Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

Vol. nº 186, ago. 2023/dez. 2023

EXPERT EDITORA DIGITAL

rdm
revista de direito mercantil

RDM 186

Doutrina e Atualidades:

1 - Cartéis, ilícito por objeto e por efeitos: Ônus da prova e dosimetria da sanção (Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer)

2 - Movimento neobrandeisiano em meio aos objetivos do antitruste: Não apenas "processo competitivo" (Rodrigo Fialho Borges)

3 - Arbitragem como meio para obtenção de reparação de danos concorrenciais (Monique Herwig)

4 - Os efeitos dos acordos celebrados com o CADE nas ações de reparação de danos concorrenciais: Fomento ou bloqueio às indenizações? (João Otávio Bacchi Gutinieki)

5 - Direito (Histórico-Concorrencial) do Vinho: A Denominação de Origem como Mecanismo de Proteção da Concorrência e do Consumidor (Wilson Seraine da Silva Neto)

6 - Proporcionalidade ou insegurança: Os debates em torno da estimação da vantagem auferida pelo CADE (Antonio Carlos Haddad Júnior)

7 - "Interlocking Directorates" nas companhias - Possível violação de deveres fiduciários e implicações concorrenciais (Luiza Camilo de Souza)

8 - Abuso de poder econômico em mercados digitais: Aplicabilidade da essential facilities doctrine (Felipe Carvalho Eleutério de Lima)

9 - Design de produto e os limites do antitruste: Considerações sobre vieses de decisão e custos do erro (Pedro Pendeza Anitelle)

10 - Nem tudo é dinheiro: A importância dos efeitos não relacionados a preço nas análises de atos de concentração (Beatriz Kenchian; Gabriela Alegret)

ISBN 978-65-6006-107-1

9 786560 061071

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global

rdm
revista de direito mercantil

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômicoe financeiro
186

Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Ano LXII (Nova Série)

Agosto 2023/Dezembro 2023

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LXII – n. 186 – ago. 2023/dez. 2023

FUNDADORES:

1 a FASE: WALDEMAR FERREIRA
FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. Da Costa E Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL:

Alexandre Soveral Martins	Ana de Oliveira Frazão
Carlos Klein Zanini	Gustavo José Mendes Tepedino
Jorge Manuel Coutinho de Abreu	José Augusto Engrácia Antunes
Judith Martins-Costa	Luís Miguel Pestana de Vasconcelos
Paulo de Tarso Domingues	Ricardo Oliveira García
Rui Pereira Dias	Sérgio Campinho

COMITÊ DE REDAÇÃO:

Antonio Martín	Balmes Vega Garcia
Calixto Salomão Filho	Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa
Eduardo Secchi Munhoz	Erasmo Valladão Azevedo E Novaes França
Francisco Satiro De Souza Junior	Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa
José Alexandre Tavares Guerreiro	José Marcelo Martins Proença
Juliana Krueger Pela	Luiz Gastão Paes de Barros Leães
Mauro Rodrigues Penteado	Manoel De Queiroz Pereira Calças
Marcos Paulo De Almeida Salles	Marcelo Vieira Von Adamek
Newton de Lucca	Paula Andréa Forgioni
Paulo Fernando Campos Salles De Toledo	Paulo Frontini
Priscila Maria Pereira Corrêa Da Fonseca	Rachel Sztajn

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer	Rodrigo Octávio Broglia Mendes
Ruy Camilo Pereira Junior	Sheila Christina Neder Cerezetti
Vinícius Marques De Carvalho	Vitor Henrique Pinto Ido

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO:

Matheus Chebli De Abreu	Michelle Baruhm Diegues

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE:

Beatriz Leal de Araújo Barbosa da Silva	Daniel Fermann
Heloisa de Sena Muniz Campos	Larissa Fonseca Maciel
Luma Luz	Maria Eduarda da Matta Ribeiro Lessa
Rafaela Vidal Codogno	Virgilio Maffini Gomes

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Publicação semestral da Editora Expert LTDA
Rua Carlos Pinto Coelho,CEP 30664790 Minas Gerais, BH – Brasil
Diretores: Luciana de Castro Bastos, Daniel Carvalho

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos
Direção Editorial: Daniel Carvalho
Diagramação e Capa: Editora Expert
Revisão: Do Autor
A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.

Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. https://br.creativecommons.org/
"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"'

AUTORES: Antonio Carlos Haddad Júnior, Beatriz Kenchian, Felipe Carvalho Eleutério de Lima, Gabriela Alegret, João Otávio Bacchi Gutinieki, Luiza Camilo de Souza, Monique Herwig, Pedro Pendeza Anitelle, Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer, Rodrigo Fialho Borges, Wilson Seraine da Silva Neto.

ISBN: 978-65-6006-107-1
Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte, Abril de 2024

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br
contato@editoraexpert.com.br

AUTORES

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre, Doutor e Livre-Docente pela Faculdade de Direito da USP. Procurador do Estado de São Paulo nível V, chefiando a Consultoria Jurídica da Secretaria de Esportes. Foi Diretor Executivo da Fundação PROCON de São Paulo, Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), Consultor Jurídico do Ministério da Justiça e Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal. Foi membro do Conselho Consultivo da Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e do Conselho de Orientação de Saneamento Básico da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado de São Paulo (Arsesp). Foi Presidente do Instituto de Política e Direito do Consumidor (Brasilcon) e integrou a Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal para atualização do Código de Defesa do Consumidor.

Rodrigo Fialho Borges

Professor da Graduação e do Mestrado Profissional na FGV Direito SP. Doutor em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante na University of Pennsylvania Law School (2018-2019). Coordenador do Grupo de Estudos em Fusões e Aquisições (GEM&A) da FGV Direito SP. Sócio no PGLaw.

Monique Herwig

Advogada. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2023).

Joao Otavio Bacchi Gutinieki

Mestre em Direito Econômico e Economia Política e doutorando em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). Advogado.

Wilson Seraine da Silva Neto

Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (CEDIPRE/FDUC). Pós-graduando em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/USP). Advogado e Consultor Jurídico.

Antonio Carlos Haddad Júnior

Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós graduando *lato sensu* em Direito Concorrencial e Regulatório pela Fundação Getulio Vargas (FGV). Advogado especializado em Direito Concorrencial em Lefosse Advogados.

Luiza Camilo de Souza

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), reconhecida com indicação aos prêmios "Barão do Rio Branco" e "Raphael Magalhães e Cândido Naves" por ter se destacado entre os melhores alunos que concluíram o curso, tanto em notas globais como na área específica de Direito e Processo Civil e Comercial (DIC). Assessora no Tribunal do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. Realizou intercâmbio acadêmico internacional na Universidad Nacional de Cuyo, na Argentina. Participou da 43ª edição do Programa de Intercâmbio do CADE (PinCade). Possui interesses nas áreas de Direito Empresarial, Contratos, Regulatório e Antitruste.

Felipe Carvalho Eleutério de Lima

Mestrando em Direito Comercial pela PUC-SP. Bacharel em Direito pela PUC-SP, com semestre acadêmico cursado na The Hague University of Applied Sciences (THUAS), de Haia, Holanda. Advogado em São Paulo.

Pedro Pendeza Anitelle

Bacharel em Direito e mestrando em Filosofia e Teoria do Direito, ambos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

Beatriz Kenchian

Advogada em Direito Concorrencial no escritório Stocche Forbes Advogados, bacharel em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) com diploma de dupla graduação em direito francês pela Universidade Lumière Lyon 2. Gerente do programa WIA Mentoria da Associação Women in Antitrust.

Gabriela Alegret

Graduanda em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP) e estagiária em Direito Concorrencial no escritório Stocche Forbes Advogados. Integrante do Grupo de Estudos em Direito Concorrencial da USP.

SUMÁRIO

Cartéis, ilícito por objeto e por efeitos: ônus da prova e dosimetria da sanção 15
Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer

Movimento neobrandeisiano em meio aos objetivos do antitruste: não apenas "processo competitivo" 57
Rodrigo Fialho Borges

Arbitragem como meio para obtenção de reparação de danos concorrenciais 139
Monique Herwig

Os efeitos dos acordos celebrados com o cade nas ações de reparação por danos concorrenciais: fomento ou bloqueio às indenizações? .. 165
João Otávio Bacchi Gutinieki

Direito (histórico-concorrencial) do vinho: a denominação de origem como mecanismo de proteção da concorrência e do consumidor . 189
Wilson Seraine da Silva Neto

Proporcionalidade ou insegurança: Os debates em torno da estimação da vantagem auferida pelo CADE 215
Antonio Carlos Haddad Júnior

"Interlocking directorates" nas companhias: possível violação de deveres fiduciários e implicações concorrenciais 253
Luiza Camilo de Souza

Abuso de poder econômico em mercados digitais: aplicabilidade da *essential facilities doctrine* 291
Felipe Carvalho Eleutério de Lima

Design de produto e os limites do antitruste: considerações sobre viéses de decisão e custos do erro 333
Pedro Pendeza Anitelle

Nem tudo é dinheiro: a importância dos efeitos não relacionados a preço nas análises de atos de concentração 371
Beatriz Kenchian , Gabriela Alegret

DESIGN DE PRODUTO E OS LIMITES DO ANTITRUSTE: CONSIDERAÇÕES SOBRE VIÉSES DE DECISÃO E CUSTOS DO ERRO

Pedro Pendeza Anitelle (USP, São Paulo)[538]

RESUMO

Este artigo examina o tema de intervenção antitruste sobre *design* de produtos, considerando a crescente relevância dessa questão, especialmente no contexto da economia digital e mercados intensivos em tecnologia. O objetivo do estudo é propor uma reflexão sob uma perspectiva específica: a análise da pertinência de vieses decisórios na avaliação e intervenção antitruste sobre condutas que envolvam *design* de produto e inovação. Para tanto, são ponderados os motivos pelos quais autoridades de defesa da concorrência em diferentes jurisdições (Estados Unidos, Brasil e União Europeia) demonstram hesitação em intervir em produtos e modelos de negócio de empresas, com especial foco nos custos do erro (*error cost framework*). Considerações sobre custos do erro em casos que envolvem a avaliação do *design* de produto são apresentadas, levando à conclusão de que autoridades devem evitar erros de falso positivo particularmente nesse tipo de caso. Por fim, sugere-se que os *insights* da literatura sejam traduzidos em melhores práticas para uma política de defesa da concorrência sobre condutas envolvendo o *design* de produto e inovação, especificamente na forma do estabelecimento de filtros, testes, padrões de prova e regras processuais de distribuição de ônus da prova que, para esse tipo de caso, devem estar voltados a evitar decisões de falso positivo.

Palavras-chave: antitruste, design de produto, custo do erro, decisão, inovação, concorrência

538 Pedro Pendeza Anitelle é bacharel em Direito e mestrando em Filosofia e Teoria do Direito, ambos na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

ABSTRACT

This paper examines the theme of antitrust intervention on product design, considering the growing relevance of this issue, especially in the context of the digital economy and technology-intensive markets. The study aims to propose a reflection from a specific perspective: the analysis of the relevance of decision-making biases in the assessment and antitrust intervention on conducts involving product design and innovation. To this end, the reasons why competition authorities in different jurisdictions (United States, Brazil, and the European Union) show hesitation in intervening in companies' products and business models are weighed, with a special focus on the error cost framework. Considerations about error costs in cases involving the evaluation of product design are presented, leading to the conclusion that authorities should avoid false positive errors particularly in this type of case. Finally, it is suggested that insights from the literature be translated into best practices for competition policy regarding conducts involving product design and innovation, specifically in the form of establishing filters, tests, evidentiary standards, and procedural rules for burden of proof distribution that, for this type of case, should be aimed at avoiding false positive decisions.

Keywords: antitrust, product design, error cost, decision, innovation, competition.

1. INTRODUÇÃO

Em 2019, o Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) enfrentou um julgamento desafiador. O caso tratava de um processo administrativo instaurado contra o Google Inc. e Google do Brasil Internet Ltda., originado de uma investigação sobre a prática de posicionamento privilegiado do serviço Google Shopping nas primeiras posições da página de busca do Google. Supostamente, a prática faria com que comparadores de preço rivais

ao serviço do Google (e.g. Buscapé e Bondfaro) perdessem tráfego e receita, o que, por sua vez, poderia resultar em menos escolhas e preços maiores para os consumidores.[539]

Tratava-se de um caso complexo por envolver um mercado dinâmico, um grande volume de evidências econômicas e julgamentos paralelos em outras jurisdições sobre conduta similar do Google. Mas um aspecto o tornava especialmente desafiador: o fato de demandar da autoridade antitruste brasileira uma intervenção não apenas a uma conduta comercial, mas sobre o próprio *design* do produto do Google, i.e., sua página de busca.

Esse elemento foi destacado pelo próprio Conselheiro Relator Mauricio Bandeira Maia, que destacou em seu voto a gravidade desse tipo de intervenção, em que o CADE teria que efetivamente substituir decisões do Google sobre como programar seus algoritmos e projetar o *design* de sua página de busca, modificando diretamente o produto da empresa.

Esse caso não é isolado. Autoridades antitruste ao redor do mundo têm lidado historicamente com os limites da intervenção sobre o *design* de produto de empresas. Ao contrário de intervenções antitruste em condutas que envolvem a mera distribuição de produtos, condutas relacionadas a introdução de novos produtos ou características de *design* com efeitos adversos à concorrência demandam que a autoridade concorrencial questione e, no limite, substitua decisões técnicas de empresas por decisões da autoridade sobre o *design* apropriado e pró-competitivo do produto.

Em anos recentes, tal questão tem se tornado ainda mais latente, devido a ascensão da economia digital e, consequentemente, de mercados inovadores, dinâmicos e intensivos em tecnologia. Não só debates acadêmicos sobre os limites da inovação para a

539 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.). Voto do Conselheiro Mauricio Bandeira Maia. 19 de junho de 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-- Acesso em: 31 jan. 2024

livre concorrência têm se intensificado[540], mas também iniciativas legislativas e de *enforcement* em diversas jurisdições.

Novas leis na União Europeia[541] e propostas legislativas nos Estados Unidos[542] e Brasil[543] objetivam explicitamente impor limites no *design* de produto de plataformas digitais consideradas *gatekeepers*. Dentro do âmbito do *enforcement* concorrencial, sobretudo na União Europeia[544], mas também nos Estados Unidos[545], diversos casos concretos têm surgido disputando estratégias supostamente anticompetitivas intrinsecamente ligadas a engenharia de plataformas digitais ou seus modelos de negócio.

Nesse contexto, o presente artigo abordará justamente a interface entre defesa da concorrência e *design* de produto, tendo por pano de fundo as perguntas: qual o papel do direito da concorrência na regulação e disciplina da produção? E como executar esse papel da maneira mais apropriada?

Esse tema será tratado sob uma perspectiva específica: a análise da pertinência vieses decisórios na avaliação e intervenção antitruste sobre condutas que envolvam *design* de produto e inovação. Como ensina Hovenkamp, uma vez que o antitruste é um ramo do direito intensivo em fatos, cuja obtenção muitas vezes é custosa

---

540 Cf. e.g. SCHREPEL, Thibault, Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition, SMU Science and Technology Law Review, v. 21, n. 1, p. 19, 2018.

541 Digital Markets Act, texto atualizado disponível em: https://www.eu-digital-markets-act.com/Digital_Markets_Act_Articles.html acesso em: 01 fev. 2024.

542 American Innovation and Choice Online Act, texto atualizado disponível em: https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992/text acesso em 5 fev. 2024

543 Projeto de Lei 2.768/2022, texto atualizado disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2337417#:~:text=PL%202768%2F2022%20Inteiro%20teor,Projeto%20de%20Lei&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20organiza%C3%A7%C3%A3o%2C%20o,2014%20e%209.472%20de%201997. Acesso em 5 fev. 2024

544 Destacam-se, por exemplo, os casos: AT.39740 (Google Search - Shopping), Android Auto (Caso A529 da Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), AT.40452 (Apple Pay) etc.

545 Destaca-se, por exemplo, os casos *Epic Games v. Apple (2020)*, *U.S. and Plaintiff States v. Google LLC* (2020).

ou até impossível devido à complexidade da conduta e o estágio de desenvolvimento da teoria econômica, o uso de presunções e vieses decisórios é essencial.[546]

O artigo está estruturado da seguinte maneira: a seção seguinte contextualizará o tema com uma exposição breve de seu tratamento em jurisdições que apresentam políticas de defesa da concorrência sofisticadas (Estados Unidos, Brasil e União Europeia), demonstrando que, nessas jurisdições, constatam-se exemplos de fundada hesitação em sancionar interferências em *design* de produto ou modelos de negócio.

Em seguida, serão apresentados motivos que expliquem essa relutância, baseados, especificamente, em três fatores: (i) a consideração da inovação como elemento de concorrência pelo mérito; (ii) a dificuldade da implementação e monitoramento de remédios e (iii) considerações de custo do erro.

A análise, então, se aprofundará no terceiro aspecto, que será apresentado como essencial para definir eventuais vieses e padrões de decisão na avaliação de condutas inovadoras. Especificamente, após uma exposição do debate histórico sobre custos do erro no antitruste, apresentaremos uma proposta de aplicação dos critérios considerados no chamado *error cost framework* para condutas de *design* de produto, sugerindo que autoridades devem evitar erros de falso positivo particularmente nesse tipo de caso.

Por fim, a título de conclusão, os ensinamentos da literatura serão sintetizados com vistas a propor bases para melhores práticas para uma política de defesa da concorrência sobre condutas envolvendo o *design* de produto e inovação. Especificamente, isso deve ocorrer a partir do desenvolvimento de melhores práticas para autoridades de defesa da concorrência na forma de filtros, testes, padrões de prova e regras processuais de distribuição de ônus da prova que, nesse caso, devem estar voltados a evitar decisões de falso positivo.

546 Cf. HOVENKAMP, Herbert, Antitrust Presumptions for Digital Platforms, U of Penn, Inst for Law & Econ Research Paper No. 22-42. 2023. p. 1.

2. INTERVENÇÃO ANTITRUSTE EM CONDUTAS ENVOLVENDO *DESIGN* DE PRODUTO

A economia industrial e a análise antitruste em diversas jurisdições traçam distinções entre questões de produção e de distribuição[547]. Basicamente, enquanto questões de produção estão relacionadas a como produtos são projetados e construídos, questões de distribuição pressupõem produtos já acabados e lidam com as condições em que chegam aos consumidores. Particularidades de cada uma dessas esferas se refletem tanto na teoria econômica, quanto no controle de condutas no direito da concorrência. No tópico a seguir, será apresentado um breve panorama sobre as particularidades de condutas relacionadas a produção em contraposição a distribuição no tratamento de diversas autoridades concorrenciais, bem como uma exposição inicial sobre fatores que justificam uma postura conservadora da parte de autoridades ao decidir sobre intervenção em casos que envolvem *design* inovador de produtos.

2.1 PANORAMA DA ANÁLISE DE CONDUTAS DE DISTRIBUIÇÃO E PRODUÇÃO

Historicamente, a defesa da concorrência esteve especialmente concentrada em coibir práticas anticoncorrenciais que prejudicavam a distribuição de produtos – ou seja, preocupações relacionadas a preços e *output*[548]. Nesse contexto, tradicionalmente se insere o combate a cartéis ou outros acordos colusivos, proibições *per se* de manutenção de preço de revenda e discussões sobre preço predatório.

Portanto, se há relativa clareza sobre o papel da política defesa da concorrência no que se refere a questões de distribuição – i.e., coibir

547 Cf. HOVENKAMP, Herbert, Antitrust and the Design of Production, Cornell Law Review, 2018. P. 1161. Note-se, porém, que apesar do valor didático dessa distinção, Hovenkamp defende que, na prática, processos de produção e de distribuição são muitas vezes indistinguíveis.

548 *Ibid*. p. 1155

condutas que resultem no aumento de preços ou restrições de *output*[549] – a questão que se coloca é: qual o papel do antitruste na regulação da produção? Em outras palavras, como autoridades de defesa da concorrência devem lidar com a oferta de produtos ou serviços que, por *design*, provoque efeitos concorrenciais como aumento de barreiras à entrada, aumento de custos de rivais ou mesmo a exclusão de rivais?

Primeiramente, é importante esclarecer a definição adotada de '*design* de produto'. Para os fins deste artigo, essa expressão se refere a "the choices made by firms and concerning, *inter alia*, the quality of a good or service, its characteristics and the features incorporated in it".[550]

De maneira geral, autoridades antitruste ao redor do mundo historicamente apresentaram maior hesitação em intervir no *design* de produto, ainda que por parte de empresas consideradas monopolistas ou detentoras de posição dominante.

Nos Estados Unidos, a liberdade de *design* é um princípio importante da liberdade de iniciativa e, de maneira geral, considerada favorável aos consumidores.[551] Nesse contexto, vale destacar que a legislação antitruste americana é focada essencialmente em problemas de monopolização e restrições ao comércio, e nem sequer menciona tecnologia, patentes ou *design*[552].

549 Essa visão está inclusive refletida na Cartilha do CADE: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Cartilha do CADE, 2016. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf Acesso em 5 fev. 2024

550 COLOMO, Pablo Ibañez, Product Design and Business Models in EU Antitrust Law. SSRN, 2021. p. 7 Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3925396. Acesso em 5 fev. 2024

551 Cf. LOPEZ-GALDOS, Marianela, Antitrust in 60 Seconds: Antitrust and Freedom Of Design, Disruptive Competition Project, disponível em: <https://www.project-disco.org/competition/121620-antitrust-in-60-seconds-antitrust-and-freedom-of-design/>. acesso em: 5 fev. 2024.

552 Cf. HOVENKAMP, Antitrust and the Design of Production. p. 1157

Um caso paradigmático[553] que definiu esse entendimento nos EUA foi o caso Kodak[554], de 1983. Nele, um concorrente denunciou a Kodak por lançar um novo modelo de câmera que tinha compatibilidade somente cartuchos de filme da Kodak, alegando que essa inovação excluiria fornecedores de filme que ofertavam apenas a tecnologia antiga. A *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*, por sua vez, firmou posição no sentido de que a Kodak tinha direito de projetar seu produto de maneira a torná-lo mais atrativo para os consumidores. Nesse sentido, a Kodak não tinha qualquer obrigação de restringir ou retardar o desenvolvimento de seus produtos para facilitar vendas de seus rivais.[555]

Mais recentemente, o *Federal Trade Commission* ("FTC") americana ecoou orientação semelhante ao arquivar uma investigação de *design* auto-preferencial do Google em relação à promoção de seu serviço Google Shopping em sua plataforma de busca. Em sua declaração comunicando o arquivamento da investigação,[556] o FTC sugeriu que a comprovação de uma justificativa pró-competitiva plausível para o *design* do produto já seria suficiente para deter a intervenção antitruste:

> Product design is an important dimension of competition and condemning legitimate product improvements risks harming consumers. Reasonable minds may differ as to the best way to design a search results page and the best way to allocate space

553 Outros casos importantes da jurisprudência americana são analisados em LOPEZ-GALDOS, Antitrust in 60 Seconds; MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D., Innovation and the Limits of Antitrust, Journal of Competition Law & Economics, v. 6, n. 1, p. 153–202, 2010.

554 Cf. ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals for the Ninth Circuit. Foremost Pro Color v. Eastman Kodak Co., 23 de fevereiro de 1983. Disponível em: https://casetext.com/case/foremost-pro-color-v-eastman-kodak-co Acesso em 5 fev. 2024

555 Cf. *Ibid*.

556 Cf. ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. In the Matter of Google Inc., 3 de janeiro de 2013. Disponível em: https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf Acesso em: 5 fev. 2024

> among organic links, paid advertisements, and other features. And reasonable search algorithms may differ as to how best to rank any given website. Challenging Google's product design decisions in this case would require the Commission – or a court – to second-guess a firm's product design decisions where plausible procompetitive justifications have been offered, and where those justifications are supported by ample evidence[557]

Esse excerto foi, inclusive, citado no voto vencedor do Conselheiro Mauricio Bandeira Maia, na investigação sobre conduta similar do Google Shopping no Brasil[558]. Nesse caso, que também resultou em um arquivamento no Brasil por ausência de evidência de efeitos anticompetitivos, o CADE teve que se deparar com as particularidades da intervenção antitruste no *design* de produto. Essa é uma preocupação nítida no referido voto.

O Conselheiro Bandeira Maia sinalizou que o fato de eventual condenação do Google resultar em uma intervenção no produto final da empresa – no *design* de sua página de busca – representa um grande desafio. Primeiramente, cita o risco de um erro de falso positivo na intervenção provocar efeitos perversos de inibir comportamento inovador por receio, por parte de empresas, de que novos produtos ou inovações possam ser considerados condutas anticompetitivas ilícitas[559] – tema que suscitará reflexão mais detida abaixo.

Ainda, o Conselheiro reproduz o desconforto do FTC em substituir decisões técnicas da empresa, que tem *expertise* para tanto, por decisões de *design* da autoridade, o que se prova especialmente impraticável em mercados intensivos em tecnologia, que apresentam rápidas transformações, e em que a concorrência é dinâmica. Vale reproduzir o racional do Conselheiro, que toca em diversos aspectos

557 *Ibid.*

558 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Processo Administrativo Nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro Mauricio Bandeira Maia.

559 Cf. Ibid.

da complexidade da intervenção em *design* de produto tratados adiante nesse artigo:

> Além do mais, como esse mercado vem se alterando periodicamente, fato esse constatado pelas significativas mudanças ocorridas no *layout* da página Google ao longo dos anos, o CADE estaria impondo uma estagnação a esse *design* por meio de um remédio (sabe-se lá para qual doença), o que criaria incentivos à cessação da inovação por parte do Google, sob pena de descumprir a providência determinada pelo CADE. Por outro lado, caso ele promovesse novas alterações em seu produto, teria que consultar o Conselho sobre a adequação desse produto à nova realidade mercadológica, bem como ao remédio porventura imposto, levando o CADE a atuar como co-desenvolvedor da plataforma, *expertise* essa certamente fora de sua atribuição precípua. (...)
> Diante desse cenário, entendo uma possível intervenção da autoridade antitruste brasileira poderia distorcer o funcionamento de um mercado tão dinâmico e complexo como é o segmento de tecnologia.

Nesse excerto, o Conselheiro Bandeira Maia pondera a ineficiência e também os desafios práticos de impor um remédio que envolva uma intervenção sobre o produto final de uma empresa, e, ao mesmo tempo, os riscos de uma intervenção acentuada em um mercado dinâmico e complexo.

No direito concorrencial europeu, o tema do *design* de produto historicamente recebeu tratamento semelhante, no sentido de uma atitude de intervenção mínima sobre *design* de produto ou modelo de negócios. De fato, até meados dos anos 2000, eram raros os casos em que a Comissão Europeia ("EC") analisava questões desse tipo.[560]

560 Cf. COLOMO, Pablo Ibáñez; KALINTIRI, Andriani, The Evolution of EU Antitrust Policy: 1966–2017, The Modern Law Review, v. 83, n. 2, p. 321–372, 2020.

De maneira geral, a *European Court of Justice* ("ECJ") entende que os artigos 101 e 102 do *Treaty on the Functioning of the European Union* ("TFEU"), que definem as infrações concorrenciais na União Europeia, minimizam o papel do *enforcement* antitruste em escolhas de empresas relacionadas a *design* de produtos ou modelos de negócio[561] - tratando-os, portanto, de maneira diferenciada em comparação a casos de condutas de distribuição. Isso se reflete diretamente no estabelecimento de padrões de prova mais restritivos.

Partindo do reconhecimento de que aspectos pró-competitivos do *design* de produto podem estar intrinsecamente conectados a restrições à concorrência, a jurisprudência da ECJ estabelece que, de maneira geral, uma proibição *prima facie* somente se dará quando não houver qualquer propósito plausível para a adoção de certo *design* ou modelo de negócio que não a restrição à concorrência. Em outras palavras, se houver demonstração suficiente de que a restrição é capaz de produzir efeitos pró-competitivos, e que não seriam manifestados na ausência de restrições, a conduta será considerada *prima facie* lícita nos termos dos artigos 101 e 102 do TFEU.[562]

2.2 *DESIGN* DE PRODUTO: INOVAÇÃO, REMÉDIOS E O *ERROR COST FRAMEWORK*

Há pelo menos três fatores que explicam a continência de autoridades concorrenciais em interferir em casos envolvendo *design* de produtos: (i) a consideração da inovação como elemento de concorrência pelo mérito; (ii) a dificuldade da implementação e monitoramento de remédios e (iii) considerações de custo do erro. Esses três fatores foram explicitamente ponderados, por exemplo, na

561 Cf. COLOMO, Product Design and Business Models in EU Antitrust Law. p. 6
562 Cf. *Ibid*. p. 24

decisão de arquivamento da investigação contra o Google Shopping pelo CADE.[563]

Em primeiro lugar, há uma relação intrínseca entre a defesa de um ambiente de competitividade robusta e a proteção à inovação. Na realidade, há virtual consenso na teoria econômica de que as vantagens econômicas promovidas pela inovação são maiores e mais importantes para o processo competitivo do que a mera intensificação da concorrência por preço.[564] Essa ideia originou-se a partir da influente obra de Joseph Schumpeter sobre o conceito de 'destruição criativa',[565] que criticava paradigmas neoclássicos excessivamente baseados na relação entre preços e custos, pressupondo produtos estáticos sem contabilizar o fenômeno da inovação – nesse contexto, Schumpeter sugeriu que era a inovação tecnológica, e não preços competitivos, que impulsionava o desenvolvimento econômico.

Portanto, o *enforcement* antitruste naturalmente preza pela proteção à inovação e, nas palavras de Luis Fernando Schuartz, a considera "geralmente pró-competitiva e, do ponto de vista normativo, quase sempre lícita".[566] Decisões inovadoras de *design* de produto, nesse contexto, são em geral consideradas por autoridades antitruste como parte constitutiva da 'concorrência pelo mérito', i.e., do conjunto de condutas e estratégias competitivas lícitas que podem ser tomadas por *players* para obter posição de destaque em dado mercado – mesmo que impliquem na saída de concorrentes ou em restrições à entrada e crescimento de rivais.

Note-se que ideia relacionada é reconhecida expressamente na legislação brasileira, na medida em que o art. 36, § 1º da Lei 12.529/11 dispõe que "a conquista de mercado resultante de processo natural

563 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

564 Cf. HOVENKAMP, Herbert, Restraints on Innovation, Cardozo Law Review, 2007. p.253-254

565 SCHUMPETER, Joséph A., Capitalismo, socialismo e democracia, 1ª edição. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

566 SCHUARTZ, Luis Fernando, Parecer "Inovação e Condutas Excludentes", *in*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto (Orgs.), Evolução do Antitruste no Brasil, São Paulo: Editora Singular, 2018. p. 557

fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores" não caracteriza ilícito concorrencial. A introdução de inovações, portanto, pode consistir em oferta de um produto mais eficiente, que incremente o bem-estar dos consumidores, e, naturalmente, resulte em relevante conquista de mercado por parte da empresa inovadora por ter vencido seus rivais 'no mérito' ou, nos termos do paradigmático caso americano *Verizon Comm. v. Law Offices of Trinko* "as a consequence of a superior product [or] business acumen"[567]. O fato de concorrentes serem prejudicados em uma situação assim não requer atuação interventora da autoridade concorrencial, ao contrário, denota um mercado com robusta competitividade.

Mesmo eventuais lucros supracompetitivos da empresa inovadora não devem ser tomados como indicativos de preocupação concorrencial ou dano ao consumidor. A decisão por inovar, por parte de uma empresa, é motivada pela perspectiva de obter lucros. Se a inovação for bem-sucedida, i.e., se for efetivamente bem recebida pelos consumidores – é esperado que os preços no curto prazo sejam mais altos que os custos. Nas palavras de Hovenkamp, "depriving firms of these gains, whether by antitrust or some other means, reduces or even eliminates the incentive to innovate".[568]

Em segundo lugar, a forma de intervenção em si é também um fator que explica a hesitação das autoridades em intervir em casos envolvendo inovações e *design* de produto. O desenho de remédios que envolvam condutas de mercados de múltiplos lados ou plataformas digitais – mercados que costumam apresentar alto nível de inovação – por exemplo, é uma tarefa complexa e tendente a erros por parte da autoridade, haja vista o fato de que diversas intervenções foram ineficazes ou prejudiciais no passado recente.[569]

567 ESTADOS UNIDOS. United States Court of Appeals for the Second Circuit. Verizon Comm. v. Law Offices of Trinko. Disponível em: https://casetext.com/case/verizon-communications-inc-v-law-offices-of-trinko acesso em: 5 fev. 2024.

568 HOVENKAMP, Antitrust and the Design of Production. p. 1157..

569 Cf. LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario S, Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation, Journal of

De maneira geral, os tipos de remédios aplicados para intervir sobre produtos ou serviços concorrencialmente problemáticos tendem a ser mais intrusivos e abrangentes sobre as atividades de uma empresa do que em casos envolvendo condutas de distribuição. Por exemplo, ao passo que uma conduta de acordos de exclusividade pode ser efetivamente remediada com uma simples vedação ou limitação de abrangência a esse tipo de contrato, uma conduta de *design* de produto exclusionário pode implicar na necessidade de desenvolver produtos ou modelos de negócio alternativos.[570]

Nesse contexto, em muitos casos – principalmente casos recentes envolvendo plataformas e ecossistemas digitais – a conduta investigada será retratada como uma recusa de contratar, caso alguma empresa incumbente oferte um produto que não permite interoperabilidade com outros de concorrentes, por exemplo.

Nesses casos, mesmo que a imposição de obrigação de contratar – ou do *redesign* de um produto para viabilizar sua interoperabilidade – seja juridicamente possível[571], trata-se de um remédio de complexa implementação por diversos motivos. O principal deles é que a implementação desse tipo de remédio obriga a autoridade a tomar decisões mercadológicas para as quais não tem *expertise*. Remédios que estabelecem uma obrigação de contratar ou especificamente uma obrigação de interoperabilidade envolvem decisões complexas de engenharia, precificação e termos e condições de acesso. Na melhor das hipóteses, o desenvolvimento do produto alternativo ou operacionalização do modelo de negócios ajustado pode levar tempo, atrasando a efetividade do remédio, e, na pior, a estrutura de incentivos nos mercados envolvidos pode ser distorcida, criando insegurança jurídica[572] e, possivelmente, resultando em um produto

Competition Law & Economics, v. 18, n. 3, p. 613–669, 2022. p. 614-617.

570 COLOMO, Product Design and Business Models in EU Antitrust Law. p. 14.

571 No caso do Brasil, análise nesse sentido foi feita por GONÇALVES, Priscila Brolio, A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro, Tese de Mestrado, Universidade de São Paulo, 2008.

572 Vide análise da implementação da obrigação de interoperabilidade da AT&T nos Estados Unidos em HURWITZ, Gus, Digital Duty to Deal, Data Portability, and

de pior qualidade. Ou seja, o remédio pode ser ineficaz e resultar em consequências não almejadas pela autoridade concorrencial na medida em que é possível que não haja demanda para o produto problemático depois do *redesign*.[573]

O terceiro fator para cautela em casos envolvendo produtos inovadores é o fato de que os custos e a probabilidade de uma decisão de condenação equivocada sobre uma conduta de *design* de produto são consideravelmente altos. De fato, segundo diversos autores,[574] esse é o principal fator a ser considerado ao estruturar uma política de *enforcement* ou decidir casos concretos em mercados inovadores. Portanto, na próxima seção, será apresentada reflexão detida sobre a aplicação do chamado *error cost framework* no direito antitruste e, especificamente, as perspectivas para aplicação desse *framework* a condutas de inovação.

3. CUSTOS DO ERRO NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

Em 1984, o jurista associado a Universidade de Chicago Frank Easterbrook publicou o influente artigo *The Limits of Antitrust.*[575] Nele, Easterbrook refletiu sobre os limites do *enforcement* antitruste para coibir males sociais e econômico e, mais especificamente, sobre a pertinência de uma política de defesa da concorrência mais restritiva (ou menos interventiva).

Interoperability, The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy, v. 28, 2020. pp. 1037-1039.

573 Foi o que ocorreu como resultado do caso Microsoft Corp. v. Commission (2007; T-201/04), em que a Comissão Europeia obrigou a Microsoft a oferecer uma versão de seu sistema operacional que não contivesse o Windows Media Player, após acusações de venda casada. O remédio foi ineficaz uma vez que não havia demanda para o produto criado pela Comissão Europeia. Vide: COLOMO, Product Design and Business Models in EU Antitrust Law. p. 15.

574 Vide: MANNE; WRIGHT, Innovation and the Limits of Antitrust; MANNE, Geoffrey A., Error Costs in Digital Markets, 2020; SCHUARTZ, Parecer "Inovação e Condutas Excludentes".

575 EASTERBROOK, Frank H., The Limits of Antitrust, University of Chicago Law Occasional Paper, v. No. 21, 1985.

O autor partiu da seguinte premissa: um mercado considerado competitivo não é necessariamente aquele que apresenta maior rivalidade entre pequenos *players* atomizados, pois, muitas vezes, mercados competitivos apresentam considerável grau de cooperação.[576] Um juiz decidindo em um caso concreto pode não ter clareza sobre qual o grau de cooperação e rivalidade que produz um mercado mais competitivo.[577]

É nesse contexto que o juiz – ou qualquer autoridade que esteja na posição equivalente de decidir casos concretos – se defronta com uma questão comum a qualquer processo decisório em que há incerteza sobre as consequências: para além de previsões sobre a probabilidade de acerto ou erro, considerações de custo do erro.

Tomando um exemplo didático proposto por Hovenkamp,[578] se uma motorista de um carro está parada na frente do trilho do trem, e ouve o trem chegando, ela deve tomar uma decisão: ficar e esperar o trem passar, ou atravessar antes de o trem chegar. Ela tomará essa decisão com base em uma previsão sobre a probabilidade de conseguir atravessar sem ser interceptada pelo trem. Porém, essa previsão pode estar errada. Se for igual a chance de errar por superestimar ou subestimar a velocidade do trem, considerações sobre o custo do erro são essenciais. Pois caso ela superestime a velocidade do trem e, por isso, decida esperar o trem passar, o custo será de alguns minutos de espera. Mas, caso ela subestime a velocidade do trem e decida atravessar, o custo será, no mínimo, o carro, e provavelmente sua própria vida e a de outros passageiros.

Uma decisão em um caso concreto no contexto do direito concorrencial, seja a aprovação de um ato de concentração ou eventual condenação de uma conduta, enfrenta problema similar – ainda que menos dramático. A possibilidade de erro é especialmente latente no antitruste devido a frequente incerteza sobre os efeitos futuros de

576 Cf. *Ibid*. p. 1-2

577 Cf. *Ibid*.

578 Cf. HOVENKAMP, Herbert, Antitrust Error Costs, University of Pennsylvania Journal of Business Law, p. 293, 2022. p. 293

certa conduta comercial (ainda mais se tal conduta é inovadora, como se discutirá mais adiante), e também a limitações epistemológicas de teoria econômica em qualquer dado período de tempo.[579]

Portanto, é possível – e, no caso do antitruste, relativamente provável – que uma autoridade erre por ser excessivamente restritiva ou permissiva. Em outras palavras, ao analisar os riscos de erro de uma decisão de uma autoridade antitruste em um caso concreto, há um *tradeoff* entre a possibilidade de erros de Tipo I – i.e., a condenação equivocada de condutas pró-competitivas – e de Tipo II – i.e., a isenção equivocada de condutas anticompetitivas. Segundo Hovenkamp, essa preocupação no contexto do antitruste é antiga e estruturante. [580] É a partir dela que se formam presunções e padrões de prova desde o advento da matéria.

Na sua formulação influente do *error cost framework*, Frank Easterbrook argumentava que "judicial errors that tolerate baleful practices are self-correcting, while erroneous condemnations are not".[581] Em seu argumento, erros de Tipo I seriam especialmente prejudiciais uma vez que podem ter o efeito de provocar desincentivos à empresa condenada, bem como seus rivais, a praticar outras condutas pró-competitivas similares. Esse desincentivo provavelmente se estenderia indefinidamente, ou até que houvesse alguma reversão na decisão ou jurisprudência. Por outro lado, embora erros de Tipo II permitam a continuidade de uma conduta anticompetitiva e seja possível que resultem em um reforço de posição dominante com altos preços e redução de *output*, ao longo do tempo, essas condições de mercado atrairiam novos entrantes e concorrentes que eventualmente contestariam o infrator e restaurariam condições de concorrência. Ou seja, o próprio processo de concorrência de livre mercado tenderia

579 Cf. DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael, Antitrust Error, William & Mary Law Review, v. 52, n. 1, p. 75, 2010. P. 79.

580 Cf. HOVENKAMP, Antitrust Error Costs. p. 294

581 EASTERBROOK, The Limits of Antitrust. p. 2.

a contestar a posição dominante da firma infratora e naturalmente eliminar distorções.[582]

Nesse contexto, o objetivo da política de defesa da concorrência deve ser minimizar os custos de erro e, para tanto, Easterbrook propôs cinco filtros para decisões, todos no sentido de restringir a responsabilização de empresas acusadas por condutas anticompetitivas, em linha com o entendimento de que erros de Tipo I são mais custosos que erros de Tipo II. São eles: (i) avaliar se o réu possui poder de mercado, pois, caso contrário, é improvável que a conduta questionada crie prejuízo anticompetitivo e não deve ser condenada; (ii) analisar se a conduta questionada aumentaria os lucros do réu ao reduzir a concorrência; (iii) para práticas verticais, verificar se a maioria das empresas na no mercado relevante utilizam as mesmas restrições verticais, pois resultados potencialmente anticompetitivos dessas restrições dependeriam da uniformidade da prática; (iv) analisar se o *output* do réu está diminuindo, uma vez que isso demonstraria que a prática está aumentando o poder de mercado desse *player* e (v) verificar se o denunciante é um cliente ou um concorrente do réu, pois concorrentes são prejudicados quando a conduta do réu lhe confere uma vantagem de custo ou qualidade, o que atrairia denúncias oportunistas.[583]

De fato, nos Estados Unidos, diversas decisões da Suprema Corte e documentos de *soft law* foram influenciados por Easterbrook, ao reconhecer altos custos em caso de decisão de falso positivo e efetivamente limitar a responsabilização de empresas investigadas.[584] Essa orientação é influente, inclusive, na atual composição da Suprema Corte Americana. Por exemplo, em manifestação oral no contexto do caso *Ohio v. American Express,* em 2018, o juiz Neil Gorsuch questionou "why shouldn't we take Judge Easterbrook's admonition seriously, that

582 Cf. WRIGHT, Joshua D. *et al,* Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust, George Mason Law & Economics Research Paper, v. No. 18-29, 2018. p. 12

583 Cf. EASTERBROOK, The Limits of Antitrust. P. 17-38

584 Cf. HOVENKAMP, Antitrust Error Costs. P. 295-298

judicial errors are a lot harder to correct than an occasional monopoly where you can hope and assume that the market will eventually correct it?" [585]

No entanto, a literatura mais recente contesta diversas premissas da formulação original de Easterbrook. Devlin e Jacobs[586] apresentam três importantes objeções ao *enforcement* norte-americano em favor de erros de Tipo II. Em primeiro lugar, não é correta a presunção que erros de Tipo I e Tipo II sejam uniformes, tanto em termos de magnitude quanto probabilidade. Em segundo lugar, erros não ocorrem com a mesma frequência para todas as condutas, principalmente considerando condutas unilaterais. E, por fim, a ideia de que erros de Tipo II são sempre preferíveis a erros de Tipo I não é suficientemente fundamentada. De fato, Hovenkamp demonstra que tais premissas são disputadas e já vinham sendo abandonadas desde os anos 80 entre economistas.[587]

A essência da crítica de Devlin e Jacobs, portanto, está na generalização da preferência por erros de falso negativo. Crucialmente, argumentam que a percepção de Easterbrook em favor de erros de Tipo II não era objetiva ou universal, mas, ao contrário, era informada pela perspectiva da experiência tipicamente norte-americana sobre a economia e processo de mercado, mais que pela teoria econômica. Para exemplificar esse ponto, indicam que a mesma conclusão (i.e., o viés contra erros de Tipo I) não foi reproduzida em outras jurisdições, e.g. África do Sul e União Europeia, como foi nos Estados Unidos.[588]

Outra crítica importante ao viés proposto por Easterbrook se refere a veracidade de uma premissa fática que o justifica, i.e., o fato que o mercado corrigirá as distorções de uma conduta anticompetitiva de maneira mais rápida ou eficiente que o sistema jurídico corrigirá as distorções de uma condenação ou proibição errônea de uma conduta

585 *Ibid*, p. 297

586 Cf. DEVLIN; JACOBS, Antitrust Error. pp. 79-80

587 Cf. HOVENKAMP, Antitrust Error Costs. p. 299

588 Cf. DEVLIN; JACOBS, Antitrust Error. p 99-100.

pró-competitiva. Devlin e Jacobs admitem que essa premissa pode ser verdadeira em algumas situações, mas não em todas.[589]

Nesse contexto, indicam casos em que decisões condenando empresas infratoras tardiamente falharam em ocasionar uma melhora das condições concorrenciais. Concluem, então, que se uma intervenção tardia não foi capaz de produzir o efeito de auto-correção previsto por Easterbrook, quanto menos será capaz o mercado sozinho, sem qualquer intervenção.[590] Jonathan Baker faz uma crítica no mesmo sentido, dizendo que evidências econômicas mostram que novas entradas não endereçam o problema do poder de mercado de uma maneira tão eficaz ou frequente quanto proposto por Easterbrook.[591]

Ainda, Devlin e Jacobs argumentam que o Judiciário norte-americano tem instrumentos para corrigir precedentes errôneos, e que o *stare decisis* nos Estados Unidos tem um peso relativamente fraco em questões antitruste.[592] No mesmo sentido, Hovenkamp ensina que, desde a década de 1980, já era claro que o Judiciário era capaz de corrigir erros judiciais de *over-enforcement* ao modificar o escopo de decisões para refletir mudanças de entendimento, mesmo sem violar o *stare decisis*.[593] Outros autores apontam que muitos precedentes incorretos prevaleceram por muitos anos antes de serem formalmente revistos, e que, portanto, a revisão desses precedentes é incerta e, no mínimo, demorada.[594] Devlin e Jacobs, por sua vez, listam diversas orientações jurisprudenciais que, se não foram formalmente revistas, foram contornadas na prática e não são mais aplicadas da maneira que foram originalmente formuladas.[595]

589 Cf. *Ibid*. p. 98-99.

590 Cf. *Ibid*. p. 98-99.

591 Cf. BAKER, Jonathan B., Taking the Error Out of "Error Cost" Analysis: What's Wrong with Antitrust's Right, Antitrust Law Journal, v. 80, n. 1, p. 1–38, 2015. p. 9-10.

592 Cf. DEVLIN; JACOBS, Antitrust Error.

593 Cf. HOVENKAMP, Antitrust Error Costs. P. 299.

594 Cf. MANNE, Error Costs in Digital Markets. p. 64-65

595 Cf. DEVLIN; JACOBS, Antitrust Error. p. 99

Esses autores também ponderam que um *framework* que leve em conta os custos do erro deve também levar em conta a probabilidade do erro.[596] Em sua visão, quanto maior for a incerteza associada, maior a necessidade de padrões de decisão enviesados em favor de erros de Tipo I ou de Tipo II, a depender do caso. Isso porque uma análise detalhada e longa de uma conduta sobre a qual há grande incerteza envolveria altos custos (em termos de tempo e recursos da autoridade), e ganhos limitados, ainda mais considerando que a custosa decisão final ainda teria considerável probabilidade de estar equivocada. Análises detalhadas de regra da razão, nesse contexto, são preferíveis quando há menor risco de erro[597] e quando for possível produzir informações decisivas com um custo de *enforcement*, (i.e., custos atrelados a obtenção de uma decisão fundamentada) razoável.[598]

Pela breve revisão apresentada acima do debate acadêmico atual sobre o *error cost framework*, sobretudo nos Estados Unidos, é possível notar que o paradigma de Easterbrook tem sido bastante disputado. No entanto, isso não significa que a política de defesa da concorrência não mais precisa se preocupar com uma probabilidade alta de erros e com seus custos. O direito da concorrência ainda sofre limitações inerentes decorrentes das dificuldades na obtenção de informações sobre casos concretos, do fato de que muitas condutas são complexas e comportam múltiplas explicações, dos limites da teoria econômica e da necessidade de tomar decisões preditivas.[599]

Nesse contexto, o objetivo geral do argumento de Easterbrook, i.e., de que é necessário minimizar os custos do erro do *enforcement*

596 Cf. *Ibid.* p. 103

597 Por outro lado, quando há nível elevado de certeza sobre os efeitos de determinada conduta, criam-se presunções como a ilicitude *per se* ou por objeto. No caso de cartéis de preço, por exemplo, presume-se que há poder de mercado e efeitos anticompetitivos com a mera constatação da existência de acordo entre concorrentes, pois presume-se que a conduta resultará em efeitos anticompetitivos. Ou seja, que o risco de erro em uma condenação de cartel é muito baixo. Uma presunção desse tipo também reduz significativamente custos de *enforcement*. Cf. HOVENKAMP, Antitrust Presumptions for Digital Platforms. p. 10

598 Cf. DEVLIN; JACOBS, Antitrust Error. p. 103

599 Cf. HOVENKAMP, Antitrust Presumptions for Digital Platforms. P. 1

antitruste para maximizar a eficácia da política de defesa da concorrência, se mantém pertinente e fundamental. Como resumido por Lambert:

> But antitrust remains an inherently limited enterprise, and Easterbrook's overarching prescription for maximizing welfare in light of those limits-craft policies to minimize the sum of error and decision costs-remains as wise as ever. Easterbrook's instruction on the incommensurate harms from Type I versus Type II errors has fared less well. The claim that false convictions are systematically worse than false acquittals is too categorical.[600]

De fato, as críticas acima, de maneira geral, questionam a regra guarda-chuva proposta por Easterbrook sobre a preferência por erros de Tipo II em vez de Tipo I, e não o *error cost framework* como um todo. Mas ainda é necessário levar em consideração os custos do erro. Como isso deve se refletir na prática do *enforcement* antitruste deve ser analisado caso a caso, i.e., conduta por conduta e, inclusive, mercado por mercado.

Ou seja, refletindo a discussão exposta acima, para delimitação de um padrão de análise considerando custos do erro em cada tipo de caso, pelo menos quatro elementos devem ser ponderados: (i) a probabilidade de erro, (ii) o custo do *enforcement*, (iii) o custo de eventual erro falso positivo, e (iv) o custo de eventual erro falso negativo. Nas situações em que forem verdadeiras as premissas de Easterbrook referentes a esses parâmetros, de fato, será apropriado adotar vieses anti-*enforcement*. Por outro lado, em situações que houver fundada convicção que erros de falso negativo serão mais custosos, talvez seja o caso de adotar vieses pró-*enforcement*.[601] Ainda, em situações em que

600 LAMBERT, Thomas, The Limits of Antitrust in the 21st Century, University of Kansas Law Review, v. 68, n. 5, p. 1097–1132, 2020. p. 1106

601 Cf. HOVENKAMP, Antitrust Error Costs. p. 298.

houver baixa probabilidade de erro e/ou não for claro se erros de Tipo I ou II serão mais custosos, não será conveniente adotar nenhum viés para a decisão.[602]

4. UMA APLICAÇÃO DO *FRAMEWORK* PARA CONDUTAS DE *DESIGN* DE PRODUTO

A exposição acima serve de baliza para considerar a aplicação do *error cost framework* para a análise antitruste de condutas de *design* de produto. Como indicado na seção 2, considerações de custo do erro levam a necessidade de cautela, na forma de vieses contra erros de falso positivo, em intervenções de autoridades antitruste nesse tipo de conduta, pois (i) há alta probabilidade de erro, (ii) são altos os custos de *enforcement* para reduzir a probabilidade de erro, (iii) são altos os custos de condenações indevidas e (iv) custos de falso negativo são mitigados.

4.1 PROBABILIDADE DE ERRO E CUSTOS DE *ENFORCEMENT*

Primeiramente, a chance de decisões equivocadas – sejam de Tipo I ou Tipo II – em condutas envolvendo *design* de produtos inovadores são mais altas que condutas de distribuição. Isso se deve, por um lado, pela frequente falta de parâmetros de análise consolidados para condutas inovadoras, o que se deve ao fato de que a ciência econômica ainda não conta com evidências empíricas e teorias sistemáticas suficientes para compreender a relação entre concorrência e inovação, em comparação a teorias sobre formas de concorrência mais tradicionais.[603] Easterbrook e outros autores contemporâneos ponderam que a falta de parâmetros costuma dar margem para a "tradição da inospitalidade do antitruste", i.e., a tendência de julgadores analisarem com suspeição todas as condutas

602 Cf. HOVENKAMP, Antitrust Presumptions for Digital Platforms. p. 16

603 MANNE; WRIGHT, Innovation and the Limits of Antitrust. p. 23.

que não conseguem compreender, e considerarem-nas perigosas e anticompetitivas[604] - o que aumenta a probabilidade de erros na medida que pode resultar em condenações infundadas de práticas pró-competitivas.

Por outro lado, a complexidade inerente à análise de decisões comerciais ou de engenharia dos produtos de uma empresa também contribui para uma probabilidade maior de erros. Segundo Schuartz, na medida que a análise desse tipo de caso envolve a reconstrução da racionalidade econômica da empresa investigada ao adotar decisões de *design*, "isto requer, das autoridades, que se coloquem na posição do autor da conduta para refazer, *ex post*, o juízo prospectivo e *ex ante* sobre as condições de racionalidade da conduta e suas possíveis justificações".[605]

A dificuldade em compreender e mensurar efeitos anticompetitivos e justificativas econômicas do *design* de produtos é ainda intensificada em mercados de alta inovação, como os chamados mercados digitais, em que a concorrência ocorre a partir de uma lógica dinâmica, com a introdução constante de novos produtos e modelos de negócio diferenciados.

Particularmente, novas práticas ou produtos que sejam amplamente recebidos por consumidores, mas ao mesmo tempo excluam rivais, podem não ser imediatamente explicáveis em termos de racionalidade econômica.[606] A compreensão da concorrência como um processo dinâmico de tentativa e erro, em que cada novo empreendimento e inovação consiste em uma tentativa de identificar e atender preferências de consumidores, revela que um *design* de produto bem-sucedido é simplesmente aquele que confere vantagens mercadológicas a seu idealizador – seja na forma de *market shares*

604 Cf. *Ibid*.; EASTERBROOK, The Limits of Antitrust. p. 4-5.

605 SCHUARTZ, Parecer "Inovação e Condutas Excludentes". p. 556.

606 Cf. MANNE, Error Costs in Digital Markets. p. 77.

mais altos, aquisição maior de usuários em efeitos de rede ou lucros superiores.[607]

Ou seja, é possível que nem a teoria econômica, nem os próprios empreendedores saibam explicar detalhadamente o motivo pelo qual a introdução de um novo produto é bem-sucedida – se por motivos de aumento de eficiência ou exclusão anticompetitiva de rivais. Easterbrook argumentava que empreendedores tentam diversas práticas e produtos diferentes, procurando um que "funcione" e, quanto isso ocorre, eles não necessariamente sabem explicar por que funciona – se por motivos de eficiência superior ou mera exclusão de rivais. E muitas vezes, economistas demoram anos para compreender os motivos pelos quais certas práticas comerciais são bem-sucedidas – e distinguir se, afinal, isso se deve à maior eficiência ou à exclusão.[608]

Implicação disso é que, em muitas situações, não haverá informações suficientes para apurar eficiências da introdução de novos produtos ou alterações de aspectos de produtos existentes ofertados por plataformas digitais – principalmente quando não houver dados sobre os efeitos da inovação ao longo do tempo. Nessas situações, as autoridades concorrenciais podem se ver diante de um *trade off* entre a restrição visível da concorrência (na forma de aumento de custos de rivais ou até saídas de *players*) e benefícios ao bem-estar do consumidor que podem não estar claros em um primeiro momento.

Essas situações ambíguas serão frequentes em mercados digitais pois, conforme ensina a literatura econômica sobre plataformas digitais, a otimização do serviço de uma plataforma muitas vezes envolve a imposição de dificuldades ou restrições à concorrência.[609] Por exemplo, uma plataforma na forma de *marketplace* digital (como uma *app store*) pode ter incentivos para filtrar *apps* de baixa qualidade ou que representem um risco de segurança – e isso será pró-competitivo na

607 HAYEK, Friedrich A. Von, The Meaning of Competition, *in*: Individualism and Economic Order, 1ª edição. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

608 Cf. EASTERBROOK, Frank, On Identifying Exclusionary Conduct, Notre Dame Law Review., vol. 61, 1986, p. 972 apud: MANNE, Error Costs in Digital Markets. p. 77.

609 Cf. KAISER, Hanno F., Are 'Closed Systems' an Antitrust Problem?, Competition Policy International, v. 7, n. 1, 2011.

medida que o consumidor receberá serviços melhores da plataforma por isso, eventualmente aumentando seu consumo no *marketplace*, o que beneficia indiretamente outros desenvolvedores de *apps*.

Ainda, a análise competitiva de condutas de inovação, em mercados inovadores, frequentemente demanda uma análise de concorrência dinâmica, mas a teoria econômica para esse tipo de análise complexa ainda não é tão desenvolvida e estabelecida quanto as ferramentas de análise concorrencial estática.[610] No caso de muitos mercados intensivos em tecnologia, por exemplo, a presença simultânea de diversas empresas concorrendo entre si com baixos *market shares* – conforme dita o modelo neoclássico de concorrência perfeita – simplesmente não pode persistir por aspectos inerentes à dinâmica do mercado.[611]

Isso porque a concorrência entre plataformas frequentemente envolve uma série de disputas em que o "vencedor" se tornará líder de mercado, com um período de altos *market shares* e eventualmente lucros supracompetitivos. No entanto, não há nada inerentemente anticompetitivo nesse tipo de dinâmica "*winner takes all*". Pelo contrário, é o que se espera, por exemplo, em indústrias que envolvem patentes ou a construção de redes de usuários, uma vez que a obtenção da posição de liderança e a expectativa de altos lucros, como visto na seção 2, são incentivos cruciais para o desenvolvimento de produtos tecnológicos inovadores.

Essa dinâmica, de "corridas" pelo mercado e lideranças "sequenciais" não implica na inexistência de concorrência nesses mercados. A concorrência pode não ocorrer de maneira robusta *simultaneamente*, em uma análise estática, mas uma análise dinâmica

610 Cf. MANNE; WRIGHT, Innovation and the Limits of Antitrust. p. 21. Por análise concorrencial estática, referimo-nos a certo tipo de análise econômica focada em preços e *output,* baseada no modelo de concorrência perfeita na forma de estruturas de mercado em equilíbrio maximizador de bem-estar. Cf. EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard, Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries, Innovation Policy and the Economy, v. 2, p. 1–49, 2002. p. 13.

611 EVANS; SCHMALENSEE, Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries. p. 14.

revela que ocorre *sequencialmente*.[612] Ou seja, a presença de constante inovação frequentemente provoca mudanças drásticas no panorama competitivo em curtos períodos, com eventuais ascensões rápidas de *players* entrantes, inclusive tomando mercado de incumbentes anteriormente considerados bem estabelecidos. Diversos eventos nesse sentido foram observados na história recente de mercados digitais ou intensivos em tecnologia.[613]

O processo de concorrência sequencial impulsionado pelo *design* de produto, como ocorre em mercados de plataformas digitais, é sintetizado de maneira bastante precisa por Sidak e Teece:

> With dynamic competition, new entrants and incumbents alike engage in new product and process development and other adjustments to change. [...] Firms continuously introduce product innovations, and from time to time, dominant designs emerge. With innovation, the number of new entrants explodes, but once dominant designs emerge, implosions are likely, and markets become more concentrated. With dynamic competition, innovation and competition are tightly linked.614

Evidentemente, esse tipo de consideração – por vezes essencial para a compreensão de mercados inovadores, e condutas de *players* inovadores – adiciona uma complexidade importante para a análise antitruste. A falta de padrões de análise estabelecidos pela

612 Principalmente em mercados que não apresentam *multihoming* e/ou diferenciação relevante de produtos.

613 Vide análise do caso da Microsoft em MANNE, Geoffrey A.; AUER, Dirk, Antitrust Dystopia and Antitrust Nostalgia: Alarmist Theories of Harm in Digital Markets and Their Origins, 2021. Mais recentemente, a posição de redes sociais como Facebook e Instagram tem sido contestada agressivamente pela ascensão do Tiktok, vide NEWPORT, Cal, TikTok and the Fall of the Social-Media Giants, The New Yorker, 2022. Disponível em: https://www.newyorker.com/culture/cultural-comment/tiktok-and-the-fall-of-the-social-media-giants Acesso: 5 fev. 2024.

614 SIDAK, J. Gregory; TEECE, David, Dynamic Competition in Antitrust Law, Journal of Competition Law and Economics, v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009. p. 604.

literatura econômica e a dificuldade de fazer previsões precisas sobre desenvolvimentos futuros de mercados dinâmicos aumentam a probabilidade de erro em decisões em casos concretos que demandem análises de concorrência dinâmica. Mas, não só: também aumentam custos de *enforcement*

Os custos de *enforcement* se referem ao esforço da autoridade para compreender e ponderar os efeitos positivos e negativos de condutas complexas, e assim fundamentar decisões de maneira mais informada e precisa – i.e., diminuir a probabilidade de erro.[615] No entanto, esses custos também são especialmente altos em condutas que envolvem inovação, considerando as dificuldades citadas acima, bem como outros desafios técnicos que autoridades enfrentam na compreensão de questões tecnológicas ou de outras matérias especializadas envolvidas no *design* de produto.

Para além de custos na forma de gastos de recursos públicos, uma preocupação relacionada a política de defesa concorrência atrelada a altos custos de *enforcement* é a demora na conclusão de investigações. A demora para tomar decisões, por sua vez, pode tornar a adoção de remédios definitivos ineficazes, pois efeitos anticoncorrenciais já terão se consolidado ao longo dos anos de investigação, ou, caso a decisão final seja de arquivamento da investigação, a empresa investigada terá enfrentado anos de uma investigação onerosa – tanto em termos financeiros, quanto reputacionais.

Em síntese, há alta probabilidade de erros e altos custos de *enforcement* na análise de condutas de *design* de produto. Como visto na seção anterior, essas condições implicam na conveniência da adoção de presunções e vieses que simplificam a tomada de decisão. Resta analisar os custos de cada tipo de erro para ponderar vieses apropriados.

615 Cf. BECKNER, C. Frederick; SALOP, Steven C., Decision Theory and Antitrust Rules, Antitrust Law Journal, v. 67, n. 1, p. 41–76, 1999. p. 46.

4.2 CUSTOS DE ERRO DE TIPO I E TIPO II

Preliminarmente, aspectos contingentes a cada jurisdição devem ser levados em consideração ao analisar custos de erros de falso positivo ou negativo. Por exemplo, uma questão ressaltada na literatura apresentada acima é o efeito e reversibilidade de decisões equivocadas. Na formulação de Easterbrook, o fato do *stare decisis* norte-americano preservar decisões equivocadas ao longo do tempo, e dificultar sua reversão, figurava como evidência dos altos custos de erros de Tipo I em relação ao Tipo II. No entanto, outras jurisdições não contam com uma regra de *stare decisis*, o que significa que precedentes não seriam vinculantes como são nos Estados Unidos e haveria maior facilidade de abandonar ou reverter uma orientação jurisprudencial equivocada.

Ainda, muitas jurisdições – como é o caso do Brasil – têm em autoridades administrativas o principal centro decisório da política de defesa da concorrência, e a propensão dessas autoridades a seguir ou rever os próprios precedentes pode variar. Nessas jurisdições, o grau de deferência do Poder Judiciário às decisões administrativas também pode ser relevante para analisar a reversibilidade das decisões administrativas especificamente – caso o nível de deferência seja alto, será menor a chance de uma decisão equivocada da autoridade administrativa ser revertida, o que significa que a cautela da autoridade com intervenções em casos em que há relevante incerteza (envolvendo mercados dinâmicos e teorias do dano inovadoras, por exemplo) deve ser redobrada.[616] Abaixo, porém, será apresentada reflexão sobre aspectos que tendem a ser verdadeiros independentemente de contingências de cada jurisdição.

De maneira geral, efeitos perversos de uma decisão de Tipo I na avaliação de inovações são duplos. Uma decisão que condene uma inovação pró-competitiva não só estará causando desincentivos

616 Vide análise extensa sobre o tema em diversas jurisdições em JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

à propensão dos *players* a inovar, mas também estará privando consumidores dos benefícios e bem-estar que poderia ser gerado pela inovação, considerando efeitos tanto efeitos estáticos (i.e. os benefícios da inovação em si) quanto dinâmicos (i.e., a pressão competitiva que seria exercida em rivais, que se veriam pressionados a apresentar novas inovações).[617] Em contraposição a condutas de mera distribuição, em que um erro de Tipo I presumivelmente ocasionaria o aumento de preços ou restrições de produção, em casos de *design* de produto, a condenação errônea de falsos positivos poderia impedir o surgimento de produtos ou até mesmo mercados novos inteiros que aumentariam o bem-estar do consumidor.

Como visto na seção 2.2. acima, perdas em termos de inovação são potencialmente mais danosas que perdas estáticas (na forma de aumentos de preços no curto prazo, por exemplo), e estudos empíricos estabelecem com segurança que há relação positiva entre inovação e o crescimento econômico de países, sejam desenvolvidos ou em desenvolvimento[618] – o que significa, a *contrario sensu*, que desincentivos institucionais a inovação tem efeito negativo sobre o crescimento econômico de um país.

Esses prejuízos do erro, intensificados no caso de condutas que envolvem inovação, não incidem igualmente em erros de Tipo I e Tipo II. O escopo dos efeitos do erro é assimétrico. Erros de falso positivo representam uma sinalização ampla da autoridade concorrencial contra certo tipo de inovação – o que pode gerar desincentivos para inovação não só no mercado onde ocorreu a conduta, mas também em outros mercados, alastrando os custos do erro para a economia em geral.[619] Erros de falso negativo, por sua vez, embora também provoquem prejuízos, tem escopo restrito ao mercado afetado, e tendem a ser mitigados justamente pela introdução de outras

617 Cf. SCHUARTZ, Parecer "Inovação e Condutas Excludentes". p. 557.

618 ULKU, Hulya, R&D, Innovation, and Economic Growth: An Empirical Analysis. IMF Working Paper No. 2004/185, 2004. Nesse estudo, por exemplo, são considerados dados de pedidos de patente e crescimento per capita.

619 Cf. MANNE; WRIGHT, Innovation and the Limits of Antitrust. p. 24.

inovações, principalmente em situações em que a conduta de inovação anticompetitiva ocorre em mercados dinâmicos.

Nesses mercados, o elevado grau de rivalidade e inovação – por vezes impulsionado por baixas barreiras à entrada – tende a contestar eventual posição dominante do infrator, muitas vezes devido a concorrência proveniente de modelos de negócio distintos, mas que exercem pressão competitiva sobre negócios adjacentes (é o que se vê, por exemplo, na concorrência entre plataformas de mídia digital e redes sociais, como Facebook, Twitter, Tiktok e YouTube[620]). E, mesmo que a rivalidade não seja suficiente em termos de concorrência estática, a concorrência dinâmica e sequencial é intensa nesses mercados, como exposto na seção anterior.

A economia digital, particularmente, é caracterizada por mudanças bruscas e frequentes nas estruturas de mercados, devido a introdução de novas tecnologias e a relevância da diferenciação de produtos.[621] Ou seja, considerando que a variável competitiva principal nesses mercados é a inovação – sobrepondo outras variáveis tradicionais, como preço – contanto que esse aspecto seja preservado, e rivais tenham a capacidade e incentivos para seguir inovando, um erro de falso negativo que fortaleça a posição dominante de um incumbente nesse tipo de mercado poderá ter seus prejuízos mitigados ao longo do tempo. No mais, se a falta de clareza sobre danos à concorrência e ao consumidor for o motivo do arquivamento de um falso negativo, o decurso do tempo pode facilitar a produção de evidências mais claras dos aspectos deletérios da conduta – que poderá ser avaliada novamente por autoridades concorrenciais à luz de novos fatos.

Assim, na medida em que erros de Tipo I suscitarão consequências imensuráveis ao desincentivar inovação, ao passo que há elementos mitigadores para os prejuízos à concorrência de erros de Tipo II – autoridades concorrenciais estarão justificadas em apresentar

620 Cf. SOKOL, D. Daniel; MA, Jingyuan, Understanding Online Markets and Antitrust Analysis, UF Law Faculty Publications, 2017. p. 46.

621 Cf. OCDE, Competition and Innovation: A Theoretical Perspective, OECD Competition Policy Roundtable Background Note, 2023. p. 15.

viés contra o primeiro tipo de erro ao avaliar eventuais efeitos anticompetitivos do *design* de produto de plataformas digitais. Ato contínuo, a adoção de padrões de análise que imponham maior ônus para condenação a condutas que introduzam novos produtos, ainda mais caso se dê em mercados dinâmicos e inovadores, é justificada. Munidos desses padrões, condutas de inovação consideradas anticompetitivas devem ser tidas como excepcionais pelas autoridades antitruste.

5. CONCLUSÃO

As reflexões acima sobre a análise concorrencial de condutas de *design* de produto, especificamente em mercados de plataformas digitais, permitem sintetizar algumas conclusões.

Primeiro, procurou-se demonstrar que há diferenças importantes entre condutas que envolvam a distribuição de produtos *vis-a-vis* condutas que envolvam a introdução de novos produtos. Nesse contexto, a hesitação de autoridades concorrenciais em intervir particularmente em decisões de *design* de produto de empresas é justificada, pois, entre outros motivos, a condenação equivocada nesse tipo de caso pode causar efeitos especialmente perversos para a concorrência e os consumidores.

Também se estabeleceu que a prevalência e constância da introdução de inovações em mercados de plataformas digitais exige uma cautela ainda maior na análise concorrencial de *design* de produto. Especificamente, é necessário que autoridades ponderem a necessidade de uma análise de concorrência dinâmica para compreender a presença de poder de mercado, bem como redobrem o cuidado com a possibilidade de erros de Tipo I.

Tais pontos devem ser levados em consideração em casos concretos, mas não de maneira casuística. Idealmente, isso deve ocorrer a partir do desenvolvimento de melhores práticas para autoridades de defesa da concorrência na forma de filtros, testes, padrões de prova e regras processuais de distribuição de ônus da

prova. Sugestão clara nesse sentido foi feita no relatório "*Competition policy for the digital era*", produzido para a Comissão Europeia.[622]

Embora a delimitação específica dessas práticas exceda o escopo do presente artigo[623], as reflexões acima permitem concluir, no mínimo, que há bons motivos para evitar falsos positivos, o que pode ocorrer com o estabelecimento de padrões de provas restritivos, que atribuam o ônus da prova a partes reclamantes para demonstrarem de maneira convincente que a introdução ou alteração de um produto ou serviço por parte de um *player* esteja provocando danos atuais – e de difícil reversibilidade – para concorrentes e consumidores. Como discutido extensivamente, na ausência de elevado grau de certeza sobre esse ponto, será mais prudente evitar condenações, do ponto de vista de uma política racional de defesa da concorrência e da inovação.

622 Cf. MONTJOYE, Y; SCHWEITZER, H; CRÉMER, J, Competition policy for the digital era, Brussels: European Commission, Directorate-General for Competition, 2019.p. 4.

623 Proposta nesse sentido pode ser encontrada em MANNE; WRIGHT, Innovation and the Limits of Antitrust. pp. 69-77 e LAMBERT, The Limits of Antitrust in the 21st Century.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BAKER, Jonathan B. Taking the Error Out of "Error Cost" Analysis: What's Wrong with Antitrust's Right. Antitrust Law Journal, v. 80, n. 1, p. 1–38, 2015.

BECKNER, C. Frederick; SALOP, Steven C. Decision Theory and Antitrust Rules. Antitrust Law Journal, v. 67, n. 1, p. 41–76, 1999.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.).

COLOMO, Pablo Ibañez. Product Design and Business Models in EU Antitrust Law. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3925396>. Acesso em: 5 fev. 2024.

COLOMO, Pablo Ibáñez; KALINTIRI, Andriani. The Evolution of EU Antitrust Policy: 1966–2017. The Modern Law Review, v. 83, n. 2, p. 321–372, 2020.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Antitrust Error. William & Mary Law Review, v. 52, n. 1, p. 75, 2010.

EASTERBROOK, Frank H. The Limits of Antitrust. University of Chicago Law Occasional Paper, v. No. 21, 1985.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. Foremost Pro Color v. Eastman Kodak Co. Disponível em: <https://casetext.com/case/foremost-pro-color-v-eastman-kodak-co>. Acesso em: 5 fev. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. Foremost Pro Color v. Eastman Kodak Co. Disponível em:

ESTADOS UNIDOS. Federal Trade Commission. In the Matter of Google Inc. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf>. Acesso em: 5 fev. 2024.

ESTADOS UNIDOS. Supreme Court of the United States. Verizon Comm. v. Law Offices of Trinko. Disponível em: <https://casetext.com/case/verizon-communications-inc-v-law-offices-of-trinko>. Acesso em: 5 fev. 2024.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. Some Economic Aspects of Antitrust Analysis in Dynamically Competitive Industries. Innovation Policy and the Economy, v. 2, p. 1–49, 2002.

GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. text, Universidade de São Paulo, 2008. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-21102010-081507/>. Acesso em: 5 fev. 2024.

HAYEK, Friedrich A. Von. The Meaning of Competition. *In*: Individualism and Economic Order. 1ª edição. Chicago: University of Chicago Press, 1996.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and the Design of Production. Cornell Law Review, 2018. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1859>.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Error Costs. University of Pennsylvania Journal of Business Law, p. 293, 2022.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Presumptions for Digital Platforms. 2023. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=4224554>. Acesso em: 22 jan. 2024.

HOVENKAMP, Herbert. Restraints on Innovation. Cardozo Law Review, 2007. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1939>.

HURWITZ, Gus. Digital Duty to Deal, Data Portability, and Interoperability. The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy, v. 28, 2020.

JORDÃO, Eduardo. Controle judicial de administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle. São Paulo: Malheiros Editores, 2016.

KAISER, Hanno F. Are 'Closed Systems' an Antitrust Problem? Competition Policy International, v. 7, n. 1, 2011. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1844944>.

LAMBERT, Thomas. The Limits of Antitrust in the 21st Century. University of Kansas Law Review, v. 68, n. 5, p. 1097–1132, 2020.

LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario S. Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation. Journal of Competition Law & Economics, v. 18, n. 3, p. 613–669, 2022.

LOPEZ-GALDOS, Marianela. Antitrust in 60 Seconds: Antitrust and Freedom Of Design. Disruptive Competition Project. Disponível em: <https://www.project-disco.org/competition/121620-antitrust-in-60-seconds-antitrust-and-freedom-of-design/>. Acesso em: 5 fev. 2024.

MANNE, Geoffrey A. Error Costs in Digital Markets. 2020. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=3733662>. Acesso em: 5 fev. 2024.

MANNE, Geoffrey A.; AUER, Dirk. Antitrust Dystopia and Antitrust Nostalgia: Alarmist Theories of Harm in Digital Markets and

Their Origins. 2021. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=3920305>. Acesso em: 1 ago. 2022.

MANNE, Geoffrey A.; WRIGHT, Joshua D. Innovation and the Limits of Antitrust. Journal of Competition Law & Economics, v. 6, n. 1, p. 153–202, 2010.

MONTJOYE, Y; SCHWEITZER, H; CRÉMER, J. Competition policy for the digital era. [s.l.]: European Commission, Directorate-General for Competition, 2019. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>. Acesso em: 5 fev. 2024.

NEWPORT, Cal. TikTok and the Fall of the Social-Media Giants. The New Yorker, 2022. Disponível em: <https://www.newyorker.com/culture/cultural-comment/tiktok-and-the-fall-of-the-social-media-giants>. Acesso em: 1 ago. 2022.

OCDE. Competition and Innovation: A Theoretical Perspective, OECD Competition Policy Roundtable Background Note. Paris: OCDE, 2023. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-and-innovation-a-theoretical-perspective-2023.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2024.

SCHREPEL, Thibault. Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition. SMU Science and Technology Law Review, v. 21, n. 1, p. 19, 2018.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Parecer "Inovação e Condutas Excludentes". *In*: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto (Orgs.). Evolução do Antitruste no Brasil. São Paulo: Editora Singular, 2018.

SCHUMPETER, Joséph A. Capitalismo, socialismo e democracia. Trad. Luiz Antonio Oliveira De Araujo. 1ª edição. São Paulo: Editora Unesp, 2017.

SIDAK, J. Gregory; TEECE, David. Dynamic Competition in Antitrust Law. Journal of Competition Law and Economics, v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009.

SOKOL, D. Daniel; MA, Jingyuan. Understanding Online Markets and Antitrust Analysis. UF Law Faculty Publications, 2017. Disponível em: <https://scholarship.law.ufl.edu/facultypub/802>.

ULKU, Hulya. R&D, Innovation, and Economic Growth: An Empirical Analysis. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2016/12/30/R-D-Innovation-and-Economic-Growth--An-Empirical-Analysis-16927>. Acesso em: 29 jan. 2024.

WRIGHT, Joshua D.; DORSEY, Elyse; RYBNICEK, Jan; *et al*. Requiem for a Paradox: The Dubious Rise and Inevitable Fall of Hipster Antitrust. George Mason Law & Economics Research Paper, v. No. 18-29, 2018.