

O DIREITO DA CONCORRÊNCIA E A TECNOLOGIA: CORRELAÇÃO ENTRE MODELOS ANALÍTICOS E OBJETIVOS DO ANTITRUSTE

Marco Antonio Fonseca Júnior

Resumo: A era digital trouxe inúmeros desafios ao direito antitruste. O avanço tecnológico fez surgir, em nível global, corrente doutrinária que defende a ampliação dos objetivos do direito concorrencial. Trata-se do movimento *hipster antitrust*. Ocorre que a ampliação proposta viria acompanhada de profundas mudanças nos fundamentos da política antitruste em si, além de mudanças na metodologia analítica a ser empregada pelas autoridades concorrenciais.

É de se questionar, no entanto, se a adaptação do ferramental analítico por parte das autoridades concorrenciais deve, necessariamente, vir acompanhada da mudança dos objetivos do direito antitruste. A resposta parece ser não, como se abordará neste trabalho.

Palavras-chave: Cade, direito, era digital, ferramental analítico, *hipster antitrust*, métodos de análise, objetivos do antitruste, tecnologia.

I. Introdução

Na última década tem se observado um intenso movimento nos mercados no sentido de torná-los digitais. A revolução da tecnologia fez com que os rumos da sociedade fossem mudados. Atualmente, vive-se num ambiente totalmente interconectado, com sistemas que se comunicam entre si e com os usuários, inclusive com objetos físicos, que se inserem nesse cenário através de *softwares* e sensores que transmitem dados para uma rede.

A destruição criadora *schumpeteriana*¹, vista como o processo de evolução industrial que revoluciona a estrutura econômica, vem se tornando cada vez mais intensa e evidente nos últimos anos. O fato é que a incontest

¹ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017.

transição da sociedade industrial para a informacional gera efeitos e causa rupturas nas ordens social e jurídica.

Em decorrência da universalização do acesso à internet surgem novas relações jurídicas e, conseqüentemente, novas questões que merecem ser enfrentadas pelo direito. Tanto os direitos sociais, quanto os direitos de natureza eminentemente privada, e até mesmo os direitos do Estado, são afetados por essa nova ordem de interações.

Os dados, antes desprovidos de qualquer valor econômico, passaram a ser o novo petróleo, numa supervalorização da informação sem precedentes. A era do *big data* é palco de discussões envolvendo as mais diversas áreas do direito, tais como direito à privacidade, direito do trabalho, direitos humanos, direito penal, direito econômico, dentre outros. Na seara do direito concorrencial não é diferente. O antitruste se tornou terreno fértil para discussões envolvendo tecnologia e mercados digitais.

A quarta revolução industrial, marcada pela velocidade, alcance e impacto dos sistemas², fez emergir no âmbito do direito concorrencial movimentos como “*antitruste 4.0*” e “*hipster antitrust*”, que representam a necessidade de reformulação da teoria e do instrumental analítico antitruste para lidar com as novas tecnologias, dados e mercados digitais.

O presente artigo tem como objetivo justamente o estudo desses movimentos e dos fundamentos que os sustentam. Pretende-se analisar se, de fato, os mercados digitais impõem ao direito antitruste a ruptura com o modelo analítico tradicional, bem como se esta cisão pode ser total ou parcial. Ao fim, pretende-se analisar a correlação entre os objetivos do direito antitruste e metodologia de análise empregada pelas autoridades concorrenciais, bem como se seria possível separá-los, tudo isso à luz da realidade brasileira.

2. Desafios do direito antitruste na era digital e abordagens deles decorrentes

Diversos desafios emergem do avanço tecnológico quando o tema é a defesa da concorrência. Além da insuficiência prática da regulamentação jurídica a ela subjacente, percebe-se uma carência – ou, se menos, uma

² SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2019.

incipiência – dos estudos teóricos que buscam avaliar a maneira adequada de análise da questão pelo direito concorrencial.

No âmbito das concentrações econômicas, os desafios passam pela própria avaliação das características das transações entre agentes atuantes no mercado digital e tecnológico, bem como pela necessidade de alteração do atual método de análise destas operações pelas autoridades concorrenciais. Não há consenso sobre a adequada metodologia de análise das fusões e aquisições em nível global, bem como sobre a efetividade de remédios extraterritoriais que enderecem as preocupações concorrenciais delas advindas.

No que tange a repressão a condutas anticompetitivas, a era digital traz desafios relacionados ao exame dos novos tipos de infrações concorrenciais, tais como: colusão propiciada por algoritmos, recusa de contratar e recusa de acesso a dados, venda casada no mercado digital, *margin squeeze*, oportunismo compulsório, alavancagem discriminatória, além do uso cruzado de conjunto de dados com fins ilícitos.³

O fato é que o direito antitruste e a defesa da concorrência são apontados como uma das possíveis soluções verdadeiramente eficientes para enfrentar tais desafios e conter eventuais abusos das grandes empresas de tecnologia, as *big techs*. Não obstante, apesar do instigante desafio a juristas e economistas para o desenvolvimento de ferramentas analíticas e regulatórias aplicáveis a mercados em constante e rápida evolução, muito pouco foi feito.⁴

E, sendo a estrutura institucional que regula a defesa da concorrência fator decisivo para seu sucesso, a adequação do regime antitruste às plataformas de internet e mercados digitais depende, ao menos

³ SCHREPEL, Thibault. *Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997586>; Acesso em 06 ago. 2019.

⁴ KIRA, Beatriz. O Direito na Era Digital: Ensino, Teoria, e prática em face das novas tecnologias de informação e comunicação. In: MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio [Orgs.]. *Poder Judiciário, Concorrência e Regulação. Estudos Sobre o Fonacre*. Brasília: AJUFE, 2019. pp. 61-70.

parcialmente, do arcabouço jurídico a elas aplicável.⁵ Portanto, é fundamental que sejam estudados e debatidos os limites do atual instrumental analítico aplicável aos mercados digitais, bem como as mudanças necessárias, em termos de poderes, funções e recursos.⁶ Vêm surgindo nesse contexto duas correntes na doutrina antitruste.

2.1. Do movimento hipster antitrust e da necessidade de reformulação do regime antitruste

O Professor Neil Fligstein⁷, ao explicar a teoria dos campos, já ensinava que há uma tendência natural que os *players* de determinado mercado busquem a sua estabilidade, evitando-se a concorrência agressiva. Assim, os atores teriam poucos incentivos à inovação. Fligstein assevera, no entanto, que, invariavelmente, em algum momento os mercados sofrem transformações.

Tais transformações fogem ao controle dos agentes dominantes de mercado e decorrem de fatores tais como entrada de novos *players* no segmento, ações do próprio Estado ou crises econômicas.⁸ Pode-se enxergar, ainda, outros fatores que modificam os mercados, tal como a introdução de novas tecnologias.

O fato é que, para parte da doutrina, quando isso ocorre surge a necessidade de criação de um novo regramento que regerá as condutas no mercado, visando a manutenção de sua higidez e competitividade. É exatamente nesse sentido que Curtis Milhaupt e Katharina Pistor⁹ defendem que os legisladores e até mesmos os magistrados devem estabelecer regras mais adequadas à nova realidade de determinado setor.

⁵ COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de [Orgs.]. *Política Pública como Campo Disciplinar*. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Unesp, Ed. Fiocruz, 2013.

⁶ KIRA, Op. cit., p. 65.

⁷ FLIGSTEIN, Neil. *The architecture of markets: an economic sociology of 21st century capitalist societies*. Princeton: Princeton University Press, 2001. p. 17.

⁸ FLIGSTEIN, Op. cit., p. 84.

⁹ MILHAUPT, Curtis J; PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism. What corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

Na mesma esteira, Evans e Schmalensee¹⁰ defendem que os métodos tradicionais de análise antitruste não se aplicam à era digital. Em verdade, a grande maioria dos conceitos e ferramentas desenvolvidos para examinar mercados tradicionais somente seriam minimamente aplicáveis aos mercados digitais com consideráveis adaptações.

E é exatamente nesse contexto que surgiu movimento *hipster antitrust*. Para seus defensores, o advento e a expansão da internet e novas tecnologias trouxeram problemas para o direito que demandam a adaptação de objetivos legais e conceitos jurídicos, a elaboração de novas categorias jurídicas e até mesmo o desenvolvimento de uma regulação própria capaz de endereçar as questões da era digital.

O *hipster antitrust* integra o chamado *New Brandeisian*, movimento assim denominado em memória de Luis Brandeis, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, famoso por sua afirmação: “*we can have democracy in this country, or we can have great wealth concentrated in the hands of a few, but we can’t have both.*” Enxergava, portanto, nos grandes conglomerados uma ameaça à democracia.

Lina Khan, hoje tida como uma das líderes do movimento, em contraponto ao trabalho de Robert H. Bork em “*The Antitrust Paradox*”¹¹, publicou artigo denominado “*Amazon’s Antitrust Paradox*”¹², uma das pedras fundamentais do *hipster antitrust*. Khan explicou ter escrito o artigo pois a *Amazon* ilustraria o que há de errado com o atual regime antitruste, demonstrando como uma empresa pode monopolizar determinados mercados sem infringir a lei concorrencial.¹³

¹⁰ EVANS, D.S.; SCHMALENSSEE, R. *The antitrust analysis of multi-sided platform business*. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1482&context=law_and_economics>; Acesso em: 08 ago. 2019.

¹¹ BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. Nova York: The Free Press, 1978.

¹² KHAN, Lina M. *Amazon’s Antitrust Paradox*. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5785&context=yjlj>>; Acesso em: 01 ago. 2019.

¹³ CAPITALISN’T. Antitrust Pt2: The Populist. Entrevistadores: Luigi Zingales e Kate Waldock. Entrevistada: Lina Khan. Simplecast, [S.I.]. Podcast. Disponível em: <<https://www.capitalisnt.com/show-notes/>>; Acesso em: 04 ago. 2019.

Enquanto Bork, em 1978, criticava a legislação concorrencial vigente à época, trazendo a ideia de maximização do bem-estar do consumidor como fundamento do antitruste, Khan afirma que tal bem-estar não pode se resumir apenas à variável de “preço”. Em verdade, para a autora, o objetivo do antitruste deve ser maior, o de preservar o processo competitivo e as estruturas de mercado.

No que tange à economia digital, o movimento *hipster antitrust* propõe reformas aos mecanismos e ferramentas de análise a serem utilizadas pelas autoridades concorrenciais, além da adoção de medidas regulatórias, conferindo-se, por exemplo, a certas plataformas digitais o tratamento dispensado a monopólios. Para Khan, aplicar essa ideia envolve, por exemplo, avaliar (i) se a estrutura de determinado *player* pode gerar conflitos anticompetitivos de interesse; (ii) se pode propiciar alavancagem cruzada em diferentes linhas de negócios; e (iii) se a economia dos mercados de plataforma *on-line* incentiva a conduta predatória.¹⁴

Ela defende, mais especificamente, que restaurar os princípios tradicionais do antitruste, para criar uma presunção de predação e proibir a integração vertical por plataformas dominantes, poderia ajudar a manter a concorrência nesses mercados.¹⁵

Outro expoente do movimento é o Professor da Universidade de Columbia, Tim Wu. Ele igualmente defende que o direito antitruste não pode ser tão leniente. Pelo contrário, deve voltar a ser mais exigente e, de certa forma, radical. O Professor chega, por exemplo, a defender a quebra do *Facebook*.¹⁶

Wu critica a ligação das *big techs* com a política ao afirmar que a concentração econômica gera desigualdade e sofrimento material, fomentando um apetite por lideranças nacionalistas e extremistas. Critica duramente a atual leniência antitruste face às referidas companhias quando sustenta que “o caminho para o fascismo e a ditadura é pavimentado com falhas da política econômica em atender às necessidades do público em geral.”¹⁷

¹⁴ KHAN, Op. cit. p. 790.

¹⁵ KHAN, Op. cit., p. 803.

¹⁶ WU, Tim. *The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. Chicago: Columbia Global Reports, 2018. pp. 132-134.

¹⁷ WU, Op. cit., p. 14.

A crítica de Tim Wu abrange não só a insuficiência da legislação antitruste em relação às questões da economia digital, como também a conduta exclusionária das *big techs*, que operam no vácuo regulatório existente. Em verdade, sustenta que tais corporações gigantescas, procurando proteger sua vantagem competitiva, transformam seu enorme poder econômico em poder político. Assim sendo, as autoridades antitrustes deveriam atuar no sentido de “quebrar” referidas *big techs*.¹⁸ Ou seja, o antitruste serviria não apenas à contenção do abuso de poder econômico, mas também do excesso de poder político.

Jonh Douglas¹⁹ observou que os agentes que introduzem novas tecnologias no mercado fazem com que estas sejam utilizadas antes mesmo que as autoridades competentes definam em qual regime jurídico se enquadram. Trata-se do que Niklas Elert e Magnus Herenkson²⁰ convencionaram chamar de empreendedorismo evasivo.

Elert e Henrekson ensinam que surgiu no mercado um tipo de empreendedor que, ao exercer sua atividade, busca evitar o enquadramento desta no contexto jurídico regulatório existente, valendo-se de novos modelos de negócios para explorar vácuos regulatórios. Tal iniciativa não se mostra ilegal, mas quando começa a ganhar consideráveis proporções, como ocorre no Brasil, gera preocupações tanto dos legisladores, quanto dos magistrados.

Wu alerta que o simples fato de sua proposta - de cisão das empresas que se valeram do vácuo regulatório para se estabelecerem como *big techs* - ser considerada radical para alguns, revela o fato de como a sociedade está despreparada para lidar com a questão. Nesse sentido, o autor demonstra a razoabilidade de sua proposta rememorando a postura das autoridades norte-americanas no passado, quando determinaram a quebra de monopólios - como nos famosos casos da *Standard Oil* e *AT&T*, que serão

¹⁸ WU, Op. cit., pp. 132-133.

¹⁹ DOUGLAS, Jonh. *New wine into old bottles: fintech meet the bank regulatory world*. Chapel Hill: North Carolina Banking Institute, 2016. p. 16.

²⁰ ELERT Niklas; HENREKSON, Magnus. *Evasive Entrepreneurship*. Estocolmo: Research Institute of Industrial Economics, 2016. p. 1.

explorados a seguir - em resposta à desigualdade social nos Estados Unidos.²¹

A verdade é que, conforme bem assevera a Professora Sofia Ranchordas²², o direito, com sua obsessão por estabilidade e previsibilidade, não convive bem com os desafios enfrentados pela regulação econômica em face das inovações tecnológicas. A autora ensina que a velocidade dos avanços tecnológicos não harmoniza com as instituições estáticas do direito.²³

Nota-se que a crítica do *hipster antitrust* ao atual modelo antitruste se refere aos seus objetivos. Khan afirma que, no geral, os objetivos da legislação concorrencial são demasiadamente vagos e que Bork introduziu a ideia de ligá-los ao bem-estar do consumidor, numa análise voltada basicamente ao preço ofertado ao consumidor. Para ela, é um erro acreditar que a lei antitruste busca somente o bem-estar do consumidor. Khan defende que o antitruste deve ser capaz de endereçar outras formas de poder de mercado, como aquelas exercidas, por exemplo, através de monopólios.²⁴

Em suma, os defensores deste movimento afirmam que a abordagem proposta por Bork não é voltada à preservação dos direitos de concorrentes, mas dos consumidores. A crítica ao modelo tradicional é justamente essa: não se pode confiar no vago conceito de bem-estar do consumidor e esperar que isso resolva todos os problemas concorrenciais.

Defende-se a ideia de que deve ser preservado o processo competitivo e as estruturas de mercado, mas não somente os consumidores. É justamente nesse sentido a crítica à atuação da *Amazon*, feita por Lina Khan. Ao se observar, no curto prazo, o bem-estar do consumidor, a empresa até travou certas guerras comerciais, acarretando uma redução de preços e, conseqüentemente, beneficiando os consumidores. Ocorre que, como apurado pela autora, em alguns casos, referidas guerras de preços consistiram

²¹ WU, Op. cit., p. 25.

²² RANCHORDAS, Sofia. *Innovation Experimentalism in the age of the sharing economy*. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2638406>> Acesso em 04 ago. 2019.

²³ RANCHORDAS, Op. cit., pp. 28-29.

²⁴ CAPITALISN'T. Antitrust Pt2: The Populist. Entrevistadores: Luigi Zingales e Kate Waldock. Entrevistada: Lina Khan. Simplecast, [S.I.]. Podcast. Disponível em: <<https://www.capitalisnt.com/show-notes/>>; Acesso em: 04 ago. 2019.

em práticas predatórias da *Amazon* buscando eliminar rivais do mercado, o que, no longo prazo, lesa direitos dos consumidores.

Nessa esteira, defende o *hipster antitrust* que deveriam os objetivos do antitruste serem ampliados para considerar não só o bem-estar do consumidor, e sua aferição baseada em preços, mas também as estruturas e as dinâmicas competitivas dos mercados, analisando-se a qualidade de oferta de bens e serviços, relações entre potenciais competidores, subsídios cruzados, dentre outros fatores. Há, segundo esta corrente, o entendimento de que qualidade, proteção de dados, diversificação da oferta, por exemplo, devem fazer parte da análise de bem-estar, pois há problemas decorrentes de análises quantitativas baseadas apenas em preços, sendo que estas, por vezes, não guardam relação com a realidade dos mercados digitais.

Defende-se, ainda, que os objetivos do antitruste deveriam abarcar não só questões voltadas a preços, efeitos e, conseqüente, maximização do bem-estar do consumidor, mas também preocupações paralelas advindas da concentração de poder de mercado, que possuem reflexos no poder político dos *players*, nas relações de trabalho com seus empregados, além de implicações ao meio ambiente e à própria noção de democracia, dentre outros.²⁵

Apesar dos convincentes argumentos acima expostos, sobretudo quando cotejados com a realidade fática dos mercados digitais, há quem afirme, também de forma persuasiva, que a atual legislação antitruste não precisa ser alterada para endereçar as questões que emergem da economia digital. É o que será explicado abaixo.

2.2. *Da suficiência do atual sistema antitruste*

Parte da doutrina, principalmente econômica, se contrapõe aos argumentos do *hipster antitrust*. Esta corrente sustenta que não são necessárias mudanças estruturais no direito concorrencial para enfrentar as questões postas pela economia digital. Afirmam, pelo contrário, que as mudanças propostas se revelam deveras perigosas sob o ponto de vista democrático.

²⁵ KHAN. Op. cit., pp. 739-743

Cristiane Alkmin J. Schmidt²⁶ reconhece que a revolução tecnológica vem trazendo profundas e intensas mudanças no mercado, nos seus *players* e nos consumidores finais. Afirma, no entanto, que, apesar da situação assustar alguns, nada mais é do que um movimento natural e que as grandes corporações, incluindo as *big techs*, não deveriam ser culpadas *per se* pela desigualdade econômica presente na economia brasileira.²⁷

Alerta Alkmin que, apesar do momento ser desafiador, “*a cegueira do curto prazo não deve interferir equivocadamente nos benefícios de longo prazo que o progresso traz à sociedade*”. Arremata afirmando que o Estado “*deve agir com cautela, evitando atuar de forma proativa demais e acabar criando maus incentivos econômicos.*”²⁸

Ao contrário do que sustentam Lina Khan e Tim Wu, Cristiane Alkmin ensina que a separação ou “quebra” das *big techs* não é o caminho para a solução dos problemas. Alkmin constatou que os que defendem a cisão das gigantes da tecnologia o fazem considerando dois precedentes americanos, quais sejam, a cisão da *AT&T* em sete companhias regionais, em 1984, e a segmentação da *Standard Oil* em 34 (trinta e quatro) empresas, ocorrida em 1911. A autora esclarece, no entanto, que quatro são os motivos pelos quais a comparação com tais operações não se aplicaria ao cenário atual.

O primeiro deles é que a separação ou quebra de empresas não é uma prática tradicional e usual. Para Alkmin, o que foi feito em 1911 e 1984 pelas autoridades norte-americanas não pode ser considerado uma ação corriqueira, mas sim uma exceção à regra. Alerta que a retomada de decisões radicais no momento atual não seria plausível, tendo em vista a diferença de contextos.

Como segundo motivo a autora indica uma constatação histórica: empresas separadas no passado voltaram a se unir em momento posterior. Cristiane utiliza o exemplo do ocorrido entre as empresas *Shell* e *Esso*, bem como a fusão entre *AT&T* e *Time Warner*.

²⁶ SCHMIDT, Cristiane A. J. *Hipster Antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na Era da Informação*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018>>; Acesso em: 08 ago. 2019.

²⁷ SCHMIDT, Op. cit.

²⁸ SCHMIDT, Op. cit.

O terceiro relaciona-se com o momento de atuação do Estado em face das grandes concentrações. Explica que, se a autoridade concorrencial anseia ser mais rigorosa, que veto ou reprove prévia e peremptoriamente as operações, mas não as permita para depois determinar sua desconstituição. Nesse sentido, é importante lembrar, como explicado acima, que os critérios de submissão e análise de atos de concentração econômica às autoridades concorrenciais são atualmente bastante discutidos no que diz respeito a sua suficiência.

Por fim, como quarto motivo, a autora identifica um perigo à própria democracia. Não seria possível, segundo ela, a distinção das boas e más intenções do Estado. Afirma-se que rejeitar legítima e previamente operações é totalmente distinto da decisão *ex post* de desconstituição de negócios. Em se tratando de propriedade privada num Estado de Direito, conferir tamanho poder ao Estado seria “*perigoso e desaconselhável*”, sobretudo em democracias jovens como a brasileira.

Portanto, defende-se que a preocupação deve se voltar à análise prévia das operações envolvendo os conglomerados da era da informação. Nesse sentido, a crítica recai sobre a suficiência dos métodos de análise antitruste hoje aplicados pelas autoridades antitrustes.

Tais métodos são questionados, sobretudo, em razão do cenário que se permitiu criar. Atualmente, observa-se que as *big techs* podem, de fato, ter aumentado seu poder de mercado e impedido o acesso de novos entrantes, em verdadeiro fechamento de mercado para potenciais concorrentes, além de terem diminuído o desenvolvimento de novas tecnologias e inovações.

Portanto, defende-se que não seria necessária uma mudança estrutural no sistema antitruste, isto é, nos seus objetivos, mas sim uma avaliação dos métodos analíticos a serem empregados pelas autoridades concorrenciais no exame de concentrações econômicas.

O Professor Carl Shapiro²⁹ considera ser muito arriscada uma mudança fundamental sobre os objetivos do antitruste. Ele é muito cético em relação a tal alteração, na medida em que poderia mover o antitruste em uma

²⁹ CAPITALISN'T. Antitrust Pt1: The Establishment. Entrevistadores: Luigi Zingales e Kate Waldoock. Entrevistado: Carl Shapiro. Simplecast, [S.I.]. Podcast. Disponível em: <<https://www.capitalisnt.com/show-notes/>>; Acesso em: 05 ago. 2019.

direção distante do foco na promoção da concorrência ou, pior, buscar endereçar problemas que não têm natureza competitiva. Shapiro afirma ser o conceito de bem-estar do consumidor suficiente ao endereçamento da questão.

A Professora Kate Waldo³⁰ concorda com Shapiro ao afirmar que, em se tratando de monopsonios, relações do antitruste com o mercado de trabalho ou em quaisquer outros casos, o *approach* baseado no bem-estar do consumidor é aplicável e suficiente. Para a Professora, tal *approach* consistiria numa análise de custo-benefício de quanto os consumidores poderiam ser prejudicados por um potencial monopólio *versus* quanto poderiam ser beneficiados por determinada concentração de mercado. Sob o ponto de vista econômico, isso seria regra geral e fundamental. Ou seja, defende-se que já há um conceito capaz de endereçar os problemas de natureza antitruste, a análise baseada no bem-estar do consumidor.

Em verdade, para essa corrente, ampliar os objetivos do antitruste para outros de natureza diversa, como os políticos, seria prejudicial à democracia. Nesse sentido, Shapiro alerta que analisar fusões com base em poder político, ou pedir às autoridades que o façam, seria uma péssima ideia. Na verdade, o autor afirma, em tom provocativo, que o *hipster antitrust*, apesar das críticas ao modelo atual, não apresenta soluções práticas ao problema.

Shapiro afirma que o texto da lei é claro, no sentido de preocupar-se com monopolização e efeitos econômicos. Segundo ele, posta a lei, as autoridades prontamente a interpretaram sob o contexto de “poder econômico”, produzindo a jurisprudência que vem sendo desenvolvida há mais de um século. Portanto, não se deve abandonar e desconsiderar a consolidação dos precedentes.

O tema, de fato, é instigante. A suficiência do atual sistema está posta em cheque. E foi justamente por essa razão que a Comissão Europeia encomendou a um painel de especialistas o estudo do assunto. A pesquisa resultou num relatório de recomendações publicado em março de 2019. Trata-se do “*Unlocking Digital Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel*”³¹.

³⁰ Ibidem.

³¹ FURMAN, Jason [Coord.]. *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. Disponível em: <<https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/a>

No âmbito do referido relatório, um dos temas abordados foi justamente a posição do movimento *hipster antitrust*, especificamente a obra de Lina Khan e sua crítica à análise focada em preços. No relatório, os autores registraram que críticos como Khan defendem uma abordagem que considera o tamanho dos *players*, *prima facie*, como causa de problemas, e tentam avaliar não só as consequências econômicas da redução de concorrência, mas também suas implicações políticas.³²

Os especialistas integrantes do painel avaliaram a necessidade de uma mudança tão ampla no paradigma de objetivos concorrenciais, como a proposta por Khan, e concluíram ser esta desnecessária, por uma série de razões, abaixo pontuadas.

Primeiro, pois, apesar de bem-estar do consumidor ser mais facilmente conceituado em termos de preços e quantidades, isso não quer dizer que se limite a tais aspectos. Há, em verdade, uma série de outros fatores que impactam no bem-estar do consumidor e são frequentemente considerados pelas autoridades concorrenciais, tais como, qualidade, gama de produtos, o nível dos serviços disponíveis aos consumidores, bem como a inovação.

Segundo, porque a análise de bem-estar do consumidor pode ser efetiva ainda que o preço seja zero, o que geralmente ocorre na economia digital, por considerar fatores qualitativos, tais como privacidade, quão melhores os serviços “gratuitos” podem ficar com mais competição, bem como a possibilidade do preço ser negativo no caso dos consumidores pagarem um preço razoável pelos seus dados.

Terceiro, porque não somente os consumidores finais devem ser considerados, mas também agentes intermediários e eventuais danos a eles causados.

Quarto, pois o bem-estar do consumidor pode, e deve, ser considerado de forma dinâmica. Muitas das preocupações dos críticos sobre proteção à competidores potenciais e condutas anticompetitivas poderiam ser incluídas nesse conceito ao se considerar o bem-estar do consumidor ao longo do tempo.

ttachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_w
eb.pdf>; Acesso em: 10 ago. 2019.

³² FURMAN, Op. cit., p. 89.

Quinto, porque já existe robusta teoria econômica subjacente à moderna política concorrencial e que permite, inclusive, o uso de certas presunções estruturais. Seria mais eficiente o desenvolvimento desta área em particular, à luz da economia digital, sendo que as melhorias permaneceriam totalmente consistentes com o conceito de bem-estar do consumidor, do que o desenvolvimento de toda uma nova teoria ainda não testada.

Nesse sentido, a recomendação dos especialistas à Comissão Europeia foi que não seja alterado o paradigma atualmente considerado na política concorrencial. Concluiu-se que tal mudança seria, em verdade, contraproducente, pois criaria inúmeras incertezas, haja vista ainda não ser suficientemente desenvolvida para endereçar as diversas questões com as quais as autoridades concorrenciais devem lidar. Recomendou-se que a política de concorrência deve permanecer enraizada no padrão de bem-estar do consumidor, tal como concebido, mas considerando também elementos competitivos não baseados em preços.

Portanto, esta corrente sustenta não ser necessário a alteração dos paradigmas ou objetivos do antitruste. A análise concorrencial deve continuar a ser baseada no bem-estar do consumidor, porém na sua concepção original. No seminário “*Competition and Consumer Protection in the 21st Century*”, promovido pela *Federal Trade Commission*, realizado em novembro de 2018, que resultou num valioso relatório³³, foi discutido justamente tal questão.

Na ocasião, o Professor Carl Shapiro³⁴ explicou que a jurisprudência vem utilizando de maneira imprópria a noção de bem-estar do consumidor, o que significa que deve haver uma adaptação nesta concepção, mas não uma mudança fundamental no padrão utilizado.

A Professora Fiona Scott Morton³⁵ observa que o padrão de bem-estar do consumidor vem sendo redefinido nos últimos 30 (trinta) anos pelos *players* que maximizaram seus lucros e querem excluir rivais do mercado. Morton reconhece que esse padrão distorcido de bem-estar do consumidor

³³ COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION IN THE 21ST CENTURY, 2018, Washington, D.C. *Anais*. Washington: Federal Trade Commission - FTC, 2018.

³⁴ COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION IN THE 21ST CENTURY, Op. cit., p. 272.

³⁵ COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION IN THE 21ST CENTURY, Op. cit., p. 214.

não tem sido suficiente nos últimos anos, sobretudo em face dos mercados digitais. No entanto, afirma não ser necessário uma alteração de objetivos do direito antitruste para o endereçamento da questão, mas apenas uma retomada da acepção original do conceito.

Fiona Morton explica que resolver o problema incluindo outros valores na política antitruste, tal como a democracia, é um erro. Para a Professora, se é desejado alcançar democracia ou quaisquer outros valores, isso deve ser feito através de agências reguladoras com este propósito específico, mas não se atribuindo tal competência às autoridades concorrenciais.

Conclui-se, assim, que esta corrente doutrinária não enxerga motivos suficientes para uma alteração no sistema antitruste ou nos seus objetivos. Em verdade, para os notáveis doutrinadores que a defendem, a análise focada no bem-estar do consumidor seria capaz de enfrentar as questões concorrenciais advindas da economia digital.

Para referidos autores, a crítica parece estar na premissa equivocada do *hipster antitrust* de que a análise de bem-estar do consumidor importa apenas com o preço, quando, na verdade, as estruturas e as dinâmicas competitivas dos mercados também são consideradas.

3. Do ponto de convergência doutrinária

Apesar dos inflamados debates entre defensores das correntes acima nos fóruns especializados mundo afora, não se pode olvidar o fato de que concordam em, ao menos, um aspecto: a análise antitruste focada em preços é insuficiente ao exame dos mercados digitais. Os *non-price factors* devem necessariamente ser considerados na análise concorrencial.

Nos mercados digitais, os produtos geralmente são oferecidos aos consumidores de forma gratuita, como meio de angariar o maior número de usuários possível, potencializando, assim, efeitos de rede e, conseqüentemente, aumentando o valor das plataformas.³⁶ Portanto, nos

³⁶ STUCKE, Maurice E. *Should We Be Concerned About Data-Opolies?* Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3144045>; Acesso em: 15 ago. 2019.

mercados digitais, é improvável que certo *player* dominante aumente seu preço.³⁷

Tais situações, de fato, dificultam uma adequada análise antitruste dos impactos da atuação desses *players* no mercado, posto que, historicamente, preço é a variável a ser considerada. Assim, a análise deve levar em consideração aspectos qualitativos, tais como privacidade, qualidade dos produtos e serviços, inovação, fornecimento de informações, dentre outros, como explica o Professor Greg Gundlach.³⁸

O fato é que a análise focada única e exclusivamente em preços não serve mais aos interesses do antitruste em relação ao mercado digital, independentemente de quais sejam, se aqueles tradicionais, voltados ao bem-estar do consumidor, ou aqueles mais amplos defendidos pelo movimento *hipster antitrust*.

Assim sendo, percebe-se que a origem do problema detectado pelas duas correntes é a mesma e reside na limitação da análise de bem-estar do consumidor a critérios de precificação. Em outras palavras, ambas as teorias sustentam não ser adequado o entendimento de que bem-estar do consumidor deve ser medido através de preços.

Nota-se, igualmente, que o endereçamento do problema pelas duas correntes é convergente no sentido de ampliação qualitativa da análise antitruste. A divergência reside, portanto, numa questão conceitual, isto é, se os objetivos atuais do antitruste abrangem ou não tais questões qualitativas.

Identificadas as convergências, passa-se, então, à abordagem da real necessidade de ampliação dos objetivos do direito antitruste para o enfrentamento dos mercados digitais, bem como sua conveniência ao modelo brasileiro.

³⁷ LASHINSKY, Adam. *WhatsApp is Now Free. Why Facebook is Resisting Easy Money*. Disponível em: <<https://fortune.com/2016/01/19/whatsapp-facebook-free-subscriptions/>>; Acesso em: 11 ago. 2019.

³⁸ GUNDLACH, Greg. *Non-Price Effects of Mergers: A Primer*. Disponível em: <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/08/Gundlach-2016-NON-PRICE-EFFECTS-OF-MERGERS.-A-PRIMER_0-1.pdf>; Acesso em: 12 ago. 2019

4. Da solução mais conveniente à realidade brasileira

Reconhece-se, nos últimos anos, a formação de conglomerados digitais, inclusive, mediante autorização da autoridade antitruste. Ou seja, o cenário que se criou no Brasil não decorre de atuação ilegal das empresas de tecnologia, mas sim da metodologia de análise adotada pela autoridade concorrencial brasileira, o Cade.

Alguns negócios substanciais, como a aquisição do *Whatsapp Inc.* pelo *Facebook Inc.*, por exemplo, que envolveu US\$ 19 bilhões, não foram, sequer, notificados na maioria dos países do mundo, por não atingir os critérios mínimos de faturamento para submissão de operações às autoridades concorrenciais, o que ocorreu no Brasil. Já outras concentrações econômicas no mercado digital submetidas ao Cade, em razão da suposta baixa participação de mercado das partes envolvidas, foram analisadas de maneira superficial, sob rito sumário.

Situações como essas, de fato, podem ter gerado a eliminação de concorrentes do mercado, bem como impedido o ingresso de potenciais rivais. No limite, gerou-se, inclusive, uma diminuição no ritmo das inovações, posto inexistir a pressão competitiva de terceiros. O *hipster antitrust* vai além, quando sustenta que os conglomerados formados ameaçam, inclusive, a democracia, em face do poder político por eles construído.

Nesse sentido, válida é a crítica da doutrina de que o método analítico a ser empregado deve ser alterado, haja vista ser perceptível no mercado um forte movimento concentracionista e monopolizador por parte das grandes plataformas digitais. No entanto, se valer do direito antitruste para a consecução de políticas públicas que extrapolam a esfera técnica concorrencial parece inadequado.

Não se deve, por não ser o ferramental antitruste atual suficiente para frear referido movimento de mercado, ampliar os objetivos do direito concorrencial para justificar uma intervenção da autoridade. Referida ampliação geraria um cenário de verdadeira insegurança jurídica. Ora, se determinada operação, se analisada nos termos do ferramental analítico atual, mereceu ser, por razões técnicas, aprovada, não deve a autoridade antitruste, sob a justificativa de simplesmente impedir a formação de um conglomerado que poderia potencialmente abusar de seu poder político e econômico,

mandar desconstituí-la. Há de se obedecer sempre a critérios técnicos e pré-estabelecidos. Esta é exatamente a noção de segurança jurídica.

Em outras palavras, não se pode punir um *player* que atuou de acordo com as regras do jogo porque estas regras estariam fundamentalmente equivocadas. Ora, se há a identificação de um problema normativo, que sejam alteradas as regras a serem aplicadas no futuro, mas não se puna todos aqueles que até então agiram conforme elas.

Em verdade, constatada a insuficiência do atual método de análise antitruste, deve-se desenvolver outro ferramental analítico capaz de endereçar as questões advindas do mercado digital. A aplicação deste novo ferramental é que deve ser a resposta da autoridade antitruste aos problemas dos mercados digitais, mas não a atuação *ex post* determinando-se a desconstituição de negócios jurídicos.

O Brasil é constantemente criticado pelo número de leis e de instituições. Há dezenas de agências reguladoras no país, cada qual com uma atribuição específica, mas com um fim maior de garantir a democracia em seu sentido mais amplo. Assim, permitir que essas agências ampliem seus objetivos pode gerar, além da sobreposição de competências, enorme insegurança jurídica. A autoridade antitruste deve focar única e exclusivamente nos próprios objetivos concorrenciais, mas não, através deles, alcançar outros maiores, de natureza comum.

Para tanto, é bem verdade que deve ser revista a metodologia de análise hoje empregada pelas autoridades concorrenciais. Nesse sentido, concorda-se com a ideia de que o conceito original de bem-estar do consumidor é suficiente para guiar a análise antitruste. Isto é, referido bem-estar não pode ser avaliado única e exclusivamente sob o prisma de precificação, tendo em vista já ter se mostrado insuficiente sua aplicação nos mercados digitais. A verdade é que a adequação do ferramental analítico parece ser capaz de endereçar os problemas vislumbrados por aqueles que defendem a alteração dos objetivos do direito concorrencial.

5. Conclusões

Conclui-se, em face do exposto, que não há necessária relação entre o instrumental analítico a ser utilizado pela autoridade concorrencial e os objetivos do antitruste. Em verdade, a mera adequação do ferramental

análítico parece ser capaz de enfrentar todos os problemas vislumbrados por aqueles que defendem a alteração dos objetivos do direito concorrencial.

A ampliação indevida dos objetivos do direito antitruste pode conferir à autoridade excessiva discricionariedade para, à margem da tecnicidade peculiar do direito concorrencial, tomar decisões drásticas sob o argumento de resguardar direitos não diretamente a ele vinculados, como direitos sociais e difusos, e, até mesmo, o vago conceito de democracia.

Assim sendo, a solução que melhor se encaixaria no contexto brasileiro seria a adequação dos métodos de análise antitruste, abandonando-se a ideia de bem-estar do consumidor ligada basicamente ao fator “preço”, mas sem qualquer alteração nos objetivos do direito concorrencial, que devem continuar sendo o bem-estar do consumidor e maior eficiência nos mercados, tudo isso baseado na liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Em outras palavras, o bem-estar do consumidor continuaria a ser o objetivo a guiar a análise concorrencial, mas com significativa ampliação do seu foco, que deve abandonar o elemento de precificação e considerar, também, qualidade na oferta do produto ou serviço, compra de potencial competidor, eficiência dinâmica, efeito portfólio, privacidade de dados, possibilidade de subsídios cruzados, dentre outros.

Realizada a referida adaptação na metodologia de análise, não parece ser necessária a ampliação dos objetivos do antitruste para além dos atuais. Em verdade, a alteração destes objetivos pode gerar enorme insegurança jurídica, causando, ao contrário do que se pretende com a mudança, verdadeira redução do bem-estar do consumidor.

Referências bibliográficas

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. Nova York: The Free Press, 1978.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/copy_of_competencias/capa-interna>; Acesso em: 01 ago. 2019.

CAPITALISN'T. *Antitrust Pt1: The Establishment*. Entrevistadores: Luigi Zingales e Kate Waldo. Entrevistado: Carl Shapiro. Simplecast, [S.I.]. Podcast. Disponível em: <<https://www.capitalisnt.com/show-notes/>>; Acesso em: 05 ago. 2019.

CAPITALISN'T. *Antitrust Pt2: The Populist*. Entrevistadores: Luigi Zingales e Kate Waldo. Entrevistada: Lina Khan. Simplecast, [S.I.]. Podcast. Disponível em: <<https://www.capitalisnt.com/show-notes/>>; Acesso em: 04 ago. 2019.

COMPETITION AND CONSUMER PROTECTION IN THE 21ST CENTURY, 2018, Washington, D.C. *Anais*. Washington: Federal Trade Commission - FTC, 2018.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta de [Orgs.]. *Política Pública como Campo Disciplinar*. Rio de Janeiro/São Paulo: Ed. Unesp, Ed. Fiocruz, 2013.

DOUGLAS, Jonh. *New wine into old bottles: fintech meet the bank regulatory world*. Chapel Hill: North Carolina Banking Institute, 2016.

ELERT Niklas; HENREKSON, Magnus. *Evasive Entrepreneurship*. Estocolmo: Research Institute of Industrial Economics, 2016.

EVANS, D.S.; SCHMALENSEE, R. *The antitrust analysis of multi-sided platform business*. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1482&context=law_and_economics>; Acesso em: 08 ago. 2019.

FLIGSTEIN, Neil. *The architecture of markets: an economic sociology of 21st century capitalist societies*. Princeton: Princeton University Press, 2001.

FURMAN, Jason [Coord.]. *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_rev_iew_web.pdf>; Acesso em: 10 ago. 2019.

GUNDLACH, Greg. *Non-Price Effects of Mergers: A Primer*. Disponível em: <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/08/Gundlach-2016-NON-PRICE-EFFECTS-OF-MERGERS.-A-PRIMER_0-1.p>; Acesso em: 12 ago. 2019.

KHAN, Lina M. *Amazon's Antitrust Paradox*. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5785&context=ylij>>; Acesso em: 01 ago. 2019.

KIRA, Beatriz. O Direito na Era Digital: Ensino, Teoria, e prática em face das novas tecnologias de informação e comunicação. In: MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio [Orgs.]. *Poder Judiciário, Concorrência e Regulação. Estudos Sobre o Fonacre*. Brasília: AJUFE, 2019. pp. 61-70.

LASHINSKY, Adam. *WhatsApp is Now Free. Why Facebook is Resisting Easy Money*. Disponível em: <<https://fortune.com/2016/01/19/whatsapp-facebook-free-subscriptions/>>; Acesso em: 11 ago. 2019.

MILHAUPT, Curtis J; PISTOR, Katharina. *Law & Capitalism. What corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world*. Chicago: The University of Chicago Press, 2008.

RANCHORDAS, Sofia. *Innovation Experimentalism in the age of the sharing economy*. Disponível em: <<http://ssm.com/abstract=2638406>> Acesso em 04 ago. 2019.

SCHMIDT, Cristiane A. J. *Hipster Antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na Era da Informação*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018>>; Acesso em: 08 ago. 2019.

SCHREPEL, Thibault. *Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition*. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997586>; Acesso em 06 ago. 2019.

SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalismo, Socialismo e Democracia*. São Paulo: Editora Unesp Digital, 2017.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. São Paulo: Edipro, 2019.

STUCKE, Maurice E. *Should We Be Concerned About Data-Opolies?* Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3144045>; Acesso em: 15 ago. 2019.

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