

COLETÂNEA DE ARTIGOS

**DIREITO
ECONÔMICO E
DEFESA
DA CONCORRÊNCIA**

— VOLUME 03 —

Coletânea de Artigos em
Defesa da Concorrência e Direito Econômico
Mercado Médico-Hospitalar e Economia Digital

Brasília
2021

Ministério da Justiça e Segurança Pública
Conselho Administrativo de Defesa Econômica

Conselho Administrativo de Defesa Econômica
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano
Cep: 70770-504 – Brasília/DF
www.cade.gov.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

C694

Brasil. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.
Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico: Mercado Médico-Hospitalar e Economia Digital/
Conselho Administrativo de Defesa Econômica. – Brasília: CADE, 2021.
v.3
262 p.

ISBN 978-65-994834-1-7

1. Defesa da Concorrência. 2. Direito Econômico. I. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

CDD 341.3787

Bibliotecária: Déborah Lins e Nóbrega

Ficha Técnica

Coordenação

*Ana Luiza Lima Mahon
Déborah Lins e Nóbrega
Edson Junio Dias de Sousa
Iara do Espírito Santo
Janine Gaspar Martins
Juliana Somogyi Cavalcante
Paulo Eduardo Silva de Oliveira*

Revisão

Janine Gaspar Martins

Colaboradores Internos

*Wandson Lucas Nascimento Siqueira
Ana Carolina de Oliveira Passos
Ana Luiza Lima Mahon
Déborah Lins e Nóbrega
Edson Junio Dias de Sousa
Iara do Espírito Santo
Janine Gaspar Martins
Juliana Somogyi Cavalcante
Luana Nunes Santana
Paulo Eduardo Silva de Oliveira
Cristina Pinheiro Castilho Portela
Adriana Azevedo Germano Rodrigues*

Edição e Planejamento Gráfico

Assessoria de Comunicação Social do Cade

Apresentação

Só há uma coisa pior do que treinar os funcionários e eles saírem; é não treiná-los e eles ficarem. Essa é uma frase, provavelmente já centenária, de Henry Ford, mas que permanece absolutamente atual e à qual sempre me recorro quando o assunto é formação de servidores e colaboradores no Cade. Qualquer organização pública ou privada precisa de bons quadros e, para tal, é fundamental preparação, estudo e dedicação.

Assim, é com grande satisfação que faço a apresentação desta Coletânea intitulada “Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico”, dividida em três volumes, de 31 excelentes artigos produzidos por nossos servidores e colaboradores a partir da parceria entre duas instituições entre as mais importantes do país. Ditos trabalhos são versões sumarizadas de textos mais longos elaborados, ao longo de 2020, em sede de Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) junto à Faculdade Getúlio Vargas (FGV) na pós-graduação in company de “Direito Econômico e Direito da Concorrência”, mas indicam não somente a primazia da instituição que os oportunizou como também a excelência técnica daqueles que tornam possível, diariamente, o essencial trabalho desenvolvido pelo Cade.

Como não é possível comentar, em detalhes, a importância e relevância dos trabalhos a serem, agora, tornados públicos e, espero, consultados, examinados e discutidos a partir do diálogo salutar com advogados, pesquisadores e servidores que deles se sirvam em sua atuação, opto por destacá-los em relação à cultura institucional que viceja entre nossos servidores e colaboradores e que considero muito bem representada nesta Coletânea.

A cultura institucional do Cade é, sobretudo, extrapolar as expectativas em geral associadas ao serviço público em nosso país por meio de uma atuação exemplar, o que somente é possível, seja enquanto instituição, seja enquanto servidor ou colaborador, quando nosso foco diário é direcionado a, amanhã, sermos melhores que hoje e, hoje, sermos melhores que ontem. Dito foco na importância dos resultados e, também, na progressiva melhora desses resultados é algo marcante no Cade e que considero a raiz de seu sucesso. Para estarmos à altura da importância de nossas atividades e tarefas, é preciso estarmos em nosso melhor, mas,

ainda mais difícil, que nosso melhor seja melhor que nosso melhor ontem.

O sucesso duradouro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), oportunizado pela relação profunda entre excelência, insatisfação com o que até ontem causava júbilo e melhoria paulatina em direção ao primor, se deve à interação franca e harmoniosa entre Cade e sociedade civil, o que resta muito bem exemplificado pela integração entre Cade e FGV presente na tessitura dos artigos subsequentemente expostos.

A concorrência só pode ser efetiva, enquanto política pública essencial ao desenvolvimento brasileiro, à medida que servidores públicos, estudiosos, advogados e empresários sejam partícipes efetivos de sua construção e possam, cada qual, expor adequadamente seu ponto de vista a respeito da livre concorrência em nosso país. Nesse sentido, como digo sempre, é uma obra que, para ser sólida, depende do trabalho de muitas mãos. E de mãos muito bem treinadas, também, em face da contribuição essencial da FGV.

Nesse sentido, é indiscutível que o Cade vem cumprindo com brilhantismo, ao longo das últimas décadas, seu papel enquanto protagonista. Como visto em estimativa recente do Departamento de Estudos Econômicos (DEE), nossas atividades resultaram em ganhos de 36 bilhões de reais em 2019, correspondendo, portanto, a 0,49% do PIB do país. Assim, em que pese termos um quadro de servidores e colaboradores relativamente pequeno, nossa importância para a sociedade brasileira é desproporcionalmente alta, o que nos traz muito orgulho, mas, também, enorme responsabilidade. Precisamos, desse modo, permanentemente nos preocupar em como podemos aprimorar e aperfeiçoar os recursos humanos e orçamentários disponíveis, com que capacitar nossas mãos continuamente, inclusive nesta Coletânea, é conduta indispensável à qual devemos e iremos recorrer.

Dita pós-graduação e, claro, a publicação por ela ensejada, ora em comento, é um desses investimentos ou recursos aos quais nos dispomos. Não é apenas um título aos servidores e colaboradores do Cade, já altamente capacitados, ou uma mera autopromoção da Autarquia enquanto órgão que empenha meios em educação e formação de seus quadros. O estudo continuado, que aqui desembocou em pesquisas de profunda maturidade, serve para

aprimorar ainda mais nossa capacidade de gerar valor para o país e sermos referência para os demais setores da sociedade brasileira, e, com isso, estarmos, progressivamente, mais preparados e aptos a cumprir com a alta relevância nacional e internacional exigida ao Cade.

Por fim, gostaria parabenizar cada um dos autores dos artigos desta Coletânea, bem como a todos que de algum modo contribuíram para sua publicação em formato de livro. Conciliar trabalho e vida pessoal com os estudos não é uma tarefa fácil, bem como não é fácil editar um livro com essa qualidade enquanto nos dividimos em outras várias atividades. Ainda assim vocês optaram por mais este desafio como, diga-se de passagem, seria esperado de todos que integram ou integraram o Cade. Desejo uma ótima leitura e que, ao final, também neste livro cumpramos a missão desta Autarquia: oportunizar melhoria, desenvolvimento e, por meio da concorrência em nosso país, um amanhã ainda melhor que o ontem e hoje.

Alexandre Barreto de Souza

Presidente do Cade

Apresentação da Fundação Getúlio Vargas (FGV)

Há pouco mais de três anos iniciamos uma parceria com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade para uma iniciativa inédita: desenvolver um programa de pós-graduação lato sensu em defesa da concorrência e direito econômico.

Sob a coordenação acadêmica do Prof. Gesner Oliveira e com a participação de diversas lideranças do Cade, inspirados pela visão do seu Presidente Alexandre Barreto, surgia um programa inovador, com o objetivo de aprimorar a qualidade técnica da atuação dos servidores do referido órgão, aumentando a segurança e celeridade na condução dos trabalhos, para obter ganhos em produtividade.

O programa na prática endereçava um desafio estratégico na gestão de pessoas do Conselho, uma vez que, apesar de contar com um quadro de servidores altamente qualificado, este é formado por profissionais de perfil heterogêneo, proveniente de diversas carreiras no setor público, com formações e experiências diversas. Adicionalmente, este quadro está, naturalmente, em constante renovação, o que reforçava a necessidade de aprofundamento teórico-técnico no campo de domínio da área finalística de atuação do órgão, para garantir a manutenção e crescimento dos seus resultados.

O conjunto de conhecimentos necessários para o desenvolvimento das atividades finalísticas do Cade, por sua vez, é bastante amplo e complexo, envolvendo temáticas relacionadas ao campo da economia, direito e da gestão e governança das empresas. Reiterando-se que o Cade é uma entidade única no contexto do setor público brasileiro.

Assim, o programa a ser desenvolvido precisava contemplar não apenas o estado da arte dos campos de domínio mencionados, aplicado à realidade específica de atuação do Cade, mas também as principais tendências internacionais, uma vez que o Conselho não conta com paradigmas locais e precisa acompanhar as melhores práticas globais para realizar sua missão a contento.

O programa co-criado com o Cade contemplou justamente este conjunto de desafios. Com 16 disciplinas desenhadas especialmente para o programa, acrescidas de um trabalho de conclusão de curso, os alunos percorreram uma trajetória de aprendizado que envolvia discussões profundas sobre a teoria econômica e do

direito aplicadas a defesa da concorrência, o estudo do ecossistema e funcionamento do Cade no contexto brasileiro e as tendências e a análise de melhores práticas globais no seu campo de atuação.

Iniciado ao final de 2018 e concluído em 2020, o programa totalizou 432 horas/aula de interação com os professores da FGV, mais incontáveis horas de auto-estudo, preparação para as discussões e elaboração dos trabalhos de conclusão. Não bastasse o desafio natural de se realizar um curso com alto grau de exigência, em período noturno, sem se afastar das atividades profissionais cotidianas, os alunos e professores tiveram de se adaptar na fase final do programa à realidade transformada pela crise da pandemia global de COVID-19, realizando as aulas das últimas disciplinas de maneira remota, viabilizadas por ferramentas tecnológicas e pelo ambiente digital de aprendizagem da FGV. Se por um lado perdeu-se o convívio acadêmico nas instalações da FGV em Brasília, os participantes experimentaram a realidade da transformação digital que marca a vida das organizações nesta segunda década do século e precisaram aprimorar sua capacidade de trabalhar em times de maneira remota e virtual e incorporar ao seu repertório novas habilidades digitais.

Todo este esforço valeu a pena. A coletânea de artigos, resultante dos melhores trabalhos de conclusão das duas turmas que cursaram o programa é um testemunho do aprendizado e evolução técnica não apenas dos premiados, que será conhecida aqui nesta publicação, mas dos 84 servidores que passaram com sucesso pelo programa.

Gostaria de parabenizar a todos eles pela conquista e agradecer ao Prof. Gesner, ao time de professores selecionados por ele e à equipe do FGV in Company, que se dedicaram com muito carinho e profissionalismo ao projeto.

Não poderia também deixar de parabenizar o Cade pela iniciativa inovadora. Sem dúvida um exemplo a ser seguido de valorização e investimento no desenvolvimento dos seus servidores, como forma de viabilizar a realização dos objetivos estratégicos e a perenidade da instituição. Manifesto aqui minha gratidão pela escolha do FGV in Company como parceiro e pela oportunidade de ter participado deste projeto.

João Lins Pereira Filho

Diretor Executivo-FGV in Company

Autores

Alessandro Guimarães Pereira

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Alexandre Bastos Peixoto

*Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio
Teixeira – Inep*

Aline Roberta Veloso Rangel

Ministério da Justiça e Segurança Pública

Ana Beatriz Rodrigues de Souza

Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel

Belmiro da Graça Soares

Ministério da Economia

Danielle Kineipp de Souza

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Franklin Magalhães Gonçalves

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Humberto Cunha dos Santos

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Jéssica Portal Maia

Ministério da Economia

Kamyle Medina Monte Rey

Casa Civil da Presidência da República

Marcelo Pacheco Bastos

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Marcus Vinícius Silveira de Sá

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Rodrigo Monteiro Ferreira

Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade

Sumário

As plataformas digitais e os dilemas da sua regulação

Ana Beatriz Rodrigues de Souza p.15

Plataformas digitais de pagamento e os desafios regulatórios

Belmiro da Graça Soares p.39

Tecnologias disruptivas e seus impactos à análise antitruste em mercados relevantes de telecomunicações e audiovisual

Alessandro Guimarães Pereira p.55

O custo da privacidade: uma abordagem jurídico-econômica sobre a regulação da proteção de dados em mercados digitais de múltiplos-lados e seus impactos

Marcus Vinicius Silveira de Sá p.81

Fixação de preço de revenda: uma “pedra no caminho” do e-commerce?

Alexandre Bastos Peixoto

Franklin Magalhães Gonçalves

Rodrigo Monteiro Ferreira p.113

Outro patamar? Dados pessoais e a análise de condutas exclusionárias no setor bancário

Marcelo Pacheco Bastos p.137

Um novo antitruste? O desafio em lidar com a concorrência dinâmica das plataformas digitais - análise do caso “Google Shopping”

Humberto Cunha dos Santos p.161

Análise do Impacto Concorrencial sobre os Instrumentos Regulatórios da Telemedicina no Contexto do Covid-19: Brasil, União Europeia e Estados Unidos

Jéssica Portal Maia

Kamyle Medina Monte Rey p.187

Verticalização no setor de saúde: aquisições em série entre hospitais e planos de saúde no período de 2017 a 2019

Aline Roberta Veloso Rangel p.213

Concorrência no mercado hospitalar: uma análise da concentração no Distrito Federal

Danielle Kineipp de Souza p.235

VOLUME 3:
MERCADO MÉDICO-HOSPITALAR
E ECONOMIA DIGITAL

.....

.....

As plataformas digitais e os dilemas da sua regulação

Ana Beatriz Rodrigues de Souza¹

RESUMO

As plataformas digitais se tornaram o grande ambiente de intermediação de relações econômicas e sociais nos últimos anos e mudaram completamente a forma como as pessoas têm acesso à informação, fazem negócios e se relacionam, constituindo uma realidade paralela virtual na forma de viver. O vazio regulatório que se justificava como indutor processo inovativo dos mercados digitais, deu lugar a dominância de mercados por grandes plataformas como Google, Amazon, Facebook e Apple e problemas de privacidade, proteção do consumidor e até democráticas. A partir da revisão de literatura de artigos científicos, relatórios, estudos e seminários, o presente artigo analisa características de mercados digitais e conclui que a atual estrutura antitruste sozinha não se mostrou suficiente para corrigir as falhas e apresenta as alternativas em discussão na Comissão Europeia, Estados Unidos e Reino Unido para o endereçamento dos problemas identificados.

Palavras-chave: Plataformas digitais; Regulação; Direito da concorrência.

ABSTRACT

Digital platforms have become the great environment for intermediating economic and social relations in recent years. They have completely changed the way people access information, do business and relate. The regulatory void that was justified as an inducer of the innovative process of digital markets, gave rise to the dominance of markets by major platforms such as Google, Amazon, Facebook and Apple, along with privacy, consumer protection and even democratic concerns. Based on the review of scientific articles,

¹ Graduada em Direito pelo Centro Universitário de Brasília, Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel. E-mail: anabeatriz@anatel.gov.br

reports, studies and seminars, this article analyzes characteristics of digital markets and concludes that the current antitrust structure alone has not proved sufficient. Finally, the paper presents some alternatives to address the identified problems, currently under discussion in the European Commission, in the USA, and in the United Kingdom.

Keywords: Digital platforms; Regulation; Antitrust law.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Metodologia e dados da pesquisa*; 3. *Referencial teórico: barreiras à entrada nos mercados digitais*; 4. *Propostas em discussão*; *Conclusão*; *Referência Bibliográficas*.

1. Introdução

O presente artigo busca explorar como as plataformas digitais se tornaram um ambiente de intermediação de negócios fundamental para a economia global ao criar benefícios significativos para consumidores a partir da inovação e desenvolvimento de novos produtos, em muito atribuída a um ambiente de liberdade criativa e mínima intervenção estatal. Contudo, nos últimos anos alegações de práticas anticoncorrenciais colocaram em xeque tal premissa. Assim, o presente estudo busca compreender esse fenômeno e avaliar as propostas em discussão para as questões concorrenciais, de privacidade, sociais que surgem desse contexto.

Para tanto, a partir de uma metodologia de análise da literatura sobre o tema o estudo busca compreender se os valores da inovação e da regulação são, de fato, antagônicos e quais as alternativas estão em discussão no cenário internacional.

O estudo se divide em quatro capítulos, que incluem introdução e conclusão do trabalho. O segundo capítulo detalha a metodologia empregada para desenvolvimento do artigo. O terceiro capítulo faz uma breve contextualização do tema e expõe como o contexto conjuntural da pandemia covid-19 evidenciou a importância da economia em um ambiente digital.

O quarto capítulo explora o referencial teórico afeto ao mercado das plataformas digitais, cujas características econômicas ensejam a constituição de fortes barreiras à entrada de rivais e elevadas

economias de escopo e. aborda o fenômeno economia das plataformas e as implicações decorrentes das plataformas digitais como *gatekeepers* ou intermediários.

O quinto capítulo apresenta um panorama dos debates internacionais sobre as propostas de endereçamento das questões advindas do surgimento de grandes plataformas globais e as propostas em pauta nos Estados Unidos, União Europeia, Reino Unido e onde o Brasil se encontra nesse cenário.

2. Metodologia e dados da pesquisa

A pesquisa para desenvolvimento do estudo compreendeu da análise de artigos científicos, estudos, seminários, material jornalístico relacionados aos mercados digitais e plataformas digitais.

A abordagem segue o método qualitativo, dado que examinará os dados obtidos do material bibliográfico de referência para a produção de uma análise exploratória e descritiva dos fenômenos envolvidos, da realidade dinâmica que envolve as plataformas digitais.

Os procedimentos técnicos adotados na pesquisa compreendem a análise documental e bibliográfica, além de explorar as propostas em discussão nos Estados Unidos, Reino Unido e União Europeia, que servirão de referência para se ter uma dimensão prática de como se colocam as questões competitivas e correlatas.

Assim, o estudo elaborado terá natureza aplicada pois tem por escopo uma análise dos desafios regulatórios e jurídicos inerentes ao mercado das plataformas digitais e a busca por soluções.

3. Referencial teórico: Barreiras à entrada nos mercados digitais

Em 2005 lideravam a lista das oito empresas mais valiosas do mundo as gigantes petrolíferas², com a Microsoft ocupando “apenas” na terceira posição, como a única representante da

2 The Age of the Tech Giants. Disponível em: <https://www.statista.com/chart/22677/the-age-of-the-tech-giants/> . Acesso em 01/11/2020.

indústria da tecnologia no ranking.

Em 15 anos – um piscar de olhos, no parâmetro temporal das inovações advindas desde a revolução industrial – as gigantes da tecnologia desbancaram os demais setores da economia, como aponta relatório publicado pelo Shorestein Center, de Harvard School:

Cinquenta e dois por cento das corporações da Fortune 500 na virada do século 21 não existem mais. Em 2000, GE, Cisco, ExxonMobil e Pfizer eram quatro das cinco empresas mais valiosas do mundo; em 2019, eles foram substituídos por Apple, Amazon e Alphabet (Google), com o Facebook cobrando forte na sexta posição (WHEELER, T. et al., 2020, p.7, tradução nossa).³

Estudo da Comissão Europeia⁴ aponta as características próprias da economia digital que explicam o crescimento exponencial das grandes empresas de tecnologia, tornando a sua posição de incumbente ainda mais favorecida.

Tais mercados apresentam **retornos de escala extremos**, na medida em que o custo de produção é ínfimo proporcionalmente ao número de consumidores que passam a integrar a base. Associado a isso, há **externalidades de rede** que tornam mais conveniente para os consumidores utilizarem tecnologia ou serviço com maior número de usuários, ainda que um entrante no mercado, com menor base de consumidores, ofereça serviço similar de melhor qualidade ou melhor preço. Os efeitos de rede podem, portanto, impedir que uma plataforma superior, porém menor, desloque um operador estabelecido. O tamanho dessa “vantagem de incumbência” depende de uma série de fatores, incluindo a possibilidade de *multi-*

3 Fifty-two percent of the Fortune 500 at the turn of the 21st century no longer exist.⁴ In 2000, GE, Cisco, ExxonMobil, and Pfizer, were four of the five most valuable companies in the world; by 2019 they had been replaced by Apple, Amazon, and Alphabet (Google) with Facebook charging hard at number six.

WHEELER, T. et al. *New Digital Realities; New Oversight Solutions in the U.S. The Case for a Digital Platform Agency and a New Approach to Regulatory Oversight*. **Shorenstein Center on Media, Politics and Public Policy**. Harvard Kennedy School 2020. n.62, p.7.

4 CRÉMER, J. et al. **Competition Policy for the digital era**. Final Report. European Union. 2019.

*homing*⁵, portabilidade de dados e interoperabilidade de dados.

As análises da economia das redes, em tais mercados como o de telecomunicações, eletricidade e rodovias, por exemplo, mostra que o valor de tais mercados é diretamente proporcional ao número de usuários, dadas as múltiplas possibilidades de conexão de todos entre si⁶. No mercado de telecomunicações brasileiro, por exemplo, o efeito rede foi um significativo fator de discrepância de participação de mercado entre os concorrentes nos anos que se seguiram à desestatização do setor, ensejando medidas regulatórias destinadas a reduzir o custo das chamadas entre as redes de diferentes prestadoras, favorecendo a competição.

Somado a esses fatores, há o acesso **aos dados**. A evolução da tecnologia possibilitou às empresas coletar, armazenar e enorme volume de dados. Os dados não são apenas um dos principais ingredientes dos algoritmos da Inteligência Artificial, mas também uma fonte de informação crucial para os processos de produção, logística, estratégia competitiva, que favorecem os competidores que os detêm. Portanto, a capacidade de usar dados para desenvolver novos serviços e produtos inovadores é um parâmetro competitivo cada vez mais fundamental:

A revolução da informação é construída em torno de um ativo: dados. Embora este ativo continue a desfrutar de economias de escopo e escala, ele é diferente dos ativos industriais por ser inesgotável (ou seja, pode ser usado repetidamente), iterativo (ou seja, seu uso cria novos dados) e não rival (ou seja, pode ser consumido por mais de uma parte). A combinação dessas características com o baixo custo marginal de aquisição e exploração da matéria-prima e da rede de distribuição que ela utiliza significa que a produção em massa na economia da informação é ainda maior do que na economia industrial. Como resultado, as atividades das empresas digitais não são normalmente limitadas pela produção, mas pela demanda.

5 Entendido como uso simultâneo de plataformas distintas de busca patrocinada pelos anunciantes. A questão foi objeto de exame pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade em processo envolvendo o Google. Processo administrativo nº 08700.005694/2013-19.

6 Segundo a Lei de Metcalf, o valor de um sistema de comunicação cresce na razão do quadrado do número de usuários do sistema. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_Metcalf Acesso em 01/11/2020.

(WHEELER, T. et al., 2020, p. 67, tradução nossa)⁷

Muitas plataformas digitais também se caracterizam por ofertar **serviços gratuitos** aos consumidores. Em parte, tal aspecto cataliza os demais atributos econômicos típicos de tais mercados. Contudo, a gratuidade tem um valor econômico implícito para os consumidores que pagam pelo benefício com a sua privacidade, como pontua o Relatório Final do Stigler Center:

As plataformas digitais são caracterizadas por serviços gratuitos. “Grátis” não é uma zona especial onde a economia ou a defesa da concorrência não se aplicam. Em vez disso, um bem gratuito é aquele em que o vendedor optou por definir um preço monetário de zero e pode definir outras condições ou deveres não monetários. É possível que um mercado digital tenha um preço de equilíbrio negativo; em outras palavras, devido ao valor da publicidade direcionada, os dados do consumidor são tão valiosos que a plataforma pagaria por eles. Mas a dificuldade de fazer micropagamentos pode levar uma plataforma a marcar esse preço competitivo negativo para zero. Como resultado, a troca é uma forma comum de os consumidores pagarem por serviços digitais. Eles trocam sua privacidade e informações sobre em quais restaurantes gostariam de comer e quais mercadorias gostariam de comprar em troca de serviços digitais. Porém, em princípio, essa informação tem um preço de mercado que pode ser analisado. (Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, 2019, p. 30, tradução nossa).⁸

As fortes **economias de escopo** características presentes nos modelos de negócio típico plataformas digitais favorecem o desenvolvimento dos ecossistemas e, em muitos casos, resultam em barreiras a entrada que conferem aos titulares significativa vantagem competitiva, conforme aponta relatório final do órgão antitruste do Reino Unido acerca dos mercados digitais:

56. Uma das características definidoras dos negócios do Google e do Facebook é que eles construíram grandes ‘ecossistemas’ de produtos e serviços complementares em torno de seu serviço

7 WHEELER, T. et al. New Digital Realities; New Oversight Solutions in the U.S. The Case for a Digital Platform Agency and a New Approach to Regulatory Oversight. **Shorenstein Center on Media, Politics and Public Policy**. Harvard Kennedy School 2020. n.62, p.7.

8 Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf> p.30.

principal. Por exemplo, além da pesquisa, o Google tem uma posição forte em navegadores (por meio do Chrome), sistemas operacionais (por meio do Android) e streaming de vídeo (por meio do YouTube). De suas origens como uma rede social, o Facebook se expandiu para mensagens, dispositivos, jogos e varejo.

57. A integração de uma ampla gama de produtos e serviços pode proporcionar economia de eficiência e também pode melhorar a experiência geral do consumidor, aumentando a facilidade com que uma gama de serviços diferentes são acessados. No entanto, a crescente expansão dos ecossistemas do Google e do Facebook também pode dar origem a preocupações com a concorrência. (Competition and Markets Authority, 2020, p.18, tradução nossa).⁹

Problemas de concorrência neste caso podem advir do uso do ecossistema de serviços ofertados pela plataforma para manter o consumidor vinculado ao conjunto de serviços ofertado e, com isso, blindar sua plataforma contra o ataque rival, que necessitará se desenvolver em outras frentes para atrair o interesse dos consumidores. Ao extrapolar tal estratégia para outros mercados adjacentes ao serviço principal, as grandes plataformas como o Google se estabelecem sem risco de serem contestadas pelos rivais.

3.1 Economia das plataformas e questões decorrentes

Mas a economia das plataformas não é um fenômeno novo. O termo plataforma foi originalmente descrito por Rochet e Tirole (2003), foi adotado para designar estruturas que permitem a interação entre diferentes grupos, de mercados de múltiplos lados. Trata-se de um mercado em que dois ou mais tipos de usuários

9 56. One of the defining features of Google and Facebook's businesses is that they have built large 'ecosystems' of complementary products and services around their core service. For example, in addition to search, Google has a strong position in browsers (through Chrome), operating systems (through Android) and video streaming (through YouTube). From its origins as a social network, Facebook has expanded into messaging, devices, gaming and retail.

57. Integration of a wide range of products and services can deliver efficiency savings and can also improve the consumer experience overall, by increasing the ease with which a range of different services are accessed. Yet the increasing expansion of Google and Facebook's ecosystems can also give rise to competition concerns.

Online platforms and digital advertising Market study final report. Competition and Markets Authority. 2020. p.18. Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>

interagem por meio de uma terceira parte: a plataforma. O papel da plataforma nesses mercados é a redução do custo de transação dos agentes e a oferta de algum serviço para uma ou ambas as partes interconectadas. Nas palavras de Rochet e Tirole:

Muitos, se não a maioria, dos mercados com externalidades de rede têm dois lados. Para ter sucesso, plataformas em setores como software, portais e mídia, sistemas de pagamento e Internet, devem "obter ambos os lados do mercado a bordo." Assim, as plataformas dedicam muita atenção aos seus modelo de negócios, isto é, como eles cortejam cada lado enquanto ganham dinheiro em geral.¹⁰(tradução nossa).

O ponto que todas as plataformas têm em comum é que reduzem os custos de transação ao fazer a interação de terceiros mais fácil, segura e barata. Os custos de transação podem ser definidos como os custos envolvidos em uma troca de mercado. Alguns exemplos de custos de transação reduzidos por plataformas em mercados de múltiplos lados são os custos de pesquisa, custos de informação, comunicações custos e custos de negociação.

Para que uma plataforma tenha sucesso, não basta ser capaz de reduzir os custos de transação e gerar efeitos indiretos de rede. Tão importante quanto o benefício criado se a distribuição equilibrada de tal benefício entre as partes no mercado de múltiplos lados.

É papel da plataforma propor esse equilíbrio. Um apropriado equilíbrio permite que o mercado multifacetado floresça e seja sustentável ao longo do tempo. Os benefícios derivados dos efeitos de rede devem ser cuidadosamente distribuídos entre todos os lados do mercado, garantindo que todos tenham o incentivo para aderir a plataforma e continue trabalhando com ela. É papel da plataforma entender as necessidades de todas as partes e para garantir que sejam atendidas com os incentivos necessários.

A literatura¹¹ atribuiu um papel regulador para as plataformas digitais, na medida em que estabelecem regras e práticas que permitem a interação entre seus usuários. Tal papel não representa um problema em si, exceto quando se vale dessa condição para

10 ROCHET, J.C. & TIROLE, J. (2003). Platform Competition in Two-Sided Markets. Journal of the European Economic Association. v.1. 01/06/2003. P.990-1029. Disponível em: <https://academic.oup.com/jeea/article/1/4/990/2280902>.

11 CRÉMER, J. et al. **Competition Policy for the digital era**. Final Report. European Union. 2019. P.6.

fixar parâmetros para estabelecer o resultado da competição em seu favor.

Tais fatores aplicados no ambiente digital, associados à ideia largamente difundida de que o estabelecimento de qualquer tipo de obrigação legal por parte do Estado implica tolhir o potencial inovativo da tecnologia, se constituiu ao longo dos últimos anos o mantra das grandes plataformas digitais. Com o tempo, dessa liberdade quase absoluta emergiram questões concorrenciais, consumeristas, éticas e de privacidade que atualmente atraem as discussões acadêmicas e dos governos.

Recentemente, os Estados Unidos promoveu investigação¹² sobre a concorrência nos mercados digitais, onde examinou práticas da Amazon, Apple, Facebook e Google para assegurar poder de mercado e seus reflexos na economia e até mesmo na democracia¹³. Em outra instância, o Departamento de Justiça norte americano abriu processo contra o Google que apura acordos comerciais e de parceria para compartilhamento de receitas firmados com rivais como a Apple e Mozilla para privilegiar seus mecanismos de busca como padrão em todas as plataformas¹⁴.

As grandes plataformas desenvolveram o que se definiu¹⁵

12 O Comitê do Judiciário iniciou uma investigação bipartidária sobre o estado da concorrência online, liderada pelo Subcomitê de Direito da Concorrência, Comercial e Administrativo, cujas recomendações foram publicadas em outubro de 2020.

13 The Free and Diverse Press. A free and diverse press is essential to a vibrant democracy. Whether exposing corruption in government, informing citizens, or holding power to account, independent journalism sustains our democracy by facilitating public discourse. Since 2006, newspaper advertising revenue, which is critical for funding high-quality journalism, fell by over 50%.²⁴⁵ Despite significant growth in online traffic among the nation's leading newspapers,²⁴⁶ print and digital newsrooms across the country are laying off reporters or folding altogether.²⁴⁷ As a result, communities throughout the United States are increasingly going without sources for local news. The emergence of platform gatekeepers – and the market power wielded by these firms – has contributed to the decline of trustworthy sources of news.

Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations. Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on The Judiciary. US House of Representatives. Estados Unidos. 2020. p.57.

14 **The Justice Department is suing Google – but it's the government's power to police Big Tech that's on trial.** Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/10/21/justice-department-google-lawsuit-congress/> Acesso em 01/11/2020.

15 FURMAN, J. et al. **Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel.** Reino Unido.2019. p.41

como “gatekeeper power”, ou poder de intermediação entre os consumidores e os fornecedores de produtos ou serviços, sendo a porta de entrada dos consumidores e fornecedores no ambiente digital. Um vasto espectro de pequenos negócios são dependentes da intermediação das plataformas para acessarem os consumidores e o mercado.

Segundo aponta o relatório sobre mercados digitais recentemente publicado pela equipe principal do Subcomitê Antitruste, legislação comercial e administrativa do Comitê do Judiciário do Congresso norte americano¹⁶, representantes de pequenos negócios ouvidos pela investigação que deu origem ao relatório relataram como as plataformas com poder de mercado exploram esse poder de intermediação para ditar termos e extrair concessões que as partes não consentiriam caso se estivesse em um mercado competitivo. Ainda de acordo com as pequenas empresas, esses tipos de concessões e demandas trazem prejuízos econômicos significativos, mas são “o custo de fazer negócios”, dada a falta de opções.

Na condição de *gatekeepers* ou intermediadores, as plataformas têm poder de mercado substancial e durável e, não raro, estão integradas com linhas adjacentes aos negócios que intermedeiam, de modo que também atuam como competidores nos mesmos mercados.

A partir de tal vantagem há outros reflexos anti concorrenciais decorrentes da supremacia competitiva desses *players*, como a supressão da inovação a partir da aquisição de rivais potenciais de

16 Their role as gatekeepers also gives the dominant platforms outsized power to control the fates of other businesses. Reflecting this fact, several major publicly owned firms that rely on the dominant platforms have noted in investor statements that this dependent relationship creates an inherent risk to their businesses. For example, Lyft, a ride-sharing company, has cited its use of Amazon’s cloud services and Google Maps as a potential risk to its business model. As Lyft stated in a filing, “Some of our competitors or technology partners may take actions which disrupt the interoperability of our platform with their own products or services.” Pinterest, a photo-sharing service, likewise noted in a financial filing that changes to Google’s search algorithm may harm Pinterest. As it noted, Pinterest’s “ability to maintain and increase the number of visitors directed to our service from search engines is not within our control. Search engines, such as Google, may modify their search algorithms and policies or enforce those policies in ways that are detrimental to us.”¹²⁰ In submissions and interviews with Subcommittee staff, many companies reiterated the general concern that a single act or decision by one of the dominant platforms could wreck their businesses. **Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations.** Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on The Judiciary. US House of Representatives. Estados Unidos. 2020. P.39

menor porte – prática denominada *killer acquisition*¹⁷.

Relatório¹⁸ de 2019 formulado para o regulador antitruste do Reino Unido aponta que entre 2008 e 2018, as plataformas Amazon, Facebook e Google adquiriram uma média de 5, 6 e 15 companhias, anualmente. Geralmente, as empresas jovens são alvo de tais aquisições, com tempo de mercado inferior a quatro anos em 60% dos casos, o que torna difícil prever qual seria a evolução de tais negócios, além de indicar um risco potencial de dano ao processo inovativo inerente às novas tecnologias.

Outro ponto diz respeito ao emprego de estratégias para privilegiar seus próprios serviços em mecanismos de buscas, prática denominada *self-preferencing*¹⁹, mediante o uso de algoritmos de pesquisa programados para rebaixar anúncios ou outros provedores concorrentes, de modo a influenciar o tráfego que não seja direcionado para os próprios produtos ou serviços.

Em 2019 o Google foi condenado²⁰ pela Comissão Europeia ao pagamento de multa de 1,49 bilhão de euros por conduta abusiva em seus mecanismos de publicidade. Além de gerar uma vantagem competitiva artificial, a prática resulta em incremento de receita das plataformas:

Nossa análise indica que o poder de mercado do Google e do Facebook tem um impacto significativo nos preços e receitas. Por exemplo, a receita do Google por pesquisa no Reino Unido mais do que dobrou desde 2011, e nossa análise aprofundada dos preços de pesquisa do Google e do Bing sugere que os preços do Google são 30-40% mais altos em computadores e dispositivos móveis quando comparados semelhantes termos de pesquisa. A receita média do Facebook por usuário no Reino Unido aumentou de menos de £ 5 em 2011 para mais de £

17 CUNNINGHAM, C. et al. Killer Acquisitions. Disponível em: <https://economics.sas.upenn.edu/system/files/2019-07/SSRN-id3241707.pdf> . Acesso em 01/11/2020.

18 ARGENTESI, E. et al. **Ex-post Assessment of Merger Control Decision in Digital Markets**. Final Report. 2019.2008. p.9 Disponível em: https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2019/06/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version-1.pdf . Acesso em 01/11/2020.

19 *Google Search (Shopping)* (Case AT.39740) Comm'n Decision of 27/6/2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf Acesso em 01/11/2020.

20 **Antitrust: Commission fines Google €1.49 billion for abusive practices in online advertising**. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770

50 em 2019, e nossa comparação com outras plataformas de mídia social sugere que sua receita média por usuário em 2019 foi significativamente maior do que a de seus concorrentes²¹. (CMA, 2020, p.8, tradução nossa).

Os dados são o principal insumo da economia digital. Os dados coletados a partir do comportamento dos consumidores no ambiente digital são a contraprestação não monetária que dão em troca do acesso gratuito às funcionalidades da plataforma. Numa primeira análise o bem estar do consumidor esteve atendido por essa equação, contudo, os estudos produzidos por Reino Unido, União Europeia, Estados Unidos e outros países apontam falhas na sistemática de uso dos dados, que implicam questões concorrenciais, privacidade e transparência.

As grandes plataformas adotam práticas de arquitetura de rede que induzem o comportamento do consumidor a fornecer dados para se habilitarem a acessar os serviços e para navegar nas plataformas, sem que sejam informados sobre a forma como suas informações serão utilizadas. Muitas são utilizadas em acordos comerciais com parceiros, e para oferta de publicidade a revelia do conhecimento do consumidor ou, partindo-se de uma falsa premissa que a aceitação das cláusulas e condições impostas na plataforma pressupõe o amplo conhecimento e aceitação de seus termos.

Os estudos indicam que muitos consumidores compartilham mais informações do que fariam se fossem previamente informados sobre o efetivo uso de seus dados e que possivelmente a haveria um ajuste da equação do pagamento pelo uso dos dados em favor do consumidor mediante o aumento das recompensas envolvidas.

Além disso, os consumidores buscam maximizar o tempo gasto nas redes e isso se reflete nas decisões tomadas online, associada a falta de transparência sobre o uso dos dados, coloca o consumidor em posição vulnerável quanto a disponibilidade de suas informações online, como destacado pela autoridade antitruste do Reino Unido:

As plataformas têm fortes incentivos para maximizar a quantidade de dados do consumidor que coletam, limitando o envolvimento e o controle do consumidor. As maiores são muito lucrativas e os dados pessoais de seus usuários são altamente

21 **Online platforms and digital advertising** Market study final report. Competition and Markets Authority. 2020, p. 8. Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study> P. 8

valiosos para publicidade personalizada e desenvolvimento de serviços de usuário. Algumas plataformas de mídia social, como o Facebook, não dão aos consumidores outra escolha a não ser aceitar publicidade personalizada se desejarem usar o serviço. E a arquitetura de escolha das plataformas provavelmente amplificará o efeito dos comportamentos naturais que limitam o envolvimento do consumidor por meio de acessibilidade e clareza precárias, apresentação desequilibrada e barreiras para fazer escolhas. Muitas de nossas descobertas sobre o design da plataforma são semelhantes à própria pesquisa do Google - confirmando o quão difícil os consumidores podem achar para navegar e entender os controles (CMA. 2020, p.149, tradução nossa).²²

Há ainda questões concernentes a intermediação de serviços similares a relações de trabalho informal, tendo seu maior expoente o Uber e críticas quanto ao tratamento conferido aos trabalhadores, os incentivos e contrapartidas exigidos pela plataforma e em que medida há equidade na relação entre as partes e qual o nível de proteção assegurado para o lado hipossuficiente da cadeia de valor.

A discussão anteriormente havida em relação as vantagens disruptivas advindas do Uber em detrimento dos serviços tradicionais de taxi de antes hoje dão lugar para as dúvidas quanto se o retorno produzido pelas plataformas na economia são proporcionais aos seus lucros, e quem fica com a maior parcela do benefício, que na maioria das vezes retornam para os países onde as grandes plataformas estão juridicamente constituídas, sem justo retorno para os trabalhadores e economia local.

Ademais, há implicações sobre sujeição às jurisdições nacionais dos países onde ofertam seus serviços, bem como questões de isonomia tributária e algum nível de retorno para estimular o desenvolvimento dos mercados explorados.

Portanto, como destacou o professor William E. Kovacic em sua palestra de abertura do 8º Fórum de Reguladores Europeus, ocorrida em outubro de 2020 e que teve por foco a discussão dos desafios da regulação das plataformas digitais, *muitas das perguntas não tratavam da legislação e da política de concorrência tradicionais. Alguns sim, especialmente sobre o controle de fusões. Mas a maioria deles lida com domínios de políticas que estão nos limites do direito da*

22 **Online platforms and digital advertising** Market study final report. Competition and Markets Authority. 2020. Disponível em:

*concorrência, mas não se sobrepõem a ele. (tradução nossa)*²³

Tais conglomerados tem sido governos de si próprios. Estabeleceram seus sistemas de regras próprios à margem dos olhos dos Estados e da opinião pública, se valendo da condição de intermediários impor suas regras a terceiros e dirigir parcela significativa da economia global.

Adotam práticas voltadas a assegurar vantagens competitivas, adquirir empresas rivais menores, utilizar informações para implementar algoritmos que fazem aumentar ainda mais a sua condição de dominância. Nos últimos anos essas questões atraíram a atenção de segmentos da sociedade, como a academia e reguladores de todo o mundo, que discutem as possibilidades de atuação legal e regulatória nesses mercados, explorados no capítulo a seguir.

4. Propostas em discussão

Ao longo dos últimos 20 anos os serviços digitais evoluíram, assim como a escala do uso do comportamento do consumidor online. Associado a uma retórica de que a sujeição a regras impedia o processo inovativo, as plataformas digitais cresceram e algumas se tornaram sistêmicas para a economia, para a sociedade e até para a democracia.

Nas palavras de Thierry Breton na fala de abertura do 8º Forum do BEREC 2020 em alusão à crise do mercado financeiro onde havia empresas “muito grandes para falir”, as plataformas digitais se tornaram muito “grandes para gerir” e um conjunto de implicações de naturezas jurídicas distintas demandam ser endereçadas.

Nesse contexto há vasta literatura internacional sobre as plataformas digitais, os problemas e propostas de atuação. As universidades e entes governamentais, em particular, tem se debruçado sobre o tema.

As propostas em discussão no Reino Unido, Estados Unidos,

23 8º BEREC Stakeholder Forum 2020. Disponível em: https://bereg.europa.eu/eng/events/bereg_events_2020/235-8th-berec-stakeholder-forum Acesso em 01/11/2020.

União Europeia, Austrália²⁴ e Japão²⁵ convergem no diagnóstico que apenas a aplicação de medidas antitruste não tem se mostrado suficiente para coibir o abuso da posição dominante exercida pelas plataformas digitais, tampouco a autoregulação pelas plataformas foram suficientes para compensar adequadamente os consumidores, assegurar a privacidade, tornar transparente o uso dos dados, promover a distribuição mais equitativa dos ganhos e vantagens entre todos os participantes desses mercados de múltiplos lados. Há um claro desbalanceamento em favor das plataformas, com prejuízos para outros lados do ecossistema:

A ausência de regras comportamentais ex ante permite que as empresas dominantes imponham rapidamente sua vontade e ditem o comportamento do mercado em seus termos. Da mesma forma, as avaliações quase judiciais ex post do comportamento do mercado permitem que as empresas explorem o ritmo acelerado da tecnologia digital e se comportem como quiserem até que o governo os recupere, arriscando apenas um tapa na cara ou monetário como consequência. (WHEELER, T. et al, 2020. p.9, tradução nossa).²⁶

A lei antitruste se mostrou uma solução parcial. O exame individualizado dos litígios concorrenciais não oferece condição de se obter uma perspectiva ampla do setor e seus campos de atuação, além de levar um tempo não compatível com a velocidade da evolução dos mercados digitais. A assimetria de informação e conhecimento dos mercados pelos órgãos governamentais resulta em investigações longas, que embora resultem em condenações em cifras elevadas, tem se mostrado pouco efetivas.

Mesmo a recente aprovação de leis de proteção de dados pessoais em diversos países, dentre os quais o Brasil, endereça parcialmente a questão da privacidade do uso dos dados e confere ao consumidor o direito ao acesso a dados e informações a seu respeito, sem contudo

24 **Digital platforms inquiry - final report.** Austrália. 2019. Disponível em : <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report> Acesso em 01/11/2020.

25 **Best regardin trade practices on Digital Platforms.** Japão. 2019. Disponível em: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/October/191031.html> . Acesso em 01/11/2020.

26 WHEELER, T. et al. New Digital Realities; New Oversight Solutions in the U.S. The Case for a Digital Platform Agency and a New Approach to Regulatory Oversight. **Shorenstein Center on Media, Politics and Public Policy.** Harvard Kennedy School 2020. n.62, p.9.

oferecer-lhe ferramentas suficientes para lidar com esse volume de informações e obter um rebalanceamento de sua relação com as grandes plataformas digitais, de modo que ainda há lacunas a serem respondidas para resguardar a integralidade dos seus interesses.

Nesse contexto, as propostas discutidas pelo Reino Unido, Estados Unidos e países da União Europeia propõem medidas sistêmicas, de coordenação entre os entes governamentais e de mercado envolvidos, critérios de governança, aspectos de regulação ex ante e incorporação de instrumentos regulatórios, dentre outros, havendo ainda muitas dúvidas de como tais medidas serão efetivamente implementadas, o que promete ser o grande debate dos próximos anos.

4.1 Reino Unido

Em março de 2019 foi publicado o Relatório *Unlocking Digital Competition*, que propõe a criação de uma unidade de mercados digitais, responsável pela elaboração de um código de conduta da plataforma digital que sejam designadas como tendo poder de mercado. Esse órgão deve trabalhar em conjunto com as partes interessadas e ser dotado das habilidades, capacidades e recursos necessários para o cumprimento de suas funções, dentre as quais a adoção de medidas para assegurar a interoperabilidade de dados pessoais, com padrões abertos como mecanismo de estímulo à inovação e incremento da concorrência.

Também estabelece um conjunto de medidas a serem avaliadas pela Autoridade de Concorrência e Mercados, tais como: a priorização da análise de fusões em mercados digitais e a obrigatoriedade de as plataformas com poder de mercado informarem previamente todas as aquisições pretendidas. Propõe, ainda, a revisão das normas antitruste, para permitir uma abordagem do que chama de “equilíbrio de danos”, que leva em conta a escala e a probabilidade de danos em caso de fusões e para simplificar os processos, de modo a permitir respostas mais rápidas.

Em 2020 a Autoridade de Concorrência e Mercados, publicou o já referenciado Estudo de Mercado de Publicidade Digital, com propostas de introdução de um regime regulatório para estimular a concorrência, aplicável às plataformas digitais remuneradas por publicidade.

O Estudo endossa algumas sugestões apresentadas no Relatório Furman, com uma proposta de código de conduta para disciplinar as plataformas digitais com poder de mercado, medidas regulatórias passíveis de serem adotadas (como a disciplina do acesso a dados por outras plataformas e seu maior controle pelo consumidor, medidas para favorecer a interoperabilidade e outros tipos de intervenções estruturais)

O CMA também lançou formalmente o *Digital Markets Taskforce (Taskforce)*, órgão multilateral, integrado por representantes da própria autoridade antitruste, o órgão regulador Ofcom e do Information Commissioner's Office, órgão público não departamental que se reporta diretamente ao Parlamento do Reino Unido e é patrocinado pelo Departamento de Digital, Cultura, Mídia e Esporte.

A Força-Tarefa levará em consideração o relatório do estudo de mercado da CMA, para avaliar as competências adicionais necessárias para que as autoridades do Reino Unido possam contribuir para o incremento da concorrência nos mercados de plataforma digital.

4.2 União Europeia

Publicado em abril de 2019, o relatório *Competition Policy for the Digital Era*, da Comissão Europeia (Cremer Experts Report) foi o indutor das discussões sobre as falhas dos mercados digitais nos países integrante da União Europeia.

A partir de uma análise de conceitos econômicos e antitruste, o documento aborda os reflexos da digitalização na constituição dos mercados, a sistemática competitiva entre os rivais, as questões concorrenciais do mercado de plataformas digitais, sua sujeição às regras antitruste, no acesso aos dados como insumo econômico e sob a ótica da proteção ao consumidor. Também realiza uma análise dos processos europeus de fusões e aquisições no campo digital e aponta caminhos para uma atualização dessas estruturas.

Em junho de 2020 a Comissão Europeia lançou Consulta Pública²⁷

27 **Antitrust: Commission consults stakeholders on a possible new competition tool.**
Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_977
Acesso em 01/11/2020.

sobre uma possível nova ferramenta de concorrência visando garantir a contestabilidade e o funcionamento justo dos mercados, buscando contribuições em três dimensões:

1. Continuação da aplicação das regras existentes baseadas no direito antitruste tradicional²⁸, incluindo a utilização de medidas provisórias e de reparação, quando for o caso;
2. Possibilidade de regulamentação *ex-ante* das plataformas digitais, com regras específicas para aquelas que atuem como “gatekeeper”;
3. Possível novo instrumento de defesa da concorrência para tratar problemas estruturais não endereçados pelas regras em vigor.

A consulta pública recebeu mais de 3000 contribuições e, conforme anunciado no 8º Fórum do *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC), até o final de 2020 a Comissão Europeia deve anunciar duas iniciativas no âmbito da recomendação dos Serviços Digitais para atualizar as regras do comércio eletrônico, que já têm 20 anos, visando endereçar os problemas relacionados com as questões estruturais da concorrência nos mercados digitais.

O documento, que será denominado *Digital Services Act* apresentará²⁹ propostas para tratar da transparência de anúncios online e o poder de mercado dos gatekeepers e regras contra o comportamento anticompetitivo, como, por exemplo, medidas para reduzir o tempo de investigações antitruste.

4.3 Estados Unidos

Assim como na União Europeia, cujo Código de Comunicações Eletrônicas data de 20 anos atrás, os Estados Unidos não editou legislação significativa para disciplinar as novas tecnologias, sendo até hoje o *Telecommunications Act* de 1996 o principal marco legal vigente, aprovado em um contexto histórico e regulatório onde

28 Nos termos dos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Disponível em: http://www.concorrencia.pt/vPT/A_AdC/legislacao/Documents/Europaia/Tratado_Funcionamento_U_E.pdf Acesso em 01/11/2020.

29 8º BEREC Stakeholder Forum 2020. Disponível em: https://bereg.europa.eu/eng/events/bereg_events_2020/235-8th-bereg-stakeholder-forum Acesso em 01/11/2020.

o foco ainda era a massificação do acesso às redes de telefonia, portanto, um passo atrás das novas demandas dos mercados digitais.

A regulação das infraestruturas de acesso as redes de telefonia e internet conduziam o debate global à época e medidas de regulação econômica tradicional foram implementadas para disciplinar e fomentar o desenvolvimento das redes e desde então muito se passou.

Nos últimos anos os problemas concorrenciais do mercado digital ensejaram estudos, sendo uma das referências o já mencionado relatório do Comitê de Estudos de Plataformas Digitais publicado em julho de 2019 pelo *Stigler Center for the Study of the Economy and the State The University of Chicago Booth School of Business*³⁰.

O relatório aborda a estrutura dos mercados digitais, economia, proteção de dados e as limitações da estrutura antitruste para o endereçamento dos problemas. Dentre as conclusões aplicáveis às plataformas digitais, o relatório aponta para a necessidade de interoperabilidade entre plataformas digitais, assim como foi implementada a interoperabilidade entre as empresas de telefonia, como forma de enfraquecer os efeitos da rede.

Propõe, ainda, a constituição de uma nova agência reguladora digital – *The Digital Authority*, para supervisionar os mercados das plataformas digitais e com competências de coletar dados sobre transações e interações digitais, para conduzir políticas públicas e auxiliar o Departamento de Justiça em análises de fusões e aquisições e sugere ajustes na legislação antitruste para ampliar os critérios que autorizam os reguladores a examinarem as transações entre plataformas digitais e startups.

Paralelamente às discussões acadêmicas, o Congresso Americano, por meio do Subcomitê do Direito da Concorrência, Comercial e Administrativo da Câmara do Representantes, realizou investigação sobre as práticas comerciais das grandes plataformas americanas (GAFA). O relatório final foi publicado em 6 de outubro de 2020 é vasto e se baseou em mais de 1,3 milhão de documentos coletados, especialistas da academia e do mercado, além de entrevistas com

30 Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf> p.30.

ex funcionários das plataformas investigadas e oitiva dos CEOs das companhias em junho de 2020.

Em suma, o relatório de mais de 400 páginas descreve as estruturas de mercado online, as barreiras à entrada e os efeitos da dominância de mercado para a inovação e empreendedorismo, para a privacidade e a proteção de dados, para a liberdade de imprensa e para a liberdade econômica.

A partir da visão geral, é feito estudo aprofundado dos mercados digitais, como o de pesquisa e comércio online, redes sociais, aplicativos, sistemas operacionais, propaganda, mapas, computação em nuvem, assistente de voz e buscadores e como cada uma das grandes plataformas digitais empreendem seus modelos de negócio nos mercados acima, apontando os problemas identificados em cada qual.

Como resultado, são apresentadas propostas para buscar restaurar a concorrência na economia digital por meio de alteração estrutural na lei antitruste e na sistemática de fiscalização dos mercados, além de medidas regulatórias. A lista de recomendações inclui, ainda, medidas como separação estrutural para proibir que as plataformas atuem concomitantemente na intermediação e nas linhas de negócio que interoperam; Proibição da prática de *self-preferencing*; Interoperabilidade e portabilidade de dados; Fixação de critérios para impedir aquisições estratégicas; Alterações legislativas (Clayton Act, Sherman Act e Federal Trade Commission Act) para alinhar as leis às demandas da economia digital; Fortalecimento das instituições (Federal Trade Commission e divisão antitruste do Departamento de Justiça); Criação de juizados especializados em casos envolvendo plataformas, para criar conhecimento no poder judiciário e reduzir o prazo de julgamento.

Trata-se da primeira iniciativa do parlamento americano, a qual deve ser seguida de medidas do Departamento de Justiça e Comissão Federal de Comércio, onde atualmente tramitam investigações envolvendo as grandes plataformas digitais.

4.4 Brasil

No Brasil a discussão ainda é incipiente e não alcançou a projeção que o tema tem alcançado em outros países. Os desafios ainda existentes de ampliar a conectividade da população, a

implementação do 5G, questões concorrenciais atinentes ao mercado de tv por assinatura e telecomunicações concentram a pauta e ainda mantém o país um passo atrás do debate.

Do ponto de vista de organização interna, o ordenamento jurídico brasileiro dispõe de marcos legais que tangenciam aspectos específicos do objeto concernente às plataformas digitais: o Marco Civil da Internet – Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) - Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Tais instrumentos legais tratam dos princípios gerais de utilização da internet e de tratamento de dados pessoais, inclusive em ambiente digital, amparados em fundamentos como os da liberdade de expressão, da abertura e colaboração, do desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação.

Do ponto de vista da defesa da concorrência, a Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que atribui ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade o exercício das competências de prevenção e repressão às infrações à ordem econômica. A regulação dos serviços de telecomunicações e criação da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel é objeto da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1996. Além desses órgãos, recentemente foi estruturada a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal vinculado à Presidência da República, competente para a implementação da LGPD.

Há, portanto, uma estrutura jurídico-normativa que conjuntamente detêm competências correlatas uma pequena parcela das questões relativas aos mercados digitais em discussão nos diversos países, cujas tendências apontam para a criação de autoridades especializadas no tema em virtude das especificidades desse mercado e da interseção dos temas passíveis de tratamento.

Evidentemente que, para além de todas as questões concernentes às plataformas digitais postas, há elementos de política industrial e estímulo às indústrias nacionais de Estados Unidos, União Europeia e China, como proeminente tecnológico, que ajudam a impulsionar as discussões naqueles países.

De toda sorte, com um mercado consumidor de mais de 100

milhões de usuários de internet³¹, é importante que o Brasil se insira nessas discussões e possa implementar medidas que favoreçam o desenvolvimento da indústria da tecnologia e de *startups* no país e permitam aos seus consumidores desfrutarem do aprimoramento dos mercados digitais.

Conclusão

Este artigo abordou a rapidez com que se deu a evolução da indústria digital nos últimos 20 anos e como os negócios tradicionais passaram a se desenvolver na camada digital, sobretudo a partir do surgimento das plataformas. O florescimento dos mercados de plataforma foi favorecido pela ideia de que a liberdade para a inovação e a regulação dos mercados seriam valores de difícil compatibilização. Prevaleceu a falta de interferência estatal e, nesse contexto, a migração dos negócios para os ambientes das plataformas foi um processo gradativo, porém contínuo e consistente.

O efeito rede e as economias de escopo do mercado digital, associados a movimentos societários de aquisição de empresas e agregação de novas funcionalidades a uma mesma plataforma culminou em mercados dominados por grandes corporações.

Apesar dos inúmeros benefícios para os consumidores, a consolidação do mercado de plataformas apresentou reflexos negativos para a privacidade dos consumidores e na transparência do uso de seus dados, bem como para a concorrência com os potenciais entrantes nesses mercados, potencial risco a inovação e de maior concentração.

Até então, os problemas competitivos identificados nos mercados digitais eram objeto de investigações antitruste, que embora tenham ensejado condenações para grandes plataformas em cifras elevadas, apresentaram pouca efetividade para ensejar mudanças de comportamento dos conglomerados.

Nesse contexto, o artigo aborda as iniciativas acadêmicas e das autoridades, cujos resultados eclodiram entre 2019 e 2020 na forma de estudos, relatórios e investigações promovidos por União

31 AGÊNCIA BRASIL. Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa>. Acesso em 01/11/2020.

Europeia, Estados Unidos, Reino Unido, que apontaram para a limitação do antitruste tradicional e a necessidade de adoção de um conjunto de medidas sistêmico, que compreende uma mudança de paradigma na forma de abordar os mercados digitais.

Assim, o artigo constata uma mudança de perspectiva, agora voltada a um maior nível de intervenção nos mercados digitais, inclusive com propostas de regulação *ex ante*, inclusive incorporadas de mercados de infraestrutura tradicionais (como o de telecomunicações), de constituição de agências governamentais especializadas e alterações na estrutura legislativa do direito antitruste para adequá-lo aos desafios de uma nova economia, baseada em processos digitais.

A regulação das plataformas digitais, portanto, é um tema altamente complexo e que promete ser objeto de grande discussão nos próximos anos.

Referências Bibliográficas

AGÊNCIA BRASIL. Brasil tem 134 milhões de usuários de internet, aponta pesquisa. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/brasil-tem-134-milhoes-de-usuarios-de-internet-aponta-pesquisa>

ARGENTESI, E. et al. Ex-post Assessment of Merger Control Decision in Digital Markets. Final Report. 2019.2008. p.9 Disponível em: https://www.learlab.com/wp-content/uploads/2019/06/CMA_past_digital_mergers_GOV.UK_version-1.pdf . Acesso em 01/11/2020.

Best regardin trade practices on Digital Platforms. Japão. 2019. Disponível em: <https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2019/October/191031.html>. Acesso em 01/11/2020.

CRÉMER, J. et al. Competition Policy for the digital era. Final Report. European Union. 2019.

CUNNINGHAM, C. et al. Killer Acquisitions. Disponível em: <https://economics.sas.upenn.edu/system/files/2019-07/SSRN-id3241707.pdf> . Acesso em 01/11/2020.

Digital platforms inquiry - final report. Austrália. 2019. Disponível

em : <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report> Acesso em 01/11/2020.

FURMAN, J. et al. Unlocking digital competition. Report of the Digital Competition Expert Panel. Reino Unido.2019.Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf Data de acesso: 01/11/2020.

Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations. Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on The Judiciary. US House of Representatives. Estados Unidos. 2020

Online platforms and digital advertising Market study final report. Competition and Markets Authority. 2020. Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>

ROCHET, J.C. & TIROLE, J. (2003). Platform Competition in Two-Sided Markets. Journal of the European Economic Association. v.1. 01/06/2003. P.990-1029. Disponível em: <https://academic.oup.com/jeea/article/1/4/990/2280902>.

Stigler Committee on Digital Platforms, Final Report, September 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>

The Justice Department is suing Google – but it’s the government’s power to police Big Tech that’s on trial. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/10/21/justice-department-google-lawsuit-congress/> Acesso em 01/11/2020.

WHEELER, T. et al. New Digital Realities; New Oversight Solutions in the U.S. The Case for a Digital Platform Agency and a New Approach to Regulatory Oversight. Shorenstein Center on Media, Politics and Public Policy. Harvard Kennedy School 2020. n.62, p.7.

Plataformas digitais de pagamento e os desafios regulatórios

Belmiro da Graça Soares¹

RESUMO

O objeto do presente trabalho é o estudo das plataformas digitais de pagamento e os desafios regulatórios e o objetivo é analisar a interface entre a regulação e a concorrência. O estudo do tema se mostra importante quando a economia está ameaçada e as atividades das plataformas digitais de pagamentos em crescimento. Como resultado do trabalho com base na pesquisa bibliográfica percebe-se a necessidade de que a melhor regulação das plataformas digitais de pagamento não pode estar restrita a competência do Bacen e do Cade, mas sim, uma ação regulatória orquestrada com a participação da SENACON e ANPD, de modo a garantir a proteção dos dados pessoais, dos direitos dos consumidores bem como a inovação em favor da sociedade. Para o presente trabalho foi realizada revisão bibliográfica nos temas inerentes ao direito regulatório, Sistema Financeiro Nacional, etc.

Palavras-chave: Regulação; Plataformas Digitais; Sistema de Pagamentos Digitais; Cade; Banco Central do Brasil.

ABSTRACT

The object of this paper is the study of digital payment platforms and regulatory challenges and the objective is to analyze the interface between regulation and competition. The study of the topic is important when the economy is threatened and the activities of digital payment platforms are growing. As a result of the work based on bibliographic research, there is a need that the best regulation of digital payment platforms cannot be restricted to the competence of Bacen and CADE, but rather, a regulatory action orchestrated with the participation of SENACON and ANPD, in

¹ Especialista em Governança de Tecnologia da Informação (SENAC, 2012), Ministério da Economia. E-mail: belgraso@icloud.com

order to guarantee the protection of personal data, consumer rights as well as innovation in favor of society. For the present work, a bibliographic review was carried out on the themes inherent to regulatory law, the National Financial System, etc.

Keywords: Regulation; Digital Platforms; Digital Payment System; CADE; Central Bank of Brazil.

Sumário: 1. Plataformas digitais e o mercado de pagamento; 2. A interface entre a regulação e a concorrência; 3. Os desafios regulatórios; Considerações finais; Referências.

1. Plataformas digitais e o mercado de pagamento

1.1 As plataformas digitais

As plataformas digitais são modelos de negócio que funcionam por meio de tecnologia e permite a conexão entre produtores e consumidores, buscando assim a criação de valor na transação.

Estes modelos de negócios funcionam como facilitadores de relacionamento, aproximando clientes e empresas.

Desta forma, “uma plataforma provê uma base (tecnológica) para entregar ou agregar serviços e conteúdos e os “medias” entre provedores de serviços conteúdos e usuários finais” (LIMA e VALENTE, *apud* VAN GORP; BATURA. 2015, p. 7).

Atualmente existe plataformas digitais focado em educação, em saúde, entretenimento, transporte, comercio eletrônico, sistema de pagamentos digitais.

1.2 É possível regulação das plataformas digitais?

Em decorrência da crise do Estado e do processo de redemocratização dos anos 80 e 90, bem como o histórico do modelo intervencionista brasileiro, fortemente marcado pela atuação direta do Estado na economia, que cedeu espaço a um modelo misto, onde o poder público passa a atuar principalmente por meio da intervenção indireta sobre os mercados, através de normatização, regulação, incentivo, fomento e fiscalização conforme os artigos 174 da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

Assim sendo, surge a regulação como o produto desta nova

realidade jurídica. Ela não se limita a uma área específica do conhecimento jurídico, atuando, na verdade, em um movimento evolutivo que atinge domínios diversos, como a proteção jurídica do meio-ambiente sustentável, da livre-iniciativa e outros direitos, o acesso às novas tecnologias, modelos de governança administrativa, a atividade empresarial, os impactos econômicos e os aspectos institucionais de decisões políticas e jurídicas, a organização e atuação jurisdicionais e a interpretação de normas que conformam ou afetam o modelo regulatório.

No âmbito das plataformas digitais

a defesa da regulação é motivada basicamente por três grandes aspectos: 1) o crescimento do poder desses agentes; 2) os problemas envolvendo esses agentes (...) e a relação assimétrica entre eles e os seus usuários; e 3) a insuficiência dos instrumentos normativos atuais para lidar com esses problemas, para garantir competição e para assegurar direitos e responsabilidades (LIMA e VALENTE, 2020, pág. 6).

1.3 O mercado de dois lados

Uma das principais características das plataformas digitais é a operação no mercado de dois lados, ou seja, segundo LIMA e VALENTE (2020) “a conexão entre os vários lados, seja ela voluntária (um comprador que procura por um produto de uma empresa no Alibaba) ou involuntária (um usuário do Twitter exposto a publicidade de anunciantes)”.

De maneira geral, o mercado de dois lados se caracteriza pela existência de uma plataforma digital que tem como objetivo incentivar e permitir o encontro de dois grupos distintos (produtor e consumidor) e criar condições para que esses realizem o maior número de transações entre si.

Estes mercados sofrem efeitos de rede (economia de escala, custos de transição etc.). D’ALVARENGA, PAIXÃO e SILVEIRA (2006), apresenta “um tipo de mercado de dois lados em especial tem atraído intensa atenção das autoridades de defesa da concorrência em todo o mundo: o mercado de pagamentos eletrônicos”.

1.4 A Indústria de pagamento no Brasil

A indústria de pagamentos no Brasil surgiu com objetivo de facilitar o acesso dos cidadãos brasileiros ao mercado financeiro

facilitando a vida tanto do pagador como do recebedor, aprimorar a experiência do usuário com a conveniência e interação intuitiva do cliente ao utilizar o serviço, fortalecer a segurança nas transações financeiras, promover ambiente aberto com estrutura tecnológica ampla e flexível de participação, aperfeiçoar o fluxo de dados com informações agregadas bem como facilitar os serviços de conciliação de pagamentos.

Tendo em vista a evolução tecnológica combinado com regulação no mercado, houve grande inclusão de pessoas antes desfavorecidos ao mercado de microcrédito graças a indústria de pagamento no Brasil.

Segundo informa LE GRAZIE (2019), o varejo ampliou os serviços a fim de participar da oferta de produtos financeiros e lojistas que não oferecem pagamentos convenientes, serviços financeiros e de crédito, não acompanharão a evolução da indústria por não se ajustarem à melhoria na “experiência do cliente”. A mesma desintermediação que está desafiando o sistema financeiro irá desafiar o varejo, e a expressão *marketplace* fará cada vez mais parte do nosso dia a dia.

1.5 A experiência internacional

Em cada lugar do mundo, dada a sua peculiaridade houve diferentes experiências no tocante a indústria de pagamento, em respeito as características regionais, tendo em vista o histórico inflacionário bem como o nível de educação financeira.

Segundo LE GRAZIE (2019), países como Japão, Alemanha e Suíça continuam a usar papel moeda em proporção maior do que a média. A China fez a transição de um longo passado de papel moeda direto para QR code, sem passar por cheques ou cartões. A Suécia tem hoje 95% dos pagamentos de forma eletrônica.

De acordo com DIOGO; GONÇALVES & KIRA (2020), no Quênia e em vários países africanos o *mobile money* – serviço que possibilita a transferência de pequenas quantias por SMS, sem necessidade de conta bancária ou acesso à internet – conectou grupos até então economicamente excluídos ao sistema financeiro.

Conforme DIOGO; GONÇALVES & KIRA (2020), na China, duas empresas gigantes de tecnologia dominam 92% do mercado de pagamentos digitais. O WeChat Pay, da Tencent, é o mais popular

para transferências entre usuários, enquanto o Alipay, braço financeiro da Alibaba, domina pagamentos às empresas. Juntas, as carteiras digitais dessas empresas têm mais de 1 bilhão de usuários e respondem por metade dos pagamentos nas lojas e quase três quartos das vendas online na China. As transações são gratuitas quando realizadas pelo mesmo aplicativo, mas taxas são cobradas para movimentar dinheiro entre diferentes apps. Tal arquitetura fechada e controlada por atores privados incentiva usuários a se manterem dentro de um mesmo ecossistema e pode criar barreiras a novos competidores.

Segundo DIOGO; GONÇALVES & KIRA (2020), na Índia, uma interface de pagamentos unificados (UPI, na sigla em inglês), criada por meio da regulação setorial, causou uma revolução nos pagamentos digitais. O governo indiano trabalhou com uma coalizão de bancos para desenvolver uma infraestrutura de pagamentos comum que facilita transações diretas entre contas bancárias de usuários, sem necessidade de intermediação. Várias empresas atuam no mercado indiano, incluindo a PhonePe (da rede Walmart), o Paytm, uma empresa local, o Google Pay e o WhatsApp Payments. Parte do segredo por trás da competitividade do mercado indiano está na interoperabilidade possibilitada pela UPI. Como as empresas usam a mesma infraestrutura (que não é controlada por nenhuma delas), usuários podem movimentar dinheiro entre serviços e aplicativos com facilidade e sem custos adicionais.

2. A interface entre a regulação e a concorrência

2.1 O papel regulador de Banco Central

O Banco Central tem por finalidade a formulação, a execução, o acompanhamento e o controle das políticas monetária, cambial, de crédito e de relações financeiras com o exterior; a organização, disciplina e fiscalização do Sistema Financeiro Nacional (SFN) e do Sistema de Consórcio; a gestão do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) e dos serviços do meio circulante.

Tendo em vista as atribuições e arcabouço jurídico sob a responsabilidade do Banco Central, conforme DIOGO; GONÇALVES & KIRA (2020), cabe a instituição a tarefa, de criar sinergias com demais instituições a exemplo do Cade, Senacom e ANPD a fim de definir um arranjo institucional coordenado para a regulação

concorrencial da indústria de pagamentos digitais, tendo em vista os efeitos dinâmicos no próprio desenho do mercado financeiro.

2.2 O papel regulador do Cade

O Cade é uma autarquia federal que tem como missão zelar pela livre concorrência no mercado, sendo a entidade responsável, no âmbito do Poder Executivo, não só por investigar e decidir, em última instância, sobre a matéria concorrencial, como também fomentar e disseminar a cultura da livre concorrência.

Desta forma a autarquia tem como atribuições de analisar e aprovar ou não os atos de concentração econômica, de investigar condutas prejudiciais à livre concorrência e, se for o caso, aplicar punições aos infratores, e de disseminar a cultura da livre concorrência de acordo com a Lei 12.529 de 30 de novembro de 2011.

Ao contrário das Agências Reguladoras que exercem a regulação de setores específicos, o Cade tem a função de regular determinados comportamentos comerciais da empresa, na tentativa de não formação e o abuso do poder econômico.

Nas atividades do Cade já houve envolvimento das empresas que atuam na indústria de pagamento digitais a exemplo como relata DIOGO; GONÇALVES & KIRA (2020) no Processo Administrativo instaurado em 2009 pela então Secretaria de Direito Econômico (SDE) em face da bandeira Visa e da credenciadora Visanet (hoje Cielo). O caso culminou em TCCs que previa o fim da relação de exclusividade entre as empresas, obrigando-se a Visa a ampliar seu rol de credenciadores e a Cielo a ofertar outras bandeiras (além de Visa), entre seis meses e um ano.

Ainda segundo DIOGO; GONÇALVES & KIRA (2020), no controle de concentrações, houve o caso que tratou da constituição da bandeira Elo, pelas Requerentes Banco do Brasil S.A., Banco Bradesco S.A. e Caixa Econômica Federal, em janeiro de 2011. A operação foi aprovada com restrições em dezembro do mesmo ano, tendo o Cade determinado a concessão de “tratamento não discriminatório a outros agentes, principalmente nos mercados de emissão e credenciamento de cartões de crédito”, já que as instituições financeiras requerentes também participam da credenciadora Cielo.

Ainda de acordo com DIOGO; GONÇALVES & KIRA (2020), recentemente, o Cade voltou a discutir o que a Superintendência-Geral chamou de “exclusividades remanescentes entre bandeiras de cartões e as credenciadoras líderes de mercado [incumbentes]”, instaurando três inquéritos voltados a apurar “indícios da ocorrência de possíveis práticas restritivas da concorrência por parte das bandeiras (arranjos), credenciadores e bancos, especialmente aqueles com estrutura verticalizada, em detrimento de credenciadoras menores”. Em todos os casos, houve assinatura de acordos para cessação das condutas.

2.3 O papel regulador das *big techs*

As *big techs*, consideradas como grandes empresas com plataformas tecnológicas estabelecidas, estão desempenhando um papel cada vez mais importante no sistema financeiro e em alguns casos também fornecem serviços financeiros.

Desta forma, vários modos de interação foram surgindo entre as *big techs* e as instituições financeiras. Alguns envolvem parcerias, por exemplo, onde as *big techs* fornecem infraestrutura de tecnologia para as instituições financeiras. Em alguns mercados, as *big techs* também competem diretamente com as empresas financeiras existentes.

Conforme CUNHA (2020), atualmente as *big techs* possuem as suas carteiras digitais desenvolvidas (Apple Pay, Samsung Pay, Google Pay, Amazon Pay, Facebook Pay e Microsoft Pay) apresentando assim a entrada no mundo de sistema financeiro. O funcionamento destas carteiras virtuais depende dos sistemas tradicionais de pagamentos suportadas pelas instituições financeiras – ou seja, cartões de débito e crédito.

As atividades das *big techs* no setor de serviços financeiros têm inúmeros benefícios. Isso inclui o potencial de inovação, diversificação e eficiência na prestação de serviços financeiros. As *big techs* também podem contribuir para a inclusão financeira, onde têm o potencial de aumentar o acesso a serviços financeiros pelas camadas da população que antes não tinham acesso a um serviço bancário.

As *big techs* também podem melhorar a inclusão financeira e facilitar o acesso a mercados que antes eram inexplorados, um

benefício particularmente importante para pequenas e médias empresas que competem com os serviços financeiros em operação. Os serviços de terceiros oferecidos pelas *big techs* também podem fornecer acesso a tecnologias como inteligência artificial e recursos de análise de dados, anteriormente indisponíveis para o mercado em geral.

Considerando que a indústria de pagamento é um “sistema de repasse” dos valores financeiros entre os participantes da cadeia de pagamentos, determinando a segregação dos recursos destinados à liquidação entre os diversos participantes, este sistema funciona utilizando a infraestrutura tecnológica no qual são suportadas e sustentadas pelas *big techs*.

Desta forma as atividades das *big techs* conforme CUNHA (2020), podem representar riscos para a estabilidade financeira. Alguns riscos são semelhantes aos das agências financeiras de forma mais ampla (incluindo as *fintechs*). Estes incluem riscos financeiros que derivam de endividamento, transformação de prazos e incompatibilidade de liquidez, bem como riscos operacionais, incluindo aqueles que possam surgir de possíveis deficiências na governança, riscos e controles de processos.

Existe também alguns riscos potenciais derivados de como as *big techs* podem usar sua rede e infraestrutura a fim de ganhar escala nos serviços financeiros muito rapidamente.

A concorrência entre as *big techs* pode reduzir a resiliência das instituições financeiras, afetando sua lucratividade ou reduzindo a estabilidade de seus financiamentos. O amplo acesso das *big techs* às informações valiosas dos clientes também pode ser autossustentado por meio de efeitos de rede.

Tendo em vista o papel desempenhado pelas *big techs* no tocante ao mercado financeiro e principalmente a indústria de pagamentos surge a necessidade de criação de novo arcabouço regulatório ágil e inovadora, bem como os desafios de atualização dos instrumentos regulatórios em vigor, de seus correspondentes arranjos institucionais de implementação. Este arcabouço não pode limitar a inovação e o crescimento no mercado de indústria de pagamentos digitais e deve levar em consideração a defesa da concorrência, de proteção de dados e do consumidor.

2.4 Autorregulação

O Estado e o Direito estão sendo exposto ao desafio de não conseguir acompanhar a velocidade das transformações econômicas e sociais provocadas pela tecnologia. Desta forma surge a autorregulação.

Autorregulação é a capacidade que algumas entidades apresentam para estabelecer suas próprias regulações, suas regras de funcionamento e fiscalizar a adequação a essas regras. Ela é adotada em algumas atividades do mercado de capitais, evitando centralização excessiva da atividade regulatória.

A autorregulação visa aumentar a eficiência das atividades de regulação, evitando a excessiva e desnecessária centralização de competências em apenas um órgão. No mercado de valores mobiliários, a autorregulação é a regra, é a essência desse mercado, devido à sua dinamicidade e constante evolução (.....). A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) adotou esse sistema por perceber que seria impossível aplicar suas normas e fiscalizar os entes regulados, e o mercado como um todo, sem a chamada descentralização de competências de normatização e fiscalização para determinadas atividades do mercado de valores mobiliários (ROSEIRO & RUIZ, 2016).

De acordo com BARBOSA (2018), a ideia da autorregulação no atual mercado de capitais parte de duas premissas importantes, sendo que a primeira se mostra pela capacidade do regulador de exercer supervisão sobre o mercado é limitada. Os recursos humanos e tecnológicos disponíveis se revelam insuficientes para garantir uma supervisão apta a acompanhar o ritmo de expansão do mercado, ainda mais quando seus agentes se mostram mais preparados para se beneficiar rapidamente da inovação. Com o apoio da autorregulação, somam-se esforços e aumenta a eficácia da supervisão. A segunda premissa é que regulador e entidades autorreguladoras compartilham um objetivo comum: o crescimento e a solidificação do mercado. O regulador tem por mandato legal a atuação na realização da importante política pública de captação de poupança para aplicação no mercado de capitais, sendo necessário para tanto assegurar a existência de regras e mecanismos de transparência e proteção de investidores. O autorregulador, por sua vez, é formado por agentes do mercado, e tem inegável interesse em sua higidez.

2.5 A inovação versus regulação

A regulação tem por objetivo a busca pela eficiência econômica, a defesa pela indústria regulada, bem como os consumidores do poder do mercado que a indústria regulada possui e o combate as práticas anticompetitivas. A regulação não pode impedir a inovação.

O mercado da indústria de pagamento, tendo em vista a grande volatilidade das plataformas digitais a exemplo de pagamentos instantâneos, contas digitais e o *Open Banking*, ainda pede espaço para melhoria através da inovação a fim de trazer maior competição, apresentar diferenciação nos produtos e serviços com objetivo de trazer maior oferta.

A Resolução nº 4.282, de 4 de novembro de 2013 do Banco Central do Brasil traz como um dos princípios a “inovação nos arranjos de pagamento e diversidade de modelos de negócios”

Neste sentido a regulação deve funcionar com objetivo da busca pela eficiência econômica, a defesa pela indústria regulada, a proteção dos consumidores do poder do mercado que a indústria regulada possui, o combate as práticas anticompetitivas, a garantia da sustentação do mercado com regras que não inibe a inovação ou protege determinado serviço ou produto bem como a criação da possibilidade de acesso seguro, prático e rápido a produtos e serviços que movimentam a economia do país.

3. Os desafios regulatórios

3.1 O *sandbox* regulatório

O *sandbox* é uma nova abordagem regulatória cujo objetivo é o fomento a inovação em atividades regulamentadas através de ambientes segregados, e vem sendo utilizada com sucesso por diversos reguladores em jurisdições nacionais e estrangeiras.

O *sandbox* regulatório é um ambiente experimental em que os participantes admitidos receberão autorizações temporárias e condicionadas para desenvolver inovações em atividades regulamentadas nos diversos mercados a exemplo de mercado de capitais, de seguros privados, de pagamentos instantâneos, e terão sua trajetória monitorada e orientada pela agência reguladora.

Com o objetivo de viabilizar a execução dos testes do modelo de negócio inovador com clientes reais de forma que atinja um público amplo, gerem ganhos de produtividade e tragam mais competição, as autorizações concedidas no *sandbox* são acompanhadas de dispensas de requisitos regulatórios, diminuindo assim as exigências ordinariamente aplicáveis às atividades regulamentadas. Mas tudo isso precisa ser feito garantindo a eficiência e a segurança das soluções.

Os *sandbox* regulatórios tem ganhado força no Brasil. Exemplo disso é a Instrução Normativa CVM nº 626, de 15 de maio de 2020, que regulamenta a constituição e o funcionamento do *sandbox* regulatório. Outro exemplo é a Resolução SUSEP Nº 381, de 4 de março de 2020 que estabelece as condições para autorização e funcionamento, por tempo determinado, de sociedades seguradoras participantes exclusivamente de ambiente regulatório experimental (*Sandbox* Regulatório) que desenvolvam projeto inovador mediante o cumprimento de critérios e limites previamente estabelecidos e dá outras providências.

De igual forma o Banco Central editou a Resolução BCB nº 29, de 26 de outubro de 2020 e o Conselho Monetário Nacional editou a Resolução CMN nº 4.865, de 26 de outubro de 2020 no qual estabelecem as diretrizes para funcionamento do Ambiente Controlado de Testes para Inovações Financeiras e de Pagamento (*Sandbox* Regulatório) e as condições para o fornecimento de produtos e serviços no contexto desse ambiente no âmbito do Sistema Financeiro Nacional.

A experiência e os aprendizados acumulados durante a participação no *sandbox* servirão para auxiliar o participante a decidir o que fazer: deixar de desenvolver a atividade regulamentada ou buscar autorização permanente junto ao órgão regulador para poder seguir atuando. Esta experiência aperfeiçoará o regulador com subsídios a eventual nova regulamentação na área específica do projeto.

3.2 A neutralidade tecnológica e a interoperabilidade no mercado

A neutralidade tecnológica tem como objetivo garantir o acesso, amplo e irrestrito, aos usuários finais da rede por meio de sua

conexão de acesso a aplicativos, serviços e conteúdo legais e que não sejam prejudiciais à integridade e confiabilidade da rede física.

Desta forma a neutralidade tecnológica baseia-se no princípio de que todas as informações que trafegam na rede devem ser tratadas da mesma forma, navegando à mesma velocidade, garantindo o livre acesso a qualquer tipo de conteúdo na rede sem ferir a autonomia do usuário.

Desta forma segundo DIOGO; GONÇALVES & KIRA (2020) “a regulação não pode se basear em um tipo particular de tecnologia, isto é, a regulação não deve ser desenhada de modo a cristalizar um modelo de negócios específico”.

O bom funcionamento dos arranjos de pagamento depende, evidentemente, de arranjos regulatórios bem desenhados e adequados às características do mercado.

Assim sendo a regulação deve priorizar a neutralidade e interoperabilidade ao arranjo de pagamento e entre arranjos de pagamento distintos bem como acesso não discriminatório aos serviços e às infraestruturas necessários ao funcionamento dos arranjos de pagamento conforme o artigo 3º da Resolução Bacen nº 4.282, de 4 de novembro de 2013 que estabelece as diretrizes que devem ser observadas na regulamentação, na vigilância e na supervisão das instituições de pagamento e dos arranjos de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), de que trata a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013.

Considerações Finais

Como a evolução tecnológica, a criação de novas plataformas digitais de pagamento, o aumento da participação das *big techs* nos mercados de pagamentos é necessário compreender a natureza dos desafios regulatórios e concorrenciais que nascem com tais soluções.

De acordo com DIOGO; GONÇALVES & KIRA (2020), o avanço tecnológico não pode ser sacrificado pela regulação. A regulação de mercados complexos, a exemplo da indústria de pagamentos, não pode estar restrita a competência de dois órgãos (Bacen e o Cade), mas sim, deve ser uma ação regulatória orquestrada por diferentes órgãos e agências, a exemplo a SENACON e Agência de Proteção de Dados Pessoais, de modo a garantir a proteção de consumidores e segurança jurídica para promoção dos desejáveis investimentos,

tendo em vista que deve abrir caminhos à inovação em favor da sociedade.

Referências

BARBOSA, Marcelo (2018). A autorregulação no mercado de capitais. Disponível em: <<https://www.bsmsupervisao.com.br/assets/file/Marcelo-Barbosa-Valor-Economico-27-11-2018.pdf>>. Acesso em 30 de agosto de 2020

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução Bacen nº 29, de 26 de outubro de 2020. Estabelece as diretrizes para funcionamento do Ambiente Controlado de Testes para Inovações Financeiras e de Pagamento (*Sandbox* Regulatório) e as condições para o fornecimento de produtos e serviços no contexto desse ambiente no âmbito do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema de Pagamentos Brasileiro. Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-bcb-n-29-de-26-de-outubro-de-2020-285009510>>. Acesso em 28 de outubro de 2020

BRASIL. Banco Central do Brasil. Resolução nº 4.282, de 4 de novembro de 2013. Estabelece as diretrizes que devem ser observadas na regulamentação, na vigilância e na supervisão das instituições de pagamento e dos arranjos de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), de que trata a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. Disponível em <https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/48841/Res_4282_v1_O.pdf>. Acesso em 28 de outubro de 2020

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Sandbox* Regulatório. Disponível em: <https://www.gov.br/startuppoint/pt-br/programas/sandbox-regulatorio>>. Acesso em 30 de agosto de 2020

BRASIL. Comissão de Valores Monetários. Instrução nº 626, de 15 de maio de 2020. Dispõe sobre as regras para constituição e funcionamento de ambiente regulatório experimental (*sandbox* regulatório). Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-bcb-n-29-de-26-de-outubro-de-2020-285009510>>. Acesso em 28 de outubro de 2020

BRASIL. Conselho Monetário Nacional. Resolução CMN nº 4.865, de 26 de outubro de 2020. Estabelece as diretrizes para funcionamento do Ambiente Controlado de Testes para Inovações Financeiras e de Pagamento (*Sandbox* Regulatório) e as condições para o fornecimento de produtos e serviços no contexto desse ambiente no âmbito do Sistema Financeiro Nacional. Disponível em <<https://www.in.gov.br/web/dou/-/resolucao-cmn-n-4.865-de-26-de-outubro-de-2020-285019649>>. Acesso em 28 de outubro de 2020

BRASIL. Conselho Nacional de Seguros Privados. Resolução nº 381, de 4 de março de 2020. Estabelece as condições para autorização e funcionamento, por tempo determinado, de sociedades seguradoras participantes exclusivamente de ambiente regulatório experimental (*Sandbox* Regulatório) que desenvolvam projeto inovador mediante o cumprimento de critérios e limites previamente estabelecidos e dá outras providências. Disponível em <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-381-de-4-de-marco-de-2020-246507718>>. Acesso em 28 de outubro de 2020

COUTINHO, DIOGO R.; GONÇALVES, Priscila Brolio; KIRA, Beatriz; (2020). Quem faz o que: coordenação institucional para regulação de mercados digitais. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/quem-faz-o-que-coordenacao-institucional-para-regulacao-de-mercados-digitais-14042020>>. Acesso em 30 de agosto de 2020

COLQUHOUN, Louangela Bianchini (2020). Do 'reco reco' ao *open banking*: a evolução do mercado de pagamentos brasileiro. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reco-reco-open-banking-evolucao-mercado-pagamentos-brasileiro-19102020>>. Acesso em 28 de outubro de 2020

COUTINHO, Diego R. (2019). Forjando o Mercado: sobre *fintechs*, *sandboxes* e competição. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/forjando-o-mercado-sobre-fintechs-sandboxes-e-competicao-17102019>>. Acesso em 30 de agosto de 2020

COUTINHO, DIOGO R.; GONÇALVES, Priscila Brolio; KIRA, Beatriz; (2020). Pagamentos por WhatsApp: por que o Banco Central e o Cade se preocupam? Disponível em: <<https://www.jota.info/>>

tributos-e-empresas/regulacao/pagamentos-por-whatsapp-porque-o-banco-central-e-o-cade-se-preocupam-30062020>. Acesso em 30 de agosto de 2020

COUTINHO, DIOGO R.; KIRA, Beatriz; (2020). O futuro das 'big techs'. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-futuro-das-big-techs-25062019>>. Acesso em 30 de outubro de 2020

CUNHA, Gustavo (2020). *Big techs* invadem o mundo financeiro: qual será o papel dos bancos? Disponível em: <<https://www.infomoney.com.br/colunistas/blog-do-cunha/big-techs-invadem-o-mundo-financeiro-qual-sera-o-papel-dos-bancos/>>. Acesso em 30 de agosto de 2020

D'ALVARENGA, Marcelo C. R. Deschamps; PAIXÃO, Ricardo F.; SILVEIRA, José Augusto G. da. Mercados de dois lados (2006). Disponível em: <http://www.md8consulting.com/publicacao_br/Mercados%20de%20dois%20lados.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2020

FEIGELSON, Bruno (2018) Banco Central inovador. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/regulacao-e-novas-tecnologias/banco-central-inovador-27042018>>. Acesso em 28 de outubro de 2020

LE GRAZIE, Reinaldo. (2019). Regulação para quem precisa: a evolução dos sistemas de pagamentos no Brasil. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/regulacao-para-quem-precisa-a-evolucao-dos-sistemas-de-pagamentos-no-brasil-12082019>> Acesso em 30 de outubro de 2020

LIMA, Marcos F. U. Moraes de; VALENTE, J. C. Lucio (2020). Regulação de plataformas digitais: mapeando o debate internacional. Disponível em: <<http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5100/4650>>. Acesso em 30 de setembro de 2020

MELLO, João Manoel Pinho de; MOURÃO, Ricardo Teixeira Leite (20220). Lei nº 12.865/13: nascimento, evolução e aplicação. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/lei-12865-nascimento-evolucao-aplicacao-21102020>>. Acesso em 28 de outubro de 2020

ROSEIRO, Pedro Augusto Peruzzo; RUIZ, Ana Paula Pereira (2016). CVM e a autorregulação. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/48034/cvm-e-a-autorregulacao>>. Acesso em 30 de agosto de 2020

SETA, Paduan. (2019). O que é *sandbox* regulatório? Disponível em: <<https://paduanseta.jusbrasil.com.br/artigos/712848472/o-que-e-sandbox-regulatorio>>. Acesso em 30 de agosto de 2020.

Tecnologias disruptivas e seus impactos à análise antitruste em mercados relevantes de telecomunicações e audiovisual

Alessandro Guimarães Pereira¹

RESUMO

Este estudo analisa como as significativas transformações em curso nos mercados de telecomunicações e audiovisual, fomentadas pelo avanço de novas tecnologias de conectividade, alteram significativamente a lógica de atuação dos *players*, trazendo novos desafios à disciplina antitruste. A partir disso, o estudo prospecta o surgimento de novas dinâmicas concorrenciais graças às tecnologias disruptivas, como 5G, e diversas formas de relacionamento entre concorrentes em mercados baseados em tráfego de dados, como de plataformas, telecomunicações, audiovisual, OTT, ao passo em que se vivencia o declínio de formas tradicionais de entretenimento e comunicação, como a TV aberta e por assinatura, a telefonia fixa e o SMS. O estudo traz ainda indicativos de redesenho dos mercados investigados, visando auxiliar no aprimoramento da atuação antitruste, seja em controles de estruturas ou em sede de condutas, por meio de noções relevantes a serem consideradas ao se observar a concorrência em mercados caracterizados por alto dinamismo.

Palavras-chave: antitruste; telecomunicações; 5G; *ran sharing*; *open ran*; novos mercados.

ABSTRACT

This article examines how the significant transformations in the telecommunications and audiovisual markets, encouraged by the advancement of new connectivity technologies, significantly changes in the *players* operating logic, bringing new challenges

¹ Especialista em Defesa da Concorrência e Direito Econômico, Analista em Ciência e Tecnologia do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.
E-mail: alessandro.pereira@cade.gov.br

to the antitrust discipline. Based on that, the study looks at the emergence of new competitive dynamics under disruptive technologies, such as 5G, and various forms of relationships between competitors in markets based on data traffic, such as platforms, telecommunications, audiovisual, OTT, befront a decline in traditional forms of entertainment and communication, such as open and pay TV, fixed telephony and SMS. The study also provides indications of redesign in the investigated markets, looking for assist in improving the antitrust performance, whether in structural controls or in the analysis of conducts, through relevant notions to be considered when observing competition in markets characterized by high dynamism.

Keywords: antitrust; telecommunications; 5G; *ran sharing*; *open ran*; new markets.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Metodologia Científica*; 3. *Panorama atual das tecnologias disruptivas em telecom e audiovisual* 4; *Perspectivas no mercado brasileiro* 5; *Análise de possíveis efeitos no mercado* 6; *Desafios futuros à análise antitruste pelo Cade: algumas prospecções*; *Considerações Finais*; *Referências*.

1. Introdução

A análise antitruste em mercados de alta tecnologia vem observando limitações decorrentes da própria natureza deles. O dinamismo tecnológico e as sucessivas aquisições de *players* emergentes por grandes empresas, aliados ao grande conhecimento, escala de atuação e multiplicidade de áreas em que os novos grupos atuam, se por um lado podem aumentar eficiências e gerar inovações (benéficas ao consumidor), por outro lado podem mitigar a concorrência e, no longo prazo, gerar estruturas de mercado que impedem justamente a inovação e a rivalidade entre os *players*. (KHAN,2016; WU,2017)

Sob tal temática, buscou-se investigar as transformações disruptivas em mercados relevantes relacionados às telecomunicações, audiovisual e entretenimento, as quais impactam diretamente a análise antitruste realizada pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade.

Tais transformações vêm sendo sustentadas por fatores como o avanço tecnológico, o qual amplia as capacidades de tráfego de dados por diversos meios, pelo surgimento de plataformas de comunicação e entretenimento totalmente baseadas na internet, pelos efeitos de rede que o aumento de pessoas conectadas traz e, conseqüentemente, pelo aumento da capitalização que todo este novo ecossistema gera, seja diretamente, via assinaturas ou aquisição de determinados pacotes, seja indiretamente via mecanismos de publicidade digital (como os Googles ads).

Na prática já é observado, de maneira muito crítica, o aumento de Plataformas de Conteúdo e OTT (como Netflix, Amazon Prime, HBO Go), que vêm experimentando um incremento significativo de sua base de assinantes, em contrapartida ao declínio de formas tradicionais de entretenimento e comunicação, como a TV aberta, a própria TV por assinatura, a telefonia fixa e formas tradicionais de comunicação escrita (declínio do SMS em detrimento do Whatsapp etc)

Tais transformações não são, por óbvio, neutras, e por tal velocidade, escala e escopo, têm o condão suscitar diversas preocupações ou, ao menos, novos modelos de abordagem à disciplina antitruste, à luz de possíveis limitações atualmente existentes, sendo este debate o interesse da presente pesquisa.

A preocupação principal foi de trazer luz a questões, notadamente em mercados tecnológicos relacionados às telecomunicações e audiovisual, que podem gerar preocupações concorrenciais e que, dada a velocidade e tamanho das transformações, podem não ter ainda abordagens suficientemente efetivas quando da análise, pelo Cade, de fusões e aquisições ou de possíveis condutas anticoncorrenciais entre *players* horizontalmente ou verticalmente relacionados.

O tema é relevante porque o seu aprofundamento pode trazer ferramentas ou, ao menos, pontos importantes de alerta ao Cade quando da análise de concentrações ou de condutas unilaterais envolvendo empresas atuantes em mercados relacionados ou que desejam neles atuar.

O que se observa em tais mercados, por seu dinamismo e volume informacional nos quais se sustentam, é, por exemplo, o condão de produzir simultaneamente efeitos absolutamente contraditórios nas análises antitruste: à primeira vista, torna-se plausível que um

determinado player esteja, por exemplo, adotando práticas típicas de condutas unilaterais, gerando efeitos anticompetitivos e, ao mesmo tempo, que sua mesma atuação esteja possibilitando ganho de eficiências que, em curto prazo, não são observáveis, mas que maximizam o excedente do produtor e do consumidor, no longo prazo, com impactos positivos ao bem-estar geral.

Da mesma forma, torna-se crível que o contrário também possa ocorrer simultaneamente, sendo um desafio à autoridade antitruste aperfeiçoar a abordagem mais correta para cada caso.

Por tal razão, mais que efetuar a análise de efeitos ou pesar eficiências produzidas, o desafio posto à autoridade antitruste parece atrelar-se ao modo mais efetivo de observação e de abordagem dos diversos temas em tempo real, sendo conveniente, portanto, uma gama maior de conhecimento sobre os fenômenos detectados.

Ainda que este estudo proposto não se esgote, naturalmente porque efetua prognósticos sobre o futuro a partir de um rol de fatos já conhecidos e de experiências de outras jurisdições, espera-se que, ao menos, sirva de contribuição para abordagens diversas sobre a temática. Tais abordagens, acredita-se, podem enriquecer o modelo analítico da agência antitruste, trazendo à tona questões que podem gerar, por exemplo, riscos concorrenciais não suficientemente abordados nos modelos mais recorrentes de análise.

2. Metodologia científica

A pesquisa buscou realizar prospecções à luz de uma realidade já conhecida, ainda que em veloz mutação, relacionada ao comportamento dos mercados de telecomunicações a partir da implantação das mais recentes tecnologias, notadamente a de rede 5G.

A partir de tais fatos conhecidos, por meio de método indutivo, buscou-se avaliar as transformações que estão gerando nos comportamentos dos *players* e, a partir de alguns fenômenos detectados, realizou-se a definição de questões antitruste relevantes ao Cade para os próximos anos em mercados relacionados às telecomunicações e audiovisual.

Para tanto, dados os fenômenos observados, trabalhou-se inicialmente com a hipótese de que os diversos mercados relevantes relacionados às telecomunicações e audiovisuais, dada

a convergência de produtos e de cruzamentos entre empresas, tenderia a se direcionar a um mercado relevante único, na dimensão produto, semelhante a um modelo de *attention market* (WU,2017), em que a análise de poder de mercado tenderia, em futuro próximo, a considerar como concorrentes diretas as empresas que, ao convergirem plataformas digitais e agregadas, disputam a atenção do cliente para seus próprios produtos.

O teste da hipótese revelou, no entanto, que a realidade presente, com impactos significativos em médio prazo (um período de 5-7 anos), é ainda anterior a esta preocupação, tendo sido mais relevante observar os arranjos já visíveis entre diversos *players*, notadamente fora do Brasil, visando indicar quais serão os desafios analíticos mais sensíveis à autoridade antitruste e que podem servir de referência para casos dentro do país.

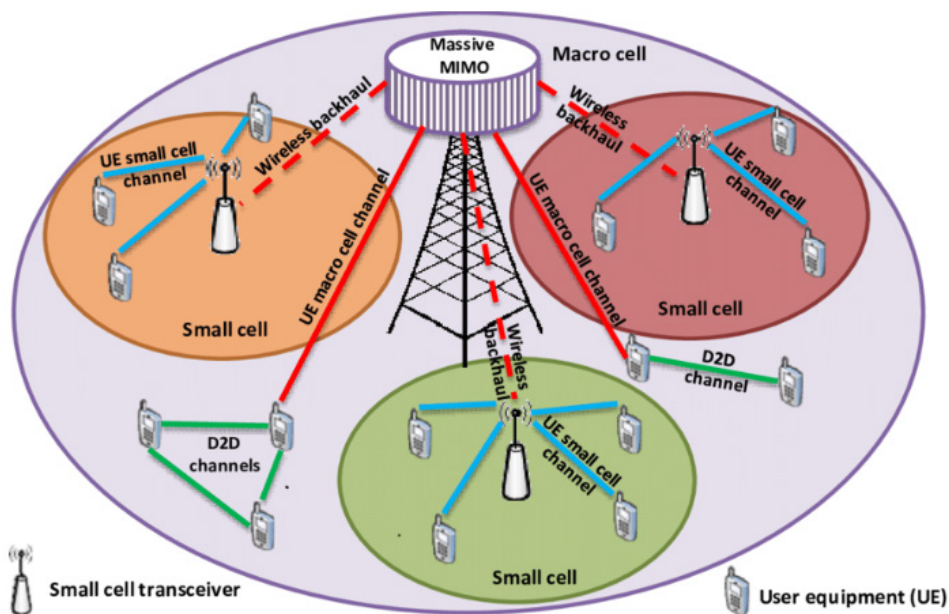
3. Panorama atual das tecnologias disruptivas em telecom e audiovisual

O recente bloqueio à operação da empresa de tecnologia Huawei nos Estados Unidos é um dos reflexos mais evidentes da guerra comercial entre aquele país e a China, refletindo-se no funcionamento de infraestruturas passivas e a distribuição dos componentes vitais (estruturas ativas) para o 5G pela empresa chinesa. Empresas norte-americanas como Qualcomm, Intel, Micron e Apple, além de empresas estrangeiras, mas com forte presença nos Estados Unidos, como a Samsung, são clientes da Huawei. Da mesma forma, a Huawei utiliza em seus equipamentos componentes de empresas norte-americanas, de forma que este conflito vem dificultando sua atuação mundial (ela possui, por exemplo, 25 parcerias comerciais com a Europa e 10 com o oriente médio) e colocando em dúvida o modelo, os custos e o tempo de implantação da tecnologia 5G em todo o mundo. A Huawei é líder tecnológica e, com certa distância frente aos rivais, detentora de maior escala de atuação. A relevância deste caso extrapolou, naturalmente, a guerra comercial, gerando questões relevantes aos mercados de telecomunicações em todo o mundo, os quais que já estão se posicionando para implantar o 5G: quanto tempo efetivamente se levará para implantar a tecnologia, qual modelo para o suprimento da infraestrutura e sob quais custos isso ocorrerá?

A tecnologia 5G corresponde à quinta geração de conectividade de dados e de internet móvel, representando o principal segmento dentro do mercado relevante de Serviço Móvel Pessoal (SMP) e para a qual se preveem velocidades de download e upload de dados drasticamente maiores que atual 4G, cobertura mais ampla e conexões mais estáveis. Opera com uma latência menor, ou seja, reduzindo sensivelmente o tempo de transmissão de uma quantidade muito maior de dados. Seu funcionamento se dá em faixas de frequência mais altas, de maior capacidade, mas com comprimentos de ondas menores, com alcance mais curto. (J. G. Andrews et al, 2014; F. K. Jose et al, 2018). O 5G é naturalmente vinculado à massificação da Internet das Coisas (IOT), a qual permite, por exemplo, a viabilidade de veículos autônomos e melhoria nos sistemas de transporte, reforço tecnológico e comunicacional à automação industrial e *Machine to Machine* (M2M), otimização de sistemas e cadeias de logística, reforço à eficiência no agronegócio, transformação das cidades por meio da integração total entre diversos serviços públicos e demandas dos cidadãos. Em resumo, o aporte tecnológico do 5G para o IOT indica uma transformação semântica da sociedade no que diz respeito à eficiência na integração entre as pessoas e as coisas e, por isso mesmo, no consumo e na produção.

Para viabilizar sua implantação e garantir alcance e cobertura, haverá um rearranjo da infraestrutura existente para operação dos espectros de radiofrequência para armazenamento e difusão dos dados, de forma que a integração vertical já existente no mercado também sofrerá transformações. Atualmente o SMP é altamente integrado ao mercado relevante de serviços de construção, gestão e operação de infraestrutura para telecomunicações (CADE,2019). Para além das tradicionais torres de transmissão dos tipos *rooftop* e *greenfields*, que já estão instaladas em grandes centros urbanos, haverá um aumento exponencial das antenas/módulos menores, do tipo *small cells* e da denominada tecnologia MIMO (multiple-input multiple-output) (TELECO,2019). O esquema abaixo apresenta uma estimativa de como será montada a estrutura física para transmissão de dados na tecnologia 5G:

Figura 1 - Arquitetura de transmissão do 5G combinando tecnologia Massive MIMO e *small cells*



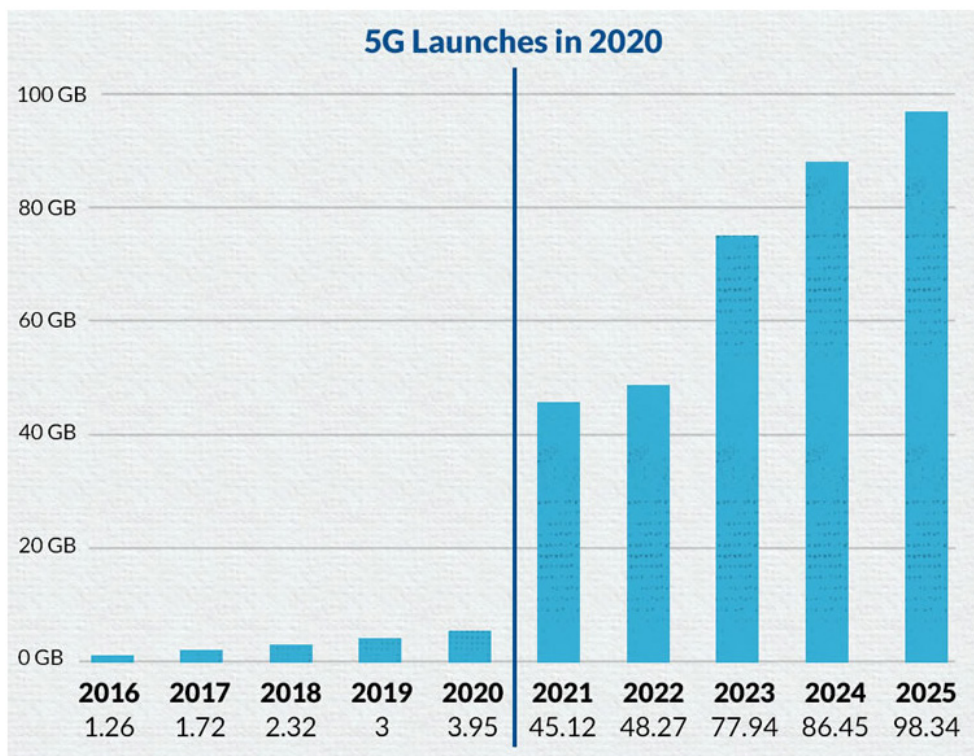
Fonte: Portal Researchgate. In: https://www.researchgate.net/figure/Heterogeneous-architecture-of-5G-with-combination-of-Massive-MIMO-and-small-cells_fig1_328836812 - acesso em 10.09.19

Trata-se de um novo mercado de infraestrutura a ser explorado pelas tradicionais *towercos* (empresas de torres de comunicação), pelas *telcos* (operadoras de telecom) e possivelmente por *players* integrados em outros mercados com interesses futuros relacionados a IOT, posto que a massificação de *small cells* e novos componentes tecnológicos que viabilizam um grande volume de dados tendem a criar novos nichos de mercado. Dado que a guerra comercial envolvendo a Huawei já envolve o domínio tecnológico e a escala de distribuição, instalação e manutenção de equipamentos deste nível, a exploração dos mercados de dados (notadamente o ‘atacado de dados’) em grandes centros urbanos tende também a extrapolar a dicotomia atual entre *telcos* e *towercos*.

Os custos devem ser considerados ao se prospectar estes novos nichos. Haverá um alto custo a ser pago pelas frequências adquiridas nos leilões da ANATEL, para implantação da tecnologia e sua infraestrutura física e também para sua massificação, com retorno estimado dos investimentos em um prazo de 10 anos (GSMA,

2018). Por outro lado, o 5G significará um aumento exponencial na disponibilidade para tráfego e volume de dados, graças a estas novas redes e frequências, sendo presumível que haverá capacidade ociosa de *essential facility*, mesmo com o aumento estimado para o futuro, conforme gráfico abaixo, do uso de dados pelos consumidores em varejo ou no atacado.

Figura 2 - Estimativa de consumo de dados por mês com a implantação do 5G



Fonte: <https://5g.co.uk/news/video-streaming-and-faster-5g-speeds-data-usage-surge/4274/> - acesso em 25.05.19

Ao ponderar-se estes fatores, a saber, altos custos e capacidade ociosa presumida, é natural que venham a ocorrer mais contratos de *Ran sharing* entre operadoras de telefonia incumbentes, as quais visarão reduzir custos operacionais e obter economias de escala na implantação e na acomodação à nova tecnologia.

É fato que, do ponto de vista racional/econômico, empresas concorrentes celebram contratos de *Ran sharing* para otimizar o uso de infraestruturas, com objetivo de reduzir custos operacionais sem deixar de atender às exigências técnicas e legais do órgão regulador.

Isso porque é exigido das operadoras, pela Anatel, padrões de qualidade de atendimento e cobertura e contrapartidas em atender áreas do território que são menos atrativas comercialmente, dada sua baixa densidade populacional, como os municípios menores (até 30.000 habitantes) e as áreas rurais. No mesmo sentido é argumentado pelo GSMA Association (GSMA;2019), sobre este aspecto racional/econômico para celebração de contratos de *Ran sharing*:

Um dos principais objetivos do compartilhamento da RAN em mercados é reduzir os custos operacionais da rede em um ambiente de crescente pressão descendente no ARPU. Compartilhar parte ou toda a rede RAN produz economias substanciais para os operadores e estima-se que a economia de custos poderia aumentar o fluxo de caixa livre em até 20% para um operador europeu típico. O compartilhamento de RAN também pode ser comercialmente atraente em áreas rurais e periféricas com baixa densidade de assinantes e menor ARPU. Em áreas urbanas densas, como os centros das cidades, os operadores precisam ter densidade maior de antenas para garantir padrões de qualidade mínimos. Isso aumenta o custo de equipamentos e implantação, o que incentiva o compartilhamento.

*Onde as redes existentes se sobrepõem, o compartilhamento de RAN permite aos operadores a flexibilidade de reimplementar infraestrutura para áreas mais remotas anteriormente não atendidas. O compartilhamento de RAN produz receitas incrementais para ambas as partes, pois aumenta implicitamente a cobertura de ambas as redes. Isso lhes permite capturar tráfego que poderiam ser incapazes de capturar. A escala disso dependerá das circunstâncias individuais dos operadores, sendo difícil estimar-se devido aos muitos fatores envolvidos, como geografia, cobertura e sobreposição de rede. Os acordos também precisam demonstrar conformidade com os requisitos regulamentares. **(tradução própria)**.*

Tais acordos já são muito comuns na tecnologia legada do 4G. Como exemplos, têm-se: na Austrália, as empresas Telstra e a Hutchinson realizam, desde 2004, acordo de compartilhamento de redes que envolvia também o espectro de radiofrequência; na Índia, a Autoridade Reguladora de Telecomunicações da Índia (TRAI) vem recomendando o compartilhamento de infraestrutura como uma forma de aumentar a cobertura de telefonia móvel no país, por meio de uma iniciativa denominada “Projeto Mais; em Hong Kong, as operadoras de telecomunicações também foram encorajadas a efetuar compartilhamento de infraestrutura pela Autoridade de

Telecomunicações (“AT”) em localidades que fossem consideradas de interesse público e, em outras localidades, mediante a percepção de que tal compartilhamento fosse conveniente em função de fatores como capacidade disponível, viabilidade técnica e aumento da eficiência; nos Estados Unidos observa-se também um aumento nos acordos do tipo *RAN sharing*, com possibilidade de compartilhamento de espectro, envolvendo empresas que são concorrentes em nível nacional, como por exemplo entre T-Mobile, Cingular, AT&T e Verizon. Os casos são normalmente analisados pela Federal Communications Commission (“FCC”), havendo uma postura menos intervencionista por esta Comissão quanto à aprovação de tais acordos. (CADE; 2020)

Assim, verifica-se, como desdobramento natural, o surgimento de novas formas de compartilhamento de infraestrutura ativa e passiva de rede de telecomunicações, como os denominados arranjos de redes neutra ou *open RAN*, que já ocorrem em outros países. O *Open Ran* é um conceito de compartilhamento de rede que cria a possibilidade de um ambiente RAN aberto, com interoperabilidade entre diferentes fornecedores e ocorrendo em um conjunto de interfaces definidas (NOKIA,2020), dentro do qual diversos *players* concorrentes podem atuar e competir pelos serviços prestados à jusante, ou seja, no mercado consumidor que necessita dos dados e velocidade trafegados justamente neste ambiente de *Open Ran*. Em tese, redes de *Open Ran* são como vias de alta velocidade de caráter neutro, com custos compartilhados por todos os participantes.

Países como Estados Unidos, China, Japão e do continente europeu possuem diversas empresas atuando para realizar este tipo de compartilhamento, o que já vem demandando atuação dos órgãos fiscalizadores de cada nação, como se lê no caso norte-americano:

U.S. Federal Communications Commission brought together a variety of Open RAN stakeholders for its Forum on 5G Open Radio Access Networks. While greenfield operators like DISH and Rakuten Mobile seemed steadfast in their conviction that Open RAN was ready to go today, representatives from AT&T and Verizon noted their excitement and work on disaggregated radio access network hardware and software, but also honed in on challenges to adoption. Open RAN is a red hot topic in the telecom industry as proponents tout the ability to take cost out of RAN by moving from proprietary technology stacks to more flexible, multi-vendor kit. Telefónica, for instance, announced last week it's looking to massively deploy Open RAN sites in

the 2022-2025 timeframe; Global CTIO Enrique Blanco called the shift to commoditized hardware a “necessity.” Another angle here is developing a U.S.-based vendor ecosystem that can be used to replace Huawei equipment domestically and foster competition against the Chinese giant globally. (RCR,2020).

Para além da mera preocupação com fornecedores bloqueados em seus mercados², há um evidente interesse entre os *players* em compartilhar custos e redirecionar sua atuação em diversos níveis da cadeia ou, ao limite, transformar sua própria posição no mercado, como se observa com a empresa japonesa Rakuten:

Rakuten Mobile e Telefónica, dois dos maiores defensores da rede Open RAN entre a comunidade telco, firmaram um acordo para cooperar no desenvolvimento de redes abertas desagregadas de acesso de rádio, bem como 5G core e sistemas OSS de próxima geração... (...) A natureza formal da relação é mais um sinal da construção do ímpeto por trás do movimento Open RAN, que visa fomentar opções de tecnologia alternativas, abertas e de vários fornecedores para o fornecimento e construção de redes de acesso de rádio (públicas e privadas). (tradução própria) (TELECOM,2020).

4. Perspectivas no mercado brasileiro

O mercado de telecomunicações no Brasil, à semelhança de outros países, é concentrado no Brasil, possuindo atualmente 4 grandes *players* estabelecidos, a saber, Telefónica (Vivo), Claro, Tim e Oi. Tal concentração restará mais evidente no mercado de telefonia celular (mercado *SMP*), com a saída da empresa Oi deste segmento. (TELESÍNTESE; 2020). Tal constatação fornece certa segurança analítica aos desdobramentos a futuro de tais mercados em território nacional, à medida que o comportamento que se observa no país pode ser semelhante ao que ocorre em outras jurisdições. Reforça tal percepção o fato de que os *players* presentes no Brasil atuam também em grande parte desses países.

Os tradicionais acordos do tipo *Ran sharing*, comuns em outros países, como se viu, também o são no Brasil, e envolvem desde o compartilhamento de infraestrutura, como torres e equipamentos

² Como é o caso da Huawei x Estados Unidos

de transmissão até elementos ativos das redes, como o próprio espectro de radiofrequência e elementos de tráfego de dados em diferentes tecnologias (MORAN, MOCN ou GWCN, por exemplo), como se observam em atos de concentração já analisados pelo Cade.³

Em análise recente, assim o entendeu a Superintendência Geral deste Conselho:

Cumprir reforçar, ainda, a constante preocupação deste Cade em acompanhar, de maneira mais ampla, os movimentos do mercado de telecomunicações em nível mundial que, oportunamente, resvalam na atuação dos players no Brasil. Resta cada vez mais evidente que a implantação da tecnologia 5G alterará significativamente a atual dinâmica entre empresas do setor. Pelos altos custos de investimentos (inclusive para aquisição de espectro), por uma dependência significativa de poucas empresas mundiais fornecedoras de insumos e pela exponencial capacidade de tráfego proporcionada pela nova tecnologia, vislumbra-se um crescimento mais agudo de acordos do tipo RAN sharing. Neste sentido, aponta a consultoria McKinsey:

Como nas gerações anteriores de compartilhamento, o compartilhamento de rede 5G pode ser ainda mais adaptado para suportar as diferentes necessidades dos concorrentes, como através da profundidade do compartilhamento (small cells versus as camadas macros de 5G/IoT) ou da criação de diferentes modelos de compartilhamento em mercados urbanos competitivos versus cobertura de áreas rurais. A adaptação de negócios a situações específicas permite que operadores com diferentes necessidades encontrem um terreno comum e descubram novas economias. Nos casos mais extremos - para maximizar os benefícios - uma única rede 5G poderia ser construída, na qual todos os participantes do mercado obtivessem acesso por atacado. A entrada no mercado ainda seria controlada pela propriedade do espectro, e a concorrência por serviços permaneceria inalterada. Alguns reguladores, como na Austrália e Cingapura, estão promovendo essa noção de redes fixas. Muitos players da cadeia de valor já começaram a apostar no compartilhamento de rede. As empresas de torre, por exemplo, estão prevendo a densificação nas áreas urbanas e já começaram a garantir o acesso a postes de iluminação e direitos de passagem e a comprar infraestrutura de fibra.

3 Como nos Atos de Concentração: 08700.003536/2013-24 (Telefónica e Claro); 08700.002975/2014-09 (Tim, Oi e Telefónica); 08700.011507/2015-06 (Tim e Telefónica); 08700.010033/2015-77 (Tim, Oi, Telefónica e Claro); 08700.003598/2016-89 (Telefónica e Nextel); 08700.002276/2018-84 (Tim e Oi) e, mais recentemente, 08700.006163/2019-39 (Telefónica e Tim).

O mesmo estudo estima que acordos de RAN sharing na implantação do 5G podem gerar economias acima de 40% entre os players, ou seja, há grandes incentivos racionais/econômicos para que tais acordos continuem a crescer. Tal perspectiva trará novos desafios analíticos à autoridade antitruste, uma vez que serão avaliadas operações que, em tese, poderão, inclusive, fazer surgir novos mercados e, por isso mesmo, possíveis novas estratégias competitivas. (CADE; 2020).

Ao mesmo tempo, como vem ocorrendo em outros países, o mercado brasileiro abriu-se também às operadoras do tipo *Mobile Virtual Network Operators* (“MVNO”)⁴, as quais não possuem redes ou frequências próprias e operam em Rede Virtual (RRV-SMP), viabilizadas por meio de contratos com outras operadoras de SMP. Pelas próprias características do mercado atual, as MVNO compram lotes de serviços (minutos de voz, pacotes de dados, SMS, MMS, etc.) das operadoras maiores em um sistema de atacado, os revendendo aos segmentos que visam atingir. São empresas com menores custos operacionais e baixos custos afundados e que atualmente dependem da oferta de operadoras maiores para entrarem e se manterem no mercado.

A ampliação da capacidade disponível e os altos custos com o 5G indicam que as MVNO terão um novo status no mercado, podendo adquirir pacotes maiores das operadoras incumbentes, atuando assim como financiadoras do próprio crescimento deste mercado ou, ainda, atuando como novos entrantes e financiadores de redes junto às empresas incumbentes no modelo de rede do tipo *Open Ran*.

É por tal razão que empresas do tipo MVNO, entrantes, poderão inclusive ser empresas verticalizadas, como empresas plataforma, atuantes em mercados de dois lados ou empresas que atuem em mercados ‘tradicionais’ em que tráfego e volume de dados podem ser uma *proxy* fundamental para evolução dos próprios negócios via IOT para permanência no mercado: bancos, seguradoras, empresas de logística, planos de saúde etc.⁵

4 Conforme regulamentado pela Resolução ANATEL nº 550/2010.

5 Reforça-se, aliás, que no Brasil a própria seguradora Porto Seguro já atuou como MVNO no mercado de SMP, tendo saído deste em 2018. Há uma tendência, no entanto, dada a alta necessidade de financiamento do 5G, de um retorno deste movimento por empresas atualmente ‘alheias’ ao mercado de telecom *strictu sensu*.

Conforme estudo recente da citada GSMA Intelligence,

5G and IoT will open up new opportunities to tap diverse enterprise demands in sectors from manufacturing to power generation. The push to the edge raises a tension. Services could be hosted solely within the operator's own network (private hardware) or on hardware owned and operated by third-party cloud providers (public hardware). Telcos will become frenemies with Amazon Web Services (AWS), Microsoft, IBM and other cloud companies: on the one hand, they will compete for enterprise clientes on low-latency IoT and analytics; on the other hand, they will be partnering or outsourcing for capacity. For operators, this raises the question as to whether IoT and 5G enterprise services will be sold as connectivity only (lower value) or as part of a service package including analytics (higher value). It may be that high-grade connectivity is offered as na 'anchor service' but not priced independently of the wider service package. In any case, consultant-style thinking "in the client's shoes" becomes as important as off-the-shelf technology sales. (GSMA,2019).

Verifica-se, por fim, movimentos no Brasil em mercados altamente impactados pelo avanço tecnológico no tráfego e na velocidade de dados, como o das redes de fibra ótica de alta velocidade (FTTH) que rivalizarão, à jusante - e de maneira complementar - à revolução 5G em curso, havendo neles também um avanço nos investimentos e mudanças nos modelos de negócios de *players* visando redução de custos, aumento de lucratividade e foco em novos tipos de clientes. Exemplo mais evidente é observado no reposicionamento estratégico da própria empresa Oi que, como explicado, está saindo do mercado do SMP para dedicar-se quase exclusivamente ao FTTH visando, no entanto, concorrer com as próprias operadoras de SMP em um futuro de curto prazo em mercados relevantes que, embora distintos no atacado, se cruzam do ponto de vista da oferta, nos mercados à jusante, a saber, o de consumo final.

5. Análise de possíveis efeitos no mercado

À luz das realidades em rápida transformação, como indicado anteriormente, cumpre observar-se que a atuação dos mercados de telecomunicações ocorre de maneira concorrente e vinculada à própria transformação dos mercados digitais, que envolvem as relações de consumo por entretenimento e de *e-commerce* por meio das denominadas Plataformas.

Esta preocupação antitruste em mercados de Plataforma, por exemplo, já vem sendo explorada por diversos autores e sendo uma temática recorrente, inclusive, da dita escola *neo-brandeisiana*. De tais discussões, importa ressaltar a noção de que há cada vez mais preocupações a serem enfrentadas por autoridades antitruste e que envolvem concentração, exercício de poder de mercado e abuso de posição dominante por empresas que intermediam atividades econômicas valendo-se de uma plataforma virtual, geradora e consumidora de dados.

A este respeito, são oportunas as palavras de Lina M. Khan, no já célebre artigo *Amazon's Antitrust Paradox*, sobre possíveis efeitos na atuação de empresas que se tornam plataformas digitais dominantes, como a Amazon:

Como as holdings de bancos, a Amazon - juntamente com algumas outras plataformas dominantes - agora desempenha um papel crucial na intermediação de faixas de atividade econômica. A própria Amazon controla efetivamente a infraestrutura da economia da Internet. (...) Permitir que uma plataforma dominante verticalmente integrada opte por quem disponibiliza seus serviços e em que termos, tem o potencial de distorcer a concorrência leal e a economia como um todo. (KHAN,2016) (tradução própria).

O advento do 5G e das tecnologias congêneres tenderá a potencializar o efeito de convergência das empresas de telecomunicações, detentoras dos direitos de uso do espectro de radiofrequência, pois a ampliação da capacidade e o incremental tecnológico facilitarão a conectividade e a distribuição de novos serviços. Para além dos elementos tradicionais de convergência já existentes no mercado, como os que agregam STFC, SMP, SCM (FTTH) e TV por assinatura, há a tendência de se agregarem diversas plataformas OTT, parcerias para produção de conteúdo, serviços de armazenamento na nuvem e serviços de gestão de IOT para pessoas físicas e para grandes empresas, por exemplo.⁶

Por outro lado, à luz do citado por Khan, haverá um reforço substancial aos outros tipos de convergência por *players* 'multiplataforma', atuando em diversos mercados, verticalmente integrados ou não, mas com atuação em escala e acúmulo de base

6 Observa-se que há uma tendência de que o legislador libere a propriedade cruzada entre programadores e distribuição de conteúdo, conforme Projeto de lei nº 3.832/2019.

informativa que podem gerar desequilíbrios concorrenciais em quaisquer dos mercados relevantes em que atuam, ainda que ocorram, por exemplo, benefícios ao consumidor por queda de preços via empacotamento, ganhos de escala ou, simplesmente, por estratégia ampliada de ‘compra de mercados’.

Para além da Amazon, empresas como Uber e Netflix tem estratégias de conquista de mercados que, inclusive, podem abrir mão da rentabilidade no curto prazo, visando aumentar, *a priori*, o valor da própria empresa por meio da captação de clientes e da integração deles ao seu modelo de oferta. A empresa, e suas ações, se valorizam pelo modelo disruptivo e pela aposta na crescente base de clientes. A redução de margem é entendida como um investimento e as ações se valorizam, gerando EBITDA futuro, com expectativa de crescimento efetivo da empresa pelo aumento de sua base, fidelização e controle sobre a escolha dos clientes fidelizados.

Prospecta-se uma tendência de empresas de tecnologia tornarem-se, grosso modo, plataformas de diversos serviços em varejo e atacado, sendo indutoras de novas demandas e novos mercados (dos quais também serão as pioneiras), ou seja, poderão agregar os serviços e juntar *players* de mercados distintos visando não só aumentar portfólio, mas de criar integrações verticais também disruptivas, potencializando o que se define como ‘efeito Amazon’, ou efeito ‘multiplataforma’.

Para o caso específico da atuação com a tecnologia 5G, tem-se um fato regulatório brasileiro que é definido pela ANATEL (ANATEL, 2016), o qual prevê a obtenção de espectros de radiofrequência por meio de leilões com especificações de destinação, como SMP e Serviço de Comunicação Multimídia (SCM). A implantação do 5G, aliás, tende a se iniciar com forte impacto neste último mercado, dado que haverá mais facilidade para se oferecer banda larga residencial wireless, reduzindo potenciais custos de infraestrutura a varejo e alterando a concorrência existente no mercado atual.⁷ Tal estratégia, no entanto, tende a ser rebatida por empresas atuantes em fibra ótica (FTTH), justamente porque, dada a dimensão continental do

7 Como se lê, por exemplo, em <https://canaltech.com.br/telecom/tim-inaugura-centro-de-pesquisas-para-o-5g-para-levar-maior-impacto-a-industria-149113/> - acesso em 10.09.19 e em <https://pcworld.com.br/5g-no-brasil-huawei-faz-testes-com-tim-claro-oi-e-vivo/> - acesso em 01.09.19.

país, podem atender e complementar as lacunas ou as falhas de atuação das empresas em 5G, sendo, assim, um aspecto favorável ao bem-estar do consumidor.

Por tais cruzamentos e modelos concorrenciais emergentes, é possível que não se observem divisões futuras quanto à dimensão produtos nos mercados de tráfego de dados de telecomunicações, ou seja, mercados de SMP, SCM-FTTH tendem a se tornar únicos, com potencial de se agregarem a estes também outros mercados, de modo que o produto de toda essa convergência seja a *proxy* tanto pela ótica da oferta como pela demanda, resultando em concorrência por pacotes e serviços agregados. Tais pacotes poderão, por exemplo, oferecer ao consumidor final diversos produtos que trafegam em uma grande faixa de dados, envolvendo telefonia celular, uso ilimitado de aplicativos, banda larga residencial (ou transportada para um número definido de localidades), acesso a plataformas OTT, acesso a armazenamento na nuvem, *download* de conteúdos diferenciados e acesso a serviços de IOT (como: câmeras de monitoramento residencial; rastreador de veículos, animais domésticos e crianças; acesso a plataformas de dados inteligentes para busca diferenciada de produtos, passagens, hospedagens etc.).

Este parece ser um ponto de partida para este mercado, mas o seu desenvolvimento agregará diversos novos conceitos de consumo que ainda surgirão.⁸ Portanto, o relacionamento das atuais operadoras de telecomunicações com o mercado imporá mudanças nos seus *business core*, impondo reconfigurações significativas em seus nichos de atuação, além de indicar que o estabelecimentos de parcerias, *joint ventures* e diversificação dos negócios significarão a própria sobrevivência em novos mercados.

Estudo prospectivo elaborado pela Singularity University (CLEAR,2018) indicou o impacto de novas tecnologias para o surgimento de novos mercados, ano a ano, até 2038. A grande maioria dos pontos levantados envolvem mudanças disruptivas e todas elas dependem de IOT e de alto tráfego de dados, como

8 Como, aliás, parecem convergir as estratégias de *players* de comércio ainda tradicional que migram ao e-commerce com altos investimentos e escala e escopo e visam aquisição de empresas de logística, visando integrar verticalmente suas posições de vendas às entregas, otimizadas por plataformas digitais especiais que reduzem o custo do frete e o tornam mais dinâmico. Veja-se o interesse recente de empresas, como Magazine Luiza ou Via Varejo na iminente aquisição dos Correios.

carros autônomos, impressoras 3D para roupas, agricultura vertical eficiente, alto tráfego de drones, geração de energia solar e eólica, acompanhamento da saúde etc.

Isso impõe também desafios ao Cade. O mercado de telecomunicações tal qual existe atualmente já é objeto de preocupações concorrenciais, seja por ser concentrado, seja porque há movimentos que podem incentivar a uma redução ainda maior do número de *players*, com riscos inclusive de coordenação entre agentes econômicos (CADE,2019) em acordos de compartilhamento (em redes RAN), por exemplo. Ao mesmo tempo, como visto, este mesmo mercado já se movimenta frente ao futuro próximo com o 5G e os presumíveis impactos aqui resumidamente abordados e que definirão novos modelos concorrenciais. Tais modelos serão baseados na multiplicidade de serviços e com possibilidades de agrupamento de *players* de mercados distintos, integrados sob a lógica do 'mercado por dados', o que pode representar verticalizações ao limite. Empresas concorrentes em mercados distintos, mas com uma atenção a um mesmo consumidor final, tenderão a, cada vez mais, trocar ou adquirir serviços entre si, aumentando potencialmente os riscos de conflitos de interesses ou de coordenação tácita entre agentes. Em mercados de Plataforma de Comunicação como Serviço ou *Communications Platform as a Service* (comumente *CPaaS*), por exemplo, é comum o comércio entre empresas de telecomunicações e *big techs* (como Google e Facebook) de insumos-chave para o funcionamento do mercado, como revenda de SMS (pelas operadoras) e revenda de pacotes de OTT (pelas *big techs*).

Situações contraditórias podem ocorrer simultaneamente, cumprindo-se sopesá-las com um olhar apurado - e tecnicamente qualificado - à luz da teoria e da realidade detectada. A capacidade da autoridade antitruste de se efetuar análises também indutivas, típica do Cade, será aguçada com estes desafios postos.

Uma tecnologia divisora como o 5G pode estimular mais inovações, novos mercados, e, conseqüentemente, novo entrantes, reduzindo preços e promovendo maior bem-estar geral, mas, ao mesmo tempo, pode incentivar a atuação conglomerada ou em estruturas verticalmente fechadas, cujos dados são a *essential facility* que permite ao agente exercer poder de mercado e abusar de sua posição dominante.

Tais riscos, aliás, são significativamente endereçados em recente estudo do *House Judiciary Committee* dos Estados Unidos, intitulado *Investigations of Competition in Digital Markets*, em que se observa:

By using market power in one area to advantage a separate line of business, dominant firms undermine competition on the merits. By functioning as critical intermediaries that are also integrated across lines of business, the dominant platforms face a core conflict of interest. The surveillance data they collect through their intermediary role, meanwhile, lets them exploit that conflict with unrivaled precision. Their ability both to use their dominance in one market as negotiating leverage in another, and to subsidize entry to capture unrelated markets, have the effect of spreading concentration from one market into others, threatening greater and greater portions of the digital economy. (COMMITTEE; 2020).

Teorias relevantes sobre análise de possíveis práticas exclusionárias, como relacionadas às políticas de descontos ou pacotes (*rebates e bundling*), tendem a acolher novas estruturas de análise, sendo relevante seu conhecimento e sua abordagem frente ao surgimento de outras realidades (relevante, por exemplo, teorias de MOTTA, FUMAGALLI *et al.*; 2018).

Em recente estudo, o grupo de trabalho em economia digital das agências antitruste dos BRICS endereçou estes potenciais e também as preocupações:

As Brazil states, large amounts of data about a user's preferences and characteristics are crucial to inform the creation of content that is better tailored to people's interests, as well as for the development of more efficient products and services. In other words, as presented by India, the use of big data by firms for the development of products and processes has the potential to generate substantial efficiency and productivity gains, as the information harvested by internet companies contribute to the reduction of production costs and to quality improvement in such markets. The development of innovation technologies such as ecommerce, ride hailing apps, online wallets and web-based search services are dependent on the data held by firms. The CCI notes that the rise of new business models based on collection and processing of big data is currently shaping the world, and that with the development of data mining and machine learning, businesses are able to offer innovative, high-quality, and customized products and services at low or zero monetary prices. Further, data could be used to better target advertising and generate artificial intelligence (AI) based innovations, generating high revenues. However, a number of competition problems can arise due to the need to access and use big data. As stated by CADE, precisely because

the collection and processing of data are determinants to which companies can compete and thrive in digital markets, restrictions in the access to data can prevent companies from offering goods and services at competitive levels, which makes them less likely to survive in data-driven markets, leading to a decrease in competition. As an example, in 2016, the Brazilian antitrust authority analyzed a case in which Brazil's leading banks formed a joint venture for credit scoring. Credit scoring companies are two sided platforms with strong network effects. Financial institutions are the main suppliers of inputs (information about users' financial transactions) to credit bureau, while they are also the main consumers of bureau's products (credit scores). Thus, CADE was concerned the transaction would lead to vertical integration. In this case, CADE analyzed whether data (information about consumers) was an entry barrier. (CADE et al; 2019).

Destaca-se que a relevante participação do Cade neste grupo reflete, por oportuno, a constante busca desta Agência antitruste em atuar na vanguarda do tema, internacionalmente.

6. Desafios futuros à análise antitruste pelo Cade: algumas prospecções

O avanço sistemático e exponencial de novas tecnologias de rede e comunicacionais vêm gerando um redesenho dos negócios das operadoras de telecomunicações. Ao mesmo tempo, deslocará outros *players* para se integrarem a elas, seja via MVNO, seja via parcerias, *joint ventures* e investimentos, sendo estes últimos indicativos de possíveis participações societárias.

Tem-se ainda que empresas que são plataformas, muitas com aporte de fundos de investimento, tendem a se integrar verticalmente ao 'grande mercado' que possivelmente surgirá da convergência entre SMP, SCM-FTTH, Plataformas *Streaming* e OTTs e serviços de nuvem e IOT.

À luz de tais discussões apresentadas, resumem-se alguns pontos prospectivos para atenção do Cade, relacionados às análises de concentrações neste mercado e de possíveis condutas que poderão ocorrer, seja com um ou com muitos *players*, seja em um determinado momento ou de maneira continuada na linha do tempo:

- i. As operadoras atuais terão dificuldades em financiar isoladamente a entrada no 5G. Visando justificáveis

-
- eficiências, tenderão a aumentar os contratos de *ran sharing*, inclusive e principalmente com compartilhamento de espectro e, mais eficientemente, buscarão acordos de *Open Ran*. A busca por eficiência tende a beneficiar o consumidor, mas há um risco de coordenação, ainda que tácita, que pode uniformizar preços ou serviços ou, ainda, limitar oferta de dados por um efeito de acomodação;
- ii. Acordos de compartilhamento de Ran podem também resultar em um efeito adverso no mercado, a saber, de mitigar a entrada de novos *players* dada a redução significativa dos custos de transação dos agentes incumbentes;
 - iii. As grandes operadoras irão também rever seus modelos de negócio, visando melhor concorrer e capturar mercados que estão surgindo. Há uma tendência de aumentarem contratos de joint venture com *players* de mercados distintos visando explorar sinergias. Tais contratos podem gerar eficiências, mas há riscos de que tais sinergias gerem condutas de venda casada e preços discriminatórios. Ao mesmo tempo, tais *joint ventures* podem estar relacionadas à entrada no mercado de atacado em IOT, indicando ser necessário também um olhar mais apurado quanto às eficiências vis a vis prejuízos concorrências decorrentes de eventuais integrações. Por fim, cumpre-se um cuidado mais sensível aos cruzamentos, participações societárias e níveis de decisões nos conselhos de administração dos grupos econômicos que se formarem;
 - iv. Operadoras MVNO poderão comprar pacotes maiores de dados, podendo rivalizar em nichos específicos, mas em maior escala, notadamente em M2M e IOT. Empresas de mercados distintos poderão criar MVNO para atender seus próprios negócios, como bancos, seguradoras, empresas de transporte e logística e empresas de saúde que atuam em mercados de dois lados (planos de saúde, hospitais). Tais integrações podem ensejar preocupações de fechamento vertical, gerando efeitos de preferências e *enforcement* às suas redes de dados;
 - v. O efeito de convergência alterará a lógica do mercado de dados e ampliará, a curto prazo, o potencial concorrencial

- porque, em tese, as mudanças de legislação favorecerão a entrada de *players* globais verticalizados. Ainda em tese, empresas produtoras de conteúdo nacional, como as tradicionais emissoras de televisão, terão dificuldades em concorrer com esta estrutura verticalizada e globalizada, principalmente porque possuem menor capacidade em inovar e em captar investimentos e financiamentos frente a concorrentes mais eficientes. Estima-se, por exemplo, um período de 5 anos de juros mais baixos em nível mundial, aumentando a aposta de grandes investidores em empresas disruptivas, com maior possibilidade de retorno em prazos menores. Assim, tradicionais emissoras, que produzem conteúdo eminentemente nacional, em língua portuguesa, tendem a concorrer por nichos de mercado relacionados à produção de conteúdo para plataformas de *streaming* e OTT, visando público nacional, de Portugal e alguns países africanos. De toda forma, mesmo havendo a entrada de novos e grandes *players* internacionais, rivalizando por esta convergência mercado, há uma tendência ao efeito de concentração, sendo necessário ao Cade dosar sua atuação quanto a possíveis condutas unilaterais, notadamente aquelas relacionadas ao fechamento vertical e ao exercício de poder de mercado inclusive em segmentos relacionados;
- vi. Cada vez mais, conforme a literatura recente vem apontando, haverá a tendência de ‘concentração de dados’ – ou ‘efeito Amazon’ – que podem ser, a longo prazo, geradores de efeitos anticoncorrenciais, principalmente na perspectiva do controle sobre as escolhas e os hábitos. É crível que o interesse de um grande *player* não é o de ter meramente o poder de definir o preço, mas sim de ter o poder de conhecer o preço que cada consumidor está disposto a pagar. Em plataformas de *marketplace*, por exemplo, há uma tendência, por meio de algoritmos, em captar tais movimentos, captando-se preços de concorrentes e manipulando-se o próprio preço. Ainda que o dinamismo do mercado seja um incentivo a práticas exclusionárias, nem sempre os efeitos são adversos ao consumidor, cabendo também ao Cade – não isoladamente,

-
- posto as interfaces com outros agentes públicos e privados que tais comportamentos ensejam – analisar riscos ao bem-estar geral, principalmente no longo prazo;
- vii. Acordos de *Open Ran*, embora apresentem, inicialmente, características de contratação e uso neutro, inclusive no que diz respeito aos equipamentos, fornecedores e concorrentes que participam, não são criados, como se observou na presente discussão, de maneira descolada das políticas comerciais e estratégicas de cada país. Neste sentido, sua implantação pode obedecer ao aspecto racional-econômico das empresas, mas sempre obedecerá também aos aspectos da política de estado que define suas permissões e restrições. Neste sentido, caberá ao Cade o desafio de analisar as eficiências econômicas existentes nos modelos que surgirem e, oportunamente, realizar seu papel de *advocacy*, visando estimular as melhores práticas concorrenciais e as perspectivas de bem-estar geral e ao consumidor.

Considerações finais

As análises de concentrações pelo Cade, bem como a bibliografia antitruste em geral (semelhante ao que se observa no modelo *schumpeteriano*), vêm reforçando as contribuições das inovações para o aumento da rivalidade, para as melhorias dos produtos, redução dos preços e, por conseguinte, aumento nas eficiências alocativas nos mercados. Tais benefícios são a antítese do monopólio⁹, o qual é caracterizado por acomodação e baixa inovação e que, ao mais das vezes, produz o denominado ‘peso morto’ e, por conseguinte, reduz o bem estar da sociedade em geral. A inovação é um traço fundamental na promoção da concorrência, porque é geradora de eficiências e, em última instância, aumenta o bem-estar geral.

A implantação de novas tecnologias, como as aqui analisadas, tem sido efetivamente benéficas, pois são portadoras de inovações e serviços igualmente disruptivos que têm o potencial de permitir o

⁹ Excetuam-se, naturalmente, os ditos ‘monopólios naturais’, como empresas de saneamento, recolhimento de lixo, linhas de transmissão etc.

surgimento de tantas outras novas tecnologias, incrementar novos mercados e potencializar novas oportunidades.

Evidente que, no curto prazo, o avanço de inovações como o 5G afetará, inicialmente, as grandes operadoras de telefonia atuantes no Brasil, mas seu impacto se estenderá pelo mercado como um todo. As tendências indicadas na presente argumentação revelam, antes de tudo, que haverá um incremento de rivalidade, visando ocupar mercados que serão radicalmente redesenhados e também em criarem-se novos, os quais demandarão mais inovação.

Há também, por outro lado, riscos de uma miríade de condutas anticoncorrenciais serem potencializadas pela escala, pelo acúmulo de informações e pelo próprio poder de mercado de empresas que tendem a estar, cada vez mais, integradas horizontal e verticalmente e atuando como plataformas.

Assim, desenham-se cenários, já em curto prazo, com potencial para situações aparentemente contraditórias, decorrentes de inovações constantes e mudanças de comportamentos em todo um rol de mercados relacionados e composto por empresas que, até o presente, não concorreram entre si. De maneira talvez paradoxal, é possível que condutas de um *player* sejam anticoncorrenciais mas, ao mesmo tempo, benéficas ao bem-estar geral e do consumidor. Poderão, ao mesmo tempo, forçar um fechamento de mercado e colateralmente incentivar a criação de outros, em tempo significativamente curto para a conduta prévia ser detectada pela autoridade antitruste ou, ainda, uma vez detectada, perder o sentido de sua existência dada a emergência constante de novos nichos de mercado.

Conclui-se, considerando estas mesmas contradições que moldam o ambiente concorrencial, que o Cade vem também atuando na fronteira da inovação, reforçando constantemente seu potencial analítico e suas prerrogativas institucionais. Trata-se de uma autoridade que vem enfrentando favoravelmente diversos desafios e, inclusive, promovendo importantes discussões sobre o mercado de tecnologia, indicando que tem segurança quanto às suas intervenções.

Fundamental, portanto, que mantenha sua perspectiva de constante auto-avaliação analítica e referencial visando, ainda que sejam grandes os obstáculos, manter-se na vanguarda antitruste.

Referências

ANATEL. *Resolução nº 671/2016*.

ANDREWS, J.G. *et al. What will 5G be?. IEEE J. Sel. Areas Commun., vol. 32, no. 6, pp. 1065–1082, 2014*; F.K. Jose *et al. Spectral Efficiency Analysis in Massive MIMO using FBMC-OQAM Modulation. Journal of Microwaves, Optoelectronics and Electromagnetic Applications, Vol. 17, No. 4, December 2018*.

CADE (2019). Nota Técnica SG nº 15/2019. In: Ato de Concentração nº 08700.002013/2019-56 (Claro S.A. e Nextel Telecomunicações Ltda.)

CADE (2020). Nota Técnica SG nº 8/2020. In: Ato de Concentração nº 08700.006163/2019-39 (Telefónica Brasil S.A. e TIM S.A.)

CADE *et al. BRICS in the digital economy: competition policy in practice*. 2019. In: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf - acesso em 18.09.19

CLEAR Inovação. *Previsões da Singularity University até 2038*. In: <https://www.clearinovacao.com.br/blog/previsoes-singularity-university-2038> - acesso em 11.09.19

COMMITTEE, House of Judiciary. *Investigations of Competition in Digital Markets*. United States, 2020. 450p.

GSMA Intelligence. *Global Mobile Trends: what's driving the mobile industry?*. In: <https://www.gsmainelligence.com/research/2018/09/global-mobile-trends/694/> - acesso em 01.07.19

KHAN, L.M. *Amazon's Antitrust Paradox*. Yale Law Journal, 2016. Vol 126.

MOTTA, M., FUMAGALI, C., CALCAGNO, C. *Exclusionary practices: the economics of monopolisation and abuse of dominance*. Cambridge University Press, 2018. 636p.

NOKIA. *Open Ran*. In: <https://www.nokia.com/networks/technologies/open-ran/> - acesso em 12.10.20.

RCR WIRELESS NEWS. *AT&T and Verizon call out scale, maturity and integration as Open RAN challenges*. In: https://www.rcrwireless.com/20200921/open_ran/att-and-verizon-scale-maturity-integration-are-open-ran-challenges - acesso em 13.10.20

SPEKTRUM. *Freiheit für Schrödingers Katze*. In: <https://www.spektrum.de/news/freiheit-fuer-schroedingers-katze/1618158> - acesso em 12.08.19

TELECO. *Redes 5G I: A Nova Geração de Rede Celular*. In: https://www.teleco.com.br/tutoriais/tutorialredes5g/pagina_3.asp - acesso em 01.08.19

TELECOM TV. *Rakuten, Telefónica join forces on Open RAN developments*. In: <https://www.telecomtv.com/content/open-networking/rakuten-telef-nica-join-forces-on-open-ran-developments-39678/> - acesso em 12.10.20

TELESÍNTESE. *Venda da Oi móvel para Claro, Tim e Vivo garantirá continuidade do serviço (...)*. In: <https://www.telesintese.com.br/venda-da-oi-movel-para-claro-tim-e-vivo-garantira-a-continuidade-do-servico-diz-felix/> - acesso em 19.9.20

O custo da privacidade: uma abordagem jurídico-econômica sobre a regulação da proteção de dados em mercados digitais de múltiplos-lados e seus impactos

Marcus Vinicius Silveira de Sá¹

RESUMO

O trabalho traz considerações sobre os custos da proteção de dados pessoais e seus impactos sobre a concorrência em mercados digitais. Buscar-se-á evidenciar que a intervenção visando a proteção de tais dados traz custos relacionados a perda de eficiência, os quais não podem ser ignorados pelo regulador. Consciente dos possíveis impactos, poderá o legislador decidir pelo nível ótimo de intervenção a ser aplicado, caso exista. Utilizou-se do método do levantamento bibliográfico, aprofundando-se as pesquisas por meio de artigos científicos e estudos econômicos. Ao final, constatou-se a existência de efeitos positivos e negativos na livre circulação de dados pessoais, os quais variam de intensidade de acordo com as características dos mercados em que inseridas. Portanto, não há um ponto ótimo de proteção que possa ser utilizado indiscriminadamente, devendo o regulador, ao optar pela intervenção, realizar uma análise pormenorizada de cada situação para decidir pelo nível ótimo de proteção a ser adotado.

Palavras-chave: Dados Pessoais; Privacidade; Mercados Digitais; Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

This work brings some considerations about the costs of the

1 Pós-Graduado em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Especialista em Direito Empresarial e Contratos pelo UniCEUB. Assistente de Análise Antitruste na Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). E-mail: marcus.silveira@cade.gov.br.

protection of private data and its impact on competition in digital markets. We aim to show that any intervention regarding the protection of data results in a loss of efficiency, which cannot be ignored by lawmakers. Aware of the possible impacts, lawmakers can decide the optimal level of intervention. That is, if it exists. We used the bibliographic survey method, analyzing scientific articles and economics studies. In the end, we showed that there are both pros and cons regarding the free circulation of personal data. Therefore, we concluded that there is no generic optimal point applicable to every case. Law makers, if decided to intervene, must analyze each market individually in order to assess it and determine its optimal point. There is no “one size fits all” method for this regulation.

keywords: Personal Data; Privacy; Digital Markets; Law and Economics.

Sumário: *Introdução; 1. A Revolução Digital; 2. Concorrência em mercados digitais; 3. Teorias jus-econômicas sobre a proteção legal da privacidade; Conclusão. Referências.*

1. Introdução

É certo que a atividade comercial sempre passou por um processo de evolução, o que gerou uma adaptabilidade do Direito às necessidades do mercado. Com a disseminação das tecnologias de rede (e.g. *internet*) observa-se uma rápida e constante transformação das relações comerciais, oportunidades econômicas e da própria vida em sociedade em uma escala nunca antes vista. Segundo o *Committee for Economic Development - CED* ²(2001), “*faster, easier, and more pervasive exchange of global information is intensifying competition, fostering market economies, expanding choice and opportunity, improving productivity, and raising global education and living standards*”³ (CED,

2 O *Committee for Economic Development* é uma organização sem fins lucrativos independente de pesquisa na área de políticas públicas.

3 Tradução livre: “com uma maior, mais célere e simplificada troca de informações, intensifica-se a concorrência, fomenta-se a economia, expandem-se as escolhas e oportunidades, aumenta-se a produtividade e elevam-se os padrões de vida e educação global”

2001, p. 10).

A coleta, geração, análise e exploração comercial de dados são considerados o núcleo duro da economia digital⁴. Hodiernamente, dados pessoais são tidos como valiosos recursos que garantem vantagens competitivas aos empresários⁵ que exploram mercados digitais, os quais podem ser adquiridos mediante condutas voluntárias dos consumidores⁶, capturados por ferramentas tecnológicas⁷ ou derivarem da análise de outros dados já coletados.

Importante definir desde já o que se entende por “dados pessoais”. Segundo definição adotada pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE ou OECD no original), consideram-se dados pessoais qualquer informação relacionada a um indivíduo identificado ou identificável (OECD, 2013). A partir de tal conceituação vaga, tem-se que estão inclusos na categoria “dados pessoais”, *inter alia*: (i) dados gerados, tais como comentários, fotos, vídeos, etc; (ii) dados sobre atividade ou comportamento, incluindo-se o que os indivíduos pesquisam na internet, compram online, o quanto estão dispostas a pagar por

4 Nesse sentido, vide: KERBER, Wolfgang. *Digital markets, data and privacy: competition law, consumer law and data protection*. In: *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol. 0, No. 0.

5 Em se tratando de um artigo científico voltado a auxiliar a compreensão do conteúdo por estudantes e profissionais de distintas áreas de formação, vale tecer alguns comentários sobre o conceito e diferenciação de alguns termos. Tendo em vista o caráter jurídico do estudo, os termos utilizados obedecerão ao significado a elas atribuído pelas Ciências Jurídicas. Desta forma, “empresário” é a pessoa (física ou jurídica) responsável por organizar os fatores de produção para explorar determinada atividade empresária. É, portando, sujeito de direito, podendo ser individual ou coletivo (sociedade empresária). Dentre as várias correntes doutrinárias que discutem a noção jurídica da empresa, duas merecem especial destaque para o presente trabalho. Uma primeira, defendida pelo jurista espanhol Manuel Broseta Pont, para o qual o conceito jurídico de empresa coincide com o seu conceito econômico e outra defendida pelo italiano Alberto Asquini que define a empresa como sendo um fenômeno poliédrico que não possui apenas um aspecto jurídico, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que a integram. Para mais informações sobre o assunto, vide: PONT, Manuel Broseta. *Manual de derecho mercantil*. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1994; e ASQUINI, Alberto. *Perfis da empresa*. Trad. de Fábio Konder Comparato. In RDM, Ano XXXV, n.º 104, nova série. São Paulo: RT, out.- dez. 1996.

6 Por exemplo, através da utilização consensual de plataformas de pesquisa online (PPO), e-mails ou redes sociais.

7 A título de exemplo, constituem ferramentas de captura de dados os chamados cookies e os rastreadores de navegação (*trackers*).

algo e de que forma, etc; (iii) dados sociais, como contatos e amigos em redes sociais; (iv) localização, como endereço residencial, GPS, endereço de IP, etc.; (v) dados demográficos, como idade, sexo, cor, raça, renda, preferencias sexuais, filiação política, etc; (vi) informações de identificação oficial, como nome, informações financeiras, dados bancários, saúde, histórico de ocorrências policiais, processos judiciais, etc.

Com efeito, com a popularização da digitalização da economia, um volume cada vez maior de dados circula a todo momento, o que fazem surgir problemas relativos à privacidade. É o que nota Acquisti (2010, p.3), ao afirmar que *“the more organizations and individuals embrace digital technologies, the cheaper and faster become the production and processing of personal, and potentially sensitive, data. Thus, privacy concerns grow as well”*⁸

A maior parte dos estudos jurídicos brasileiros sobre a regulamentação dos dados pessoais voltam-se, principalmente, a questões relacionadas à proteção de tais informações como consequência natural do direito constitucional à privacidade, esculpido no art. 5º, X, da Carta Magna de 1988⁹. Pouco se fala, contudo, da relevância do tema sobre o ponto de vista do Direito Concorrencial e dos impactos regulatórios da proteção de dados sobre a ordem econômica.

Deste modo, o presente trabalho busca trazer ao debate algumas considerações sobre os custos da proteção de dados pessoais e seus impactos sobre a concorrência em mercados digitais, tendo-se por base, *inter alia*, o *trade-off*¹⁰ entre a proteção da privacidade e a

8 Tradução livre: *“quanto mais os indivíduos e organizações fazem uso da tecnologia, mais barato e rápida se torna a produção e processamento de dados pessoais e, potencialmente, sensíveis. Por consequência, surgem preocupações sobre a privacidade”*.

9 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 ago 2018.

10 Em economia, a expressão “trade off” refere-se a uma decisão em que há necessariamente de se escolher uma opção em detrimento de outra, em razão da impossibilidade de se realizar ambas. O exemplo mais comum e didático costuma dizer respeito a atividade a ser realizada nos momentos de lazer. Existem diversas opções, possíveis, tais como ler um livro, assistir televisão ou estudar. Contudo, como o tempo é um recurso escasso, ao optar por ler um livro, o indivíduo estará, necessariamente, abrindo mão de realizar qualquer outra atividade que poderia ser realizada naquele dado período de tempo.

eficiência econômica¹¹. Consciente das implicações da escolha pelo nível de proteção a ser adotado, acredita-se que o Poder Público será capaz de decidir pelo nível de proteção a ser buscado.

A principal pergunta a ser respondida pelo estudo proposto, portanto, poderia ser traduzida como: “há um nível ótimo de proteção de dados a ser adotado pelo legislador?”.

O presente trabalho, destarte, se insere em um cenário que preza pela busca de soluções eficientes para problemas sociais.

Para alcançar tais objetivos, o estudo em voga utilizará o método do levantamento bibliográfico, aprofundando-se as pesquisas no meio acadêmico por meio de artigos científicos, monografias, dissertações e teses publicadas nos diversos sítios eletrônicos das universidades brasileiras, europeias e americanas, bem como em outros *sites* e revistas especializadas.

Outrossim, serão utilizados os dados colhidos em estudos econômicos realizados por especialistas e organizações/organismos internacionais, e os resultados neles obtidos, com vistas a exemplificar e verificar a compatibilidade entre as teorias econômicas e a realidade prática.

Desta forma, demonstrar-se-á, inicialmente, as diferenças entre os tradicionais mercados e aqueles dito digitais, ressaltando a importância do controle de dados (incluindo dados pessoais) para o desenvolvimento de mercados digitais.

Após, verificar-se-á o papel do direito concorrencial diante dessa nova realidade e sua importância para o debate acerca da regulamentação da proteção de dados pessoais.

Em seguida, analisar-se-á, de um posto de vista teórico, os potenciais impactos (negativos e positivos) da livre circulação de dados pessoais, destacando o *trade-off* existente entre a privacidade e a (in)eficiência econômica.

Ao final, serão apresentadas as conclusões gerais e resultados obtidos.

11 Isto é, como que a escolha por diferentes níveis de proteção à privacidade impacta diretamente no nível de eficiência do mercado. Isso porque, qualquer que seja o nível de interferência regulatória adotada no que diz respeito à proteção de dados, haverá necessariamente um custo relacionado a perda de eficiência.

2. A revolução digital

No final dos anos de 1990, com a popularização da internet, teve início um intenso processo transformações econômico-sociais. As rápidas mudanças, constante inovação e aperfeiçoamento de tecnologias ocorreram de tal maneira que muitos dizem ter ocorrido uma verdadeira revolução digital. Tendo em vista os objetivos do presente trabalho, abaixo serão abordadas algumas questões específicas sobre os impactos da digitalização sobre a ordem econômica.

2.1 A “Nova Economia” e os Mercados Digitais

Com a revolução digital, deu-se início a “Nova Economia”, também chamada de economia digital¹², que apresenta características próprias, intrinsecamente ligadas à digitalização. Sobre as diferenças entre a nova e a velha economia, Tapscott (1995) aduz que

In the old economy, information flow was physical: cash, checks, invoices, bills of lading, reports, face-to-face meetings, analog telephone calls or radio and television transmissions, blueprints, maps, photographs, musical scores, and direct mail advertisements.

In the new [digital] economy, information in all its forms becomes digital – reduced to bits stored in computers and racing at the speed of light across networks... The new world of possibilities thereby created is as significant as the invention of language itself, the old paradigm on which all the physically based interactions occurred¹³. (TAPSCOTT, 1995, p.6)

Em suma, a nova economia é marcada pelo dinamismo no fluxo de informações, de modo que seus mercados tipicamente envolvem

12 A expressão “economia digital” é um termo guarda-chuva utilizado, sobretudo, para descrever genericamente um conjunto de mercados focados em tecnologias digitais.

13 Tradução livre: “na antiga econômica, o fluxo informacional era físico: dinheiro, cheque, fatura, bill of lading, duplicatas, relatórios, reuniões presenciais, ligações telefônicas, transmissões de rádio e televisão analógicas, mapas, plantas, fotos, partituras musicais e propagandas por correios. Na nova economia digital, informação em todas as suas formas se torna digital – reduzida a bits armazenadas em computadores e processadas na velocidade da luz através de redes... O novo mundo de possibilidades, assim, gerou criações tão significantes quanto a invenção da própria língua, o antigo paradigma em que todas as interações físicas ocorriam.”

a constante coleta, armazenagem, análise e utilização de dados através da rede. Sua importância para a sociedade moderna é imensurável, tendo sido descrita pela OCDE (2013), como “vital”. Veja-se:

*the digital economy is a vital sector, driving very substantial growth. Furthermore, the impact of the digital economy extends beyond information goods and services to other areas of the economy as well as lifestyles more generally*¹⁴. (OECD, 2013, p. 41)

A nova economia possui uma série de características próprias que diferenciam os chamados “mercados digitais” dos tradicionais mercados que o Poder Público está acostumado a regular¹⁵, principalmente por tratarem-se, muitas vezes, de mercados de dois ou múltiplos lados.

2.2 Mercados de múltiplos-lados

Expressões como mercados de dois-lados e plataformas de vários lados tem aparecido frequentemente no âmbito do Direito Concorrencial, principalmente após o fenômeno da digitalização dos mercados.

É certo que existem diferenças entre os termos “mercado de dois lados” e “plataforma de dois lados”. O primeiro refere-se ao ambiente competitivo em si, ao passo que o segundo refere-se ao modelo de negócio da empresa. Inobstante, para fins do presente trabalho, por vezes os termos serão utilizados como sinônimos, tendo em vista tanto o foco do presente trabalho quanto o fato de os mercados de redes sociais (*social network*) e o de busca online (*online search*) consistirem em mercados de múltiplos lados onde os agentes operam via plataforma.

Com efeito, contribuições ímpares a respeito do modelo de concorrência observado em mercados de vários lados foram

14 Tradução livre: “A economia digital é um setor vital, impulsionando crescimentos substanciais. Ademais, o impacto da economia digital se expande para além dos bens e serviços informacionais para outras áreas da economia, bem como, de modo mais geral, para o estilo de vida.”

15 Para maiores considerações sobre essa diferença, vide: HONORÉ, Pierre; VERZENI, Romain. *Competition Law in the Digital Economy: a french perspective*. Disponível em: <<http://iar.agcm.it/article/view/12853>>. Acesso em 29 ago 2018.

apresentadas, inicialmente, por Jean-Charles Rochet e Jean Tirole, quando da elaboração do artigo “*Platform Competition in Two-Sided Markets*” em 2003. Em tal estudo, sustenta-se que em alguns mercados¹⁶ nos quais se observa a presença de externalidades de rede¹⁷, nota-se a presença de algum tipo de plataforma comum que possibilita a interação de dois tipos de agentes econômicos interdependentes. Ou seja, cria-se valor ao aproximar dois ou mais tipos diferentes de agentes econômicos, facilitando a interação entre eles (EVANS; SCHMALENSEE, 2013).

Os autores afirmam, ainda, que definir um mercado de vários lados apenas com base na existência de uma plataforma, capaz de colocar a bordo todos os agentes interdependentes, pode tornar tal definição indesejavelmente ampla. Desta forma, defendem ser imprescindível, também, uma análise quanto à estrutura de preços adotada por determinada plataforma para, aí sim, definir um mercado como sendo de vários lados. Nas palavras de Evans e Schmalensee:

*a market is two-sided if the platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount; in other words, the price structure matters, and platforms must design it as so to bring both sides on board*¹⁸ (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p.6-7)

16 Diz-se “alguns mercados” em razão de, não necessariamente, a existência de externalidades de rede resultar em mercados de vários lados. A título exemplo, poder-se-ia citar a plataforma do *Whatsapp*, que, embora torne-se mais interessante para um usuário a medida em que aumenta também o número de usuários, inexistente, em tese, diferentes grupos de consumidores com interesses distintos, pois todos visam apenas a comunicação.

17 Segundo Varian, “*externalidades de rede constituem um tipo especial de externalidades, em que a utilidade de uma pessoa por um bem depende do número de outras pessoas que consomem esse bem*” (VARIAN, H. R. *Microeconomia: princípios básicos*. 7ª ed. São Paulo: Campus, 2007, p. 706). Ou seja, externalidades de rede são verificadas quando a decisão de consumir determinado bem está vinculada ao número de consumidores que já consomem tal bem. A presença de externalidades de rede faz com que um consumidor tenda a preferir determinado bem se a rede de consumo do mesmo, isto é, seu rol de consumidores, já é amplo. Isso é observado em razão de o grande número de consumidores já existentes ser capaz de agregar mais valor a utilização de tal bem.

18 Tradução livre: “*Um mercado é de dois lados se a plataforma pode afetar o volume de transações por meio da cobrança maior a um lado do mercado e da redução do preço pago pelo outro lado na mesma medida; em outras palavras, a estrutura de preços importa, e as plataformas devem concebê-la de forma a trazer ambos os lados a bordo*”.

Vários autores¹⁹ buscaram apresentar uma definição mais precisa para os termos supra, mas até o presente momento inexistente definição universalmente aceita. Contudo, dos estudos efetuados é possível extrair ao menos três elementos para caracterização de uma plataforma de múltiplos lados e quatro características de mercados de vários lados.

As quatro características de um mercado de múltiplos lados seriam: (i) presença de dois ou mais grupos de consumidores; (ii) que dependem, de alguma maneira, uns dos outros; (iii) em que a atração de um grupo pelo outro, por si só, não gera valor, o que acaba atravancando a interação entre eles; e (iv) há imprescindibilidade da presença de uma plataforma capaz de gerar valor na atração, viabilizando, por consequência, a interação entre os diferentes grupos.

Já os três elementos caracterizadores de uma plataforma de dois ou mais lados são assim apresentados pela OCDE (2009):

The first element is that there are two distinct groups of consumers who need each other in some way and who rely on the platform to intermediate transactions between them. A two-sided platform provides goods or services simultaneously to these two groups.

The second element is the existence of indirect externalities across groups of consumers. That means that the value that a customer on one side realizes from the platform increases with the number of customers on the other side. For example, a search platform is more valuable to advertisers if it is more likely that it will reach a larger number of potential buyers. At the same time, it is more valuable to potential buyers if the platform has more advertisers because that makes it more likely that a buyer will see a relevant advertisement.

The third element is non-neutrality of the price structure, i.e., the price structure of the platform affects the level of transactions. The price structure is the way prices are distributed between consumers on the two sides of the market. The platform can affect the volume of transactions by charging more to one side of the market and reducing the price paid by the other side by an equal amount. Since the price structure

19 Nesse sentido, veja-se: EVANS, David S. *The Antitrust Economics of Multi-Sided Platforms Markets*. Yale Journal of Regulation, v. 20(2), pp. 352-381, 2003; HAGIU, Andrei. *Merchant or Two-Sided Platform? Review of Network Economics*, v. 6(2), pp. 115-133, 2007; RYSMAN, Marc. *The Economics of Two-Sided Markets*. The Journal of Economic Perspectives, v. 23(3), pp. 125-143, 2009; EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. *Matchmakers: The new economics of multi-sided platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

matters, the platform must design it so as to induce both sides to join the platform. (OECD, 2009, p.12)

Para melhor ilustrar a questão, são exemplos de mercados digitais de múltiplos lados, que operam via plataforma de dois ou mais lados os mercados de busca online e redes sociais, os quais possuem como maiores representantes, respectivamente, o Google e o Facebook. Tais mercados são especialmente dependentes dos dados pessoais fornecidos por seus usuários, o que os tornam de suma importância para o presente estudo.

2.3 Da relevância de dados pessoais para os mercados digitais

Para melhor compreender a relevância de *personal data* para os mercados digitais de múltiplos-lados, vejamos os casos dos mercados de serviços de busca online e de redes sociais, os quais fazem parte do dia a dia de grande parte da população mundial.

2.3.1 Serviços de busca online

Conforme analisado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) no Processo Administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica (PA) nº 08700.005694/2013-19²⁰, os *sites* de busca (*online search engines*) podem ser caracterizados como plataformas de múltiplos lados que atuam em mercados de dois lados. Senão vejamos.

De um lado, tais sites permitem que os internautas digitem palavras-chaves e recebam “gratuitamente” uma lista de sites cujo conteúdo seja relacionado ao texto digitado. Desta forma, a plataforma presta aos seus usuários os serviços de coleta, indexação, ranqueamento e apresentação de resultados de determinada busca por ele solicitada.

Outro lado da plataforma refere-se à relação entre os sites listados pela plataforma (Google, Bing, etc.) e a própria plataforma, que presta a eles o serviço de exibição gratuita para uma audiência potencial. Por sua vez, tais sites permitem que seu conteúdo seja

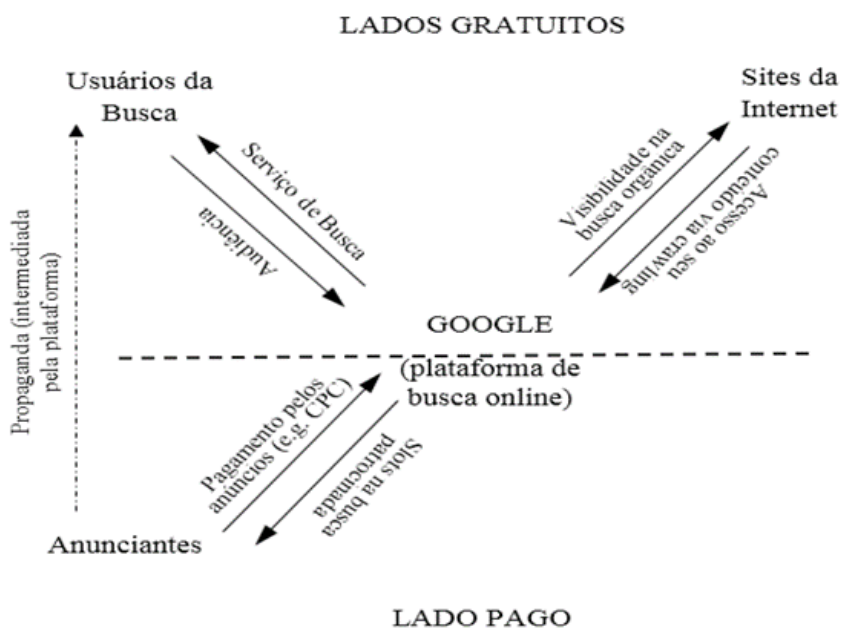
20 Os autos públicos do processo em referência podem ser acessados pelo endereço: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22IByVKByYDYwsa13_Jxjwy0jsF2VUK9nLLMn4AapgzHPEyXU3WqUFUJvQc-tbB>.

rastreado pelos *crawlers* da plataforma, que copiam seu conteúdo para indexá-los, ranqueá-los e então apresenta-los ao usuário da busca.

Um terceiro lado, esse sim considerado “pago”, é conhecido como “busca patrocinada” e refere-se à publicidade virtual. Neste caso, a plataforma combina com o interessado um mecanismo de remuneração ²¹para apresentação do *link* à sua página em local estratégico do *site* de busca, normalmente acima ou ao lado, em destaque, da busca orgânica (gratuita).

Sistematizando e ilustrando tal relação, a Superintendência-Geral do Cade, no caso supramencionado, elaborou o seguinte diagrama, que traz em uma única figura os três “lados” da plataforma, os agentes envolvidos e as relações existentes:

Figura 01 - Relacionamento dos sites de busca com internautas, anunciantes e sites



Fonte: Nota Técnica nº 16/2018 da Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica nos autos do PA nº 08700.005694/2013-19 (Doc. SEI 0475816)

21 Usualmente, os mecanismos de busca são remunerados quando os internautas clicam nos links patrocinados, forma de remuneração conhecida como CPC, ou custo por clique, mas há também outras formas, como estabelecimento de “taxas de sucesso/conversão”, relacionados à concretização de vendas, pelos anunciantes, que derivarem do tráfego do site de busca.

2.3.2 Redes sociais online

O ser humano é, em essência, um ser social. A formação e desenvolvimento de redes sociais, em seu sentido tradicional, portanto, são recorrentes em toda a história da humanidade, independentemente do nível de desenvolvimento cultural da civilização analisada²². Com a digitalização da economia, eis que surge uma nova tentativa de estabelecerem tais conexões: as redes sociais online (*online social network*).

Tendo em vista tratar-se da mais popular e completa²³ rede social, para explicar demonstrar a importância dos dados para esse mercado, as considerações a seguir serão elaboradas com base do modelo de negócios do Facebook.

De um lado, tem-se os usuários, que criam “gratuitamente” seus perfis na rede e incluem informações pessoais como nome, foto, idade, sexo, preferência sexual, local de nascimento, formação acadêmica, gostos e preferências, etc. O interesse de um usuário pela plataforma cresce à medida que outros usuários também criam perfis naquela plataforma, pois, deste modo, eles poderão interagir.

Do outro lado da plataforma (lado “pago”), estão, *inter alia*, os *advertisers*, pessoas, físicas ou jurídicas, que se utilizam da plataforma para fazer propaganda de seus negócios²⁴ e a remuneram de alguma forma²⁵, tais como através do pagamento de determinada quantia para aumento do alcance (“impulsioneamento”) de determinada publicação ou para veiculação de anúncios na plataforma. Quanto maior o número de usuários do lado gratuito da plataforma, mais interessante e atrativa se torna a plataforma, pois garante-se que

22 Nesse sentido. vide: CLEMONS, Eric K. *The complex problem of monetizing virtual electronic social networks*. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167923609001298>>. Acesso em 01 set 2018.

23 Segundo estudo promovido por Felt e Evans, denominado “*Privacy protection for social networking platforms*”, disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.143.5642&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em 04 set 2018.

24 É certo que não se mostra necessário que uma empresa atue no lado pago da plataforma para fazer suas propagandas, podendo simplesmente criar um perfil “gratuito” e interagir organicamente com os usuários da plataforma. Contudo, não se pode ignorar a existência deste lado pago e o perfil de seus consumidores.

25 Para maiores informações sobre “marketing no facebook”, basta visualizar a página da plataforma dedicada para tal fim: <https://www.facebook.com/business/overview?ref=fbb_v3_footer>.

as propagandas nela veiculadas alcançarão um número maior de pessoas.

É evidente, portanto, o efeito de rede e o fato de tratar-se de uma plataforma de dois lados.

2.3.3 Da relativização do conceito de gratuidade

Apesar de considerados “gratuitos”, muito questiona-se sobre a real gratuidade desses serviços, aduzindo que, apesar de não exigido pagamento em pecúnia, os serviços remunerados, em verdade, mediante o fornecimento de informações pessoais (dados privados) dos usuários aos prestadores de serviço, os quais possuem inestimável valor econômico, ainda que não precificável *ab initio*.

A cadeia de valor dos dados pessoais foi identificada pela OCDE (2013) como composta por quatro elos: (i) coleta e acesso; (ii) armazenamento e agregação; (iii) análise e distribuição; e (iv) utilização. Através dessa cadeia de valor,

a multiplicity of individuals, businesses, public institutions and non-profit organisations might be expected to view and to process these datasets. This includes data brokers, who mediate trade in personal information between one data controller and another, and cloud computing providers²⁶ (European Data Protection Supervisor, 2018, p.10)

Desta forma, pode-se dizer que os usuários dos sites de busca online ou redes sociais remuneram os prestadores dos serviços com dados sobre suas preferências, comportamentos, interesses, entre outros, os quais são coletados, armazenados, agregados, analisados e utilizados por eles próprios diretamente ou comercializado para terceiros. Afinal, serviços como os de marketing/propaganda, consultoria e estatísticas dependem de informações geradas pelas empresas para criar perfis de usuários que tornem mais eficiente as estratégias de *behaviorial targeting* (“segmentação

26 Tradução livre: “espera-se que múltiplos indivíduos, empresas, instituições públicas e organizações sem fins lucrativos possam ter acesso e processar essas bases de dados. Isso inclui corretores de dados, que mediam a troca de informações pessoais entre um controlador de dados outro, e provedores de nuvens.

comportamental”)²⁷.

A obtenção e manipulação dessas informações, portanto, são capazes de fornecer importante poder de mercado aos agentes que as controlam, de modo que se diz que a competição entre serviços gratuitos projetados para capturar dados pessoais se dá, também, pela atenção e lealdade dos usuários que os utilizam, pois com isso é possível gerar um imenso conjunto de dados com elevado valor comercial.

Em suma, poder-se-ia afirmar que, de um ponto de vista econômico, os dados pessoais, de “propriedade” de cada indivíduo, tornaram-se um bem de consumo passível de negociação, com inegável relevância para a ordem econômica. Com a revolução comercial, os indivíduos deixam de ser apenas consumidores para tornarem-se, também, produtores/fornecedores de um dos mais valiosos *assets* para o mercado: suas informações pessoais.

3. Concorrência em mercados digitais

3.1 O papel do direito concorrencial na proteção de dados

A economia global passa por diversas transformações, sobretudo em razão da evolução tecnológica. As plataformas digitais, big data, mídias sociais e sistema de nuvens (*cloud based systems*) estão revolucionando o mercado e o modo como as pessoas interagem. Essas transformações são disruptivas, de modo que, ao mesmo tempo em que alteram o modelo de negócios existentes, oferecem o potencial para aprimorar a qualidade de vida (GSMA, 2016, p.3).

A concorrência em mercados digitais, portanto, é caracterizada por ondas de investimento e inovação que resultam em rápidos progressos tecnológicos. A dinâmica competitiva passa por um processo de mudanças, com as tecnologias digitais remodelando os mercados e fazendo surgir novos produtos e serviços.

Nesse cenário, poder-se-ia questionar: qual o papel do direito

27 Para um aprofundamento dessas discussões, vide: PENTLAND, Alex. *Social Physics : How Good Ideas Spread – The Lessons from a New Science* . Massachusetts: Penguin Press, 2014; e POLONETSKY, Jules; TENE, Omer. Privacy and big data: making ends meet. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/PolonetskyTene.pdf>>. Acesso em 31 ago 2018.

concorrencial? Em que medida tal ramo é capaz de contribuir com as discussões sobre proteção da privacidade? Para responder tal questionamento, é necessário, primeiramente, esclarecer que o objetivo do direito antitruste é garantir e proteger a concorrência no mercado, “porque é esta que promove o bem-estar material da coletividade” (FRANCESCHINI; PEREIRA, 1996, p. 25). Para tanto, atua-se tanto através do controle prévio de estruturas (análise de atos de concentração) quanto pela repressão aos abusos de poder de mercado.

Dito isto, e considerando-se a falsa gratuidade dos serviços prestados em mercados digitais, tem-se que a falta de concorrência efetiva em mercados digitais de múltiplos-lados pode levar os usuários a aceitarem um abusivo aumento de preço (na forma de coleta de dados) e conformação com políticas de privacidade que vão de encontro as suas preferencias, simplesmente pela não percepção imediata de seus impactos ou pela inexistência de outra alternativa viável para contratação.

Destarte, cabe ao direito concorrencial atuar para impedir abusos nesse sentido, o que, *in casu*, significa proteger, ao final do processo, a privacidade dos usuários consumidores. Isso não é, contudo, uma tarefa fácil, sobretudo em razão da complexidade, sensibilidade para inovações disruptivas, tendência à concentração, barreiras à entrada e relevantes efeitos de rede que tornam não só eventual regulação, mas também a função das autoridades antitruste uma tarefa demasiadamente penosa; que necessita de constante atualização de suas ferramentas e mecanismos.

Tais dificuldades, ademais, inviabilizam, por vezes, a edição de normas e políticas públicas com celeridade desejada para se garantir sua eficácia, deixando um vácuo normativo que vem sendo sanado pelo judiciário.

3.2. Da intervenção judicial sobre a concorrência em mercados digitais

Em que pese a capacidade mutacional do Direito, é certo que o mesmo não é capaz de acompanhar a dramática velocidade das mudanças dos mercados digitais. Dessa forma, o judiciário constantemente é chamado para resolver disputas envolvendo questões concorrenciais. Quando o faz, depara-se, muitas vezes,

com a ausência de regulação específica sobre um novo modelo de negócios e com questionamentos sobre a legalidade do comportamento de empresas que, graças a sua capacidade de inovação, rapidamente desestabilizam as relações de poder. Nesse sentido, Li aponta que tais disputas

*(...) occur frequently and easily shift along with hot new technology and revolution of business models; numerous disputes occur due to new type of competitive behaviors that are not yet clearly regulated by law and are to be adjusted by applying the guidelines of anti-unfair competition law (...)*²⁸.
(LI, 2016, p.145)

Dessa forma, o judiciário acaba se tornando o primeiro regulador, principalmente em um cenário de constante ativismo judicial. Suas decisões, portanto, impactam diretamente a concorrência nos mercados relevantes onde atuam os agentes econômicos envolvidos no processo.

O Brasil recentemente passou por desafios nesse sentido, quando da entrada da Uber em território nacional²⁹. Apenas para ilustrar, em entrevista³⁰ ocorrida no final do ano de 2017, a diretora jurídica daquela firma afirmou terem sido concedidas mais de 1000 decisões judiciais favoráveis ao aplicativo. É certo que esse número não pode ser tido como absoluto, mas sem dúvida nos relembra da quantidade de vezes que os noticiários veiculavam notícia sobre processos judiciais que tentavam impedir o funcionamento da Uber no país.

Em relativa menor escala, o *Whatsapp* também passou por uma

28 Tradução livre: “ocorrem frequentemente e facilmente se transformam de acordo com as novas tecnologias e revoluções de modelos de negócios; inúmeras disputas ocorrem em razão de novos tipos de comportamentos competitivos que ainda não estão claramente regulados por lei e não de ser ajustados através da aplicação das linhas gerais da lei de defesa da concorrência”.

29 Para maiores reflexões e aprofundamento do tema, vide: TELÉSFORO, Rachel L. Uber: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18082>>. Acesso em 08 set 2018; e LINS, Elaine B. M. R.; REIS, Clayton. *A intervenção estatal no domínio econômico e o aplicativo uber no Brasil*. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1872>>. Acesso em 08 set 2018.

30 Disponível em: <<https://sis-publico.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?infoid=46693&sid=3>>. Acesso em 08 set 2018

.....

série de dificuldades³¹, *inter alia*, em razão da criptografia utilizada na plataforma. Isso porque, tal tecnologia impedia o acesso ao conteúdo das mensagens que foram interceptadas pelo Poder Público em uma série de investigações penais, o que resultou, por diversas vezes, em determinações judiciais de suspensão do aplicativo em todo território nacional.

Não obstante, houve uma verdadeira mudança no comportamento para/com tal plataforma. Hodiernamente, não só se reconhece a importância de tal plataforma para o bem-estar social, como também, por vezes, o próprio judiciário a utiliza para intimações judiciais, conforme decidido pelo Conselho Nacional de Justiça no âmbito do Procedimento de controle Administrativo nº 0003251-94.2016.2.00.0000³².

Independentemente do resultado final das intervenções judiciais acima, é importante ressaltar que, quando da atuação como regulador, o judiciário também deve observar e avaliar os impactos de suas decisões sobre o ponto de vista do direito concorrencial. Em suma, as liminares, sentenças e acórdãos lavrados são tidos como (des)incentivos, sendo necessária extrema cautela na elaboração de seu conteúdo, a fim de evitar prejuízos imensuráveis a toda sociedade, discutidos a seguir.

4. Teorias jus-econômicas sobre a proteção legal da privacidade

Segundo observado por Posner (1977), o conceito de “privacidade” é elusivo e mal definido. Há muito se tenta estabelecer uma definição universalmente aceita do termo, mas até o presente momento não se obteve sucesso em tal empreitada. Ademais, embora a Constituição

31 Para maiores reflexões e aprofundamento do tema, vide: BECKER, Ana Maria H. *Privacidade e liberdade de comunicação no ciberespaço: limites à intervenção judicial brasileira no whatsapp*. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46339>>. Acesso em 08 set 2018.

32 O inteiro teor do acórdão do processo em referência está disponível no link: <<https://www.conjur.com.br/dl/decisao-cnj-intimacao-whatsapp.pdf>>. e foi acessado em 08 set 2018.

Federal, a Lei nº 12.965/2014³³ e a Lei nº 13.709/2018³⁴ estabeleçam o direito à privacidade e sua proteção, esta última focada na internet, não há em nosso ordenamento jurídico nacional uma indicação precisa do conceito de privacidade.

Não obstante, sem prejuízo aos debates sobre o tema, para fins do presente trabalho, entende-se que uma definição mais precisa do termo “privacidade” pode ser deixada em aberto e a palavra ser utilizada em seu sentido mais amplo possível, sob pena de fugirmos aos objetivos propostos caso assim não se proceda.

Há de se ter em mente desde já, contudo, que, de um ponto de vista econômico, a privacidade pode ter valor em si mesma (privacidade como bem final) ou ter seu valor decorrente de outros benefícios associados a manutenção do sigilo de uma informação (privacidade como bem intermediário)³⁵.

Vejam, pois, o que dizem as teorias econômicas sobre a privacidade.

4.1 A proteção da privacidade como fonte de (in)eficiências econômicas

Segundo a teoria neoclássica, em um mercado perfeitamente competitivo, informações completas (disponibilidade de informações relevantes para todos os participantes do mercado), geram eficiências econômicas. Por exemplo, se todos os consumidores conhecem os preços cobrados por todas as empresas para venderem seus produtos, a concorrência reduzirá os preços para o patamar mais baixo possível e aumentará o bem-estar da sociedade e o dos consumidores individualmente.

Com base nessa premissa, Posner (1981) entende que a proteção da privacidade é capaz de gerar ineficiências econômicas ao se ocultar informações potencialmente relevantes. Um exemplo

33 BRASIL. Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 05 set 2018.

34 BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em 18 nov 2019.

35 KERBER, Wolfgang. *Digital markets, data and privacy: competition law, consumer law and data protection*. In: *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, Vol. 0, No. 0.

recorrentemente utilizado é a situação onde um indivíduo, em busca de um emprego, deturpa seu histórico e *expertise* na tentativa de destacar-se dos demais concorrentes. Nesse caso, a proteção às informações pessoais afetará negativamente a capacidade de decisão sobre contratação da empresa, de modo que sustenta-se que

*the protection of the former's privacy comes at the cost of the latter's profitability. Hence, removing individuals' personal information from the marketplace through privacy regulation ultimately transfers the cost of that person's potential negative traits on other market players*³⁶ (ACQUISTI, 2018, p. 4)

Em sentido semelhante, Stigler (1980) sustenta que a interferência do Poder Público no “mercado de informações pessoais” está destinada, na melhor das hipóteses, a permanecer ineficiente. Isso porque, segundo o autor, uma vez que indivíduos tem interesse em divulgar informações pessoais positivas sobre si e ocultar as informações prejudiciais, aqueles que optarem por proteger sua privacidade estariam, implicitamente, assinalando que aquela informação protegida é prejudicial para si. Desta forma, intervenções regulatórias que impeçam o fluxo de informações pessoais seriam redistributivas e economicamente ineficientes.

Aplicando-se o Teora de Coase a questão da proteção à privacidade, Noam (1997) argumenta que

whether or not a consumer's data will remain protected does not depend on the initial allocation of rights on personal information protection (such as: whether or not that consumer's data is protected by law). Instead, whether data will eventually get disclosed or protected ultimately depends on the relative valuations of the parties interested in that data. If the consumer values her privacy more than the data marketing firm values acquiring that consumer's data, the data will remain protected, because – even in absence of a law regulating that protection – the consumer would willingly pay

36 Tradução livre: “a proteção da privacidade daquele primeiro representa um custo para esse último. Consequentemente, ao se remover as informações pessoais do mercado através da regulação, está-se transferindo os custos dos traços negativos daquela pessoa para outro agente de mercado”.

*for the right to protect her data*³⁷ (NOAM apud ACQUISTI, 2010, p. 4)

Com efeito, mais recentemente, na segunda metade da primeira década do ano 2000, um estudo promovido por Calzolari e Pavan (2005) revelou que a troca irrestrita entre duas sociedades empresárias de dados pessoais sobre seus consumidores pode reduzir as distorções de mercado e aumentar o bem estar social.

Tais entendimentos, contudo, não podem ser tidos como absolutos, existindo, decerto, críticos de tal linha de pensamento da escola de Chicago.

Dentre os principais opositores, pode-se citar Hirshleifer (1980), que critica o modelo de análise de Posner e Stigler, alegando que esses não consideram a complexidade do processo decisório dos consumidores sobre questões ligadas à privacidade, simplificando-o ao associa-lo com o tradicional modelo de escolha racional dos agentes.

Explicando tal situação, Acquisti (2010) ressalta que os estudos originais da escola de Chicago foram elaborados antes da era moderna das tecnológicas de informação e comunicação. Ou seja, antes do desenvolvimento de novas tecnologias e da popularização da *internet*, que levaram os pesquisadores a formular novos estudos para capturar as nuances e *trade-offs* associados com a proteção da privacidade e *data sharing* (“compartilhamento de dados”).

Assim sendo, estudos já do início da nova era dedicaram-se, também, a analisar as peculiaridades das novas relações sociais para/com a questão da proteção à privacidade.

Varian (1996) nota que a racionalidade do agente é mitigada pela ausência de conhecimento suficiente sobre o uso secundário de seus dados pessoais, o que gera preocupações econômicas. Por exemplo, um consumidor pode racionalmente decidir pelo compartilhamento de suas informações pessoais por esperar resultados positivos de uma determinada transação. Contudo, tal indivíduo desconhece

37 Tradução livre: “o fato de os dados pessoais do consumidor permanecerem ou não protegidos independe da alocação inicial de direitos acerca da proteção da privacidade (isto é: se aquele dado pessoal é ou não protegido por lei). Ao invés disso, se o dado eventualmente vai ser revelado ou protegido depende, em última instancia, da valoração dos interesses das partes. Se o consumidor valoriza mais sua privacidade que o mercado valoriza a sua aquisição, os dados permanecerão protegidos, porque – mesmo na ausência de regulação – o consumidor voluntariamente pagaria pelo direito de proteger seus dados.”

ou é incapaz de controlar o uso futuro de tais informações pela firma³⁸ com quem compartilhou seus dados, que pode vendê-los a terceiros, sem compartilhar o benefício obtido com o indivíduo a quem os dados se referem, e ainda lesa-lo através do uso indevido ou abusivo de tais dados.

Outrossim, os modelos de Hirshleifer (1980) e Taylor (2003) demonstram que agentes econômicos racionais podem “super investir” na coleta de dados pessoais sobre outros agentes, por exemplo, na tentativa de aumentar seus lucros com base no conhecimento sobre a disposição de pagamento de um consumidor, o que gera ineficiências. Segundo Acquisti, os estudos de Taylor apontam, ainda, que:

in the presence of tracking technologies that allow merchants to infer consumers’ preferences (so to later engage in price discrimination), whether or not the presence of privacy regulatory protection will enhance consumer and aggregate welfare depends on consumers’ level of sophistication. Naïve consumers do not anticipate the seller’s ability to use past consumer information for price discrimination; therefore, in equilibrium all their surplus is taken away by the firms, unless privacy protection is enforced through regulation. Regulation, however, would not be necessary if consumers were aware of how merchants will exploit their data, and strategic enough to adapt their behaviour accordingly.³⁹ (TAYLOR apud ACQUISTI, 2010, p. 5)

38 Para o presente trabalho, utilizar-se-á a expressão “firma” em seu sentido econômico, cunhado por Ronald Coase, para referirmo-nos as organizações que produzem/ fornecem bens e serviços no mercado. Ou seja, em suma, trata-se de um substituto próximo para o termo “empresário” em seu sentido jurídico.

39 Tradução livre: “na presença de tecnologias de rastreamento que permitam a comerciantes inferir as preferências dos consumidores (para posteriormente realizar discriminação de preços), se a existência de regulação sobre proteção de dados irá ou não melhorar o bem-estar do consumidor dependerá do nível de sofisticação do consumidor. Consumidores inocentes não anteciparão a habilidade do vendedor de usar seus dados para discriminar preços; consequentemente, em equilíbrio, todo o excedente do consumidor será transferido para as firmas, a não ser que a proteção de dados seja imposta pela regulação. A regulação, contudo, não seria necessária se os consumidores estivessem cientes de como as empresas irão explorar seus dados e estrategicamente adaptassem seu comportamento de acordo.”

A ausência de racionalidade efetiva é bem evidenciada no moderno “paradoxo da privacidade”, alvo de uma série de estudos⁴⁰ elaborados desde o início dos anos 2000. Segundo tal paradoxo, as preocupações expressadas pelos indivíduos no tocante a sua privacidade vão de encontro ao comportamento por eles adotado. Em outras palavras e em suma, consumidores de mercados digitais dizem preocupar-se com seus dados, mas em geral adotam nenhuma ou poucas medidas de precaução e proteção de suas informações pessoais.

Quando diante da ausência de racionalidade efetiva, teorias microeconômicas sobre privacidade sugerem que o equilíbrio de mercado tende a não garantir proteção às informações pessoais, o que, conseqüentemente, clama por uma medida regulatória para sanar tal problema e garantir melhores níveis de bem-estar ao consumidor e a sociedade.

A regulação, contudo, deve ter em mente os possíveis benefícios e prejuízos decorrentes da revelação ou ocultação de informações pessoais, sob pena de aumentarem desnecessariamente os custos de transação ou até mesmo impedirem o funcionamento/desenvolvimento de mercados fortemente dependentes de dados pessoais.

4.2 Dos benefícios e prejuízos associados à livre circulação de dados

O valor econômico de dados pessoais, e conseqüentemente da privacidade, pode ser verificado com base na análise dos custos e benefícios, individuais e sociais, associados à sua divulgação e proteção e das externalidades, positivas e negativas, resultantes da

40 Para um aprofundamento na discussão, *vide*: BERENDT, Bettina; GUNTHER, Oliver; SPIEKERMANN, Sarah. Privacy in e-commerce: stated preferences vs actual behavior. Disponível em: <<https://cacm.acm.org/magazines/2005/4/6247-privacy-in-e-commerce/abstract>>. Acesso em 30 ago 2018.; DINEV, Tamara; HART, Paul. *Na extended privacy calculus model for e-commerce transactions*. Disponível em: <<https://pubsonline.informs.org/doi/abs/10.1287/isre.1060.0080?journalCode=isre>>. Acesso em 30 ago 2018; NORBERG, Patricia A.; HORNE, Daniel R; HORNE, David A. *The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors*. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23860016?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 30 ago 2018; KOKOLAKIS, Spyros. *Privacy attitudes and privacy behaviour: a review of current research on the privacy paradox phenomenon*. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404815001017>>. Acesso em 30 ago 2018.

livre circulação de dados.

4.2.1 *Dos benefícios da divulgação de dados (externalidades positivas)*

Sociedades comerciais se beneficiam de informações pessoais sobre seus clientes, sejam eles efetivos (clientes recorrentes) ou potenciais. *Datasets* de consumidores tem o potencial de aperfeiçoar as capacidades de *marketing* das firmas, alavancando sua habilidade de alcançar especificamente o público alvo de suas campanhas publicitárias. Ou seja, são capazes de reduzir os custos de propaganda e aumentar suas taxas de retorno. Há, ainda, um incremento da lealdade dos consumidores, em razão da capacidade de oferecimento de serviços personalizados por firmas que já possuem os dados e conseguem adaptar seus serviços para atender melhor aos interesses do mesmo.

Ademais, através da análise comportamental, é possível aprimorar ou adaptar seus negócios de modo a beneficiar-se do comportamento observado, por exemplo através da criação de uma linha de produtos *vegan* após a percepção do aumento do interesse de uma série de indivíduos por este tipo de bem. Esse benefício, inclusive, independe do fato de os indivíduos a quem pertencem os dados colhidos serem ou não identificáveis, pois a vantagem é obtida com a análise de tendências.

De modo geral, todos os benefícios apontados acima são também experimentados, de alguma maneira, pelos consumidores e pela sociedade, na medida em que, *inter alia*, terão ao seu dispor melhores serviços, os quais foram aprimorados com as informações coletadas. Como exemplo, pode-se citar o caso em que usuários receberão uma quantidade menor de propaganda inútil, levando-se em consideração que as informações fornecidas de fato serviram de filtro para ações de *marketing*, beneficiando-os pelo não bombardeamento de campanhas que não são de seu interesse.

Outrossim, em razão da redução dos custos com propaganda, e desde que presentes outros requisitos como concorrência efetiva, pode haver redução do preço cobrado por produtos ou serviços em certo mercado, liderados pela firma que, com redução dos custos de operação, abaixa seus preços com o intuito de captar uma parcela maior da demanda do mercado.

Consumidores podem se beneficiar até mesmo do compartilhamento/troca de suas informações pessoais entre

diferentes firmas, como no caso dos dados fornecidos a um *website* poderem ser utilizados para tornar mais conveniente ou eficiente a navegação em outro *website*. Tal situação é verificada, por exemplo, com a possibilidade real de um usuário do *Facebook* associar sua conta naquela plataforma à do Uber, tornando desnecessária a criação de uma novo cadastro e preenchimento de diversos dados, já fornecidos àquela primeira, para utilização dos serviços de transporte individual de passageiro oferecido por esta última.

Expostos alguns benefícios, vejamos agora os prejuízos da divulgação irrestrita de dados.

4.2.2. Dos prejuízos da divulgação de dados (externalidades negativas)

Grande parte dos potenciais prejuízos da divulgação indiscriminada e desregulada de dados consistem, em suma, em abusos na coleta/utilização de dados pessoais coletados, seja abuso direto, através do uso da informação em si, ou derivado, consubstanciado, por exemplo, na opção pela prática de ato comissivo ou omissivo com base na análise do conteúdo de uma informação obtida.

Para ilustrar, percebe-se que com a capacidade de as sociedades comerciais utilizarem os dados pessoais para personalizarem seus serviços, há, também, um aumento dos custos de comutação⁴¹ (“*switching costs*”) o que pode resultar também em efeitos *lock-in*⁴² e constituição de significativas barreiras à entrada, o que, em última instância, podem prejudicar toda a sociedade através da mitigação da concorrência.

Na ausência de concorrência efetiva, como já mencionado, abre-se espaço para um aumento abusivo de preços, consubstanciado na obrigação de fornecimento de uma série de dados pessoais para utilização de determinado serviço. Por não se tratar de um serviço remunerado mediante pagamento de quantia monetária específica,

41 Em economia, barreiras de comutação ou custos de mudança, conhecidos em inglês como *switching costs*, são termos utilizados como sinônimos para referir-se aos custos enfrentados por um consumidor para trocar seu fornecedor.

42 O termo “*lock-in*”, em português “aprisionamento”, refere-se àquela situação em que os consumidores se veem obrigados a continuar contratando apenas com um mesmo fornecedor, sob pena de incorrer em excessivos, por vezes inviáveis, custos de comutação (*switching cost*). Ou seja, o consumidor torna-se dependente de determinado fornecedor por não ser capaz de arcar com os custos associados a troca de fornecedor.

e consistindo em serviços de grande relevância para a sociedade moderna, grande parte dos usuários não perceberiam tais alterações ou até mesmo as ignorariam, o que dificultaria a caracterização de abuso e prejudicaria sua efetiva repressão.

Há, ainda, a possibilidade de a circulação irrestrita resultar em perda de poder de barganha de um indivíduo para/com uma firma que tenha interesse em adquirir seus dados. Ou seja, na ausência de qualquer tipo de proteção, é possível esperar uma alteração na balança de poder na relação entre as partes.

A livre circulação de dados pessoais pode, ainda, resultar na adoção de menores níveis de proteção à tais dados, facilitando a captura de tais dados por terceiros para uso diverso para o quais foram fornecidas, por exemplo, para a prática de atos ilícitos (*e.g* fraude, falsidade ideológica, constrangimento ilegal, etc).

4.3 Busca pelo ponto ótimo de proteção

Existindo benefícios e prejuízos tanto na divulgação quanto na omissão de dados, é natural o surgimento da seguinte pergunta: qual o ponto ótimo da proteção de dados? Ou seja, o que se deve permitir e o que se deve proteger para garantir o melhor resultado social possível?

Infelizmente, a importante lição de todos os estudos econômicos sobre o tema, conforme apontado por Acquisti, Taylor e Wagman (2016), é que não se mostra possível chegar a uma conclusão geral sobre se a proteção de dados pessoais é uma medida benéfica ou prejudicial aos usuários e à sociedade.

Com isso em mente, coaduna-se com o entendimento de Kerber ao concluir (2016) que, em razão da complexidade dos efeitos da distribuição da informação em mercados digitais, é necessária a realização de análises específicas sobre cada caso em concreto para se determinar: (i) se medidas de proteção à privacidade são desejadas; e (ii) sendo, como as políticas públicas devem ser desenhadas para alcançarem seus objetivos de modo eficaz e eficiente.

Conclusões

Com a revolução digital, verificou-se uma série de constantes inovações tecnológicas, as quais possuem imenso potencial para

geração de bem-estar social e são responsáveis pela modificação não só dos modelos de negócios, mas também pela alteração do próprio funcionamento e estrutura de diversos mercados.

Durante o processo, houve a popularização das plataformas de múltiplos lados inseridas em mercados digitais, tais como a *search engine* do Google e a rede social do Facebook. No presente trabalho, demonstramos a importância dos dados pessoais para tais mercados, os quais entendemos não poderem ser classificados como “gratuitos”, posto que, em verdade, são pagos através do fornecimento de informações pessoais de cada um dos usuários de seus serviços. Assim sendo, o direito antitruste deve ser chamado para o debate sobre a proteção de dados, posto que qualquer regulação sobre o tema impactará diretamente no processo concorrencial nesses mercados digitais.

Nesse sentido, efetuamos uma revisão bibliográfica das principais teorias econômicas sobre proteção da privacidade de modo e identificamos os potenciais impactos positivos e negativos da livre circulação de dados pessoais. Com isso, buscou-se uma definição do ponto ótimo de proteção a ser adotado, com o intuito de garantir a obtenção do maior número de benefícios e evitar os prejuízos associados a livre circulação de dados.

Não obstante, viu-se que não se mostra possível prever de antemão se a regulação ou não de dados pessoais é a medida ideal para todos os casos, tampouco se mostra viável apontar qual seria o ponto ótimo de proteção a ser adotado, sendo necessária uma análise individualizada, caso a caso, para se obter essas respostas. Caso assim não se proceda e tente-se adotar a tradicional medida de “*one size fits all*” para a regulação da proteção de dados, na melhor das hipóteses, a medida será ineficiente.

Referências

ACQUISTI, Alessandro. **The economics of personal data and the economics of privacy**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/46968784.pdf>>. Acesso em 28 ago 2018.

ACQUISTI, Alessandro; TAYLOR, Curtis; WAGMAN, Liad. **The economics of privacy**. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jel.54.2.442>>. Acesso em 28 ago 2018.

ASQUINI, Alberto. **Perfis da empresa**. Trad. de Fábio Konder Comparato. In RDM, Ano XXXV, n.º 104, nova série. São Paulo: RT, out.- dez. 1996.

BECKER, Ana Maria H. **Privacidade e liberdade de comunicação no ciberespaço**: limites à intervenção judicial brasileira no whatsapp. Disponível em: <<https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/46339>>. Acesso em 08 set 2018.

BERENDT, Bettina; GUNTHER, Oliver; SPIEKERMANN, Sarah. **Privacy in e-commerce**: stated preferences vs actual behavior. Disponível em: <<https://cacm.acm.org/magazines/2005/4/6247-privacy-in-e-commerce/abstract>>. Acesso em 30 ago 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 28 ago 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965 de 23 de abril de 2014**: estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em 05 set 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm>. Acesso em 18 nov 2019

CALZOLARI, Giacomo; PAVAN, Alessandro. **On the optimality of privacy in sequential contracting**. Disponível em: <<http://faculty.wcas.northwestern.edu/~apa522/Privacy.pdf>>. Acesso em 04 set 2018.

CLEMONS, Eric K. **The complex problem of monetizing virtual electronic social networks**. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167923609001298>>. Acesso em 01 set 2018.

COMMITTEE FOR ECONOMIC DEVELOPMENT. **The digital economy**: promoting competition, innovation and opportunity. Disponível em: <<https://www.ced.org/pdf/The-Digital-Economy-Promoting-Competition-Innovation-and-Opportunity.pdf>>. Acesso em 28 ago 2018.

DINEV, Tamara; HART, Paul. **An extended privacy calculus model for e-commerce transactions.** Disponível em: <<https://pubsonline.informs.org/doi/abs/10.1287/isre.1060.0080?journalCode=isre>>. Acesso em 30 ago 2018.

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. **Privacy and competitiveness in the age of big data:** the interplay between data protection, competition law and consumer protection in the digital economy. Disponível em: <https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf>. Acesso em 28 ago 2018.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers:** The new economics of multi-sided platforms. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **The Antitrust Analysis of multi-sided platform business.** Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w18783.pdf>>. Acesso em 31 ago 2018.

FELT, Adrienne; EVANS, David. **Privacy protection for social networking platforms.** Disponível em: <<http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.143.5642&rep=rep1&type=pdf>>. Acesso em 04 set 2018.

FRANCESCHINI, José I. G.; PEREIRA, Edgard A. **As eficiências econômicas sob o prisma jurídico.** In: Revista de Direito Econômico, n. 23, abr/jun, 1996, Brasília, p. 25-37.

GSMA. **Resetting competition policy frameworks for the digital ecosystem,** 2016. Disponível em: <https://www.gsma.com/publicpolicy/wp-content/uploads/2016/10/GSMA_Resetting-Competition_Report-Summary_Oct-2016_16pp_WEBv3.pdf>. Acesso em 29 ago 2018.

HAGIU, Andrei. **Merchant or Two-Sided Platform?** Review of Network Economics, v. 6(2), pp. 115-133, 2007.

HIRSHLEIFER, Jack. **Privacy:** its origin, function and future. Disponível em: <<https://www.jstor.org/stable/724176>>. Acesso em 28 ago 2018.

HONORÉ, Pierre; VERZENI, Romain. **Competition Law in the Digital Economy: a french perspective.** Disponível em: <<http://iar.agcm.it/article/view/12853>>. Acesso em 29 ago 2018.

KERBER, Wolfgang. **Digital markets, data and privacy: competition law, consumer law and data protection.** *In:* Journal of Intellectual Property Law & Practice, 2016, Vol. 0, No. 0.

KOKOLAKIS, Spyros. **Privacy attitudes and privacy behaviour: a review of current research on the privacy paradox phenomenon.** Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404815001017>>. Acesso em 30 ago 2018.

LI, Zhu. **Legal boundaries of competition in the Era of the internet: challenges and judicial responses.** *In:* ORTIZ, Aitor. Internet: competition and regulation of online platforms. Disponível em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/05/INTERNET-COMPETITION-LIBRO.pdf>>. Acesso em 30 ago 2018.

LINS, Elaine B. M. R.; REIS, Clayton. **A intervenção estatal no domínio econômico e o aplicativo uber no Brasil.** Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1872>>. Acesso em 08 set 2018.

NORBERG, Patricia A.; HORNE, Daniel R; HORNE, David A. **The privacy paradox: personal information disclosure intentions versus behaviors.** Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/23860016?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 30 ago 2018.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Competition policy and knowledge based capital: key findings, 2013.** Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Knowledge-based-capital-%20KeyFindings2013.pdf>>. Acesso em 30 ago 2018.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Exploring the economics of personal data: a survey of methodologies for measuring monetary value.** Disponível em: <http://edshare.soton.ac.uk/15267/3/OECD_2013.pdf>. Acesso em 31 ago 2018.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. **Two-sided markets**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/44445730.pdf>>. Acesso em 31 ago 2018.

PENTLAND, Alex. **Social Physics: How Good Ideas Spread: the lessons from a new science**. Massachusetts: Penguin Press, 2014.

POLONETSKY, Jules; TENE, Omer. **Privacy and big data: making ends meet**. Disponível em: <<https://cyberlaw.stanford.edu/files/publication/files/PolonetskyTene.pdf>>. Acesso em 31 ago 2018.

PONT, Manuel Broseta. **Manual de derecho mercantil**. 10. ed. Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1994.

POSNER, Richard A. **The Economics of privacy**. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/1815754?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em 28 ago 2018.

POSNER, Richard A. **The right of privacy**. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2803&context=journal_articles>. Acesso em 26 ago 2018.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. **Plataform competition in two-sided markets**. Disponível em: <<http://www.rchss.sinica.edu.tw/cibs/pdf/RochetTirole3.pdf>>. Acesso em 31 ago 2018.

RYSMAN, Marc. **The Economics of Two-Sided Markets**. *The Journal of Economic Perspectives*, v. 23(3), pp. 125-143, 2009.

STIGLER, George J. **An introduction to privacy in economics and politics**. *In: The Journal of Legal Studies*, vol. 9, n. 4, pp. 623-44, 1980.

TAPSCOTT, Don. **Digital Economy: promise and peril in the age of networked intelligence**. New York: McGraw-Hill, 1995.

TAYLOR, Curtis R. **Consumer Privacy and the Market for Customer Information**. Disponível em: <<https://pdfs.semanticscholar.org/3f25/584aff38afc92e7caf61b30c0272ff70ce87.pdf>>. Acesso em 30 ago 2018.

TAYLOR, Curtis R. **Privacy in competitive markets**. Disponível em:

<https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=419720>. Acesso em 30 ago 2018.

TELÉSFORO, Rachel L. **Uber**: inovação disruptiva e ciclos de intervenção regulatória. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/18082>>. Acesso em 08 set 2018.

VARIAN, Hal R. **Microeconomia**: princípios básicos. 7^a ed. São Paulo: Campus, 2007.

VARIAN, Hal R. **Economic aspects of personal privacy**. Disponível em: <<http://people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/privacy/privacy.html#SECTION00032000000000000000>>. Acesso em 04 set 2018.

Fixação de preço de revenda: uma “pedra no caminho” do *e-commerce*?

Alexandre Bastos Peixoto¹
Franklin Magalhães Gonçalves²
Rodrigo Monteiro Ferreira³

RESUMO

O *e-commerce* (comércio realizado por meio da Internet) é uma realidade e, atualmente, apresenta-se como uma opção de canal de compra cada vez mais disseminada entre os consumidores brasileiros. Há muito conhecida dos estudiosos da área antitruste, a Fixação de Preço de Revenda consiste em um acordo mantido entre fornecedor e revendedor para que este último não venda um certo produto por preço abaixo de um determinado patamar, o que, em muitos casos, impede que estabelecimentos/revendedores online, que se utilizam do *e-commerce*, ofertem produtos por preços menores que os praticados por seus concorrentes físicos. Diante desse cenário, uma parcela das Autoridades Antitruste, inclusive a brasileira, pode não ter dispensado a devida atenção a este problema e às suas possíveis consequências.

Palavras-chave: fixação de preço de revenda; *e-commerce*; comércio; preços.

ABSTRACT

E-commerce is a reality and, nowadays, presents itself as an option of purchase channel increasingly widespread among Brazilian consumers. Long known to antitrust scholars, the Resale Price Maintenance (or Fixing) conduct consists of an agreement between supplier and reseller so that the latter does not sell a certain product

1 Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental atuando como Chefe de gabinete no Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - Inep. E-mail: alexandre.peixoto@inep.gov.br

2 Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. E-mail: franklin.goncalves@cade.gov.br.

3 Especialista em Políticas Públicas e Gestão Governamental em exercício no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. E-mail: rodrigo.ferreira@cade.gov.br.

at a price below a certain level, which, in many cases, prevents online establishments/resellers to offer products at lower prices than those practiced by their physical competitors. In view of this scenario, a portion of the Antitrust Authorities, including the Brazilian, may not have given due attention to this problem and its possible consequences.

Keywords: retail price maintenance; e-commerce; commerce; prices.

Sumário: 1. Introdução; 2. A Conduta de Fixação de Preço de Revenda Sob a Ótica Antitruste; 3. Abordagem Histórica pela Doutrina e Autoridades Antitruste; 4. A nova realidade trazida pelo e-commerce; 5. Conclusão; Referências.

1. Introdução

O *e-commerce* (comércio realizado por meio da *Internet*) é uma realidade e, atualmente, apresenta-se como uma opção de canal de compra cada vez mais interessante e mais disseminada entre os consumidores brasileiros.

A sua representatividade na economia nacional aumentou em proporção galopante ao longo dos últimos anos⁴. O crescimento das compras *online* mostrou-se ainda mais significativo durante a presente pandemia causada pelo COVID-19⁵, uma tendência que deve permanecer segundo especialistas.

Esse “novo” meio de exercer o comércio carrega, em seu âmago, um relevante poder de expandir não só a quantidade de revendedores, mas também a variedade de produtos, postos ao alcance do consumidor.

É, também, um importante instrumento para estimular a concorrência baseada no preço, especialmente entre estabelecimentos

4 Como destacado pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico em notícia veiculada no seu *website*: [<https://abcomm.org/noticias/crescimento-do-e-commerce-no-brasil/>]

5 Vide: [<https://olhardigital.com.br/noticia/pandemia-impulsiona-aumento-de-compras-online-no-pais/105621>]; [<https://veja.abril.com.br/economia/coronavirus-comercio-eletronico-cresce-29-no-inicio-de-abril/>] e [<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/04/pandemia-forca-mudanca-no-comercio-online-brasileiro.shtml>].

comerciais *online* e estabelecimentos comerciais tradicionais de rua. Em virtude dos custos produtivos mais enxutos relacionados ao *e-commerce* (menores custos com funcionários e pontos comerciais), há uma tendência natural de que os preços praticados *online* sejam mais baixos e, assim, mais atraentes.

As distâncias geográficas entre fornecedores, revendedores e clientes nunca foram tão pequenas a despeito das dimensões continentais do nosso país. A realização de uma compra pode depender apenas de alguns poucos cliques.

Mais recentemente, surgiu a figura dos *marketplaces*, plataformas de comércio *online* onde não apenas um estabelecimento ou revendedor oferta mercadorias, mas vários; o que possibilita uma competição ainda mais acirrada em benefício do consumidor.

Entretanto, uma nuvem cinzenta conhecida pelo nome de Fixação de Preço de Revenda (“FPR”) paira sobre este cenário virtuoso e promissor.

Há muito conhecida dos estudiosos da área antitruste, a FPR decorre, comumente, de acordo entre fornecedor e revendedor para que este último não venda determinado produto por preço abaixo de um patamar especificado ou para que venda apenas por um único preço fixo pré-estabelecido, impedindo que haja efetiva competição entre os revendedores deste produto.

Com o advento do *e-commerce*, não é raro deparar-se com a utilização desta prática para impedir que estabelecimentos/revendedores *online* ofertem produtos por preços menores que os praticados por seus concorrentes físicos, o que pode representar um boicote a um dos grandes benefícios do *e-commerce*: preços mais baixos.

Diante desse cenário relativamente novo, uma parcela das Autoridades Antitruste globais pode não ter dispensado a devida atenção a este problema e às suas possíveis consequências.

2. A Conduta de Fixação de Preço de Revenda Sob a Ótica Antitruste

A Lei nacional de defesa da concorrência (Lei nº 12.529/2011) define em seu art. 36 as infrações à ordem econômica, *in verbis*:

“Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma

manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;
III - aumentar arbitrariamente os lucros; e
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

Dentre as infrações exemplificativamente tipificadas nos incisos do seu parágrafo 3º, destaca-se aquela comumente denominada como Fixação de Preço de Revenda (FPR):

“IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros.”

2.1. Caracterização

A Fixação de Preço de Revenda consiste na situação em que um agente econômico a montante na cadeia de valor de um produto, um fornecedor (fabricante ou distribuidor), mantém um acordo de natureza impositiva com o agente a jusante, um revendedor (distribuidor ou varejista), objetivando que este último não possa estipular livremente seus preços, notadamente reduzindo-os abaixo de um determinado patamar.

Esta restrição pode ser posta em prática tanto no interesse do fornecedor, que busca controlar o preço de revenda do seu produto, quanto por pressão dos próprios revendedores, quando eles buscam uniformizar o preço praticado em toda a rede de revenda, impedindo a competição entre eles e, ao fim, favorecendo os menos eficientes que, possivelmente, teriam dificuldades de permanecer no mercado praticando preços mais elevados.

A FPR não se confunde com a mera sugestão de preço de revenda, que não é geralmente tida como uma infração anticoncorrencial pela doutrina ou pelas autoridades antitruste. Isso porque, no caso da mera sugestão, não se verifica, na prática, a obrigatoriedade do agente a jusante obedecer aos parâmetros de preço estipulados pelo agente a montante. E nesse caso, estando ausente o caráter mandatário, também estão ausentes mecanismos de controle e punição, sejam de natureza tácita ou expressa.

Entretanto, ainda que a mera sugestão possa ser considerada menos nociva à concorrência, ela pode, ao menos em tese, ser um facilitador na organização de um cartel entre os revendedores, uma vez que todos podem passar a saber os preços de todos ou alguns de seus rivais, com o conseqüente arrefecimento da competição.

A doutrina reconhece a existência de três tipos de FPR, quais sejam: (i) de preço máximo; (ii) de preço mínimo; e (iii) de preço fixo.

Destes tipos, o primeiro não é objeto de preocupação das autoridades antitruste por não resultar em diminuição/cessação da concorrência baseada em preço, o que poderia reduzir o bem-estar do consumidor, o indicador clássico da natureza ilícita de uma prática comercial. Portanto, não será abordado no presente trabalho.

Justamente pelo fato da sua materialização dar-se no âmbito de uma relação comercial entre agentes presentes em diferentes elos da cadeia produtiva (fornecedor-revendedor), a fixação de preço de revenda também é comumente classificada pela doutrina como uma conduta restritiva vertical.

Na prática, esta conduta ocorre através da imposição, pelo fornecedor, de um acordo (escrito ou verbal) que irá reger sua relação comercial com o revendedor e que deve ser observado por este sob pena de imposição de sanções ou da completa cessação de tal relação.

Cabe destacar que o acordo não precisa ser necessariamente expresso na medida em que pode ser alcançado por meio de ameaças veladas ou de estímulos financeiros que garantam que a venda não se realizará por preço menor que o previamente visado pelo fornecedor.

O efeito esperado deste acordo é que o menor preço de venda de um produto praticado pelo agente a jusante acabe sendo pré-determinado contratualmente por meio de um dos seguintes parâmetros a serem observados:

- preço prefixado;
- preço mínimo;
- nível máximo de desconto;
- margem mínima de lucro (sobrepço).

Isto acaba por reduzir a competição via preço entre revendedores

rivais e contribui para manter os preços artificialmente altos para os compradores.

Para a caracterização da conduta anticoncorrencial, o entendimento predominante é de que não é necessária a existência de um conjunto de regras formais ou de um sistema de monitoramento mantido por parte do agente infrator.

Um sistema de monitoramento de preços pode ser, entretanto, um importante instrumento facilitador para o efetivo sucesso da estratégia anticoncorrencial uma vez que possibilita que eventuais desvios ao acordo possam mais facilmente detectados.

2.2 Potenciais Efeitos Negativos

A jurisprudência e a doutrina apontam para a potencial ocorrência de uma série de efeitos negativos e anticoncorrenciais advindos da prática de FPR.

Segundo Priscila Brólio Gonçalves⁶, os principais seriam:

- i. “A eliminação da concorrência entre os distribuidores da mesma marca e o conseqüente aumento de preços”. É eliminada a potencial pressão competitiva a ser exercida pelos agentes mais eficientes que, por sua vez, poderiam cobrar menores preços. Em consequência, o bem-estar do consumidor é reduzido.
- ii. O “incentivo à organização de cartéis no mercado dos fornecedores” (entre agentes a montante). A uniformidade de preços facilita a observação recíproca de preços e a própria coordenação das estratégias comerciais entre fornecedores, além de possibilitar a detecção de traições às regras do eventual cartel formado.
- iii. O “incentivo à organização de cartéis no mercado dos distribuidores” (entre agentes a jusante). Também há facilitação da coordenação entre os agentes e com a vantagem, neste caso, da colusão ser policiada pelo fornecedor, o que elide a necessidade de contato entre os revendedores cartelizados.

6 GONÇALVES, Priscila Brolio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016. Capítulo IV.

-
- iv. A “elevação das barreiras à entrada”. A entrada no mercado de novos revendedores inovadores ou mais agressivos pode ser inibida pelo cenário de rigidez e uniformidade gerado por um sistema de preços predeterminados.

2.3 Potenciais Efeitos Positivos

Por sua vez, também são admitidos, pelo menos em tese, a ocorrência de efeitos positivos.

Ainda segundo Gonçalves⁷, estes seriam:

- i. A “eliminação das margens duplas”. Nos casos em que tanto o fornecedor quanto o revendedor são detentores de poder dominante, ambos maximizarão seus lucros cobrando os maiores preços possíveis. A FPR elimina esse problema visto que o fornecedor passa a controlar a margem de lucro do revendedor e, assim, o preço final ao consumidor seria reduzido;
- ii. A “promoção de serviços de pré-venda: eliminação do carona”. O efeito carona ocorre quando um agente econômico furtivamente se apropria (indiretamente) de recursos dispendidos por seu concorrente normalmente relacionados a publicidade ou serviços de pós-venda (dois fatores que usualmente atuam positivamente para o renome de uma marca/produto). O carona pode praticar preços mais baixos e acaba por capturar mais vendas que o concorrente que dispendeu os recursos, mas que não consegue concorrer com base no preço.
- iii. A “preservação da imagem do produto”. No nicho de produtos de luxo, preços altos são normalmente associados a alta qualidade e a manutenção de um patamar elevado de preço seria necessária para a preservação do prestígio da marca.
- iv. O “aumento da concorrência entre as marcas”. Os revendedores deixariam de se preocupar com o preço e passariam a concorrer entre si com base na qualidade do

7 Idem.

atendimento ou outros fatores. Isso poderia fortalecer a marca que utiliza a FPR frente aos seus rivais.

- v. O “incentivo à entrada de novos concorrentes no mercado de distribuição”. Tal incentivo viria da garantia de margens mínimas de lucro para o revendedor entrante possibilitada pela FPR.

3. Abordagem Histórica pela Doutrina e Autoridades Antitruste

A FPR, portanto, é tema amplamente discutida pelo meio acadêmico e, também, pelas autoridades antitruste em todo o mundo devido aos prejuízos que a imposição de preços de revenda pode representar ao ambiente concorrencial.

A presunção dos efeitos negativos para a concorrência é, contudo, controversa, de modo que diferentes jurisdições têm compreensões e juízos distintos sobre a matéria. Assim, o presente capítulo apresentará diferentes abordagens sobre o tema em diferentes jurisdições, notadamente o Brasil, os Estados Unidos e a Europa.

3.1 Estados Unidos da América

Nos Estados Unidos, a conduta de fixação de preços mínimos de revenda foi considerada um ilícito *per se* por quase cem anos, desde o caso *Dr. Miles Medical Co versus Park D. Park*⁸ em 1911.

Em 2007, contudo, no caso *Leegin Creative Leather Products v. PSKS*⁹, a Suprema Corte norte-americana decidiu (por cinco votos a quatro) que a conduta deveria ser examinada com base na regra da razão. O relator da posição vencedora afirmou que a fixação dos preços de revenda pode ter resultados tanto pró quanto anticompetitivos; devendo a conduta, portanto, ser analisada caso a caso e com o sopesamento dos seus efeitos.

Em seu entendimento, os seguintes fatores devem ser

8 US Supreme Court - *Dr. Miles Medical Co versus Park D. Park* - 220 U.S 373 (1911). Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/220/373/>].

9 US Supreme Court - *Leegin Creative Leather Products v. PSKS* - 551 U.S. 877 (2007). Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/>].

considerados na análise de uma conduta de fixação de preços de revenda: (i) o número de fornecedores que adota a prática; (ii) a origem da prática, pois, se a fixação de preços foi sugerida pelos distribuidores, isso pode indicar tratar-se de um cartel ou outras condutas ineficientes no mercado à jusante; e (iii) a existência de poder de mercado por parte do fornecedor ou distribuidor.

3.2 Europa

Na Europa, a conduta ainda é considerada um ilícito *per se*. Ressalta-se, contudo, que a Comissão Europeia publicou, em junho de 2014, um documento clarificando a visão da instituição sobre a prática e citando acordos de menor importância que não são considerados ilícitos (“*safe harbour*”)¹⁰.

A Comissão Europeia, na Comunicação nº 130/2010, pontuou que a sugestão de preços de revenda também pode ser prejudicial à concorrência uma vez que o preço sugerido passa a servir como um ponto de referência para os revendedores e pode contribuir para a redução da concorrência entre eles ou, até mesmo, facilitar o conluio. Segundo a Comissão Europeia, quanto mais forte for o fornecedor, maior o risco de que a sugestão seja aplicada por todos seus revendedores.

A Comissão apresenta uma visão menos tolerante com relação à fixação de preços mínimos de revenda. O Guia de Análise de Restrições Verticais Europeu reconhece que este tipo de fixação de preços constitui severa restrição à concorrência.

O posicionamento do Reino Unido também é bastante restritivo à FPR, de forma que, recentemente, a CMA - *Competition and Markets Authority*, órgão antitruste britânico, publicou uma carta aberta com o intuito de alertar fornecedores e revendedores sobre os riscos de incorrer na prática da fixação de preços de revenda no comércio online e sofrerem penalidades¹¹.

10 European Commission - Competition. Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De minimis Notice), jun 2014.

11 UK CMA - Competition and Markets Authority. Carta aberta. Disponível em: [https://www.gov.uk/government/publications/restricting-online-resale-prices-cma-letter-to-suppliers-and-retailers].

De fato, tanto a União Europeia como a maioria dos países que a compõem tratam a imposição de preços mínimos de revenda como uma conduta particularmente suspeita e presumidamente anticoncorrencial, cuja probabilidade de apresentar eventuais efeitos positivos é tida como bastante menos provável em comparação aos riscos de apresentação de danos à livre concorrência.

3.3. Brasil

Já no Brasil, vários casos foram analisados pelo Cade, ao longo dos últimos anos, para verificar a ocorrência da fixação de preços de revenda. Entretanto, em diversos desses casos, concluiu-se que os clientes não eram submetidos a nenhuma penalidade se o preço cobrado fosse diferente do preço estabelecido pelos produtores e, portanto, não se tratava de fixação do preço de revenda e sim mera sugestão de preço.

Em 2013 ocorreu a primeira condenação por fixação de preços de revenda pelo Tribunal do Cade, o qual, por maioria, aplicou uma multa à empresa SKF do Brasil Ltda. pela fixação de preços mínimos no mercado de autopeças¹².

Uma vez configurada a conduta de fixação de preços mínimos de revenda, o processo administrativo sobre a FPR da SKF do Brasil passou a ser paradigmático ao estabelecer clareza jurisprudencial e dotar o Cade de parâmetros mais objetivos para tratar da fixação de preços de revenda.

No referido julgamento, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo expressa esse ponto da seguinte forma:

“Não há, até hoje, um padrão efetivamente estabelecido em nossa jurisprudência do que seria necessário para avaliar a licitude ou não de tais condutas, especialmente quando envolvem, como no caso presente, imposição de preços de revenda por agente dotado de poder de mercado tal como presumido pelo limite de 20% estabelecido na legislação. Tal circunstância torna ainda mais importante o elemento de precedente contido no julgamento deste caso, bem como a precisa definição, pelo Conselho, do regime de ilicitude e ônus

12 Cade. Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (SKF do Brasil Ltda.). Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnTmLeah8bz3KVq3bOI-B_j0x4hW_nmxP-OADjxYKdLY].

probatórios que deve ser observado no julgamento de casos hardcore de FPR.”

A necessária diferenciação entre a “imposição” de preços de revenda de sua mera “sugestão” foi um dos primeiros pontos a serem tratados para que se confirmasse a ocorrência da FPR no caso SKF.

A esse respeito, o Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho buscou referências no Direito Civil para concluir que a existência de ameaças de punição aos desviantes do preço de venda consistia em coação moral ao intimidar os revendedores e pressioná-los a seguir a precificação determinada. Dessa forma, entendeu-se que a ameaça de punição, mesmo que não concretizada, caracteriza uma forma de imposição que, mesmo não tendo surtido efeito concreto para alguns revendedores, pode ter limitado a liberdade de precificação de outros.

Tendo em vista a importância do julgamento da FPR verificada no caso SKF Brasil, após abrangente exame da jurisprudência internacional, o Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo expôs que não vê *“como não considerar a conduta como presumidamente ilícita, sendo essa presunção de iuris tantum de ilegalidade uma verdadeira expressão da incidência da regra da razão aos contornos e especificidades da conduta tal como tratada pelo direito nacional”*.

O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo entendeu, ainda, que o investigado deve demonstrar a inexistência de poder unilateral ou coordenado para contrapor a presunção de ilegalidade da conduta ou, alternativamente, demonstrar a existência de eficiências específicas à FPR em questão que

“(i) não possam ser produzidas por outro acordo vertical ou outros meios distintos menos suspeitos, (ii) superem claramente, nas condições de mercado em questão, os riscos à concorrência gerados pela conduta e (iii) resultem em benefício comprovado para o consumidor.”

Assim, para se verificar a ausência de poder unilateral ou coordenado, o Conselheiro estabeleceu uma “regra de *minimis*” sob a qual se deve demonstrar, cumulativamente, que:

- i. nem o fornecedor, isoladamente, nem os distribuidores, em conjunto, detenham 20% ou mais do mercado; e
- ii. nenhum dos distribuidores ou fornecedores envolvidos

na conduta façam parte do C4 de seu mercado relevante, na hipótese deste ser superior a 75%, caso em que os distribuidores envolvidos deverão ser considerados em conjunto, como um único agente econômico hipotético.

Infere-se, desta forma, que, se a empresa não puder demonstrar sua ausência de poder de mercado, com base nos critérios citados acima, ela só poderá evitar a condenação se demonstrar que a prática gerou benefícios incontestáveis, que não poderiam ser alcançados por outros meios, que superam os riscos à concorrência e que foram repassados para os consumidores.

Foi ressaltado, ainda, que até mesmo uma mera sugestão de preços pode configurar um ilícito, na medida em que o revendedor sente uma “coerção moral” em seguir o preço sugerido.

Tem-se como referenciais objetivos, portanto, a participação de mercado da firma e o nível de concentração do mercado analisado; a possibilidade de se alcançar as mesmas eficiências com meios distintos da FPR; o sopesamento entre eficiências e riscos à concorrência e a comprovação de benefícios para o consumidor. Demonstrados, alternativamente, baixo poder de mercado ou sucesso da FPR em obter eficiências e benefícios ao consumidor que não poderiam ser auferidos de outra maneira, a conduta estaria, assim, justificada.

Dessa forma, em sintonia com grande parte da jurisprudência internacional, a partir do julgamento do caso SKF Brasil, o Cade passou a tratar a conduta de FPR como presumidamente prejudicial. Além disso, estabeleceu parâmetros de análise dentro de uma regra da razão que possibilite ao investigado demonstrar eventuais eficiências da conduta verificada.

A partir do julgamento da SKF, entende-se que o Cade emitiu uma mensagem ao mercado sobre a fixação de preços de revenda que pode ser resumida nas palavras do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho:

“O efeito imediato deste tipo de orientação é desincentivar aventuras de FPR sem uma justificativa muito firme e convincente e alegações frívolas no Cade. Serão aceitas como lícitas as FPR apenas excepcional e marginalmente.”

Após o caso SKF, a FPR foi analisada em mais algumas ocasiões pelo Cade.

Em 2014, o Cade firmou um Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) com a Bematech¹³ no qual a empresa se comprometeu a não fixar, sugerir ou divulgar preç os mínimos de revenda aos clientes finais.

Em 2015, o Tribunal julgou o Processo Administrativo não 08012.004736/2005-42, instaurado contra a Shell Brasil Ltda (atual Raízen Combustíveis S.A.) e Odon de Oliveira Mendes. O Tribunal decidiu, por maioria, que não houve, naquele caso, fixa o de preç os de revenda, e sim uma influência de conduta uniforme. Apesar da condena o dos representados, o Tribunal não se manifestou, contudo, com rela o a se a FPR deveria ser considerada um ilícito *per se* ou não.

Em 2016 e 2017, a SG arquivou três procedimentos preparat rios¹⁴ por entender que não havia elementos suficientes nos autos que justificassem o prosseguimento das investiga es. Entre os elementos estavam a inexistência de poder de mercado ou mesmo a não comprova o da conduta de fixa o.

Ainda em 2017, o Cade firmou um TCC com a empresa Seasub Artigos Esportivos que foi acusada de fixar preç os mínimos de revenda de seus produtos para seus revendedores, sob pena de os mesmos ficarem impedidos de realizar futuras compras de tais produtos¹⁵.

13 Cade. Processo Administrativo não 08012.010829/2011-54 (Bematech S.A.). Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndUZKOf7pBmqvi7y68y2aeSluxN1yqT66wn2ROHq0EKh].

14 Cade. Procedimento Preparatório 08700.002051/2015-85, Procedimento Preparatório não 08700.006606/2015-68 (Seasub Artigos Esportivos Ltda - [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndUZKOf7pBmqvi7y68y2aeSluxN1yqT66wn2ROHq0EKh]) e Procedimento Preparatório não 08700.008205/2014-61 (Intelbras S.A. Indústria de Telecomunica o Eletrônica - [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1]eB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_Jxm7s3Qou72OFdcQBNaYOQAHB8akV97qUrDAQITyP09IM].

15 Cade Procedimento Preparatório não 08700.006543/2015-40 (Seasub Artigos Esportivos Ltda). Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcndUZKOf7pBmqvi7y68y2aeSluxN1yqT66wn2ROHq0EKh].

Em 2018, a empresa Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda. fez uma consulta ao Cade em relação à licitude da Política de Preços Anunciados (PMA) elaborada pela empresa¹⁶. A PMA teria como objetivo impor aos revendedores de pneus de sua marca um preço mínimo de anúncio. Para analisar a legalidade da política da empresa, o Conselheiro-Relator usou como parâmetros os critérios de participação de mercado do caso SKF e concluiu que a Continental não possuiria posição dominante no mercado. Dessa forma, a política da empresa poderia ser mantida, desde que a consulente mantivesse os patamares de poder de mercado.

4. A Nova Realidade Trazida Pelo *E-commerce*

Como já mencionado ao longo do texto, o *e-commerce* surgiu na esteira do desenvolvimento da *Internet* como uma opção adicional aos canais de venda tradicionais. Em linha com o crescimento da publicidade online, os anunciantes, além de divulgarem seus produtos, passaram a direcionar potenciais clientes para plataformas de vendas. Contudo, até meados dos anos 2000, o comércio *online* ainda se encontrava relativamente restrito a uma parcela da população mundial com bom acesso à *Internet*.

Com o lançamento dos *smartphones* e o aprimoramento das redes de telecomunicações, o desenvolvimento tecnológico possibilitou saltos substanciais nas comunicações e o barateamento dos equipamentos e dos custos necessários ao acesso satisfatório à *Internet*. A partir de então, mais e mais pessoas foram rapidamente inseridas no universo online e novas aplicações e possibilidades de realizar negócios foram desenvolvidas.

Em 2017, a União Europeia divulgou uma ampla pesquisa sobre o comércio eletrônico entre os países do bloco e constatou que o percentual de pessoas entre os 16 e os 74 anos que encomendam bens ou serviços pela *Internet* vem aumentando todos os anos,

16 Cade. Consulta nº 08700.004594/2018-80 (Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.). Documento SEI 0537929. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAXAO1tMiVcl9FcFMR5UuJ6rL-qPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTINmjNzERoAdqdS3D5wE-FZ6UEgflhape_uuHaW3FS8A].

passando de 30% em 2007 para 55% em 2016¹⁷.

A massificação do acesso à *Internet* despertou os empresários para uma nova fronteira de vendas, que, por sua vez, impactou o mercado de logística e trouxe mudanças significativas em várias cadeias produtivas, abrindo espaços para novas formas de relacionamento e vendas para o consumidor.

Nesse contexto, o crescimento do *e-commerce*, em grande medida, correspondeu a um alargamento de determinados mercados relevantes, em termos geográficos, possibilitando o acirramento da concorrência tanto entre marcas, como intra-marcas.

No caso dos produtos de uma mesma marca, que possuem características idênticas, a pressão concorrencial ocasionada pela entrada de novos concorrentes em mercados geográficos antes inacessíveis sem o comércio eletrônico ocasionou forte pressão sobre os preços. Um consumidor que deseje comprar determinado produto de uma marca específica passou a ter acesso a um número maior de fornecedores e, além disso, uma maior transparência de preços que podem ser verificados sem qualquer dificuldade, por meio de pesquisas *online*.

A maior transparência dos preços, por sua vez, facilitou bastante a comparação de informações sobre os produtos e preços *online*. Essa nova realidade permite, também, que os consumidores utilizem os serviços de pré-venda de lojas físicas (testando produtos e tirando dúvidas com vendedores), mas, posteriormente, acabem por comprar o produto *online* devido a um preço menor encontrado, o que pode caracterizar um comportamento “carona”.

Por vezes, entretanto, também ocorre o oposto. Um cliente faz ampla pesquisa de preços e características dos produtos online e optam por comprar na loja física.

Tais serviços de pré-venda oferecidos por lojas físicas, lembre-se, representam um custo expressivo, tendo em vista, principalmente, despesas com aluguel do espaço e contratação e treinamento de pessoal especializado para atendimento.

O já citado Relatório Final da pesquisa setorial sobre o comércio eletrônico da União Europeia verificou que

17 European Commission - Competition. (2017). Final report on the E-commerce Sector Inquiry. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf].

“72% dos fabricantes que responderam aos questionários reconhecem expressamente a existência do ‘efeito carona’ nas vendas online sobre os serviços offline [online pegando carona no offline]. 62% reconhecem a existência de ‘efeito carona’ do comércio de revenda offline (informação) sobre os serviços oferecidos online. Cerca de 40% dos retalhistas também reconhecem a existência dessas duas formas de ‘carona’”¹⁸.

A nova realidade concorrencial trazida pelo e-commerce resultou em quatro distintos perfis de revendedores com diferentes modelos de negócios: (i) Revendedores exclusivamente *offline* (apenas lojas físicas); (ii) Revendedores *offline* + loja *online*¹⁹ própria; (iii) Revendedores *offline* + loja *online* própria + *marketplace*²⁰; (iv) Revendedores loja *online* + *marketplace*; e (v) Revendedores apenas *marketplace*, implicando estruturas de despesas distintas e, conseqüentemente, estratégias de precificação potencialmente diferentes para enfrentar a concorrência intra e inter-marcas.

Enquanto as lojas exclusivamente *offline* arcam com custos relacionados ao atendimento presencial e à locação de espaço físico (necessário ao estoque, exposição e conforto de funcionários e clientes), os revendedores que atuam apenas por *marketplace* dispõem de um modelo de negócios, com baixo custo de investimento e ampla visibilidade que permite a entrada de pequenos e médios lojistas operando a partir de um pequeno espaço físico, fora dos grandes centros comerciais.

Essa nova realidade impôs importantes desafios concorrenciais para os revendedores, que passaram a encarar concorrentes em maior número. Também trouxe um problema para os fabricantes, que viram a competição entre seus revendedores ameaçar a subsistência de tradicionais pontos de vendas, responsáveis pela exposição da marca em importantes mercados. Como surfar a onda do *e-commerce* e, ao mesmo tempo, preservar a marca em meio a uma intensa concorrência baseada em preços?

A referida pesquisa setorial da União Europeia sobre o comércio eletrônico apontou algumas importantes mudanças nas estratégias

18 Idem.

19 A loja *online* própria é caracterizada por um endereço virtual específico, de propriedade e gestão do revendedor.

20 O *marketplace* é caracterizado como um portal de e-commerce colaborativo ou “shopping center virtual”.

de distribuição e de fixação de preços de fabricantes e revendedores tendo em vista se adequar à maior transparência e concorrência em matéria de preços. Nesse sentido, observou-se que os fabricantes vêm procurando exercer maior controle sobre suas redes de distribuição, tanto em relação ao preço quanto à qualidade dos serviços de pré-venda e pós-venda. O Relatório Final da pesquisa indicou as seguintes tendências de mercado:

- i. Uma grande parte dos fabricantes decidiram, no decurso dos últimos dez anos, face ao crescimento do comércio eletrónico, vender os seus produtos diretamente aos clientes através de lojas próprias de venda online, concorrendo cada vez mais com os seus próprios distribuidores independentes²¹.*
- ii. Um maior recurso aos 'sistemas de distribuição seletiva', em que os fabricantes fixam os critérios que os comerciantes devem cumprir para se tornarem parte da rede de distribuição e todas as vendas a revendedores não autorizados são proibidas²².*
- iii. Um maior recurso a restrições verticais que permitam um maior controle da distribuição dos produtos."*

O diagnóstico apontado pela pesquisa europeia traduz uma mudança de comportamento dos fabricantes no intuito de se adaptar e reagir às mudanças no ambiente de mercado. Entretanto, nem todos os meios utilizados sob esse argumento podem ser aceitos ou amparados pela legislação antitruste, por apresentarem efeitos nocivos à concorrência.

21 "A Comissão perguntou aos fabricantes que medidas concretas haviam tomado em resposta ao crescimento do comércio eletrónico nos últimos 10 anos. 64 % dos fabricantes declararam ter aberto as suas próprias lojas de venda online . 3 % indicaram que tomaram a decisão de integrar plenamente atividades de distribuição (ver secção 3.1 do Relatório Final)". European Commission - Competition. (2017). Final report on the E-commerce Sector Inquiry. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf].

22 "Foi perguntado aos fabricantes que medidas concretas haviam tomado em resposta ao crescimento do comércio eletrónico nos últimos 10 anos. Quase 20 % das empresas responderam que tinham introduzido sistemas de distribuição seletiva (onde não existiam antes), 2 % tinham alargado os sistemas existentes a novos tipos de produtos e perto de 40 % tinham introduzido novos critérios nos seus acordos de distribuição sobre a forma de vender ou fazer publicidade dos seus produtos online (ver secção 3.1 do Relatório Final)". European Commission - Competition. (2017). Final report on the E-commerce Sector Inquiry. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf].

4.1. E-commerce e Fixação de Preço de Revenda

O mesmo desenvolvimento tecnológico que possibilitou ao consumidor conhecer e ter acesso de forma mais fácil e transparente a uma quantidade maior de estabelecimentos comerciais e, a princípio, a uma variedade maior de preços, ampliando seu leque de escolha, também facilitou o monitoramento de preços pelos fornecedores e também por revendedores que disputam o mesmo mercado.

A maior exposição *online* dos preços permitiu, de modo objetivo, que tanto fabricantes quanto revendedores passassem a ter meios de acompanhar, em tempo real e reiteradamente, os preços de revenda de produtos *ofertados através da Internet*; podendo, para tal, recorrer a *softwares* e ferramentas de rastreamento de preços. Dessa forma, tornou-se mais fácil detectar desvios em relação às imposições de preços praticadas pelos fabricantes, permitindo-lhes adotar medidas de retaliação contra os revendedores que eventualmente pratiquem preço distinto daquele previamente estipulado.

Os novos contornos tecnológicos do comércio *online* tornaram a prática da fixação de preços de revenda ainda mais eficiente e tentadora para os fornecedores, que obtiveram, como nunca antes, uma grande capacidade de controle sobre os preços dos seus revendedores.

De outro lado, a maior transparência dos preços *online* ainda abriu caminho para comportamentos colusivos entre os próprios revendedores ao facilitar o conhecimento dos preços dos concorrentes e a detecção de desvios em relação a eventuais acordos cartelistas.

Cabe ressaltar ainda que, conforme descrito anteriormente, a Fixação de Preços de Revenda pode se apresentar de forma indireta como em acordos para a fixação da margem de lucro ou da fixação do nível máximo de descontos.

Como a FPR não é tida uma conduta ilícita *per se*, como visto acima, muitos fornecedores e revendedores acreditam que podem justificá-la sob a alegação de preservar a qualidade dos serviços da rede de distribuição ou mesmo de proteger a marca. No entanto, deixam de considerar a existência de alternativas que serviriam a essas finalidades sem gerar quaisquer dúvidas perante as autoridades antitruste.

No Brasil, e em várias outras jurisdições, o fornecedor pode exigir a observância de padrões de qualidade relativos *website* onde seus produtos serão revendidos, bem como para a publicidade e promoção em geral. O fornecedor, também, pode exigir que seus revendedores disponham de um, ou mais, estabelecimentos tradicionais (*offline*) como condição para comporem a sua rede de distribuição.

Dessa forma, podem ser considerados lícitos sistemas de distribuição seletiva que zelem pela qualidade dos serviços de pré e de pós-vendas e o valor da marca sem recorrer a formas explícitas ou veladas de controle de preços. Portanto, para cercear a liberdade dos preços, principais sinalizadores do sistema econômico, seria necessária uma excelente justificativa ou a ausência completa de alternativas para garantir a qualidade dos serviços de distribuição.

Ao fixar preços mínimos de revenda, o fornecedor incorre em um risco bastante elevado de proteger um grupo de revendedores ineficientes em detrimento daqueles capazes de atuar com custos mais enxutos e obter lucros saudáveis apesar de aplicar preços menores. Isso tem o condão de gerar efeitos negativos para o ambiente concorrencial e, para os consumidores, preços mais elevados.

4.2. Autoridades Antritruste e a Nova Realidade

Em meio às eventuais mudanças nos mercados, nas formas de fazer negócios e nos comportamentos dos consumidores, algumas infrações permanecem claramente as mesmas em seus motivadores, formas de implementação e mesmo nas evidências a serem investigadas, como no caso dos cartéis.

De outro lado, algumas práticas, embora mantenham sua tipificação inalterada, ganham novos contornos e justificativas mais ou menos aceitáveis. A FPR encontra-se nesse grupo, em que os novos contextos de mercado e comportamento dos consumidores ensejam o surgimento de novas justificativas para sua implementação, que podem tanto confundir alguns agentes do mercado como estimular outros que se aproveitam da ausência de clareza da legislação ou mesmo da atuação das autoridades antitruste.

Nesse contexto, cabe a reflexão sobre a atuação das autoridades de defesa da concorrência em relação ao seu papel de órgão orientador

em contraste com o seu papel apenas regulador e punitivo. A Comissão Europeia, ao realizar uma abrangente pesquisa setorial sobre comércio eletrônico de bens de consumo e conteúdo digital na Europa, demonstrou forte interesse em aprofundar seu conhecimento sobre o tema e disposição para ouvir as empresas que atuam na nova economia digital, colhendo suas impressões, verificando seus comportamentos e colhendo dados confiáveis para guiar suas decisões.

Cabe destacar que, em setembro de 2016, publicou-se um relatório preliminar sobre as conclusões iniciais da referida pesquisa, seguido de consulta pública, aberta a todas as partes interessadas, encerrada em novembro do mesmo ano. No total, foram apresentadas 66 contribuições relativas a bens de consumo e conteúdos digitais²³.

Além disso, realizou-se uma conferência com as partes interessadas, em Bruxelas, que permitiu a diferentes agentes do mercado apresentar os seus pontos de vista sobre o relatório preliminar apresentado²⁴.

Pode-se dizer que a Comissão Europeia realizou um grande e profundo teste de mercado, antecipando-se a denúncias ou investigações específicas, com vistas à formação de base crítica institucional que sirva de apoio às futuras decisões que envolvam o *e-commerce* em seus aspectos concorrenciais.

No Reino Unido, também pode-se observar uma postura proativa de comunicação com o mercado. Conforme já mencionado, recentemente (2017) a CMA - *Competition and Markets Authority*, que possui uma visão bastante restritiva em relação à fixação de preços de revenda, publicou carta aberta com o intuito de alertar fornecedores e revendedores sobre os riscos de incorrer na prática da Fixação de Preços de Revenda no comércio *online* e sofrerem penalidades.

A publicação de uma carta aberta com orientações aos agentes do mercado, citando exemplos de condutas consideradas ilegais pela autoridade antitruste, ajuda a dissipar várias nuvens de incerteza que pairam sobre fornecedores e revendedores, além de prevenir

23 European Commission - Competition. (2017). *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf].

24 Idem.

condutas indesejáveis e gerar economia processual na análise de casos subsequentes que infrinjam as orientações emanadas pelas autoridades.

Dessa forma, uma postura proativa das autoridades de defesa da concorrência, que traga clareza sobre quais condutas podem ser consideradas aceitáveis e quais, de outro lado, devem ser tomadas como ilegais, é altamente factível e mesmo recomendável para trazer luz à legislação antitruste e sua aplicação.

Embora já haja jurisprudência do Cade que demonstre o entendimento da autoridade antitruste brasileira acerca da FPR, ainda não se tem um posicionamento formal que alcance a nova realidade do *e-commerce*.

Seria uma importante sinalização para os agentes de mercado mostrar que a autarquia vem acompanhando as mudanças nos comportamentos de fornecedores, revendedores e consumidores, além dos desafios que permeiam os novos canais de vendas, vulneráveis a novas e velhas condutas anticoncorrenciais.

Conclusão

Como foi possível traçar ao longo deste trabalho, uma prática tão antiga quanto a FPR continua a persistir ao longo de muitas décadas, exigindo das autoridades antitruste o aperfeiçoamento das normas de defesa da concorrência, evoluções em suas jurisprudências e renovada capacidade de analisar os contextos de mercado que permeiam tal prática.

O desenvolvimento de novas tecnologias e o crescimento vertiginoso do *e-commerce* são aspectos que trazem novos contornos para o ambiente concorrencial ao alargar o mercado geográfico e propiciar a entrada de novos concorrentes. Entretanto, nesse novo contexto, renovam-se questões relacionadas a proteção de marcas, serviços de pré e pós-venda e competição entre distintos canais de venda, dentre outras que, eventualmente, podem abrir as portas para justificar condutas indesejáveis em meio à penumbra normativa.

O problema do carona e a necessidade de resguardar a qualidade de serviços prestados aos consumidores são argumentos frequentemente evocados por fornecedores que utilizam a FPR para proteger seus revendedores *offline* daqueles que oferecem o

mesmo produto *online*.

Nesse contexto, pode-se observar que a diligência das autoridades antitruste em conhecer melhor os mercados, inclusive aprofundando o estudo e o diálogo com os usuários dos canais de venda *online*, possibilita o esclarecimento acerca dos limites impostos a restrições verticais e evidencia condutas aceitáveis e indesejáveis.

A ação preventiva e proativa das autoridades antitruste pode, enfim, evitar condutas restritivas como a FPR e mostrar aos agentes do mercado que alguns dos objetivos apresentados como justificativas para a referida conduta podem sim ser produzidos por outro acordo vertical ou outros meios distintos e menos suspeitos, minimizando, desta forma, a possibilidade de prejuízos aos consumidores.

Referências

BRASIL. (2011) **Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm]. Acesso em 31/10/2020.

CADE. **Consulta nº 08700.004594/2018-80** (Continental do Brasil Produtos Automotivos Ltda.). Documento SEI 0537929.

CADE . **Processo Administrativo nº 148/1992** (Sindicato da Indústria de Panificação e Confeitaria de São Paulo x KIBON), julgado em 1º de outubro de 1997.

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44** (SKF do Brasil Ltda.).

CADE. **Processo Administrativo nº 08012.010829/2011-54** (Bematech S.A.).

CADE. **Procedimento Preparatório 08700.002051/2015-85 e Procedimento Preparatório nº 08700.006606/2015-68** (Seasub Artigos Esportivos Ltda.).

CADE. **Procedimento Preparatório nº 08700.008205/2014-61** (Intelbras S.A. Indústria de Telecomunicação Eletrônica).

CADE. **Procedimento Preparatório nº 08700.006543/2015-40** (Seasub Artigos Esportivos Ltda.).

EUROPEAN COMMISSION-COMPETITION. (2017). *Final report on the E-commerce Sector Inquiry*. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/antitrust/sector_inquiry_final_report_en.pdf]. Acesso em 31/10/2020.

EUROPEAN COMMISSION-COMPETITION. (1997). *Green Paper on vertical restraints in EC Competition Policy*. Disponível em: [http://europa.eu/documents/comm/green_papers/pdf/com96_721_en.pdf]. Acesso em 31/10/2020.

EUROPEAN COMMISSION-COMPETITION. (2010). *Guidelines on Vertical Restraints*. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:EN:PDF]. Acesso em 31/10/2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION-FTC. *Vertical Restraints: Federal and State Enforcement of Vertical Issues*. Publicado em 2007. Disponível em: [https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/vertical-restraints-federal-and-state-enforcement-vertical-issues/070308vertical.pdf]. Acesso em 31/10/2020.

FERRAZ, Murilo. Fixação de Preço de Revenda no E-commerce: Uma Análise à Luz da Jurisprudência Nacional e Internacional, **Revista do IBRAC**, Volume 23 - Número 2 - 2017.

GONÇALVES, Priscila Brolio. *Fixação e sugestão de preços de revenda em contratos de distribuição: análise dos aspectos concorrenciais*. 2.ed. São Paulo: Singular, 2016.

IBRAC - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Revista do IBRAC**, Volume 23 - Número 2 - 2017. Fixação de Preço de Revenda no E-commerce: Uma Análise à Luz da Jurisprudência Nacional e Internacional.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE) (2010). **OECD Policy Roundtables “Resale Price Maintenance”**. Paris, 2009. Disponível em: [https://www.oecd.org/daf/competition/43835526.pdf]. Acesso em 31/10/2020.

PASCHOALINI, Ana Paula; PROENÇA, José Marcelo Martins. **Fixação e sugestão de preços de revenda: análise dos principais**

efeitos concorrenciais e da distribuição do ônus de prova no âmbito do direito antitruste. 2016. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

PUGLIESE, Paola & MUNDIM, Milena. (2014). *Legal Uncertainty on Resale Price Maintenance: the Brazilian Experience Following the ‘SKF Case’*. Journal of European Competition Law & Practice, Volume 5, Edição 7, Setembro 2014, Páginas 478–484.

US SUPREME COURT - **Dr. Miles Medical Co versus Park D. Park - 220 U.S 373** (1911). Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/220/373/>]. Acesso em 31/10/2020.

US SUPREME COURT - **Leegin Creative Leather Products v. PSKS - 551 U.S. 877** (2007). Disponível em: [<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/>]. Acesso em 31/10/2020.

UK CMA - COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De minimis Notice)*, jun 2014.

UK CMA - COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *Open letter to suppliers and retailers about resale price maintenance (RPM) and compliance with competition law*. Disponível em: [<https://www.gov.uk/government/publications/restricting-online-resale-prices-cma-letter-to-suppliers-and-retailers>]. Acesso em 31/10/2020.

RODRIGUES, Eduardo Frade e FERRAZ, André Santos. Quando o antitruste não sabe bem o que quer: preços de revenda, 2019. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-do-vinicius/quando-o-antitruste-nao-sabe-bem-o-que-quer-precos-de-revenda-01022019.

Outro patamar? Dados pessoais e a análise de condutas exclusionárias no setor bancário

Marcelo Pacheco Bastos¹

RESUMO

Esse trabalho aborda um potencial conflito concorrencial envolvendo dados pessoais no setor bancário. Pretende-se discutir uma maneira de intervenção para remover eventuais barreiras que inibam o funcionamento de novos modelos de negócios (Fintechs), buscando mitigar falhas de mercado (especialmente assimetrias de informação e direitos de propriedade mal definidos ou exercidos) que impedem que a concorrência ocorra de forma mais efetiva. Em virtude de características do setor, da inércia dos consumidores e de especificidades do insumo envolvido (“não-rivalidade” e de baixo custo de transmissão), argumenta-se que as autoridades antitruste deveriam adotar um *outro patamar* em suas análises, com algumas distinções em relação a análises em casos anteriores de recusa de contratar, normalmente relacionados a outros setores ou que tratam de insumos tangíveis ou acesso à infraestrutura.

Palavras-chave: Condutas exclusionárias; Recusa de contratar; Dados pessoais; Fintechs; Concentração bancária.

ABSTRACT

This paper approaches the potential competitive conflicts involving personal data in the banking sector. The main goal of this paper is to discuss possible interventions to remove barriers that prevent the full functioning of the new business models (Fintechs), aiming to mitigate some market failures (mainly information asymmetries and imperfectly defined or exercised property right) that hinder

1 Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília (UnB) e Pós-Graduado em Direito Econômico e Defesa da Concorrência pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Superintendência-Geral - Conselho Administrativo de Defesa Econômica (SG/Cade). E-mail: marcelo.bastos@cade.gov.br .

the effective competition. Considering the characteristics of the banking sector, consumers' inertia, and specificities of the input (data), notably its non-rival feature and the low cost of transmission, it is argued that, in such situations, the competition agencies should adopt a different baseline in their analysis, distinct from the ones used in past cases related to refusals to deal, normally related to other sectors or regarding tangible inputs or access to infrastructure.

Keywords: Exclusionary conducts; Refusal to deal; Personal data, Fintechs, Concentration in the banking sector.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Aspectos estruturais da indústria bancária e possíveis evoluções*; 3. *Potenciais condutas anticompetitivas: há justificativas para uma intervenção em outro patamar?*; *Conclusão*; *Referências Bibliográficas*.

1. Introdução

A atividade bancária é fundamental para o adequado funcionamento de uma economia de mercado. Além de funções mais básicas como a guarda de valores, as instituições financeiras podem transformar, por exemplo, recursos oriundos de depósitos de curto prazo em recursos para crédito de prazo mais longo, provendo liquidez para uns e rendimento de capital para outros. Tais instituições exercem a função de intermediário, agrupando e alocando recursos com o intuito de facilitar a troca de bens e serviços e de promover o encontro entre tomadores e fornecedores de crédito.

Para desempenhar essas e outras funções, os bancos não apenas dependem de informações, mas também obtêm um significativo conjunto de dados como subproduto de sua atividade. Nesse sentido, pode-se argumentar que determinada instituição financeira possui, para a oferta de serviços para seus próprios clientes, vantagem competitiva em relação a seus concorrentes. Em outras palavras, a assimetria de informações entre um banco e um cliente seu de longa data tende a ser menor se comparada à assimetria verificada no relacionamento desse mesmo indivíduo com outra instituição financeira da qual se tornou cliente há pouco tempo ou com a qual jamais se vinculou.

Num passado de limitado avanço tecnológico, caso desejassem contratar os serviços de (ou até mesmo conhecer as condições oferecidas por) outras instituições financeiras, os clientes bancários enfrentariam algumas dificuldades, que podem ser resumidas em maiores custos de transação. Além dos custos para coletar e compilar suas informações de relacionamento na instituição de origem com o intuito de apresentar seu histórico bancário à nova instituição (com a finalidade de reduzir a assimetria informacional), haveria a necessidade de o consumidor comparecer presencialmente às instituições financeiras que possivelmente poderiam ofertar-lhe serviços concorrentes aos prestados pelo banco de origem. A estrutura do mercado e a (pouca) tecnologia disponível representavam um entrave à rivalidade efetiva, uma tendência quase “natural” ao chamado efeito *lock-in*.

O surgimento e desenvolvimento do fenômeno *big data* significou a ampliação de possibilidades para coleta, processamento e transmissão de informação, a custos cada vez menores. Nessa esteira surgiram as *Fintechs*, que além do uso intensivo de tecnologia ingressaram no mercado inovando também no sentido de propor modelos de negócio diferentes, tanto complementares quanto concorrentes aos providos pelos bancos tradicionais. Trata-se de entrada bem-vinda num mercado concentrado e com histórico e características de pouca rivalidade efetiva. A consequente redução das assimetrias de informação representaria, potencialmente, um aumento de bem-estar não apenas dos consumidores, que teriam acesso a mais opções de fornecedores, mas também a empresas que poderiam incrementar sua atividade passando a enxergar uma categoria de consumidor antes “invisível”, em virtude de seu conjunto de informações estar circunscrita ao domicílio bancário de origem (incumbentes) ou que sequer tinha acesso a serviços bancários.

Apesar de já ser possível verificar mudanças no panorama concorrencial do setor, o quadro não se modificou na intensidade esperada, proporcional às magnitudes das revoluções tecnológica e de modelos de negócio ocorridas nos últimos anos. A permanência da tibieza da concorrência nesse setor é por muitos atribuída ao comportamento de inércia dos consumidores.

Uma das razões para a alegada “inércia” dos consumidores, mantendo-se predominantemente ligados às instituições bancárias

“de origem”, pode ser a dificuldade de exercer seu direito de propriedade em relação a seus próprios dados (histórico do relacionamento bancário) e efetuar a portabilidade destes para outras instituições, seja no intuito de comparar condições de comercialização, num primeiro momento, ou de efetivar a mudança de prestador de serviços em caso de maior aderência às condições oferecidas pelos concorrentes. Nesse sentido, destaca-se o surgimento de *Fintechs* chamadas de agregadores de dados financeiros², que facilitam não apenas a unificação do histórico bancário (de um lado da plataforma), mas também a transmissão (para o outro lado da plataforma) desse histórico entre os diversos participantes da indústria, propiciando redução de assimetrias de informação e maior capacidade de conexão entre consumidores e prestadores de serviço. Resumidamente, reduzindo os custos de troca, algo concorrencialmente desejável.

Além da característica de inércia dos consumidores, a utilização abaixo do esperado de serviços catalisadores de rivalidade (tal como o mencionado acima) na indústria bancária pode estar relacionado a eventuais condutas exclusionárias praticadas por instituições financeiras incumbentes em detrimento de seus clientes e da concorrência no mercado.

O que se buscará responder ao final deste trabalho é se há elementos que permitam concluir que as autoridades de defesa da concorrência devam, no caso de eventuais condutas exclusionárias que envolvam a recusa de compartilhamento de dados pessoais (a despeito do consentimento dos clientes), ser menos céticas do que costumam ser quando da análise de alegadas condutas de recusa de contratar.

2. Aspectos estruturais da indústria bancária e possíveis evoluções

Em três³ das mais recentes análises do Cade sobre atos de concentração entre instituições bancárias, tanto os conselheiros

2 Exemplos Mint, Olive, Guiabolso, Yolt, dentre outros ao redor do mundo.

3 AC nº 08012.011736/2008-41 (BB/Nossa Caixa); AC nº 08700.010790/2015-41 (Bradesco/HSBC) e AC nº 08700.001642/2017-05 (Itaú/Citibank)

relatores quanto a SG deixaram consignada a baixa propensão dos consumidores a trocarem de instituição bancária e até mesmo procurarem melhores ofertas, sinal de baixa rivalidade no setor. Em seu voto no AC BB/Nossa Caixa, o conselheiro César Mattos destacou a relevância do histórico dos seus clientes como ativo para as instituições financeiras, uma vez que é importante critério de avaliação de risco e concessão de crédito.

Na mesma linha, a OCDE (2020a), em recente consideração a respeito da disrupção digital no setor bancário e seus impactos sobre a concorrência, apontou que **as principais funções exercidas pelos bancos dependem de informações**, sejam aquelas que podem ser verificadas e codificadas, ou as baseadas em relacionamento. Consequentemente, uma das grandes vantagens dos bancos tradicionais em relação a seus potenciais novos concorrentes (Big Techs e Fintechs) é o acúmulo de capital informacional sobre o histórico financeiro de seus clientes.

Fazendo uma analogia com o trabalho seminal de Akerlof (1970), se os bancos não pudessem distinguir seus clientes bons pagadores de seus clientes maus pagadores, só ofereceriam crédito a um preço tal que apenas os maus pagadores estariam dispostos a aceitar. Os bons pagadores seriam, portanto, expulsos desse mercado e, numa situação extrema, haveria apenas maus pagadores nesse mercado o que colocaria em xeque, inclusive, a estabilidade do sistema bancário no tocante à oferta de crédito.

Porém, ao resolver uma das importantes falhas de mercado da economia, a assimetria de informação, um determinado banco é capaz de incrementar a oferta de serviços (ou reduzir preços) para determinados consumidores. Analisado de forma estática e isolada, tal atributo é desejável tanto no sentido de incremento de bem-estar do consumidor quanto para propiciar melhorias do tipo Pareto-eficientes.

Do ponto de vista concorrencial, no entanto, um contexto em que apenas um banco tem acesso a essa redução de assimetria informacional não se traduz necessariamente em incremento de bem-estar. **Apesar de ter a possibilidade** de oferecer “maior quantidade a menor preço e melhor qualidade” de determinado serviço, **faltaria o aspecto indutor de incentivos** para que o banco que detém esse nível superior de informações sobre determinados indivíduos de fato oferecesse seus serviços em “maior quantidade

a menor preço e melhor qualidade”: **a rivalidade no mercado.** De acordo com Hovenkamp (2005), uma das condições para que um mercado seja caracterizado como de “concorrência perfeita” é justamente a uniformidade de informações disponíveis a todos os agentes do mercado.

A CMA/UK publicou detalhado estudo a respeito dos serviços bancários de varejo com resultados de pesquisa que corroboram a hipótese de inércia dos consumidores. Três quartos dos respondentes sequer procuraram saber de condições oferecidas por concorrentes de suas instituições bancárias, metade está vinculada à sua instituição bancária há mais de 10 (dez) anos e um terço está vinculada há mais de 20 (vinte) anos.

De maneira contra-intuitiva em relação à concorrência de livro-texto, mas corroborando a inércia dos consumidores e o papel central exercido pelas informações dos clientes, o referido estudo da CMA/UK observou que usuários de cheque especial são menos propensos a mudar de banco na comparação com não-usuários desta linha de crédito. Isso ocorre a despeito de o primeiro grupo ter muito mais a se beneficiar de uma eventual mudança de instituição bancária. Discorrendo sobre esses resultados, um trabalho da OCDE (2018) sobre a digitalização em mercados financeiros concluiu que a inércia dos consumidores é, além de causa da reduzida rivalidade, um sintoma de disfuncionalidade deste mercado.

Para a concessão de crédito (uma das principais atividades relacionadas ao setor bancário), entretanto, o mercado parece ter encontrado uma solução, ainda que parcial, para o problema da assimetria de informação. Um ditado popular “só se dá ouro para quem tem prata” sintetiza, em sua simplicidade, a **importância da existência de um colateral** para reduzir a assimetria de informações e, conseqüentemente, aumentar a probabilidade de concretização de operações de crédito a taxas de juros reduzidas.

De acordo com o Relatório de Economia Bancária do Banco Central (2018), a taxa de juros média do crédito consignado foi de 27,4% a.a. ao passo que a taxa média das modalidades rotativas atingiu 271% a.a. Tais realidades antagônicas e o (elevado) custo do crédito que não possui colateral no Brasil (crédito pessoal sem garantia e modalidades rotativas, por exemplo) demonstram que, do ponto de vista de defesa da concorrência e funcionamento dos mercados, ainda existe um longo caminho a ser percorrido em termos de

melhoria da eficiência. Vislumbrando esse percurso e considerando a reduzida concorrência atualmente observada no setor, indaga-se: o que aconteceria com essas taxas de juros se as informações sobre o histórico bancário dos consumidores circulassem (mediante o consentimento destes, frise-se) pela indústria bancária como um todo e não permanecessem virtualmente circunscritas ao domicílio bancário de origem?

Como resultado do desenvolvimento tecnológico no setor financeiro, quase tudo que é relevante para orientar as condições de oferta de produtos e serviços poderia ser registrado num arquivo de dados, com um resumo do histórico bancário do consumidor, por exemplo. A um custo de transação bastante baixo (em virtude, mais uma vez, do desenvolvimento tecnológico), tal arquivo de “materialização” do histórico poderia permitir que os consumidores obtivessem (e os fornecedores concorrentes tivessem a capacidade de informar), de forma mais fidedigna, as condições pelas quais determinado serviço bancário pode ser prestado. Com isso, é possível que um nível bastante superior de rivalidade seja verificado nessa indústria.

Aproveitando os chamados 4Vs⁴ que distinguem o *big data* da mera coleta de dados, as Fintechs podem utilizar dados coletados como substitutos dos colaterais comumente associados a taxas de juros mais baixas e fornecer crédito para firmas e indivíduos sem a necessidade de exigência de garantia física, por exemplo. Além disso, pela maior capacidade de processamento e agilidade de modelos de negócio, podem aprovar pedidos de crédito “em tempo real”. Ou seja, auxiliam a empurrar o nível de prestação de serviços (em termos de quantidade e qualidade) para um ponto mais próximo da fronteira eficiente tanto pela redução de custos quanto pelo atendimento a clientes que não tinham acesso a tais serviços anteriormente.

Em termos de prestação de serviços financeiros, uma análise utilizando *big data* é útil, por exemplo, para uma discriminação de preços mais precisa, a partir de uma abordagem mais acurada sobre determinado indivíduo, incluindo seu perfil de risco ou

4 Grunes e Stucke (2016) o volume de dados; a velocidade pela qual os dados são coletados, utilizados e disseminados; a variedade de informações agregadas e o valor dos dados.

sua probabilidade de honrar compromissos. A aplicação de novas tecnologias e modelos de negócio auxilia que a superação de algumas das falhas de mercado (notadamente assimetrias de informação) inerentes à prestação de serviços financeiros ocorra de maneira mais uniforme entre os diversos agentes.

Em resumo, a OCDE (2020a) afirma que a tecnologia digital pode ter um grande impacto em termos de incremento da concorrência e contestabilidade nos mercados bancários. Os prestadores de serviço nesse setor, com isso, se moveriam em direção a um modelo de plataforma centrado nos consumidores, com os incumbentes obrigados a passar por reestruturação. Ademais, esse efeito disruptivo pressionaria as margens dos incumbentes, o que ensejaria um movimento competitivo para capturar a renda do setor.

Apesar de todos esses, ao menos potenciais, efeitos das Fintechs, não se pode dizer que sua atividade foi suficiente para desafiar de forma definitiva o poder de mercado das grandes instituições financeiras ao redor do mundo. Philippon (2018) apresenta um dado ilustrativo: o custo agregado de intermediação financeira permaneceu estável nos últimos 130 (!) anos, ao redor de 2%, a despeito da evolução tecnológica, da qual a indústria de serviços financeiros foi uma das principais beneficiárias. Se não é viável analisar neste trabalho essa trajetória como um todo, pode-se descrever possíveis condutas anticompetitivas que continuariam impedindo uma redução de margens (consequência de incremento da rivalidade) neste setor.

A OCDE (2018) afirma que no contexto operacional das Fintechs as economias de escala não se referem a tamanho físico e sim a acesso a dados. Ou seja, as informações dos consumidores podem ser caracterizadas como um insumo para as atividades das Fintechs e a negativa de acesso, imposta pelos incumbentes, a essa fonte de insumo (além de violar direitos consumeristas) poderia se constituir em ilícito concorrencial.

3. Potenciais condutas anticompetitivas: há justificativas para uma intervenção em outro patamar?

De acordo com o inciso V do art. 18 da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD, nº 13.807/2018), um dos direitos do titular de dados pessoais é a portabilidade desses dados a outro

fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa. A negativa ou imposição de obstáculos para o exercício desse direito, além de contrário ao direito consumerista, também possui implicações negativas no campo da defesa da concorrência. Uma das expressões desses efeitos deletérios é o chamado *data lock-in* que tem como consequência a elevação dos custos para troca de fornecedor, realidade já explorada anteriormente como característica da indústria bancária.

O exposto acima denota que existe nesse tema uma interface entre as temáticas de defesa do consumidor e defesa da concorrência. O Cade contribuiu recentemente para uma discussão ocorrida na OCDE⁵ nesse sentido, destacando que há espaço para atuação das autoridades de defesa da concorrência em condutas que envolvem esses dois direitos. Ponce (2020) afirma que as autoridades de defesa da concorrência, em sede de controle de condutas, poderiam considerar anticompetitiva a negativa de acesso a dados e determinar a portabilidade como remédio. Mais especificamente, Cravo (2018) sugeriu três possíveis enquadramentos nesse tipo de conduta: i) recusa de negociar; ii) negativa de acesso a uma utilidade essencial; e iii) venda casada.

Diante de possíveis condutas de recusa de contratar, as autoridades de defesa da concorrência se deparam com um delicado balanço. De um lado, procuram minimizar o risco de fechamento de mercado decorrente da recusa de fornecimento de insumos por parte dos incumbentes *upstream*. Do outro lado, as agências devem considerar que a imposição de obrigações de contratar aos incumbentes pode mexer com os incentivos no mercado, já que uma imposição de fornecer insumos poderia, por exemplo, arrefecer a concorrência no mercado a montante. Isso se daria tanto pela expulsão de empresas incapazes de operar sob as condições impostas pela autoridade de defesa da concorrência quanto pelo menor incentivo a inovações das empresas que permaneceram no mercado, uma vez que poderiam considerar que algumas variáveis mercadológicas passaram a estar “reguladas” pela autoridade de defesa da concorrência.

O objeto da preocupação concorrencial, o risco de fechamento de mercado, subjacente a condutas de recusa de contratar em geral

5 Consumer data rights and competition – Note by Brazil

parece coincidir com as possíveis condutas de que trata este artigo: instituições bancárias, incumbentes, impondo dificuldades para fornecer insumos (dados) para as Fintechs. Por outro lado, faz-se necessário investigar se há características do insumo em questão e da dinâmica do mercado que poderiam dar maior segurança para que as autoridades de defesa da concorrência imponham condenações de condutas de recusa de contratar nesses casos. Nesse aspecto, parece sim haver distinções.

De início, é importante pontuar as diferenças do insumo objeto das eventuais condutas mencionadas neste trabalho. Tratam-se de dados, que possuem atributo peculiar quando comparados aos insumos ou produtos (geralmente tangíveis) sobre os quais a doutrina de recusa de negociar foi desenvolvida classicamente: **os dados são não-rivais, isto é, a quantidade consumida por um determinado agente não reduz a quantidade disponível para consumo dos demais agentes.**

Nesse sentido, Haucap (2019) entende que há boas razões econômicas que levam à redução do nível de exigências para garantir que terceiros tenham acesso a dados. O fato de os dados serem não-rivais os distingue dos casos de infraestrutura, nos quais múltiplas empresas não podem usar a estrutura (tal como uma doca ou um trilho) simultaneamente.

No que diz respeito a eventuais remédios e seu impacto em incentivos para inovar, Haucap também parece entusiasta do *outro patamar* quando o insumo objeto da eventual conduta é não-rival:

“Infraestruturas físicas tipicamente requerem significativos investimentos e gastos com manutenção. Por isso, no intuito de preservar os incentivos para investimentos e manutenção, as autoridades antitruste elevaram o “nível das exigências” para garantir o acesso desses insumos a terceiros. Em contraposição, ainda que eventualmente a coleta e manutenção de dados requeira investimentos significativos, esse não é sempre o caso. Ao contrário, dados são comumente gerados e coletados como um subproduto sem grandes esforços de investimento por quem o coleta. Se, portanto, os incumbentes podem coletar dados sem dispendir quantias significativas de investimento, o “nível de exigências” para que o fornecimento a terceiros seja obrigado deveria ser sistematicamente inferior ao estabelecido para as essenciais facilities tradicionais.”

OCDE (2019) afirma que apesar de frequentemente tratada como um monolito, a categoria “dados” é bastante heterogênea e seu

valor depende do contexto de uso, com implicações diversas para indivíduos, empresas e governos. Dados relacionados a segredos industriais, por exemplo, serão proprietários na maioria dos casos e seu compartilhamento deve ser mais restrito.

De forma mais organizada, existe uma taxonomia, proposta em OCDE (2019) que divide os dados em quatro grandes categorias conforme sua origem:

- i) Dados **fornecidos** são aqueles que os indivíduos proveem quando explicitamente compartilham informações sobre eles próprios ou sobre outros. Exemplos são credenciais de log-in, postagens nas redes sociais e informações de cartão de crédito para compras pela internet;
- ii) Dados **observados** são criados quando as atividades dos indivíduos são coletadas e gravadas. Os indivíduos criam esses dados de forma passiva e as vezes até de forma inconsciente. Exemplos incluem registro de suas atividades na internet e, na área do presente trabalho, o **histórico bancário**.
- iii) Dados **derivados (ou inferidos)** são aqueles criados a partir de mecanismos analíticos. Um importante exemplo dessa categoria são os chamados *scores* de crédito.
- iv) Dados **adquiridos (ou licenciados)** são aqueles obtidos de terceiras pessoas através de contratos comerciais. Tais contratos, além de obrigações legais, podem afetar a reutilização e o compartilhamento de tais dados.

Ainda de acordo com a OCDE, na interpretação dos direitos à portabilidade de dados de acordo com a legislação europeia, deve ser garantido a um indivíduo o direito de compartilhar seus próprios dados fornecidos e observados entre os diversos provedores de serviços. Seriam excluídos desse rol os dados derivados ou inferidos, uma vez que o processamento adicional é considerado proprietário (inteligência da empresa que o processou). Nessa linha, Hatzopoulos *apud* Gonçalves (2008) destaca que bens construídos com recursos próprios ou que resultaram de uma invenção do proprietário merecem maior proteção.

Porém, esse não parece ser o caso dos dados na indústria bancária, cuja coleta e controle de dados são subprodutos da atividade econômica principal, de guarda de valores e intermediação

financeira. Por outro lado, há situações em que um dado (ou outro produto não-rival) é o principal produto explorado, provavelmente em virtude de algum processamento para tal. É apenas nessa segunda hipótese (que inclui os dados inferidos) que parece haver efetivo *trade off* entre a imposição de uma obrigação de fornecer para incrementar a concorrência a jusante e efeitos danosos de longo prazo em virtude da redução dos incentivos para investir e inovar. No caso da primeira hipótese, a recusa costuma não se justificar.

Nos casos de dados fornecidos e observados, um remédio que resulte em remoção de entraves à portabilidade, além de não interferir na estrutura de incentivos para investimento e estar alinhado com os normativos de defesa do consumidor, é também eficiente no sentido econômico. Pelo aspecto da não-rivalidade, não é razoável obrigar que uma Fintech incorra em custos para coletar um insumo (os dados bancários) que poderia ser fornecido pelos bancos (com o consentimento dos consumidores finais). Uma vez que seu uso não implica subtração da quantidade disponível para futuro uso, produzir tal insumo de forma duplicada é, por definição, ineficiente. Isso porque haveria acréscimo nos custos de produção globais (o custo de produção da Fintech passaria a se somar ao custo de produção dos bancos) sem que fosse acrescida a quantidade disponibilizada para consumo (a quantidade de dados bancários de correntistas dos bancos permaneceria constante). Nesse sentido, Rubinfeld e Gal (2017) afirmam que se uma firma possui acesso exclusivo a dados únicos, a “recriação” desses dados por concorrentes representa custos afundados.

Ademais, tampouco há racionalidade econômica para a recusa de negociar os dados “não trabalhados”, a não ser que uma intenção anticompetitiva de prejudicar um concorrente esteja subjacente. Isso porque, ao contrário do fornecimento de bens ou insumos tangíveis que envolvem custos⁶, os dados podem ser compartilhados pelos bancos sem comprometer a quantidade disponível para uso próprio.

Uma vez caracterizadas as peculiaridades do insumo envolvido na potencial conduta, é importante verificar se a imposição de dificuldades, pelas instituições bancárias, para o fornecimento de

6 Ainda que seja custos de oportunidade, pela impossibilidade de uso simultâneo da infraestrutura compartilhada.

dados de seus clientes (que consentiram para tal) tem elementos para ser enquadrado como uma recusa de contratar. A OCDE (2007) listou alguns elementos costumeiramente considerados pelas autoridades antitruste em suas análises:

- i) Poder de mercado: espectro que varia de um controle elevado a ponto de se constituir um “fornecedor inescapável de um insumo ou produto essencial” até a mera desvantagem significativa de rivais;
- ii) A recusa ocorrer mesmo diante de condições comerciais apropriadas: tal definição é claramente complexa e, quando é o caso, as autoridades de defesa da concorrência utilizam as condições de troca com outras empresas ou histórico de transações;
- iii) O impacto na concorrência em decorrência da recusa: a eliminação de um concorrente específico não é suficiente;
- iv) A ausência de justificativa comercial para a recusa: pode ser resumida na pergunta “ocorreria a recusa caso não fosse suficiente para eliminar ou reduzir a concorrência? ”;
- v) A viabilidade técnica e econômica para o fornecimento do insumo ou produto, sem que, para tanto, haja a necessidade de intervenção no modelo de negócio da firma obrigada a contratar; e
- vi) A existência de um remédio possível, que assegure o fornecimento do insumo ou produto, de forma contínua e em termos e condições considerados apropriados.

No quesito poder de mercado, condição necessária para que se condene determinada empresa por conduta unilateral, ainda que se verifique participações de mercado inferiores a 20%, a posição dominante poderia estar caracterizada. Isso porque a baixa rivalidade é sintoma de que existe poder de mercado, ao menos por parte das maiores instituições. Mais do que meramente por métricas de *market share*, tal atributo pode ser corroborado pela reduzida troca entre fornecedores (conforme descrito em relatório da CMA/UK). Nesse sentido, e também considerando os atributos dos dados, uma definição da *Autoriteit Consument & Markt* (ACM),

da Holanda⁷, parece não ser exagerada: por inexistir um mercado genérico de informações bancárias, um banco possui posição dominante relativamente a informações bancárias de seus clientes, já que, na inexistência de portabilidade, é o único ator do mercado que possui informações sobre as contas correntes desse subconjunto de indivíduos.

Ainda sobre poder de mercado, Haucap *et al.* (2019) sugerem que as autoridades de defesa da concorrência utilizem uma abordagem menos rígida, não necessariamente atrelada a estatísticas de participação de mercado:

Ao invés de primeiramente definir um mercado relevante, autoridades de defesa da concorrência poderiam inferir a existência de poder de mercado quando comportamentos anticompetitivos não são suficientemente restringidos pela concorrência e subsequentes fechamentos ou expulsões do mercado podem ser comprovadas. (Haucap et al. 2019, p. 4)⁸

Não há o que se falar quanto a condições comerciais não razoáveis para justificar uma recusa. Primeiro, porque, de acordo com a grande maioria das legislações consumeristas vigentes ao redor do mundo, a propriedade dos dados “fornecidos” e “observados”, conforme taxonomia acima, é dos consumidores. Ademais, pelo caráter não-rival dos dados, não há sequer custo de oportunidade, dado que a quantidade disponível para o uso do incumbente não se reduz, no fornecimento dos dados (a não ser a perda de uma vantagem competitiva mantida de forma anticompetitiva).

O incentivo anticompetitivo para a recusa pode ser explicado pela influência, atual ou futura, da Fintech num mercado em que o banco também atue. O potencial competitivo pode não advir de serviços prestados diretamente pela Fintech, mas da consequência de sua atuação ao, por exemplo, produzir *scores* de crédito com base no histórico de transações de um cliente. Esses *scores* podem ter impacto na taxa de juros de empréstimos fornecidos por outros provedores de serviços financeiros que, em última análise, são

7 ACM *Fintechs* and the risk of foreclosure

8 Tradução livre do original: “Instead of first defining the relevant market, competition authorities and courts could be allowed to find relevant market power by implication when anti-competitive behavior is not sufficiently controlled by competition and a subsequent foreclosure or displacement effect can be proven.”

concorrentes dos bancos. Ou seja, a atuação da c pode reduzir o poder de mercado dos bancos, que, por sua vez, tentariam se defender (de forma anticompetitiva) limitando a portabilidade dos dados de seus clientes.

Com base no exposto nas seções iniciais deste artigo, parece estar evidente que os bancos têm incentivos para impor esse fechamento na forma de recusa de contratar: a redução de *mark-up* decorrente da perda da condição de única instituição com menos assimetria informacional relativamente aos próprios clientes.

De forma relacionada, tampouco existe motivo razoável em termos de estratégia comercial que justifique a recusa, na forma de imposição de dificuldades para portabilidade de dados pessoais. Além da não subtração da disponibilidade após portabilidade, não há impacto nos incentivos para investir. Ao contrário, o caso concreto se apresenta, mais uma vez, como peculiar e distinto das preocupações exaradas quando do desenvolvimento teórico sobre recusa de negociar. Isso porque, de um lado, o insumo também é essencial para o funcionamento dos próprios bancos, de forma que eventual imposição de negociar não irá desincentivá-los a coletar informações de seus atuais e futuros clientes. Por outro lado, destaca-se que o segmento que tem apresentado inovações é justamente aquele composto pelas empresas que dependem das informações bancárias, caso das Fintechs. Ou seja, não é a imposição para negociar que deve ser fonte de preocupações quanto à dinâmica da inovação neste mercado e sim o contrário: a permanência da recusa de negociar é que prejudica o surgimento e desenvolvimento de empresas inovadoras nos mercados relacionados.

Conforme mencionado anteriormente, no tocante a efeitos sobre a concorrência, limitações no trânsito de informações mitigam a rivalidade no mercado bancário. Nesse sentido, a disponibilidade de dados e a não limitação da interoperabilidade são indispensáveis para as empresas entrantes. Conforme mencionado pela autoridade de defesa da concorrência da Holanda, uma das principais dificuldades para entrada e efetiva concorrência das Fintechs no mercado bancário é a necessidade de acesso a dados das contas correntes dos consumidores, contas essas que geralmente estão sob a guarda dos incumbentes do mercado, os bancos. A autoridade holandesa afirma que existe relacionamento vertical entre bancos e Fintechs quando as últimas ofertam produtos apenas e tão somente

se os bancos fornecerem determinados insumos ou garantirem a cooperação para fornecimento desses insumos. Nesse sentido, tais Fintechs são dependentes dos bancos.

Ao mesmo tempo em que dificulta a atividade de concorrentes, a imposição de obstáculos ao livre trânsito de dados dos consumidores que deram consentimento para tal reforça o efeito *lock-in* característico do setor bancário. Tal reforço se dá pelos chamados *feedback loops* em termos de redução de assimetria de informação. Quanto mais determinado cliente transaciona com o próprio banco, mais o banco possui informações de histórico bancário do cliente e é capaz de ofertar serviços de forma mais eficiente, reforçando a posição dominante inicialmente detida. Frise-se, conforme mencionado anteriormente, que sem a pressão competitiva não há incentivo para que os bancos ofertem os serviços de forma mais eficiente, ainda que tenha a possibilidade de fazê-lo.

Os últimos dois aspectos, a viabilidade técnica e econômica para fornecimento de um insumo e a existência de um remédio possível, poderiam ser entraves de procedimento para as autoridades de defesa da concorrência. Isso porque, em situações como essas, as autoridades devem agir tal como agências reguladoras, sem, contudo, possuir a necessária expertise para tal. Nas palavras da OCDE (2007), a dificuldade de estabelecer “termos e condições no momento de aplicar de remédios é um dos aspectos que contribui para o ceticismo das autoridades antitruste no momento de condenar condutas dessa natureza (recusa de contratar).”

Nesse caso específico, o desenvolvimento tecnológico e o início da regulação setorial se constituem como importantes atenuantes para tal ceticismo.

De acordo com a OCDE (2018), as APIs⁹ (*Application programming interfaces*) no setor bancário podem representar a concretização de dois valores capazes de impulsionar a concorrência no setor: a melhoria do funcionamento do mercado com a redução de assimetrias de informação e a facilitação para os consumidores compararem as condições oferecidas por diversos provedores de serviço, facilitando a troca entre eles (em outras palavras, mitigando o pernicioso efeito *lock-in*).

A forma de concepção do remédio se deve ao reconhecimento de

9 Conjunto de definições e protocolos usados para a integração de aplicações

que o comportamento dos consumidores tal como ocorre atualmente (inércia mencionada no início deste trabalho, no sentido de poucas trocas ou sequer ameaça de trocas entre fornecedores), não foi suficiente para imprimir uma dinâmica competitiva que empurrasse o mercado em direção à fronteira eficiente. Ao neutralizar obstáculos para as iniciativas de interoperabilidade de informações bancárias, as APIs passam a permitir o pleno funcionamento (uma vez que não mais subsistiria a lacuna de suprimento de insumo essencial) dos novos modelos de negócio que auxiliem os consumidores a tomar melhores decisões relativamente ao gerenciamento de suas finanças pessoais o que tende a acirrar a atualmente limitada rivalidade neste mercado.

Quanto ao início da regulação setorial, o Banco Central divulgou em abril de 2019, através do Comunicado nº 33.455, os requisitos fundamentais para a implementação do *open banking* no Brasil. Conceitualmente, a autoridade monetária definiu o tema como:

O compartilhamento de dados, produtos e serviços pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas, a critério de seus clientes, em se tratando de dados a eles relacionados, por meio de abertura e integração de plataformas e infraestruturas de sistemas de informação, de forma segura, ágil e conveniente.

Relativamente a objetivos, o Bacen declarou expressamente a busca por eficiência e concorrência no mercado de crédito e de pagamentos. Quanto aos dados abrangidos, o Comunicado prevê o compartilhamento, mediante consentimento de seu titular, de dados de produtos e serviços oferecidos pelas instituições financeiras, dados cadastrais dos clientes, dados transacionais dos clientes e serviços de pagamento. A recém publicada Resolução Conjunta Bacen e CMN nº 1/2020, que dispõe sobre a implementação do *open banking* detalhou os dados a serem compartilhados. Os dados transacionais, por exemplo, abrangerão informações sobre contas de depósito e de pagamento, operações de crédito e de câmbio, produtos com natureza de investimento, seguros e previdência complementar. Ou seja, no interesse dos consumidores, haverá a possibilidade de amplo trânsito de informações que, compiladas, podem se tornar um arquivo completo de seu “histórico bancário”, permitindo a prestação de serviços bancários de forma mais eficiente, conforme exposto ao longo deste artigo.

A regulação da autoridade monetária brasileira também prevê participação obrigatória das instituições participantes dos conglomerados prudenciais dos segmentos S1 e S2, que hoje representam as grandes instituições financeiras do país. Esse parece ser mais um mérito da regulação setorial no sentido de promoção da concorrência, uma vez que são as instituições de maior porte que potencialmente se beneficiam do poder de mercado advindo de graus heterogêneos de assimetria informacional entre provedores de serviço na indústria bancária.

A última fase de implementação do *open banking* no Brasil está prevista para outubro de 2021. Até lá, e eventualmente mesmo após o início do pleno funcionamento, o Cade pode se beneficiar tanto do conhecimento setorial da autoridade monetária quanto da estreita cooperação que possui com o Banco Central para, eventualmente, aplicar remédios que mitiguem condutas anticompetitivas praticadas por instituições financeiras que impuserem obstáculos indevidos, e contra a vontade de seus clientes, ao livre trânsito de dados pessoais.

Em linha com a teoria antitruste e regulação setorial mencionadas anteriormente, o Cade firmou, em outubro de 2020, um acordo (Termo de Compromisso de Cessação) com o Banco Bradesco no âmbito de investigação que apura a imposição de dificuldades para o compartilhamento de dados pessoais de seus correntistas que expressamente consentiram com tal portabilidade e as supostas limitações às atividades econômicas exercidas pela plataforma Guiabolso, que tem as informações bancárias de seus usuários como um insumo para suas atividades.

Uma das práticas investigadas no Processo Administrativo consiste na exigência, pelo Bradesco, de uma senha randômica que funciona como segundo fator de autenticação para que seus clientes acessem suas informações bancárias. Tal exigência, diversa dos outros principais bancos no Brasil e no exterior, que costumam exigir o segundo fator de autenticação apenas para a autorização de transações e não para meras consultas, estaria prejudicando os clientes do Bradesco que utilizam os serviços oferecidos pelo Guiabolso e, potencialmente, prejudicaria o modelo de negócios do Guiabolso como um todo, em virtude da presença de externalidades de rede, notadamente pelo fato de a plataforma se revestir numa espécie de *marketplace* que conecta seus usuários a diversos serviços

financeiros do outro lado da plataforma.

Ao longo da investigação, o Bradesco destacou a importância do segundo fator de autenticação como uma boa prática de segurança da informação e uma resposta adequada às tentativas de fraudes bancárias. Porém, durante a instrução do processo administrativo, a Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) constatou que haveria formas alternativas de garantir o acesso a informações bancárias dos clientes que expressamente fornecessem o consentimento para tal sem que isso significasse i) o comprometimento da segurança dos dados dos usuários; e ii) a piora da experiência do usuário pela exigência do segundo fator de autenticação a cada acesso.

Tal constatação se baseou não apenas em experiências internacionais, mas também em acordos de compartilhamento de dados celebrados por instituições financeiras nacionais e, principalmente, na iminência da implementação do Sistema Financeiro Aberto (*Open banking*) no Brasil.

Nesse sentido, em até três meses contados da homologação do TCC, acordou-se que o Bradesco desenvolvesse interfaces de conexão que possibilitem ao Guiabolso o acesso aos sistemas do Bradesco, por meio de comunicação criptografada previamente estabelecida, permitindo a coleta de todos os dados dos usuários que fornecerem consentimento para tal.

A obrigação de disponibilização dessas interfaces de conexão se encerra partir da entrada em vigor da quarta fase de implementação do *Open banking* no Brasil, atualmente prevista para 25 de outubro de 2021. A partir dessa fase, a regulação setorial (Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional) resolve as preocupações concorrenciais relacionadas ao acesso de dados, uma vez que, mediante consentimento dos usuários, está previsto o compartilhamento da totalidade de dados, cadastrais e de transação, entre as instituições financeiras.

Conclusão

A exposição desse trabalho procurou demonstrar que, por uma série de elementos relacionados à (baixa) rivalidade no setor bancário e a características dos dados pessoais como insumo necessário ao funcionamento das Fintechs, faz sentido que as autoridades de defesa da concorrência sejam menos céticas

para condenar condutas de recusa de contratar que imponham obstáculo ao compartilhamento de dados pessoais a despeito do consentimento de seus titulares. Seria uma mudança de paradigma, em contraposição à cautela (justificada, frise-se) que se verifica relativamente à atuação diante da mesma categoria de conduta em outros setores ou cujo objeto (normalmente infraestrutura física) se relaciona a insumos de outra natureza.

Do lado da demanda, a aplicação de um remédio por parte da autoridade de defesa da concorrência que interrompa a imposição de dificuldades para o trânsito de dados pessoais pode induzir maior engajamento dos consumidores, em contraposição à inércia atualmente observada. Com uma maior capacidade de conhecer as condições oferecidas por uma maior gama de prestadores de serviço nesse mercado, os consumidores estariam mais dispostos a trocar de instituição financeira. Nesse cenário, as instituições financeiras se veriam, do lado da oferta, mais pressionadas a incrementar a qualidade ou reduzir os preços dos serviços prestados, uma vez que nesse cenário hipotético, oposto ao anterior de *lock-in*, os consumidores seriam mais capazes de efetivamente reconhecer a heterogeneidade entre os diversos participantes do mercado.

Ainda do lado da oferta, observa-se que o pleno funcionamento das Fintechs, como indutoras de rivalidade efetiva no setor bancário, depende da disponibilidade de dados dos consumidores. Nesse sentido, uma vez que haja o consentimento dos últimos, uma atuação para mitigar condutas que envolvam a recusa de fornecimento de insumos é importante para impulsionar a rivalidade num mercado classicamente caracterizado como concentrado.

A abordagem menos cética no momento de impor uma obrigação de fazer se justifica por diversos fatores, conforme mencionado ao longo do trabalho. Primeiramente, o insumo objeto da obrigação (os dados) é não-rival. Isso significa que os eventuais agentes alvo da obrigação de fazer não terão reduzidas suas possibilidades de uso do insumo caso em caso de compartilhamento com outros. Economicamente, evita-se que os concorrentes tenham que incorrer em custos afundados para produzir um insumo potencialmente já disponível.

A facilitação do trânsito de dados é também importante para mitigar uma característica estrutural do mercado bancário: a assimetria de informações heterogênea entre os diversos agentes.

Num cenário anterior à circulação de dados, o poder de mercado fica concentrado nos domicílios bancários de origem dos consumidores. Com a circulação de dados, pela redução das assimetrias de informação e maior possibilidade de troca de fornecedores, criam-se possibilidades para redução de preços e aumento de quantidade, através do equilíbrio de condições concorrenciais representando maiores incentivos para uma rivalidade efetiva.

A condenação de uma recusa de contratar por parte de uma autoridade de defesa da concorrência não faz sentido caso não haja remédio capaz de mitigar o problema concorrencial. No caso em tela, as APIs foram mencionadas como um remédio não apenas eficaz (garante o trânsito dos dados de forma segura) como também pouco intervencionista, tanto no sentido de impacto nas atividades das empresas obrigadas quanto nos incentivos dinâmicos à inovação. APIs são o cerne tecnológico das iniciativas de *open banking* que estão se proliferando ao redor do mundo e que no Brasil têm previsão para entrar em pleno funcionamento em novembro de 2021.

Além do período de *vacatio legis* anterior à vigência da regulação setorial relativa ao setor bancário, as conclusões desse trabalho podem ser importantes para reflexões sobre condutas relacionadas a dados pessoais em outros setores da economia. Ao final, o que pela tradição antitruste e natureza da conduta exclusionária pareceria uma intervenção demasiado profunda no funcionamento dos mercados, se configura, na verdade, numa ação para garantir o exercício de direitos de propriedade. Ronald Coase, há mais de meio século, advogou que tal garantia seria a medida correta de intervenção governamental para permitir o adequado funcionamento dos mercados e maximizar o bem-estar social em termos Pareto eficientes sem a necessidade de interferir na distribuição alocativa de recursos.

Referências Bibliográficas

AKERLOF, George. The market for lemons: quality uncertainty and the market mechanism. **The Quarterly Journal of Economics**, v.84, n.3, p. 488-500, ago 1970.

AUTORITEIT CONSUMENT & MARKT. **Fintechs in the payment sector. The risk of foreclosure.** 19 de dezembro de

2017. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-02/acm-study-fintechs-in-the-payment-market-the-risk-of-foreclosure.pdf>

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Relatório de Economia Bancária 2018**. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/content/publicacoes/relatorioeconomiabancaria/reb_2018.pdf

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Comunicado n° 33.345**, de 24 de abril de 2019.

BRASIL. Banco Central do Brasil e Conselho Monetário Nacional. **Resolução Conjunta n° 1**, de 4 de maio de 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração n° 08012.011736/2008-41. Requerentes: Banco do Brasil S.A. e Banco Nossa Caixa S.A.** Voto do Conselheiro Relator Cesar Mattos. 4 de agosto de 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração n° 08700.010790/2015-41. Requerentes: Banco Bradesco S.A. e HSBC Bank Brasil S.A.** Voto do Conselheiro Relator João Paulo de Resende. 17 de junho de 2016.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Ato de Concentração n° 08700.001642/2017-05. Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Banco Citibank S.A.** Parecer n° 16/2017/CGAA2/SGA1/SG. 11 de julho de 2017.

BRASIL. Ministério da Justiça. Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Processo Administrativo n° 08700.004201/2018-38. Representado: Banco Bradesco S.A.**

COASE, Ronald. The problem of social cost. **The Journal of Law and Economics**, v. 3. Outubro de 1960.

CONSUMER AND MARKETS AUTHORITY. **Retail banking market investigation**. 2 de fevereiro de 2017. Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/review-of-banking-for-small-and-medium-sized-businesses-smes-in-the-uk>

CRAVO, Daniela Copetti. **Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação ex ante e ex post**. Tese (Doutorado em

Direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2018.

GONÇALVES, Priscila Brolio. **A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro.** Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

GRUNES, Allen; STUCKE, Maurice. **Defining Big Data.** *Big Data and Competition Policy.* Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 16.

HAUCAP, Justus, KERBER, Wolfgang, SCHWEITZER, Heike e WELKER, Robert. Modernizing the law on abuse of market power in the digital age: a summary of the report for the German ministry for economic affairs and energy. **Competition Policy International Antitrust Chronicle.** Dezembro de 2019.

HAUCAP, Justus. Data protection and antitrust: new types of abuse cases? An economist's view in light of the German Facebook decision. **Competition Policy International Antitrust Chronicle.** Fevereiro de 2019.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy:** The law of competition and its practice. Saint Paul: Thomson West, 2005.

OCDE (2007). **Policy Roundtables. Refusal to deal.** Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>

OCDE (2018). **Financial markets, insurance and pensions: Digitalisation and Finance.** Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/financial-markets-insurance-and-pensions-2018.htm>

OCDE (2020, a). **Digital disruption in financial markets.** Material de discussão disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/digital-disruption-in-financial-markets.htm>

OCDE (2020, b). **Consumer data rights and competition - Note by Brazil.** Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)41/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)41/en/pdf)

PHILIPPON, Thomas. The FinTech opportunity. Working paper.

2018-21, **Pension Research Council**, Wharton School of Business, University of Pennsylvania. Dezembro de 2018

PONCE, Paula. Direito à portabilidade de dados: entre a proteção de dados e a concorrência. **Revista de Defesa da Concorrência**, v.8, n.1, p.134-176, jun. 2020.

RUBINFELD, Daniel e GAL, Michal. Access barriers to *big data*. **Arizona Law Review**, v. 59, p. 339-381, 2017.

Um novo antitruste? O desafio em lidar com a concorrência dinâmica das plataformas digitais – análise do caso “Google Shopping”

Humberto Cunha dos Santos¹

RESUMO

O artigo discute como deve ser promovida a defesa da concorrência em conciliação com o processo de inovação tecnológica no âmbito da concorrência dinâmica das plataformas digitais. Para tanto, é analisado o julgamento do caso “Google Shopping”, concluído pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) em junho de 2019. São feitas considerações gerais sobre os desafios trazidos pelas plataformas digitais e a forma de aplicação diferenciada do antitruste nesse meio. Adota-se a perspectiva schumpeteriana para compreensão das práticas de longo prazo nos mercados, ressaltando a importância da conciliação entre o antitruste e a inovação. Ao analisar o julgamento do caso “Google Shopping”, conclui-se que o Cade adotou postura excessiva de retração para evitar incorrer em erro de tipo I e assim não prejudicar a inovação. Conclui-se, contudo, que essa postura pode não ser a mais adequada para a proteção da concorrência na economia digital, já que poderia ensejar, por consequência, a validação de práticas exclusionárias sob a falsa roupagem de inovação (inovação predatória).

Palavras-chave: antitruste; plataformas digitais; concorrência dinâmica; inovação; Google shopping; economia digital.

ABSTRACT

The paper discusses how to promote competition in conciliation with the innovation process in the dynamic competition brought

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de São Paulo. Professor de Direito do UniCeub. Procurador Federal junto ao Conselho Administrativo de Direito Econômico – Cade. E-mail: humberto.santos@cade.gov.br

by digital platforms. Therefore, it's analyzed the "Google Shopping" case, judged by Brazilian Administrative Council for the Competition's Defense (CADE) in June 2019. Considerations are made about the challenges brought by digital platforms and the nuanced application of antitrust in this environment. Schumpeterian's strand is adopted to understand long-term practices in the markets, emphasizing the balance between antitrust and innovation. By analyzing the "Google Shopping" case, it's revealed that CADE adopted an excessive retraction perspective to avoid incurring an error type I and thus not to harm innovation. It is concluded, however, that this attitude may not be the most adequate to foster competition in digital economy, which could consequently legitimate exclusionary practices under the false guise of innovation (predatory innovation).

Keywords: Digital platform; dynamic competition; innovation; google shopping; digital economy.

Sumário: 1. Introdução; 2. As plataformas digitais e a economia digital; 3. O antitruste aplicado às plataformas digitais e a preocupação com o processo de inovação; 4. O caso "Google Shopping"; 5. Conclusões; Referências.

1. Introdução

O tema central do trabalho consiste em refletir como o antitruste deve lidar com a concorrência dinâmica trazida pelas plataformas digitais. A identificação do problema se caracteriza pela percepção de que as profundas transformações trazidas pela concorrência dinâmica das plataformas digitais impõem a necessidade de novas perspectivas de compreensão do próprio antitruste, com o consequente desenvolvimento de novas ferramentas de análise, para que se possa enfrentar, satisfatoriamente, os desafios impostos por essa nova realidade.

As novas realidades da concorrência dinâmica trazidas pelas plataformas digitais, além de desafiar as noções compartilhadas de tempo e de espaço, trazem novas práticas que suscitam dificuldades ao antitruste para aplicar seu ferramental tradicional de análise, vez que usualmente se apresentam com (i) mercados de múltiplos lados, com estratégias de subsídios cruzados entre os lados envolvidos

(ii) ofertas de preço zero a um dos lados da plataforma, sem aspectos monetários, mas com implicações na qualidade, inovação e escolha do consumidor, o que dificulta a correta caracterização de mercado relevante, (iii) efeitos de rede diretos e indiretos que interferem em condições de competição (iv) densas economias de escala e de escopo, com intensiva utilização de dados (*big data*) e tecnologias com potencialidade de ensejar condutas exclusionárias (como estratégias de retenção ou impedimento de acesso a dados), em ambiente transfronteiriço propício ao desenvolvimento de algoritmos e inteligência artificial que desafia até mesmo a quem deve ser imputada a responsabilidade por eventuais danos gerados.

Toda essa dinâmica ocorre com práticas que se voltam muito mais à conquista de um segmento de mercado como um todo que propriamente à competição dentro do mercado e repleta de comportamentos enviesados no consumo.

Assim, o conjunto dessas práticas, o nível de concentração empresarial na economia digital, o tamanho e o processo que levou ao crescimento dessas empresas, levam a refletir sobre a consistência dos atuais paradigmas estruturantes do antitruste para lidar com essa nova realidade em constante transformação.

Ademais, cabe destacar que a crise da COVID-19 intensificou a relevância das plataformas digitais. A Organização Mundial do Comércio aponta como o distanciamento social, *lockdowns* e outras medidas adotadas em resposta à pandemia da COVID-19 fizeram os consumidores “*ramp up online shopping, social media use, internet telephony and teleconferencing, and streaming of videos and films*” (WTO, 2020).

No comércio digital norte-americano, segundo estimativas iniciais, cerca de 75% dos consumidores que tiveram a primeira experiência de consumo digital pretendem continuar a fazer uso desse mecanismo quando a situação voltar à normalidade, segundo indica pesquisa de McKinsey (2020b).

No Brasil, a Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo (SBVC, 2020) apresentou estudo preliminar sobre comportamentos do consumidor nesse período e identificou que, dos 92% dos entrevistados que já realizaram compras online, 8% fizeram sua primeira compra via *e-commerce* durante o período de quarentena, com incremento de 61% do volume de compra daqueles que já haviam comprado pelos meios digitais. Conclusões semelhantes

são apresentadas pela Associação Brasileira de Comércio Eletrônico (ABCCOM, 2020), sinalizando a ampliação da oferta de novas lojas virtuais entre os meses de março e maio deste ano e com registro de crescimento na comercialização de bens e serviços pelo *e-commerce*.

Novas práticas, acompanhadas da potencialização de outras que já estavam em curso, como a digitalização e a virtualização, poderão se apresentar como legado de longo prazo do enfrentamento da Covid-19, realçando ainda mais a importância de compreensão do funcionamento das plataformas digitais na regência das trocas da economia contemporânea.

Com o propósito, portanto, de discutir como o antitruste deve ser aplicado nesse meio, propõe-se a análise do julgamento do caso “Google Shopping” (Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94), concluído pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) em junho de 2019.

O caso se mostra particularmente relevante ao antitruste por envolver, primeiramente, a análise de mérito do Cade sobre alegação de fechamento de mercado decorrente de conduta unilateral, tema que não conta com amplo repositório institucional². Além disso, a análise empreendida pelo órgão nacional de defesa da concorrência envolveu importantes considerações sobre a dinâmica concorrencial das plataformas digitais, as quais, certamente, servirão de balizamento para discussões futuras, dado o crescimento e importância desse segmento no mundo contemporâneo, o que deve gerar, por consequência, aumento de litígios.

A partir, portanto, da discussão de particularidades envolvidas no julgamento do caso concreto, busca-se suscitar reflexão sobre como deve ser promovida a defesa da concorrência em conciliação com o processo de inovação tecnológica. O precedente eleito

2 No relatório da OCDE que subsidiou a adesão do Brasil como membro permanente daquela instituição no Comitê de Concorrência, é destacada a escassez de casos que envolvem a análise de mérito sobre abuso de posição dominante pelo Cade, havendo menção expressa ao caso ora analisado. Destaca o relatório: “Desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, as atividades do Cade contra abuso de posição dominante têm sido escassas. (...) Para além das limitações de recurso, também tem faltado no Cade a expertise analítica necessária para conduzir a rigorosa análise quantitativa exigida em casos complexos de conduta unilateral. OCDE (2019), **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil**, p.85-86. Disponível em www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm Acesso em 05 de setembro de 2020.

também se mostra especialmente relevante por envolver debate sobre exercício abusivo de posição dominante. Casos com esse objeto são particularmente sensíveis ao meio jurídico, pois sinalizam entendimentos de conformação de práticas competitivas que podem ser percebidas como lícitas ou ilícitas a depender da concepção que a autoridade de defesa da concorrência tenha sobre o que caracteriza um processo competitivo justo. Marcos Paulo Veríssimo (2015, p. 348) bem delimita o quadrante jurídico que envolve a análise sobre condutas unilaterais:

As condutas unilaterais, de seu turno, em geral são expressões genuínas da própria agressividade empresarial em um contexto de mercado. Sua eventual punição pelo direito da concorrência depende, em outras palavras, de um contexto específico, em que a posição dominante do agente, aliada às condições de mercado e à natureza da conduta adotada, pode fazer que esse tipo de ação competitiva acabe impactando negativamente a concorrência, com efeitos deletérios para a sociedade.

Antes, contudo, de avançar na análise do caso concreto, mostra-se fundamental reservar algumas linhas sobre os desafios trazidos pelas plataformas digitais ao antitruste, destacando considerações sobre esse modelo de negócio e a compreensão sobre a concorrência dinâmica verificável nesse meio, o que será feito no tópico seguinte. Após, serão destacados aspectos que reclamam uma diferenciação na compreensão e aplicação do antitruste em mercados intensivos em inovação. E, por fim, será promovida a análise dos aspectos reputados mais relevantes no caso “Google Shopping”, e, na sequência, apresentadas as conclusões do trabalho.

2. As plataformas digitais e a economia digital

As plataformas digitais têm sido os principais instrumentos viabilizadores da chamada economia digital. Caracterizam-se por permitir a reunião de diferentes tipos de agentes num determinado ambiente, facilitando a celebração das trocas, com a percepção de incremento de bem-estar por todos os envolvidos na transação (EVANS, 2016).

Essa sensação compartilhada de ganhos de utilidade decorre de externalidades positivas propiciadas pelas plataformas. No caso clássico da reserva de uma mesa de restaurante, tanto o consumidor que busca um local para jantar, como o dono do restaurante, ambos

possuem interesses convergentes num instrumento que facilite a realização da transação. A redução de custos de transação, como fila e tempo de espera, entre outros, justifica a criação de uma plataforma capaz de unir os interessados, com extração de ganhos de utilidade para ambos os lados de usuários e lucratividade ao desenvolvedor do ambiente transacional. Nisso reside, em essência, a lógica da “*OpenTable*”, uma das plataformas digitais pioneiras nos Estados Unidos, como retratam Evans & Schmalensee (2013, p.5-6).

Ganhos de conveniência, comodidade e bem-estar ajudam a compreender a relevância das plataformas digitais no mundo contemporâneo. Evans (2016, p.5) ressalta que a origem das plataformas é remota. Um shopping center pode ser assim compreendido ao propiciar um local onde lados diferentes se encontrarão (compradores de um lado e vendedores lojistas do outro) com o objetivo de permitir as transações. O mesmo pode ser estendido à lógica de compreensão de um jornal ou revista, onde se tem o lado dos anunciantes, o dos provedores de conteúdo e o dos leitores, todos eles reunidos no corpo do jornal ou da revista.

O que é propriamente novo na Economia Digital é o incremento que as novas tecnologias conferiram a esse modelo de negócio, o qual vem acompanhado de uma intensa velocidade no surgimento e desaparecimento de diversas plataformas, revolucionando não somente indústrias tradicionais, mas também aquelas relativamente novas (EVANS & SCHMALEENSE, 2016). As plataformas de *streaming*, por exemplo, conferiram nova feição ao mercado audiovisual e têm sido a principal fonte de receitas desse mercado. Segundo o Global Music Report (2019), o segmento de *streaming* representou 56,1% da receita total da indústria da música no mundo em 2019. Essa fonte deve ter sua participação aumentada no pós-Covid19, já que o segundo meio mais importante para a indústria é o físico, mais suscetível a sofrer os impactos decorrentes das restrições de contato.

Ragazzo (2019, p.572) destaca como o surgimento e o sucesso de várias plataformas digitais vêm associados a certa mudança paradigmática trazida pela economia compartilhada (“*sharing economies*”), em que a centralidade do consumo teria migrado da propriedade para o uso, em decorrência de um apelo maior pelo uso eficiente dos recursos, gerando nova configuração de modelos de negócios da economia tradicional.

Além de perplexidades trazidas no fator temporal, a dimensão espaço é também impactada pelas práticas nesse meio, visto que, usualmente, as noções e limites que caracterizam os conceitos físicos se mostram de pouca serventia nesse ambiente. As plataformas digitais dão origem à criação de verdadeiros ecossistemas próprios, que serão mais ou menos abertos, a depender de estratégias empresariais, das práticas observadas nos diversos lados, e, por óbvio, das complexidades decorrentes dos comportamentos dos usuários, com importância fundamental dos dados para o funcionamento do algoritmo, da inteligência artificial e todos os atributos tecnológicos envolvidos nesse espaço virtual (CHISHOLM & JUNG, 2015).

Tive oportunidade de assinalar, contudo, que algumas práticas não são propriamente novas no *e-commerce*, devendo merecer, por exemplo, a extensão de alguns direitos já assegurados pela nossa legislação aos usuários, como é o caso do direito de arrependimento previsto para compras a distância pelo Código de Defesa do Consumidor (SANTOS, 2017) e as preocupações com investidas mais agressivas contra segmentos mais vulneráveis, como crianças e idosos. Já outros aspectos do comércio eletrônico possuem contornos novos, como, por exemplo, a dimensão de proteção à privacidade das pessoas. Nossos dados constituem o principal ativo das plataformas digitais. E como bem destacara Harari (2020, p.3), “hoje, pela primeira vez na história da humanidade, a tecnologia possibilita monitorar todo mundo o tempo inteiro” e não sabemos ao certo como nossos dados vêm sendo utilizados por essas plataformas no dia a dia das transações, seja antes, durante ou no pós-Covid19, exigindo mecanismos específicos para protegê-los. No julgamento iniciado da ADI nº 5527 e da ADPF nº 403, o Supremo Tribunal Federal (STF, 2020) sinaliza a construção de uma nova dimensão de proteção aos direitos digitais ao reconhecê-los como direitos fundamentais, nos termos dos votos da Ministra Rosa Weber e do Ministro Edson Fachin.

Alguns mercados sofreram brusca alteração com as medidas de distanciamento e isolamento impostas para mitigar a propagação do coronavírus, com a conseqüente migração e intensificação das práticas para as plataformas digitais e o comércio eletrônico. Todo o segmento de educação, ao redor do mundo, por exemplo, precisou fazer uso de plataformas digitais nesse período para

continuidade das atividades, o que gerou impactos e consequências de várias ordens, e continuará a gerar efeitos, como, por exemplo, a necessidade de se assegurar condições adequadas de acesso à internet para que todas as famílias possam fazer uso satisfatório dessas novas ferramentas. Relatório do MCKINSEY (2020c) para o setor de educação aponta como a crise do coronavírus deve impactar a desigualdade existente nos Estados Unidos, cenário que não parece ser muito diferente, neste particular, da realidade brasileira.

Em termos gerais, segundo a OCDE (2017), as plataformas digitais podem ser classificadas entre transacionais e não transacionais, de acordo com os objetivos propostos por cada uma delas. As plataformas transacionais seriam aquelas que intermedeiam relações entre dois ou mais lados do mercado, como aplicativos de transporte, hospedagem e cartões de crédito. Já as não transacionais, como as redes sociais e as plataformas de buscas, possuiriam monetização voltada apenas a um dos lados, usualmente por meio da comercialização de espaço de publicidade. No outro lado, o objetivo seria voltado a atrair atenção e a utilização do meio pelo usuário.

Ainda que não se possa delimitar um conjunto obrigatório de atributos a todas as plataformas digitais, a concorrência nesse meio costuma apresentar (i) mercados de múltiplos lados, com estratégias de subsídios cruzados entre os lados envolvidos, tornando mais complexa a identificação dos mercados relevantes considerados; (ii) ofertas de preço zero a um dos lados da plataforma, sem aspectos monetários, mas com implicações na qualidade, inovação e escolha, o que pode ensejar novas modalidades de restrições competitivas, decorrentes, por exemplo, do design atribuído à plataforma com o privilegiamento de exposição de alguns agentes; (iii) efeitos de rede diretos e indiretos que interferem na dinâmica de competição, aumentando o poder de mercado da plataforma; (iv) densas economias de escala e de escopo, com intensiva utilização de dados (*big data*) e tecnologias capazes de ensejar novas condutas exclusionárias (via obtenção ou retenção de dados ou mesmo impedindo o acesso à plataforma de potenciais concorrentes), tudo isso em ambiente transfronteiriço que caracteriza o espaço virtual da internet.

Essa dinâmica ocorre com práticas, sob a perspectiva da oferta,

que se voltam muito mais à conquista de um segmento de mercado como um todo (“*winner takes all*”) que propriamente à competição dentro do mercado. E, vista do lado da demanda, observam-se vários comportamentos enviesados decorrentes do uso de tecnologias que se apresentam, em muitos casos, como mecanismos de *lock in* e de altos custos de substituição, elevando as barreiras à competição.

Esse território novo, forjado pelas plataformas digitais, além de desafiar as noções compartilhadas de tempo e de espaço, traz novas práticas que suscitam dificuldades ao antitruste para aplicação de seu ferramental tradicional de análise. Relatório da Comissão Europeia (2019, p.3-4) destaca a dificuldade de identificação dos mercados relevantes nas plataformas digitais, mas assinala que, mais importante que bem defini-los, seria a ênfase a ser reservada na caracterização da teoria do dano e na identificação das estratégias anticompetitivas diante de condutas lesivas à concorrência.

Assim, essas novas roupagens das práticas nas plataformas, o nível de concentração empresarial da economia digital, o tamanho e o processo que levou ao crescimento dessas empresas, especialmente se consideramos as *big five* (Apple, Amazon, Google (Alphabet), Facebook e Microsoft), têm trazido preocupações à comunidade antitruste ao redor do mundo, antes mesmo da pandemia do coronavírus eclodir. Hearn & Tepper (2018, p. 103) destacam como o voraz apetite de aquisições das grandes plataformas tem possivelmente alterado o comportamento das *startups*, já que: “*between Google, Amazon, Apple, Facebook, and Microsoft, they have collectively bought over 436 companies and startups in the past 10 years, and regulators have not challenged any of them. In 2017 alone, they spent over \$31.6 billion on acquisitions. Most small companies now do not expect to succeed on their own and their only goal is the ‘exit’ to one of the big tech companies before they are crushed.*”

As preocupações mundiais do antitruste sobre as particularidades desse mercado podem ser sintetizadas no Memorando de Entendimento Comum das autoridades de defesa da concorrência dos países pertencentes ao G-7 (2019), pelo qual se expressa que os “*challenges of digital transformation require competition authorities to ensure that their specific tools, resources and skills for competition law enforcement are up-to-date.*”

A crise do coronavírus deverá amplificar essas preocupações, pois diversas plataformas tiveram incremento de transações por

seus canais durante a pandemia, com repercussão no aumento do valor de suas ações e incremento de poder de mercado, o que parece sinalizar certa “imunidade ao vírus”, como indicam alguns dados destacados pela CNBC (2020).

3. O antitruste aplicado às plataformas digitais e a preocupação com o processo de inovação

A economia digital vem sendo tratada como um mercado intensivo em inovação (EVANS e SCHMALENSEE, 2001). Além dos mercados tecnológicos, alguns outros mercados mais tradicionais, como o farmacêutico e o químico, estão abrangidos nesse recorte. O que caracteriza fundamentalmente essa segmentação é o papel preponderante exercido pela inovação na regência de funcionamento desses mercados, aferível a partir dos expressivos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) requeridos.

Nesses mercados, por vezes chamados disruptivos, a percepção de compreensão das práticas e estruturas tem reclamado uma abordagem do antitruste diferente da tradicionalmente adotada. Defende-se uma percepção mais dinâmica, capaz de compreender e abranger os ciclos necessários a propiciar o processo de inovação.

Esse recorte tem sido dado pela chamada escola schumpeteriana, com um olhar mais protetivo às inovações que dirigem a economia contemporânea. Segundo Katz e Shelanski (2005, p.11), de acordo com esse referencial, as duas variáveis principais na abordagem tradicional do antitruste que deveriam mudar seriam (i) o abandono do enfoque de curto prazo, incapaz de abranger os ciclos de inovação, e (ii) a mudança da aferição das condições de competição que, ao invés de restar embasada na definição de produto e participação de mercado, deveria se voltar para capacidade de investimentos em P&D.

Segundo Schumpeter (1942), a inovação não ocorre de forma estática, mas em razão de contínuas “ondas de tecnologia” que, em determinados momentos, provocam mudanças varredouras nos ofertantes e em seus produtos. Nisso residiria boa parte do mérito do que chamara de processo de “destruição criativa”, pois permitiria o aumento do bem-estar coletivo pela superação ou eliminação de ofertantes e produtos considerados obsoletos com o passar dos tempos, em um contínuo processo de melhoria e aperfeiçoamento

de práticas, algo inerente ao sistema capitalista.

Nessa dimensão explicativa de funcionamento dos mercados, Schumpeter (2017, p. 119) destacou que “o capitalismo é, por natureza, uma forma ou método de transformação econômica e não só não é, como não pode ser estacionário”, realçando a necessidade de compreensão ampliada da dinâmica de seus fenômenos, com inserção de momentos de mudanças e desequilíbrio como atributos inerentes ao sistema.

Daí que, ao refutar os prognósticos autodestrutivos que Marx atribuiu ao capitalismo, Schumpeter (2017, p. 55) assinala a resiliência como característica fundamental de funcionamento do sistema, a qual, tomada num contexto de adaptação e inovação de práticas, catalisa a dinâmica competitiva que realmente o alimenta, já que “produtos e métodos novos não concorrem com os produtos e métodos antigos em termos de igualdade, mas como uma vantagem decisiva que pode significar a morte destes. É assim que se dá o progresso na sociedade capitalista.”

Numa dimensão mais alargada de compreensão dos mercados, constata-se que os ciclos e as crises fazem parte da história econômica do capitalismo. Keynes (1996, p. 299-300) já havia chamado a atenção para esse fato, prescrevendo um conjunto de práticas interventivas para correção de disfuncionalidades dos mercados, chegando, inclusive, a prever uma ousada estrutura de incentivos que impedisse momentos de depressão por meio de políticas capazes de estimular quadros de “quasi-boom” como situação ótima de regência dos mercados.

Além de transitórios, os equilíbrios de mercado se mostram instáveis e precários, como bem os retrata Maurice Dobb (1987, p.384). No contexto do mundo pós-covid, a defesa da concorrência deve se preocupar com o movimento de intensificação de uso das plataformas e da economia digital que ora se constata, visto que as mudanças cogitadas ocorrerão acompanhadas de uma tendência mais acentuada de concentração de mercados no curto e médio prazo, já que nem todas as empresas conseguirão passar pela onda schumpeteriana de transformação e deverão ser absorvidas por agentes maiores, mais capacitados para lidar com o momento turbulento.

Além disso, em razão das particularidades da dinâmica competitiva das plataformas digitais, que possui elementos que

incentivam monopolizações de mercados, práticas unilaterais restritivas deverão se mostrar mais frequentes, já que, num primeiro momento, os incumbentes aumentarão seu poder de mercado, em decorrência do aumento do volume de transações, com novos agentes e usuários fazendo uso das plataformas existentes, devendo restar asseguradas condições não discriminatórias em benefício da competição em transações que se mostrarão mais frequentes e com um impacto mais significativo na receita das empresas. Ademais, é bem provável que a situação de incerteza gerada pela crise também aumente a agressividade dos incumbentes na preservação de seus mercados, aumentando a probabilidade de práticas contrárias ao desenvolvimento de alternativas inovadoras às plataformas existentes.

Esse referencial, aplicado ao antitruste, traz algumas implicações de ordem geral. Em primeiro lugar, ressalta o risco que uma visão de curto prazo poderia trazer na interrupção nos ciclos de inovação. Sem conseguir visualizar toda a extensão do processo de P&D dos agentes econômicos e da dinâmica concorrencial desses mercados, uma decisão antitruste que interfira em variáveis de curto prazo poderia trazer uma troca intertemporal de reduzido ganho.

A fim de mitigar esse risco, Schmalensee e Evans (2001) propõem atitudes de precaução ou sistemática retração de aplicação do antitruste aos mercados intensivos em inovação, visto que, mesmo diante de mercados densamente concentrados, a competição nesses mercados continuaria a ocorrer, pois, em muitos deles, a competição seria orientada pela conquista do mercado como um todo, através de contínuos esforços de investimento em inovação, ao invés da competição no mercado.

Hovenkamp (2008, p.3), contudo, chama atenção para a desafiadora missão do antitruste em conseguir minimamente dimensionar, *ex ante*, os possíveis ganhos que seriam obtidos a partir da simples preservação do curso natural do processo de inovação. Trata-se de terreno densamente incerto, desconhecido pelos próprios agentes econômicos, em que a complexidade do processo de descoberta leva a recompensar, não raras vezes, o próprio fortuito em face do que seriam os resultados previamente esperados pelo racional ensejador dos investimentos.

Ademais, a inovação também pode ser direcionada para excluir rivais e não necessariamente para melhorar a qualidade dos bens

e serviços ofertados. Schrepel (2018, p. 22) tem advertido para a necessidade de o antitruste incorporar a noção de “inovação predatória”, consistente num conjunto de práticas que, “sob a aparência de inovação real, são estratégias anticompetitivas alimentadas para eliminar competição sem beneficiar os consumidores.”

Ainda nessa linha, Tim Wu (2012, p.4) aduz que o preço da exclusão de rivais tem um papel determinante no processo de inovação. Se o preço para excluir um concorrente for baixo, é bem provável que o processo de inovação caminhe em desenvolver técnicas voltadas para tanto, já que inovação e exclusão são respostas alternativas à competição atual ou futura nesses mercados. É por essa razão que o autor defende que um dos papéis do antitruste nesses mercados seria justamente de tornar a exclusão mais cara, estimulando assim que a inovação seja orientada para, de fato, melhorar produtos e serviços e não para excluir rivais.

Ao se refletir, portanto, sobre qual tipo de inovação se busca para reger o dinamismo de funcionamento da economia digital, deve-se destacar que a precaução excessiva ou sistemática retração de aplicação do antitruste, proposta pela escola Schumpeteriana, levará o antitruste simplesmente a legitimar, senão todas, boa parte das práticas entabuladas nesses mercados, sob um receio excessivo de não prejudicar o processo de inovação, mesmo que seja algo totalmente imprevisível ou com nítidos efeitos exclusionários, o que parece não ser a melhor postura a ser adotada, especialmente quando envolve discussão sobre abuso de posição dominante.

De todo modo, mesmo os autores que lidam com a abordagem dinâmica reconhecem, nas palavras de Ginsburg e Wright (2012, p.5), que estaríamos atualmente em um “estado gestacional” de análise do tema, ou, como McGowan (2001, p. 731) assinala: “sabemos ainda pouco sobre as práticas e estrutura adequada de mercado para incentivar a inovação”, o que realça o momento propício para o aprofundamento de discussões com essa temática.

Como se passa a discutir na sequência, é possível perceber que todas as áreas do Cade envolvidas na discussão do caso “Google Shopping” enfrentaram o difícil *trade-off* colocado sob o receio de não interromper um processo inovador desconhecido e incorrer em erro do Tipo I (intervenção errônea – falso positivo) ou abdicar de uma necessária intervenção antitruste capaz de corrigir abusos

do agente dominante, o que ensejaria erro de Tipo II (ausência de intervenção necessária – falso negativo).

Esse dilema é expressamente mencionado no voto da Conselheira Paula Farani, tendo a conselheira se expressado corajosamente no sentido de que a autoridade antitruste não se exima de “intervir e fiscalizar” quando entender necessário, pois “as boas práticas ainda estão sendo construídas” na economia digital e “nesse caminho, erros do tipo 1 e 2 serão cometidos inevitavelmente”. O Conselheiro Paulo Burnier, de forma similar, ao abrir a divergência em favor da condenação do Google, sinalizara que o caso concreto envolvia o desafio de se decidir em “cenários de incertezas”. Passemos, portanto, à discussão mais pormenorizada de alguns aspectos do caso.

4. O caso “Google Shopping”

O caso “Google Shopping” iniciou-se mediante representação da empresa E-Commerce Medias Group, então detentora das plataformas de comparação de preços “Busca-pé” e “Bondfaro”³, contra condutas atribuídas às empresas Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (“Google”), segundo a qual o Google estaria, em resumo, manipulando o resultado de suas buscas para privilegiar seus próprios produtos e impedindo que plataformas concorrentes de comparação de preços pudessem ter visibilidade destacada nos resultados de pesquisas ao negar-lhes a disponibilização de anúncios com fotos, o que seria reservado apenas a varejistas e *marketplaces*.

Ao acatar a representação formulada e determinar a instauração de Processo Administrativo, a Superintendência-Geral do Cade (SG) instruiu o processo (Nota Técnica nº 349/2013) com duplo enfoque: (i) primeiramente, voltado a investigar se o Google estaria privilegiando sua própria plataforma de busca temática – o “Google Shopping” – nos resultados de busca, o que caracterizaria a “busca enviesada” ou “*search bias*” e (ii) concomitantemente,

3 Posteriormente, conforme notificação de ato de concentração apresentado ao Cade em 24/05/2019, Processo nº 08700.002703/2019-13, a Mosaico Negócios de Internet S.A., titular da plataforma “Zoom”, adquiriu a totalidade do capital votante do Buscapé, concentrando numa mesma empresa a titularidade das plataformas Buscapé e Zoom.

investigou a prática de recusa a ofertar anúncios com fotos (*Product Listing Ads* - PLAs) aos comparadores de preços, com análise das razões apresentadas pelo Google para justificar essa conduta, o que poderia ensejar tratamento discriminatório injustificado.

O Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE) emitiu denso posicionamento técnico (Nota Técnica nº 34/2018) pelo qual concluiu que, no mérito, as condutas praticadas pelo Google consistiram em inovações pró-competitivas no aprimoramento do serviço de busca oferecido pela plataforma, não havendo que se falar em infração à ordem econômica. Trouxe ponderação de efeitos líquidos para justificar, sob o jugo da regra da razão, a eficiência econômica das condutas discutidas no caso.

Os pareceres jurídicos emitidos, tanto pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade quanto pelo Ministério Público Federal, acompanharam o posicionamento exarado pela SG em sua nota técnica conclusiva (nº 51/2018), a favor do arquivamento do processo por inexistência de indícios suficientes para caracterizar a ocorrência das infrações investigadas.

Perante o Tribunal Administrativo do Cade, o julgamento se dividiu em dois blocos. O bloco que se posicionou pelo arquivamento do processo foi formado pelos votos do Conselheiro-Relator, Maurício Bandeira, Conselheira Polyanna Vilanova e pelo Presidente do Cade, Alexandre Barreto. Já o bloco divergente contou com os votos dos Conselheiros Paulo Burnier, João Paulo de Resende e Paula Farani. Em razão da composição plenária não contar com seu quórum legal pleno, e, em face do empate de votação verificado, o Presidente do Cade se valeu da prerrogativa do voto de qualidade (art. 10, II, da Lei nº 12.529/11) para decidir o posicionamento final do órgão pelo arquivamento do processo.

Boa parte dos documentos produzidos no processo se destinam a bem caracterizar os mercados relevantes considerados, ressaltando a intensa dinâmica na forma de disponibilização do serviço de buscas oferecido pela plataforma Google.

Ainda que a delimitação do mercado relevante não consista num fim em si mesmo, como destaca Carlton (2007, p.7), sua definição continua a ser o foco em muitos casos de aplicação antitruste e, no caso concreto, sua discussão ganhou uma importância adicional, já que o referencial de caracterização material e geográfico, encerrado nessa ferramenta de análise, ainda não se mostra suficientemente

concebido para lidar com as variáveis dinâmicas trazidas pelas plataformas digitais.

Estudo recente da Comissão Europeia *destaca que um dos maiores desafios* postos pela economia digital se refere justamente à definição do mercado relevante, mas também assinala que, mais importante que bem defini-lo, seria a ênfase a ser reservada na caracterização da teoria do dano e na identificação de estratégias anticompetitivas.⁴

O mercado relevante definido pelas áreas técnicas do Cade e o proposto pelo Conselheiro Relator foi pela consideração da segmentação em dois mercados de abrangência nacional: (i) mercado de buscadores genéricos e (ii) mercado de comparadores de preço (busca temática – comparação de preços). Com exceção do Presidente do Cade⁵, os demais membros do Tribunal Administrativo do Cade adotaram essa mesma segmentação, com um ou outro pequeno ajuste, sem considerar que varejistas, *marketplaces* e comparadores de preços concorreriam diretamente com o Google num único mercado de buscas.

Com essa definição de mercados relevantes, e tomada as atribuições do Cade e sua jurisprudência, esperava-se que a instrução do processo se voltasse a analisar a racionalidade dos efeitos gerados pela inovação na dimensão prejudicial à concorrência, a partir de discussão sobre capacidade e incentivos que o Google

4 “In the digital world, market boundaries might not be as clear as in the “old economy”. They may change very quickly. Furthermore, in the case of multisided platforms, the interdependence of the “sides” becomes a crucial part of the analysis whereas the traditional role of market definition has been to isolate problems. Therefore, we argue that, in digital markets, we should put less emphasis on analysis of market definition, and more emphasis on theories of harm and identification of anti-competitive strategies. (...)” Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em 17 de setembro de 2019.

5 Apesar do voto do Presidente do Cade fazer menção de incorporação, ao final do julgamento, das conclusões do Conselheiro Relator, seu tópico sobre mercado relevante parece conter definição distinta da adotada pelos demais membros do Tribunal, pois afirma que “sobre a **definição de mercado relevante**, como já dito à exaustão, a CE definiu, como distintos, os mercados de busca geral e de sites de comparação de preços. A definição proposta pela CE, nesse aspecto, é contrária àquela entendendo mais adequada ao caso em tela, a partir das análises efetuadas no âmbito da SG e do DEE, que é a definição de mercado relevante incluindo mecanismos de busca, sites de comparação de preços e *marketplaces* ou a interação competitiva entre *marketplaces* e sites de comparação de preços (ou seja, concluiu-se que no Brasil o crescimento dos *marketplaces* afetou a posição competitiva dos sites de comparação de preços, cenário bastante diferente ao referido no continente europeu quando da condenação do Google Shopping).”

teria para usar o poder detido no mercado a montante (buscador geral) no mercado a jusante (buscador temático), fazendo a análise interdependente entre esses dois mercados, com vistas, justamente, a bem delimitar a teoria do dano e a caracterização de estratégias anticompetitivas.

Esses componentes, um de dimensão mais econômica e outro mais jurídica, aliados a uma reflexão sobre quais práticas se mostrariam razoáveis a um agente econômico exercer para manter a posição privilegiada que já detém, conformariam um referencial satisfatório de análise para lidar com os casos de condutas unilaterais em plataformas digitais.

A instrução do caso concreto revelou, contudo, que se discutiu em demasia a caracterização dos mercados relevantes, mas pouco se debateu sobre as consequências decorrentes de mudanças no layout da plataforma, as quais poderiam ensejar, ainda que não expressamente queridas pelo Google, sérias dificuldades à competição. Houve, por exemplo, muito espaço para discussão volitiva sobre o que fora buscado pelo Google na implementação de suas modificações, ainda que o art. 36 da Lei nº 12.529/11 expressamente dispense considerações sobre culpa para caracterização de infração à ordem econômica. Um enfoque de análise mais voltado para os efeitos, ao invés da motivação das práticas, poderia resultar num debate mais profícuo sobre as teorias de danos envolvidas nas condutas.

Do mesmo modo, verificou-se que se deu muita ênfase ao fato de o Google se valer de testes prévios para validação de suas inovações. É de se perquirir se testes prévios na implementação de uma inovação se mostram capazes de imunizar os potenciais efeitos anticoncorrenciais exclusionários. Ou, nas reflexões trazidas por Tim Wu, se a realização desses testes não seria uma opção cômoda e pouco dispendiosa para se buscar legitimar a implementação de inovações com nítidos efeitos exclusionários já antevistos por agente que detém posição dominante no mercado, sendo os testes parte de uma estratégia anticompetitiva que não se sabe ao certo quais resultados gerará, mas cuja potencialidade de produção de efeitos permite preservação de nichos de mercados ou alavancagem indevida em outros.

Ademais, ao analisar a segunda parte da acusação de discriminação de condutas, vê-se que a SG reconheceu a

potencialidade lesiva na recusa em disponibilizar o anúncio com fotos aos comparadores de preços rivais ao Google. No entendimento da própria Superintendência, não haveria justificativa econômica razoável para se legitimar essa prática, a qual teria potencialidade danosa, já que as plataformas de comparação de preço perderiam “visibilidade, tráfego e renda”, com possibilidade de ensejar danos aos consumidores por redução de oferta e impactos aos varejistas na concentração do mercado. Mas, ao invés de propor a condenação ou o ajuste dessa conduta para proteção da concorrência, a partir de uma caracterização específica de teoria do dano, a SG optou simplesmente pela postura de autocontenção para não prejudicar o “ímpeto inovador” dos agentes econômicos.⁶

Ao admitir que a inovação de design do “Google Shopping” traria necessariamente efeitos positivos líquidos aos usuários, conclusão taxativamente apresentada pelo DEE e possivelmente incorporada pelo bloco que deliberou pelo arquivamento, vê-se que esse conjunto de votos evitou incorrer em erro do Tipo I⁷, e, talvez por essa razão, tenha se eximido de fazer uma análise mais acurada sobre eventual caracterização de exercício abusivo de posição dominante pelo Google.

Saliente-se que as conclusões apresentadas pelo DEE se mostram muito taxativas para um cenário repleto de incertezas. Admitir que todas as inovações praticadas pelo Google possuem caráter pró-competitivo demandaria uma análise muito mais aprofundada sobre diversas premissas contidas na Nota Técnica nº 34/2018. Dentre outras, a afirmação de que os usuários teriam validado as inovações praticadas pelo Google exigiria mais elementos empíricos, ou, mesmo admitir que houve “sinalização de que os consumidores se tornaram relativamente mais receptivos aos *marketplaces*”

6 “357. (...) Diferenciar uma inovação pró-competitiva de uma inovação anticompetitiva em mercados com essas características requer muito cuidado, pois, em ambos os casos, competidores podem ser prejudicados, mas uma intervenção indevida pode provocar o efeito colateral adicional de reduzir o ímpeto inovador dos agentes econômicos.”

7 O voto da Conselheira Polyanna Vilanova conclui, por exemplo, que: “ao tratar da análise de efeitos das condutas imputadas às Representadas, é necessário observar, antes de tudo, que concluir que o posicionamento dos resultados de compras do Google na página de resultados do mecanismo de busca consistiria em uma situação de abuso de posição dominante **poderia inibir ao invés de proteger a concorrência e a inovação**, uma vez que este Conselho estaria, de certa forma, protegendo os competidores de uma inovação de design de produto que poderia ser considerada pró-competitiva.” (SEI 0629773).

deveria estar ancorado em referenciais comportamentais, dada a insuficiência explicativa das premissas racionais neoclássicas para compreensão da dinâmica de troca nesses mercados.

Se for considerado, por exemplo, que a visibilidade é fator determinante no ranking dos resultados de busca, e se os comparadores de preços não conseguiram ter visibilidade destacada na plataforma Google porque, primeiramente, o layout da plataforma já favorecia a própria plataforma “Google Shopping” e o detentor de posição dominante não facultava anúncios com fotos a esses rivais, a tendência de modificação da formatação dos comparadores de preços para *marketplaces* pode não ter sido decorrente de um escolha efetiva dos usuários, mas sim uma consequência dos efeitos das condições ditadas pelo Google para utilização de sua plataforma. Parece assistir mais razão ao Conselheiro João Paulo de Resende sobre o favorecimento de layout que o Google conferiu à sua própria plataforma comparativa, praticamente eliminando condições de concorrência por outros *players*.⁸

Já o bloco que votou pela ocorrência de infração, a partir do voto divergente do Conselheiro Paulo Burnier, identificou como teoria de dano o abuso do poder de alavancagem detido pelo Google, com sua transposição indevida do mercado de buscas em geral para o de buscas temáticas, conferindo um olhar repressivo a essa conduta, em linha mais próxima com reflexões e orientações da Comunidade Europeia sobre a “responsabilidade particular” que recai sobre a empresa em posição dominante (art. 82 do Tratado da Comunidade Europeia), permitindo um debate mais próximo entre a preservação da concorrência e o tipo de inovação que deveria merecer tutela pelo antitruste.

Com uma legislação dotada de termos semanticamente abertos, sempre sujeitos a interminável discussão sobre quais objetivos devem ser maximizados pelo antitruste, casos como o “Google Shopping” sinalizam à sociedade como a política pública de defesa da concorrência é interpretada e aplicada pelo principal órgão

8 “Em outras palavras, o que alavanca o Google Shopping é a introdução do *toolbelt* (direcionando ao Google Shopping no topo da página), do *header* (link também direcionando ao Google Shopping acima dos PLA) e da seta “ver tudo”. Ao fazer isso, o Google está distribuindo pelas melhores posições da página de busca *links* para seu próprio comparador de preços, sendo que *links* de concorrentes são relegados a posições menos visíveis, longe das imagens e abaixo na posição da página.”

encarregado de implementá-la.

Conclusões

A política de defesa da concorrência de um país reflete a percepção ideológica que conforma a concepção tida por ideal para a estruturação e funcionamento dos mercados. Em última medida, a legitimação de qualquer política antitruste recai na compreensão do que a sociedade espera dos mercados para a melhoria da vida cotidiana das pessoas.

Para Tim WU (2012, p.5), a exclusão de competidores é o maior dano à concorrência que pode ser perpetrado, já que é a exclusão que *“restricts or raises the price by which new ideas (embodied in products) get to enter the market.”* O autor destaca que existe inovação interna e externa, mas é especialmente a externa que tem características disruptivas, dado que usualmente o incumbente não tem muitos incentivos a inovar dessa maneira. O histórico de atuação da AT&T bem retrata práticas de condutas exclusionárias que retardaram ou bloquearam a inovação por muitos anos no setor de comunicação.

As plataformas digitais têm sua dinâmica orientada por um conjunto de dados e variáveis que, sob o pretexto de buscar o melhor tratamento para a informação, também podem gerar a exclusão indevida de concorrentes, desvirtuando a competição por mérito. Há inovações que não se voltam a melhorar produtos e serviços, mas com nítidos propósitos anticompetitivos, aferíveis não pela discussão volitiva das razões que levaram à sua implementação, mas sim pela análise de seus efeitos.

Não se postula, contudo, que o antitruste tenha por finalidade corrigir todas as falhas e iniquidades do mercado. O Poder Público possui outros instrumentos interventivos, muito deles mais vocacionados a esse fim, como as competências de normatização e regulação dos mercados. Além disso, na seara do antitruste, o protagonismo dificilmente será exercido pelo Poder Público, pois, a rigor, a função judicante atribuída aos órgãos de defesa da concorrência faz com que eles ajam de forma similar ao Poder Judiciário, com atributos mais reativos e eventuais.

Mas não se pode negar que as medidas estatais interventivas que caracterizam o antitruste também carreguem a pretensão de correção de distorções decorrentes do poder detido por agentes econômicos,

o que, no fundo, traduz a pretensão política de influenciar no jogo de distribuição de riquezas.

Kenneth Arrow (1962), há algumas décadas, já assinalava que um monopolista usualmente tem pouco a ganhar com a inovação que considerariamos atualmente com caráter disruptivo, pois ele já domina o mercado.

A rica instrução do caso “Google Shopping” permitiu perceber como a plataforma de busca sofreu intensa modificação em curto intervalo de tempo, havendo pouca identidade no formato dos resultados das buscas por ocasião do julgamento do processo com os então “dez *links* azuis” de 2001.

E, durante toda a investigação do caso no Cade, ao longo de oito anos, restou constatada que a participação de mercado do Google sempre foi típica de um monopolista, detendo mais de 90% de *share* enquanto buscador universal. Esse alto percentual de dominação de mercado, perdurando por tanto tempo, contrasta com a intensa dinâmica concorrencial que deveria ocorrer na economia digital e deveria servir sempre de alerta para se perquirir sobre as verdadeiras causas da dominação do mercado por tanto tempo, já que os concorrentes poderiam restar apenas a um “click de distância.”

Não há dúvidas que os contínuos esforços de inovação do Google geram ganhos de conveniência, comodidades e percepção de aumento de bem-estar aos consumidores e anunciantes e auxiliam a compreender, em certa medida, a predileção pelo uso de suas plataformas. Não podemos, contudo, nos afiançar somente nesse referencial explicativo.

Para o antitruste, as plataformas digitais já traziam imensos desafios antes mesmo do surgimento do coronavírus. Relatório do George J. Stigler Center (2019, p.4), coordenado por Fiona Scott Morton, concluía, antes do mundo virar de ponta cabeça com o surgimento da Covid-19, que as plataformas digitais impunham ao antitruste a missão de construção de novas análises e a necessidade de regulação específica desse novo ambiente, como formas de lidar com o que é descrito como “cenário único de combinação de forças econômicas.”

A preocupação demasiada em não se incorrer em erro de Tipo I não permitirá muito avanço nessa discussão e, sob pretexto de não prejudicar a inovação, o Cade pode deixar de promover a defesa

efetiva da concorrência no país.

Referências

ARROW, Kenneth J. **Economic welfare and the allocation of resources for invention**, In *The Rate and Direction of Economic Activities: Economic and Social Factors*, 609. Richard Nelson ed., 1962.

CARLTON, Dennis W. **Market definition: use and abuse**. *Competition Policy International*, vol.3, nº 1, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=987061>. Acesso em 27 de julho de 2019.

CHISHOLM, Alex.; JUNG, Nelson. **Platform regulation – ex-ante versus ex-post intervention: evolving our antitrust tools and practices to meet the challenges of the digital economy**, 11 (1), 2015. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Platform-regulation.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA – Cade. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Ministério da Justiça, BRASIL, 2016.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (“Google Shopping”). Ministério da Justiça, BRASIL, 2019.

CRÉMER, Jacques et al. **Competition Policy for the digital era**. 2019. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2020.

DOBB, Maurice. **A evolução do capitalismo**. 9ª Ed., Rio de Janeiro: LTC, 1987.

EVANS, David S. **Multisided platforms, dynamic competition and the assesment of market power for internet-based firms**. University of Chicago Law School, 2016.

EVANS, David. SCHMALENSEE, Richard, Schmalensee. **Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries**. Working paper 8268, Cambridge, May 2001.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **The antitrust analysis of multi-sided platform businesses**. National Bureau Of Economic

Research. MA, Cambridge, 2013.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers: the new economics of multisided platforms**. Boston, MA: Harvard Business School Press, 2016.

G-7. **Common Understanding of G7 Competition Authorities on Competition and the Digital Economy**. Paris, Junho de 2019. Disponível em: www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/g7_common_understanding.pdf. Acesso em 25 de julho de 2019.

GEORGE J. STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. **Committee for the study of digital platforms**. MORTON, Fiona Scott (coord). Report. Maio de 2019.

GLOBAL MUSIC REPORT. **Annual state of the industry**. 2019. Disponível em: <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2019.pdf>. Acesso em 03 de novembro de 2020.

GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D. **Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions**. 78 Antitrust Law Journal n° 1. American Bar Association. 2012.

HEARN, Denise; TEPPER, Jonathan. **The myth of Capitalism: monopolies and the Death of Competition**. Wiley, 2018.

HOVENKAMP, Herbert. **Schumpeterian Competition and Antitrust**. University of Iowa Legal Studies Research Paper Number 08-43, October, 2008.

HOVENKAMP, Herbert. **Antitrust and the movement of technology**. University of Pennsylvania Law School. Penn Law legal scholarship repository, 2012.

KATZ, Michael L. SHELANSKI, Howard A. **“Schumpeterian” Competition and antitrust policy in high-tech markets**. Competition, Vol. 14, 2005.

McKINSEY. **The Covid-19 recovery will be digital: a plan for the first 90 days**. 14 de Maio de 2020. Disponível em: <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/the-covid-19-recovery-will-be-digital-a-plan-for-the-first-90-days>. Acesso em 20 de maio de 2020. 2020a

_____. **Covid-19 US digital sentiment survey**. 29 de Maio de 2020. Disponível em: <https://www.>

mckinsey.com/business-functions/marketing-and-sales/our-insights/survey-us-consumer-sentiment-during-the-coronavirus-crisis. Acesso em 10 de junho de 2020. 2020b

McGOWAN, David. **Innovation, uncertainty, and stability in Antitrust Law**. 16, Berkley Technology Law Journal, 2001.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - OCDE. **Market definition in multi-sided markets**. 2017.

_____. **Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil**. 2019. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm Acesso em 10 de junho de 2020.

RAGAZZO, Carlos. **O direito e a economia do compartilhamento**. In: Direito e Economia: diálogos. PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina P. (orgs). Rio de Janeiro: FGV, 2019, p.571-597.

SANTOS, Humberto Cunha dos. **A proteção ao consumidor em tempos contemporâneos: novos e velhos dilemas trazidos pela contratação por meios eletrônicos**. Revista de Direito do Consumidor - RT, v. 113, p. 335-375, 2017.

SCHREPEL, Thibault. **Predatory innovation: the definite need for legal recognition**. SMU Science and Technology Law Review, 2018.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalismo, socialismo e democracia**. Trad: Luiz Antônio de Oliveira Araújo. São Paulo: Unesp, 2017. Obra originariamente publicada em Londres em 1942 e em 1943 nos Estados Unidos.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE VAREJO E CONSUMO - SBVC. **Novos hábitos digitais em tempos de Covid-19**. Disponível em: <http://sbvc.com.br/novos-habitos-digitais-em-tempos-de-covid-19/> Acesso em 18 de maio de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5527**. Relatora: Min. Rosa Weber. Decisão de julgamento do dia 28/05/2020: Após o voto do Ministro Edson Fachin, que acompanhava a Ministra Rosa Weber (Relatora), mas declarava a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto do

inciso II do art. 7º e do inciso III do art. 12 da Lei 12.965/2014, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4983282>. Acesso em 10 de junho de 2020.

_____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 403**. Relator: Min. Edson Fachin. Decisão de julgamento do dia 28/05/2020: Após o voto do Ministro Edson Fachin (Relator), que julgava procedente o pedido formulado na arguição de descumprimento de preceito fundamental para declarar a inconstitucionalidade parcial sem redução de texto tanto do inciso II do art. 7º, quanto do inciso III do art. 12 da Lei 12.965/2014, de modo a afastar qualquer interpretação do dispositivo que autorize ordem judicial que exija acesso excepcional a conteúdo de mensagem criptografada ponta-a-ponta ou que, por qualquer outro meio, enfraqueça a proteção criptográfica de aplicações da internet; e do voto da Ministra Rosa Weber, que acompanhava o Ministro Relator, mas dava interpretação conforme à Constituição a esses dispositivos, pediu vista dos autos o Ministro Alexandre de Moraes. Disponível em <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4975500>. Acesso em 10 de junho de 2020.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. **As condutas unilaterais e o mecanismo de consultas administrativas ao Cade**. In: A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. CARVALHO, Vinicius Marques de (org.) São Paulo: Singular, 2015.

WEI, H.; GUIZHEN, H. **Relevant market definition and market dominance identification**. 11 (1), 10, 2015.

WORLD TRADE ORGANIZATION - WTO. **E-commerce, trade and the covid-19 pandemic**. Maio, 2020. Disponível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/covid19_e/ecommerce_report_e.pdf Acesso em 10 de junho de 2020.

WU, Tim. **Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most**. 78 Antitrust Law Journal nº 2, 2012.

Análise do Impacto Concorrencial sobre os Instrumentos Regulatórios da Telemedicina no Contexto do Covid-19: Brasil, União Europeia e Estados Unidos

Jéssica Portal Maia¹
Kamyle Medina Monte Rey²

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo *realizar uma análise setorial dos impactos concorrenciais sobre os instrumentos regulatórios relacionados à telemedicina no Brasil, nos EUA e na União Europeia e suas alterações decorrentes do contexto da pandemia do COVID-19. Para responder o problema de pesquisa “quais os principais efeitos concorrenciais dos instrumentos regulatórios adotados que impactam a telemedicina no Brasil, EUA e União Europeia após a pandemia do COVID-19?”*, foi realizada uma pesquisa qualitativa exploratória, com objetivo de comparar as regulações adotadas pela União Europeia (UE), pelos Estados Unidos (EUA) e pelo Brasil que impactam o setor da telemedicina. Diante das regulações encontradas, foram caracterizados os tipos de instrumentos regulatórios adotados e foi realizada uma análise concorrencial conforme os critérios definidos no *Checklist* dos Guias para Avaliação de Concorrência elaborados pela OCDE, evidenciando a forma com que temas centrais relacionados à telemedicina têm impacto direto sobre a sua competitividade

1 Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília (2013). É servidora pública federal, e atualmente exerce a função de Coordenadora de Inovação e Saúde na Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (SEAE) do Ministério da Economia. E-mail: jessica.portal.maia@gmail.com.

2 Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Amazonas (2012), especialista em Gestão Estratégica e Econômica de Negócios pela Fundação Getúlio Vargas (2016) e mestre em Governança e Desenvolvimento pela Escola Nacional de Administração Pública (2019). É servidora pública federal, pertencendo ao quadro permanente da Superintendência da Zona Franca de Manaus, e atualmente exerce a função de Supervisora na Subchefia de Articulação e Monitoramento da Casa Civil da Presidência da República. E-mail: kamylemedina@gmail.com.

Palavras-chave: telemedicina; advocacia da concorrência; análise de impacto concorrencial; COVID-19.

ABSTRACT

This article aims to carry out a sectorial analysis on the competitive impacts on the regulatory instruments related to telemedicine in Brazil, the USA and the European Union and their changes after the beginning of the COVID-19 pandemic. To answer the research problem “what are the main competitive effects of the regulatory instruments adopted that impact telemedicine in Brazil, the USA, and the European Union after the COVID-19 pandemic?”, an exploratory and qualitative research will be carried out, in order to compare the regulations adopted by the European Union (EU), the United States (USA) and Brazil that impact the telemedicine sector. In view of the regulations found, the **types** of regulatory instruments adopted were characterized and a competitive analysis was carried out, according to the OECD’s Checklist for Competition Assessment Guidelines criteria.

Keywords: telemedicine; competition advocacy, competition assessment; COVID-19.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Metodologia Científica*; 3. *A Regulação da Telemedicina no Mundo*; 4. *A Regulação da Telemedicina no Brasil*; 5. *Análise de Impacto Concorrencial Ex-Post*; *Considerações Finais*; *Referências*.

1. Introdução

Com a pandemia causada pelo Covid-19, a telemedicina, que há anos tem sido foco de discussões a respeito de sua regulamentação, voltou a ser colocada em pauta, sendo vista como uma alternativa pelo Ministério da Saúde para atender a população que necessita de orientações médicas, reduzindo o risco à exposição e ao contágio presente em ambientes hospitalares ou em clínicas com alta circulação de pessoas.

No âmbito do Brasil, foi publicada a Lei nº 13.989/2020, que autorizou as ações de telemedicina com fins de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção de saúde, bem como a emissão de receitas médicas e atestados à distância.

As vantagens da telemedicina, especialmente os serviços de teleconsulta, apontam para uma maior facilidade de acesso a serviços de saúde, decorrente de: a) redução da necessidade de deslocamento, com cortes de custos e menor tempo do recebimento de diagnóstico, agilizando assim um possível encaminhamento do paciente a um hospital; b) aumento da acessibilidade da população, mormente em cidades que têm menor oferta de especialistas, geralmente concentrados onde há maior infraestrutura; c) melhora na qualidade da assistência à saúde prestada aos pacientes, já que, com a maior facilidade de acesso, a relação médico-paciente pode ser estreitada; d) redução de transmissão de doenças infecciosas, evitando que pacientes, ao se dirigirem à clínica para serem consultados, infectem novos indivíduos; e e) disseminação da atenção primária à saúde, voltada para a prevenção de doenças, com potencial redução de custos no longo prazo e melhora na qualidade de vida geral da população.

Por outro lado, as críticas a respeito da disseminação da telemedicina apontam: a) necessidade de investimento em plataformas digitais adequadas para a prestação do serviço; b) necessidade de treinamento dos profissionais para o uso dessa nova ferramenta de maneira adequada; e c) dificuldade de estabelecimento dos limites à atuação da telemedicina, sendo isso, atualmente, facultado ao próprio médico.

Ademais, por se tratar de um setor emergente no âmbito da medicina, ainda há incertezas acerca dos efeitos decorrentes da telemedicina, sobretudo com o advento da ampliação do uso das plataformas digitais em um cenário pós pandêmico.

Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo geral *realizar uma análise setorial dos impactos concorrenciais sobre os instrumentos regulatórios relacionados à telemedicina no Brasil, nos EUA e na União Europeia e suas alterações decorrentes do contexto da pandemia do COVID-19*, tendo como problema de pesquisa *“quais os principais efeitos concorrenciais dos instrumentos regulatórios adotados que impactam a telemedicina no Brasil, EUA e União Europeia após a pandemia do COVID-19”* e como objetivos específicos: i. Entender quais ações regulatórias foram tomadas pelos agentes governamentais sobre a telemedicina diante das mudanças decorrentes da pandemia do COVID-19 no Brasil, nos Estados Unidos e na União Europeia; e ii. Identificar os possíveis efeitos concorrenciais decorrentes da

regulação da telemedicina no Brasil, nos EUA e na União Europeia que impactam o setor de telemedicina.

2. Metodologia Científica

A proposta do presente trabalho é realizar uma pesquisa exploratória, por meio de levantamento bibliográfico de informações publicadas por instituições públicas, artigos científicos e outras fontes disponíveis na internet, com objetivo de comparar as regulações adotadas pela União Europeia (UE), pelos Estados Unidos (EUA) e pelo Brasil que impactam o setor da telemedicina. Diante das regulações encontradas, foram estabelecidas as seguintes etapas de análise: 1. Levantamento bibliográfico sobre regulações que impactam a telemedicina; 2. Agrupamento das normas de acordo com o principal tema abordado no contexto da telemedicina; 3. Classificação das normas de acordo com o período de vigência em *Pré-COVID* (anteriores à data de decretação de pandemia pela OMS), *Pós-COVID* (criadas a partir da decretação de pandemia pela OMS) ou *Ambos* (regulações sem alteração identificada no atual período de pandemia); 4. Classificação de cada regulação identificada segundo o tipo de instrumento adotado no processo decisório; e 5. Aplicação da análise setorial de impacto concorrencial baseado no *Checklist* de Concorrência da OCDE (2017) sobre os temas.

No contexto da Telemedicina, ressalta-se o papel do Estado como regulador do tema, sendo necessário, portanto, avaliar as estratégias disponíveis de atuação com objetivo de estabelecer qual a ferramenta regulatória mais adequada. Destacam-se os seguintes instrumentos adotados pelo Estado, definidos por Baldwin *et al.* (2012): Comando e Controle (C&C): a autoridade legal e o comando da lei são usados para alcançar objetivos de política. Regimes baseados em incentivos: instrumentos econômicos, como impostos e subsídios, utilizados para influenciar a conduta dos agentes. Regulação por contrato: estabelecimento de padrão para contratações comerciais com o governo, beneficiando-se do seu elevado poder de compra, encoraja o desenvolvimento da autorregulação e formas consensuais de regulação. Direitos e Responsabilidades: estratégia do Estado para encorajar um comportamento desejável. O estabelecimento de responsabilidades deve considerar o nível eficiente de dissuasão para evitar que o custo da prevenção do dano exceda o valor da

pena pelo dano acometido.

No âmbito da União Europeia, Baldwin *et al.* (2012) diferenciaram as legislações do bloco econômico de acordo com os tipos de exigências: Regulação: instrumento mais centralizador, é adotado para garantir a uniformidade, com aplicação geral e aplicabilidade direta. Diretivas: instrumento vinculativo quanto aos resultados a serem alcançados. Cabe aos Estados-Membros definir a forma e os métodos utilizados para incorporar as suas obrigações dentro dos prazos fixados para a transposição. Decisões: instrumentos vinculativos àqueles a quem se dirigem e exigem que o destinatário seja notificado de qualquer decisão. São normalmente dirigidas aos Estados-Membros e não a entidades privadas, exceto na área do direito da concorrência.

Além dos instrumentos de regulação direta, Baldwin *et al.* (2012) também dispõem que a regulação também pode ser exercida por outras organizações. A autorregulação ocorre quando um conjunto de empresas ou de indivíduos exerce controle sobre sua própria associação, especialmente no caso em que atuam como agente público, desde que tal competência seja delegadas a atores ou instituições privadas. O termo meta-regulação foi definido como “processos nos quais a autoridade reguladora supervisiona um sistema de controle ou gestão de risco, em vez de realizar a regulamentação diretamente” (BALDWIN *et al.*, 2012, p.147, tradução nossa), sendo, portanto, uma forma de delegação. O papel do regulado, neste caso, passa a ser auditar, monitorar e acompanhar esses sistemas.

Assim, há três tipos de análise concorrenciais possíveis: a) Avaliação de regulamentação nova (*ex-ante*); b) Estudo de mercado específico (*ex-post*), cujo escopo é analisar um mercado onde a concorrência parece não funcionar adequadamente a partir da identificação de problemas concorrenciais desse mercado e suas respectivas causas; e c) Análise setorial (*ex-post*), na qual a regulamentação pertinente ao setor é identificada de forma sistemática, com avaliação de cada um dos instrumentos regulatórios quanto a eventuais efeitos concorrenciais decorrentes da intervenção governamental.

Assim, o presente estudo pretende aplicar uma análise setorial com base nas experiências internacionais levantadas. Entretanto, é importante ponderar as possíveis limitações a serem enfrentadas, decorrentes da inviabilidade de dispor um levantamento exaustivo

do arcabouço regulatório voltado à telemedicina.

Conforme explicitado pela OCDE (2017), a metodologia da análise se dá da seguinte forma:

A metodologia utiliza, na primeira fase, um conjunto de questões preliminares, o 'Checklist de Concorrência', que determina os casos em que as propostas de legislação ou regulamentação têm potencial significativo para prejudicar a concorrência. Esta Checklist ajuda os decisores políticos a levarem em consideração as questões de concorrência na fase inicial do processo de elaboração das políticas (OCDE, 2017, p.10).

Diante disso, a avaliação deve se aprofundar nos potenciais efeitos anticoncorrenciais quando a norma: A. Limitar o número ou a variedade de empresas; B. Limitar a capacidade das empresas de competirem entre si; C. Diminuir o incentivo das empresas a competir; ou D. Limitar a escolha do consumidor e a informação disponível.

3. A Regulação Da Telemedicina No Mundo

3.1. União Europeia - UE

Para a União Europeia (UE), a telemedicina permitia atos médicos e procedimentos de saúde à distância, ao mesmo tempo em que não se sobrepõe à necessidade de contato pessoal entre médico e paciente nem pode substituir a medicina tradicional (RAPOSO, 2016).

O e-Saúde está incluído no escopo dos artigos 56 e 57 do *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU), que proíbem restrições à livre prestação de serviços na União, compreendidos como de natureza industrial, comercial, artesanal ou de profissões liberais, logo, se trata de um serviço sujeito à livre circulação dos países do bloco. De acordo com a legislação europeia, o e-Saúde é, ao mesmo tempo, um serviço de saúde e de informação e, dessa forma, está submetido aos regulamentos aplicáveis às duas categorias (RAPOSO, 2016).

Após o início da pandemia, a grande maioria dos países europeus passaram a apostar na telemedicina como alternativa para prestar atendimento de saúde a população sem expô-la aos riscos de comparecer fisicamente a ambientes ambulatoriais ou

hospitalares. Isso desencadeou em algumas mudanças legais nos países que ainda não estavam preparados para esse fenômeno. Para melhor entender as mudanças de regulação promovidas na Europa *pós-COVID*, foi elaborado um quadro comparativo com países selecionados do bloco.

Quadro 2 - Comparativo da regulamentação da telemedicina em sete países selecionados da União Europeia

| País | Pré-COVID | | | Pós-COVID |
|----------------|--|--|--|--|
| | Arcabouço regulatório | Restrições | Prescrições eletrônicas | Mudanças na regulação |
| Bélgica | Não há lei específica sobre telemedicina, entretanto, alguns elementos estão cobertos pelos Decretos Reais de 30/06/2017 e 03/12/2017, que regem contribuições financeiras a médicos e a dentistas por seguros de saúde pela prática do e-Saúde. | A Associação Nacional de Médicos proíbe o diagnóstico sem interação presencial prévia com o paciente. A teleconsulta é permitida desde que o médico: a) conheça o paciente pessoalmente; b) tenha acesso à ficha médica dele; e c) possa garantir a continuidade do tratamento ou assistência. Não há, até o momento, previsão de reembolso para esses serviços. | Obrigatórias desde 01/01/2020. A prescrição em papel só é permitida em situações nas quais não existe outra opção. | Desde abril de 2020, o Comitê de Seguros do RIZIV autorizou os reembolsos para vários tipos de procedimentos clínicos realizados via telemedicina. |

| | | | | |
|----------------------|---|--|--|---|
| <p>França</p> | <p>É regida pelo Código Francês de Saúde Pública, implementado em 2008. Também existem vários decretos regulando o tema, além de diretrizes para a implementação da telemedicina em programas governamentais. A alteração mais recente foi introduzida pela Lei de 24/07/2019, que incluiu o artigo L6316-2 ao código de saúde pública, estipulando a definição legal de teleatendimento.</p> | <p>Entre as condições que devem ser cumpridas pela telemedicina, estão: a) necessidade de consentimento informado pelo paciente; b) garantia da identificação dos profissionais de saúde e pacientes envolvidos; c) garantia do acesso do médico aos dados médicos do paciente necessários ao seu tratamento; e d) fornecimento de treinamento adequado aos pacientes para o uso das ferramentas. Ainda existem restrições para o reembolso de atendimentos de telemedicina pela previdência social.</p> | <p>Sob determinadas condições, as prescrições podem ser enviadas eletronicamente e os medicamentos podem ser entregues por farmácias online.</p> | <p>O Decreto 2020-227 (adotado em 09/03/2020) flexibilizou os requisitos aplicáveis ao reembolso de teleconsultas solicitadas a qualquer paciente contaminado ou potencialmente contaminado pelo COVID-19. Um despacho datado de 19/03/2020 permite que profissionais de saúde que realizam teleconsultas com pacientes acometidos pela COVID-19 usem ferramentas digitais (desde que em conformidade com a política geral de segurança dos sistemas de informação em saúde e com regulamentos sobre a hospedagem de dados de saúde).</p> |
|----------------------|---|--|--|---|

| | | | | |
|------------------------|---|--|--|---|
| <p>Alemanha</p> | <p>Desde 2018, algumas disposições estão incluídas no <i>German Medical Association's Professional Code of Conduct</i>, que permitiram tratamentos médicos remotos. Em 2019, foram autorizadas as e-prescrições pela Lei de Segurança no Fornecimento de Medicamentos (tradução nossa). Em janeiro de 2020 o <i>Digital Healthcare Act</i> entrou em vigor que determina que: a) pacientes poderão ter aplicativos de saúde prescritos por médicos custeados por seus seguros de saúde; b) médicos poderão ter os dados dos seus pacientes salvos em prontuários eletrônicos; e c) facilitação de consultas por videoconferência. Para isso, foram modificados vários artigos no <i>German Social Code V</i>.</p> | <p>A telemedicina é permitida desde que seja acompanhada de contato pessoal. Desde 2018, é possível praticar aconselhamento médico ou tratamento exclusivamente remoto em casos específicos. Entretanto, isso deve ser clinicamente justificável, os cuidados necessários devem ser garantidos e o paciente deve ser informado sobre as particularidades do tratamento. Desde janeiro de 2020, médicos podem anunciar serviços de telemedicina em sites.</p> | <p>Foram introduzidas desde agosto de 2019. As organizações líderes no setor de saúde devem criar as bases técnicas e administrativas necessárias para o uso de e-prescrições até junho de 2020. A ideia é que, no futuro, ao realizar um teleatendimento, o paciente receba uma e-prescrição, que poderá ser utilizada em farmácias online e físicas.</p> | <p>A Alemanha já tinha feito mudanças legais e criado ferramentas nos anos anteriores que viabilizaram a expansão telemedicina no país de maneira adequada para o combate à COVID-19. Dessa forma, o governo não precisou realizar mudanças legais.</p> |
|------------------------|---|--|--|---|

| | | | | |
|----------------------|--|--|---|---|
| <p>Itália</p> | <p>Não há lei específica que rege a telemedicina, entretanto, as diretrizes nacionais da Itália consideram a telemedicina um método de prestação de serviços de saúde, se enquadrando no Decreto Legislativo 502/1992. O Código Italiano de Ética Médica determina que a telemedicina não pode substituir o exame médico que implique relação direta com o paciente, entretanto, pode usar ferramentas da telemedicina para coleta remota ou monitoramento de pacientes. Em 2014, a Federação Italiana de Médicos da família adotou o Código de Autorregulação da Medicina, que abrange as seguintes áreas de atuação:</p> <p>a) telesserviço e telemonitoramento; e b) telereporte.</p> | <p>As diretrizes nacionais disciplinam a classificação das áreas da telemedicina, suas atividades e o modelo de organização de cada uma delas. O Decreto 502/1992 também lista os requisitos específicos a serem observados.</p> | <p>São permitidas e amplamente utilizadas na saúde pública. Entretanto, mesmo que a receita seja eletrônica, a mesma deve ser impressa para ser apresentada à farmácia.</p> | <p>A telemedicina não havia sido formalmente reconhecida no país antes da pandemia e havia falta de regulamentação relativa às tarifas e aos aplicativos. Durante a emergência de saúde pública, algumas regiões da Itália (incluindo Veneza, Toscana, Vale de Aosta e Piemonte) tomaram medidas para definir como os serviços digitais poderiam ser usados. O Ministério da Saúde italiano também publicou diretrizes que indicam a telemedicina como uma modalidade desejável para consultas médicas.</p> |
|----------------------|--|--|---|---|

Fonte: Osborne Clarke, 2020; MobHealth News, 2020; MWE, 2020; CMS, 2020; Euractiv, 2020.

3.2. Estados Unidos - EUA

Na maioria dos estados norte-americanos, os pacientes residentes em um determinado estado só podiam receber atendimento, mesmo que remoto, por médicos licenciados nesse mesmo estado. Isso se devia, em geral, por preocupações relacionadas à perda de receitas obtidas por taxas estaduais para licenciamento desses profissionais, bem como à saturação do mercado e o desejo de manter-se o controle regional dos padrões de segurança e qualidade do atendimento médico. Mesmo em estados que criaram exceções, com licenças específicas para exercício do e-saúde, essas permissões eram de

alcance limitado, muitas vezes restritas a segundas opiniões ou a situações em que os serviços não eram prestados com frequência (FARRINGER, 2020).

Entretanto, desde 2007, 29 estados norte-americanos e alguns territórios aderiram ao *Interstate Medical Licensure Compact*, que determina que os médicos que atendem a determinados requisitos de aplicabilidade podem, através de um único formulário, se tornarem licenciados em qualquer estado membro do instrumento. Para manter a qualidade do serviço, cada médico deve, antes de aderir ao *Compact*, ter uma licença médica estadual em um dos estados membros. Para essa licença estadual ser emitida, o profissional deve, entre outros fatores, exercer localmente pelo menos 25% de seus atendimentos, ter contrato formal de serviço no estado, ou tê-lo como domicílio fiscal. Apesar de ainda burocrático, esse dispositivo consegue alcançar pelo menos 80% dos profissionais de saúde dos estados que aderiram ao instrumento, facilitando assim a expansão da telemedicina nos EUA desde então.

No que tange à relação médico-paciente, tanto os estados quanto o governo federal editaram leis que exigem o estabelecimento de uma relação médico-paciente presencial com o objetivo de controle da prestação desses serviços e prevenção a abusos ou fraudes. Muitos regulamentos estaduais também vedavam a prescrição de medicamentos à distância. Dessa forma, mesmo em casos de médicos licenciados prestando serviços de telemedicina a pacientes do mesmo estado, a prescrição era algo ilegal. Após questionamentos na justiça, a maioria dos estados suavizou esse posicionamento, permitindo que a relação médico-paciente estabelecida apenas por meio virtual seja suficiente desde a primeira consulta, entretanto, passaram a controlar a venda de remédios.

Posteriormente, a edição de outros atos normativos, como o *Ryan Haight Act* e regulamentos do *Medicare and Medicaid Services* (CMS) também acabaram trazendo maiores limitações e exigências ao exercício do e-saúde nos EUA, como a vedação à prescrição de medicamentos controlados e a exigência de que pacientes tenham uma visita pessoal ao médico antes do preenchimento pelo profissional de uma receita online.

A nível federal, o e-saúde sofre intervenção de 4 diferentes órgãos governamentais. Além disso, entes estaduais também editam regulamentos locais para o exercício da telemedicina. Dessa

forma, cada órgão federal ou estadual acrescenta mais uma camada de limitação ou regulamentação diferente para o uso desse tipo de serviço. Cada órgão, por sua vez, tende a inserir as questões de sua competência na regulamentação do serviço, sejam elas questões de segurança da informação, reembolso, qualidade do serviço prestado ou segurança da prescrição de medicamentos.

A principal mudança *pós-COVID* foi a dispensa de obrigação de licenciamento estadual, permitindo que médicos com licenças equivalentes em estados diferentes de seus pacientes pudessem praticar a telemedicina e dispensando a necessidade de visita pessoal para emissão e receitas online (embora alguns estados ainda mantenham essa exigência para determinados medicamentos).

Além disso, de acordo com a *Drug Enforcement Administration* do Departamento de Justiça dos EUA, o *Ryan Haight Act* foi promulgado em 15 de outubro de 2008 com objetivo de prevenir a distribuição e a dispensa ilegal de substâncias controladas por meio da internet, em resposta ao problema identificado como o aumento do uso de substâncias sujeitas à prescrição por adolescentes e outros indivíduos com propósito não médico, o que tem sido evidenciado pelo tráfico de medicamentos na internet. Entretanto, em 30 de setembro de 2020 (com vigência a partir de 30 de outubro de 2020), as definições aplicadas ao ato foram alteradas pelo *Title 21 Code of Federal Regulations, Parts 1300, 1301, 1304 e 1306*.

4. A Regulação Da Telemedicina No Brasil

De acordo com Santos et. al. (2020), até 2002 não havia regulamentação no país para a telemedicina, entretanto, o Conselho Federal de Medicina (CFM) e alguns conselhos regionais já haviam publicado alguns pareceres sobre a atividade. Dentre esses documentos, ganha destaque o parecer do Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp), em resposta à Consulta nº 56.905/1997, que afirmava que a consulta médica feita de qualquer forma senão presencial, era vedada. No mesmo ano, o Parecer nº 31/97 do CFM, que versava sobre orientações médicas a distância a plataformas marítimas, embarcações e instalações na selva, que entendia que o médico, em situação excepcional, por força de lei ou função, exercendo plantão telefônico em situações de urgência e emergência, poderia oferecer opinião médica (CFM, 1997).

Ambos os pareceres demonstram o conservadorismo dos conselhos de medicina na regulamentação da telemedicina, mantendo a proibição expressa dessa atividade como uma opção de prestação de serviço. Entretanto, após várias discussões, consultas públicas, a declaração de Tel Aviv³ e de diversas experiências nacionais e internacionais, o CFM publicou, em 2002, a Resolução nº 1.643, que enfim define e disciplina a prestação da telemedicina no Brasil (SANTOS et. al., 2020).

Em fevereiro de 2019, foi publicada a Resolução CFM nº 2.227/2018, que se tratava uma tentativa de regulamentação dos serviços relacionados à telemedicina. Entretanto, o instrumento foi revogado pela Resolução CFM nº 2.228, de 06 de março de 2019, devido ao *“alto número de propostas encaminhadas pelos médicos brasileiros para alteração dos termos da Resolução”*.

Além disso, destacam-se as seguintes legislações horizontais e transeitoriais que têm potencial de impactar o setor de e-Saúde no Brasil: a) Lei nº 13.787/2018, sobre a digitalização e a utilização de sistemas informatizados para a guarda, o armazenamento e o manuseio de prontuário de paciente; b) Lei nº 13.709/2018 (alterada pela Lei nº 13.853/2019): Lei Geral de Proteção de Dados; c) Lei nº 3.268/1957, que estabelece como requisitos para o exercício da medicina o prévio registro de seus títulos, diplomas, certificados ou cartas do Ministério da Educação e sua inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade; d) Lei nº 5.991/1973, que não previa possibilidade de aviamento de receita de forma remota e limitava a validade da prescrição médica ao Estado em que o médico atua; e e) Lei nº 13.732/2018 (que alterou a Lei nº 5.991/1973) sobre o Controle Sanitário do Comércio de Drogas, Medicamentos, Insumos Farmacêuticos e Correlatos, para definir que a receita tem validade em todo o território nacional, independentemente da unidade federada em que tenha sido emitida.

Com o novo contexto de pandemia decorrente do COVID-19, o CFM manifestou-se junto ao Ministério da Saúde por meio do Ofício CFM nº 1.756/2020, autorizando apenas os serviços de

3 Declaração que aprovou a Telemedicina no mundo. O documento foi assinado na 51ª Assembleia Geral da Associação Médica Mundial em Tel Aviv, Israel, em outubro de 1999, e dispõe sobre Responsabilidades e Normas Éticas na Utilização da Telemedicina.

teleorientação, de telemonitoramento e de teleinterconsulta, não incluindo, portanto, a previsão para teleconsulta.

Em 20 de março de 2020, o Ministério da Saúde (MS) publicou a Portaria nº 467, que “dispõe, em caráter excepcional e temporário, sobre as ações de Telemedicina, com o objetivo de regulamentar e operacionalizar as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional previstas no art. 3º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, decorrente da epidemia de COVID-19”.

Paralelamente a isso, tramitava no Congresso Nacional um Projeto de Lei que regulamentava o exercício da telemedicina no país durante a pandemia, que foi aprovado pelo Congresso Nacional em 31 de março de 2020 e sancionado pelo Presidente da República em 16 de abril de 2020. Mais abrangente que a proposta enviada pelo CFM, a Lei nº 13.989/2020 determina: a) a autorização da prática da telemedicina no Brasil para todas as áreas da saúde enquanto durar a pandemia; b) a definição da telemedicina como o exercício da medicina por meio de tecnologias com a finalidade de assistência, pesquisa, prevenção de doenças e lesões e promoção da saúde; c) a obrigação de que o médico informe ao paciente as limitações próprias do uso da telemedicina; d) a necessidade de o serviço de telemedicina seguir os mesmos padrões éticos e normativos do atendimento presencial. Isso inclui os pagamentos; e e) O não custeamento ou pagamento dessas atividades, por parte do poder público, quando não forem prestadas pelo Sistema Único de Saúde (AGÊNCIA BRASIL, 2020).

Entre os vetos presidenciais ao instrumento estão a dispensa da apresentação da receita médica em meio físico e a validade de receitas médicas digitais, com assinatura eletrônica ou digitalizada do profissional de saúde. A justificativa apresentada pela Presidência da República para o veto dispôs que a proposta “ofende o interesse público e gera risco sanitário à população, por equiparar a validade e autenticidade de um mero documento digitalizado, e de fácil adulteração, ao documento eletrônico com assinatura digital” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 2020).

Nesse contexto, a Lei nº 14.063, de 23 de setembro de 2020 estabeleceu regras e procedimentos sobre o uso de assinaturas eletrônicas em interações com entes públicos, em atos de pessoas jurídicas e em questões de saúde e sobre as licenças de softwares

desenvolvidos por entes públicos; e alterou a Lei nº 9.096, de 19 de setembro de 1995, a Lei nº 5.991, de 17 de dezembro de 1973, e a Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001. Alterou ainda a Lei nº 5.991/1973, prevendo a validade do aviamento das receitas em meio eletrônico somente se contiverem a assinatura eletrônica avançada ou qualificada do profissional e atenderem aos requisitos de ato da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) ou do Ministro de Estado da Saúde, conforme as respectivas competências, sendo obrigatória a utilização de assinaturas eletrônicas qualificadas para receituários de medicamentos sujeitos a controle especial e para atestados médicos em meio eletrônico.

5. Análise De Impacto Concorrencial *Ex Post*

O *benchmarking* internacional realizado destacou, nos instrumentos de ação dos governos do Brasil, dos EUA e da UE (com enfoque nos países-membros Alemanha, Bélgica, França e Itália), medidas regulamentadoras sobre o setor de telemedicina diretamente ou por meio de outras regulamentações horizontais que impactam a competitividade desse mercado.

O primeiro tema a ser abordado trata da comparação das regulações voltadas à telemedicina, conforme o Quadro 3 abaixo:

Quadro 3 - Comparativo das regulações relacionadas à telemedicina: UE (países selecionados), EUA e Brasil

| Origem | Período | Regulação | Considerações | Tipo Regulação |
|----------|---------|--|---|----------------------------------|
| UE | Ambos | Artigos 56 e 57 do <i>Treaty on the Functioning of the European Union</i> (TFEU) | Garantia à livre prestação de serviços dos países-membros do bloco | Diretiva |
| | | Diretiva 2000/31/CE | Disposições sobre serviços de comércio eletrônico | |
| Alemanha | Ambos | <i>German Medical Association's Professional Code of Conduct</i> | Prevê tratamento remoto, desde que clinicamente justificável | Autorregulação |
| | | <i>Digital Healthcare Act</i> (de 29/11/2019) | Estende fundo de inovação para € 200 milhões por ano até 2024 e estabelece obrigações ao sistema de saúde para viabilizar o e-Saúde | Regulação por contrato (fomento) |

| | | | | |
|----------------|-----------|--|---|------------------------------|
| Bélgica | Ambos | Associação Nacional de Médicos sobre serviços da telemedicina | Teleconsulta permitida desde que cumpra requisitos obrigatórios. Proíbe diagnóstico sem interação presencial prévia. | Autorregulação |
| França | Ambos | Artigo L6316-1 do Código Francês de Saúde Pública | Define telemedicina, prevê regulamentação via Decreto - não regula | - (definição) |
| | Pré-COVID | Decreto n° 2010-1229 de 19/10/2010 <i>Ministère des Solidarités et de la Santé</i> | Regulamenta Teleconsulta, tele-especialização, telemonitoramento e tele-assistência médica | Comando e Controle (C&C) |
| | Pós-COVID | Decreto 2020-227 <i>Ministère des Solidarités et de la Santé</i> | Flexibilizou reembolso em teleconsultas para pacientes com sintomas ou diagnóstico de COVID-19 | Regime baseado em incentivos |
| Itália | Ambos | Decreto Legislativo 502/1992 | As diretrizes especificam que os serviços de telemedicina estão em conformidade com a legislação de proteção de dados pessoais e no pleno respeito à obrigação do profissional de informar os pacientes sobre os serviços de saúde recebidos. A telemedicina está incluída no Código Italiano de Ética Médica | - (diretriz) |
| | | Código Italiano de Ética Médica | Telemedicina não pode substituir o exame médico que implique relação direta com o paciente. | Autorregulação |
| | | Código de Autorregulação da Medicina | Autoriza: a) telesserviço e telemonitoramento; e b) telereporte | Autorregulação |
| | Pós-COVID | Diretrizes do Ministério da Saúde | Telemedicina como modalidade desejável de consultas médicas | - (diretriz) |
| EUA | | Regulações definidas em âmbito estadual | Questões de segurança da informação, reembolso, qualidade do serviço ou segurança da prescrição de medicamentos | |
| Brasil | Pré-COVID | Resolução CFM 1.643/02 | Regulamento generalista da Telemedicina | Comando e Controle (C&C) |
| | Pós-COVID | Lei n° 13.989/2020 | Garante competência ao CFM para regular a telemedicina após a pandemia | - (delegação) |
| | | Portaria MS n° 467/2020 | Regulamenta a telemedicina em caráter excepcional e temporário | Comando e Controle (C&C) |

A União Europeia possui legitimidade limitada para atuar sobre o setor de saúde, assim, os normativos identificados no âmbito do bloco são voltados à garantia de prestação de serviços em todos os estados-membros, e, portanto, não se identificou impacto concorrencial relevante sobre o tema. A regulação específica é definida em cada país membro.

Na Alemanha, a previsão da telemedicina foi estabelecida pela *German Medical Association*, com a possibilidade de atendimento remoto, desde que seja clinicamente justificável, o que constitui uma forma de autorregulação do mercado. Adicionalmente, o *Digital Healthcare Act* pode ser enquadrado como uma forma de regulação por contrato, uma vez que objetiva fomentar o desenvolvimento do setor com imposição de parâmetros regulatórios, instrumento que também encoraja o desenvolvimento da autorregulação e da meta-regulação. Esses mecanismos por sua vez, têm o potencial de contribuir para a redução de assimetrias informacionais entre regulador e regulado e para um aumento de eficiência, sendo, *a priori*, concorrencialmente favoráveis. Entretanto, em setores com maior poder de mercado, há riscos de comportamentos colusivos e captura dos agentes públicos, o que pode reforçar a concentração do setor em análise. Assim, para evitar os possíveis riscos decorrentes da autorregulação, é recomendável monitorar o grau de concentração do mercado de telemedicina e adotar medidas de *accountability*.

Na Bélgica e na Itália, também foram identificadas formas de autorregulação sobre o setor de telemedicina, determinadas pela Associação Nacional de Médicos e pelo Código de Autorregulação da Medicina, respectivamente. Entretanto, ressaltam-se o estabelecimento de medidas restritivas aos serviços de teleconsulta, ao impossibilitar a atribuição de um diagnóstico sem interação presencial prévia no caso belga; e a delimitar os tipos de serviços autorizados a telesserviço, a telemonitoramento e a telereporte no caso italiano, sem previsão de incluir a teleconsulta até agora. Tais medidas apontam para uma postura mais conservadora desses agentes, estabelecendo barreiras regulatórias à disseminação da telemedicina, o que pode constituir um indício das falhas regulatórias atreladas ao instrumento da autorregulação, contribuindo assim para redução da competitividade entre os prestadores de serviços

de assistência à saúde.

Diante do exposto, é possível enquadrar as regulações adotadas pela Bélgica e pela Itália com potencial redução do incentivo das empresas a competir, decorrente do estabelecimento de um regime de autorregulação (C3). No caso alemão, *a priori*, não há evidências suficientes para a identificação de efeitos anticoncorrenciais decorrentes dos instrumentos regulatórios adotados.

No caso da França, os regulamentos sobre a telemedicina foram estabelecidos pelo *Ministère des Solidarités et de la Santé*. O Decreto n° 2010-1229, de 19/10/2010, pode ser enquadrado como uma regulamentação de comando e controle (C&C), em vista da determinação sobre quais serviços são autorizados e seus respectivos requisitos de funcionamento. A vantagem dessa estratégia se dá pelo estabelecimento de um posicionamento claro com eficácia imediata e proibições em caso de não cumprimento, porém, ressaltam-se os possíveis riscos desse instrumento que possam impactar negativamente a concorrência, tais como rigidez excessiva da regulação para cumprir o objetivo inicial, decorrente da assimetria de informações por parte do regulador.

No caso dos EUA, as regulações voltadas para a telemedicina são definidas em nível estadual. A falta de uma diretriz nacional pode criar barreiras regulatórias para a disseminação dos serviços relacionados no país, incorrendo em efeitos concorrenciais potencialmente negativos. No entanto, não foram identificadas evidências suficientes para analisar o impacto sobre a concorrência neste cenário. Enfim, no Brasil, antes do contexto da pandemia, a telemedicina era regulada pelo Conselho Federal de Medicina, criado pela Lei n° 3.268/1957, no qual, em conjunto com os Conselhos Regionais de Medicina, constitui uma autarquia de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Portanto, a Resolução CFM n° 1.643/2002, que regulamenta esse tema, pode ser enquadrada como medida de comando e controle. Entretanto, esta norma não prevê regulamentação dos serviços relacionados à telemedicina. Com isso, pontua-se o risco intrínseco ao C&C de captura do regulador, sendo recomendável a ampliação de medidas de *enforcement* para evitar sua concretização.

O contexto de pandemia não alterou a regulação aplicada na Alemanha, o que pode ser apontado como evidência de que os instrumentos aplicados foram efetivos para um ambiente de

negócios favorável à disseminação da telemedicina no país. Na Itália, o governo disponibilizou apenas diretrizes com recomendações à adoção da teleconsulta, no entanto, essa modalidade não foi regulamentada até o momento. No caso do Brasil, o Ministério da Saúde definiu requisitos para viabilizar os serviços da telemedicina, mas em caráter provisório. Além disso, a Lei nº 13.989/2020 garantiu competência sobre a telemedicina após a pandemia, mas até o momento, não houve alteração na Resolução CFM vigente. Diante disso, destaca-se que o atual cenário de insegurança jurídica pode prejudicar a sua disseminação.

O segundo tema apresentado é voltado às licenças para exercício da telemedicina. Os resultados encontrados foram apresentados no Quadro 4 abaixo:

Quadro 4 - Comparativo das regulações relacionadas às licenças para o exercício da telemedicina: EU, EUA e Brasil

| Origem | Período | Regulação | Considerações | Tipo de Regulação |
|--------|-----------|---|--|--------------------------|
| UE | Ambos | Diretiva 2005/36/CE | Reconhecimento de qualificações profissionais - não vale para telemedicina. | Diretiva |
| EUA | Pré-COVID | Legislação Estadual | Licenças médicas permitem atendimento apenas no mesmo estado. | Comando e Controle (C&C) |
| | | <i>Interstate Medical Licensure Compact</i> | Deve ter licença em um dos estados-membros, mas há possibilidade de licença específica para telemedicina. | Comando e Controle (C&C) |
| | Pós-COVID | Normas de caráter excepcional | Dispensa de licenciamento estadual. | Desregulamentação |
| Brasil | Ambos | Lei nº 3.268/1957 | Prática da medicina sujeita à inscrição no Conselho Regional de Medicina, sob cuja jurisdição se achar o local de sua atividade. | Comando e Controle (C&C) |

Fonte: Elaboração própria com base na legislação dos países analisados, 2020.

Ressalta-se que, no Brasil e nos EUA, em período anterior à pandemia, as regulamentações aplicadas eram de comando e controle, que, neste caso, podem ser justificadas pela necessidade de estabelecimento de critérios claros para a permissão do exercício da medicina, haja vista o seu impacto direto sobre a saúde dos indivíduos.

A regulação prevista pela União Europeia tem caráter diretivo,

porém, a Diretiva 2005/36/CE, que estabelece os critérios para reconhecimento da qualificação profissional não abarca a telemedicina, destacando-se a limitação da sua legitimidade para regular sobre o setor de saúde.

O advento da telemedicina ressaltou possíveis efeitos anticoncorrenciais relacionados à aprovação dessas licenças, especialmente nos casos dos EUA e do Brasil, que, no cenário anterior ao COVID, contribuíram para o estabelecimento de uma reserva de mercado para médicos com licenças em estados específicos, impedindo sua atuação em outros estados que pudessem demandar seus serviços, gerando uma possível ineficiência na alocação dos serviços de assistência à saúde e maior poder de mercado dos prestadores. No caso da UE, os requisitos para atribuição da licença médica, ainda que esta tenha validade em todos os estados-membros, não permitem o exercício da telemedicina. As dificuldades apontadas são relacionadas à: a) definição do idioma a ser adotado; b) definição quem tem competência para regular o tema, devido à legitimidade limitada da UE no setor de saúde; e c) compatibilidade dos registros eletrônicos de saúde.

O contexto do COVID-19 alterou a abordagem dos EUA sobre o tema de forma provisória, o que contribuiu para a disseminação da telemedicina no atual contexto de pandemia e para o aumento da competitividade nesse mercado. Entretanto, o caráter provisório da alteração pode impactar o setor em momento posterior, considerando a incorporação tecnológica para aumentar o acesso e os demais benefícios relacionados aos planos privados de assistência à saúde.

Diante disso, entende-se que a regulação acerca da qualificação médica nas origens levantadas enquadra-se no cenário A2 (limitação do número ou da variedade de fornecedores), a partir do estabelecimento de um regime de licenciamento ou de autorização como requisito de atividade, com requisitos que potencialmente ultrapassam o necessário para garantir a segurança e qualidade da assistência prestada pelos médicos.

O terceiro tema em análise está voltado para a possibilidade de prescrição à distância, com o arcabouço regulatório identificado sobre o tema resumido no Quadro 5:

Quadro 5 - Comparativo das regulações relacionadas à possibilidade de prescrição à distância: EU (países selecionados), EUA e Brasil

| Origem | Período | Regulação | Considerações | Tipo Regulação |
|----------|-----------|--|--|----------------------------|
| UE | Ambos | Diretiva 2011/24/UE | Prescrição vale em todos os estados-membros. Há orientações para que os Estados-membros promovam a interoperabilidade das receitas eletrônicas | Diretiva |
| Alemanha | Ambos | <i>Act for More Safety in the Supply of Pharmaceuticals</i> (aprovado em agosto de 2019) | Autorizou as e-prescrições com vigência a partir de junho de 2020. | Comando e Controle (C&C) |
| Bélgica | Ambos | Nacional | Prescrições médicas eletrônicas obrigatórias (01/10/2020). Papel passou a ser exceção. | Comando e Controle (C&C) |
| França | Ambos | Programa Digital <i>Care Territory in Ile-de-France - TERR-eSANTE</i> (lançado em 2017) | Cria grupo de cooperação em saúde para o desenvolvimento de sistemas de informação de saúde para implementar o tratamento automatizado de dados pessoais, incluindo serviço de prescrição eletrônica (prescrição, dispensação e administração do medicamento); | <i>Sandbox</i> regulatório |
| Itália | Ambos | Decreto Interministerial de 2 de novembro de 2011 | No setor público, as prescrições são majoritariamente eletrônicas, mas devem ser impressas para apresentar na farmácia | Comando e Controle (C&C) |
| EUA | Pré-COVID | Federal e Estadual | Controle da prestação de serviços - vedação de prescrição à distância (mesmo com atendimento via telemedicina). | Comando e Controle (C&C) |
| | | <i>Ryan Haight Act</i> | Limitaram prescrição de medicamentos controlados e visita presencial prévia. | Comando e Controle (C&C) |
| | | Regulamentos do <i>Medicare and Medicaid Services</i> | | Comando e Controle (C&C) |
| | Pós-COVID | <i>Title 21 Code of Federal Regulations</i> | Flexibiliza a regulação sobre de aceitação de prescrição eletrônica de substâncias controladas pelas farmácias, mas sujeita a critérios para assegurar maior segurança. | Comando e Controle (C&C) |

| | | | | |
|--------|-----------|--------------------|--|---|
| Brasil | Pré-COVID | Lei nº 5.991/1973 | Não havia previsão para assinatura digital em prescrições médicas, e validade da receita era restrita ao Estado de atuação do médico até 2018. | Comando e Controle (C&C) |
| | | Lei nº 13.732/2018 | Ampliou validade da prescrição médica para todo o território nacional. | Comando e Controle (C&C) (flexibilização) |
| | Pós-COVID | Lei nº 14.063/2020 | Reconhecimento da assinatura digital em prescrição médica. | Comando e Controle (C&C) (flexibilização) |

Fonte: Elaboração própria com base na legislação dos países analisados, 2020.

No caso da União Europeia, o tema foi tratado pela Diretiva 2011/24/UE, que dispõe explicitamente sobre a eliminação de barreiras regulatórias e administrativas para reconhecimento da prescrição médica em todos os países membros, o que contribui para uma maior eficiência na assistência à saúde prestada. Destaca-se que esse instrumento define as diretrizes sobre os resultados esperados, sem estabelecer de forma rígida qual mecanismo cada estado-membro deve adotar para alcançá-los.

Na Alemanha, o *Act for More Safety in the Supply of Pharmaceuticals* autorizou as prescrições eletrônicas com vigência a partir de junho de 2020. Na Bélgica, as prescrições eletrônicas passaram a ter caráter obrigatório em 1º de janeiro de 2020, com a opção de papel definida como exceção em casos sem a opção digital. No caso da França, foi estabelecido um programa de caráter experimental para a circulação de prescrições eletrônicas, caracterizado como um *sandbox* regulatório, que consiste em um instrumento de cooperação entre o regulador e a indústria regulada para testar projetos inovadores segundo requisitos regulatórios específicos, com objetivo de impulsionar a inovação e reduzir a assimetria informacional entre os agentes. Na Itália, em 2011, foi publicado o Decreto Interministerial entre o Ministério da Saúde e o Ministério da Economia italianos com autorização para a adoção de prescrições eletrônicas. Diante do exposto, em relação ao mercado de telemedicina, não foram identificados impactos concorrenciais relevantes sobre os instrumentos regulatórios adotados por estes países europeus.

No caso do Brasil, até 2018, as barreiras sobre a validade da receita médica apenas no estado em que foi prestado atendimento

impunham custos adicionais aos indivíduos que se deslocaram para outro estado. Isso ocorria em virtude da necessidade de agendamento com médico local para conseguir a mesma prescrição, sujeitando-se à disponibilidade de atendimento no curto prazo, o que pode colocar em risco inclusive a continuidade do tratamento de uma doença crônica, por exemplo.

No âmbito da telemedicina, não foram identificadas barreiras concorrenciais à abordagem adotada pela UE, uma vez que as diretrizes preveem a viabilização da interoperabilidade das prescrições eletrônicas. No entanto, os Estados Unidos e o Brasil restringiam a validade destas prescrições, o que constitui uma barreira regulatória ao desenvolvimento do mercado de telemedicina nesses países, enquadrando-se no cenário A3 (limitação do número ou da variedade de fornecedores), a partir da restrição da capacidade de prestação de bens ou de serviços a certos tipos de empresas.

Com o contexto do COVID-19, houve flexibilização nas regulações dos EUA e do Brasil, o que contribuiu para a redução das barreiras regulatórias sobre o setor de telemedicina, levando assim à redução dos riscos restritivos decorrentes do instrumento de comando e controle adotado nesses países.

Considerações Finais

A proposta do presente trabalho foi realizar uma pesquisa exploratória para a identificação dos instrumentos regulatórios adotados pela União Europeia, pelos Estados Unidos e pelo Brasil direcionados ao setor de telemedicina (com maior enfoque sobre o serviço de teleconsulta), ou às regulamentações horizontais relevantes que impactam esse mercado, seguido de avaliação setorial *ex-post* dos efeitos potencialmente nocivos à concorrência.

Em relação às licenças de qualificação, o arcabouço regulatório dos EUA e do Brasil apontou para restrições sobre a mobilidade para atendimento dos médicos, limitando a prática da medicina apenas ao estado em que a licença foi concedida, nesse contexto, identificou-se risco de limitação do número ou da variedade de fornecedores, a partir do estabelecimento de um regime de licenciamento ou de autorização como requisito de atividade (A2), com requisitos que potencialmente ultrapassam o necessário para garantir a segurança

e qualidade da assistência prestada pelos médicos.

No caso da autorização das prescrições eletrônicas, os instrumentos regulatórios com impacto concorrencial potencialmente negativo identificados foram adotados pelos Estados Unidos e pelo Brasil, que restringiam a validade das prescrições médicas eletrônicas, constituindo uma possível barreira regulatória ao desenvolvimento do mercado de telemedicina nesses países, conforme o cenário A3 - limitação do número ou da variedade de fornecedores, a partir da restrição da capacidade de prestação de bens ou de serviços a certos tipos de empresas. No contexto de pandemia, os EUA flexibilizaram essa exigência, de forma provisória, favorecendo a disseminação da telemedicina e a competitividade neste mercado. Entretanto, essa transitoriedade tem potencial de impactar o setor em momento posterior.

Enfim, no âmbito dos instrumentos voltados à regulamentação da telemedicina, ressalta-se a potencial redução no incentivo das empresas a competir, decorrente do estabelecimento de um regime de autorregulação (C3) na Bélgica e na Itália, em vista das medidas restritivas sobre serviços de teleconsulta. Particularmente no caso da Bélgica, as medidas adotadas impossibilitaram a atribuição de um diagnóstico sem interação presencial prévia, o que pode constituir um indício das falhas regulatórias atreladas ao instrumento da autorregulação, contribuindo assim para a redução da competitividade entre os prestadores de serviços de assistência à saúde.

Enfim, foram ponderadas também as abordagens dos seguintes países: a) França: o instrumento de comando e controle (C&C) apresenta possíveis riscos que podem impactar negativamente a concorrência no que tange à rigidez excessiva do instrumento para cumprir o objetivo inicial, decorrente da assimetria de informações por parte do regulador; b) EUA: as regulações voltadas para a telemedicina são definidas em nível estadual, assim, a falta de uma diretriz nacional pode criar barreiras regulatórias para a disseminação dos serviços relacionados no país; e c) Brasil: risco intrínseco ao C&C de captura do regulador, haja vista a revogação da tentativa de atualização da matéria devido aos questionamentos levantados pelos médicos, sendo recomendável a ampliação de medidas de *enforcement* para evitar sua concretização.

Referências

AGÊNCIA BRASIL. **Bolsonaro sanciona lei que autoriza o uso da telemedicina.** Brasília, 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2020-04/bolsonaro-sanciona-lei-que-autoriza-o-uso-da-telemedicina>>. Acesso em 1 de outubro de 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº 1.643/2002.** Conselho Federal de Medicina. Publicada no D.O.U. de 24 de agosto de 2002, Seção 1, p. 205. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2002/1643>>. Acesso em 31 de agosto de 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.227/2018.** Conselho Federal de Medicina, 2019. Publicada no D.O.U. de 06 de fevereiro de 2019, Seção 1, p. 58. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2018/2227>>. Acesso em 31 de agosto de 2020.

BRASIL. **Resolução CFM nº 2.228/2019.** Conselho Federal de Medicina, 2019. Publicada no D.O.U. de 06 de março de 2019, Seção 1, p. 91. Disponível em: <<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2019/2228>>. Acesso em 31 de agosto de 2020.

BRASIL. **Ofício CFM nº 1.756/2020 - COJUR.** Conselho Federal de Medicina, de 19 de março de 2020. Disponível em: <https://portal.cfm.org.br/images/PDF/2020_oficio_telemedicina.pdf>. Acesso em 31 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020.** Publicada no D.O.U. de 07 de fevereiro de 2020, Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm>. Acesso em 31 de agosto de 2020.

BRASIL. **Lei nº 3.268, de 30 de setembro de 1957.** Publicada no D.O.U. de 07 de fevereiro de 2020, Seção 1, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13268.htm#:~:text=Art%20.,Art%20>. Acesso em 31 de agosto de 2020.

CFM. **Processo-Consulta CFM nº 1.738/95 PC/CFM/Nº 31/97.** Brasília, 1997. Disponível em <<http://www.portalmedico.org.br/>>

pareceres/cfm/1997/31_1997.htm>. Acesso em 14 de outubro de 2020.

CMS LAW-NOW. **Hungary issues new temporary rules for the practice of telemedicine.** 19 de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2020/06/hungary-issues-new-temporary-rules-for-the-practice-of-telemedicine>>. Acesso em 11 de outubro de 2020.

EURACTIV. **Pandemic puts telemedicine and data access in the spotlight.** 2 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.euractiv.com/section/digital/opinion/pandemic-puts-telemedicine-and-data-access-in-the-spotlight/>>. Acesso em 30 de setembro de 2020.

FARRINGER, Deborah. A Telehealth Explosion: Using Lessons From The Pandemic To Shape The Future Of Telehealth Regulation. **Texas A&M Law Review**, 2020. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3681070#references-widget>. Acesso em 20 de outubro de 2020.

MOBIHEALTH NEWS. **The post-COVID Italian telehealth experience.** 04 de setembro de 2020. Disponível em: <<https://www.mobihealthnews.com/news/europe/post-covid-italian-telehealth-experience>>. Acesso em 19 de outubro de 2020.

OECD. **Guia para Avaliação de Concorrência Volume 3 – Manual Operacional.** Versão 3.0. 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/operational-manual-for-competition-assessment-PT.pdf>>. Acesso em 26 de agosto de 2020.

OSBORNE CLARKE. **Telemedicine in Europe.** 2020. Disponível em <<https://www.osborneclarke.com/>>. Acesso em 25 de agosto de 2020.

RAPOSO, Vera Lúcia. Telemedicine: The legal framework (or the lack of it) in Europe. **GMS Health Technology Assessment**, 2016, Vol. 12, ISSN 1861-8863. pp. 1-12.

SANTOS, Weverson, et.al. Reflexões acerca do uso da telemedicina no Brasil: oportunidade ou ameaça? **Revista de gestão de sistemas de saúde.** V.9, n. 3, 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uninove.br/revistargss/article/view/17514>>. Acesso em 12 de outubro de 2020.

Verticalização no setor de saúde: aquisições em série entre hospitais e planos de saúde no período de 2017 a 2019

Aline Roberta Veloso Rangel¹

RESUMO

Diante de indicativos do aumento da verticalização no setor de saúde suplementar, o presente trabalho pretende analisar a jurisprudência do Cade nos três últimos anos (2017-2019), com intuito de investigar se, de fato, há aquisições em série no setor e compreender como a análise dos casos tem sido realizada pela autoridade concorrencial. Para atingir os objetivos propostos, foram analisados os 19 (dezenove) casos que se enquadraram no escopo do trabalho. Após a análise, foi possível constatar que existe um movimento de verticalização entre hospitais gerais e planos de saúde. No período analisado, o movimento foi capitaneado especialmente por um grande agente do mercado. Verificou-se ainda a necessidade de novas pesquisas sobre o tema, sugerindo a investigação da correlação entre processos administrativos sobre condutas unilaterais de grandes agentes e atos de concentração anteriormente aprovados que envolviam as mesmas partes.

Palavras-chave: verticalização; integração vertical; aquisições em série; mercado de saúde; hospitais; defesa da concorrência.

ABSTRACT

Faced with indications of increased verticalization in the supplementary health sector, the present study intends to analyze CADE's jurisprudence in the last three years (2017-2019), in order to

¹ Coordenadora de Sanções Administrativas no Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça e Segurança Pública. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo - FDRP/USP. Pós-Graduação em Defesa da Concorrência e Direito Econômico pela Fundação Getúlio Vargas - FGV.
E-mail: aline.rvr@gmail.com.

investigate whether, in fact, there are serial acquisitions in the sector and understand how the competition authority has carried out the analysis of those cases. In order to achieve the proposed objectives, the 19 (nineteen) cases that fell within the scope of the work were analyzed. After the analysis, it was possible to verify that there is a trend of verticalization between general hospitals and health plans. In the analyzed period, a major market agent led the movement. In conclusion, there is a need for further research on the topic. In this regard, it is recommended to investigate the correlation between administrative processes on unilateral conducts and previously approved mergers involving the same parties.

Keywords: verticalization; vertical integration; serial acquisitions; health market; hospitals; competition law.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Metodologia*; 3. *Integração Vertical e o mercado de saúde*; 4. *Análise da Jurisprudência*; 5. *Considerações Finais*; 6. *Referências*.

1. Introdução

Nos últimos anos, tem se falado na existência de um movimento de verticalização em diferentes setores da economia, entre esses, o mercado de saúde no Brasil. Os efeitos do fenômeno da verticalização ainda são controvertidos entre os doutrinadores. Como um passo anterior à análise de efeitos do movimento, pretende-se compreender empiricamente em que medida se dá a verticalização e de que forma o Cade tem analisado a questão no mercado de saúde.

O presente artigo pretende observar os atos de concentração analisados pela Superintendência-Geral do Cade, entre os anos de 2017 e 2019, que geraram integração vertical entre hospitais gerais e planos de saúde e testar a hipótese de que haveria um movimento de aquisição em série de pequenos agentes pelos grandes agentes do mercado, bem como compreender aspectos da análise realizada pelo Cade.

Não se pretende com o presente artigo investigar conclusivamente se, no caso de confirmação da existência do fenômeno, esse teria efeitos positivos ou negativos para a concorrência. O que se pretende é testar a existência do fenômeno, enquanto se observa

outras variáveis das decisões do Cade no setor, para o período determinado.

O artigo tem início com breve análise da doutrina sobre o conceito de integração vertical e seus efeitos concorrenciais – positivos e negativos –, com o objetivo que se entenda a relevância do tema para as discussões atuais do debate concorrencial. Seguindo os tópicos iniciais, inicia propriamente a análise a que se pretende o trabalho, utilizando-se como base a jurisprudência do Cade nos últimos três anos (2017 – 2019), conforme metodologia explicada na sessão seguinte.

Após análise das 19 (dezenove) operações que se enquadraram no escopo da pesquisa realizada, foi possível verificar que ocorreram aquisições em série no período analisado, em especial por parte de dois grandes *players*. Observou-se que 17 (dezessete) casos foram aprovados sem restrição pela Superintendência-Geral do Cade e apenas dois foram impugnados para o Tribunal, que os aprovou sob a condição de celebração de Acordo em Controle de Concentração (ACC).

Foram também analisados os seguintes fatores: (i) rito de análise; (ii) definição de mercado relevante; (iii) variável para definição de *market share*; (iv) conclusão da análise da Superintendência-Geral; e (v) justificativas para aprovação.

Por fim, são apresentadas as considerações finais as quais foi possível chegar após análise da jurisprudência selecionada, observados conceitos teóricos apresentados. O trabalho concluiu pela existência do fenômeno de verticalização no setor, bem como pela necessidade de investigações adicionais sobre o tema, ainda pouco explorado.

2. Metodologia

Para alcançar os objetivos propostos, foi realizada análise empírica da jurisprudência do Cade, nos últimos três anos (2017 – 2019), de atos de concentração que investigaram casos de integração vertical entre planos de saúde e hospitais. De forma descritiva, o trabalho limita-se a observar a jurisprudência e identificar padrões e tendências.

A pesquisa foi realizada no site do Cade, por meio do sistema eletrônico SEI, com o uso de palavras-chave e filtros.

Do universo de atos de concentração no setor de saúde, foram escolhidos apenas os que se enquadravam no escopo definido para pesquisa. Inicialmente foram selecionados aqueles atos que geravam integrações verticais entre hospitais e planos de saúde. Entre os tipos de hospitais, optou-se por analisar os casos que envolviam hospitais gerais e excluir clínicas médicas e hospitais especializados, tais como os de atendimentos exclusivo em oncologia ou neonatais. A definição do mercado será melhor analisada no item 4.2. Os casos de integração com serviços de apoio à medicina diagnóstica também não foram considerados.

Para o recorte temporal, considerou-se a data de publicação no DOU da decisão da Superintendência-Geral. Foram consideradas as decisões publicadas entre 01/01/2017 a 31/12/2019. Dessa forma, será possível notar situações em que a operação tenha sido notificada fora do período indicado, que, no entanto, como a decisão da SG encontra-se dentro do período de interesse, o caso será considerado como dentro do escopo do trabalho.

Os resultados encontrados para os parâmetros pretendidos estão relacionados:

Quadro 1 - Atos de concentração no mercado de saúde analisados

| Processo | Data de Publicação no DOU da decisão da SG |
|----------------------|--|
| 08700.001221/2017-76 | 04/04/2017 |
| 08700.008061/2016-13 | 17/04/2017 |
| 08700.002450/2017-16 | 15/05/2017 |
| 08700.005455/2017-92 | 29/01/2018 |
| 08700.002952/2018-10 | 27/07/2018 |
| 08700.004030/2018-47 | 17/09/2018 |
| 08700.004374/2018-56 | 28/09/2018 |
| 08700.005704/2018-21 | 28/11/2018 |
| 08700.005395/2018-99 | 15/01/2019 |
| 08700.006185/2018-18 | 11/02/2019 |
| 08700.005705/2018-75 | 27/03/2019 |
| 08700.003500/2019-36 | 12/09/2019 |
| 08700.002566/2019-17 | 12/09/2019 |
| 08700.004079/2019-81 | 12/09/2019 |
| 08700.004631/2019-31 | 04/10/2019 |

| | |
|----------------------|------------|
| 08700.004185/2019-64 | 17/10/2019 |
| 08700.002346/2019-85 | 22/10/2019 |
| 08700.004955/2019-79 | 21/11/2019 |
| 08700.005661/2019-64 | 17/12/2019 |

A partir dos 19 (dezenove) atos de concentração listados, foram levantados os seguintes questionamentos acerca das operações: Os atos foram analisados pelo rito sumário ou ordinário? Os atos foram aprovados sem restrições, com restrições ou impugnados? Como foi definido o mercado relevante em cada caso? Há situações excepcionais? Qual a variável utilizada para definição da participação de mercado? Quais as justificativas utilizadas nos casos aprovados? O que levou a impugnação de determinados casos?

Os resultados obtidos pretendem mapear as recentes tendências da relação entre mercado de saúde suplementar e serviços hospitalares. A hipótese a ser testada pretende verificar se haveria um movimento de aquisição em série de pequenos agentes pelos grandes agentes do mercado e observar a forma como o Cade tem conduzido a análise dos casos de integração vertical no setor.

3. Integração vertical e o mercado de saúde

Atos de concentração que geram integrações verticais nem sempre foram abordados sob a mesma perspectiva pela doutrina (GAYNOR e MA, 1996). Essa questão é sustentáculo do atual trabalho, na medida em que, a partir de entendimentos conflitantes, faz-se relevante discutir os efeitos positivos e negativos advindos dessa configuração entre as empresas. Embora não se pretenda estudar propriamente os efeitos no mercado, o levantamento de casos permite criar as bases para posterior discussão sobre efeitos.

Em uma breve conceituação, integração vertical se diz das concentrações “que se processam entre empresas que operam em diferentes níveis ou estágios da mesma indústria, mantendo entre si relações comerciais, na qualidade de comprador/vendedor ou prestador de serviço” (SALOMÃO FILHO, 2007, p. 300). Os agentes envolvidos desenvolvem suas atividades em mercados relevantes “a montante” ou “a jusante”, ou seja, concatenadas no processo produtivo ou de distribuição do produto (FORGIONI, 2012).

Salomão Filho (2007) identifica várias preocupações concorrenciais

decorrentes de integrações verticais. Tem-se, por exemplo, a teoria da exclusão potencial dos concorrentes, da qual se depreende que integrações verticais, quando realizadas entre agentes econômicos que atuam em mercados já horizontalmente concentrados, são causa efetiva de preocupação para o direito antitruste. Poderia se falar também em um aumento substancial de barreiras à entrada no mercado, uma vez que novos potenciais concorrentes que desejem ingressar em algum dos mercados precisariam entrar em ambos os mercados para concorrer com o agente verticalizado já estabelecido. Uma das preocupações decorrentes da integração vertical gira em torno do incentivo que os outros agentes do mercado passam a ter de também se tornarem verticalização, reduzindo cada vez mais o número de agentes do mercado. Nas palavras de Salomão Filho (2007, pp. 310-311):

“Sobretudo tratando-se de mercados oligopolizados, é muito comum que a uma primeira integração vertical se sigam outras, por parte de outros concorrentes, que, descrentes da lógica neoclássica, não querem se colocar em situação concorrencialmente inferior. Assim, muito frequentemente uma primeira integração vertical desencadeia um processo concentrativo que não termina enquanto grande parte dos participantes de ambos mercados não estão integrados. Essa perspectiva constitui uma ameaça real aos pequenos produtores independentes para os quais, ao final desse processo, restarão poucas alternativas para fornecimento e/ou distribuição em condições concorrenciais.”.

Recentemente, as autoridades dos Estados Unidos, U.S. Department of Justice e Federal Trade Commission, publicaram um guia para análise de integrações verticais (Vertical Merger Guidelines, 2020). A publicação busca endereçar as preocupações decorrentes de concentrações verticais e, assim, se afasta dos ideais da Escola de Chicago. No texto introdutório do guia, fala-se que, apesar dos benefícios provenientes da eliminação da dupla margem, que tenderia a diminuir os riscos de dano concorrencial, não é possível dizer que integrações verticais são inócuas do ponto de vista de danos concorrenciais.

A partir da constatação de que a verticalização é uma tendência em diversos setores, bem como no setor de saúde, faz-se relevante analisar os efeitos – positivos e negativos – do movimento especificamente no setor de interesse.

Em artigo publicado, Ragazzo e Machado (2011), ao observarem

o processo de verticalização, concluíam pela necessidade de investigar a mudança do padrão de competição do setor de saúde, notadamente em relação à possibilidade de aumento de práticas exclusionárias, bem como possível impacto na qualidade dos serviços de cuidado médico.

Estudo econométrico realizado por Leandro (2010) buscou verificar os efeitos da integração vertical no mercado de saúde suplementar. O resultado encontrado demonstrou que a verticalização representa ganhos de eficiências, na medida em que diminui as despesas médicas. Como ressaltado pela autora, merece destaque o fato que os testes foram realizados com informações das operadoras de planos de saúde Unimed, de forma que se concluiu que seriam necessários estudos adicionais sobre os efeitos da integração vertical no mercado de saúde. No estudo foi verificado que a integração, ao diminuir o risco moral entre operadora e hospitais, estaria sendo uma estratégia eficaz para a redução de custos. As razões para tanto podem se relacionar com o fato dos serviços prestados serem mais facilmente monitorados pelos estabelecimentos de saúde próprio, ou ainda por haver um alinhamento de incentivos entre os agentes.

Durante a pesquisa realizada para o presente artigo, verificou-se que há poucos estudos sobre o tema no Brasil e também na doutrina estrangeira. Ademais, as significativas diferenças entre os sistemas de saúde brasileiro e os sistemas estrangeiros parecem apontar para a necessidade de maior investigação do tema no contexto nacional. Passa-se a seguir à análise das operações nos últimos três anos.

4. Análise da jurisprudência

A partir dos passos metodológicos aplicados, conforme explicado em capítulo específico, foram analisados 19 (dezenove) atos de concentração apreciados pela Superintendência-Geral do Cade, entre os anos de 2017 e 2019.

A hipótese inicial do trabalho questionava se haveria de fato um fenômeno de verticalização. A esse respeito, verificou-se que das 19 (dezenove) operações analisadas, 9 (nove) envolviam o mesmo grupo econômico adquirentes, a Notre Dame/Intermédica. Em seguida, o Grupo Hapvida constava como parte em 4 (quatro) operações, e o Grupo São Francisco em 3 (três), sendo que uma

das operações foi comum às duas empresas. O Grupo Athena foi requerente de duas operações, uma tendo sido impugnada.

O Caderno do Cade sobre atos de concentração no mercado de saúde (DEE/Cade, 2018) já identificava a consolidação de grandes grupos econômicos no setor, os quais, entre 2003 e 2017, foram responsáveis por 80,98% das operações. O documento indicava que o movimento de concentração teria sido iniciado pela Amil, seguido pela Unimed e, posteriormente, pelo Grupo D'Or e pela Qualicorp.

Foi possível verificar que o movimento de concentração no setor se perpetuou até os dias atuais, com destaque para as seguidas aquisições do grupo Notre Dame nos três últimos anos.

Os principais aspectos das análises realizadas pela Superintendência-Geral do Cade serão apresentados a seguir.

4.1 Rito de análise

O primeiro ponto analisado diz respeito ao rito de análise dos atos de concentração selecionados. Como já mencionado no capítulo introdutório, o ato de concentração pode ser analisado sob o rito sumário ou ordinário. Os regramentos do Cade instituem o patamar de 30% de participação de mercado como percentual mínimo para que o caso seja analisado pelo rito ordinário. No entanto, como é comum que a mesma operação ocasione concentrações horizontais e verticais, é possível que o ato seja analisado pelo rito ordinário em razão de outras concentrações geradas, mas não seja aprofundado em relação à integração vertical, por indicar valores abaixo do patamar mínimo.

A resolução n.º 2 do Cade², com redação atualizada pela Resolução n.º 9, de 1.º de outubro de 2014, abre espaço para que casos que indiquem percentuais abaixo do mínimo estipulado, sejam compreendidos como complexos pela Superintendência-Geral do Cade e analisados pelo rito ordinário.

A análise sumária se encerra na observação da participação de mercado e, diante da baixa participação das partes envolvidas, assume que a operação não tem o potencial de prejudicar a concorrência.

Nesse sentido, uma série de aquisições de pequenas empresas

² Art 8, inciso IV da Resolução n.º 2 do Cade

que a princípio não despertariam preocupação concorrencial por estarem abaixo do filtro estipulado pela Resolução nº 2, poderiam, em conjunto, indicar um fenômeno de concentração que mereceria considerações especiais. A análise da ocorrência desse fenômeno é o primeiro objetivo a que o trabalho se propõe.

Dos 19 (dezenove) processos analisados, 3 (três) foram analisados pelo rito sumário, enquanto 16 (dezesesseis) foram analisados pelo rito ordinário. No entanto, especificamente em relação à integração vertical, dos 16 (dezesesseis) casos analisados pelo rito ordinário, em 3 (três) situações, a análise da integração foi realizada de forma simplificada, uma vez que as partes apresentavam participações abaixo de 30% para os mercados relevantes definidos.

É possível concluir que em 6 (seis) casos dos 19 (dezenove) analisados, a baixa participação de mercado – abaixo de 30% – foi considerada suficiente para concluir pela ausência de preocupações concorrências provenientes da integração vertical.

4.2 Definição de Mercado Relevante

Como visto, a integração vertical aqui estudada abrange dois níveis de uma cadeia. Primeiramente, os hospitais, onde são prestados os serviços, e, após, os planos de saúde, uma das formas de obter o acesso aos hospitais, para além do acesso público (via SUS) e particular.

4.2.1 Hospitais

A definição de mercado relevante adotada pelo Cade no que se refere aos **serviços de cuidado com a saúde** é baseada em segmentação sugerida por Santos (2008), em documento de trabalho da extinta SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico.

Em linha com o Estudo, a jurisprudência do Cade subdivide os mercados sob a dimensão produto da seguinte forma:

- a) *Serviços Médico-Hospitalares*: a.1) *Centro Médico*: a.1.1) *Ambulatório/Emergência*; a.1.2) *Exames de Medicina Laboratorial*; a.1.3) *Diagnósticos por Imagem*; a.1.4) *Diagnósticos por Métodos Gráficos*. a.2) *Hospitais*: a.2.1) *Hospital Geral*; a.2.2) *Casos Graves*; a.2.3) *Hospital Especializado*; a.2.4) *Ambulatório/Emergência*; a.2.5) *Exames de Medicina Laboratorial*; a.2.6) *Diagnósticos por Imagem*; a.2.7) *Diagnósticos por Métodos Gráficos*.

b) Serviços de Apoio à Medicina Diagnóstica: b.1) Exames de Medicina Laboratorial: b.1.1) Análises Clínicas; b.1.2) Anatomia Patológica e Citopatologia. b.2) Exames de Apoio a Outros Laboratórios: b.2.1) Análises Clínicas; b.2.2) Anatomia Patológica e Citopatologia. b.3) Exames de Diagnóstico por Imagem (por tipo de exame); b.4) Exames de Diagnóstico por Métodos Gráficos (por tipo de exame).

Reitera-se que o presente trabalho pretende analisar apenas os casos que envolvam hospitais gerais. Dessa forma, foram desconsiderados os casos que tratavam exclusivamente de outros subtipos. Há casos em que as partes atuam em mais de um mercado relevante. Para esses, apenas foram analisadas as questões relativas ao subtipo hospital geral.

Para todos os casos analisados no escopo de trabalho, não foram verificadas alterações na definição de mercado relevante sob o aspecto **produto**.

Foram notadas diferenças apenas no caso de hospitais e centros médicos especializados em oncologia, que podem ou não ser subdivididos de acordo com o tratamento, por exemplo. No entanto, por não se tratar do escopo do trabalho, esses pontos não serão aprofundados.

No aspecto **geográfico**, foram observadas pequenas variações de definição de mercado relevante nos casos analisado. Para hospitais gerais, o Cade usualmente adota um deslocamento de 10 (dez) quilômetros (“10 km”) ou 20 (vinte) minutos (“20 min”) a partir do hospital geral adquirido.

O cálculo de deslocamento está definido no Documento de Trabalho nº 1/2016 do Departamento de Estudos Econômicos do Cade. De acordo com o estudo, utiliza-se a ferramenta Google Maps para computar as distâncias em quilômetros dos hospitais e o tempo de viagem entre eles, obtendo-se assim uma matriz de tempo e distância.

Em ao menos um caso (SEI 435269)³, verificou-se os diferentes tempos de deslocamento em horários distintos.

Há ainda casos em que a metodologia que considera o deslocamento pode ser relativizada. No parecer SEI 525397⁴, foram

3 Ato de Concentração Notre Dame e Grupo Cruzeiro do Sul.

4 Ato de Concentração São Francisco Saúde e São Lucas

mencionados fatores como a complexidade do hospital ou a baixa oferta de serviços médico-hospitalares na região, situação em que alguns precedentes adotam um raio de 20 quilômetros ou 30 minutos.

Para os casos abrangidos no escopo do presente trabalho, verificou-se que, em sua maioria, 15 (quinze) de 19 (dezenove) casos, o mercado relevante geográfico foi definido como 10 km ou 20 min. Excepcionalmente, para casos em que não havia sobreposição em um raio de 10 km ou 20 min, optou-se por analisar o mercado municipal, o que ocorreu em 4 (quatro) de 19 (dezenove) casos.

4.2.2 Planos de saúde

Para definição de mercado relevante em relação aos planos de assistência à saúde, segundo nível da cadeia, o Cade recorre novamente ao Documento de Trabalho nº 46/2008 da SEAE. De acordo com o documento,

“planos de assistência à saúde podem ser definidos como contratos de seguro nos quais uma operadora compromete-se a assumir determinados riscos financeiros relativos a diversos sinistros que podem ocorrer com o segurado, condicionado ao recebimento de um fluxo de pagamento mensal (prêmio) referente ao preço do plano”

No Brasil, o mercado de planos de assistência à saúde é regulado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS e, de acordo com a Lei nº 9.656/1998. De acordo com a reguladora e a legislação vigente, as operadoras de saúde são divididas, conforme sua natureza, da seguinte forma: administradoras; cooperativas médicas ou odontológicas; autogestão; medicina de grupo; filantropia; e seguradoras especializadas em saúde.

No presente trabalho não será abordada a definição de mercado relevante utilizada pela ANS, visto não ser parte do escopo e se diferenciar da forma adotada pelo Cade.

O Cade não inclui as operadoras classificadas como autogestão no mesmo mercado relevante que as demais operadoras de plano de saúde, conforme verificado na jurisprudência analisada e ressaltado no Caderno do Cade sobre atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica.

O levantamento realizado indica que a jurisprudência do Cade tem adotado a seguinte divisão para a definição de mercado de

planos de saúde, sob o aspecto **produto**:

- (a) Plano médico-hospitalar individual/familiar;
- (b) Plano médico-hospitalar coletivo;
- (c) Plano exclusivamente odontológico individual/familiar;
- (d) Plano exclusivamente odontológico coletivo.

As razões apontadas nos pareceres para a divisão em quatro mercados relevantes distintos são a não-substituibilidade da demanda entre as modalidades de contratação e as diferenças regulatórias.

A primeira distinção é entre plano médico-hospitalar e plano odontológico. Nesse caso, as coberturas totalmente distintas e claramente não substituíveis pela ótica da demanda exigem a separação em mercados diferentes. Já o destaque de planos coletivos de um lado e planos individuais/familiares de outro, do ponto de vista da substituibilidade, justifica-se em razão de consumidores de planos coletivos poderem adquirir planos individuais, no entanto, o inverso não é verdadeiro.

Em relação às diferenças regulatórias, há diferenças entre planos individuais e coletivos. Como exemplo, o reajuste de preço para planos individuais é regulado pela ANS. Já os planos coletivos não estão sujeitos a essa regulação.

Para os casos analisados, a definição de mercado relevante utilizada pelo Cade não apresentou variação sob o aspecto **produto**.

Em relação ao aspecto **geográfico**, no período de interesse do trabalho, compreendido entre os anos de 2017 e 2019, não foram verificadas alterações na jurisprudência do Cade, que se limitou a utilizar a delimitação municipal ou por cluster, conforme metodologia melhor apresentada a seguir.

Até 2011, o Cade utilizava-se do já mencionado Documento de Trabalho nº 46, que identificava que, em média, um beneficiário estaria disposto a se deslocar 30 (trinta) a 40 (quarenta) minutos ou 20 (vinte) a 30 (trinta) quilômetros para ser atendido. Assim, sob o aspecto geográfico, esse deveria ser o mercado relevante a ser considerado.

A partir de 2011, o Cade passa a adotar a metodologia proposta pela ANS, com base no estudo da Cedeplar/UFMG, que considera distância entre as cidades, demanda de serviços e poder de

influência para agrupar os municípios brasileiros em 89 (oitenta e nove) mercados relevantes.

Em 2013, há nova alteração na metodologia utilizada. O Cade passa a definir o mercado relevante de acordo com o fluxo de atendimentos de beneficiários entre os municípios. A metodologia consiste em definir inicialmente o mercado relevante como municipal para planos de assistência à saúde (individuais/familiares e coletivos). Nos municípios em que a participação de mercado dos agentes econômicos envolvidos na operação seja superior a 20% (vinte por cento), o mercado relevante deve ser expandido para o grupo de municípios capazes de representar 75% (setenta e cinco por cento) dos atendimentos dos beneficiários daquele município inicialmente considerado. Denomina-se *cluster* o agrupamento de municípios até que representem 75% (setenta e cinco por cento) dos beneficiários.

Essa metodologia foi utilizada pela SG/Cade em todos os casos analisados no recorte de interesse do presente trabalho.

4.3 Variável para definição de participação de mercado

A participação de mercado dos agentes de mercado, também referida como *market share*, pode ser calculada de diferentes maneiras. Nesse tópico, serão analisadas as variáveis utilizadas pela SG/Cade ao calcular a participação de mercado nas operações de integração vertical entre hospitais e planos de saúde, entre 2017 e 2019.

Para o mercado de hospitais, um critério possível é a utilização de número de leitos para a estimação do tamanho dos agentes. Essa variável pode ser obtida da base de dados públicos CNES – Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde.

Em alguns casos, os concorrentes são oficiados e demandados sobre o número de leitos. Assim, eventuais correções no número CNES são realizadas com o intuito de obter maior precisão nos dados utilizados.

No Brasil, há distinção entre leitos destinados ao atendimento via SUS – Sistema Único de Saúde e leitos não-SUS. A jurisprudência do Cade é pacífica no sentido que leitos SUS e leitos não-SUS não concorrem entre si, visto que os primeiros são destinados ao programa público de atendimento à saúde.

Além da exclusão de leitos SUS, em alguns casos foi expressamente mencionado a exclusão de leitos com destinações específicas para pacientes neonatais e/ou pediatria.

A esse respeito, vale apontar que o Manual de Conceitos e Nomenclaturas de Leitos Hospitalares (2016) estipula tipos e subtipos de leitos hospitalares. A classificação separa leitos em 4 grandes tipos: Leito de Internação (Clínico, Cirúrgico, Obstétrico, Pediátrico); Leito complementar de internação (Isolamento, Isolamento Reverso, UTI, UCI), Leito Hospital Dia; e Leito de Observação (RPA, Apoio para Procedimentos Diagnósticos e/ou Terapêuticos, Urgência e Emergência, Pré-parto). A classificação mais detalhada com os demais subtipos e explicações pode ser consultado no documento.

O Cade não tem se aprofundado explicitamente em tipos de leitos para cálculos de participação de mercado. Embora os pareceres para o recorte analisado tenham sido claros em relação à exclusão de leitos SUS, apenas 3 (três) dos 19 (dezenove) casos analisados mencionaram a exclusão de outros tipos de leitos. O parecer SEI 687119⁵ menciona o termo “leitos válidos”, que para o caso são os leitos não-SUS, excluídos os leitos pediátricos. Já os pareceres SEI 674481⁶ e SEI 697850⁷ explicitam a exclusão de leitos neonatal e pediátrico.

Ocorre que alguns tipos de leitos são intercambiáveis entre si. O próprio manual menciona a possibilidade de um leito de observação ser revertido em leito de internação em caso de necessidade.

O parecer SEI 688048 menciona que os hospitais-gerais tem flexibilidade na alocação de seus leitos para o tratamento de diversas especialidades, o que leva o parecer a questionar sobre a adequação da *proxy* por número de leitos destinados a pacientes de parto.

Considerando os 19 (dezenove) casos objeto da presente análise, em 16 (dezesesseis) casos calculou-se o *market share* com base no número de leitos não-SUS. Dos dezesseis casos nos quais a variável leitos foi utilizada, apenas 3 (três) mencionaram explicitamente a exclusão de leitos especiais, como os pediátricos e neonatais.

5 Ato de Concentração Notre Dame e São Lucas

6 Ato de Concentração Athena ES e SBS

7 Ato de Concentração Notre Dame e Grupo Clinipam

Vale ressaltar que ainda que não tenha sido destacado no parecer, o *market share* apresentado no formulário de notificação pode ter considerado a diferenciação entre os tipos de leitos.

Ainda no universo de 19 (dezenove) casos, em 3 (três) casos não foi calculado o *market share* de hospitais tendo em vista situações do caso concreto. Como exemplo, há situações em que a estrutura já era verticalizada e outras em que o reforço da integração vertical era muito pequeno, de forma que a análise não foi considerada necessária.

Em todos os casos nos quais foram consideradas as participações de mercado dos envolvidos utilizou-se a variável número de leitos. No entanto, há casos em que mais de uma variável foi utilizada. Em 5 (cinco) casos utilizou-se também o faturamento bruto dos envolvidos como *proxy* para cálculo da participação de mercado. Em 1 (um) caso foi utilizado ainda uma terceira variável: o número de diárias.

Para o cálculo de participação de mercado em planos de saúde foi utilizada a variável número de beneficiários/vidas, em todos os casos.

4.4 Conclusões das análises

Dos 19 (dezenove) casos analisados, 17 (dezesete) foram aprovados sem restrições. Dois casos foram impugnados.

Nesse tópico serão analisados os casos impugnados pelas Superintendência-Geral do Cade e, no próximo, serão analisadas as justificativas para aprovação dos demais casos.

No AC 08700.005705/2018-75⁸, além da verificação de preocupações em relação à sobreposição horizontal, verificou-se a possibilidade de fechamento de mercado. No entanto, em relação à integração vertical, tanto a Superintendência-Geral, em seu parecer (SEI 596126), como a Conselheira Relatora (SEI 617663), em seu voto, entenderam que não havia incentivos para o fechamento de mercado.

Foram duas as possibilidades de fechamento analisadas. Primeiramente, verificou-se a possibilidade do Hospital-Requerente passar a atender apenas beneficiários do plano de saúde-Requerente

8 Ato de Concentração Notre Dame e Mediplan

e impedir que outros planos de saúde realizassem o credenciamento. Outra possibilidade de fechamento analisado seria de que o plano de saúde pertencente às requerentes deixasse de credenciar hospitais concorrentes.

No voto da Conselheira Relatora, observou-se o racional da operação de planos de saúde verticalizados com hospitais próprios, considerando a contabilização dos serviços hospitalares como custo. Sendo assim, quando a prestação de serviços se destina a terceiros ou planos de saúde concorrentes, há recebimento de receitas. A Conselheira Relatora concluiu que um eventual descredenciamento de outros planos de saúde teria o condão de ocasionar um aumento dos níveis de desocupação de leitos dos hospitais, o que geraria uma perda de faturamento, inexistindo racional econômico para tal ato.

De acordo com a análise realizada no voto relator, o hospital, caso procedesse à restrição de atendimento de outros planos, não teria demanda remanescente de beneficiários de seu próprio plano para substituir a parcela demandada por planos concorrentes, o que ocasionaria em aumento de ociosidade.

Abaixo, trecho retirado do voto (SEI 617663), sintetiza o entendimento:

“Esta situação de dependência de receitas de terceiros e as características do mercado que autorizam a existência de um maior desvio de demanda, por si só, demonstra que eventual descredenciamento de planos concorrentes levaria a uma perda de receitas significativa para os hospitais objeto da presente Operação, não sendo uma estratégia razoavelmente racional do ponto de vista econômico.”

A outra possibilidade de fechamento de mercado, no sentido contrário da cadeia, hipótese de descredenciamento de outros hospitais do plano das Requerentes, foi descartada em razão da existência de outros planos de saúde de grande porte. Ademais, outro fator relevante entendido como desincentivo ao fechamento de mercado relaciona-se com a regulação setorial da ANS, em especial as exigências determinadas no artigo 17 da Lei 9.656/98.

O artigo estipula que as empresas precisam de uma rede médica credenciada suficiente para atender a demanda de seus beneficiários. Assim, caso a empresa faça a opção por suprimir uma unidade da rede hospitalar, o que é chamado de redimensionamento por redução, será necessário solicitar autorização à ANS contendo a

justificativa para a decisão e apresentando os impactos da decisão sobre os beneficiários. A capacidade de atendimento remanescente deve respeitar os parâmetros definidos pelas ANS, que correlaciona leito e capacidade operacional.

A substituição de hospitais é possível mediante comunicação, com trinta dias antecedência, aos consumidores e à ANS, bem como o credenciamento de estabelecimento equivalente no lugar do hospital credenciado.

No caso em questão, como forma de endereçar as preocupações concorrenciais observadas, foi negociado um Acordo em Controle de Concentrações e a operação foi aprovada condicionada à formalização do ACC.

A segunda impugnação verificada no período entre 2017 e 2019, ocorreu no AC 08700.002346/2019-85⁹. Igualmente ao caso anterior, foram analisadas as integrações verticais nos dois sentidos da cadeia, *upstream* e *downstream*.

O parecer da Superintendência-Geral (SEI 674481) observa que há um movimento crescente de aumento de verticalização entre planos de saúde e hospitais gerais. Ressalta a possibilidade de que a verticalização gere eficiências e, exemplificativamente, cita o maior controle de custos pela operadora, melhor conhecimento do histórico de saúde do paciente, a redução de dupla marginalização, entre outros.

Todavia, o parecer ressalta também a possibilidade de prejuízos para a concorrência, caso houvesse fechamento de mercado em qualquer dos sentidos: dos mercados de planos de saúde (para hospitais gerais concorrentes) e de hospitais gerais (para os planos de saúde concorrentes). Como argumento, o parecer traz um ponto de suma importância para a discussão: a abertura, pelo Cade, de diversos processos de condutas relativos ao desc credenciamento de hospitais e clínicas por planos de saúde verticalizados nos últimos anos.

A simples instauração de processos não significa necessariamente que exista um ilícito concorrencial, haja vista que, de acordo com a jurisprudência já consolidada do Cade, os casos são analisados à luz da regra da razão.

A operação em questão foi impugnada para o Tribunal do

9 Ato de Concentração Athena ES e SBS

Cade, que a aprovou condicionada à celebração e o cumprimento do Acordo de Controle em Concentrações. Todavia, em relação à integração vertical, concluiu-se que da operação não decorriam riscos específicos de fechamento de mercado. Ainda assim foi ressaltado que, no caso, a estrutura verticalizada seria fortalecida, reduzindo ainda mais a possibilidade de entrada de concorrentes relevantes. Também poderia haver maior dificuldade para o crescimento dos concorrentes já atuantes no mercado.

Em ambas as operações impugnadas pela Superintendência-Geral, as preocupações concorrenciais decorreram sobretudo das sobreposições horizontais. Ainda assim, as altas participações das Requerentes refletiam na integração vertical, de forma que os ACC firmados endereçavam adicionalmente preocupações que viessem a surgir decorrentes da integração vertical.

4.5. Justificativas para aprovação

Nesse ponto do trabalho, pretende-se observar as justificativas para aprovação das 17 (dezessete) operações aprovadas sem restrições pela Superintendência-Geral do Cade.

As operações analisadas pelo rito sumário foram aprovadas em razão da baixa participação de mercado das Requerentes, abaixo de 30%, que não seriam capazes de interferir negativamente no mercado.

Há operações analisadas pelo rito ordinário que, no entanto, em relação à integração vertical, não despertaram preocupação também em razão da baixa participação das Requerentes, abaixo de 30% do mercado relevante. Assim como na situação anterior, entende-se que tais operação não são capazes de interferir negativamente no mercado.

Já para as demais operações analisadas pelo rito ordinário, foram apresentadas as justificativas assim agrupadas: (i) ociosidade; (ii) pequeno acréscimo de participação de mercado; (iii) estrutura já verticalizada; (iv) existência de regulação que dificulta o credenciamento; (v) existência de rivalidade.

A seguir serão melhor exploradas cada uma das justificativas utilizadas pela Superintendência-Geral do Cade na aprovação dos atos de concentração no escopo limitado do trabalho.

A ociosidade dos hospitais envolvidos nas operações foi

reiteradamente mencionada como justificativa para aprovação dos atos de concentração no setor.

O argumento gira em torno da ausência de incentivos para fechamento de mercado, visto que, do ponto de vista econômico, os hospitais visam aumentar o número de atendimentos, para obter retorno financeiro.

Na maior parte dos casos analisados, o Cade tem observado a taxa de ociosidade informada pelas Requerentes no formulário de notificação. Todavia, nota-se que nos pareceres analisados, em geral, não houve investigação em relação à taxa de ociosidade dos concorrentes, com intuito de observar a possibilidade de desvio da demanda, em caso de fechamento do mercado.

Um segundo ponto diz respeito ao pequeno acréscimo das participações em um dos mercados afetados pela integração vertical. Essa situação geralmente é referida como “reforço de integração vertical”. Isso ocorre quando já havia uma situação de integração vertical anterior à operação e esta apenas é reforçada de forma não expressiva pela operação atual.

Em sentido similar, há casos em que a justificativa apresentada foi de que a estrutura já era totalmente verticalizada. Assim como no caso anterior, já havia integração vertical pré-existente, todavia, nessa situação, os atendimentos realizados pela própria rede já correspondiam a 100%, ou a outro percentual mínimo e irrelevante. Na opinião da Superintendência-Geral do Cade, tais situações não despertaram preocupação concorrencial, visto que a operação analisada não tem impacto na configuração já adotada anteriormente pelas empresas envolvidas.

Um quarto ponto, que se interliga com os demais, diz respeito à regulação setorial exercida pela ANS – Agência Nacional de Saúde, que em sua legislação traz mecanismo que dificultam ou impossibilitam o fechamento de mercado. Como já informado em seção anterior, o artigo 17 da Lei n. 9.656/98 prevê o que se segue condições necessárias para o descredenciamento ou substituição de agentes credenciados. O artigo menciona a necessidade da manutenção do compromisso com os consumidores ao longo da vigência do contrato.

Por fim, o último motivo frequentemente alegado para aprovação das operações diz respeito à existência de rivais no mercado que seriam capazes de absorver a demanda, em caso de fechamento

do mercado. Em muitos dos casos, observou-se que a existência de rivais no mesmo mercado relevante afastaria a possibilidade de fechamento de mercado, uma vez que aumentaria a taxa de ociosidade das Requerentes.

Considerações Finais

Após a análise das 19 (dezenove) operações que ocasionaram integração vertical entre planos de saúde e hospitais gerais, entre os anos de 2017 e 2019, foi possível concluir pela existência do processo de verticalização no setor. Um só agente do mercado foi responsável por 9 (nove) operações no período analisado.

Em conjunto com a análise realizada do Caderno do Cade sobre atos de concentração no mercado de saúde e com a doutrina analisada no capítulo 3, foi possível concluir que o movimento de concentração no setor se mantém em curso na última década. À uma operação de verticalização se seguem outras, em um movimento crescente.

Os pareceres da Superintendência-Geral, em geral, indicaram haver uma preocupação maior em relação às sobreposições horizontais do que com as integrações verticais. Mesmo os dois casos impugnados tiveram como foco os efeitos da sobreposição horizontal.

As justificativas para aprovação dos atos podem ser agrupadas em seis pontos principais: (i) baixa participação de mercado (abaixo de 30%); (ii) capacidade ociosa dos envolvidos; (iii) pequeno acréscimo de participação de mercado decorrente da operação; (iv) estrutura já verticalizada; (v) existência de regulação pela ANS, que dificulta o descredenciamento; (vi) existência de rivalidade.

Apesar da medição de participação de mercado ser feita, em todos os casos, a partir do número de leitos, em geral, não foram especificados quais os leitos válidos considerados.

Por fim, é possível concluir que o tema pode ser melhor explorado em trabalhos posteriores. Entre outros temas relevantes, seria de grande valia correlacionar os processos administrativos instaurados para investigação de conduta unilateral, notadamente os que tratam de descredenciamento supostamente realizados por empresas com tendência a verticalização e que, em anos anteriores, foram requerentes de atos de concentração no setor.

Referências Bibliográficas

ANDRADE, Monica Viegas (coord.). **Estrutura de concorrência no setor de operadoras de planos de saúde no Brasil**. Brasília, DF: OPAS; Rio de Janeiro: ANS, 2015. 106p: (Série Cooperação em Saúde Suplementar no Brasil).

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Atos de concentração nos mercados de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica**. Cadernos do Cade. Departamento de Estudos Econômicos (DEE), julho/2018. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee/cadernos-do-cade-atos-de-concentracao-nos-mercados-de-planos-de-saude-hospitais-e-medicina-diagnostica.pdf>. Acesso em jun/20.

_____. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Brasília: Cade, 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf. Acesso em jun/20.

_____. **Identificação do Mercado Geográfico Relevante para os Hospitais no Brasil**. BRASIL, DEE/Cade. Documentos de Trabalho 001/2016: Identificação do Mercado Geográfico Relevante para os Hospitais no Brasil, 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/documento-de-trabalho-001-2016-identificacao-do-mercado-geografico-relevante-para-os-hospitais-no-brasil.pdf>. Acesso em jun/20.

_____. **Mercado de saúde suplementar: condutas**. Cadernos do Cade. Departamento de Estudos Econômicos, 2015. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/copy_of_cadernos-do-cade-2013-mercado-de-saude-suplementar-condutas-2013-2015.pdf. Acesso em jun/20.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 5ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

GAYNOR, M.; C., MA., **Insurance, Vertical Restraints and Competition**. Working Paper. Carnegie Mellon University. 1996.

GAYNOR, M., VOGT, W. B., **Antitrust and Competition in Health Care Markets**. in Handbook of Health Economics. Anthony J. Curlyer and Joseph P. Newhouse, Editors, Amsterdam: North- Holland, 2000.

GAYNOR, Martin. **Is vertical integration anticompetitive? Definitely maybe (but that''ts not final)**. [Editorial]. Journal of Health Economics 25. 2006.

LEANDRO, Tainá. **Defesa da Concorrência e Saúde Complementar: A Integração Vertical entre Planos de Saúde e Hospitais e seus Efeitos no Mercado**. Dissertação de mestrado. Departamento de Economia. Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO - EBSERH (Hospitais Universitários Federais). **Manual de Conceitos e Nomenclaturas de Leitos Hospitalares**. Agosto, 2016. Disponível em: http://www2.ebserh.gov.br/documents/695105/1744025/Manual+Leitos+19_10_16+-VF.pdf/a1cef2e4-a6ed-4881-96cd-a2a99ec15b5c. Acesso em jul/20.

MOTTA, Massimo, **Competition Policy: Theory and Practice**. Cambridge University Press, Cambridge, UK. 2004.

OECD. Policy Roundtables. **Competition in Hospital Services**, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/50527122.pdf>

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. MACHADO, Kenys. **Desafios da análise do Cade no setor de planos de saúde**. Fundação Getúlio Vargas, 2011. Disponível em: https://works.bepress.com/carlos_ragazzo/12/. Acesso em jun/20.

SANTOS, Thompson. **Determinação de mercados relevantes no setor de saúde suplementar**. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Documento de trabalho n. 46. Março/2008. Disponível em: <http://cdi.mecon.gov.ar/bases/doc/seae/dt46.pdf>. Acesso em out/20.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3^a ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION (DoJ and FTC). **Vertical Merger Guidelines**. Issued in June 20, 2020. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/us-department-justice-federal-trade-commission-vertical-merger-guidelines/vertical_merger_guidelines_6-30-20.pdf. Acesso em out/20.

Concorrência no mercado hospitalar: uma análise da concentração no Distrito Federal

Danielle Kineipp de Souza¹

RESUMO

Mercados com elevada concentração podem ser formados por empresas com poder de mercado suficiente para provocar diminuição no bem-estar da sociedade. Isso pode ocorrer via arrefecimento da concorrência, elevação de preços ou redução da qualidade. Este trabalho analisa a concentração do mercado de hospitais gerais privados no Distrito Federal entre 2010 e 2019. Para isso, foram utilizados dados do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) do Ministério da Saúde (MS) e os índices de concentração Herfindahl Hirschman (HHI) e Razão de Concentração (CR), bem como o Índice de Instabilidade (I). Os resultados indicam que o mercado passou de moderadamente concentrado para não concentrado no período analisado e apresentou redução no índice CR4, bem como alteração na composição do agrupamento dos quatro maiores grupos econômicos operantes. No que tange à instabilidade, o mercado pode ser caracterizado como estável, com oscilações um pouco mais significativas quando da ocorrência de grandes aquisições.

Palavras-chave: Mercado privado de hospitais gerais; Concentração de mercado; Índice Herfindal - Hirschman; Razão de Concentração; Índice de Instabilidade.

ABSTRACT

Highly concentrated markets may consist of companies with enough market power to cause a decrease in society's welfare. This can happen via cooling of the competition, increased prices or quality reduction. This academic article analyzes the concentration of the market of general private hospitals in the Federal District

¹ Mestre em Economia pela Universidade de Brasília. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. E-mail: danikineipp@yahoo.com.br.

between 2010 and 2019. For this purpose, this paper uses data from National Registry of Health Establishments (CNES) of Ministry of Health (MS) and concentration indexes, as Herfindahl Hirschman (HHI) and Concentration Ratio (CR), as well as the Instability Index (I). The results indicate that the market went from moderately concentrated to non-concentrated during the period, and showed a reduction in the CR4 index, as well as a change in the composition of the cluster of four largest operating economic groups. With regard to instability, the market can be characterized as stable, with slightly more significant fluctuations in times of major acquisitions.

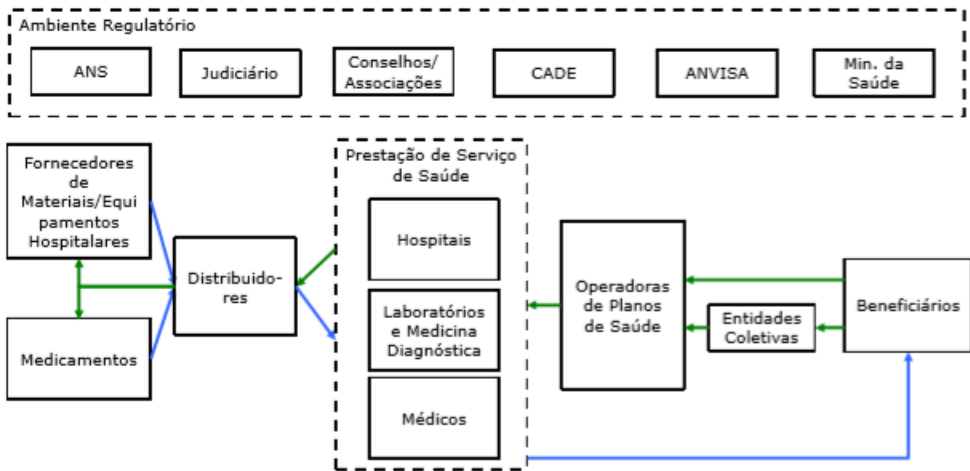
Keywords: Private market for general hospitals; Market concentration; Herfindahl- Hirschman Index; Concentration Ratio; (Market share) Instability Index.

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Referencial Teórico*; 3. *Metodologia de Pesquisa*; 4. *Resultados*; *Conclusão*; *Referências*.

1. Introdução

O mercado de assistência à saúde suplementar engloba os serviços de assistência à saúde prestados por particulares por meio de operadoras de planos de saúde ou diretamente por pessoas físicas ou jurídicas da área. O beneficiário da saúde suplementar, embora tenha acesso a saúde pública e gratuita (Sistema Único de Saúde - SUS), decide destinar parte de sua renda para garantir acesso a um sistema privado de saúde. Esse sistema é composto por diferentes elos sequenciais esquematizados na figura abaixo:

Figura 1- Mapa da cadeia produtiva da saúde suplementar



Fonte: AZEVEDO et al. (2016, p. 30)

Nos últimos anos, esse setor tem ganhado cada vez mais importância econômica e social. Segundo estimativas da Associação Nacional de Hospitais Privados (Anahp)², as despesas com saúde no Brasil chegaram a 9,06% do Produto Interno Bruto em 2019, sendo 56,52% (R\$ 371,67 bilhões) gastos privados, incluindo gastos particulares e saúde suplementar, e 43,48% (R\$ 285,90 bilhões) gastos públicos. Somente a saúde suplementar foi responsável por R\$ 199,27 bilhões em 2019, aproximadamente 30,3% das despesas com saúde.

Ainda segundo a Anahp, em dezembro de 2019, havia um total de 6.041 hospitais gerais e especializados no Brasil e 448.218 leitos de internação e Unidade de Terapia Intensiva (UTI) nesses hospitais. Os hospitais da administração pública representavam 39,6% do total de hospitais, já os hospitais de entidades empresariais e de entidades sem fins lucrativos respondiam por 30,8% e 29,6%, respectivamente.

O crescimento da magnitude do setor nos últimos anos foi acompanhado por um movimento de fusões e aquisições em diversos elos da cadeia produtiva da saúde suplementar, como operadoras de planos de saúde, fornecedores de medicamentos, prestadores de serviços laboratoriais e de medicina diagnóstica e hospitais.

2 ANAHP. Painel – Saúde em números, 2020.

Esse movimento ainda continua ocorrendo no presente e, segundo levantamento da KPMG, o número de fusões e aquisições de hospitais e laboratórios de análises clínicas aumentou 67% em 2019, se comparado ao ano anterior. Com um acréscimo de 35 operações em relação ao volume registrado em 2018 (52), o segmento concretizou 87 transações no último ano. Os dados são de pesquisa da KPMG realizada com 43 setores da economia brasileira, KPMG (2020).

Tendo em vista a expressividade da tendência de concentração do setor, torna-se necessário analisar a participação e o poder de mercado dos agentes econômicos que concorrem nesse mercado, variáveis que podem afetar diretamente o bem-estar dos consumidores. Mercados com elevada concentração podem significar aumento de preços, arrefecimento da concorrência ou diminuição da qualidade dos serviços ao consumidor.

O objetivo deste artigo é analisar o grau de concentração dos grupos econômicos atuantes no mercado de hospitais privados nos últimos anos. Dadas as limitações de extensão da análise do presente trabalho, optou-se por analisar um recorte desse mercado limitado geograficamente e temporalmente ao Distrito Federal nos últimos 10 anos (2010 a 2019). Esse recorte se justifica dada a ocorrência de atos de concentração relevantes nesse mercado no período escolhido, além de entradas e de expansão de agentes econômicos já atuantes, conforme será visto ao longo do trabalho.

Essa análise ganha especial relevância dado o momento delicado que a sociedade brasileira atravessa devido à pandemia da COVID-19. Os principais analistas do setor hospitalar e de saúde suplementar, em geral, apontam que o período de pós-pandemia será de grande movimentação e rearranjo da estrutura de oferta. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) reconheceu que uma das consequências da crise da pandemia é o risco de muitas empresas enfrentarem dificuldades financeiras e serem quase forçadas a sair do mercado ou a se fundirem com outras companhias, OCDE (2020).

Para alcançar o objetivo de analisar a concentração do mercado de hospitais no Distrito Federal, serão calculados os índices de concentração Herfindal - Hirschman (HHI) e a Razão de Concentração (CR), bem como o Índice de Instabilidade, após a definição do mercado relevante sob a ótica geográfica e de produto.

O documento está dividido em cinco seções, de modo a organizar a apresentação das ideias: além desta introdução, a segunda seção apresenta uma revisão de literatura sobre mercado relevante no caso brasileiro e uma discussão sobre alguns aspectos concorrenciais e conceitos econômicos aplicáveis ao setor hospitalar. Na terceira seção descreve-se a metodologia, os dados utilizados e a forma de cálculo dos indicadores. A quarta seção apresenta os resultados, e, por fim, aborda-se as principais conclusões do trabalho na quinta seção.

2. Referencial Teórico

Antes de adentrar o objetivo principal deste trabalho, que é a análise da concentração do mercado de hospitais privados no Distrito Federal, é importante compreender alguns aspectos concorrenciais que permeiam o setor, bem como os conceitos econômicos envolvidos. Em seguida será apresentada, de forma sintética, a teoria dos mercados relevantes e a definição do mercado nesse caso concreto.

2.1 Hospitais Privados e o Setor de Saúde Suplementar – Alguns Aspectos Concorrenciais

Conforme já mencionado, o sistema de saúde suplementar é caracterizado por uma cadeia de atividades que liga beneficiários a prestadores de serviços e insumos. De maneira resumida:

Os fornecedores de materiais médicos, equipamentos e medicamentos entregam seus produtos por meios próprios ou distribuidores. Os prestadores de serviços de saúde, compostos por médicos, clínicas, hospitais, laboratórios e estabelecimentos de medicina diagnóstica, recebem os insumos e serviços, criando a infraestrutura para atenção à saúde. Os pacientes têm acesso ao sistema por meio das Operadoras de Plano de Saúde (OPS), ou seja, os pacientes são beneficiários de planos de saúde. Esta cadeia é composta por atividades sequenciais claras, mas os esquemas de contratação e a organização das relações entre os elos da cadeia é, na verdade, um conjunto complexo de arranjos, cujos efeitos econômicos não são triviais. (AZEVEDO et al, 2016, p. 7).

Para os hospitais privados, a relação com as Operadoras de Planos de Saúde (OPS) tem bastante relevância, uma vez que,

de acordo com ANAHP (2020)³, em 2019, 89,91% da receita dos hospitais associados à Anahp vieram de recursos administrados por operadoras de planos de saúde. As receitas provenientes do SUS representam 5,61% do total em 2019; os gastos particulares, 3,26%; e as demais fontes pagadoras, 1,23%. Pela análise desses dados, verifica-se que quase 90% da receita dos hospitais privados não é paga diretamente pelos indivíduos que utilizam o serviço. Esse pagamento é feito por um elo intermediário, ou seja, os beneficiários contratam e pagam um plano de saúde, utilizam os serviços dos hospitais e, posteriormente, as OPS repassam aos hospitais os valores devidos pelos serviços prestados.

Nesse sentido, CADE (2020) apresenta resumidamente um modelo de concorrência em três etapas aplicado a esses elos da cadeia de saúde suplementar:

1. Etapa de credenciamento hospitalar⁴: as OPS e os hospitais negociam o credenciamento de hospitais na rede de assistência do plano de saúde. Nessa etapa, são negociados também os valores referentes aos serviços que serão prestados (consulta agendada, consulta de emergência, exames, diárias de internação, procedimentos cirúrgicos, etc.);
2. Etapa de contratação de planos de saúde: os beneficiários escolhem o plano de saúde, bem como a categoria do plano a ser contratada, com base em informações de rede credenciada, cobertura geográfica, reembolso de consultas, procedimentos cobertos, etc.; e
3. Etapa de utilização dos serviços⁵: os beneficiários escolhem qual prestador de serviços de saúde irão utilizar com base na rede credenciada de seu plano e no tipo de atendimento

3 ANAHP. Observatório 2020, ed. 11.

4 Sobre essa dinâmica de barganhas nas negociações entre hospitais e operadoras, TOWN e VISTNES (2001) fazem simulações e concluem que o poder de barganha de um hospital (e seu preço) diminui quando a operadora tem disponíveis redes de assistência alternativas que não incluem o hospital em negociação.

5 BEAULIEU et al (2020) estimou os efeitos de fusões e aquisições na qualidade dos hospitais e encontrou uma associação modesta entre esses eventos e uma piora nas experiências dos pacientes usando os serviços. Já os efeitos nas medidas de processos de qualidade foram inconclusivos.

que necessita (de acordo com a doença ou condição que gerou a necessidade de atendimento).

Verifica-se, então, que a concorrência entre os hospitais se dá em termos de preço na etapa 1, de credenciamento junto às operadoras. As operadoras de planos de saúde selecionam sua rede credenciada e podem direcionar o atendimento dos beneficiários com foco nos melhores valores negociados, claro, nos termos dos contratos firmados, JARDIM (2016). Já na etapa 3, de utilização dos serviços, a concorrência entre os hospitais (já credenciados) se dá em termos de qualidade, localização, variedade de especialidades ofertadas e outros fatores atrativos ao usuários finais, já que estes não pagarão diretamente ao hospital pelo serviço prestado⁶.

GAYNOR e TOWN (2012) corroboram essa perspectiva e apontam quatro características relevantes na competição entre hospitais:

1. Pacientes com planos de saúde usam a rede assistencial do plano, que é, em geral, um subconjunto da rede assistencial do lugar;
2. Pacientes não pagam diretamente pelo cuidado;
3. A escolha do seguro é feita antes da necessidade do cuidado (*option demand market*); e
4. Hospitais negociam com os seguradores para entrar na rede e o valor reembolsado.

Além dessa peculiaridade na dinâmica de concorrência do mercado de hospitais privados, o setor de saúde suplementar e o próprio mercado hospitalar são permeados por diversas falhas de mercado, que acrescentam elementos adicionais à análise concorrencial.

Segundo LEANDRO (2011), as duas falhas de mercado mais evidentes nesse setor são as externalidades difusas e a assimetria de informações (sob duas óticas: das OPS e dos usuários).

As externalidades difusas ocorrem nesse setor quando se verifica que um indivíduo que obteve acesso a serviços médicos gera um ganho de bem-estar à sociedade superior ao seu ganho individual. Essa situação fica muito clara quando se pensa no

⁶ Mesmo nos casos em que o beneficiário paga uma coparticipação referente a um procedimento ou evento em saúde, esse pagamento é feito à operadora do plano de saúde.

exemplo clássico de campanhas de vacinação. Uma pessoa vacinada contra determinada doença diminui a probabilidade de que sua comunidade se contamine também. Ou uma pessoa que procure um hospital para tratar uma pneumonia, reduz as chances de contaminar outras pessoas do seu convívio.

A assimetria de informações sob a ótica das OPS, leva a dois problemas econômicos:

1. Seleção adversa⁷: os indivíduos conhecem o seu grau de risco com relação à saúde, mas as operadoras não. Dessa forma, ao definir seu preço pelos planos de saúde, as operadoras podem estar selecionando os indivíduos com nível elevado de risco, que gerarão um custo maior no que se refere à maior necessidade de utilização de recursos de saúde; e
2. Risco moral⁸: após a contratação do plano de saúde, os beneficiários têm incentivo à sobreutilização dos serviços, uma vez que já estão pagando uma quantia fixa mensal (ou mesmo com uma coparticipação que não seja expressiva frente à renda do indivíduo).

Já a assimetria de informações sob a ótica dos usuários, ocorre quando um indivíduo procura um prestador de serviços médicos, por exemplo, um hospital, para um tratamento. O hospital (e seus profissionais) tem maior conhecimento sobre a gravidade do estado de saúde do usuário. Nesse caso, pode haver incentivo, caso o pagamento seja pelo número de serviços realizados, de os hospitais indicarem um número maior de serviços necessários (procedimentos, exames, medicamentos, etc.) para elevar sua remuneração. Como o usuário não paga diretamente pelos serviços realizados, ele não teria fortes incentivos a questionar a quantidade de serviços solicitada.

7 “Seleção adversa ocorre tipicamente em mercados de seguro, refletindo uma tendência de que os indivíduos de mais alto risco (logo os que usarão mais o seguro e serão menos rentáveis para a seguradora) são os mais propensos a contratar o seguro do que indivíduos de baixo risco.”, CADE (2015, p. 20).

8 “Risco moral se refere à possibilidade de que um indivíduo mude o seu comportamento, no sentido de se tornar menos cuidadoso (avesso ao risco), após a realização de um contrato que garanta que os custos desse comportamento mais arriscado serão suportados pela outra parte.”, CADE (2015, p. 19).

Nesse sentido, vários serviços e produtos de saúde são classificados como bens credenciais, ou seja, necessitam da certificação de um terceiro (profissional qualificado) que determine quais produtos ou serviços devem ser utilizados em cada situação. Reforçando essa perspectiva dos bens credenciais no setor de saúde:

O usuário não se porta como um consumidor comum diante da mercadoria, em função de ser desprovido de conhecimentos técnicos e por não deter as informações necessárias para a tomada de decisão sobre o que irá consumir. Não cabem as premissas comuns ao mercado, como a livre escolha e a concorrência. Muitas vezes o consumo em saúde é imposto por situações de emergência, quando até a escolha do serviço e do profissional torna-se muitas vezes imposta por outros determinantes, como, por exemplo, a proximidade e a disponibilidade. (MALTA, 2004, p. 439)

Essa perspectiva corrobora a visão da terceira etapa do modelo de concorrência apresentado anteriormente, em que os hospitais concorrem pelos usuários com base em fatores distintos do preço, como proximidade e disponibilidade, mas também variedade de especialidades e qualidade. Esses pontos são, em geral, importantes numa etapa essencial para se analisar a concorrência no setor de hospitais privados: a definição do mercado relevante sob a ótica geográfica e sob a ótica do produto.

2.2 Definição do Mercado Relevante

Segundo SANTOS (2008), a definição de um mercado relevante se inicia pela identificação dos grupos econômicos que atuam em determinada região, bem como de suas empresas controladas direta ou indiretamente. A segunda e a terceira etapas seriam a definição da dimensão produto e da dimensão geográfica do mercado, respectivamente. A análise da concentração de determinado setor econômico depende, em grande medida, de quão ampla é a definição desse mercado.

A delimitação do mercado relevante é:

(...) o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa resultante da operação. (CADE, 2016, p. 13).

Antes de se medir o grau de concentração no mercado, é necessário definir corretamente o mercado que se quer analisar. Essa definição deve incluir todos os produtos que são substitutos próximos do consumo e da produção. “Se todos os produtos fossem minimamente homogêneos e diferenciados, os limites dos produtos seriam razoavelmente claros e maiores”, TREMBLAY e TREMBLAY (2012, p. 184).

Os hospitais, de modo geral, possuem como característica marcante a oferta de serviços de complexidades variadas, como consultas agendadas, pronto-socorro, internação ambulatorial e UTIs (Unidade de Tratamento Intensivo). Além disso, em muitos casos, há oferta de atendimentos envolvendo mais de uma especialidade médica, como clínica geral, pediatria, otorrinolaringologia, cardiologia, cirurgia, etc. De forma sistematizada, a análise dos atos de concentração no Cade tem considerado a dimensão produto para definição do mercado relevante hospitalar da seguinte forma:

Centro médico – Estas instituições prestam, normalmente, serviços ambulatoriais e/ou de emergência e outros ligados à medicina diagnóstica para seus usuários e, em geral, não possuem leitos destinados à internação de pacientes. (...)

Hospital geral – instituição que presta serviços relativos a diversas áreas de especialização da medicina. Além do atendimento a pacientes internados, estas instituições podem prestar serviços ambulatoriais e/ou de pronto-socorro, bem como, medicina diagnóstica. A maioria dos atos de concentração envolvendo hospitais, teve o mercado relevante definido como hospital geral.

Hospital especializado – instituição que presta serviços médico-hospitalares em uma área da medicina, na qual possuem um know-how especializado (corpo médico, tecnologia e instalações), por exemplo: pediatria, ginecologia e obstetria, oncologia, cardiologia, neurologia etc. (CADE, 2018, p. 44).

Além dessa segmentação, outras duas características são usualmente consideradas nos precedentes do Cade: o fato de os hospitais serem públicos ou privados (ou ainda a destinação de leitos de internação para o Sistema Único de Saúde – SUS dentro dos hospitais privados) e, em alguns casos concretos, a qualidade. Usualmente, para mensurar a qualidade dos hospitais, utiliza-se a obtenção de certificados de qualidade e creditações da Organização Nacional de Acreditação - ONA ou de outros órgãos internacionais e a elegibilidade dos hospitais à aplicação do Fator de Qualidade (FQ), nos termos da Resolução Normativa nº 364/2014 da Agência

Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

Com relação à dimensão geográfica do mercado relevante hospitalar, segundo Cade (2018), no início dos anos 2000 a Secretaria de Acompanhamento Econômico (Seae) adotava o raio de 20 a 30 quilômetros ou 30 a 40 minutos de deslocamento, com base em informações prestadas pelos agentes do mercado. Após 2010, a secretaria alterou o raio para 10 quilômetros ou 20 minutos de deslocamento, o que passou a ser adotado pelo Cade⁹.

Entretanto, em alguns casos concretos, essa definição geográfica é flexibilizada para acomodar peculiaridades locais, tais como densidade populacional, rede de transportes, complexidade e/ou qualidade do hospital envolvido na operação e nível de oferta de leitos hospitalares nos arredores. Para se analisar a necessidade de modificação do raio de abrangência do mercado relevante geográfico hospitalar, pode-se observar o fluxo de pacientes entre hospitais de diferentes regiões. Métodos quantitativos de delimitação de mercado relevante são discutidos em DEE (2010), mas ultrapassam o escopo de análise deste trabalho.

De forma alternativa:

(...) adotar o ponto de partida da análise em dados municipais, para os casos de mercados relevantes de serviços de apoio à medicina diagnóstica e/ou serviços médico-hospitalares e definir mais precisamente sua dimensão geográfica a partir das condições locais imputadas sobre as variáveis que afetam a mesma. (SANTOS, 2008, p. 51).

De todo modo, como o objetivo deste estudo não é analisar uma operação de fusão/aquisição entre dois ou mais hospitais e/ou grupos econômicos específicos, não seria oportuno utilizar o critério do raio e do tempo de deslocamento. Seria necessário escolher um hospital a partir do qual o raio seria calculado e essa escolha seria arbitrária. Para fins de análise geral da concentração, o critério municipal ou regional parece ser mais adequado. A escolha do Distrito Federal como escopo geográfico se justifica pelo fato de essa Unidade da Federação ter características semelhantes à de um município de grande porte, com forte fluxo de pessoas de uma região a outra e forte integração urbana, via rede viária e de transporte público.

⁹ Vide Ato de Concentração nº 08012.000229/2008-82, requerentes: Amico Saúde Ltda. e Life System Assistência Médica Ltda.

Sendo assim, o presente trabalho adotará as seguintes definições para a análise de concentração a ser realizada nas seções seguintes em adição ao recorte temporal de 2010 a 2019:

- Dimensão Produto: hospitais gerais privados, considerando apenas leitos não-SUS; e
- Dimensão Geográfica: Distrito Federal.

3. Metodologia de Pesquisa

A metodologia utilizada neste trabalho para analisar a concentração no mercado privado de hospitais gerais no Distrito Federal foi elaborada com base em CARVALHO e VASCONCELOS (2020)¹⁰ no que se refere à escolha dos indicadores, com os devidos ajustes dada a considerável diferença entre os setores analisados em cada trabalho. Esta seção apresentará as peculiaridades da base de dados utilizada e a descrição do cálculo dos indicadores selecionados, a saber: Índice Herfindal – Hirschman (HHI), Razão de Concentração (CR) e Índice de Instabilidade.

3.1 Fonte dos Dados

Para o cálculo dos indicadores selecionados para analisar a concentração do mercado privado de hospitais gerais no Distrito Federal nos últimos 10 anos, foi construída uma base de dados oriunda de uma extração no Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES) do Ministério da Saúde (MS).

O CNES, segundo consta na própria página do Ministério da Saúde:

(...) é um documento público e sistema de informação oficial de cadastramento de informações acerca de todos os estabelecimentos de saúde do país, independentemente de sua natureza jurídica ou integração com o Sistema Único de Saúde (SUS).

Trata-se do cadastro oficial do Ministério da Saúde (MS) no tocante à realidade da capacidade instalada e mão-de-

10 Análises semelhantes com relação à concentração de outros mercados relevantes foram desenvolvidas em ALMEIDA e SILVA (2015), LUFT e ZILLI (2013) e BRAGA e MASCOLO (1983).

A respeito dessa fonte de dados, cabe esclarecer que os dados disponíveis no CNES são de responsabilidade de cada estabelecimento que os submete. Dessa forma, essa base de dados pode estar sujeita a algum grau de imprecisão, já que pode haver casos em que o cadastro do estabelecimento está incompleto, desatualizado, em duplicidade, dentre outras possíveis situações.

Por outro lado, o CNES é a melhor fonte pública para que este trabalho possa cumprir sua proposta de analisar as participações de mercado dos estabelecimentos hospitalares privados. Segundo Cade (2018), os critérios para aferição de participação de mercado de hospitais em determinado mercado relevante seriam: quantidade de leitos, faturamento e quantidade de diárias. Dentre essas *proxies*, a única que conta com dados públicos é a quantidade de leitos, disponível no CNES/MS. O Cade costuma trabalhar também com os critérios de faturamento e quantidade de diárias em suas análises de atos de concentração, mas essas informações são prestadas pelas empresas em caráter de acesso restrito, não sendo possível utilizá-las para fins acadêmicos.

A extração dos dados no CNES/MS foi feita conforme delimitação estabelecida na seção de definição de mercado relevante. Foram extraídos dados de número de leitos não-SUS dos hospitais gerais privados do Distrito Federal, tendo em vista o período escolhido para análise de 2010 a 2019.

3.2 Índices

A utilização de indicadores é relevante para que se possa, de forma objetiva, analisar comparativamente o grau de concorrência existente em dois diferentes mercados relevantes ou no mesmo mercado relevante ao longo do tempo, que é o propósito do presente trabalho. Os índices de concentração (HHI e CR) e as suas descrições e fórmulas de cálculo foram baseados em CADE (2014) e TREMBLAY e TREMBLAY (2012). Já o Índice de Instabilidade,

11 Informação retirada da página https://wiki.saude.gov.br/cnes/index.php/P%C3%A1gina_principal. Consulta realizada em 19/08/2020.

bem como sua descrição e fórmula de cálculo tem como base CARVALHO e VASCONCELOS (2020) e CABRAL (1994).

O índice Herfindhal-Hirschman é uma medida bastante usual de concentração de mercado, sendo a mais utilizada pelas agências antitruste no mundo. Indica o tamanho das firmas em um setor ou mercado e o grau de concorrência entre elas. É definido como o somatório das participações de mercado (*msh*) ao quadrado, conforme a fórmula:

$$HHI_{jt} = \sum_{i \in j} \alpha_{it} msh_{it}^2$$

, onde α_{it} é o peso amostral da firma *i* no período *t* em que possui a parcela de mercado (*msh*) na indústria *j*. O resultado pode variar de 0 a 1, indo desde um número enorme de pequenas empresas com baixos “*market share*” até um único produtor monopolista. Alternativamente, pode-se utilizar as percentagens multiplicadas por 100 e, dessa forma, o índice passa a variar entre 0 e 10.000.

As principais vantagens desse índice em relação a outras medidas, como a Razão de Concentração, são a inclusão de todas as firmas no cálculo e o peso maior dado às empresas maiores, apresentando resultados mais sensíveis a cenários em que há empresas com elevada possibilidade de exercício de poder de mercado. Seguindo o critério apresentado em CADE (2016), com base no HHI, os mercados são classificados quanto ao grau de concentração da seguinte forma:

Quadro 1 - Grau de concentração dos mercados com base em HHI

| Parâmetro | Grau de concentração |
|-------------------|-------------------------------------|
| HHI < 1500 | Mercados não concentrados |
| 1500 < HHI < 2500 | Mercados moderadamente concentrados |
| HHI > 2500 | Mercados altamente concentrados |

Fonte: CADE (2016), elaboração própria.

Aumentos no HHI, em geral, indicam um decréscimo na concorrência e um aumento do poder de mercado. Quando a concentração de mercado aumenta, a competição e a eficiência econômica diminuem, tornando mais prováveis as hipóteses de exercício unilateral de poder de mercado, conluio e monopólio.

Esse indicador é frequentemente calculado nos cenários de pré e

pós-operação de fusão ou aquisição de modo que a magnitude da sua variação demonstra o grau de impacto concorrencial da operação no mercado analisado. Embora seja um dos indicadores mais utilizados pelas autoridades de concorrência, há algumas limitações em seu uso, especialmente em mercados com grande franja ou elevada dispersão. Aquisições de empresas com participação diminuta no mercado não geram uma variação de HHI significativa, portanto, o indicador pode não captar o que está realmente acontecendo no mercado.

CADE (2016) aponta algumas situações em que o uso do HHI será flexibilizado em suas análises de concentração:

(i) se houver indício de coordenação entre os agentes de mercado; (ii) se uma das partes for uma empresa do tipo maverick, ou apresentar estratégia disruptiva; (iii) quando a fusão envolver entrante potencial ou recente; (iv) se existir significativa participação cruzada entre as requerentes e suas concorrentes, (v) nos casos em que o grau de concentração não refletir a real dinâmica concorrencial (...), (vi) se a fusão aumentar o poder de portfólio (...), entre outros. (CADE 2016, p. 27).

Outro indicador comumente utilizado para se avaliar a concentração de um mercado é a Razão de Concentração (CR), que mostra a parcela de mercado dominada pelas firmas. O CR_n, é a parcela dominada pelas “n” maiores firmas do mercado. Um mercado com CR₄ = 80 significa que as 04 maiores empresas dominam 80% e as firmas restantes tem apenas 20%. Se esse mercado é composto por 20 firmas, percebe-se uma situação de poder de mercado das quatro maiores enquanto as demais 16 empresas dividem apenas 20% do mercado.

A fórmula de cálculo do CR é a seguinte:

$$CRn_{jt} = \sum_{i \in j} msh_{it}$$

, onde CR_{njt} é o grupo das n firmas i com as maiores parcelas de mercado (msh) na indústria j, no período t.

O CR_n se aproxima de 0 quando o número de empresas de tamanho semelhante aumenta e se aproxima de 1 (ou 100%) quando as k maiores empresas são responsáveis por maior parcela de mercado da indústria.

A grande desvantagem desse índice é o fato dele não levar

em conta o número total de firmas ou o tamanho relativo dessas firmas no mercado. Caso haja alteração na estrutura do mercado (aquisições, falências seguidas de novas entradas, etc.) que não alterem a participação de mercado das “n” maiores firmas analisadas, o indicador não muda. A própria definição de “n”, ou seja, para quantas das maiores firmas o índice será calculado, é arbitrária, embora, a opção pelo CR4 (quatro maiores empresas) seja a mais comum.

Além dos índices de concentração também será calculado o Índice de Instabilidade, que permite aferir a estabilidade num determinando mercado em termos de empresas ativas e das suas respetivas participações de mercado. Sua fórmula de cálculo é:

$$I = \frac{1}{2} \sum_{i=1}^n |S_{i2} - S_{i1}|$$

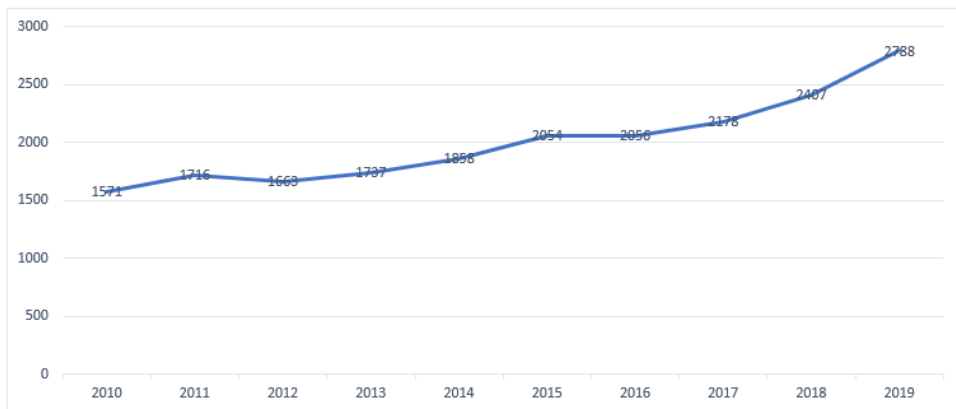
, onde S_{i1} e S_{i2} correspondem às participações de mercado da firma i nos períodos um e dois, respetivamente, e n equivale o número total de empresas em qualquer que seja o período considerado. Este índice varia de 0 quando há instabilidade mínima, ou seja, as participações de mercado permanecem constantes entre os dois períodos, a 1 quando a instabilidade é máxima, ou seja, todas as firmas ativas no período inicial saem do mercado no período seguinte.

Esse tipo de indicador, considerado um indicador de mobilidade, tem importante aplicação para o antitruste por permitir comparações temporais, por exemplo, após algum evento relevante, como fusões e aquisições ou descobertas de períodos de atuação de condutas unilaterais ou colusivas.

4. Resultados

Conforme exposto, a fonte dos dados utilizados nesta pesquisa foi o CNES/MS, com o recorte de hospitais gerais privados no Distrito Federal entre 2010 e 2019. Em termos gerais, verifica-se que houve um aumento significativo na quantidade de leitos não-SUS disponíveis nos hospitais gerais privados do DF, conforme gráfico abaixo:

Gráfico 1 - Leitos não-SUS - Hospitais gerais privados - DF - 2010 e 2019



Fonte: CNES/MS, elaboração própria.

Esse aumento foi da ordem de 77%, bastante superior ao crescimento populacional do DF no período que, segundo o IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística)¹², foi de cerca de 17%. Ainda que nem toda a população tenha acesso aos leitos privados, esse número pode indicar que houve uma maior oferta desse serviço de saúde, potencialmente gerando maior bem-estar à sociedade. A análise pura desse dado, entretanto, não releva nada sobre sua distribuição entre os estabelecimentos hospitalares ou sobre a concentração do setor.

A base de dados apresenta a quantidade de leitos não-SUS por hospital. Para que fosse possível compor os grupos econômicos, que reúnem mais de um estabelecimento hospitalar, foi realizado um levantamento da jurisprudência do CADE, de notícias em sites especializados e de informações nos próprios sites dos hospitais ou dos grupos econômicos para sistematizar as operações de aquisição ocorridas no período e os casos em que houve falência, mudança de nome ou baixa do CNPJ¹³. Diversos hospitais são “avulsos” no DF, ou seja, não compõem um grupo econômico que detenha mais de um hospital nesse mercado relevante. O quadro abaixo apresenta

12 Vide <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/df/panorama>, consulta realizada em 02 de outubro de 2020.

13 Embora esse levantamento tenha sido bastante criterioso e detalhado, pode ser que tenha havido alguma falha pela dificuldade de encontrar fontes de informação, especialmente para os anos iniciais do período analisado. Além disso, a base do CNES tem algumas limitações, conforme já exposto. De toda forma, pequenas alterações não seriam capazes de modificar significativamente o quadro geral do mercado relevante analisado ou os resultados dos índices.

a composição dos grupos econômicos que compõem o mercado relevante de hospitais gerais no DF entre 2011 e 2019.

Quadro 2 – Grupos econômicos e hospitais gerais no DF entre 2010 e 2019

| |
|---|
| GRUPO AMIL¹⁴ |
| Hospital Dr Juscelino Kubitschek ¹⁵ |
| Hospital das Clínicas de Brasília ¹⁶ |
| Hospital Alvorada De Brasília |
| Hospital Brasília |
| HAT ¹⁷ |
| CLÍNICA MODELO SOCIEDADE CIVIL |
| Clínica Modelo ¹⁸ |
| MEDGRUPO |
| Hospital Maria Auxiliadora |
| Hospital Renascer ¹⁹ |
| Hospital Santa Helena ²⁰ |
| Hospital Santa Lúcia |

14 O GRUPO AMIL passou a ser controlado pela United Health Group (UHG) em 2012. UHG também controla ESHO Empresa De Serviços Hospitalares, parte do Grupo Amil.

15 O Hospital Dr Juscelino Kubitschek só consta na base de leitos hospitalares do CNES até 2013. Pesquisa realizada indica baixa no CNPJ.

16 O Hospital das Clínicas de Brasília foi adquirido pelo Grupo Amil (Cemed) em 2010, vide Ato de Concentração nº 08012.007190/2008-24, requerentes: Cemed Care, Hospital e Clínicas SK Steckelberg Ltda, Stefannie Steckelberg e Karinne Steckelberg. Posteriormente, o Hospital das Clínicas de Brasília foi renomeado para Hospital Alvorada de Brasília.

17 O Hospital HAT (Hospital Alvorada de Taguatinga) só consta na base de leitos hospitalares do CNES até 2015. Atualmente, o estabelecimento consta como Unidade Médica Avançada de Taguatinga, ligado ao Hospital Alvorada de Brasília. Seu cadastro atual no CNES consta como unidade de pronto atendimento e não mais como hospital geral.

18 A Clínica Modelo é cadastrada como hospital geral na base do CNES e seus dados de leitos só constam até 2012. Pesquisa realizada indica baixa no CNPJ.

19 O MEDGRUPO adquiriu o Hospital Renascer em 2011, vide Ato de Concentração nº 08012.002872/2011-46, requerentes: Medgrupo Participações S.A. e Hospital Renascer Ltda. Esse hospital só consta na base de leitos hospitalares do CNES até 2015. Pesquisa realizada indica baixa no CNPJ.

20 REDE D'OR SÃO LUIZ assumiu o controle do Hospital Santa Helena em 2015, que antes pertencia ao MEDGRUPO. Vide Ato de Concentração nº 08700.004150/2012-59, requerentes: Rede D'OR São Luiz S.A. e MedGrupo Participações S.A. e Hospital Santa Lucia S.A.

| |
|--|
| Hospital Santa Lúcia Norte ²¹ |
| HOSPITAL RENASCER |
| Hospital Renascer |
| HOME HOSPITAL ORTOPÉDICO E MEDICINA ESPECIALIZADA |
| Home Hospital Ortopédico e Medicina Especializada ²² |
| HOSPITAL ANCHIETA LTDA |
| Hospital Anchieta |
| HOSPITAL DAHER LAGO SUL SA |
| Hospital Daher |
| HOSPITAL DAS CLINICAS E PRONTO SOCORRO DE FRATURAS DA CEILÂNDIA |
| Hospital Das Clínicas E Pronto Socorro De Fraturas |
| HOSPITAL DE ESPECIALIDADES MÉDICAS LTDA |
| Hospital Cemep ²³ |
| HOSPITAL SANTA MARTA LTDA |
| Hospital Santa Marta |
| HOSPITAL SÃO LUIZ CENTRO CLÍNICO SÃO LUIZ LTDA |
| Hospital São Luiz |
| HOSPITAL SÃO MATEUS |
| Hospital São Mateus ²⁴ |
| ÍMPAR SERVIÇOS HOSPITALARES SA |
| Hospital Brasília ²⁵ |
| Impar Águas Claras ²⁶ |

21 O Hospital Prontonorte foi renomeado para Hospital Santa Lúcia Norte após reforma para garantir mesmo nível de atendimento do Hospital Santa Lúcia, segundo informações do site do próprio hospital. Vide <http://www.santalucia.com.br/hospitais/hospital-santa-lucia-norte/>, consultado em 12 de outubro de 2020.

22 O Hospital Home inicialmente atuava como hospital especializado em ortopedia. Em 2018 passou a ser classificado como hospital geral na base do CNES, após diversificação das áreas de atendimento e reestruturação. Por essa razão, seus dados de leitos só serão analisados de 2018 em diante.

23 O Hospital Cemep só consta na base de leitos hospitalares do CNES até 2016. Pesquisa realizada indica baixa no CNPJ.

24 Até 2011 o Hospital São Mateus de Brasília atuava sob a denominação de Hospitais Associados.

25 A partir de 2013 os hospitais da Amil foram divididos entre a UHG (Hospital Alvorada Brasília, antigo Hospital das Clínicas de Brasília) e a Rede Ímpar (Hospital Brasília).

26 O Hospital Águas Claras foi inaugurado apenas em 2020, por essa razão, seus dados de leitos não serão incluídos na Rede Ímpar.

| |
|---|
| INSTITUTO DE TERAPIA INTENSIVA E SERVIÇOS MÉDICO HOSPITALARES LTDA |
| Instituto De Terapia Intensiva |
| OLIVEIRA E MELLO SERVIÇOS MÉDICOS E DE SAÚDE LTDA |
| Hospital Anna Nery |
| Hospital Dr Albert Sabin |
| REDE D'OR SÃO LUIZ |
| Hospital Santa Helena |
| Hospital Santa Luzia ²⁷ |
| DF Star |
| GRUPO SANTA LUZIA |
| Hospital Santa Luzia |
| SÃO BRAZ ORGANIZAÇÃO HOSPITALAR SA |
| Hospital São Braz |
| SERVIÇOS HOSPITALARES YUGE SA |
| Hospital São Francisco ²⁸ |
| SOC BENEFICIENTE DE SENHORAS HOSPITAL SÍRIO LIBANÊS²⁹ |
| Hospital Sírio-Libanês |
| UNIMED BRASÍLIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO |
| Hospital Unimed 914 Sul |
| Hospital Unimed Asa Sul |
| Hospital Unimed Taguatinga |

Fonte: CNES/MS e CADE, elaboração própria.

Após a organização da base de dados do CNES de acordo com os grupos econômicos compostos conforme quadro acima, verificou-se algumas oscilações muito abruptas no número de leitos informado ao CNES de um mês para o outro. Inicialmente, pensou-se em utilizar os dados de dezembro de cada ano para compor a base

27 A REDE D'OR SÃO LUIZ adquiriu o Hospital Santa Luzia em 2012, que antes pertencia ao GRUPO SANTA LUZIA. Vide Ato de Concentração nº 08012.005539/2012-70, requerentes: Rede D'Or São Luiz S.A., Hospital Santa Luzia S.A e Hospital do Brasil S.A.

28 O Hospital São Francisco foi recentemente adquirido pelo MEDGRUPO, com trânsito em julgado do Ato de Concentração nº 08700.004979/2019-28 (requerentes: Hospital Santa Lúcia S.A. e Serviços Hospitalares Yuge S.A.) ocorrendo em 22/11/2019. Por essa razão, a base de dados ainda não reflete essa aquisição.

29 A Unimed Brasília faliu em 2013, conforme notícia consultada na data de 28 de setembro de 2020 em https://www.unimedgoiania.coop.br/wps/portal/noticias-antigas/12181_unimed-brasilia-fecha-as-portas.

de dados. Entretanto, para suavizar essas inconsistências e sanar o problema dos casos em que não houve informação no mês de dezembro, optou-se por calcular uma média para cada ano. A participação de mercado dos *players* no mercado de hospitais gerais do DF entre 2010 e 2019 é apresentada na tabela abaixo.

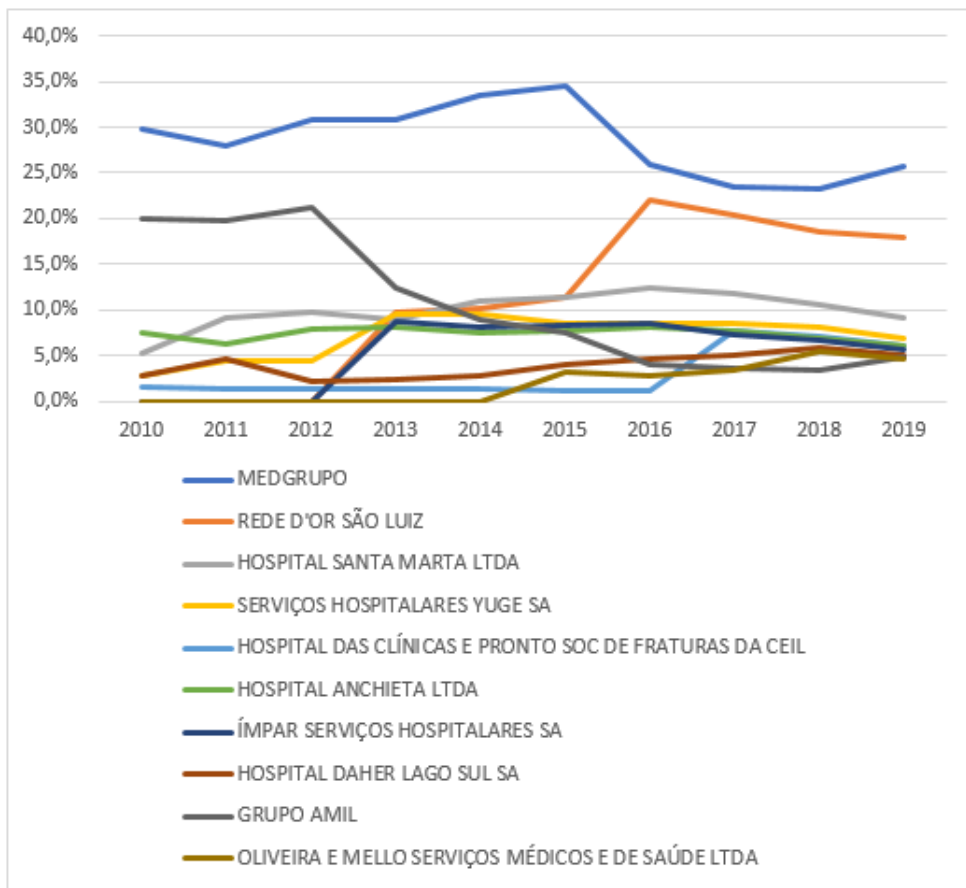
Tabela 1 - Market share - Hospitais gerais - DF - 2010 a 2019

| Grupos Econômicos | 2010 | 2011 | 2012 | 2013 | 2014 | 2015 | 2016 | 2017 | 2018 | 2019 |
|--|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|-------|
| MEDGRUPO | 29,9% | 28,0% | 30,8% | 30,7% | 33,4% | 34,6% | 25,9% | 23,6% | 23,4% | 25,7% |
| REDE D'OR SÃO LUIZ | - | - | - | 9,8% | 10,2% | 11,4% | 22,1% | 20,5% | 18,5% | 18,0% |
| HOSPITAL SANTA MARTA LTDA | 5,3% | 9,2% | 9,7% | 9,0% | 11,0% | 11,5% | 12,4% | 11,7% | 10,6% | 9,1% |
| SERVIÇOS HOSPITALARES YUGE SA | 2,8% | 4,4% | 4,5% | 9,6% | 11,0% | 8,6% | 8,6% | 8,5% | 8,0% | 6,9% |
| HOSPITAL DAS CLÍNICAS E PRONTO SOC DE FRATURAS DA CEIL | 1,5% | 1,4% | 1,4% | 1,4% | 9,5% | 1,2% | 1,2% | 7,7% | 7,0% | 6,0% |
| HOSPITAL ANCHIETA LTDA | 7,5% | 6,3% | 7,9% | 8,0% | 1,3% | 7,8% | 8,1% | 7,7% | 6,9% | 6,0% |
| ÍMPAR SERVIÇOS HOSPITALARES SA | - | - | - | 8,7% | 7,5% | 8,4% | 8,6% | 7,3% | 6,6% | 5,7% |
| HOSPITAL DAHER LAGO SUL SA | 2,7% | 4,7% | 2,2% | 2,3% | 8,1% | 4,1% | 4,7% | 5,1% | 5,8% | 5,0% |
| GRUPO AMIL | 19,9% | 19,8% | 21,2% | 12,5% | 9,0% | 7,5% | 3,9% | 3,7% | 3,3% | 4,8% |
| OLIVEIRA E MELLO SERVIÇOS MÉDICOS E DE SAÚDE LTDA | - | - | - | - | - | 3,1% | 2,8% | 3,4% | 5,4% | 4,7% |
| SOC BENEFICIENTE DE SENHORAS HOSPITAL SÍRIO LIBANÉS | - | - | - | - | - | - | - | - | - | 3,8% |
| HOME HOSPITAL ORTOPÉDICO E MEDICINA ESPECIALIZADA | - | - | - | - | - | - | - | - | 3,8% | 3,6% |
| HOSPITAL SÃO MATEUS | 2,1% | 1,5% | 1,3% | 1,3% | 1,1% | 0,9% | 0,8% | 0,8% | 0,7% | 0,6% |
| CLÍNICA MODELO SOCIEDADE CIVIL | 1,1% | 1,0% | 1,0% | - | - | - | - | - | - | - |
| HOSPITAL RENASCER | 2,0% | - | - | - | - | - | - | - | - | - |
| HOSPITAL DE ESPECIALIDADES MÉDICAS LTDA | 1,3% | 0,9% | 0,4% | 0,3% | 0,3% | 0,3% | 0,3% | - | - | - |
| HOSPITAL SÃO LUIZ CENTRO CLÍNICO SÃO LUIZ LTDA | 1,6% | 1,5% | 1,5% | - | - | - | - | - | - | - |
| INSTITUTO DE TERAPIA INTENSIVA E SERV MÉDICO HOSP LTDA | 0,5% | 0,8% | 0,8% | 0,7% | 0,7% | 0,6% | 0,6% | - | - | - |
| GRUPO SANTA LUZIA | 8,3% | 8,3% | 9,6% | - | - | - | - | - | - | - |
| SÃO BRAZ ORGANIZAÇÃO HOSPITALAR SA | 0,5% | 0,5% | 0,5% | 0,5% | 0,4% | - | - | - | - | - |
| UNIMED BRASÍLIA COOPERATIVA DE TRABALHO MÉDICO | 13,1% | 11,8% | 7,1% | 5,2% | 4,8% | - | - | - | - | - |
| Total | 100% | 100% | 100% | 100% | 100% | 100% | 100% | 100% | 100% | 100% |

Fonte: CNES/MS, elaboração própria.

A tabela apresenta os grupos econômicos classificados em ordem decrescente de participação de mercado em 2019. Dessa forma, verifica-se que, embora tenha havido oscilação ao longo do período, o Medgrupo permanece como “líder” desse mercado ao longo de todo o período analisado, mesmo com a entrada da Rede D’Or, que se configura como sua principal concorrente atualmente. O gráfico abaixo auxilia na visualização da evolução dos 10 maiores grupos (referência: 2019) ao longo do tempo.

Gráfico 2 - Market share - Hospitais gerais - DF - 2010 a 2019



Fonte: CNES/MS, elaboração própria.

O Grupo Amil, que, posteriormente, passou a ser controlado pela UHG, era o segundo maior concorrente até 2013. Após seu “desmembramento” entre UHG e Rede Ímpar e a entrada da Rede D’Or, perdeu essa posição de protagonismo no mercado relevante de hospitais gerais no DF.

Quanto aos indicadores de concentração nesse mercado relevante, em 2019, os quatro maiores grupos econômicos foram responsáveis por quase 60% da oferta de leitos no Distrito Federal. Conforme a tabela abaixo evidencia, houve uma tendência não linear de desconcentração no mercado de hospitais gerais do DF entre 2010 e 2019. Houve também, uma mudança na composição do grupo dos quatro maiores *players* do mercado. Em 2010, os quatro maiores eram Medgrupo, Grupo Amil, Unimed Brasília e Grupo

Santa Luzia. Após intensa movimentação de aquisições e falências, em 2019 os quatro maiores passaram a ser Medgrupo, Rede D'Or, Hospital Santa Marta e Serviços Hospitalares Yuge (Hospital São Francisco).

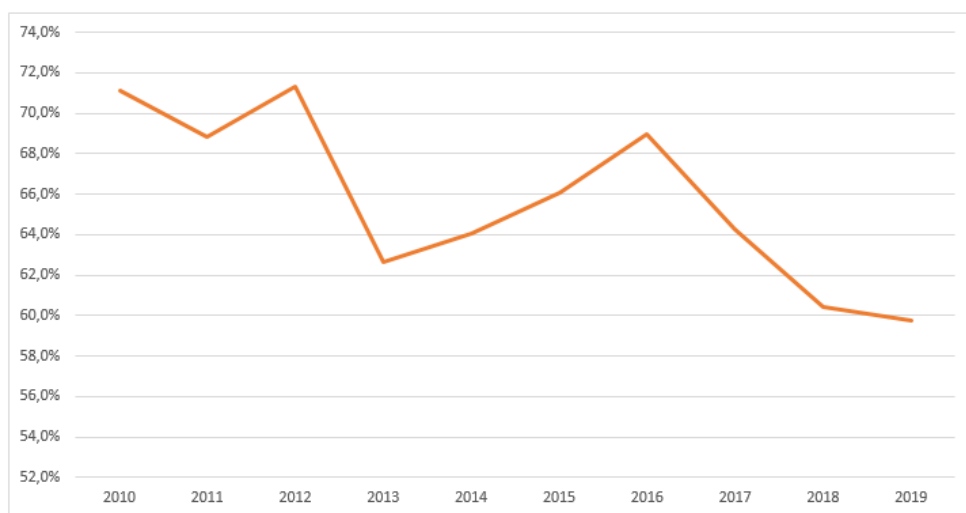
Tabela 2 - CR4 - Hospitais gerais - DF - 2010 a 2019

| Ano | CR4 |
|------|-------|
| 2010 | 71,1% |
| 2011 | 68,8% |
| 2012 | 71,3% |
| 2013 | 62,6% |
| 2014 | 64,1% |
| 2015 | 66,1% |
| 2016 | 69,0% |
| 2017 | 64,3% |
| 2018 | 60,4% |
| 2019 | 59,7% |

Fonte: CNES/MS, elaboração própria.

O gráfico abaixo ilustra bem o comportamento descendente do índice CR4 para o mercado de hospitais gerais no Distrito Federal entre 2010 e 2019.

Gráfico 3 - CR4 - Hospitais gerais - DF - 2010 a 2019



Fonte: CNES/MS, elaboração própria.

A análise do Índice de Herfindhal-Hirschman (HHI) ao longo do período mostra que o mercado relevante de hospitais gerais no DF passou de moderadamente concentrado para não concentrado entre 2010 e 2019, conforme os parâmetros apresentados no Quadro 1 da seção 3. O valor máximo do HHI no período ocorreu em 2015 (1.750 pontos), mas não foi suficiente para chegar a caracterizar o mercado como altamente concentrado (o que ocorreria acima de 2.500 pontos).

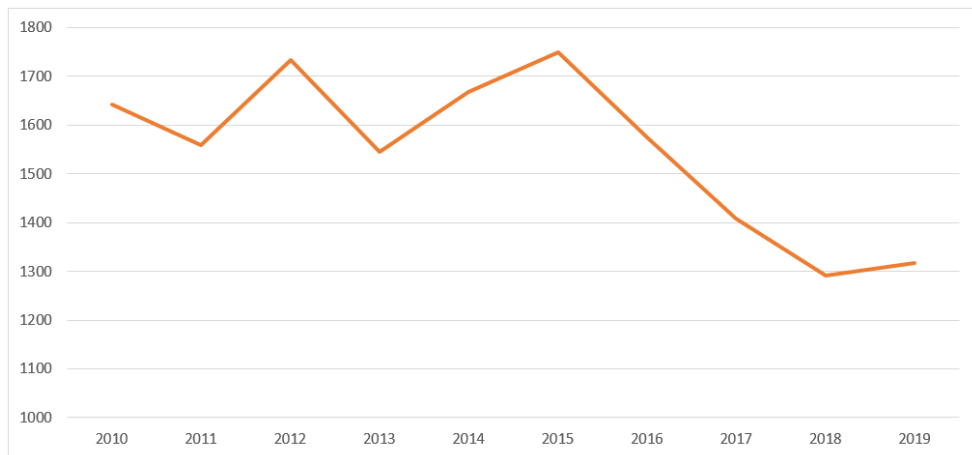
Tabela 3 - HHI - Hospitais gerais - DF - 2010 a 2019

| Ano | HHI |
|------|------|
| 2010 | 1643 |
| 2011 | 1559 |
| 2012 | 1733 |
| 2013 | 1546 |
| 2014 | 1667 |
| 2015 | 1750 |
| 2016 | 1574 |
| 2017 | 1408 |
| 2018 | 1291 |
| 2019 | 1318 |

Fonte: CNES/MS, elaboração própria.

O gráfico abaixo ilustra que o HHI também apresentou comportamento descendente ao longo do período, especialmente entre 2015 e 2018.

Gráfico 4 - HHI - Hospitais gerais - DF - 2010 a 2019



Fonte: CNES/MS, elaboração própria.

Já com relação ao Índice de Instabilidade, verifica-se que os valores se situam próximos de zero em todos os anos, o que significa que o mercado se mostra próximo da instabilidade mínima (o índice varia entre zero e um e leva em conta a variação de um ano para o seguinte). Isso ocorre devido ao fato de que o setor possui consideráveis barreiras à entrada, como elevado custo inicial de implantação, reputação junto aos consumidores, tamanho de escala mínima eficiente, etc. Até mesmo a expansão de um hospital já operante demanda investimentos significativos.

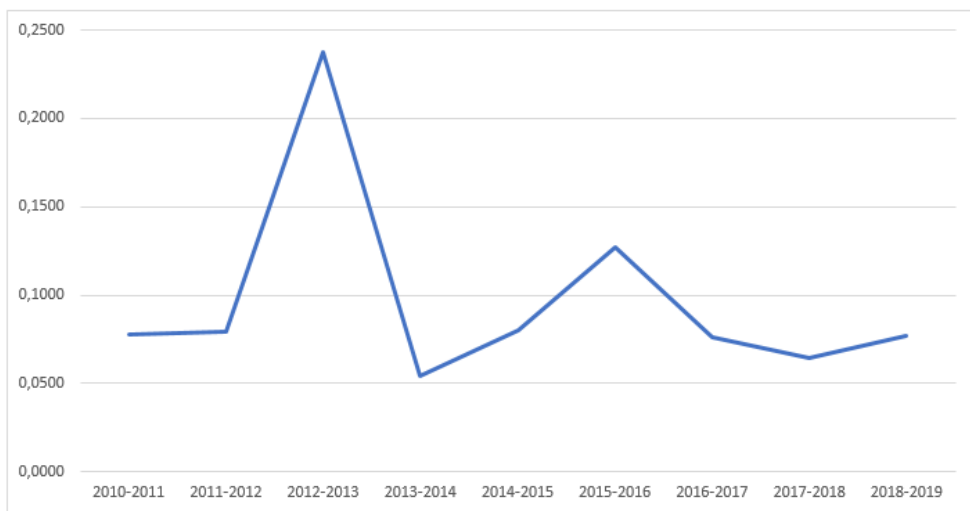
Tabela 4 - Índice de Instabilidade - Hospitais gerais - DF - 2010 a 2019

| Ano | Índice de Instabilidade |
|-----------|-------------------------|
| 2010-2011 | 0,0776 |
| 2011-2012 | 0,0794 |
| 2012-2013 | 0,2377 |
| 2013-2014 | 0,0545 |
| 2014-2015 | 0,0798 |
| 2015-2016 | 0,1273 |
| 2016-2017 | 0,0763 |
| 2017-2018 | 0,0644 |
| 2018-2019 | 0,0769 |

Fonte: CNES/MS, elaboração própria.

O gráfico abaixo torna claro que o ápice deste índice ocorreu na variação entre 2012 e 2013 e houve uma outra elevação mais moderada entre 2015 e 2016. As principais mudanças que ocorreram no mercado de hospitais gerais do DF no primeiro biênio destacado foram a entrada da Rede D’Or, que adquiriu o Hospital Santa Luzia, e da Rede Ímpar, que assumiu o Hospital Brasília (anteriormente sob controle do Grupo Amil). No segundo biênio, o Hospital Santa Helena passou do controle do Medgrupo para a Rede D’Or. Como esse hospital tem, por si só, elevado *market share* no mercado de leitos hospitalares, isso se refletiu no índice.

Gráfico 5 - Índice de Instabilidade - Hospitais gerais - DF - 2010 a 2019



Fonte: CNES/MS, elaboração própria.

É possível afirmar que houve uma relativa redução na concentração do mercado relevante de hospitais gerais no Distrito Federal entre 2010 e 2019, sob a *proxy* de número de leitos não-SUS utilizada. Embora o Medgrupo tenha permanecido como líder do mercado em todo o período, alguns fatos relevantes contribuíram para a desconcentração ocorrida: a divisão dos hospitais do Grupo Amil entre UHG e Rede Ímpar, a entrada da Rede D’Or por meio de aquisições e da abertura de um novo hospital (DF Star) e a falência da Unimed Brasília. Adicionalmente, o Índice de Instabilidade mostra que os grupos econômicos não têm grande variação de parcela de mercado de um ano para o outro, exceto quando há alguma aquisição relevante envolvendo um hospital de grande

porte ou um grupo econômico com elevado *market share*. Mesmo assim, o índice permaneceu sempre mais próximo do valor mínimo do que do valor máximo.

Conclusão

O objetivo deste trabalho foi analisar a participação de mercado dos grupos econômicos atuantes no mercado de hospitais gerais privados nos últimos anos, com um recorte limitado geograficamente e temporalmente ao Distrito Federal nos últimos 10 anos (2010 a 2019). Para atingir essa finalidade, foram utilizados os dados do CNES/MS de número de leitos hospitalares não-SUS e foram calculados indicadores de concentração (HHI e CR4) e o Índice de Instabilidade.

Os resultados mostraram que o mercado de hospitais gerais privados no Distrito Federal entre 2010 e 2019 passou de moderadamente concentrado para não concentrado e apresentou redução no índice CR4, bem como alteração na composição dos quatro maiores grupos econômicos operantes. No que tange à instabilidade, o mercado pode ser caracterizado como estável, já que o índice se aproxima de seu valor mínimo, com oscilações um pouco mais significativas nos momentos de ocorrência de grandes aquisições envolvendo os grupos econômicos do setor.

Os próximos anos podem trazer mudanças significativas para o setor, num contexto de pós-pandemia de COVID-19. Em 2020 já ocorreram fatos relevantes, como a inauguração do Hospital de Águas Claras (Rede Ímpar) e a concretização da aquisição do Hospital São Francisco (anteriormente controlado pela empresa Serviços Hospitalares Yuge S.A.) pelo Medgrupo.

O presente trabalho não analisou outros elementos que afetam a dinâmica concorrencial do mercado hospitalar ou do setor mais ampliado de saúde suplementar, como o crescente movimento de verticalização, com aquisições nos vários elos da cadeia de saúde, e as recorrentes condutas unilaterais de recusa de contratar e influência de conduta uniforme. Esses temas ficam como sugestão para futuros artigos, para que se verifique, também, o impacto desses elementos na dinâmica concorrencial de forma conjunta à análise da concentração horizontal.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Fabrício Alves; SILVA, Antônio Suerlilton Barbosa da. Índices de Concentração: Evidências Empíricas à Indústria de Transformação Cearense. In: **XXXV Encontro Nacional De Engenharia De Produção**, 2015, Fortaleza. Anais..., 2015.

ANAHP. **Observatório 2020**, ed. 11, 2020.

ANAHP. **Painel – Saúde em números**, 2020.

AZEVEDO, Paulo F. de et al. **A cadeia de saúde suplementar no Brasil: avaliação de falhas de mercado e propostas de políticas**. São Paulo: Insper, 2016.

BEAULIEU, Nancy et al. Changes in Quality of Care after Hospital Mergers and Acquisitions. **The New England Journal of Medicine**, 2020.

BRAGA, Helson C.; MASCOLO, João L. Mensuração da concentração industrial no Brasil. **Pesquisa e Planejamento Econômico**, v. 12, nº 8, 1983.

CABRAL, Luis. **Economia Industrial**. Lisboa: McGraw-Hill, 1994.

CARVALHO, Gabriela; VASCONCELOS, Silvinha. Análise da concentração do mercado brasileiro de telefonia móvel. **Revista de Defesa da Concorrência**, 2020.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Aplicação de modelos de disposição a pagar no estudo da competição na saúde suplementar**. Documento de Trabalho nº 003/2020, junho/2020.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Atos de concentração no mercado de planos de saúde, hospitais e medicina diagnóstica**. Cadernos do Cade, julho/2018.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Guias do Cade, julho/2016.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Indicadores de Concorrência**. Documentos de Trabalho, setembro/2014.

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). **Mercado de saúde suplementar: condutas**. Cadernos do Cade. Departamento de Estudos Econômicos, 2015.

Departamento de Estudos Econômicos (DEE). **Delimitação de Mercado Relevante**. Brasília: DEE, 2010.

GAYNOR, Martin, TOWN, Robert. Competition in health care markets. Working Paper no 12/282. **The Centre for Market and Public Organisation**, 2012.

JARDIM, Diana I. F. **Investimento de capital estrangeiro em hospitais brasileiros: o ambiente institucional e os prováveis cenários para 10 anos**. Dissertação de Mestrado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Gestão de Negócios. Porto Alegre, 2016.

KPMG. **Fusões e Aquisições 2019 - 4º trimestre**, 2020.

LEANDRO, Tainá. **Defesa da concorrência e saúde suplementar: a integração vertical entre planos de saúde e hospitais e seus efeitos no mercado**. Dissertação (Mestrado em Economia). Universidade de Brasília, Brasília, 2010.

LUFT, Alison; ZILLI, Jucelmar Bruno. Concentração de mercado: uma análise para a oferta de crédito pelo setor bancário brasileiro. **Teoria e Evidência Econômica**, ano 19, nº 41, p. 150-172, 2013.

MALTA, Deborah Carvalho et al. Perspectivas da regulação na saúde suplementar diante dos modelos assistenciais. **Ciência Saúde Coletiva**, v. 9, nº 2, p. 433-44, 2004.

OCDE. **Merger control in the time of COVID-19**. 2020.

TOWN, Robert e VISTNES, Gregory. Hospital competition in HMO networks. **Journal of Health Economics**, 2001.

TREMBLAY, Victor J.; TREMBLAY, Carol Horton. **New Perspectives on Industrial Organisations**. New York, 2012.

SANTOS, Thompson. **Determinação de mercados relevantes no setor de saúde suplementar**. Secretaria de Acompanhamento Econômico. Documento de trabalho n. 46. Mar - 2008.