



I Fórum Mackenzie de Liberdade Econômica

Tema: Inovação, Competitividade e Concorrência.

“Competitividade na Economia Digital e Livre Concorrência”

Vicente Bagnoli¹

Resumo

A Revolução 4.0 traz o fenômeno da economia digital, cuja realidade rompe padrões anteriores, impondo aos agentes econômicos novas formas de pensar, atuar, agir, criar e se posicionar no mercado. A atualidade do tema exige séria e profunda reflexão para compreender a competição em mercados de tecnologias disruptivas, multiplataformas – onde muitas vezes só há espaço para o vencedor atuar, de modo que as autoridades de concorrência se, por um lado, devem assegurar a concorrência nos mercados a fim de promover uma maior competição entre os agentes econômicos e, com isso, beneficiar toda a sociedade, por outro devem estar atentas quando e em que medida intervir, pois uma atuação desproporcional pode coibir inovações.

Palavras-chaves: Revolução 4.0, economia digital, plataformas, concorrência

Código JEL: L4

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutor em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela USP, Mestre em Direito Político e Econômico pelo Mackenzie, Pesquisador Visitante no Instituto Max Planck de Concorrência e Inovação (Pos Doc), Coordenador do Grupo de Estudos de Direito da Concorrência da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Membro da ASCOLA – *Academic Society for Competition Law*, Membro do Observatório de Efetivação do Direito da Concorrência da Universidade Católica Portuguesa – Porto; Consultor não governamental da ICN – *International Competition Network* e Consultor temporário do Banco Mundial; Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB SP (2013-2015); Presidente do Comitê Jurídico da Câmara Ítalo-Brasileira de Comércio, Indústria e Agricultura; e Conselheiro do Instituto Brasileiro de Estudos da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional - IBRAC; advogado e autor de livros e artigos; bagnoli@vicentebagnoli.com.br

Abstract

The Revolution 4.0 brings the phenomenon of the digital economy, whose reality breaks previous standards, imposing on entrepreneurs new ways of thinking, acting, creating and positioning themselves in the market. The actuality of the subject requires serious and deep reflection to understand competition in markets of disruptive technologies, multiplatforms - where winner takes it all. Competition authorities must, on the one hand, ensure competition in markets to promote greater competition among players and thereby benefit society as a whole, on the other hand the authorities must be attentive when and to what extent to intervene, since a disproportionate performance can inhibit innovations.

Keywords: Revolution 4.0, digital economy, platforms, competition

JEL Code: L4

Sumário

1. Introdução; 2. A Revolução 4.0; 3. Competitividade na Economia Digital; 4. Livre Concorrência; 5. Conclusão; 6. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A Revolução 4.0 trouxe consigo o fenômeno da economia digital. Esta nova realidade definitivamente rompe com padrões anteriores, impondo aos agentes econômicos novas formas de pensar, atuar, agir, criar e se posicionar no mercado. A atualidade do tema exige séria e profunda reflexão para compreender a competição em mercados de tecnologias disruptivas, multiplataformas – onde muitas vezes só há

espaço para uma empresa (“winner takes it all”) – e novas formas de competir com algoritmos e a concentração de dados (“big data²”).

O impacto das economias digitais para o bem-estar da sociedade é expressivo e um olhar atento sobre esta nova conjuntura de mercado é necessário para compreender as alterações na dinâmica competitiva dos agentes econômicos e suas tecnologias e, mais que isso, as alterações necessárias nos tradicionais conceitos de proteção à concorrência, defesa do consumidor e dados pessoais.

A criação destrutiva ou inovação criadora na era da economia digital é disruptiva e acentua a competitividade, de modo que as autoridades de concorrência se, por um lado, devem assegurar a concorrência nos mercados para promover uma maior competição entre os agentes econômicos e, com isso, beneficiar toda a sociedade, por outro devem estar atentas quando e em que medida intervir, pois uma atuação desproporcional pode coibir inovações.

Assim, uma política de concorrência mais permissiva, sem amplas intervenções do Estado, limitando-se em grande parte a investigações de cartéis oriundas de acordos de leniência, acaba por deixar de lado questões das economias digitais e acentuar casos de abuso de posição dominante e, conseqüentemente, práticas anticoncorrenciais como barreiras à entrada, exclusividade, aumento dos custos dos rivais, enfim, condutas exclusionárias.

Também despontam como temas relacionados à competição em economia digital os cartéis praticados entre agentes econômicos com o emprego de computadores e o mecanismo de algoritmos, a utilização do big data para definir o perfil de consumidores de modo a promover vendas de produtos ou serviços de forma diferenciada ou, ainda, discriminada quanto a preços, a definição do perfil do consumidor e a sua disposição para adquirir produtos ou serviços.

A economia digital ao trazer uma nova realidade na dinâmica empresarial, também sinaliza os desafios às autoridades de concorrência. Assim, os métodos a serem empregados pela autoridade de concorrência em análises de

² Para uma análise mais detalhada acerca do Big Data, recomenda-se: BAGNOLI, Vicente. *The Big Data Relevant Market*. in *Concorrenza e Mercato*, vol. 23/2016, edição especial Big Data e Concorrenza, Roma: Giuffrè Editore, 2016, p. 73-94.

concentrações econômicas, por exemplo nos casos em que o produto tem custo zero (“gratuitos”), inviabiliza o teste do monopolista hipotético para avaliar os efeitos monopolísticos da concentração no mercado após uma fusão ou aquisição.

Portanto, a competitividade na economia digital e a livre concorrência traz à reflexão de qual a melhor atuação das autoridades concorrenciais diante desta nova realidade de inovação, competitividade e concorrência.

Uma autoridade de concorrência excessivamente intervencionista tende a restringir a livre iniciativa e obstruir o progresso tecnológico, por outro lado, uma autoridade de concorrência muito permissiva tende a tolerar a criação de grupos econômicos tão poderosos que refrearão a livre concorrência e o bem-estar social.

O presente artigo, portanto, explorará a economia digital na era da Revolução Industrial 4.0 e alguns dos aspectos da competitividade, notadamente relacionados à posição dominante nas plataformas, ou mercado de dois lados (*two-sided markets*), ou até mesmo *multi-sided markets*, que acabam definindo os agentes econômicos vitoriosos, a concorrência decorrente nos mercados e qual a forma de atuação da autoridade de concorrência.

2. A Revolução 4.0

Toda vez que grande acontecimento tem a capacidade de mudar a vida das pessoas, dá-se a ele o nome de Revolução. Duas das maiores revoluções da humanidade foram a Revolução Industrial, nos idos de 1760 na Inglaterra, a 1ª Revolução Industrial, quando definitivamente se alterou o modo de produção, a procura por mercados consumidores e a relação do dono do capital com a classe operária, e a Revolução Francesa, iniciada em 1789, com a ascensão da burguesia (o poder econômico) ao poder político. Tais acontecimentos, somados, permitiram grande ascensão social, aumento da circulação de riquezas e intensificação da competição.

Agricultores e pecuaristas deixaram o campo com a privatização das terras na Inglaterra (*enclousers*) e se tornaram operários das fábricas nas cidades. Alguém que outrora havia nascido na classe popular (3º Estado), na França, e jamais

mudaria tal situação por não ser nobre (1º Estado), apenas se entrasse para o clero (2º Estado), com a Revolução poderia demonstrar dentro do mercado suas aptidões para ascender socialmente. Mudou-se o mundo, modificou-se a vida das pessoas. Em algumas situações a mudança foi positiva, como já comentado, ainda que sucintamente. Porém, em outras situações a mudança foi nefasta, com o poder econômico sendo utilizado de forma abusiva para dominar a competição e oprimir a classe trabalhadora.

Uma revolução, portanto, é a transformação de uma situação que estava estabelecida. A humanidade constantemente passa por revoluções, algumas mais impactantes, outras menos, mas se deve estar atento para enxergar tais mudanças e saber tirar o proveito que elas oferecem. Tais ganhos se confinados à uma minoria tende a fazer com que a revolução seja a consolidação do poder, da supremacia, de uns poucos sobre a maioria. Porém, se a nova realidade trazida com a revolução é compartilhada com a maioria, afasta-se a dominação, e o compartilhamento deste acontecimento, desta nova realidade, tende a gerar resultados positivos para todos, para a sociedade, em prol do bem-estar e do desenvolvimento.

Iniciada na passagem do séc. XX para o séc. XXI, a Revolução 4.0³ está diretamente relacionada com a revolução digital, portanto, com a viabilidade de uma internet móvel e universal, a difusão de sensores cada vez mais precisos na captura de uma quantidade sempre crescente de dados, o armazenamento e o processamento dos mesmos, a utilização e o aperfeiçoamento do *machine learning* e da inteligência artificial.

Desde o início do séc. XXI diversas inovações tecnológicas e o maior acesso à aparelhos digitais viabilizaram a Revolução Industrial de Dados (*Industrial Revolution of Data*) caracterizada pela enorme difusão em quantidade e diversidade de dados digitais em tempo real. A tecnologia digital cada vez mais presente na vida das pessoas permite um aprendizado sem precedentes do comportamento humano e incluiu a internet na forma como as pessoas se comunicam, relacionam-se, divertem-se e trabalham.

³ Em 2011 o termo “indústria 4.0” foi apresentado na feira de Hannover para descrever a revolução da organização das cadeias globais. Conforme explica Klaus Schwab: “Ao permitir ‘fábricas inteligentes’, a quarta revolução industrial cria um mundo onde os sistemas físicos e virtuais de fabricação cooperam de forma global e flexível. Isso permite a total personalização de produtos e a criação de novos modelos operacionais”. in *A Quarta Revolução Industrial*. tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 16.

Algumas peculiaridades fazem com que a revolução em curso se caracterize como a 4ª Revolução Industrial, ou a Revolução 4.0. Trata-se da velocidade, da amplitude e profundidade e, ainda, do impacto sistêmico por ela promovido. Para Klaus Schwab⁴, a *velocidade* é o resultado de um mundo multifacetado e intensamente interconectado, cujo ritmo exponencial e não linear da evolução cria constantemente novas e mais qualificadas tecnologias. Já a *amplitude* e *profundidade* da revolução digital modifica não só as relações econômicas e sociais, como altera os próprios negócios e os indivíduos. Por fim, o *impacto sistêmico* que transforma Estados, indústrias e a sociedade.

A revolução tecnológica em curso traz consigo grandes transformações para toda a sociedade que alterará definitivamente o modo de viver, relacionar-se e trabalhar. Tais mudanças ainda serão melhor compreendidas, mas rapidamente já demonstram a sua intensidade. Tome-se como exemplo a conectividade entre as pessoas e seus smartphones, sensores e câmaras espalhadas por toda a cidade, a capacidade de processar e armazenar todas essas informações e dela tirar valor (Big Data), a internet das coisas (IoT, em inglês), inteligência artificial (IA), veículos autônomos, impressão 3D, robótica e a nanotecnologia.

Essa miríade de novidades é a revolução em curso que inaugura uma nova era, a Era da Economia Digital, uma transformação nos negócios, que permite empresas monitorarem mercados de forma profética. Uma transformação dos Estados e governos, como melhor se estruturarem internamente, serem mais eficientes na gestão pública, na organização das cidades, tráfego urbano, segurança e saúde pública. Uma transformação também no acesso à informação, por exemplo, para consumidores fazerem melhores escolhas, mas também informações dos próprios indivíduos, inclusive muitas consideradas privadas, fazendo com que praticamente tudo o que se faz, tudo o que se pensa, tudo o que acontece, torna-se público.

⁴ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 13.

3. Competitividade na Economia Digital

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) assinala em seu relatório *The Digital Economy*⁵ que a concorrência nos mercados digitais tem características próprias, incluindo as tendências como "o vencedor leva tudo" (*winner takes all*), efeitos de rede (*network effects*), mercados de dois lados (*two-sided markets*), inovação acelerada e elevadas somas de investimento. A natureza cíclica da concorrência significa que as plataformas digitais de sucesso tendem a adquirir poder de mercado significativo, mas transitórias. A economia digital caracteriza-se também pela sua competitividade dinâmica essencial baseada em ciclos contínuos de inovação, desenvolvimento e rupturas.

A inovação baseada em dados (Ddi, *data-driven innovation*, em inglês), por exemplo, significa a melhoria significativa de um produto, processo, método organizacional ou mercado, ou o seu desenvolvimento, realizado pelo Big Data. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) também ressalta em seu relatório *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*⁶ que a natureza "disruptiva" do Ddi exige que se enfrentem os principais desafios econômicos e sociais e se exige a uma abordagem participativa de governos e sociedade para maximizar os benefícios e mitigar os riscos e obstáculos associados.

Conforme escreve Klaus Schwab⁷, a premissa da 4ª Revolução Industrial "é que a tecnologia e a digitalização irão revolucionar tudo, fazendo com que aquela frase tão gasta e maltratada se torne verdadeira: 'desta vez tudo será diferente'. Isto é, as principais inovações tecnológicas estão à beira de alimentar uma gigantesca mudança histórica em todo o mundo – inevitavelmente". E, vale ressaltar, que tais inovações, mas sobretudo, rupturas, são extremamente significativas e ocorrem numa velocidade jamais observada.

Nesse contexto, sempre atual recordar os ensinamentos de Joseph A.

⁵ in OECD, *The Digital Economy*, 2012, p. 5.

⁶ in OECD (2015), *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, Oecd Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>, p. 17.

⁷ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 17-18.

Shumpeter que, ao interpretar a teoria dos ciclos, observa a dinâmica dos desequilíbrios do capitalismo fundada na figura do empreendedor e na difusão da inovação. “O impulso fundamental que coloca e mantém o motor capitalista em movimento provém dos novos produtos aos consumidores, dos novos métodos de produção ou de transporte, dos novos mercados, das novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria”⁸.

Diferentemente do tradicional modelo de concorrência clássica, baseada em preços, o modelo shumpeteriano e presente na realidade da era economia digital evoca a existência da concorrência oligopolística pela disputa por mercados, cujo enfoque evolucionário dinâmico é da concorrência focada em processos e inovação.

Para Shumpeter, enquanto o capitalista se recusa a assumir riscos de modo a apenas render o seu capital, “o empreendedor é aquele que ‘nada contra a corrente’, longe dos caminhos batidos; ele é o elemento motor da mudança econômica”⁹.

Trata-se da “destruição criadora”, o processo definido por Schumpeter de mutação cuja incessante revolução da estrutura econômica destrói continuamente seus elementos obsoletos, criando novos.

Ao analisar a “destruição criadora” do modelo shumpeteriano, Luc Ferry, que por sua vez adota a expressão “inovação destruidora”, observa que: “Se quisermos compreender a verdadeira raiz das resistências que a inovação suscita (e é uma necessidade se quisermos nos empenhar para suprimi-las), precisamos então aprofundar ainda mais a compreensão de seus efeitos desestruturantes fora da esfera econômica e social”¹⁰.

Caracterizada pelo seu forte crescimento, dinamicidade, surgimento constante de novos serviços, a concentração do mercado envolvendo agentes econômicos com posição dominante e um desequilíbrio cada vez maior entre as grandes

⁸ SCHUMPETER, Joseph. A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Nova York: Harper & Row, s.d., p. 83 – tradução do original.

⁹ DROUIN, Jean-Claude. *Os Grandes Economistas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 140.

¹⁰ FERRY, Luc. *A Inovação Destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Tradução Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015, p.35.

empresas, de um lado, e pequenas e médias empresas e consumidores, do outro, a competitividade na economia digital merece especial atenção.

Nesse sentido, a importância dos mercados online, como destaca o *Special Project Report 2015 da ICN*¹¹, está associada ao seu rápido desenvolvimento que traz significativas oportunidades ao incremento da concorrência. A transparência desses mercados reduz os custos de pesquisas (buscas) dos consumidores, expande fronteiras para o comércio e facilita o surgimento de novos modelos de negócios. O consumidor também é beneficiado com um leque maior de fornecedores de produtos e serviços, bem como por uma maior amplitude para poder pesquisar e comparar produtos e serviços.

Destaca-se, assim, as plataformas, ou mercado de dois lados (*two-sided markets*), tão comuns na era digital. Exemplos tradicionais de plataformas são o mercado de jornais, que aproxima anunciantes de potenciais compradores, como também o mercado de cartões de crédito, que promove a aproximação entre vendedores e potenciais consumidores. Contudo, na economia digital as plataformas, ou mercados de dois lados ou até mesmo *multi-sided markets*, ganham intensidade, por exemplo o eBay, onde vendedores comercializam seus produtos por leilões ou preços estabelecidos, o Amazon, que integra o seu sistema com comerciantes independentes que podem vender seus produtos, o Booking.com que aproxima hotéis aos potenciais hóspedes, e ainda o Google e o Bing, ferramentas de buscas, cujo lado do mercado dos que procuram um produto ou serviço é ligado ao outro lado, o dos anunciantes de produtos ou serviços.

Cada um desses mercados apresenta um lado de demandantes e outro de ofertantes que interagem na comercialização de produtos ou serviços, sendo a plataforma ou mercado de dois lados (*two-sided markets*) essa interação para comercializar produtos e serviços com seus custos de transação reduzidos por um intermediário, mas que também pode influenciar o volume de transações que a sua plataforma processa em razão das taxas cobradas em ambos os mercados e como elas são alocadas nesses dois lados do mercado.

¹¹ AUSTRALIAN CONSUMER AND COMPETITION AUTHORITY. *Online Vertical Restraints Special Project Report*, 2015 International Competition Network Annual Meeting, p. 2.

Fala-se também em mercados de múltiplos lados (*multi-sided markets or platforms*) no qual a existência de diversos grupos de ofertantes e demandantes com alguma relação entre si necessita de um intermediário que promove indiretamente o crescimento de um mercado conforme o número de usuários deste mercado aumenta. Por serem plataformas, a relação não se limita a dois mercados, mas sim a multi-mercados¹² que acabam se beneficiando indiretamente pelo efeito de rede (*network effect*).

Observa Vezzoso¹³ que os efeitos de rede (*network effects*) têm um papel predominante na análise econômica dos mercados digitais, pois criam incentivos para arrebatar. Os efeitos de rede diretos (*direct network effects*) aparecem quando usuários de um determinado produto ou serviço interagem entre si, de modo que o valor dos usuários está relacionado no geral ao número de usuários do mesmo produto ou serviço. Os efeitos de rede indiretos (*indirect network effects*) surgem quando o crescimento de utilização de um certo serviço ou produto aumenta a atratividade desta rede (*network*), beneficiando o grupo de usuários originários desta rede.

O mercado da internet é, portanto, uma plataforma onde fornecedores independentes do operador da plataforma oferecem produtos ou serviços para consumidores. Se, por um lado, a plataforma se torna mais atrativa aos fornecedores quanto mais potenciais consumidores sejam ativos na plataforma, a plataforma também se torna mais atrativa pelo incremento da competição que ela promove. Entretanto, a autoridade de concorrência da Alemanha - Bundeskartellamt¹⁴ ressalta que para os efeitos de rede serem notórios de modo a gerar um retorno positivo mútuo, faz-se necessária uma “massa crítica”, mas que ao alcança-la, o efeito de rede conjugado com economias de escala pode conduzir a uma significativa posição dominante, a ponto de caracterizar a plataforma como um monopólio natural.

¹² Por exemplo, como um mercado multi-lados ou plataformas, os clientes podem ser vistos como parte de diferentes redes no mercado de sistemas operacionais de telefonia móvel (MOS) que *consiste em redes concorrentes de utilizadores que estão inter-relacionadas com outros mercados numa estrutura vertical através da existência de externalidades indiretas de rede*. in FRANK, J.S. *Competition Concerns in Multi-Sided Markets in Mobile Communication*. in SURBLYTÉ, G. *Competition on the Internet*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 23. Berlin: Springer, 2015, p 85.

¹³ VEZZOSO, S. *Internet Competition and E-Books: Challenging the Competition Policy Acquis?* in SURBLYTÉ, G. *Competition on the Internet*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 23., Berlin: Springer, 2015, p 33.

¹⁴ in *Vertical Restraints in the Internet Economy. Meeting of the Working Group on Competition Law*, 2013, p. 18

Nesse sentido, ao analisar a 4ª Revolução Industrial, Klaus Schwab¹⁵ observa que:

“A consequência do efeito plataforma é uma concentração de poucas plataformas poderosas que dominam seus mercados. Os benefícios são óbvios, especialmente para os consumidores: maior valor, mais conveniência e custos mais baixos. Os riscos sociais também são evidentes. Ao evitar a concentração de poder e valor nas mãos de poucos, precisamos encontrar formas de equilibrar os benefícios e os riscos das plataformas digitais (incluindo as plataformas industriais) que garantem abertura e oportunidades à inovações colaborativas”.

Assim, assegurar a competitividade na era digital e possibilitar que a sociedade ganhe com os benefícios promovidos pela livre concorrência.

4. Livre Concorrência

Sempre que o Direito se relaciona com a Economia, de modo que o conteúdo jurídico interage com o econômico, a concorrência é tratada como princípio constitucional da ordem econômica das economias capitalistas, justificado pela possibilidade de obtenção de lucros dentro da realidade da economia de mercado, cujos institutos básicos são a liberdade de iniciativa, a propriedade privada dos meios de produção e, naturalmente, a livre concorrência.

No que se refere ao princípio da livre concorrência (art. 170, IV, CF/1988), “encontra-se nele o fundamento da economia de mercado, onde os agentes econômicos devem travar suas disputas, da qual o melhor, o mais apto, conseguirá a vitória, sobrepondo-se aos seus rivais. Desse ambiente de livre concorrência, tende-se a resultados mais eficientes, com inovações tecnológicas, aumento na qualidade de produtos e serviços, reduções de custos – e conseqüentemente de preços, contribui efetivamente para o desenvolvimento e traz ganhos ao bem-estar econômico do

¹⁵ SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016. p. 21.

consumidor”¹⁶.

O Direito da Concorrência refere-se ao comportamento dos agentes econômicos diante do aumento da eficiência do mercado para satisfazer todos os desejos dos consumidores pela competição, tais como preços competitivos, variedade de produtos e serviços, inovação, qualidade, além da proteção da privacidade. A aplicação do Direito da Concorrência também implica uma avaliação do poder de mercado de um determinado agente econômico e se tal agente detém posição dominante ou poder econômico e se os utiliza de forma abusiva para alterar o funcionamento do mercado, restringindo a competição. A Comissão Europeia (DG-Comp) ou qualquer outra Autoridade de Concorrência avalia o poder de mercado e a estrutura do mercado analisando a participação de mercado, isto é, a importância relativa dos diferentes agentes econômicos ativos no mercado.¹⁷

Agentes econômicos como Amazon, Microsoft, Facebook, Google e Apple fazem parte de uma nova conjuntura de mercado, cujas alterações na dinâmica competitiva que promovem e que suas tecnologias podem fomentar, são expressivas para a detida análise à luz do Direito da Concorrência.

Em uma perspectiva internacional, enquanto nos Estados Unidos a atual política de concorrência é mais permissiva, sem amplas intervenções do Estado, limitando-se em grande parte a investigações de cartéis originárias da celebração de acordos de leniência; na União Europeia, mas também em seus respectivos Estados-membros, as recentes políticas e investigações tem priorizado estas questões atuais das economia digital.

Toma-se como exemplo a Alemanha e a Áustria onde o critério de notificações de fusões e aquisições considera o valor da operação, além do faturamento das empresas. Esta questão tornou-se particularmente evidente quando da aquisição do WhatsApp pelo Facebook¹⁸.

¹⁶ BAGNOLI, V. *Direito Econômico e Concorrencial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 271.

¹⁷ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, 2014, p. 17

¹⁸ caso COMP/M.7217

Mesmo a operação ter sido avaliada em US\$ 19 bilhões, o WhatsApp não atingia os critérios de faturamento e volume de negócios domésticos necessários na maioria dos regimes de controle de concentração dos Estados-membros da União Europeia, muito menos os critérios da própria Comissão Europeia. Não obstante, a operação foi submetida para o controle da Comissão Europeia, tendo sido aprovada.

Tal qual o caso WhatsApp / Facebook, isso se repete em muitas operações envolvendo empresas de tecnologia que sequer são analisadas pelas autoridades de concorrência competentes, cujo valor de mercado destas empresas e o impacto competitivo das operações podem ser expressos no valor da transação, mas não refletir, necessariamente, no volume de negócios ou no faturamento, critério, utilizado pela maioria das legislações de concorrência para definir quais operações devem ou não ser submetidas para a análise concorrencial¹⁹.

Outra importante questão a ser discutida é o potencial abuso de posição dominante destas empresas, que podem levar a situações de preços abusivos e fechamento de mercados, entre outros ilícitos concorrenciais.

Em maio de 2017, o Facebook foi multado em € 3 milhões pela autoridade de concorrência italiana – Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato²⁰ por abuso de posição dominante em prejuízo ao consumidor, após anunciar alterações na política de privacidade do WhatsApp, notadamente por obrigar os usuários do WhatsApp a compartilhar seus dados pessoais com o Facebook.

Na Alemanha, também está em curso um processo contra o Facebook no qual a autoridade de concorrência - Bundeskartellamt²¹ investiga abuso de poder de mercado da empresa após a aquisição do WhatsApp. A investigação é baseada em

¹⁹ No Brasil, a Lei de Concorrência (Lei nº 12.529/2011) dispõe em seu art. 88, com a alteração promovida pela Portaria Interministerial MJ/MF nº 994, de 30 de maio de 2012, que serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (i) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de Reais); e (ii) pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de Reais).

²⁰ <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2380-WhatsApp-fined-for-3-million-euro-for-having-forced-its-users-to-share-their-personal-data-with-facebook.html> (acessado aos 07-06-2017)

²¹ http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3599398 (acessado aos 02-06-2017)

suposto abuso de posição dominante pelo Facebook no mercado de redes sociais em ofensa as determinações das normas de proteção de dados, por meio da utilização de termos e condições ilegais que podem caracterizar uma imposição abusiva de condições injustas aos seus usuários.

Por fim, em junho de 2017, o Google foi condenada pela União Europeia a pagar uma multa recorde de € 2,42 bilhões de euros por abuso de posição dominante no mercado de ferramenta de busca, ao dar uma vantagem ilegal ao seu próprio serviço de comparação de preços, conhecido como Google shopping. Segundo a Comissão Europeia²², as práticas anticoncorrenciais do Google tiveram um impacto significativo na concorrência entre o próprio serviço de compras de comparação do Google e os serviços rivais, permitindo que o serviço de comparação de compras do Google tivesse ganhos significativos no tráfego à custa de seus rivais e em detrimento dos consumidores europeus.

Outras questões também aparecem quando se discute livre concorrência nas economias digitais, tais como cartéis praticados entre empresas por meio da utilização de computadores/algoritmos, o emprego do big data para determinar o perfil do consumidor e direcionar vendas de produtos ou serviços, a diferenciação ou discriminação de preços feita por sistemas que definem o perfil do consumidor e a disposição do mesmo em adquirir determinado produto ou serviço, e ainda quais os métodos a empregar nas análises de concentrações econômicas onde o produto tem custo zero (exemplo aplicativos “gratuitos”), que inviabiliza o teste do monopolista hipotético para avaliar os efeitos monopolísticos da concentração entre empresas²³.

5. Conclusão

Conforme visto, a Revolução 4.0 trouxe consigo o fenômeno da economia digital, cuja realidade rompe com padrões anteriores, impondo aos agentes

²² http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm (acessado aos 30-10-2017)

²³ BAGNOLI, V.; MADI, M.F.C. *Concorrência na Economia Digital*. <http://www.valor.com.br/legislacao/5071190/concorrenca-na-economia-digital> (acessado aos 30-10-2017)

econômicos novas formas de pensar, atuar, agir, criar e se posicionar no mercado. A atualidade do tema exige séria e profunda reflexão para compreender a competição em mercados de tecnologias disruptivas, multiplataformas – onde muitas vezes só há espaço para o vencedor atuar.

As recentes decisões de autoridades de concorrência em casos de economia digital, o questionamento que se faz é como deve ser a atuação dessas autoridades. Se por um lado a atuação é muito intervencionista, o efeito prático pode ser restrição à livre iniciativa, de modo a atrasar a inovação e o progresso tecnológico. Por outro lado, se a atuação da autoridade de concorrência é muito permissiva, o resultado pode ser a criação de grupos econômicos tão fortes, detentores de tal poder econômico e posição dominante, que acabarão por subjugar a livre concorrência e comprometer o bem-estar social.

Portanto, ao se analisar, ainda que sucintamente, a competitividade na economia digital e a livre concorrência, a reflexão que fica é ponderar como conciliar a atuação das autoridades de concorrência para assegurar que a Revolução 4.0 seja balizada pela livre concorrência, assegurando-se a competitividade entre os agentes econômicos, de modo a promover o desenvolvimento socioeconômico.

6. Referências bibliográficas

AUSTRALIAN CONSUMER AND COMPETITION AUTHORITY. *Online Vertical Restraints Special Project Report*, 2015 International Competition Network Annual Meeting.

BAGNOLI, V. *Direito Econômico e Concorrencial*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

BAGNOLI, V. *The Big Data Relevant Market*. in *Concorrenza e Mercato*, vol. 23/2016, edição especial Big Data e Concorrenza, Roma: Giuffrè Editore, 2016.

BAGNOLI, V.; MADI, M.F.C. *Concorrência na Economia Digital*. <http://www.valor.com.br/legislacao/5071190/concorrenca-na-economia-digital> (acessado aos 30-10-2017)

Bundeskartellamt. *Vertical Restraints in the Internet Economy. Meeting of the Working Group on Competition Law*, 2013.

caso COMP/M.7217

DI PORTO, Fabiana (org.). *Concorrenza e Mercato*, vol. 23/2016, edição especial Big Data e Concorrenza, Roma: Giuffrè Editore, 2016.

DROUIN, Jean-Claude. *Os Grandes Economistas*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor Privacy and competitiveness in the age of big data: The interplay between data protection, competition law and consumer protection in the Digital Economy*, 2014

FERRY, Luc. *A Inovação Destruidora: ensaio sobre a lógica das sociedades modernas*. Tradução Véra Lucia dos Reis. Rio de Janeiro: Objetiva, 2015.

FRANK, J.S. *Competition Concerns in Multi-Sided Markets in Mobile Communication*. in SURBLYTÉ, G. *Competition on the Internet*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 23. Berlin: Springer, 2015.

http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm (acessado aos 30-10-2017)

<http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2380-WhatsApp-fined-for-3-million-euro-for-having-forced-its-users-to-share-their-personal-data-with-facebook.html> (acessado aos 07-06-2017)

http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/02_03_2016_Facebook.html?nn=3599398 (acessado aos 02-06-2017)

OECD (2015), *Data-Driven Innovation: Big Data for Growth and Well-Being*, Oecd Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264229358-en>

OECD, *The Digital Economy*, 2012.

SCHUMPETER, Joseph. A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Nova York: Harper & Row, s.d.

SCHWAB, Klaus. *A Quarta Revolução Industrial*. tradução Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

SURBLYTÉ, G. *Competition on the Internet*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 23., Berlin: Springer, 2015.

VEZZOSO, S. *Internet Competition and E-Books: Challenging the Competition Policy Acquis?* in SURBLYTÉ, G. *Competition on the Internet*. MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, vol. 23., Berlin: Springer, 2015.

