em conclusão, o que se extrai dos parágrafos acima é a necessidade de se depositar sobre os mercados *zero-price* uma análise atenta de eficiências, tal qual se faria em qualquer outro mercado de preços positivos, a fim de evitar falsos positivos e falsos negativos. Referida análise deve se dar de maneira abrangente e holística, considerando as eficiências sobre mercados interrelacionados e sobre vetores não-monetários – *i.e.* qualidade e custos de informação de atenção. Só assim se garantirá a manutenção do *welfare*, a preservação dos benefícios advindos de tais mercados, e a contenção de seus vícios – muitos deles ainda desconhecidos.

5.5. A Antitruste e Privacidade: A Demanda por Sinergia entre Autoridades

Conforme já exaustivamente reiterado ao longo deste trabalho, o processamento de dados e a sua conversão em ativo informacional são a rodagem da economia contemporânea. Não por outra razão, convencionou-se chamar esse novo cenário de “Economia Movida a Dados”, ou *Data-Driven Economy*.

É justamente diante desse cenário que as plataformas de preço zero emergem em número e relevância. Ao incorporarem os mecanismos de geração de valor atrás da coleta de dados ao próprio *core* da sua atividade econômica, passa-se a falar em custos de informação e atenção, e começam a ser considerados caminhos para que o antitruste enderece, corretamente, tais desafios.

Esse novo momento do direito concorrencial é objeto de críticas por alguns estudiosos do campo da privacidade e proteção de dados. Argumentam tais autores que, ao adentrarem na análise dos custos de informação – *i.e.* geração de valor através da coleta e do processamento de dados pessoais -, as autoridades antitruste estariam extrapolando sua

competência e seu território tradicional de atuação.¹⁸⁸ No entanto, a conclusão não poderia estar mais equivocada. Confira-se:

*“Privacy law is concerned with the right of individuals to “control the ways in which personal information is obtained, processed, distributed, shared, and used by any other entity”. More specifically, information-related privacy violations occur where individuals involuntarily share information. Antitrust law is perfectly inverse: it is concerned only with voluntary exchanges. Antitrust courts, enforcers, and theorists speak of market or monopoly “power,” but they do not mean the power to force counterparties to transact against their will. [...] In zero-price markets, privacy law is concerned with ensuring that individuals’ information remains confidential when its release or use was not bargained for as part of a voluntary exchange. Antitrust law does not concern itself with such harm. Instead, modern antitrust law seeks to protect the competitive process, thereby promoting consumer welfare.”*¹⁸⁹

A lição é categórica. A privacidade e a proteção de dados não têm seu escopo de atuação reduzido pela incorporação de preocupações sobre custos não-econômicos à análise concorrencial. Muito pelo contrário, diante dessa repartição insuperável de competências, é necessário que haja uma atuação integrada das autoridades antitruste e de proteção de dados com vistas ao correto endereçamento das problemáticas da nova ordem econômica, de modo que ambas as *ratios* sejam atingidas.

No que diz respeito ao Brasil, é possível afirmar que a necessidade de atuação integrada já está no radar das autoridades. Justamente por esse motivo, em meados do último ano, o CADE e a ANPD firmaram Acordo de Cooperação Técnica. O referido Acordo está em consonância com a Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018), que tem a livre

¹⁸⁸ TUCKER, Darren S.; WELLFORD, Hill B. *Big Mistakes Regarding Big Data*. Apud. NEWMAN, 2015, p 203.

¹⁸⁹ Em tradução livre: A lei de privacidade se preocupa com o direito dos indivíduos de "controlar as formas pelas quais as informações pessoais são obtidas, processadas, distribuídas, compartilhadas e utilizadas por qualquer outra entidade". Mais especificamente, as violações de privacidade relacionadas à informação ocorrem quando os indivíduos compartilham informações involuntariamente. A lei antitruste é perfeitamente inversa: ela se preocupa apenas com trocas voluntárias. Tribunais antitruste, aplicadores e teóricos falam de "poder" de mercado ou de monopólio, mas não significam o poder de forçar as contrapartes a fazer transações contra sua vontade. [...] Em mercados de preço zero, a lei de privacidade se preocupa em garantir que as informações dos indivíduos permaneçam confidenciais quando sua liberação ou uso não foi negociado como parte de uma troca voluntária. A lei antitruste não se preocupa com tais danos. Em vez disso, a lei antitruste moderna procura proteger o processo competitivo, promovendo assim o bem-estar do consumidor. (NEWMAN, 2015, p. 204).

concorrência dentre o seu rol de fundamentos¹⁹⁰, e busca “viabilizar ações a serem adotadas pelas partes, de forma conjunta e coordenada, quando da ocorrência de situações que interseccionam ambas as esferas de competências”¹⁹¹.

Ora, sabe-se que a incorporação de *big data* a prática comercial gera efeitos e preocupações de diversas naturezas, todas igualmente dignas de nota. Da mesma forma, a proteção ao bem-estar do consumidor repercute de formas distintas em cada uma das esferas do Direito.

A conclusão, portanto, é lógica. A concretização do verdadeiro bem-estar não passa por apenas uma ou outra seara jurídica. Afinal de contas, o consumidor é ser integral, e experimenta os fatos jurídicos em sua mais ampla variedade. Demandam-se, portanto, mecanismos perenes de cooperação sinérgica entre autoridades, que garantam que os temas afetos ao *welfare* estejam sendo endereçados em sua devida integralidade e completude.

¹⁹⁰ Lei nº 13.709/2018. Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: VI – a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor. (BRASIL. **Lei 13.709, de 13 de agosto de 2018**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14020.htm> Acesso em: 12 de nov. de 2022).

¹⁹¹ BRASIL. CADE e ANPD. Processo nº 08700.002088/2021-51. Acordo de Cooperação Técnica. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNx7shC9BfDk4D4TJF17nUmxY6uYhEY5nxV3mxNh4Pbb-ePzOV6AFcXksLgW07c7DBh5z7rklFJV-SgU3_RdbKZ> Acesso em: 13 de nov. de 2022.

Conclusão

Este trabalho se propôs à investigação dos impactos das *zero-price platforms* sobre o Antitruste, especificamente no que tange aos *standards* de análise concorrencial vigentes, nos quais a definição de mercado relevante, a aferição de poder de mercado e análise das eficiências ainda estão muito relacionadas aos impactos de determinada operação ou conduta sobre os preços.

Para tanto, o primeiro capítulo dedicou-se a expor o histórico de construção do antitruste, bem como os eventos que tornaram a concorrência um bem jurídico digno de tutela *per se*. Diante da impossibilidade de se esgotar o estudo de todas as jurisdições e ordenamentos, fez-se um recorte de análise dos cenários americano e brasileiro, diante de sua relevância histórica e da pertinência, respectivamente.

Passo adiante, se procurou expor as duas principais doutrinas acerca dos fundamentos e objetivos do antitruste, quais sejam, as Escolas de Harvard e Chicago. Ao passo em que a primeira elenca a concorrência como um fim em si próprio, que deve nortear toda a tomada de decisão, a segunda a percebe como um meio de se atingir um fim “maior” – a eficiência, aqui entendida como a maximização de riqueza decorrente da redução dos custos de produção e, consequentemente, dos preços.

Em seguida, passou-se ao exame do fenômeno sociocultural chamado de “Quarta Revolução Industrial” e, consequentemente, da gênese de uma nova lógica econômica, em que o processamento de dados assume papel central. Diante desse cenário, foram tecidos comentários sobre a *Big Data* e feitas breves considerações sobre o acúmulo, a coleta e o processamento de dados em larga escala como mecanismos de geração de valor e, consequentemente, de vantagem competitiva.

O quarto capítulo deste trabalho buscou evidenciar os modelos de negócios efetivamente adotados pelas empresas operadoras de serviços

digitais a fim de que a adoção da estratégia de preço zero seja economicamente rentável e sustentável. A análise atenta dos modelos de produtos complementares, das plataformas de múltiplos lados e dos modelos *freemium* permitiu concluir que há uma interrelação entre produtos e serviços, que permitem que os agentes econômicos ofereçam bens a preço zero enquanto, indiretamente, auferem receitas e lucros em outras frentes.

Diante desse complexo cenário, novas questões emergem. Há que se falar, efetivamente, em gratuidade? Para Chris Anderson, a resposta é positiva. Ao passo em que a Economia do século XX, chamada por ele de “Economia de Átomos”, afasta totalmente a ideia de gratuidade, a Economia do Século XXI, “Economia dos Bits” é pioneira em proporcionar uma gratuidade real.

O entendimento não é pacífico. O principal contraponto vem de John Newman. Para o autor, a gratuidade do século XXI não passa de um mito. Embora os consumidores não estejam sujeitos ao pagamento de cifras monetizadas, há novos vetores de cobrança. São feitas considerações, portanto, sobre os novos paradigmas do custo – especialmente sob a ótica da informação e da atenção.

Independentemente das divergências doutrinárias, fato é que as plataformas de preço zero posam como desafios relevantes para o direito da concorrência, e levantam consideráveis questionamentos sobre a possível obsolescência de seus mecanismos tradicionais de *enforcement*. O último capítulo se dedicou, portanto, a analisar os impactos dessas estruturas sobre as principais etapas da análise concorrencial, quais sejam, a definição de mercado relevante, a aferição de poder de mercado, e a análise das eficiências econômicas.

Diante de todo o exposto, o que se concluiu é que a nova ordem econômica é complexa e interdisciplinar, e o seu correto endereçamento demanda mecanismos que atendam a esses mesmos parâmetros. Afinal de contas, se na economia digital, o processamento de dados é protagonista da

geração de valor, é necessário que sejam pensadas medidas conjuntas e perenes de enfrentamento aos seus desafios, especialmente sob a ótica da proteção de dados e do direito antitruste.

Conforme se buscou expor, o consumidor é ser integral. Existe e experimenta os fatos jurídicos em sua completude e diversidade. Dessa maneira, políticas isoladas e segmentadas não são capazes de conferir-lhe a devida proteção. O presente trabalho se encerra com a crença de que, em um ecossistema de mercados digitais, a atuação sinérgica entre autoridades é o único caminho para a concretização de um verdadeiro *welfare*.

Referências Bibliográficas

ANDERSON, Chris. *Free: The Future of a Radical Price*. Hyperion: Nova York, 2009

BORK, Robert. *Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act*. Apud. PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. Indiana Law Journal, Volume 82, Issue 2. 2007. p. 350. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4/>>. Acesso em: 05/10/2022

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del7666.htm>. Acesso em 06/10/2022

BRASIL. **Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-869-18-novembro-1938-350746-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em 06/10/2022.

BRASIL, **Lei 12.529/11, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm> Acesso em: 18/10/2022

BRASIL, **Lei 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1960-1969/lei-4137-10-setembro-1962-353932-publicacaooriginal-1-pl.html>> Acesso em 18/10/2022.

BRASIL, **Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm> Acesso em: 18/10/2022

BRASIL, **Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8159.htm> Acesso em: 18/10/2022

BRASIL, **Lei 8.884, de 11 de junho de 1994**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm> Acesso em: 18/10/2022

BRASIL. CADE e ANPD. **Processo nº 08700.002088/2021-51. Acordo de Cooperação Técnica**. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZE>

FhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNx7shC9BfDk4D4TJF17nUmxY6uY_hEY5nxV3mxNh4Pbb-ePzOV6AFcXksLgW07c7DBh5z7rklFJV-SgU3_RdbKZ>. Acesso em: 13/11/2022

BRASIL. CADE. **Ato de Concentração nº 08700.000059/2021-55. Parecer nº 88/2021/CGAA5/SGA1/SG.** §13. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yMhwgfp0_Uo_ic_oRACx8uiZG41H-b1PH50w6v2cFzL0jrM6MfPbcaaZNdccFyzARX0nA4G_j6A0r-BPIUvKeUO_>. Acesso em: 23/10/2022

BRASIL. CADE. **Cartilha do CADE.** Maio de 2016, p. 8. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>>. Acesso em: 13/11/2022.

BRASIL. CADE. **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal.** Julho de 2016. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>>. Acesso em: 11/11/2022.

BRASIL. CADE. **Ofício Nº 8679/2022/GAB-PRES/PRES/CADE.** Brasília, 24 de out. de 2022. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?11fcbFkN81DNKUdhz4iilnqI5_uKxXOK06JWeBzhMduIo7VqyXeq9tKSSC3I_YlnBX8Qjt099g7spbtEu5Ayy-tiXw5xB9EQIoX7bs5xjVjgg2_PBE0SG5VyQCSsVm3g> Acesso em: 11/11/2022.

BRASIL. CADE. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94.** Brasília, 11/10/2013. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOBwJuCNj4l75LGYGmkxvGGA3KsZ7gMbeOyJAUp4rJ9vx9C3faktSMw8hSoMgRRVdtQJwj7ACtjy7bWKuQ92ZDz> Acesso em: 30 de out. de 2022.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934.** Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm Acesso em: 05/10/2022

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/Constituicao/Constituicao37.htm>
Acesso em: 06/10/2022

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm
Acesso em: 07/10/2022

BRASIL. **Lei 13.709, de 13 de agosto de 2018**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114020.htm> Acesso em: 12 de nov. de 2022

BRASIL. **Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001**. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/mod/folder/view.php?id=2513437>> Acesso em: 13 de nov. de 2022

BURNIER DA SILVEIRA, Paulo. **Direito da Concorrência**. 1ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021

CARONE, Edgard. *A segunda república (1930-1937)*. São Paulo: Difel, 1973.

CIURIK, Dan. *The Economics of Data: Implications for the Data-Driven Economy*. In: Data Governance in the Digital Age. Centre for International Governance Innovation. Março de 2018, p. 2. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3118022> Acesso em: 17 de out. de 2022

COMISSÃO EUROPEIA. 94/922/EC: *Commission Decision of 9 November 1994 relating to a proceeding pursuant to Council Regulation (EEC) No 4064/89 (IV/M.469 - MSG Media Service)*. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A31994D0922>> Acesso em 10 de nov. de 2022

COMISSÃO EUROPEIA. *Antitrust: Commission probes allegation of antitrust violations by Google*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_10_1624> Acesso em: 10 de nov. de 2022

COMISSÃO EUROPEIA. *Communication on Building a European Data Economy*. Ago. de 2018. Digital Single Market. Disponível em: <<https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/communication-building-european-data-economy>> Acesso em 15 de out. de 2022.

DILORENZO, Thomas J. *The Origins of Antitrust: An Interest-Group Perspective*. International Review of Law and Economics, n. 5, 1985

DRUKER, Peter F. *The Effective Executive: The Definitive Guide to Getting the Right Things Done*. 5ª Ed. Nova York: HarperCollins. 2006; OCDE. *Knowledge-Based Economy*. Glossary of Statistical Terms. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=6864>>. Acesso em 18 de out. de 2022.

EUA. Department of Justice and the Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>> Acesso em: 11 de out. de 2022.

EUA. Federal Trade Commission. *The Boeing Company/McDonnell Douglas Corporation*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/1997/07/ftc-allows-merger-boeing-company-mcdonnell-douglas-corporation>> Acesso em: 8 de out. de 2022.

EUA. Supreme Court of Texas. *Jennings v. Radio Station KSCS* - 708 S.W.2d 60 (Tex. App. 1986)

EUA. Supreme Court. *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992) Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/504/451/#:~:text=The%20court%20agreed%20with%20Kodak,how%20consumers%20will%20act%20from>> Acesso em: 11 de nov. de 2022

EUA. United States Court of Appeals, Ninth Circuit. *LiveUniverse, Inc. v. MySpace, Inc.* 304 F. App'x 554 (9th Cir. 2008). 22 de dez. de 2008.

EUA. United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania. *Gottlieb v. Tropicana Hotel & Casino* - 109 F. Supp. 2d 324 (E.D. Pa. 2000). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp2/109/324/2522826/>> Acesso em: 8 de nov. de 2022

EUA. United States District Court, N. D. California, San Jose Division. *Kinderstart.com, LLC, v. Google, Inc.* San Jose, 2007, WL 831806 (N.D. Cal.), 16/03/2007.

EUA. Appeals From the United States District Court for the District of Columbia, *United States of America v. Microsoft Corporation*, No. 00-5212. 28 de junho de 2001, Civil Action No. 98-1232 (CKK).

EVANS, David S. *The Antitrust Economics of Free*. Competition Policy International. Maio de 2011. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1813193>> Acesso em: 19 de out. de 2022

FERRO, Miguel Sousa. *Ceci n'est pas un marché: gratuity and competition law*. Concurrences: Revue des Droits de la Concurrence. Competition Law Journal. Nº 1-2015. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2493236> Acesso em: 10 de nov. de 2022.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 11ª. Ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020

FOX, Eleanor. *The Battle for the Soul of Antitrust*. Apud. PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. Indiana Law Journal, Volume 82, Issue 2. 2007. p. 350. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4/>> Acesso em: 5 de out. de 2022

FRAZÃO, Ana. **Plataformas Digitais, Big Data e riscos para os direitos de personalidade**. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra de (Coord.) *Autonomia Privada, Liberdade Existencial e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019

FRAZÃO, Ana. **Big Data e Concorrência: principais impactos sobre a análise concorrencial (Parte 2)**. Disponível em: <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2018-02-07-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial_Parte_2.pdf> Acesso em: 9 de nov. de 2022

GAL, Michal; RUBINFELD, Daniel L. *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*. Antitrust Law Journal, v. 80, n. 401, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2529425> Acesso em 11 de nov. de 2022.

HANDLER, Milton, BLAKE, Harlan M., PITOFISKY, Robert e GOLDSCHMID, Harvey J. *Trade regulation: cases and materials*. 3. Ed. Westbury: The Foundation Press, 1994

HANDLER, Milton. *Antitrust in perspective: the complementary roles of rule and discretion*. Littleton: Fred. B. Rothman, 1982

HOVENKAMP, Hebert. *Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique*. Apud. PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. Indiana Law Journal, Volume 82, Issue 2. 2007. p. 351. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4/>> Acesso em: 5 de out. de 2022

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. Saint Paul: West Group, 2005.

HOVENKAMP, Herbert. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Massachusetts: Harvard University Press, 2008

ICC. **Economia Digital e Concorrência: principais aspectos das plataformas digitais sob a perspectiva concorrencial**. Working paper. Setembro de 2020, p. 18. Disponível em: <http://iccbrasil.org/media/uploads/2020/10/22/icc_working-paper-economia-digital-concorrenca_2020-1.pdf> Acesso em: 26 de out. de 2022.

LORENZETTI, Marcela Abras; BELIZARIO, Antonio Bloch. **Zero-price markets e seus desafios para a análise concorrencial**. Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais. Org. Caio Mário da Silva Pereira Neto. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2020

MAGALHÃES, Paulo Germano de. **As Origens do Nome “Lei Malaia”**. Entrevista concedida à Secretária-Executiva do CADE. Direito Econômico: Revista do CADE, Brasília, n. 4, jan./jul., 1988

MARTINEZ, Martin. *Freeconomics: Making Millions by Giving it Away*. Freeroller Enterprises Pty Ltd. Australia, 2013

MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor. CUKIER, Kenneth. **Big Data: Como extrair volume, variedade, velocidade e valor da avalanche de informações cotidianas**. Tradução Paulo Polzonoff Junior. 1a Ed. Rio de Janeiro: Elsevier. 2013

MAZZOTTA, Alessandro. *The Dynamics of Competition in Zero-Price Digital Markets*. Tese (Master 120 en Sciences économiques) – Université Catholique de Louvain e Université de Namur e (Dottore magistrale in Economics and Political Science) – Università degli Studi di Milano. Milão, 2018. Disponível em: <<https://dial.uclouvain.be/memoire/ucl/fr/object/thesis%3A21239>> Acesso em: 31 de out. de 2022

MENDES, Laura. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor. Linhas gerais de um novo direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2014. Série IDP.

NEWMAN, John M. *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 164:149; 2015, Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=9504&context=penn_law_review>. Acesso em 19/10/2022.

NEWMAN, John M. *The Myth of Free*. George Washington Law Review. Vol. 86:513, 2018. Disponível em: <https://repository.law.miami.edu/fac_articles/741/>. Acesso em 02/11/2022

OCDE. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation. What is an “online platform?”*. 2019. Disponível em: <<https://bit.ly/2PbFixb>>. Acesso em 26/10/2022.

OCDE. *Big data: bringing competition policy to the digital era*. Background note by the Secretariat, 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/big-databringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>>. Acesso em: 20/10/2022.

OCDE. *Policy Roundtables: Two-Sided Markets*. 17 de dez. de 2009, p. 151. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>>. Acesso em: 10/10/2022.

OCDE. *The role and measurement of quality in competition analysis*. 2013, p. 15. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/Quality-in-competition-analysis-2013.pdf>>. Acesso em: 12/11/2022.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva, CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Coleção de Direito Econômico: Direito Concorrencial**. 1ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. Indiana Law Journal, Volume 82, Issue 2. 2007. p. 346. Disponível em: <<https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol82/iss2/4/>> . Acesso em: 05/10/2022

POLVERINO, Fabio. *Hunting the Wild Geese: Competition Analysis in a World of Free*. Concorrenza e mercato. 545. Setembro de 2012. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2145545>. Acesso em: 12/11/2022.

POSNER, Richard. *The Chicago School of Antitrust Analysis*. University of Pennsylvania Law Review. Vol. 127:925, 1979. p. 932. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn_law_review>. Acesso em 08/10/2022.

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?**. In: Economic Analysis of Law Review. V. 9, nº 3, setembro-dezembro, 2018

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. *Two-sided Markets: a progress report*. The RAND Journal of Economics, v. 37, n. 3, 2006

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense. 2021, p. 20-22.

SCHUARTZ, Luis Fernando. “A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência”. In: **Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. 2008. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/1762/TpD%20007%20-%20Schuartz%20-%20Desconstitucao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 25/10/2022.

SCHWAB, Klaus. *The Fourth Industrial Revolution*. 1ª Ed. Nova York: Penguin Random House, LLC, 2016.

SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; ARIELY, Dan. *Zero as a special price: the true value of free products*. Marketing Science, v. 26, n. 26, 2007

THE ECONOMIST. *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*. Março de 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-mostvaluable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em 15/10/2022.

THE NEW YORK TIMES. *Edith Ramirez Is Raising the F.T.C.'s Voice*. 21 de dez. de 2014. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2014/12/22/business/federal-trade-commission-raises-its-voice-under-its-soft-spoken-chairwoman.html>>. Acesso em: 20/10/2022

TUCKER, Darren S.; WELLFORD, Hill B. *Big Mistakes Regarding Big Data*. Apud. NEWMAN, 2015

WALLE, Simon Vande. *The European Commission's Approval of Google/Fitbit – A Case Note and Comment*. Concurrences Competition Law Review Nr. 3-2021. Agosto de 2021. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3893079>. Acesso em 22/10/2022.

WEF. **The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond**. Jan. de 2016. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2016/01/the-fourth-industrial-revolution-what-it-means-and-how-to-respond/>>. Acesso em: 12/11/2022.

WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. Apud. FRAZÃO, Ana. *Big Data e Concorrência: principais impactos sobre a análise concorrencial (Parte 2)*. Disponível em: <http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2018-02-07-Big_data_e_impactos_sobre_a_analise_concorrencial_Parte_2.pdf>. Acesso em: 09/11/2022.