

Doutrina & Atualidades

ENTRE DOGMAS E INOVAÇÃO: A ANÁLISE ANTITRUSTE DE MERCADOS DE INTERNET

ADEMIR ANTÔNIO PEREIRA JR.

1. O desenvolvimento da Nova Economia e os desafios ao direito da concorrência. 2. Inovação como elemento central em mercados de Internet e o risco de falsos positivos. 3. Identificando características comuns da dinâmica de mercados de Internet que devem refletir sobre a análise concorrencial: 3.1 Mercados relevantes – 3.2 Barreiras à entrada, externalidades de rede e poder de mercado – 3.3 Custos de troca e preferência dos usuários – 3.4 Inovação e poder de mercado. 4. Conclusão: consequências para a análise antitruste.

Resumo: A Nova Economia tem características muito particulares e que não necessariamente se identificam com a dinâmica de setores mais tradicionais. Essas especificidades e a relativa falta de experiência das autoridades antitruste com esses novos mercados exigem um cuidado particular para que sejam minimizados os riscos de erro nas decisões – falsos positivos podem ter efeitos extremamente negativos sobre os incentivos a inovar, prejudicando elemento central desses mercados. O peso da inovação é especialmente relevante na compreensão da dinâmica de mercados de Internet (ou mercados digitais), e a análise concorrencial deve ser capaz de assimilar a relevância e o impacto da inovação para os comportamentos nesses mercados. Desse modo, a aplicação do direito da concorrência para analisar condutas ou fusões envolvendo mercados de Internet não pode confiar, sem reflexão crítica, em dogmas e postulados que permeiam a análise concorrencial construída essencialmente com base em experiências em setores tradicionais. Se o antitruste pretende levar inovação a sério, várias singularidades de mercados baseados na Internet demandam atenção das autoridades antitruste, que devem agir com cautela para

que os incentivos a inovar não sejam mitigados e os mercados continuem dinâmicos.

Palavras-chave: Antitruste; Direito da concorrência; Internet; Nova Economia; Concorrência dinâmica; Inovação; Poder de mercado.

Abstract: The New Economy has specific features not always found in the dynamics of more traditional industries. Such specificities and the relative lack of experience of antitrust regulators with these new markets demand a particular care to minimize risks of decision error – false positives can negatively impact incentives to innovate, harming a central element in these markets. Innovation has a special weight in the comprehension of the dynamics of Internet markets, and antitrust analysis must be capable of assimilating the relevance and impact of innovation on practices in these markets. Then, the application of competition law in the analysis of mergers and behaviors cannot rely, without critical reflection, on dogmas and postulates originated from the antitrust analysis developed in cases involving traditional industries. If antitrust intends to take innovation seriously, many singularities of

Internet-based markets require attention from antitrust regulators, who must act with cautious to avoid mitigating incentives to innovate and preserve their fast dynamics.

Keywords: Antitrust; Competition law; Internet; New Economy; Dynamic competition; Innovation; Market power.

1. O desenvolvimento da Nova Economia e os desafios ao direito da concorrência

Nas últimas duas décadas a economia tem sido influenciada por setores diversos daqueles voltados à manufatura e industrialização de bens materiais como carros, aço, alimentos. A economia tem sido diretamente impactada por setores intensivos em tecnologia, compostos por empresas cujo foco concentra-se em produtos intangíveis, muitas vezes não consumíveis e destinados principalmente ao gerenciamento de informações. Nesse sentido, diversos autores sugerem existir uma mudança de paradigma, que caracteriza o que se convencionou denominar “Nova Economia”,¹ constituída essencialmente por três setores fundamentais: (i) *software* para computadores, (ii) negócios baseados na Internet e (iii) tecnologia de comunicações e equipamentos para os dois primeiros setores.²

Na Nova Economia informação é um ativo fundamental, e a competição entre agentes econômicos tem como eixo central a oferta de produtos relacionados às diferentes

categorias de informação.³ A oferta desses produtos compreende não apenas a produção e a reprodução do conteúdo que carrega a informação, mas também a infraestrutura física que torna possível transmitir, armazenar, procurar e acessar informação de modo sem precedentes.⁴

O desenvolvimento do que veio a se denominar “Tecnologia da Informação” alterou significativamente a habilidade das pessoas de trocar, acessar e armazenar informações, o que resultou num aumento do valor das informações. De fato, embora a quantidade e a espécie de informações disponíveis tenham se alterado, esse não é o ganho central trazido pela tecnologia. O valor central da Nova Economia reside no desenvolvimento dos meios para que as pessoas possam acessar, compartilhar e armazenar a informação disponível.⁵

O progresso da Nova Economia foi acompanhado por uma série de preocupações concorrenciais. Ao mesmo tempo em que a Nova Economia surpreendia o mundo com novos produtos e serviços, que eram desenvolvidos, lançados e após substituídos a ritmo extraordinário, gerava também certos questionamentos relacionados à formação de grandes agentes que controlavam parcelas substantivas de seus mercados – o exemplo mais recorrente é a Microsoft, um gigante no setor de *software* que enfrentou uma série de disputas antitruste nas décadas de 1990 e início dos anos 2000.⁶ A oferta em vários

1. Trata-se de tradução literal da expressão cunhada em Inglês *New Economy*, que procura refletir a predominância de mercados pautados em tecnologia. Sobre a origem desse conceito, v.: Dennis W. Jansen, “Introduction: what is the New Economy?”, in D. Jansen (ed.), *The New Economy and Beyond: Past, Present and Future*, Edward Elgar, 2006, p. 12.

2. A identificação destes três setores como centrais na Nova Economia é feita em Richard Posner, “Antitrust in the New Economy”, in *Antitrust Law Journal* 925/60, 2001.

3. Adota-se um sentido amplo para o termo “informação”, que compreende todo conteúdo que pode ser digitalizado e transmitido eletronicamente (nesse sentido, v.: Carl Shapiro e Hal R. Varian, *Information Rules – A Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, 1999, p. 3).

4. Cf.: Richard Posner, “Antitrust in the New Economy”, cit., *Antitrust Law Journal* 925/61.

5. Cf.: Carl Shapiro e Hal R. Varian, *Information Rules – A Strategic Guide to the Network Economy*, cit., p. 8.

6. Casos envolvendo a Microsoft inspiraram o desenvolvimento inicial de ampla bibliografia

setores da Nova Economia é essencialmente caracterizada por altos custos fixos e custos marginais extremamente baixos ou tendentes a zero, gerando significativas economias de escala e incentivando a concentração. Além disso, muitos desses setores apresentavam expressivas externalidades de rede (*network externalities*) e custos de troca (*switching costs*), o que contribuía para a identificação de mercados com um agente econômico em nítida liderança, sendo capaz de captar parcela substantiva ou a integralidade desses mercados.⁷ Por fim, muitos desses mercados tinham como elemento central direitos de propriedade intelectual, que constituíam barreira jurídica relevante ao desenvolvimento de concorrentes diretos (embora tivessem, em geral, papel relevante no incentivo à inovações).⁸

Como resultado, em diversas jurisdições, especialmente nos Estados Unidos e na Europa, setores da Nova Economia enfrentaram vários questionamentos de ordem concorrencial nos últimos 20 anos, especialmente no que diz respeito a condutas unilaterais de abuso de posição dominante (ou monopolização)⁹ e controle de fusões

debatendo a necessidade, ou não, de alterações na análise antitruste aplicada a setores da Nova Economia. Nesse sentido, v.: Franklin M. Fisher e Daniel L. Rubinfeld, “U.S. vs. Microsoft: an economic analysis”, *The Antitrust Bulletin* 46, 2001; Andrew I. Gavil e Harry First, *Microsoft Antitrust Cases*, MIT Press, 2014; e William H. Page e John E. Lopatka, *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*, The University of Chicago Press, 2007.

7. Cf.: Hal Varian, “Competition and market power”, in Hal Varian, Joseph Farrell e Carl Shapiro, *The Economics of Information Technology*, Nova York, Cambridge University, 2004, pp. 25-27.

8. Cf.: Robert Pitofsky, “Challenges of the New Economy: issues at the intersection of antitrust and intellectual property”, *Antitrust Law Journal* 68/919, 2001.

9. Há uma infinidade de exemplos de investigações de condutas unilaterais que poderiam ser citados aqui. Dentre os mais conhecidos encontram-se as diversas investigações contra a Microsoft tanto nos

e aquisições.¹⁰ No Brasil a experiência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica/CADE com esses casos ainda é restrita, mas tende a se ampliar rapidamente com o desenvolvimento desses setores.¹¹

Essa tendência de autoridades antitruste e tribunais se preocuparem com concentrações e condutas nesses setores foi contraposta por uma série de discussões que procuravam questionar o papel da política concorrencial na Nova Economia. Em particular, essas discussões tinham como pano de fundo a peculiar dinâmica dos mercados na Nova Economia, que eram caracterizadas por intensa inovação e rápido surgimento de novos produtos e modelos de negócio.¹² Desse modo, mesmo firmas com grande participa-

Estados Unidos quanto na Europa, compreendendo análise de diversas condutas tais como venda casada, inovação fraudulenta e outras, as investigações envolvendo o uso de patentes essenciais por empresas no setor de telecomunicações nos Estados Unidos, na Europa e na Ásia (incluindo investigações contra a Samsung, a Ericsson, a Motorola e outras) e as recentes investigações contra o Google por condutas envolvendo seu mecanismo de busca.

10. Mercados que integram a Nova Economia também têm sido objeto de escrutínio rigoroso no controle de fusões e aquisições, tanto nos Estados Unidos quanto na Europa. Exemplos recentes incluem a análise da aquisição do Whatsapp pelo Facebook e a compra do Skype pela Microsoft.

11. Nesse sentido, o CADE já examinou uma série de atos de concentração e, mais recentemente, tem enfrentado discussões relevantes envolvendo acusações de abusos de posição dominante envolvendo agentes econômicos atuando na Nova Economia. Em junho/2015 o CADE proferiu sua primeira decisão envolvendo o uso de ações judiciais para exigibilidade de direitos sobre patentes essenciais a *standards* tecnológicos (“TCT versus Ericsson”, Procedimento Preparatório 08700.008409/2014-00), reconhecendo que a exigibilidade desses direitos é, em regra, legítima e apenas poderia constituir um ilícito em situações excepcionais. Vale, ainda, notar investigações de práticas do Google, em que discussões relevantes sobre mercados de Internet devem emergir (v., por exemplo, Processo Administrativo 08012.010483/2011-94).

12. Cf.: Richard Posner, “Antitrust in the New Economy”, cit., *Antitrust Law Journal* 925/61.

ção de mercado poderiam ser incapazes de exercer poder de mercado.

Nesse sentido, surgiram questionamentos apontando que a política de defesa da concorrência deveria se abster de examinar casos envolvendo setores da Nova Economia, essencialmente em razão da dinamicidade desses mercados e dificuldades institucionais que agências e tribunais teriam para lidar com suas especificidades, o que poderia gerar intervenções desastrosas, com efeitos negativos sobre o processo competitivo e os incentivos a inovar. Em contraposição, outras linhas de argumentação surgiram no sentido de reconhecer que o direito concorrencial não deveria se abster de examinar esses mercados, mas preconizavam que a análise concorrencial aplicada a setores tradicionais não poderia ser aplicada à Nova Economia sem adaptações e reflexões substantivas que procurassem contemplar as particularidades desses setores e, em especial, mitigar possíveis equívocos na análise antitruste que pudessem ter impacto negativo sobre a inovação.¹³

Embora autoridades antitruste e tribunais geralmente reconheçam a particular importância da inovação em setores da Nova Economia e a necessidade de evitar intervenções estatais que possam prejudicar a dinâmica de inovação, há nítida tendência à aplicação dos mesmos parâmetros de análise utilizados para o exame de condutas e fusões em setores mais tradicionais, sem que sejam feitas adaptações ou considerações substantivas.¹⁴

13. Sínteses dessas posições podem ser encontradas em Jonathan M. Jacobson, “Do we need a ‘New Economy’ exception for antitrust?”, *Antitrust Bulletin*, Fall 2001, p. 89. V. também: William J. Baer e David A. Balto, “Antitrust enforcement and high-technology markets”, *Michigan Telecommunications Law Review* 5/73, 1999.

14. Nesse sentido, v. discurso de Renata Hesse, atual *Deputy Assistant Attorney General* da Divisão Antitrust do *Department of Justice/DOJ: At the Intersection of Antitrust & High-Tech: Opportunities for Constructive Engagement*, Stanford Law School, 2014.

No entanto, setores da Nova Economia têm características muito particulares e que não necessariamente se identificam com a dinâmica de setores mais tradicionais e em relação aos quais as autoridades antitruste já têm acumulada experiência. Essas especificidades, somadas à relativa falta de experiência com esses novos mercados, exigem um cuidado particular para que sejam minimizados os riscos de erro. Isso porque decisões com falsos positivos (conclusão equivocada de que uma conduta é anticompetitiva quando na verdade era pró-competitiva) podem ter efeitos extremamente negativos, ao reduzir os incentivos a inovar, prejudicando elemento central desses mercados.¹⁵ O risco de falsos positivos é ainda mais crítico nesses segmentos, já que apresentam dinâmicas ainda mais centradas na inovação e mais complexas de serem compreendidas com base em parâmetros de análise pautados em mercados tradicionais.¹⁶

Em particular, este trabalho tem como foco identificar as especificidades de mercados baseados na Internet, também conhecidos como mercados digitais (compreendendo aplicações, serviços ou conteúdos transmitidos pela Internet), e procura questionar em que medida a análise antitruste deve se adaptar a tais especificidades para levar a inovação a sério nesses mercados¹⁷.

Este trabalho assume como hipótese que várias das singularidades (enunciadas abaixo) de mercados digitais demandam

15. A consideração da possibilidade de erro nas decisões e seu impacto sobre elementos como inovação foi introduzida na análise antitruste por Frank Easterbrook, “The limits of antitrust”, *Texas Law Review* 63/1-40, 1984.

16. Cf.: Geoffrey A. Manne e Joshua D. Wright, “Innovation and the limits of antitrust”, *Journal of Competition Law and Economics* 6, 2010.

17. A provocação sobre a necessidade de se levar a inovação a sério na análise antitruste é feita por Tim Wu, *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement if Innovation Mattered Most*, in *Antitrust Law Journal* 78 (2012), pp. 313-328.

atenção das autoridades antitruste, que devem agir com cautela para que os incentivos a inovar não sejam mitigados e os mercados de Internet continuem dinâmicos. Os inerentemente complexos casos de fusões e aquisições e de condutas unilaterais tornam-se ainda mais intrincados quando envolvem mercados de Internet, e exigem a rejeição de dogmas preconcebidos e usualmente adotados, tais como “alto *market share* significa posição dominante”, “externalidades de rede são barreiras significativas à entrada” e “principal *driver* da concorrência é preço”. É necessária uma análise cuidadosa, largamente baseada em evidências reais de mercado (e não teorias abstratas), para que a dinâmica específica desses mercados seja adequadamente ponderada.

Além disso, se a inovação é elemento central da Internet e tem sido reconhecida como pilar fundamental da política concorrencial, a intervenção antitruste em mercados digitais não pode ter outro ponto focal que não o incentivo à inovação. Nesse contexto, é adequada e necessária certa deferência às justificativas negociais das práticas ou fusão sob investigação. Em particular, autoridades antitruste e tribunais devem ser extremamente cautelosos e evitar ao máximo qualquer intervenção sobre atividades ou produtos inovadores, conferindo, assim, maior peso a elementos de concorrência dinâmica na análise antitruste.

Note-se, no entanto, que isso não significa que as ferramentas disponíveis não sejam suficientes ou devam ser completamente alteradas. Não se trata, aqui, de assumir que os preceitos econômicos da Nova Economia são totalmente novos ou diferentes,¹⁸ mas, sim, observar que premissas e dogmas usualmente adotados pelo direito concorrencial para simplificar a análise e garantir a decidibilidade

18. Como esclarecem Varian e Shapiro, “Technology changes. Economic laws do not” (*Information Rules – A Strategic Guide to the Network Economy*, cit., p. 1).

de conflitos podem não funcionar adequadamente para a análise de mercados digitais. As particularidades discutidas a seguir exigem exames detidos em concreto para a consideração de dinâmicas específicas desses mercados, tornando inadequada a utilização acrítica de dogmas desenvolvidos a partir da experiência em mercados tradicionais.

2. Inovação como elemento central em mercados de Internet e o risco de falsos positivos

O desenvolvimento da Internet foi central na mudança de paradigma da Nova Economia, estabelecendo uma plataforma global para compartilhamento de informações.¹⁹ Seguindo a alegoria de Tim Wu, a Internet começou como um “brinquedo” de cientistas e *geeks* mas veio a se tornar tão essencial na vida das pessoas quanto estradas, eletricidade e o telefone.²⁰

A estrutura técnica da Internet, ao adotar como fundamento essencial a neutralidade da rede, criou uma plataforma global que permite o florescimento de inovações a baixo custo e independente de autorizações ou preferências de grandes conglomerados.²¹ Na Internet inovar não é custoso, depende

19. Cf.: Anupam Chander, *The Electronic Silk Road – How the Web Binds the World Together in Commerce*, Yale University Press, 2013, p 23.

20. Tim Wu, *Network Neutrality: Competition, Innovation, and Nondiscriminatory Access, Testimony Before the House Committee in the Judiciary, Telecom & Antitrust Task Force*, 2006.

21. Esse desenvolvimento sem precedentes da utilidade e relevância da Internet para os usuários deve-se à criação de uma rede que estimula inovações e permite a livre criação de serviços e recursos. Desde sua fundação a rede sobre a qual a Internet funciona foi planejada, do ponto de vista técnico, para facilitar o desenvolvimento de aplicações que utilizem essa infraestrutura de rede para realizar serviços sem, no entanto, depender da intervenção ou autorização do proprietário da rede. Nessa estrutura de rede, baseada em princípios de *design* denominados *end to end*, os aplicativos podem ser desenvolvidos sem autorização

essencialmente de grandes ideias e de capacidade técnica de implementação. O notável surgimento e desenvolvimento de centenas de empresas e serviços *on-line* é uma evidência concreta do potencial da Internet de incentivar inovação. Agentes econômicas como Amazon, E-Bay, Google e Facebook redefiniram como as pessoas interagem e como definem expectativas, substituindo empresas e modelos de negócio anteriormente estabelecidos. Como a Internet permite inovação a custo baixo e independente da aprovação prévia de determinados *players* já estabelecidos, essas inovações puderam prosperar e constituem, hoje, aplicativos utilizados em todo o mundo, gerando receitas extraordinárias e movimentando a economia em diversas partes do Globo.

Por sua vez, a política de defesa da concorrência reconhece com cada vez mais vigor a importância da inovação. Tornou-se lugar-comum anotar que a política de defesa da concorrência não protege somente um mercado competitivo do ponto de vista estático, mas também do ponto de vista dinâmico. Significa dizer que, além da consideração da concorrência em preço e quantidade (análise

ou controle pelo agente que detém a rede física que transporta os dados, tornando a rede neutra e incapaz de diferenciar aplicações (*application-blind*). Significa dizer que, em razão da estrutura de *design* adotada na criação da Internet, as empresas de telecomunicações que ofertam as redes físicas utilizadas para o transporte dos dados não conseguiram diferenciar os diferentes pacotes de dados transportados pela rede, impedindo estratégias de diferenciação de preço, discriminação de velocidade ou bloqueio de acesso. A preservação dessa dinâmica é o objeto central das discussões sobre neutralidade de rede. Para uma análise introdutória do problema, v.: Barbara van Schewick, “Opening statements at the Federal Communications Commission’s Workshop on Innovation, Investment and the Open Internet”, 2010, disponível em <http://media.law.stanford.edu/publications/archive/pdf/van%20Schewick%20Opening%20Statement.pdf>. Um exame detalhado do impacto do *design* da rede sobre inovação pode ser encontrado em Barbara van Schewick, *Internet Architecture and Innovation*, Cambridge, MIT Press, 2010.

estática), a política de defesa da concorrência tem incorporado também uma análise dos incentivos e condições para inovação em um dado mercado.²²

Essa concepção, nitidamente influenciada pela obra de Schumpeter, aponta que o processo de concorrência não é somente um mecanismo de mercado via preços. É, sim, um processo interativo, movido por esforços de diferenciação que geram desequilíbrios no mercado, garantindo ao agente que inova vantagens competitivas que lhe permitam realizar ganhos monopolísticos, ainda que temporários. Nesse contexto, como reconhece Schumpeter, a tendência natural do mercado é que a concorrência se recomponha. Afinal, os agentes econômicos racionais desejarão imitar, copiar, a inovação, com o fim de auferir os ganhos por ela gerados. Em outras palavras: o equilíbrio competitivo deve se restabelecer, até que o processo competitivo leve a outra inovação, gerando novo desequilíbrio.²³

Têm-se, assim, duas facetas que integram o processo competitivo. A primeira representa a dimensão na qual surgem as inovações e na qual se passam as transformações estruturais, enquanto a segunda envolve alinhamentos e a supressão das diferenças criadas, gerando um estado de paridade mediante imitações ou desenvolvimento de produtos similares (que deverá ser superado por novos desequilíbrios provenientes de outra inovação). Concorrência não se limita

22. A respeito dessa evolução, v.: Geoffrey A. Manne e Joshua D. Wright, “Innovation and the limits of antitrust”, cit., *Journal of Competition Law and Economics* 6/153 e ss.

23. Schumpeter, *Teoria do Desenvolvimento Econômico*, Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1961, p. 155. Schumpeter insere o elemento dinâmico na análise e confere a esse elemento papel central no processo de desenvolvimento. Nesse sentido, a terminologia adotada por Schumpeter distingue claramente desenvolvimento (inovação) de crescimento (alterações graduais e esperadas no fluxo circulatório da economia).

a uma ou outra faceta, mas é ao mesmo tempo ambas. Significa dizer que não caberia identificar concorrência somente como um mecanismo de redução de assimetrias e supressão de poder de mercado (como na visão estática tradicional). Nessa perspectiva,

“o mercado passar a ser tratado como um ambiente de seleção de inovações em sentido amplo, incluindo novas estratégias, rotinas e produtos. (...) Logo, o correspondente critério normativo de avaliação dos mercados deve focalizar seu desempenho seletivo, isto é, em que medida ele cumpre bem sua função de selecionar – filtrar, difundir, eliminar – novos produtos, processos e estratégias”.²⁴

A competição por inovação passa a ser reconhecida como dinâmica concorrencial benéfica ao bem-estar social: “today, the knowledge that innovation contributes more to economic growth than increased price/cost competition seems relatively secure”.²⁵ Incentivar estruturas de mercado que propiciam a inovação e reprimir comportamentos que a desencorajem passaram a ser tarefas centrais da política de defesa da concorrência, que precisa desenvolver ferramentas mais efetivas para tanto.²⁶ Nesse contexto tornam-se comuns as discussões sobre como inserir elementos de concorrência dinâmica na análise concorrencial, o que é reconhecido como um dos principais desafios do direito da concorrência na atualidade, tanto por dificuldades institucionais quanto teóricas.²⁷

24. Mario Possas, “Economia normativa e eficiência: limitações e perspectivas na aplicação antitruste”, in Mario Possas (org.), *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*, São Paulo, Singular, 2002, p. 234.

25. Cf.: Herbert Hovenkamp, “Restraints on innovation”, *Cardozo Law Review* 29/256, 2007.

26. Cf.: Tim Wu, “Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most”, *Antitrust Law Journal* 78/314-316.

27. “The debate over dynamic analysis appears to be moving beyond the question whether it should be used in antitrust law and toward identifying the appropriate ways and circumstances in which to do so.5 An increased focus upon dynamic competition

Em mercados envolvendo a Internet o peso da inovação é ainda mais relevante na constituição e compreensão de suas dinâmicas. Como resultado, a análise concorrencial deve, necessariamente, ser capaz tanto de assimilar a relevância e o impacto da inovação para os comportamentos nesses mercados quanto de se resguardar de eventuais riscos de incompreensões e equívocos que possam ter impacto negativo sobre os incentivos a inovar.

Dadas as características específicas de mercados de inovação e a relativamente pequena experiência com esses mercados, o risco de “falsos positivos” (decisão que considera anticompetitiva uma conduta legítima) é notável. Os intrincados casos de fusões e aquisições e de condutas unilaterais tornam-se ainda mais complexos quando envolvem mercados de Internet, posto que exigem a análise de dinâmicas competitivas singulares, recentemente criadas e sobre as quais pouco se teve tempo de conhecer. Os altos riscos de falsos positivos são extremamente problemáticos, pelo impacto negativo que teriam sobre os incentivos à inovação. Em outras palavras: o risco de falsos positivos está claramente presente e poderia ter consequências muito graves sobre o processo de inovação.²⁸

Desse modo, várias singularidades de mercados baseados na Internet demandam atenção das autoridades antitruste, que de-

has the potential to improve antitrust analysis and, thus, to benefit consumers. Realizing that potential, however, is challenging. Just as an antitrust analysis focused solely upon static competition is unlikely to maximize consumer welfare or economic growth, one so paralyzed by the fear of deterring innovation that it fails to intervene where consumers are threatened with imminent harm would not serve either” (Douglas H. Ginsburg e Joshua D. Wright, “Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions”, *Antitrust Law Journal* 78/2, 2012).

28. Frank Easterbrook, “The limits of antitrust”, cit., *Texas Law Review* 63/5. V. também: Geoffrey A. Manne e Joshua D. Wright, “Innovation and the limits of antitrust”, cit., *Journal of Competition Law and Economics* 6/18-23.

vem agir com cautela para que os incentivos a inovar não sejam mitigados e os mercados de Internet continuem dinâmicos.

3. Identificando características comuns da dinâmica de mercados de Internet que devem refletir sobre a análise concorrencial

A dinâmica dos mercados de Internet pode trazer desafios consideráveis a advogados e economistas. Elementos e características específicos desses mercados os tornam singulares, o que pode desaconselhar a aplicação automática e sem reflexões de métodos de análise e presunções estabelecidos com a experiência em setores mais “tradicionais”.

No Brasil, por exemplo, o CADE reúne, hoje, extensa experiência em casos envolvendo setores aqui denominados “tradicionais” (ou seja, não relacionados à Nova Economia e que existem há muitas décadas, como mineração, aço, infraestrutura, bebidas etc.). Em comparação com mercados de Internet, a diferença é não apenas quantitativa, mas também qualitativa: nos últimos anos houve não apenas muito mais casos envolvendo setores tradicionais, como também houve mais casos complexos, que demandaram do CADE uma análise mais extensa e que conferiram ao órgão um domínio maior sobre a dinâmica desses setores. Nesse sentido, nos últimos 20 anos o CADE examinou uma série de casos complexos no setor de comidas e bebidas (investigações de condutas unilaterais da AmBev, análise dos atos de concentração de formação da AmBev, da BR Foods, e aquisição da Garoto pela Nestlé), no setor de infraestrutura (aquisição da BrT pela Oi, da ALL pela Rumo e uma série de condutas envolvendo acesso a redes de telecomunicações), mineração e aço (diversos casos envolvendo aquisições da Vale, CSN e Usiminas).

Considerando os casos mencionados acima, dentre outros, é possível identificar na análise concorrencial desses setores os

seguintes elementos:²⁹ (i) definições de mercado relevante relativamente simples e com fronteiras bem definidas podiam ser adotadas; (ii) presunções no sentido de que altas participações de mercado geram poder de mercado eram razoáveis dado que posições dominantes haviam se estabelecido e perdurado por décadas (isto é, AmBev e Sadia/Perdigão têm sido dominantes por décadas); (iii) barreiras à entrada são significativas, em razão da necessidade de altos investimentos em plantas industriais, organização de redes de distribuição complexas e altos investimentos em publicidade para desenvolvimento de marcas; (iv) economias de escala são crescentes e custos de trocas costumam ser altos; (v) a concorrência é predominantemente estática (preço e quantidade são variáveis fundamentais), e não dinâmica (em regra, não houve alterações significativas na tecnologia que resultassem em modificações na esfera de competição nesses mercados).

A experiência com esses setores resultou no surgimento de certos dogmas que permeiam a análise concorrencial no Brasil e em outras jurisdições, tais como “alto *market share* significa posição dominante”, “externalidades de rede são barreiras significativas à entrada”, “substituir produtos é custoso – havendo certo efeito *lock-in* ou de *path*

29. Esses dogmas da análise transparecem não apenas do exame dos casos concretos, mas também dos guias de análise utilizados pelas autoridades antitruste. A principal referência é as *Horizontal Merger Guidelines*, preparadas em conjunto pelo DOJ e pela *Federal Trade Commission/FTC*. A última versão desse Guia foi publicada em 2010 e utiliza definições estritas de mercado relevante e exames de *market share* como *screenings* centrais no exame de fusões. Além disso, a análise de entrada e rivalidade é pautada essencialmente em elementos de concorrência estática (preço e quantidade), havendo pouco espaço para ponderações sobre concorrência dinâmica. Minuta de guia recentemente publicada pelo CADE e ainda em discussão em junho/2016, quando da conclusão deste artigo, segue estrutura similar. O guia conjunto DOJ/FTC encontra-se disponível em <https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>.

dependence – e pode dar lugar a exercício de poder de mercado”, “principal *driver* da concorrência é preço” – entre outros. Esses dogmas, se aplicados aos mercados de Internet sem reflexão crítica, podem levar a imprecisões na decisão. Isso porque mercados de Internet apresentam dinâmicas distintas, que precisam ser consideradas com cuidado na análise concorrencial.

3.1 Mercados relevantes

Primeiro, é difícil estabelecer com razoável precisão fronteiras para os mercados relevantes. Muitos *sites* e serviços *on-line* têm funcionalidades similares e podem ser utilizados para fins análogos; esses *websites* têm evoluído e inovado rapidamente, passando a integrar novas funcionalidades e utilizações na mesma plataforma, tornando as fronteiras entre mercados relevantes muito difíceis de definir.

Nesse sentido, o Amazon era inicialmente uma livreria virtual, mas depois passou a atuar na revenda de um portfólio muito mais amplo de produtos, e hoje se tornou o que usualmente se denomina *marketplace* ou uma plataforma que atua como um mercado, onde produtos são anunciados e vendidos por diferentes agentes. Dessa forma, o Amazon passou de um varejista *on-line* para uma plataforma que concorre diretamente com o E-Bay e o Google pela busca de produtos. Outro exemplo relevante é o do Facebook, que originalmente atuava somente como rede social, conectando pessoas para conversas informais ou troca de assuntos pessoais, e que vem desenvolvendo uma série de outras funcionalidades que permitem que pessoas compartilhem informações sobre vídeos, notícias de jornais ou revistas, análises de produtos, capturando, assim, *eyeballs* do Youtube, do Amazon e do Google.³⁰

30. Colunista da Forbes defende que: “While a year or two ago, Google’s main competition in search might have been Bing and Yahoo, today it’s Apple and Amazon, and tomorrow it may be Facebook.

Esses exemplos sugerem que a dinâmica de concorrência na Internet é muito complexa, e diversos serviços e plataformas se sobrepõem e exercem pressão competitiva sobre outros, mesmo que não haja identidade entre suas atividades primárias. Desse modo, mesmo que Google e Amazon tenham funcionalidades distintas, é nítido que exercem pressão competitiva um sobre o outro, o que tem resultado em incrementos dos incentivos a inovar e se diferenciar.³¹ O lançamento do Google Shopping, por exemplo, é parte da reação do Google ao avanço do Amazon, que vem se tornando uma plataforma de enormes proporções para buscas e aquisições de produtos. De modo similar, Facebook e Youtube são muito distintos, mas o Facebook vem gradualmente tomando para si parte da audiência do Youtube.³²

The market is almost certainly broader than general search engines as we normally think of them” (<http://www.forbes.com/sites/halsinger/2012/09/18/who-competes-with-google-in-search-just-amazon-apple-and-facebook>).

31. Eric Shmidt, Presidente do Conselho de Administração do Google, destacou que “many people think our main competition is Bing or Yahoo. But, really, our biggest search competitor is Amazon” (<http://www.businessinsider.com/eric-schmidt-says-amazon-is-googles-biggest-search-competitor-2014-10#ixzz3e8ItIqYT>). Como noticiado pelo *The New York Times* em artigo publicado em 9.9.2012, “Google is a search engine, not a store, but it is increasingly inching into e-commerce with products like its comparison-shopping service, Google Shopping. At the same time, more people are using Amazon, a retailer, as a search engine to look for what they want to buy. (...) In 2009, nearly a quarter of shoppers started research for an on-line purchase on a search engine like Google and 18 percent started on Amazon, according to a Forrester Research study. By last year, almost a third started on Amazon and just 13 percent on a search engine. Product searches on Amazon have grown 73 percent over the last year while searches on Google Shopping have been flat, according to comScore” (disponível em http://www.nytimes.com/2012/09/10/technology/google-shopping-competition-amazon-charging-retailers.html?_r=2&ref=technology).

32. A revista *Time* notou, em artigo de dezembro/2014, que “this year, the company dusted

A análise concorrencial deve estar atenta a essas nuances e, muitas vezes, renunciar a segregações rígidas de mercados relevantes. Definições estreitas podem impactar de modo definitivo a análise, sugerindo que determinados *players* contam com participação significativa sobre determinado segmento específico enquanto, na verdade, sofrem concorrência efetiva de diversos outros *players* em segmentos relacionados e que se sobrepõem.³³

Autoridades antitruste devem, então, procurar identificar as forças competitivas realmente presentes e considerar que produtos e serviços se desenvolvem com rapidez na Internet e podem passar a se sobrepor, mesmo que inicialmente ocupassem espaços distintos – desse modo, visões pautadas em pré-concepções ou percepções e experiências individuais tendem a estar equivocadas. A própria visão ampla externada pelos *players* sobre sua zona de atuação sugere que definições mais abrangentes de mercado tendem a ser uma aproximação mais adequada da realidade.

3.2 Barreiras à entrada, externalidades de rede e poder de mercado

A capacidade de evolução dos serviços para rápida entrada em outros segmentos é

off its oft-neglected video feature and quickly made auto-playing clips ubiquitous in users' News Feeds (with a big assist from the wildly viral ALS Ice Bucket Challenge). People are now watching videos uploaded directly to Facebook one billion times per day – and that big number is starting to whet marketers' appetites. As the social network ratchets up its plan to lure brands to place video ads on the site, its efforts could eventually threaten YouTube, which has dominated the online video space for nearly a decade" (<http://time.com/3634472/fb-vs-youtube-video>).

33. Sobre o impacto de definições restritas (e possivelmente equivocadas de mercado) sobre casos relevantes envolvendo mercados de tecnologia, v.: Chris Butts, "The Microsoft Case 10 years later: antitrust and new leading 'New Economy' firms", *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 8/288, 2010.

consistente com a segunda característica relevante dos mercados de Internet: as baixas barreiras à entrada. Os investimentos iniciais para a criação de um novo serviço na Internet são relativamente limitados – não é necessária a implantação de planta industrial, a maior parte dos serviços não requer a organização de redes de distribuição, não se exigem investimentos substantivos em publicidade (vários serviços, como Google, Facebook, LinkedIn, Twitter, Spotify, tiveram início e se desenvolveram sem investimentos importantes em publicidade). Nesse contexto, é notável que *players* previamente estabelecidos e que eram líderes em seus mercados foram destronados por empresas criadas por um ou dois indivíduos, sem recursos significativos, muitas vezes a partir de garagens ou dormitórios estudantis.

Essa conclusão não é necessariamente alterada por alegações de que em certos mercados há significativas externalidades de rede (diretas ou indiretas)³⁴ e escalas mínimas que garantem vantagens ao primeiro agente a se estabelecer (*first mover advantages*).³⁵ Nesse sentido, embora alguns argumentem que externalidades de rede são substantivas em mercados de Internet, a experiência nesses mercados tem demonstrado que (i) muitas vezes a assunção de que elas existem ou são representativas é equivocada (como no caso dos mecanismos de busca) e, (ii) mesmo quando existentes, elas nem sempre são óbice relevante à entrada e ao ganho de participação de novos serviços (como no caso das redes sociais).³⁶

34. "When the value of a product to one user depends on how many other users there are, economists say that this product exhibits network externalities, or network effects" (Carl Shapiro e Hal Varian, *Information Rules – A Strategic Guide to the Network Economy*, cit., p. 13).

35. Para uma discussão sobre externalidades de rede e *first mover advantages* em mercados de alta tecnologia v.: Ilene Knable Gotts, Scott Sher e Michele Lee, "Antitrust merger analysis in high-technology markets", *European Competition Law Journal* 4/465, 2008.

36. Para uma análise de possíveis problemas antitruste em mercados de tecnologia com externali-

Novamente os serviços de busca e de rede social podem ser utilizados como exemplos. Serviços de busca como Google, Bing, Buscapé, Kayak, nitidamente não têm externalidades de rede diretas, ou seja, não se tornam mais atrativos à medida que são utilizados por mais pessoas (diferente de serviços como o telefone, exemplo clássico de externalidade de rede direta, dado que o telefone só é útil se houver pessoas na mesma rede a quem telefonar). Todavia, alguns argumentam que serviços de busca estão sujeitas a externalidades de rede indiretas ou *chicken and egg problem*.³⁷ Segundo esse argumento, embora um usuário de um serviço de busca não se beneficie diretamente do uso do mesmo mecanismo por outras pessoas, quanto mais pessoas utilizarem o mecanismo, mais ele se aperfeiçoa tecnicamente e dá melhores resultados. Isso porque os mecanismos de busca armazenam dados de buscas pretéritas realizadas por outras pessoas e usam essas informações para adivinhar o que um novo usuário pretende encontrar ao realizar uma busca similar. Dessa forma, defendem alguns que dados sobre comportamentos dos usuários constituem barreiras à entrada nesses mercados, enquanto a assimetria em número de buscas e dados coletados pode limitar a rivalidade, o que exigiria o compartilhamento de dados.³⁸

No entanto, esse argumento já foi amplamente descaracterizado por evidências concretas e estudos realizados. Está claro que um volume inicial de buscas é, sim, re-

dades de rede significativas, v.: Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, Cambridge, Harvard University Press, 2005, pp. 285 e ss.

37. A explicação sobre a diferenciação entre externalidades de rede diretas e indiretas é baseada em Hal Varian, “Competition and market power”, cit., in Joseph Farrell, Carl Shapiro e Hal R. Varian, *The Economics of Information Technology*, p. 33.

38. Nesse sentido, v.: Cédric Argenteon e Jens Prufer, *Search Engine Competition with Network Externalities*, TILEC Discussion Paper, 2011.

levante para que o buscador possa se ajustar, mas essa “escala mínima” é razoavelmente pequena e os ganhos advindos de mais questionamentos são decrescentes.³⁹ Além disso, dados sobre preferências são acessíveis a vários agentes⁴⁰ – veja-se, por exemplo, a iniciativa do Facebook de desenvolver um serviço de busca e sua parceria com o Bing⁴¹ – e podem ser adquiridos no mercado. Dado esse contexto, é crescente o volume de investimentos no desenvolvimento de novos buscadores, o que evidencia que a entrada é crível.⁴²

Por sua vez, redes sociais como Facebook, Twitter, LinkedIn, apresentam externalidades de redes diretas – tornam-se mais valiosas à medida que conectam mais pessoas. Embora essas externalidades sejam componentes relevantes nesses mercados, não têm constituído óbice significativo à entrada e à rivalidade, em grande parte pelas características discutidas abaixo, como ausência de efeito *lock-in* e capacidade dos usuários de exercer suas preferências.

39. V.: Geoffrey A. Manne e William Rinchart, “The market realities that undermined the FTC’s antitrust case against Google”, *Harvard Journal of Law & Technology* 2013, p. 15.

40. Um mesmo indivíduo utiliza diversos serviços *on-line* num mesmo dia, permitindo que diversos *players* colem dados.

41. O Facebook havia desenvolvido parceria para compartilhar dados e oferecer serviços em conjunto com o Bing da Microsoft. Essa parceria parece ter sido desfeita no fim de 2014, pois o Facebook pretende lançar seu próprio serviço de busca. A respeito, v. reportagem da Forbes disponível em <http://www.forbes.com/sites/amitchowdhry/2014/12/15/facebook-removes-microsoft-bing-search-feature> e da Techcrunch em <http://techcrunch.com/2014/12/13/facebook-dumps-bing-will-introduce-its-own-search-tool>.

42. Reportagem recente do *The New York Times* indica que em 2013 e 2014 o número de *start-ups* focadas no desenvolvimento de buscadores financiadas por *venture capitalists* foi recorde – 27 em 2014 e 33 em 2013 (http://www.nytimes.com/2015/05/04/technology/start-ups-try-to-challenge-google-at-least-on-mobile-search.html?_r=0).

Importante observar, por fim, que mercados digitais que exijam maior presença no mundo físico (ou seja, não se baseiam em produtos ou serviços oferecidos exclusivamente *on-line*) podem apresentar barreiras à entrada um pouco mais relevantes, mas ainda assim significativamente menores que aquelas enfrentadas comumente por *players* com atividades similares no mundo físico. No caso do *e-commerce*, por exemplo, embora varejistas *on-line* enfrentem custos iniciais importantes de estoque e logística, ainda assim não enfrentam as mesmas dificuldades de desenvolvimento de uma rede física de lojas e precisam de análise particular, despida de presunções aplicáveis a setores conhecidos.

Esse é o ponto central, aqui: não é possível aplicar automaticamente a mercados de Internet presunções sobre externalidade de rede e barreiras à entrada aplicadas a outros setores. A Internet tem revelado uma dinâmica particular, e tem justamente quebrado barreiras antes existentes ao facilitar a entrada e o desenvolvimento de novos produtos e serviços.

3.3 Custos de troca e preferência dos usuários

Outra característica comum em vários mercados de Internet é a inexistência de efeito *lock-in* dos usuários. Os usuários na Internet são amplamente livres para trocar de serviço sem qualquer custo ou a custos muito baixos. É comum que se diga que a concorrência na Internet está a apenas um clique de distância. De fato, muitos serviços na Internet são oferecidos a preço zero aos usuários⁴³ (redes sociais, busca por produ-

tos ou locais, mapas, *e-mail* etc.), que não precisam pagar multas, telefonar para *call centers* ou enfrentar outros custos para a substituição de um serviço (mesmo serviços com tarifas de subscrição, como Netflix, podem ser facilmente substituídos, já que não têm custos de cancelamento, e um ou dois cliques confirmam essa opção).

A ausência de cobrança incentiva o uso de diferentes serviços e plataformas ao mesmo tempo (isto é, muitas pessoas têm várias contas de *e-mail* em servidores diferentes, utilizam mais que uma ferramenta de busca, serviços de *streaming* de vídeo, lojas *on-line* para compra de músicas etc.). Essa dinâmica incrementa a rivalidade no mercado e facilita a entrada efetiva e suficiente de novos *players*, exigindo dos agentes preestabelecidos e que lideram o mercado constantes esforços em inovação. Para que não sejam substituídos e se tornem obsoletos, mesmo *websites* com grande participação de mercado continuam tendo incentivos a inovar e a oferecer bons produtos, dado que suas posições nos mercados muitas vezes são contestáveis.

Novamente, exemplos tangíveis podem ser discutidos. Quando se iniciaram os serviços de buscas na Internet, o AltaVista era o *site* líder e parecia ter posição de mercado estável. Em poucos anos foi substituído pelo Yahoo, que se tornou líder incontestável. O Yahoo era apontado como o vencedor da “guerra dos buscadores”. No entanto, desenvolvendo um projeto acadêmico em um dormitório na Universidade de Stanford, dois estudantes de Doutorado criaram o Google e destronaram o Yahoo, simplesmente porque os usuários preferiram o Google ao Yahoo, e eram livres para escolher um ou o outro sem custos ou dificuldades de acesso.⁴⁴

Mesmo em mercados com consideráveis externalidades de rede a preferência dos usuários tem sido determinante. Desse modo,

43. Essa dinâmica de preço está relacionada ao fato de se tratar, em geral, de mercados de dois lados, em que os agentes no outro lado da plataforma (anunciantes) pagam pelo custo total. Note-se, contudo, que há questionamentos sobre se serviços sem uma contraprestação monetária direta acabam sendo remunerados mediante a coleta de dados dos usuários.

44. O histórico dos mecanismos de busca é descrito em detalhes em <http://www.searchenginenehistory.com>.

é característica fundamental de mercados de Internet a capacidade dos usuários de fazer prevalecer suas preferências, substituindo rapidamente serviços ou utilizando várias plataformas ao mesmo tempo quando um serviço novo se apresenta. O Facebook é o exemplo mais notável nesse contexto. Novamente a partir de um dormitório universitário, um serviço foi lançado e se desenvolveu com tamanha rapidez e amplitude que superou e eliminou (pelas preferências dos usuários, e não conduta anticompetitiva) *players* dominantes – no mundo, o Myspace era a rede social dominante, enquanto no Brasil o Orkut era a rede social líder, mas foi oficialmente desativado recentemente.⁴⁵ Mais recentemente, o Waze (aplicativo de mapas que traça rotas considerando dados sobre tráfego nas vias) demonstrou que externalidades de rede muitas vezes não constituem óbice relevante para a entrada em mercados de Internet.⁴⁶

Embora aplicativos de dados exijam altos volumes de dados, o Waze conseguiu entrar rapidamente e conquistar número crescente de usuários (substituindo em larga medida aparelhos tradicionais de GPS, como TomTom e Garmin, e outros aplicativos de Internet que ofereciam mapas). De modo similar, embora houvesse muitos aplicativos para mensagens já presentes e com grande número de usuários, o Whatsapp tornou-se o aplicativo mais popular, tendo superado uma série de aplicativos lançados por grandes *players*, como o Blackberry Messenger, o MSN Messenger e o Google Talk.⁴⁷

45. O Orkut foi desativado em 30.9.2014 (<https://support.google.com/orkut/?hl=pt-BR>).

46. O Waze teve início como *start-up* criada por um grupo de pessoas dos Estados Unidos e de Israel em 2007 (<http://nocamels.com/2013/06/waze-founder-uri-levine-talks-about-the-companys-path-to-billion-dollar-success>).

47. O Whatsapp foi criado em 2009 por indivíduos que queriam desenvolver um aplicativo que mostrasse o *status* do usuário do telefone (<http://>

3.4 Inovação e poder de mercado

Altas participações de mercado não necessariamente indicam poder de mercado.⁴⁸ Nos últimos 15 anos diversos *players* que eram considerados dominantes caíram diante de inovações e da capacidade dos usuários de exercer livremente suas preferências. A dinamicidade desses mercados força que agentes que ocupam no presente a posição de líderes tenham incentivos constantes a inovar e desenvolver seus produtos. Identifica-se, assim, mais uma característica essencial desses mercados: alta taxa de inovação, que alça a concorrência dinâmica a fator central. Desse modo, mesmo agentes líderes continuam investindo e reformulando seus produtos, procurando se adaptar às novas e crescentes demandas de usuários.⁴⁹ Isso

www.forbes.com/sites/parmyolson/2014/02/19/exclusive-inside-story-how-jan-koum-built-what-sapp-into-facebook-new-19-billion-baby/#51dc8a854ffb).

48. “To say that Google dominates ‘search’ or ‘search advertising’ misses the mark precisely because there is nothing especially antitrust-relevant about either search or search advertising. Because of their own unique products, innovations, data sources, business models, entrepreneurship and organizations, many companies that do not fall into either category have challenged and will continue to challenge the dominant company – and the dominant paradigm – in a shifting and evolving range of markets” (Geoffrey A. Manne e William Rinchart, “The market realities that undermined the FTC’s antitrust case against Google”, cit., *Harvard Journal of Law & Technology* 2013, p. 8).

49. “Internet monopolies are notoriously fleeting despite repeated (and eventually undermined) claims to the contrary. Competition is more rampant – and monopolies more fleeting – than is often assumed. In part this is because barriers to entry are low. For the same reason that Google and Facebook are competitors even though they operate in different ‘markets’ using different technologies, on-line dominance is difficult to maintain: technological innovation inevitably serves to marginalize specific technological means of accomplishing desired functions on-line, rendering incumbents susceptible to decimating, and often unexpected, competition” (Geoffrey A. Manne e William Rinchart, “The market

porque, se usuários há alguns anos se maravilhavam com alguns poucos serviços na Internet, tornaram-se hoje muito mais exigentes e habituados a serem surpreendidos com inovações. Além disso, usuários de Internet aprenderam a lidar com diversas plataformas ao mesmo tempo e a fazer tarefas cotidianas por meio da Internet, o que demanda serviços cada vez mais simples de serem executados, rápidos e diretos.

Nesse contexto, *players* como o Google não apenas desenvolvem vários projetos paralelos (como Google Glass, Android, carros sem motoristas), mas continuam trabalhando em seus produtos principais. O mecanismo de busca do Google é objeto de constantes inovações, sendo seus algoritmos e *design* constantemente desenvolvidos para que a experiência de busca se torne mais simples e mais completa.

O Facebook também tem trabalhado no desenvolvimento de novas funções em sua rede social: passou a oferecer a possibilidade de exibir vídeo, aprimorou seu aplicativo de mensagens e trabalha para oferecer funcionalidades de busca.⁵⁰ O Amazon continua

realities that undermined the FTC's antitrust case against Google", cit., *Harvard Journal of Law & Technology* 2013, p. 14).

50. O seguinte testemunho evidencia os planos de evolução do Facebook: "Two weeks ago [*em agosto/2014*] in Facebook's Q2 earnings call, Mark Zuckerberg reiterated Facebook's desire to become a more effective on-line 'search' competitor, although in his description of the initiative it became clear that he was talking about becoming a more effective competitor in the 'market for answers', as the *Wall Street Journal* pointed out: 'Facebook is trying to give people answers to what they're looking for in hopes they'll spend more time on the site or in the app, and in turn stealing searches away from Google or Microsoft's Bing'. In fact, responding to an analyst's question, Zuckerberg cited Facebook's unique advantages in the answers market: 'There is huge potential. There are a lot of questions that only Facebook can answer, that other services aren't going to be able to answer for you. We're really committed to investing in that and building out this unique service over the long-term. And I think at some point there

também inovando, transformando-se numa plataforma de *marketplace* e até mesmo utilizando *drones* para entregas.

Diante desse contexto, é necessário que autoridades antitruste considerem que modelos de negócio na Internet podem se tornar obsoletos rapidamente e sofrer com o lançamento de novo produto ou aprimoramento de produtos já estabelecidos, o que é claramente pró-competitivo, ainda que certos agentes sofram perdas e sejam eliminados.

Dessa forma, casos envolvendo mercados de Internet em geral trazem consigo o desafio de que elementos de concorrência dinâmica sejam inseridos na análise concorrencial. Se, de um lado, deixar de considerar o papel da inovação nesses mercados e realizar uma análise meramente pautada em elementos de concorrência estática tende a levar a resultados incorretos, de outro lado, a inserção de elementos de concorrência dinâmica na análise não é tarefa trivial. Afinal, ela requer a consideração de um número maior de variáveis e a realização de exercício com estimativas de *performance* futuras de elementos sobre os quais não necessariamente as autoridades conhecem em detalhes.

A inserção de elementos de concorrência dinâmica na análise antitruste encerra uma série de questões teóricas que remontam ao debate Schumpeter *versus* Arrow sobre estruturas de mercado⁵¹ e avançam sobre debates mais atuais, envolvendo, por exemplo, teorias evolucionárias e neo-institucionais (*evolutionary e neo-institutional economics*).⁵² Essas

is going to be an inflection where it starts to be useful for a lot of use cases. But that may still be years away. But we're just committed to doing this investment and making this right'" (disponível em <http://www.project-disco.org/competition/080614-searching-market-definition-internet-antitrust-21st-century>).

51. A respeito, v.: Jonathan Baker, "Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation", *Antitrust Law Journal* 74/577, 2007.

52. Teorias evolucionárias e neo-institucionais defendem que os modelos neoclássicos de inovação

questões precisam ser examinadas e discutidas, para que se tenha mais solidez sobre os pressupostos e as metodologias a serem adotados, desenvolvendo-se, assim, um arcabouço teórico/metodológico apropriável pela dogmática antitruste.⁵³

Além disso, há também diversas dificuldades institucionais que tornam a implementação do arcabouço teórico/metodológico ainda mais complicada de ser realizada na prática, incluindo assimetria de informações das agências e tribunais, dificuldades de análise e inserção de variáveis futuras e incertas, dilação do tempo dos processos e investigações etc.

Esses pontos podem tornar a análise antitruste muito incerta, o que teria impactos negativos sobre mercados, ao gerar incerteza.⁵⁴

Conciliar essas dificuldades é, talvez, o principal desafio do direito da concorrência nos próximos anos, e precisa passar a ser considerado e discutido com mais frequência, inclusive com novos estudos específicos sobre o tema.

não capturam os efeitos da diversidade de agentes atuando sob incerteza. A partir da literatura sobre estratégias de negócio na teoria da administração nota-se que agentes terão diferentes visões e percepções de possíveis inovações e seus valores. Alguns terão sucesso, enquanto outros falharão, mas não é possível definir *ex ante* qual a opção “correta”, como assume a teoria neoclássica. A respeito, v.: Richard Nelson e Sidney Winter, “In search of useful theory of innovation”, *Research Policy* 6/36-76, 1977; N. Rosenberg, “Uncertainty and technological change”, in Ralph Landau, Timothy Taylor e Gavin Wright (eds.), *The Mosaic of Economic Growth*, Stanford University Press, 1996; C. M. Christensen, *The Innovator's Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*, Harvard Business Review Press, 2000.

53. Cf.: J. Gregory Sidak e David J. Teece, “Dynamic competition in antitrust law”, *Journal of Competition Law and Economics* 2009, p. 28.

54. Douglas H. Ginsburg e Joshua D. Wright, “Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions”, cit., *Antitrust Law Journal* 78/14 e ss.

4. Conclusão: consequências para a análise antitruste

Considerando essas características de mercados de Internet, que são apoiadas em variados exemplos do mundo real, a aplicação do direito da concorrência para analisar condutas ou fusões envolvendo empresas nesses mercados não pode confiar, sem reflexão crítica, em dogmas que permeiam a análise concorrencial construída essencialmente com base em experiências em mercados tradicionais como bebidas, mineração e siderurgia.

Dogmas como “alto *market share* significa posição dominante”, “externalidades de rede são barreiras significativas à entrada”, “substituir produtos é custoso – havendo certo efeito *lock-in* ou de *path dependence* – e pode dar lugar a exercício de poder de mercado”, “principal *driver* da concorrência é preço”, podem, muitas vezes, levar a conclusões muito equivocadas no exame de mercados digitais, que são marcados por altas taxas de inovação.

Dadas as características específicas de mercados com alta inovação e a relativamente pequena experiência com esses mercados, o risco de “falsos positivos” (decisão que considera anticompetitiva uma conduta legítima) é notável.

Os altos riscos de falsos positivos são extremamente problemáticos, pelo impacto negativo que teriam sobre os incentivos à inovação.

Em mercados envolvendo a Internet o peso da inovação é ainda mais relevante na constituição e compreensão de suas dinâmicas. Como resultado, a análise concorrencial deve, necessariamente, ser capaz tanto de assimilar a relevância e o impacto da inovação para os comportamentos nesses mercados quanto de se resguardar de eventuais riscos de incompreensões e equívocos que possam ter impacto negativo sobre os incentivos a inovar.

Considerando a provocação de Tim Wu, se o antitruste pretende levar inovação a sério, várias singularidades de mercados baseados na Internet demandam atenção das autoridades antitruste, que devem agir com cautela, para que os incentivos a inovar não sejam mitigados e os mercados de Internet continuem dinâmicos.

Além da consideração dessas particularidades – e consequente rejeição da presunção advinda dos dogmas tradicionais –, há duas consequências iniciais sobre a análise antitruste que podem ser delineadas e podem ser exploradas à frente. Primeiro, para que seja reduzido o risco de erro, condenações de práticas anticompetitivas ou proibição de fusões devem se pautar em evidências sólidas e críveis de efeito anticompetitivo, evitando fiar-se em teorias abstratas de dano potencial. Por fim, é fundamental que seja garantida certa deferência a justificativas negociais pró-competitivas, especialmente quando pautadas em práticas ou produtos inovadores.

Bibliografia citada

- ARGENTON, Cédric, e PRUFER, Jens. *Search Engine Competition with Network Externalities*. TILEC Discussion Paper, 2011.
- BAER, William J., e BALTO, David A. “Antitrust enforcement and high-technology markets”. *Michigan Telecommunications Law Review* 5/73-90. 1999.
- BAKER, Jonathan. “Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation”. *Antitrust Law Journal* 74. 2007.
- BALTO, David A., e BAER, William J. “Antitrust enforcement and high-technology markets”. *Michigan Telecommunications Law Review* 5/73-90. 1999.
- BUTTS, Chris. “The Microsoft Case 10 years later: antitrust and new leading ‘New Economy’ firms”. *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property* 8/275-291. 2010.
- CHANDER, Anupam. *The Electronic Silk Road – How the Web Binds the World Together in Commerce*. Yale University Press, 2013.
- CHRISTENSEN, C. M. *The Innovator’s Dilemma: When New Technologies Cause Great Firms to Fail*. Harvard Business Review Press, 2000.
- EASTERBROOK, Frank. “The limits of antitrust”. *Texas Law Review* 63/1-40. 1984.
- FARREL, Joseph, SHAPIRO, Carl, e VARIAN, Hal R. *The Economics of Information Technology*. Nova York, Cambridge University, 2004.
- FIRST, Harry, e GAVIL, Andrew I. *Microsoft Antitrust Cases*. MIT Press, 2014.
- FISHER, Franklin M., e RUBINFELD, Daniel L. “U.S. vs. Microsoft: an economic analysis”. *The Antitrust Bulletin* 46. 2001.
- GAVIL, Andrew I., e FIRST, Harry. *Microsoft Antitrust Cases*. MIT Press, 2014.
- GINSBURG, Douglas H., e WRIGHT, Joshua D. “Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions”. *Antitrust Law Journal* 78/1-21. 2012.
- GOTTS, Ilene Knable, LEE, Michele, e SHER, Scott. “Antitrust merger analysis in high-technology markets”. *European Competition Law Journal* 4. 2008.
- HESSE, Renata. *At the Intersection of Antitrust & High-Tech: Opportunities for Constructive Engagement*. Stanford Law School, 2014.
- HOVENKAMP, Herbert. “Restraints on innovation”. *Cardozo Law Review* 29. 2007.
- . *The Antitrust Enterprise – Principle and Execution*. Cambridge, Harvard University Press, 2005.
- JACOBSON, Jonathan M. “Do we need a ‘New Economy’ exception for antitrust?”. *Antitrust Bulletin* Fall 2001.
- JANSEN, Dennis W. “Introduction: what is the New Economy?”. In: JANSEN, Dennis W. (ed.). *The New Economy and Beyond: Past, Present and Future*. Edward Elgar, 2006.
- JANSEN, Dennis W. (ed.). *The New Economy and Beyond: Past, Present and Future*. Edward Elgar, 2006.
- LANDAU, Ralph, TAYLOR, Timothy, e WRIGHT, Gavin (eds.). *The Mosaic of Economic Growth*. Stanford University Press, 1996.
- LEE, Michele, GOTTS, Ilene Knable, e SHER, Scott. “Antitrust merger analysis in high-technology markets”. *European Competition Law Journal* 4. 2008.
- LOPATKA, John E., e PAGE, William H. *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*. The University of Chicago Press, 2007.

- MANNE, Geoffrey A., e RINCHART, William. "The market realities that undermined the FTC's antitrust case against Google". *Harvard Journal of Law & Technology* 2013.
- MANNE, Geoffrey A., e WRIGHT, Joshua D. "Innovation and the limits of antitrust". *Journal of Competition Law and Economics* 6. 2010.
- NELSON, Richard, e WINTER, Sidney. "In search of useful theory of innovation". *Research Policy* 6/36-76. 1977.
- PAGE, William H., e LOPATKA, John E. *The Microsoft Case: Antitrust, High Technology, and Consumer Welfare*. The University of Chicago Press, 2007.
- PITOFESKY, Robert. "Challenges of the New Economy: issues at the intersection of antitrust and intellectual property". *Antitrust Law Journal* 68/913-924. 2001.
- POSNER, Richard. "Antitrust in the New Economy". *Antitrust Law Journal* 92/5/60-72. 2001.
- POSSAS, Mario. "Economia normativa e eficiência: limitações e perspectivas na aplicação antitruste". In: POSSAS, Mario (org.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo, Singular, 2002.
- (org.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo, Singular, 2002.
- PRUFER, Jens, e ARGENTON, Cédric. *Search Engine Competition with Network Externalities*. TILEC Discussion Paper, 2011.
- RINCHART, William, e MANNE, Geoffrey A. "The market realities that undermined the FTC's antitrust case against Google". *Harvard Journal of Law & Technology* 2013.
- ROSENBERG, N. "Uncertainty and technological change". In: LANDAU, Ralph, TAYLOR, Timothy, e WRIGHT, Gavin (eds.). *The Mosaic of Economic Growth*. Stanford University Press, 1996.
- RUBINFELD, Daniel L., e FISHER, Franklin M. "U.S. vs. Microsoft: an economic analysis". *The Antitrust Bulletin* 46. 2001.
- SCHEWICK, Barbara van. *Internet Architecture and Innovation*. Cambridge, MIT Press, 2010.
- . "Opening statements at the Federal Communications Commission's Workshop on Innovation, Investment and the Open Internet". 2010. Disponível em <http://media.law.stanford.edu/publications/archive/pdf/van%20Schewick%20Opening%20Statement.pdf>.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Teoria do Desenvolvimento Econômico*. Rio de Janeiro, Fundo de Cultura, 1961.
- SHAPIRO, Carl, e VARIAN, Hal R. *Information Rules – A Strategic Guide to the Network Economy*. Harvard Business School Press, 1999.
- SHAPIRO, Carl, FARREL, Joseph, e VARIAN, Hal R. *The Economics of Information Technology*. Nova York, Cambridge University, 2004.
- SHER, Scott, GOTTS, Ilene Knable, e LEE, Michele. "Antitrust merger analysis in high-technology markets". *European Competition Law Journal* 4. 2008.
- SIDAK, J. Gregory, e TEECE, David J. "Dynamic competition in antitrust law". *Journal of Competition Law and Economics* 2009.
- TAYLOR, Timothy, LANDAU, Ralph, e WRIGHT, Gavin (eds.). *The Mosaic of Economic Growth*. Stanford University Press, 1996.
- TEECE, David J., e SIDAK, J. Gregory. "Dynamic competition in antitrust law". *Journal of Competition Law and Economics* 2009.
- VARIAN, Hal R. "Competition and market power". In: FARREL, Joseph, SHAPIRO, Carl, e VARIAN, Hal R. *The Economics of Information Technology*. Nova York, Cambridge University, 2004.
- VARIAN, Hal R., e SHAPIRO, Carl. *Information Rules – A Strategic Guide to the Network Economy*. Harvard Business School Press, 1999.
- VARIAN, Hal R., FARREL, Joseph, e SHAPIRO, Carl. *The Economics of Information Technology*. Nova York, Cambridge University, 2004.
- WINTER, Sidney, e NELSON, Richard. "In search of useful theory of innovation". *Research Policy* 6/36-76. 1977.
- WRIGHT, Gavin, LANDAU, Ralph, e TAYLOR, Timothy (eds.). *The Mosaic of Economic Growth*. Stanford University Press, 1996.
- WRIGHT, Joshua D., e GINSBURG, Douglas H. "Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions". *Antitrust Law Journal* 78/1-21. 2012.
- WRIGHT, Joshua D., e MANNE, Geoffrey A. "Innovation and the limits of antitrust". *Journal of Competition Law and Economics* 6. 2010.
- WU, Tim. "Network neutrality, broadband discrimination". *Journal on Telecommunication & High Technology Law* 2. 2003.

———. *Network Neutrality: Competition, Innovation, and Nondiscriminatory Access, Testimony Before the House Committee in the Judiciary, Telecom & Antitrust Task Force*. 2006.

———. “Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most”. *Antitrust Law Journal* 78. 2012.