

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO, GRADUAÇÃO**

**ANA SOFIA COUTINHO BIZZI**

***NASCENT ACQUISITIONS* E A MARGEM DE ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS  
ANTITRUSTE BRASILEIROS**

Uma análise crítica à luz do caso *Federal Trade Commission vs. Facebook INC.*

**BRASÍLIA, DISTRITO FEDERAL**

**2021**

ANA SOFIA COUTINHO BIZZI

***NASCENT ACQUISITIONS* E A MARGEM DE ATUAÇÃO DOS ÓRGÃOS  
ANTITRUSTE BRASILEIROS**

Uma análise crítica à luz do caso *Federal Trade Commission vs. Facebook INC.*

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob orientação da Profa. Dra. Ana Frazão Vieira de Mello.

Brasília

2021

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
Faculdade de Direito  
Programa de Graduação em Direito

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Ana Sofia Coutinho Bizzi

BANCA EXAMINADORA

---

Professora Doutora Ana Frazão (orientadora)  
Universidade de Brasília

---

Professora Doutora Amanda Athayde  
Universidade de Brasília

---

Professora Doutora Lílian M. Cintra de Melo  
Universidade de Brasília

Brasília, 27 de outubro de 2021.

## AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente a minha família, pelo amor e apoio incondicionais. A minha mãe pela inspiração diária, meu pai pelas discussões frutíferas e meu irmão pelo otimismo contagiante. É um eterno privilégio aprender e compartilhar a vida com vocês, vocês são a razão de tudo. A meus avós que me ensinaram – e ensinam – tanto sobre ser forte e íntegra. A materialização desta tese representa uma vitória pessoal e o início de um novo ciclo. Todavia, certamente, esse êxito só foi possível pelo suporte de vocês.

Agradeço ainda as minhas amigas de vida inteira. Sou muito grata pelos cuidados, aprendizados, companhia, paciência e leveza. Nominalmente, dedico este trabalho à Fernanda Assunção, Ana Luísa Chamon, Lígia Lustosa, Beatriz Pioltine, Luiza Coe, Rafaela Ventura e Larissa Pontes. Especialmente à Tatiana Litvin e à Gabriella Neira, que vivem esta vida ao meu lado e sem as quais eu não seria quem sou hoje. Não há prazer maior que desbravar o mundo com vocês.

Aos amigos da graduação em Direito, que tanto compartilhamos e crescemos juntos. Beatriz Chaves, Pedro Lustosa, Luís Carlos Guimarães, Paulo Boechat, Matheus Cunha, Gabriel Visoto e Nicholas Vasconcelos. Vocês fizeram da minha graduação uma das melhores fases da minha vida. Obrigada pelas inúmeras gargalhadas e discussões.

Ao Gustavo Zorzeto, melhor amigo e namorado. Peça fundamental neste quebra-cabeça. Que não mediu esforços para me ajudar e apoiar. Que, apesar de engenheiro, virou jurista para me entender. Que, mais que qualquer um, vivenciou este desafio ao meu lado, aturando as minhas discussões repetitivas e escutando as minhas ideias mirabolantes. Je t'adore, mon Gugus.

Gostaria de agradecer enormemente a minha orientadora, professora Ana Frazão. Por quem possuo enorme admiração e respeito. As contribuições dadas a este trabalho são imensuráveis e foram fundamentais para o aperfeiçoamento das reflexões. Sou profundamente grata pela presteza e disponibilidade para ajudar. Lutamos contra o tempo e vencemos.

Por fim, agradeço aos servidores e servidoras da UnB, que tornaram esta dissertação possível e realizam o árduo trabalho de manter a educação pública brasileira em um contexto de desmonte e pandemia.

## RESUMO

A presente tese tem por objetivo analisar, à luz do Direito da Concorrência, as teorias do dano inseridas nas *nascent acquisitions*. Estas consistem em categoria de ato de concentração, especificamente no que tange a aquisição de empresas entrantes – comumente chamadas de *startups*. Dentro da categoria das *nascent acquisitions* – que traduziremos como concentrações nascentes – existem duas teorias do dano recentes, as *killer acquisitions* e as *zombie acquisitions*. Ambas ameaçam o processo de entrada de novos agentes econômicos e de produtos inovadores nos mercados digitais. Conservam a posição dominante dos agentes adquirentes e, assim, acarretam sérios danos ao mercado e, em última análise, aos consumidores. Em que pese a sua relevância, as teorias do dano mencionadas não possuem definição única na doutrina, de modo que o presente trabalho possui como intuito promover discussões acerca do tema, ainda incipiente, e colaborar com o desenvolvimento das teorias aqui tratadas. Para tanto, optou-se por estudo de caso norte americano, emblemático e recente, que aborda ambas as categorias aquisitivas: *Federal Trade Commission (FTC) v. Facebook INC*. O objetivo com o caso concreto é deslocar a discussão de um plano completamente teórico para verificar como que as teorias do dano se desenvolvem em um contexto real. De forma sintética, as questões que serão trabalhadas são como podem ser definidas as teorias das *killer acquisitions* e *zombie acquisitions*, dentro do contexto do mercado digital, e quais são as possíveis atuações antitruste para mitigar os seus efeitos. No litígio analisado, são de fato possíveis as pretensões da autoridade reguladora norte americana, sob uma perspectiva legal brasileira? E, se concebidas como possíveis, seriam elas as melhores atitudes a serem tomadas, sob o viés da eficiência e do custo do erro? Para responder a essas perguntas, a presente tese contará, inicialmente, com um capítulo de conceituação. Estudaremos, então, no primeiro capítulo as definições das teorias do dano, suas características e problemáticas principais, bem como os seus partícipes e as suas motivações. A seguir, passaremos ao estudo do caso concreto, destrinchando todas as acusações feitas pela FTC e tecendo certas críticas, quando pertinentes. Por fim, avaliaremos as medidas antitruste intentadas pela autoridade norte americana, verificando-as quanto a sua aplicabilidade fática e normativa, e serão feitas sugestões de outras possíveis intervenções que poderiam ser igualmente empregadas pela FTC. Assim, a tese busca orientar a doutrina concorrencial em direção a uma atuação antitruste que mitigue de forma eficiente e pouco custosa as preocupações concorrenciais identificadas ao longo da pesquisa.

**Palavras-chave:** Direito Econômico; Direito da Concorrência; Controle de estruturas; Atos de concentração; *Killer acquisitions*; *Zombie acquisitions*; *Nascent acquisitions*.

## ABSTRACT

This thesis aims to analyze, in the light of Competition Law, the theories of damage implanted in nascent acquisitions. The nascent acquisitions consist of a category of concentration act, specifically with regard to the acquisition of new entrant companies – commonly called startups. Within the category of nascent acquisitions there are two recent theories of harm, killer acquisitions and zombie acquisitions. Both threaten the process of new economic players and innovative products entering digital markets. They preserve the dominant position of the acquiring players and thus cause serious damage to the market and ultimately to consumers. Despite their relevance, these theories of damage do not have a single definition in the antitrust doctrine, so this paper aims to promote discussions on the subject, still incipient, and collaborate with the development of the theories addressed here. To this end, we chose to analyze a recent and emblematic North American case that addresses both acquisitive categories: Federal Trade Commission (FTC) v. Facebook INC. The objective with the concrete case is to move the discussion from a completely theoretical level to verify how those theories of damage develop in a real context. Briefly, the problematics here discussed are how the theories of killer acquisitions and zombie acquisitions can be defined, within the context of the digital market, and what are the possible antitrust actions to mitigate their effects. Certain questions will be asked, as, in the analyzed litigation, are the claims of the North American regulatory authority actually possible, under a Brazilian legal perspective? And, if conceived as possible, would they be the best attitudes to be taken from the point of view of efficiency and the cost of error? To discuss and answer these questions, a conceptual structure will be necessary. Thus, initially we will study the definitions of the theories of damage, their main characteristics and problems, as well as the parties involved and their motivations. Next, we will move on to the study of the case in question, breaking down all the accusations made by the FTC and presenting our opinions, when pertinent. Finally, we will evaluate the antitrust measures attempted by the North American authority, verifying their factual and normative applicability, and suggestions will be made as to other possible interventions that could also be employed by the FTC. Therefore, the thesis seeks to assess the means provided by competition doctrine towards an antitrust practice that mitigates efficiently and cheaply the competition concerns identified throughout the research.

**Keywords:** Economic Law; Competition Law; Structural control; Mergers and acquisitions; Killer acquisitions; Zombie acquisitions; Nascent acquisitions.

**Lista de acrônimos**

Cade – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

DoJ – *Department of Justice*

F&A – Fusões e aquisições

FTC – *Federal Trade Commission*

HSR – *Hart Scott Rodino*

M&A – *Mergers and acquisitions*

OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico

P&D – Pesquisa e desenvolvimento

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>10</b>
<b>2. TEORIA DAS NASCENT ACQUISITIONS .....</b>	<b>16</b>
2.1. CONTEXTUALIZAÇÃO .....	16
2.2. NASCENT ACQUISITIONS: DEFINIÇÃO .....	17
2.2.1. Teoria das killer acquisitions.....	19
2.2.2. Teoria do nascent potential competitor .....	23
2.3. PAPÉIS E MOTIVAÇÃO DAS PARTES .....	27
2.3.1. Compradores.....	27
2.3.2. Vendedores.....	30
2.4. DANO À CONCORRÊNCIA E O PAPEL DA AUTORIDADE ANTITRUSTE .....	32
2.4.1. O cenário contrafactual.....	36
2.4.2. Incentivos à inovação e a sua eliminação.....	37
2.4.3. Consistência lógica da teoria do dano .....	39
<b>3. ANÁLISE DO CASO FEDERAL TRADE COMMISSION (“FTC”) VS. FACEBOOK INC .....</b>	<b>41</b>
3.1. CONTEXTUALIZAÇÃO .....	41
3.2. NATUREZA DO LITÍGIO.....	43
3.3. HISTÓRICO DO MERCADO RELEVANTE .....	46
3.4. ATUAÇÃO DO FACEBOOK DENTRO DO MERCADO RELEVANTE.....	48
3.5. AMEAÇAS À DOMINÂNCIA DE MERCADO DO RÉU .....	49
3.6. CONDUTAS ANTICONCORRENCIAIS COMO REFLEXO ÀS AMEAÇAS .....	52
3.6.1. Aquisição Instagram .....	52
3.6.2. Aquisição WhatsApp .....	53
3.6.3. Imposições aos programadores de aplicativos e sites .....	56
3.7. MONOPÓLIO DO FACEBOOK.....	57
3.7.1. Provas diretas e indiretas .....	59
3.8. DANOS CAUSADOS À CONCORRÊNCIA E PEDIDOS FINAIS.....	62
3.9. CONCLUSÕES DO TÓPICO .....	64
<b>4. FORMAS DE ATUAÇÃO ANTITRUSTE CONTRA AS CONCENTRAÇÕES NASCENTES.....</b>	<b>65</b>
4.1. CONTEXTUALIZAÇÃO .....	65
4.2. REVISÃO DO CRITÉRIO DE NOTIFICAÇÃO.....	68
4.3. REMÉDIOS.....	70
4.4. DETERMINAÇÃO DE DESFAZIMENTO DA OPERAÇÃO .....	72
4.5. OUTRAS FORMAS DE ATUAÇÃO ANTITRUSTE .....	75
4.5.1. Alterações do ônus da prova.....	75



4.6.	CONCLUSÕES DO TÓPICO .....	77
<b>5.</b>	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>80</b>
	<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>85</b>

## 1. INTRODUÇÃO

O mercado digital vem sofrendo constantes e profundas transformações nas últimas décadas. Atualmente, a realidade digital participa ativamente da rotina diária dos indivíduos, modificando e intermediando as interações sociais e profissionais ao redor do globo. Todavia, dado a sua dinâmica singular e a sua alta tendência à monopolização, o mercado digital se mostra como um grande desafio às autoridades antitruste. Isso pode ser ilustrado pelo notável desequilíbrio existente nele, haja vista significativa parcela do poder de mercado ser detida por poucos agentes econômicos – conhecidos como *big techs*. Tal quadro dá ensejo à questionamentos acerca da efetividade dos instrumentos clássicos de intervenção antitruste em um mercado que foge dos moldes tradicionais.

Assim, atualmente, tem-se intenso debate acadêmico acerca do papel das agências antitruste frente à expansão do poder dos grandes agentes econômicos nesse mercado. Inclusive no sentido de haver uma possível omissão ou falha das autoridades em avaliar parâmetros de competitividade, o que contribuiria para o cenário de forte dominação do mercado digital por poucos agentes. Frente a tais implicações, aumentou-se a observação sobre as práticas dos agentes econômicos, à luz da teoria antitruste, para se aferir quais seriam as condutas adequadas para combater esse desequilíbrio econômico. Tornaram-se alvos de avaliação as diferentes práticas unilaterais ou coordenadas adotadas pelas empresas dominantes e as estratégias de aquisição de agentes econômicos pelas *big techs*.

A presente tese tem como foco principal essas estratégias de aquisição, especialmente no que tange às aquisições de agentes inovadores e empresas novas – genericamente chamadas de *startups*. Cunhou-se o termo *nascent acquisitions* ou concentrações nascentes como referência à prática de incumbentes<sup>1</sup> adquirirem novos agentes inovadores com objetivos anticoncorrenciais. Serão analisadas principalmente duas teorias do dano, ambas englobam estratégias de aquisição anticoncorrenciais e estão incluídas no conceito de concentrações nascentes. As empresas incumbentes, através dessas aquisições, têm como fim retirar as *startups* de operação ou mantê-las sob o seu controle de forma a evitar a concorrência meritória, levantando barreiras de entrada no mercado relevante. Então, o presente estudo tem por objeto especificamente tais aquisições, que visam eliminar ou controlar agentes adquiridos após a sua compra nos mercados digitais, fenômenos que detalharemos mais adiante.

---

<sup>1</sup> Uma empresa incumbente é uma empresa que possui quota de mercado significativa ou dominante.

Vale lembrar, nesse ponto, que dentre os elementos que se busca proteger por meio do Direito da Concorrência está a inovação. Há certo consenso teórico de que dentre os objetivos do antitruste está a proteção da inovação, mesmo que de maneira indireta, como forma de garantir a contestabilidade dos mercados por novos agentes. Na prática, contudo, sabe-se da dificuldade de se aferir prévia e objetivamente o risco à inovação decorrente de determinada operação ou conduta. É por essa razão que a inovação se tornou tema histórica e principalmente relacionado, dentre as áreas jurídicas, às normas de propriedade intelectual e industrial. Contribui para esse cenário também a hegemonia, dentro da teoria antitruste, de pensamentos econômicos que defendem a eficiência e o bem-estar do consumidor como objetivos únicos do Direito da Concorrência, por influência da Escola de Chicago.

Explica-se. Há duas teorias econômicas que fundamentam o direito da concorrência. As Escolas de Harvard e Chicago foram responsáveis pelos principais ensinamentos do direito antitruste. A Escola de Harvard<sup>2</sup> vê com desconfiança as excessivas concentrações empresariais e a presença de barreiras à entrada de novos agentes econômicos. Um de seus principais pilares repousa na crença de que a conduta do agente econômico está diretamente ligada à estrutura do mercado, ou seja, as características das configurações do mercado determinam a sua performance. (FORGIONI, 2010, p. 58)

Assim, pregava necessidade da efetiva proteção dos consumidores, preservando seu direito de escolha e não os sujeitando aos monopólios. Ademais defendia a manutenção de pequenas e médias empresas no mercado, garantindo-lhes abrigo contra as práticas de agentes com poder econômico elevado. Frisa-se que a preocupação dos pensadores da Escola de Harvard não é voltada para a eficiência, mas sim para a existência efetiva da concorrência. Portanto, seu objetivo estaria pautado na manutenção ou incremento do número de agentes econômicos no mercado. A estrutura econômica, segundo a Escola de Harvard seria mais pulverizada. (FORGIONI, 2010, p. 79)

Noutro giro, a partir de 1980 atinge seu auge a Escola de Chicago, no qual afirma que qualquer lei restritiva da livre concorrência teria por consequência manter no mercado empresas ineficientes que, não fosse a proteção estatal, estariam condenadas ao desaparecimento. (FORGIONI, 2010, p. 79). Portanto, a Escola de Chicago defende o menor grau possível de regulamentação da economia pelo Estado. Ela traz ao direito concorrencial a análise econômica, instrumento que busca a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores (FORGIONI, 2010, p. 164). Dessa forma, para a referida teoria, a ênfase a ser

---

<sup>2</sup> Também chamada de Escola Estruturalista de Harvard.

dada é na eficiência produtiva (significando primordialmente produção a baixo custo) (SALOMÃO FILHO, 2003b, p. 21-22). Assim, os principais institutos antitrustes passam a ser pensados em termos de “eficiência alocativa” e, portanto, as concentrações (e o poder econômico que delas deriva) não são vistas como um mal a ser evitado. As restrições verticais passam a ser explicadas em termos de eficiência e ganho para os consumidores.

Dessa forma, a proteção à inovação não é um objetivo dos pensadores que seguem a teoria da Escola de Chicago, que hoje em dia é a escola com mais adeptos. A crítica feita para essa corrente assenta entendimento no qual a eficiência alocativa passou a ser justificativa para a obtenção ou a manutenção de posições dominantes. Para além disso, critica-se que houve o deslocamento das discussões antitruste da política econômica para as teorias econômicas, áreas que possuem tensões entre si e objetivos diversos. Conforme apontado por Luís Fernando Schuartz (2008, p. 10), “economistas orientam-se em teorias, não em textos legislativos e precedentes judiciais”. Assim, formular proposições científicas no campo do Direito Antitruste é desafiador por tratar justamente da fronteira entre dois campos de conhecimento diversos, com objetivos e marcos teóricos próprios.

Importante ainda mencionar o movimento denominado revisionismo pós-Chicago, que toma corpo a partir de 1980. Essa corrente, mesmo reconhecendo a importância e relevância dos conceitos defendidos pela Escola de Chicago, acusa-a de ser demasiadamente simplista. Com métodos mais aprofundados, a Escola pós-Chicago indica prejuízos concorrenciais de determinadas condutas (especialmente os acordos verticais), sem, contudo, desprezar os benefícios que delas derivam. Portanto, temos três teorias econômicas que dão base ao Direito Concorrencial. A Escola de Chicago, por ser a mais aplicada tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, traz uma rigidez às intervenções antitruste, que assumem um papel secundário em prol da livre concorrência. Nesse contexto, a inovação não recebia a relevância necessária e acabava não sendo devidamente resguardada.

Todavia, na era de crescente influência das grandes empresas do meio digital em toda a economia, tal debate ganha novos contornos. A inovação é, em qualquer mercado, forma de desafiar a posição de agentes dominantes e mesmo transformar toda a dinâmica concorrencial de um dado setor. A dinamicidade dos mercados digitais é justamente o fator que atribui à inovação maior importância. Isso porque permite a novos agentes contestarem a posição dominante de agentes estabelecidos (ou incumbentes) em cenários onde entrantes têm dificuldade para disputar mercados existentes. Desse modo, os potenciais efeitos negativos da eliminação de concorrentes inovadores, por meio de estratégias aquisitivas, é questão observável em diversos mercados: na indústria farmacêutica e em setores que dependem de

tecnologia e investimento em pesquisa. Estes são tradicionalmente objetos de estratégias predatórias que possuem como alvos novos produtos.

Como se pode notar, o tema é amplo, de modo que o recorte metodológico escolhido envolve apenas os mercados digitais e ainda estes sob a perspectiva de um caso concreto. Optou-se um recorte que possibilitasse analisar minuciosamente as teorias do dano, bem como visualizá-las em um contexto palpável e prático. Assim, foi selecionado o caso emblemático, ainda sob julgamento em Tribunal norte-americano, *Federal Trade Commission (FTC) vs. Facebook INC.* Esse litígio está em seus primeiros momentos, de forma que, até a conclusão do presente trabalho, ainda não tinha sido apresentada contestação pelo Requerido ou proferida decisão definitiva pela autoridade judicial. O caso analisado se presta perfeitamente ao objetivo da tese, pois trata, dentre outras questões, de aquisições abrangidas pelas *nascent acquisitions*.

Dessa maneira, a pesquisa realizada foi a exploratória, envolvendo, portanto, levantamento bibliográfico e análise de exemplos que estimulam a compreensão. Optou-se pelo delineamento bibliográfico e o de estudo de caso para que fosse possível conceber as teorias do dano analisadas de forma acessível. Ademais, o presente estudo tem por objeto especificamente definir o papel dos agentes de *enforcement* antitruste frente às atitudes apontadas no caso concreto selecionado. Para tanto, será necessário esclarecer os elementos caracterizadores das teorias do dano no âmbito dos mercados digitais. Veremos que os conceitos trabalhados ainda são recentes e, portanto, existem certas imprecisões, fazendo parte do intuito do trabalho contribuir com o desenvolvimento das teorias do dano, para uma melhor e mais precisa atuação antitruste.

Conforme exposto anteriormente, o recorte metodológico deste estudo é restrito aos mercados digitais, embora as teorias do dano não o sejam. A opção por esses mercados se faz tanto em razão das especificidades que potencialmente amplificam a necessidade de proteção da inovação e da concorrência nesse setor, como de maneira pragmática para que seja possível abordar o tema de maneira aprofundada com sua delimitação específica.

Importante notar, ainda nesse contexto de delimitação metodológica do estudo, que a eliminação do agente inovador pode se dar como manifestação de estratégia predatória mais ampla. Ou seja, não apenas por meio das fusões e aquisições, mas também por intermédio de condutas anticompetitivas. Essa noção será mais bem trabalhada no segundo capítulo, em que veremos a totalidade das acusações feitas ao Facebook de forma a analisar outras condutas anticoncorrenciais que não somente aquisições. Assim, será possível observar que a tentativa de eliminação do agente inovador se manifesta de formas diversas da fusão e aquisição eliminatórias, de modo que não há a pretensão de defender que a proteção da inovação se esgote

nas teorias do dano trabalhadas. Busca-se apenas que estas sejam instrumento de preservação da inovação enquanto elemento fundamental da livre concorrência.

É cediço ainda que os chamados “mercados digitais” envolvem serviços diversos e possuem dinâmica concorrencial própria. Assim, embora se aborde tradicionalmente os mercados digitais em conjunto, não se desconsidera que diversos setores atuam nesse meio. Dessa forma, a busca pela delimitação das teorias, o exame do caso concreto e a análise das possíveis atitudes antitrustes levarão em consideração as características de cada um dos mercados. A revisão bibliográfica incluiu extensa pesquisa em bases de dados indexadas, especialmente relativa aos termos “*killer acquisitions*”, “*zombie acquisitions*”, “*nascent acquisitions*”, “mercados digitais”, “mercados em plataforma”, “Facebook”, “Federal Trade Commission” e “concorrência e inovação”, bem como suas variações. Assim, por meio de abordagem indutiva, este estudo contribui para a literatura ao desenvolver as teorias do dano inseridas nas concentrações nascentes e ao permitir uma aplicação guiada das teorias em um caso concreto de notoriedade e importância incontestáveis.

O estudo é dividido em cinco partes, incluindo esta introdução. No primeiro capítulo serão trabalhados os principais conceitos e teorias do dano das concentrações nascentes. Explicaremos o que são as *nascent acquisitions*; quais as suas principais espécies; quem são os seus sujeitos; e como que está ocorrendo (ou deveria estar) a atuação antitruste frente às atitudes anticoncorrenciais dos agentes econômicos. Assim, esse capítulo é imprescindível não somente para se possibilitar uma compreensão plena do caso concreto, mas é onde serão delimitadas as teorias do dano.

No segundo capítulo, a partir da petição inicial da *Federal Trade Commission*, analisaremos, na prática, como os atos de concentração, que têm como finalidade a eliminação da inovação ou dos concorrentes, estão sendo reconhecidos e combatidos pelas autoridades antitruste. Em suma, a escolha pelo método de estudo de caso é para que o leitor visualize a atuação antitruste, frente às problemáticas introduzidas no primeiro capítulo. Tal etapa é essencial para que se possa conceber na prática os conceitos e as teorias do dano definidas.

No terceiro e último capítulo, traremos o cenário fático do litígio *FTC vs. Facebook INC* à realidade brasileira. Serão examinadas as abordagens intentadas pela autoridade norte americana no sentido de verificar se aquelas são ou não aplicáveis ao caso concreto, dentro dos parâmetros da legislação pátria. No caso, a FTC requereu, entre outras coisas, o desfazimento das aquisições realizadas pelo Facebook, e o intuito da presente tese é definir se seria possível, nos moldes das normas antitruste brasileiras, desfazer a operação da forma intentada pela Requerente. No caso de resposta afirmativa, a tese se propõe a analisar se a invalidação da

aquisição é de fato a melhor abordagem antitruste, considerando as minúcias do caso concreto. A última parte traz um resumo das conclusões alcançadas ao longo do estudo.

## 2. TEORIA DAS NASCENT ACQUISITIONS

### 2.1. Contextualização

As startups ou empresas recém-criadas desempenham papel vital nos mercados competitivos. Por serem as principais fontes de ideias e produtos inovadores nos mercados, instigam as empresas incumbentes a aprimorarem os seus produtos e auxiliam no rompimento de mercados concentrados. Contudo, são empresas particularmente frágeis a condutas unilaterais e estratégias anticompetitivas que podem vir a surgir no mercado. Dessa forma, os órgãos antitruste buscam garantir às startups proteção reforçada para que estas consigam ingressar e permanecer no mercado de forma meritória, protegendo-as dos ataques excludentes de empresas dominantes.

Tradicionalmente, nas discussões de controle de aquisições, as startups têm sido limitadas ao seu papel de empresa entrante. Como empresas iniciantes, com o capital não tão significativo, as suas aquisições eram levadas em consideração tão somente para se medir a temperatura dos mercados competitivos. Isto é, as startups sinalizariam que as barreiras de entrada de um certo mercado estariam baixas ou que aquele mercado específico enfrentaria uma onda de alta competitividade no futuro próximo. Ou seja, às agências concorrenciais não importam as aquisições em si, mas os significados por trás delas.

Antigamente, as compras de pequenas empresas atraíam o radar das agências reguladoras somente quando faziam parte de uma série de aquisições de uma empresa incumbente<sup>3</sup>. As preocupações que surgiam concernentes à aquisição de startups, mesmo que com produtos inovadores significativos, eram vistas somente como especulativas e aptas a promover uma regulação exacerbada. Assim, poderiam dificultar a ocorrência de aquisições inclusive benéficas e gerar malefícios ao mercado. As agências inclinadas a investigar a fundo as concentrações nascentes eram então concebidas como contrárias às inovações e, os seus efeitos, como impeditivos à entrada de novas empresas.

Entretanto, a realidade relatada mudou drasticamente em 2018. Uma pesquisa realizada por Cunningham *et al* (2018) identificou uma tendência das grandes empresas farmacêuticas em adquirir empresas nascentes e, em seguida, interromper a produção e o desenvolvimento do produto adquirido. Esse comportamento recebeu o nome de *killer acquisitions* – que traduziremos como aquisições eliminatórias.

---

<sup>3</sup> Empresa que possui quota de mercado significativa ou dominante.



Com a chegada desse estudo e as crescentes preocupações com casos de monopólio, fomentou-se a preocupação com o cenário de atitudes extra permissivas na implementação das regras de controle sobre fusões e aquisições (F&A)<sup>4</sup>. Assim, a revelação da ocorrência das *killer acquisitions* e os incidentes de situações antitruste ex-post<sup>5</sup> – que indicavam avaliações indulgentes dos reguladores - começaram a chamar atenção nos últimos anos. A teoria das *killer acquisitions* é uma das recentes teorias do dano criadas com o propósito de compreender as razões e os motivos da aquisição eliminatória.

Em geral, o termo *teoria do dano* no direito da concorrência é empregado para descrever, de forma estruturada, as razões pelas quais uma determinada ação pode afetar negativamente a concorrência e, com isso, prejudicar os consumidores. Ao estabelecer um nexo de causalidade entre um fato e um resultado, a teoria do dano se traduz na suposição ou no conjunto coerente de ideias que, complementando os elementos tradicionais da análise antitruste, mapeia e analisa, de forma empiricamente embasada, os incentivos que levam agentes econômicos a incorrerem em certas práticas (COUTINHO, KIRA, 2021).

Assim, as agências antitruste têm monitorado as aquisições de empresas nascentes e criado teorias do dano referentes a essas aquisições. Para abordar devidamente essa problemática, focaremos nas *nascent acquisitions* – que traduziremos como concentrações nascentes. No primeiro tópico do presente capítulo, cuidaremos da conceituação das concentrações nascentes e as suas diferentes teorias do dano. Em seguida, no tópico dois, explorar-se-á os papéis assumidos pelas empresas – incumbente e entrante – e quais as suas motivações para tomarem parte na aquisição. E, por fim, no tópico três, trataremos da delimitação do papel da autoridade reguladora frente às atitudes anticoncorrenciais assumidas nas concentrações nascentes, formulando para tal uma teoria do dano adequada aos mercados digitais.

## 2.2. Nascent Acquisitions: definição

As *nascent acquisitions* consistem em uma categoria de aquisições de startups. Conforme consta em relatório da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), as concentrações nascentes abrangem as aquisições em que a relevância concorrencial

---

<sup>4</sup> Sigla advinda do termo inglês M&A (*mergers and acquisitions*).

<sup>5</sup> Uma avaliação antitruste ex-post consiste no exame da autoridade reguladora em momento posterior ao ato de concentração. Assim, seria um escrutínio antitruste em um momento posterior ao da aquisição anticoncorrencial, como uma espécie de revisão concorrencial.

da empresa-alvo ainda é incerta. Nesses casos, as empresas não teriam alcançado “maturidade” suficiente no mercado, de forma que a sua análise estática seria insuficiente para apresentar prognósticos do cenário competitivo após a operação.

Dessa forma, a partir de uma análise pontual do mercado, não seria possível conceber as reais consequências de aquisições de empresas ainda em desenvolvimento. Isso porque o papel que operam no mercado, no momento da operação, evidentemente não será o mesmo que se encontraria em um futuro não tão distante. As empresas-alvo são muitas vezes potenciais competidores e sua aquisição pode assumir diversas facetas, entre elas: ser a fonte de capital às empresas nascentes, que conseguirão investir mais em sua produção e inovação; ou ser o motivo da interrupção do desenvolvimento dos seus produtos e processos criativos. Veja que o dano ao mercado nesse caso está inserido em uma realidade futura incerta. Assim, o primeiro e maior desafio das agências reguladoras é formular uma expectativa de qual seria o cenário, caso aquela aquisição não ocorresse.

Não se trata de prever qual a situação mais benéfica à empresa-alvo. Os órgãos concorrenciais não se preocupam com o sucesso ou insucesso de uma empresa, e sim com os potenciais entraves à concorrência. Coutinho *et al* (2021) concluíram que casos envolvendo mercados digitais devem dedicar especial atenção a pelo menos quatro conjunto de problemas concorrenciais: aumentos de preços não monetários; redução de qualidade; redução da escolha e efeitos deletérios na inovação; e tratamento preferencial de certos produtos e serviços (COUTINHO; KIRA, 2021). As concentrações nascentes não são meras categorias autônomas de atos de concentração, mas sim um conjunto de teorias do dano. Essas teorias se dedicam a analisar as problemáticas acima apontadas e especificamente inseridas no contexto de aquisições de empresas entrantes. As *nascent acquisitions*, portanto, traduzem verdadeiros processos que objetivam identificar atos anticoncorrenciais dentro de aquisições de startups e inseridos em um mercado diverso e complexo como o digital.

As mencionadas *killer acquisitions* são apenas uma espécie do gênero *nascent acquisitions*. Estão incluídas também teorias verticais de dano, em que o produto adquirido pode se tornar um insumo chave e restringir a entrada de *inputs* nos mercados a jusantes. Podem englobar também teorias de dano por conglomerados, em que o produto adquirido pode se tornar um complemento do produto da empresa incumbente, a fim de excluir rivais (OCDE, 2020b). E, por fim, e mais correlato à teoria do dano das *killer acquisitions*, está incluída a teoria do dano do *nascent potential competitor*, chamada por Fayne e Foreman (2020) de “aquisições zumbis” (*zombie acquisitions*). A preocupação envolvendo esta última é que o

produto adquirido pode se tornar um produto rival e, portanto, controlá-lo mostra-se como uma boa opção para anular a potencial ameaça concorrencial.

Para fins do presente trabalho, será necessário analisar a fundo somente as teorias das aquisições eliminatórias e das aquisições zumbis. É essencial compreender as referidas teses para se delimitar o caso *FTC vs. Facebook INC*, sobretudo para conceber a gravidade do dano supostamente perpetrado pelo Requerido e compreender as minúcias das alegações feitas pela Requete. É o que se busca no tópico a seguir, em que as teorias de dano serão definidas e diferenciadas de acordo com o entendimento acadêmico majoritário.

### 2.2.1. Teoria das *killer acquisitions*

Mesmo estando em voga nas discussões acadêmicas, o termo *killer acquisition* não possui definição única na doutrina antitruste. Há alguns anos, a teoria das aquisições eliminatórias era concebida sob uma perspectiva diversa da que se tem atualmente. Em texto publicado em 2007, por Carlin *et al*, as *killer acquisitions* foram definidas como “transações que levam não só a dissipação do valor para a parte adquirente, mas que resultam em resultado profundamente negativo que a consumação da operação resulta na potencial liquidação da empresa pós-operação”. Nota-se que o prisma aqui adotado era tão somente o da empresa adquirente, que sofreria sério prejuízo com a operação realizada. O fracasso da aquisição era tal que a compradora era liquidada no contexto pós-aquisição, por isso o emprego do termo *killer*.

Contudo, o entendimento empregado atualmente segue a definição dada por Cunningham *et al* (2018, pg. 2) como “a aquisição, pela firma incumbente, de empresas concorrentes com o objetivo de descontinuar projetos inovadores e evitar competição futura”. O foco aqui deixa de ser a empresa adquirente e passa a ser a proteção da inovação. Assim, segue um caminho de proteção da rivalidade e da estrutura da concorrência com influência teórica de doutrinadores Pós-Chicago<sup>6</sup>. Para estes, fatores além da redução do preço, como a redução da escolha e da qualidade, bem como a concentração do poder de mercado em um agente, não podem ser desconsiderados pela análise antitruste (SALOMÃO FILHO, 2002).

---

<sup>6</sup> Teorias críticas ao pensamento de Chicago surgiram após sua ascensão, de modo que o uso do termo Pós-Chicago pode servir de referência a vários autores. O termo Pós-Chicago fará alusão aos movimentos que buscam a expansão da abordagem antitruste para sanar preocupações observadas no cenário digital. Para mais detalhes sobre o surgimento das escolas Pós-Chicago, em sentido amplo, vide HOVENKAMP, 2001.

Portanto, a teoria das aquisições eliminatórias não se ocupa somente em investigar o critério de bem-estar do consumidor. Dá-se ênfase principalmente à proteção da inovação, sendo uma característica intrínseca dos casos sob sua análise a erradicação do produto adquirido. A inovação trazida ao mercado pelas empresas entrantes, será interpretada como potencial concorrente pela empresa incumbente e, logo, adquirida e aniquilada. Não será oferecida àquela inovação a oportunidade de se desenvolver e ser recepcionada pelos consumidores. Estes, por sua vez, acabarão por não se beneficiar com o aumento das opções no mercado e pelo incentivo criativo que aquela inovação traria às empresas concorrentes.

Acontece que a teoria de Cunningham et al., assim como seus resultados empíricos, é restrita à indústria farmacêutica, motivo pelo qual, do ponto de vista metodológico, não é possível, neste marco teórico, replicar inteiramente as premissas utilizadas. Inicialmente, a restrição regulatória a que está submetida a inovação nos mercados farmacêuticos<sup>7</sup> é mais severa do que em mercados digitais. Inexistem critérios únicos e consensuais para definição dos mercados digitais e há diferenças consideráveis no processo de inovação entre os referidos mercados. Todavia e apesar disso, a definição de *killer acquisition* proposta pelos autores é pretensamente aplicável a toda teoria antitruste. Dessa forma, é o ponto de partida para a análise das aquisições eliminatórias nos mercados digitais pela influência que os autores exercem nos debates sobre o tema (VERÍSSIMO, 2021).

Ciente da incompatibilidade da definição de Cunningham *et al* aos casos fora do contexto farmacêutico, Levi Veríssimo (2021) se propôs a conceituar as aquisições eliminatórias de forma que estas se amoldassem especificamente ao mercado digital. Para tanto, o autor destacou três elementos caracterizadores das *killer acquisitions* em busca de uma definição fidedigna: a) desnecessidade de sobreposição; b) eliminação da inovação; c) supressão da concorrência atual ou potencial. Para ele, diferentemente do que sustenta a OCDE

---

<sup>7</sup> Holmström et al. (2019, p. 11) apontam ao menos quatro diferenças entre a inovação nos mercados digitais em relação ao farmacêutico: (i) a velocidade da inovação nos mercados digitais pode torna-la obsoleta em poucos anos; (ii) inovações tecnológicas podem ser disponibilizadas sem testes prévios extensivos (exigidos na indústria farmacêutica); (iii) as inovações tecnológicas podem ser replicadas por concorrentes – e a proteção intelectual nesses casos é limitada – o que aumenta a competitividade nesses mercados; e (iv) os mercados digitais são mercados pelos efeitos de rede (que serão abordados nesse estudo adiante), que são menos relevantes nos mercados farmacêuticos.

e Cunningham *et al*, as aquisições eliminatórias não se limitam às concentrações horizontais<sup>8</sup>, mas também podem ser constatadas em aquisições verticais e de conglomerado<sup>9</sup>.

Desnecessidade de sobreposição. O autor argumenta que, apesar de inexistir substitutibilidade direta entre os produtos ou serviços envolvidos pela operação, ainda há considerável possibilidade que estes interajam entre si em algum futuro próximo. Critica as análises doutrinárias no sentido de a restrição presumida a determinada classe de concentrações econômicas dever ser ao menos justificada, o que não ocorre na obra de Cunningham *et al*. ou no relatório da OCDE, por exemplo. Portanto, conclui-se na análise em tela que, no mercado “movido a dados”, para que ocorra as *killer acquisitions*, é prescindível que haja sobreposição horizontal entre as empresas participantes.

Eliminação da inovação. Quanto a esse tópico, para os autores Cunningham *et al* a empresa incumbente tem maior incentivo para adquirir e eliminar empresas inovadoras em mercados competitivos, em que o incumbente tem mais a perder se a inovação da empresa-alvo for desenvolvida com sucesso (CUNNINGHAM; EDERER; MA, 2018, p. 4). Veríssimo (2021), para comprovar tal argumento, utilizou-se da técnica contrafactual. Muito utilizada pela OCDE em seu relatório, essa técnica consiste em imaginar o cenário contrário àquele que está ocorrendo ou ocorrerá. No caso do dano à inovação, seria o caso de imaginarmos uma aquisição eliminatória sem a extinção do produto adquirido e verificar o resultado. Ora, se retirarmos a ocorrência do prejuízo à inovação, as *killer acquisitions* serão equivalentes a quaisquer outras aquisições.

Decorre desse fato que a destruição do produto inovador é figura central da teoria das *killer acquisitions*. Em bom português, aquisições de empresas nascentes e inovadoras, que não resultem na extinção do seu produto, são incompatíveis com a definição de aquisições eliminatórias. Tal conclusão evidencia que as aquisições eliminatórias são fenômenos extremamente danosos ao mercado. Autores como Tim Wu (2012, p. 3) e a Conselheira da Comissão Europeia Margrethe Vestager (2016a) comparam os efeitos negativos da eliminação da inovação aos da combinação de preços. Não sem razão, Vestager classifica a concorrência

---

<sup>8</sup> Concentrações horizontais podem ser definidas como aquelas que reúnem empresas concorrentes atuais ou futuras em um mercado relevante de produtos ou serviços, de modo que há substitutos relativamente próximos. É o caso da AMBEV no Brasil, cervejaria que comprou diversas outras empresas que se encontravam na mesma posição de mercado que ela, tornando-se empresa dominante no setor.

<sup>9</sup> As aquisições verticais unem empresas de diferentes estágios da cadeia produtiva. Uma concentração vertical, portanto, é quando uma empresa concentra todas as fases de produção de uma matéria-prima, da extração até a sua colocação final no mercado, em si. É o caso de uma distribuidora de peças automobilísticas que compra a montadora e a concessionária. O conglomerado, por sua vez, é um conjunto de empresas que estão envolvidas em negócios de diferentes setores e ramos da economia, sem que nenhuma das envolvidas forneça elementos à linha de produção das demais. Geralmente as empresas componentes dependem de uma mesma grande empresa matriz (*holding*).

como a mãe da inovação. Nas palavras de Herbert Hovenkamp (2011, p. 4), “há amplo consenso que os ganhos derivados da inovação são maiores que os ganhos da mera produção e comércio com tecnologia constante”<sup>10</sup>. Sendo teoria do dano antitruste que tem a proteção da inovação como seu objetivo principal, a teoria do dano das *killer acquisitions* tem papel fundamental a cumprir.

Concorrência em potencial. Para Cunningham *et al* a empresa alvo é adquirida para eliminar a inovação e “prevenir a concorrência futura”. O emprego do termo “futuro” e o experimento perpetrado pelos autores em sua obra indicam que é requisito da teoria o estágio potencial da concorrência. Assim, para os autores, as aquisições eliminatórias só ocorreriam em casos que a inovação se encontra inacabada, sendo escolha do adquirente dar continuidade ao projeto. Dessa forma, não se considera aquisições em que a inovação esteja plenamente desenvolvida e a operação seja concomitante à efetiva concorrência. Para Veríssimo (2021), tal restrição é injustificável do ponto de vista antitruste, pois limita indevidamente o escopo da teoria das aquisições eliminatórias: proteger a inovação (VERÍSSIMO, 2021, p. 69).

A teoria das *killer acquisitions* se presta à função principal de resguardar as inovações, e não avaliar a espécie de concorrência que se opera entre empresas. Portanto, foge à razão limitar o escopo da análise somente às concorrências em potencial e deixar o dano às inovações passar despercebido. Ademais, a aferição de concorrência potencial ou atual pode variar de acordo com a perspectiva de mercado relevante adotada pela autoridade regulatória. Se a categorização feita for mais genérica, é provável que a concorrência deixe de ser potencial e passe a ser atual.

Explica-se, no caso da disputa de mercado entre a Microsoft e a Netscape, por exemplo, que ocorreu na década de 90, se a definição de mercado fosse dada de forma ampla como “softwares eletrônicos” a concorrência não seria potencial. Isso porque, frente a esse mercado amplo, ambas as empresas já estavam consolidadas e, portanto, eram concorrentes. Entretanto, se classificarmos as mesmas empresas no mercado de “programas de navegação”, categoria mais específica, a Netscape poderia ser vista como concorrente potencial. Esta ainda estaria em fase de crescimento e desenvolvimento do seu projeto inovador<sup>11</sup>. Veja que tratamos de um

---

<sup>10</sup> “Nevertheless, there seems to be broad consensus that the gains to be had from innovation are larger than the gains from simple production and trading under constant technology”.

<sup>11</sup> O navegador Netscape já foi dominante em termos de quantidade de uso, mas perdeu a maioria para o Internet Explorer durante a guerra do primeiro navegador. Em meados de 1990, a quantidade de utilização de browsers Netscape era de mais de 90% porém caiu para menos de 1% até o final de 2006. Em janeiro de 2013, o navegador fechou com menos de 0,4% dos usuários mundiais. A Netscape desenvolveu o protocolo Secure Sockets Layer (SSL) para garantir a comunicação on-line, que ainda é amplamente utilizada, bem como JavaScript, a linguagem mais utilizada para client-side scripts de páginas web.

mesmo caso, porém através de duas concepções diversas. O dano à inovação seria o mesmo, mas, se seguirmos a classificação de Cunningham *et al* e desconsiderarmos empresas concorrentes atuais, o primeiro cenário nem passaria pelo crivo das agências antitruste no tocante às aquisições eliminatórias. Desse modo, concorda-se que, dentro do mercado digital a definição de *killer acquisitions* deve ser ampliada, de tal forma a englobar as concorrências potenciais e atuais.

Por todo o exposto, constata-se que, dentro da realidade dos mercados digitais, o conceito de aquisições eliminatórias pode ser melhor definido como: atos de concentração econômica cujo objetivo é eliminar ou restringir a inovação (VERÍSSIMO, 2021, p. 71). O modelo proposto por Cunningham *et al*, a despeito da sua extrema importância para análises antitruste de *killer acquisitions*, deve ser ampliado quando introduzido ao mercado digital. Este, como já mencionado, possui características diversas dos mercados farmacêuticos (cenário base da pesquisa de Cunningham *et al*). Assim, defende-se que, no mercado digital, há a desnecessidade de sobreposição horizontal – englobando aquisições verticais e conglomerados –, bem como estão inseridos os casos de concorrência atual, em que a inovação está desenvolvida e em operação no mercado.

### 2.2.2. Teoria do *nascent potential competitor*

A teoria do *nascent potential competitor*, como o próprio nome sugere, envolve as aquisições de empresas entrantes que seriam competidores em potencial. Está intimamente relacionada às *killer acquisitions*, porém o dano que gera à inovação é considerado menos grave pela doutrina antitruste<sup>12</sup>. Nas aquisições de competidor em potencial (também chamadas de “*zombie acquisitions*”) a competição é extinta, mas há a permanência do produto adquirido no mercado. Assim, o que diferencia as duas teorias é o destino da empresa-alvo: enquanto nas *killer acquisitions* há necessidade de descontinuidade do produto ou serviço, nas aquisições de competidor em potencial a inovação permanecerá no mercado. Os produtos poderão se desenvolver, mas sob às ordens e intenções da empresa adquirente. Logo, há apenas o exercício do controle sobre o produto ou serviço.

MacLennan *et al* (2019) definem as aquisições zumbis como a situação em que a empresa adquirente adquire uma empresa alvo que tem um produto ou serviço em estágio

---

<sup>12</sup> Vide Levi Veríssimo (2021), Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE (2020b), MacLennan *et al* (2019) e outros.

inicial, que pretende continuar (ou seja, não "matá-lo", mas "mantê-lo vivo"). Afirmam, entretanto que a consequência é a mesma de qualquer outra aquisição de controle exclusivo, ou seja, que o alvo será controlado pelo adquirente, e deixa de ser um jogador independente, e possivelmente deixa de evoluir para um grande concorrente que pode "derrubar" o mercado (MACLENNAN; KUHN; WIENKE, 2019, p. 1).

Veja que, como em qualquer outra teoria do dano, para entendermos os reais malefícios das *zombie acquisitions* devemos analisar as intenções das empresas incumbentes. No conceito de *zombie acquisition* é fundamental a finalidade de eliminar a ameaça competitiva através da aquisição. Um exemplo seria uma empresa de varejo comprar uma loja localizada nas suas proximidades, com o fim exclusivo de extinguir a pressão de fixação de preços independentes. Assim, teria mais margem para aumentar o preço dos produtos e restringiria o poder de escolha dos consumidores da região. Nesse exemplo, o dano perpetrado pela aquisição zumbi seria o tabelamento de preços e a redução da escolha.

Sem a análise finalística dos agentes, a definição literal do *nascent potential competitor* nos leva a entender que essas aquisições seriam supostamente regulares. A impressão seria que não haveria dano aparente perpetrado à concorrência, somente uma intenção da empresa adquirente de crescer e se valorizar no mercado. Para ilustrar tal fato, é válido retornarmos ao exercício do cenário contrafactual, executado para compreender as *killer acquisitions*. Concluimos que, sem a extinção da inovação, as aquisições eliminatórias seriam simplesmente aquisições comuns, lacuna em que se encontram justamente as aquisições do *nascent potential competitor*. Estas são aquisições com intenções anticoncorrenciais, mas caracterizadas pela continuidade do produto.

O cenário contrafactual aqui é bem mais abstrato e, portanto, desafiador às agências antitruste. É necessário, para aferir a ocorrência de aquisições zumbis, ponderar quais serão os possíveis cenários futuros, com ou sem a aquisição. Ou seja, como será o mercado competitivo com a empresa alvo autônoma e como será com a concentração realizada, e em qual destes a concorrência se acentuará. Ademais, deve-se buscar compreender as entrelinhas da operação e investigar as reais intenções da empresa incumbente com a aquisição efetivada. Evidente que não seria possível classificar um ato de concentração como anticoncorrencial aprioristicamente, sem levar em conta as motivações, os aspectos específicos da operação e, especialmente, o potencial dano à concorrência causado pela operação.

A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2020b) – OCDE – esclarece que a preocupação da empresa incumbente, no âmbito da teoria do *nascent potential competitor*, é que o produto adquirido possa crescer e se tornar um produto rival e, portanto,



controlar esse produto (mas não o matar), remove a ameaça competitiva que ele representa (OCDE, 2020b, p.10)<sup>13</sup>. Logo, depreendemos que as aquisições zumbis têm como pilares: a concorrência potencial; a continuação do produto adquirido; e a finalidade de eliminação da concorrência.

Neste trabalho, todavia, compreendemos que o requisito de concorrência potencial das aquisições zumbis, defendido pela OCDE (2020b), recai sobre o mesmo erro que a definição de Cunningham *et al*, das *killer acquisitions*, quando deslocadas ao mercado digital. Como explicado no tópico passado, a aferição das relações empresariais como concorrências potenciais ou atuais não é exata nem confiável, pois varia de acordo com a perspectiva adotada pela autoridade antitruste.

Conforme será minuciosamente estudado no capítulo seguinte, o caso da aquisição do *Instagram* e do *WhatsApp* pelo Facebook é exemplo de aquisição de *nascent potential competitor*. A *Federal Trade Commission* (FTC, 2021) alega em sua petição inicial que o *Facebook INC* adquiriu as duas empresas com o objetivo único de neutralizar as suas ameaças competitivas e criar um “fosso” que a protege da entrada de outras empresas no mercado de redes sociais, pelo menos através do compartilhamento de fotos móveis e mensagens móveis (*Instagram* e *WhatsApp* respectivamente)<sup>14</sup> (FTC, 2021, p. 76).

Entretanto, as empresas adquiridas eram agentes já consolidados no mercado digital. Assim, pode-se considerar, por um viés mais genérico, que as aquisições operadas foram horizontais, em que todos os agentes exerciam suas atividades no mercado de redes sociais. Nesse meio, embora os produtos não tenham tido substitutibilidade entre si, a concorrência era atual e não potencial, principalmente sob a ótica dos consumidores. Levi Veríssimo (2021, p. 71) destaca que:

Se Facebook, Instagram e WhatsApp forem considerados genericamente como pertencentes ao mercado de “redes sociais”, mesmo com as diferentes utilidades apresentadas por cada aplicativo nas duas pontas do mercado (anunciantes e usuários), a aquisição dessas últimas pelo Facebook não poderia representar, segundo a definição Cunningham *et al.*, uma aquisição eliminatória. Isso porque a concorrência

---

<sup>13</sup> “The concern here is that the acquired product might grow into a rival product, and hence that controlling that product (but not killing it), removes the competitive threat that it poses.”

<sup>8</sup> “Facebook’s continued ownership and operation of Instagram and WhatsApp both neutralizes their direct competitive threats and creates and maintains a “moat” that protects Facebook from entry into personal social networking by another firm via mobile photo-sharing and mobile messaging.”

entre as empresas, embora sobreposta de maneira horizontal, seria atual e não potencial.

Apesar de a tese de Veríssimo (2021) focar majoritariamente no fenômeno das *killer acquisitions*, o argumento acima transcrito permanece válido para as aquisições de *nascent potential competitor*. Se, no momento do escrutínio antitruste, a autoridade reguladora classificar de forma ampla o mercado relevante dos agentes, a relação empresarial será considerada como uma concorrência atual. Assim, caso o órgão regulador se atenha aos parâmetros dados pela OCDE (2020b), a aquisição seria desconsiderada como *zombie acquisition* e sairia ilesa. Pelos motivos expostos, cabe aqui, inclusive, tecer críticas quanto à nomenclatura da teoria do dano em voga – teoria do dano dos competidores potenciais –, que, na avaliação desta autora, não deveria evidenciar o suposto requisito de concorrência potencial.

Por sua vez, concordamos com o conteúdo do relatório recente da OCDE (2020b) no que concerne a continuação do produto adquirido e a finalidade de eliminação do concorrente como requisitos essenciais da teoria das *zombie acquisitions*. Tal afirmação pode ser embasada no experimento contrafactual há pouco desenvolvido. Sem a continuação da inovação, a aquisição ganha outra roupagem e se torna *killer acquisition*. Da mesma forma que sem a intenção de eliminação do concorrente, a *zombie acquisition* perde o seu caráter danoso e se transforma em uma operação ordinária.

A finalidade do agente de extinguir a concorrência é o fator mais importante das aquisições zumbis. Contudo, também é a principal fonte de complexidade para as autoridades antitruste as identificarem e impedirem. Mais adiante no presente capítulo e no final desta tese, serão trabalhadas as possíveis abordagens antitruste frente às aquisições de *nascent potential competitor*. Porém, adianta-se que o fator abstrato de avaliações regulatórias de contextos futuros incertos é o principal desafio encontrado atualmente pelos órgãos antitruste no mercado digital.

Abordaremos, a seguir, quais são as figuras que compõem as aquisições eliminatórias e as aquisições de concorrentes potenciais. Tangenciaremos quais os seus principais incentivos para assumirem os papéis de empresas adquirentes ou empresas adquiridas. O objetivo é que possamos formular teorias do dano compatíveis com o mercado digital e, para tanto, é fundamental assumir as perspectivas também dos agentes econômicos. Além disso, essas perspectivas são essenciais para se compreender a ocorrência das aquisições anticoncorrenciais e como identificá-las nos casos concretos.

### 2.3. Papéis e motivação das partes

Na legislação brasileira, as prevenções e coibições do descumprimento da ordem econômica estão previstas na Lei 12.529/2011, a chamada Lei Antitruste. No seu artigo 90, a Lei Antitruste esclarece que os atos de concentração envolvem fusões; aquisições; incorporações; ou, ainda, celebrações de contratos associativos, consórcio ou *joint venture* entre duas ou mais empresas. Especificamente quanto às aquisições, o inciso II as define como o ato que ocorre quando “uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas” (art. 90, II, da Lei n. 12.529)<sup>15</sup>.

Como se nota, os sujeitos de uma aquisição podem assumir papéis de agentes compradores – empresas adquirentes – ou de agentes que vendem seu controle ou parcela substancial da sua participação acionária – empresas-alvo. Assim, em primeiro relance, as aquisições consistem em relações econômicas simples, com poucos polos. Contudo, na análise de casos concretos, a realidade é outra. Operações complexas e com fins anticoncorrenciais – como as *killer e zombie acquisitions* – muitas vezes buscam se ocultar por detrás do aspecto simplista das aquisições. Dessa maneira, cabe às autoridades antitruste visualizarem as reais motivações e objetivos de cada polo. É o que se buscará explorar nos tópicos a seguir.

#### 2.3.1. Compradores

Os últimos anos foram caracterizados por uma atividade consideravelmente alta de aquisições envolvendo grandes empresas e startups altamente valorizadas, especialmente nos setores digital, farmacêutico e biotecnológico. O grande benefício das aquisições é que estas oferecem aos adquirentes uma alternativa ao crescimento orgânico. No lugar de investimentos dispendiosos e de longo prazo em P&D (pesquisa e desenvolvimento) ou crescimentos paulatinos da participação de mercado e das vendas, aquisições consistem em investimentos pontuais e eficientes, que trazem ganhos imediatos às companhias.

---

<sup>15</sup> Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: [...] II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

O *market share* – ou participação de mercado – é um dado que permite medir, em volume de vendas, a produção que cada empresa alcança em determinado segmento de mercado. Robert D. Buzzell *et al* alegam que um dos principais determinantes da rentabilidade do negócio é a participação de mercado e que, na maioria das circunstâncias, as empresas que alcançaram uma alta participação nos mercados que atendem são consideravelmente mais lucrativas do que suas rivais com ações menores (BUZZELL; GALE; SULTAN, 1975, p. 2)<sup>16</sup>. Uma aquisição resulta em uma cadeia de eventos: a empresa adquirente amplia a sua produção, impulsiona o seu número de vendas e aumenta o seu *market share*. Assim, pode ser motivada pela simples ambição dos empresários em busca do aumento da lucratividade ou pode ser uma resposta à ampliação de uma concorrente, sendo a aquisição uma forma de proteger a sua porcentagem e se manter competitivo no mercado.

Além de aumentar ou proteger *market share*, as adquirentes possuem como principais estratégias: ganhar acesso a novos recursos; aumentar sua economia de escala; atender à expectativa do mercado quanto ao crescimento da empresa; acessar novos mercados; e adquirir novos produtos e serviços. Primeiramente, ter acesso a novos recursos propicia às compradoras o complemento das suas linhas de produção em um determinado segmento. Tal objetivo é comumente observado nas concentrações verticais, em que as empresas incumbentes buscam reunir todas as fases de produção em si. Dessa maneira, empresas podem efetuar aquisições verticais a jusantes, sob às pretensões de terem controle sobre os insumos da sua produção.

Verificam-se ainda aquisições perpetradas com o fim de aumentar a economia de escala das adquirentes. A economia de escala faz referência à eficiência da produção empresarial. Assim, o seu acréscimo é aferido quando há o incremento de bens e serviços da empresa devido à melhor utilização dos fatores produtivos envolvidos no processo de confecção. É dizer, a economia de escala é um método de organização da produção, em que a empresa dará máxima utilidade aos insumos que possui, aumentando o volume de mercadorias, mas com a manutenção da saída do seu fluxo de caixa.

Outrossim, temos as aquisições que visam satisfazer as expectativas de crescimento da empresa impostas pelo mercado. Para perdurar no mercado, é imprescindível que as empresas se desenvolvam. Portanto, é comum que se estabeleça metas percentuais de crescimento anual ou mensal, que, em certas ocasiões, assumem a forma de compromissos frente aos investidores da empresa. Além disso, as metas se tornam cada vez mais ambiciosas e desafiadoras na medida

---

<sup>16</sup> “It is now widely recognized that one of the main determinants of business profitability is market share. Under most circumstances, enterprises that have achieved a high share of the markets they serve are considerably more profitable than their smaller-share rivals.”

em que a empresa vai crescendo. Isso pois, os objetivos são medidos por porcentagens do todo e, assim, os lucros intentados serão cada vez maiores e mais difíceis de serem atingidos através do crescimento orgânico. É nesse ponto que as F&A (fusões e aquisições) se mostram como boas alternativas. Como relatado alhures, com investimentos em aquisições, as grandes empresas conseguem aumentar os seus lucros de forma mais abrupta, conservando as expectativas dos seus investidores.

Por fim, temos as estratégias de acesso a novos mercados e de aquisição de novos produtos e serviços. Estas são essenciais para o estudo das *nascent potential competitor acquisitions* e das *killer acquisitions*. Como visto nos tópicos anteriores, o foco dessas teorias são a ocupação de um mercado de forma a extinguir um rival ou uma inovação. Sob a ótica do controle de concentrações, o objetivo dos incumbentes em adquirir novas empresas potencialmente inovadoras envolve a comparação de custos entre despendido determinado valor para adquirir a empresa e o valor que será potencialmente perdido com a entrada sucedida do novo produto (ou tecnologia). Conforme observa Robert Litan (2016, p. 2), novos concorrentes são alvos recorrentes dos incumbentes justamente por não terem, em tese, interesse na manutenção de um *status quo* para o qual não investiram. Assim, tem-se nos mercados digitais um cenário propício para que a aquisição do inovador seja economicamente menos onerosa para o adquirente do que a concorrência pela inovação.

Contudo Fayne e Foreman (2020) apontam que os dados dos investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D) pelas *Big Techs*<sup>17</sup> sugerem que estas não estão adquirindo concorrentes com vistas a evitar as inovações das empresas-alvo (FAYNE; FOREMAN, 2020, p. 10). Em sua obra, as autoras demonstram que, em 2017, as empresas que mais gastaram com P&D foram a *Amazon*, com um gasto de \$22 bilhões/ano, *Alphabet*, com \$17 bilhões; seguidas por *Samsung Electronics*, *Volkswagen*, *Microsoft*, *Huawei*, *Intel* e *Apple*. O argumento usado aqui é que, embora gastos internos com P&D seja um ótimo meio para inovação, a terceirização da inovação também pode ser uma estratégia benéfica para as grandes companhias.

As autoras adotaram a perspectiva de que pequenas empresas são mais ágeis e têm a oportunidade de experimentar técnicas diversas. Assim, através de um mecanismo de tentativa e erro, as startups podem evidenciar as inovações promissoras e ser adquiridas por uma empresa estabelecida, que, por meio do seu capital robusto, permitiria a tecnologia florescer. Em outras palavras, as grandes empresas deixariam as empresas menores competirem por ideias

---

<sup>17</sup> Nomenclatura dada ao grupo de grandes corporações de tecnologia que exercem o monopólio do mercado digital. As empresas englobadas pelo termo são *Google*, *Facebook*, *Apple*, *Amazon* e *Microsoft*.

vencedoras para então as adquirirem e lançar a tecnologia de uma maneira que teria sido difícil para a empresa menor fazer autonomamente.

Entretanto, apesar de concordarmos que muitas aquisições se dão de forma regular, esse entendimento não deve ser a razão para desconsiderarmos a ocorrência de práticas abusivas por parte das empresas dominantes. Os resultados empíricos de Cunningham *et al* (2018) indicaram uma estimativa de que 6% de todas as aquisições perpetradas no mercado farmacêutico é *killer acquisition*. Isso importa em aproximadamente 50 aquisições eliminatórias por ano. Não está sob discussão se a ocorrência das F&A é benéfica, é fato que estas são atitudes empresariais essenciais para se dar rotatividade ao mercado. Contudo, deve-se frisar que uma quantidade considerável de atitudes anticoncorrenciais está se utilizando da roupagem de aquisições regulares para sair despercebida e impune, mesmo acarretando grandes danos ao mercado.

### 2.3.2. Vendedores

Há diversos motivos pelos quais as pequenas empresas queiram ser adquiridas por empresas incumbentes. O *Silicon Valley Bank* – SVB – realiza pesquisas anuais específicas sobre startups, com o objetivo de coletar as impressões e expectativas dos pequenos empresários sobre a economia de inovação. Os resultados do último relatório estão publicados no *Global Startup Outlook* de 2020, tendo sido estudadas empresas dos Estados Unidos, Reino Unido, China e Canadá. Participaram da pesquisa 1.100 startups, das quais 69% eram do ramo tecnológico. A maioria delas era privada, de pequeno porte (com menos de 25 empregados), recentes (com menos de 5 anos de criação) e possuíam receitas menores que 25 milhões de dólares.

Quando questionadas sobre qual era a expectativa como fonte de investimento em 2020, 36% alegaram contar com investimentos de *venture capital* e, impressionantemente, 12% disseram que não planejavam aumentar a renda e que apostariam no seu crescimento orgânico. Todavia, o que nos é mais relevante nos dados levantados é a expectativa de aquisição futura das pequenas empresas. Nos Estados Unidos, Reino Unido e Canadá, cerca de 60% das startups possuíam como objetivo futuro serem adquiridas. Essa porcentagem decaiu consideravelmente em relação às empresas chinesas, dentre as quais 14% buscavam ser adquiridas, mas 46% planejavam abrir o seu capital ao mercado externo, com o lançamento de uma IPO<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> IPO é uma sigla utilizada para se referir ao termo em inglês: *Initial Public Offering*, que traduzido para português significa oferta pública inicial. Em resumo, essa sigla indica um processo no mercado financeiro em que uma empresa passa a ser de capital aberto com ações negociadas na Bolsa de Valores.

Tal disparidade entre as expectativas das startups dos países ocidentais e as chinesas é explicado pela SVB pelo fato que “a maioria dos empresários nunca espera alcançar o mercado externo (exceto na China, onde uma IPO é tipicamente o objetivo principal). E neste ambiente, às vezes é difícil apontar uma meta a longo prazo” (SVB, 2020, p. 7)<sup>19</sup>. Isso pois, lançar uma oferta pública inicial pode ser desafiador, principalmente para empresas pequenas, cujas receitas não são tão grandes. De início, deve-se levar em consideração o fator aleatório que está associado à realidade da Bolsa de Valores. Por exemplo, o ano de 2019 era para ter sido supostamente o “ano modelo” para as IPO’s, mas tal expectativa foi frustrada. Muitas empresas que tinham sido recentemente lançadas, sofreram grandes perdas e, as que planejavam lançar, reconsideraram a estratégia.

No final de 2019 somente 24% das ofertas públicas feitas tinham expectativas de terem rendas positivas em 2020 (SRINIVAS, 2019). A Uber, mesmo sendo a startup de tecnologia com o maior financiamento de capital (15 bilhões de dólares) nos Estados Unidos, lançou as suas ações, em maio de 2019, com um valor de \$42 e, em janeiro de 2020, essas ações haviam decaído para \$37. Frisa-se que o cenário relatado se deu previamente à crise do corona vírus. Assim, sendo o mercado de capitais imprevisível às empresas estabelecidas, não é de se surpreender que muitas startups estejam em busca de serem adquiridas do lugar de se arriscarem no mercado aberto.

Para além de uma estratégia de saída, a aquisição pode ser uma solução para os problemas que as pequenas empresas normalmente encontram à medida que crescem. À título de exemplo, é comum as startups enfrentarem limitações frente aos *venture capitals*. Há limitações tanto em relação ao montante que entrará como investimento, quanto ao momento que este estará disponível para o uso da empresa. Sem dinheiro disponível, evidente que se torna difícil angariar mão de obra de qualidade e que a oferta de salários terá teto restrito. Ademais, ao ganharem tamanho, as startups ficam sujeitas a mais regulações, o que necessariamente leva a um gasto maior com as questões jurídicas da empresa. Dessa forma, como Fayne e Foreman (2020) afirmam, se beneficiar de seu pequeno porte e da agilidade para depois se vender para empresas maiores para crescer, faz muito sentido para as empresas pequenas (FAYNE; FOREMAN, 2020, p. 10).

Para mais, a promessa de ser adquirida pode ser um grande incentivo para a geração de inovações e para a criação de startups, por oferecer segurança de saída. Como Cunningham *et*

---

<sup>19</sup> “While headlines both trumpet and criticize recent IPOs, the fact is most entrepreneurs never expect to reach a public market exit (except in China, where an IPO is typically the top goal). And in this environment, it’s sometimes hard to pinpoint a long-term goal.”

al. pontuam, “é possível que a presença de um canal de aquisição também tenha um efeito positivo no bem-estar, se a perspectiva de saída da empresa através da aquisição (por um titular) estimula a inovação *ex-ante*.” (CUNNINGHAM; EDERER; MA, 2019, pg. 40)<sup>20</sup>. Em síntese, a oportunidade de ser adquirido no futuro incentivaria o inovador a acelerar seu projeto, ocasionando a chamada inovação *ex-ante*. Para alguns autores<sup>21</sup>, esse seria um efeito líquido positivo das aquisições eliminatórias e das aquisições dos *nascent potential competitor*.

Contudo, entendemos que o benefício gerado pela inovação *ex-ante* não é motivo suficiente para se permitir a ocorrência das *killer e zombie acquisitions*. Os aspectos positivos de uma inovação *ex-ante* não compensariam os danos perpetrados pelas concentrações nascentes. Isso principalmente se considerarmos as *killer acquisitions*, que extinguem as inovações em um contexto pós-aquisição. Veja, de nada adianta incentivar a produção de inovações se depois estas serão desfeitas pela empresa adquirente.

Frente a essas perspectivas, entretanto, é preciso agora discutir se é de fato desejável que as autoridades antitruste atuem para resolver os problemas das *nascent acquisitions*. Para tanto, serão analisados adiante quais são os principais parâmetros que devem ser levados em consideração para se criar uma teoria do dano eficiente e benéfica ao mercado digital. É necessário delimitar uma boa teoria do dano não somente para que os órgãos regulatórios combatam atitudes anticoncorrenciais, mas para que eles também não incorram delas.

#### 2.4. Dano à concorrência e o papel da autoridade antitruste

Geoffrey A. Manne, presidente do *International Center for Law and Economics*, em depoimento ao Subcomitê Antitruste do Congresso Nacional dos Estados Unidos, referiu-se às *killer acquisitions* como “a aquisição de um concorrente nascente ou potencial com o objetivo de frustrar qualquer efeito competitivo que esse rival possa exercer antes que ele “cresça demais” (Manne, 2020, p. 38). Manne entende que o desafio das agências antitruste seria reconhecer como a vedação de aquisições anticompetitivas causaria menos danos ao consumidor com falsos positivos do que falsos negativos nas análises das operações. Assim, para o autor, a atuação antitruste mais intervencionista não tem lógica, pois tem o potencial de ser mais danosa do que benéfica, se incorrer em erros.

---

<sup>20</sup> “[I]t is possible that the presence of an acquisition channel also has a positive effect on welfare if the prospect of entrepreneurial exit through acquisition (by an incumbent) spurs *ex-ante* innovation.”

<sup>21</sup> Como Fayne e Foreman (2020).



A posição de Manne não é solitária na academia. Muitos juristas e economistas têm visto com cautela os pedidos de aplicação da teoria das *nascent acquisitions* para justificar a atuação preventiva ou repressiva dos órgãos antitruste. A visão conservadora pondera que agências devem levar em conta o custo do erro em sua decisão de vedar determinada operação. Isso especialmente quando utilizados como base argumentos de eliminação de inovação ou de um concorrente em potencial. Alegam que uma atitude antitruste mais rígida pode levar à vedação indevida de operações supostamente benéficas ao consumidor – referência aos casos falso positivos.

Por sua vez, existem autores que defendem a necessidade de mudança nos instrumentos de análise antitruste, em função do potencial nocivo das *nascent acquisitions*. Lina Khan, em evento conduzido pela *Federal Trade Commission*, destacou que:

[p]ode haver aquisições que não reduzam significativamente a concorrência em determinado mercado relevante, mas que posicionam a empresa dominante estruturalmente para detectar um rival nascente, de modo que a informação pode ser utilizada para realizar aquisições precoces (KHAN, 2018).

Para Khan, tais aquisições deveriam ser objeto de preocupação das agências. Isso pois, mesmo que não influenciem de modo direto no mercado relevante, privilegiam ainda mais a posição do incumbente e facilitam a aquisição precoce. Essa visão foi defendida novamente pela autora no seu famoso artigo *Amazon Antitrust Paradox* (KHAN, 2017), e também por outros autores (FEDERICO; MORTON; SHAPIRO, 2020; HEMPHILL; WU, 2020; WU, 2012).

Nesse contexto, a desarmonia presente na doutrina antitruste, quanto à importância da proteção da inovação, se mostra um desafio para a alteração da abordagem regulatória. Esta estará intimamente ligada com a afinidade teórica dos responsáveis pela aplicação da reforma. A adoção de parâmetros marcados por presunções estruturais voltadas para os grandes agentes é medida que encontra resistência entre adeptos do critério de bem-estar do consumidor, conforme visão neoclássica. Por outro lado, medidas dessa natureza encontram apoio entre os teóricos chamados Pós-Chicago, que defendem a necessidade de um Direito Antitruste mais interventivo.

Todavia, embora a eliminação da inovação como fator de preocupação concorrencial não seja questão exclusiva dos mercados digitais, ela ganha evidente destaque com a dinâmica desses mercados (GUTTERMAN, 1997). Ademais, a inovação acompanha a teoria antitruste

desde sua criação e, portanto, não pode ser ignorada pelo Direito Concorrencial. Como explica Ana Frazão:

No contexto das reflexões sobre os propósitos do Direito da Concorrência, a questão da inovação ganha destaque, seja em razão da sua importância, seja em razão da sua complexidade. Se há certeza que a inovação é um dos maiores benefícios que decorrem da competição, há muitas dúvidas sobre como tal preocupação pode ser incorporada na análise antitruste, especialmente nos mercados de alta tecnologia, internet ou os derivados destes (Frazão, 2017, p. 58).

A proteção da inovação representa a própria defesa da concorrência. É através da transformação do mercado por meio de produtos inovadores que novos agentes podem efetivamente concorrer com o agente dominante – resultando em redução de preços e aumento de qualidade ao consumidor final. Segundo Calvano e Polo (2020, p. 6), a ideia por trás desse argumento é a de que em um mundo com rápida inovação, potenciais entrantes possivelmente mitigam os efeitos sociais do poder de mercado exercido pelos grandes agentes.

Portanto, diante da tendência incessante à monopolização dos mercados digitais, a inovação exerce papel de potencial contestação aos monopólios: novos entrantes instigam os dominantes ao oferecer novos modelos de negócio. Nas palavras de Jean Tirole (2018), mercados em monopólios contestáveis são aqueles em que, se o agente deseja entrar, ele pode entrar. Por isso, a proteção da inovação merece especial atenção nos mercados digitais, em que barreiras de entrada são muito comuns pelos privilégios que as empresas incumbentes possuem. Podemos citar como exemplos a interoperabilidade<sup>22</sup>; os efeitos de rede<sup>23</sup>; e os *switching costs*<sup>24</sup>.

Além disso, é questionável a adequação das ferramentas tradicionais de análise antitruste para amenizar tais preocupações. Sendo as concentrações nascentes atitudes anticoncorrenciais que ganharam recentemente a atenção da doutrina antitruste, a realidade é

---

<sup>22</sup> A interoperabilidade é uma característica típica dos mercados digitais, nos quais é comum se ter produtos que, por se conectarem à rede, exigem requisitos técnicos de compatibilidade para conexão de *softwares* e *hardwares*.

<sup>23</sup> Os efeitos de rede acontecem quando a demanda de um projeto depende do número dos seus usuários. De modo geral, isso quer dizer que quanto mais consumidores tiver um produto ou serviço, maior será sua demanda, tanto de fornecedores quanto de usuários.

<sup>19</sup> *Switching Cost* ou Custo de Troca é o custo com que uma empresa ou pessoa precisa arcar para trocar de produto, fornecedor ou prestador de serviço. À título de exemplo, para trocar de operadora de celular, é necessário solicitar a portabilidade do número, adquirir novo chip, pagar eventuais multas de fidelidade da operadora atual etc. Todos esses custos somados compõem o custo de troca. Empresas com produtos muito especializados e com baixa competição geralmente aumentam de forma abusiva o custo de troca para maximizar os seus lucros e desestimular a saída dos seus consumidores.

que há uma incontestável carência de precedentes desses casos. Assim, para que se tenha uma resposta regulatória adequada e eficiente, exige-se uma teoria do dano apropriada. Como Veríssimo (2021) explica:

O objetivo de construir uma teoria do dano é fornecer um mapa às autoridades e agentes econômicos para que não só percebam as premissas que levam a considerar determinada prática anticompetitiva, mas também não incorram nela. Assim, interessados e concorrentes podem ter acesso a informações claras sobre os critérios de configuração de determinada prática e, em casos de notificação de operações, sabem quais elementos serão considerados pela autoridade durante a análise e quais preocupações serão levadas em conta sob a ótica daquela teoria do dano. (Veríssimo, 2021, p. 74)

Para a teoria das concentrações nascentes, é essencial que a atuação antitruste efetue a mensuração dos danos causados e delimite os parâmetros para a sua aplicação na prática. Mesmo entre aqueles que admitem a necessidade de alteração nos paradigmas de análise antitruste, inexistente consenso teórico quanto ao principal desafio para as autoridades. Para Baker (2007, p. 10), seria isolar o efeito da eliminação da inovação à concorrência. Por sua vez, a OCDE aponta em seu relatório a dificuldade em traçar um cenário contrafactual hipotético de ausência da concentração, ou seja, em imaginar como seria o processo competitivo se a operação fosse reprovada pela autoridade antitruste. Mesmo com essas ressalvas, a OCDE aponta que não há razão para que a inovação seja desconsiderada na análise antitruste, ou mesmo reservada a determinados mercados (OECD, 2020b, p. 16).

Portanto, é necessário observar que eventual reforma no modo de atuação das agências antitruste deve levar em consideração a dificuldade em mensurar critérios não quantificáveis, especialmente em mercados dinâmicos como os digitais. Brandenburger et al. (2017, p. 32) sugerem dois pontos de especial atenção para a reforma: (i) evitar a onerosidade excessiva das empresas interessadas na transação; e (ii) evitar que as agências se ocupem desnecessariamente de operações com reduzida capacidade de gerar efeitos anticompetitivos.

Dando especial atenção às questões acima levantadas, buscaremos traçar agora os parâmetros de uma teoria do dano para enfrentar o advento das *killer* e *zombie acquisitions*, adequada aos mercados digitais. Para isso utilizaremos os ensinamentos de Zenger e Walker (2012). Os autores afirmam que uma teoria do dano bem desenvolvida deve observar quatro aspectos: (i) articular como o processo competitivo e, em última análise, os consumidores serão prejudicados em relação a um cenário contrafactual definido adequadamente; (ii) ser

logicamente consistente; (iii) ser consistente com os incentivos enfrentados pelas partes; e (iv) ser consistente (ou, ao menos, não inconsistente) com a evidência empírica disponível. (ZENGER; WALKER; 2012, p. 1).

#### 2.4.1. O cenário contrafactual

O cenário contrafactual, que deve ser delimitado de modo que vislumbremos os danos causados à concorrência e aos consumidores, é um dos principais desafios para a criação de uma teoria do dano das concentrações nascentes. A dificuldade central aqui é trabalhar em cima de previsões sobre o que pode ocorrer caso as empresas adquiridas permaneçam ativas. Como mencionado, os casos concretos de aplicação das *nascent acquisitions* são escassos e, logo, não há evidência empírica suficiente para que se delimite um cenário contrafactual base. Deve-se pensar nas consequências práticas, tanto para a empresa adquirida, quanto para empresa adquirente, e analisar em quais dos cenários montados a concorrência é preservada. No cenário hipotético buscado, a empresa-alvo deve estar disposta a se manter autônoma e inovadora sem a operação, apresentando contestabilidade ao adquirente no mercado.

Assim, segundo o relatório da OCDE (2020b, p. 21), os aspectos a serem levados em consideração em um cenário contrafactual são se a empresa-alvo conseguiria se manter enquanto empresa autônoma e, em caso de conclusão positiva, quanta concorrência ela geraria. Por exemplo, seria ela capaz de adquirir investimentos para subsistir? Ademais, é provável que, mais adiante, a mesma empresa-alvo seja adquirida por outra empresa grande? Essa “segunda” aquisição geraria empecilhos à concorrência? Noutro giro, tendo sido frustrada a tentativa de aquisição, deve-se ponderar sobre as próximas atitudes da empresa incumbente. Seria mais provável que a adquirente decida investir nas suas inovações e desenvolver um produto inovador parecido com o da empresa entrante? Ou seria mais plausível que ela efetue outra aquisição e que esta outra não seja um risco para a concorrência?

Evidente que formular um cenário contrafactual de forma que este prescindia de uma avaliação de cenários preditivos é preferível. Todavia, para que isso seja possível, é necessário que as autoridades antitruste mudem a sua abordagem para que se adequem aos aspectos objetivos da norma, diante de elementos concorrenciais de fato. Para tanto, os órgãos regulatórios deverão exigir mais dos agentes econômicos nas suas avaliações. Atitudes como alteração dos critérios de notificação com crivo mais rígido por parte das autoridades regulatórias, ou a inversão do ônus da prova às empresas incumbentes são medidas a serem consideradas.

Somente a partir da exigência de mais informações dos agentes econômicos é que as autoridades antitruste terão arcabouço fático suficiente para criar um cenário contrafactual objetivo. Alguns autores criticarão alegando que ainda se tratam se aspectos abstratos, entretanto o aumento da rigidez antitruste é o único meio pelo qual se prevenirá as concentrações nascentes. Conforme a OCDE bem explica seu relatório:

Alguns inevitavelmente criticarão qualquer tentativa de responder a essas perguntas como sendo irremediavelmente especulativas, e argumentarão a favor da inação precaucionaria. Entretanto, a inação é, naturalmente, uma escolha em si mesma, e que só pode ser racionalizada como resultado de diferentes respostas a estas questões especulativas. Portanto, as questões em si não podem ser evitadas se uma agência tiver que cumprir suas obrigações. Tudo o que as agências podem fazer é procurar coletar as evidências disponíveis e respondê-las da melhor forma possível. (OCDE, 2020b, p.22 – tradução livre)<sup>25</sup>

Dessa forma, não é possível ignorar a importância da inovação para o processo competitivo nos mercados digitais. A impossibilidade de comprovação prática de que certas operações que escaparam o escrutínio antitruste levaram à eliminação de um agente inovador competitivo, não significa que o cenário contrafactual seja inexistente. Diversas alternativas surgem como ferramenta de observação dos cenários contrafactuais para aferição do risco à inovação decorrente de determinada aquisição. Estudaremos no último capítulo do presente trabalho quais são elas e como elas se ajustariam às situações de *nascent acquisitions*.

#### **2.4.2. Incentivos à inovação e a sua eliminação**

Conforme trabalhado em item anterior<sup>26</sup>, as pequenas empresas possuem diversos incentivos para que sejam adquiridas por empresas maiores. Entretanto, neste tópico analisaremos esses incentivos em relação à produção de inovações. Um exemplo de estímulo à inovação foi o efeito, já discutido, da inovação *ex-ante*, explorado por Cunningham *et al.* (2018). De acordo com os autores, é possível que a promessa de aquisição futura seja uma forma

---

<sup>25</sup> “Some will inevitably criticise any attempt to answer these questions as hopelessly speculative and will argue for pre-cautionary inaction. However, inaction is of course a choice in itself, and one that can only be rationalised as the result of different answers to these speculative questions. Therefore, the questions themselves cannot be avoided if an agency is to fulfil its duties. All that agencies can do is seek to collect the evidence that is available, and answer them as best they can.”

<sup>26</sup> Vide tópico 2.3.2.

de incitar as empresas-alvo a investirem mais na sua produção criativa, o que levaria ao aumento das inovações em menor lapso temporal e, conseqüentemente, ao aumento de variedades no mercado.

Entretanto, quando as aquisições realizadas têm por efeito extinguir os produtos inovadores, os aspectos positivos da inovação *ex-ante* não surtem efeitos. Esse é o real problema das concentrações nascentes, os reflexos sobre as inovações, *ab initio*, podem ser benéficos, devido aos benefícios que atitudes aquisitivas podem ter, mas, no longo prazo, o que se nota são mercados mais concentrados e menos variados. Há extensa literatura econômica apontando a relação entre o aumento do incentivo à inovação por meio do cenário competitivo. O que se tem é que quanto maior o número de agentes e menores as barreiras à entrada, maiores os estímulos à inovação. Tal conclusão não é de se surpreender, haja vista termos como fato que a inovação e a concorrência são fatores diretamente proporcionais.

Nesse sentido, Mermelstein et al. (2020) chegam a conclusões interessantes ao observarem a evolução de indústrias. O estudo se desenvolveu em cima de comparações entre situações com concentrações excessivas e o tamanho do investimento direto feito em pesquisa e desenvolvimento – P&D. Com base em evidências empíricas, os autores concluem que um cenário de leniência no controle de estruturas incentiva a postura de *entry for buyout* dos novos entrantes. Isto é, o objetivo da entrada no mercado não é mais a permanência, mas apenas o alcance de determinado grau de atratividade financeira para que sejam vendidos posteriormente aos incumbentes.

Nesse contexto, a atitude branda das agências antitruste motivaria as entradas de pequenas empresas que objetivam somente a sua aquisição. Isso ocorre pois, com a ausência de um crivo regulatório mais rígido, as empresas incumbentes concluem que o investimento pontual que uma aquisição requer é menor do que o investimento que seria depreendido para se desenvolver inovações. Tim Wu (2012) aponta que, se a exclusão de um concorrente por meio da aquisição for economicamente menos custosa para o incumbente do que o investimento em inovação, esta alternativa será considerada racionalmente. A aquisição, nesse cenário, é potencialmente mais vantajosa para um agente monopolista. De igual modo, para Zenger e Walker (2012, p. 29), os efeitos anticompetitivos são prováveis apenas quando o agente possui o incentivo e a habilidade de agir de modo anticompetitivo.

Assim, para a proteção da inovação, mostra-se necessário que as agências antitruste tornem a aquisição e posterior eliminação da competição menos vantajosa aos adquirentes. A teoria do dano deve traçar um caminho a partir do qual as atitudes reguladoras assumidas dificultam a aquisição de novos entrantes que tenham como objetivo eliminar a inovação ou a

concorrência. Contudo, a dificuldade continua sendo como as agências deverão agir se a comprovação de danos concorrenciais só se dará no futuro. Por isso, é imprescindível a observação empírica da eliminação do produto adquirido ou da rivalidade no mercado.

### **2.4.3. Consistência lógica da teoria do dano**

Levi Veríssimo (2021, p. 79) pontua que há duas dificuldades claras em relação aos mercados digitais: (i) o fato de não haver um repositório confiável com informações sobre inovações, pesquisa e desenvolvimento nesses mercados – diferentemente do que ocorre na indústria farmacêutica; e (ii) ao tratarmos de atuação preventiva da autoridade antitruste, há dificuldade natural em traçarmos um cenário contrafactual baseado apenas em suposições de como o mercado atuaria caso aquela operação não ocorresse, de modo que o caminho mais seguro é orientar a elaboração de presunções estruturais com base no cenário atual.

Além disso, temos a problemática dos casos falso positivos ou falso negativos. O custo do erro é, para muitos doutrinadores antitruste, o principal argumento a favor da inércia antitruste frente ao controle de estruturas. Para Frank Easterbrook (2013, p. 10–11), teórico da Escola de Chicago, o custo dos falsos positivos – reprovação de operações que eram na verdade economicamente relevantes e benéficas – na defesa da concorrência é potencialmente mais alto do que dos falsos negativos – aprovação de operações que eliminam concorrentes e inovações. Isso pois, de acordo com o autor, o próprio mercado seria capaz de mitigar os danos dos falsos positivos, mas não evitariam as distorções causadas pelos falsos negativos.

Entretanto, ambos os casos são inevitáveis. Percebe-se que o custo do erro é observável tanto na hipótese de impugnação de uma operação pró-competitiva, quanto na aprovação de atos de concentração anticompetitivos. Assim, não pode ser argumento utilizado para afastar indistintamente a possibilidade de intervenção antitruste de operações potencialmente prejudiciais à concorrência e ao consumidor. É um fator que está intimamente ligado às técnicas preditivas. É evidente que, caso a decisão sobre aprovação ou reprovação esteja baseada unicamente em informações aferíveis no futuro, o exercício do controle de estruturas dependerá sempre de instrumentos preditivos incertos.

Para mais, conforme aponta relatório da OCDE (2020a), nas últimas décadas inexistiram registros de reprovação de operações efetuadas nos mercados digitais. Em outras palavras, não foram relatados erros de natureza “positiva”. O fato de não terem sido identificados casos falso positivos em décadas dentro de um mercado relevante, aponta claramente para uma atuação incipiente das autoridades antitruste. Era de se esperar, portanto, a conclusão do relatório da

OCDE: é impossível falar em atuação excessiva dos órgãos regulatórios. Entendimento idêntico foi encontrado no Furman Report (2019, p. 91) da autoridade britânica de defesa da concorrência.

No Brasil, estudos empíricos da consultoria Distrito<sup>27</sup> apontam para uma subnotificação de casos concorrencialmente sensíveis. Isso demonstra que a preocupação a ser considerada não é somente a atuação em si das autoridades antitruste, mas também a comunicação destas com os agentes econômicos. Especialmente no cenário brasileiro, a prática regulatória sobre a concorrência ainda é incipiente e insuficiente para orientar a atuação dos agentes de maneira clara. A consistência lógica da aplicação das teorias aos casos práticos depende da própria autoridade, com a observância de seus precedentes e a elaboração de guias para orientação dos agentes interessados. Além disso, é importante que as autoridades levem em consideração as realidades locais na elaboração desses parâmetros, pois as teorias econômicas nunca serão desassociadas da sociedade em que se inserem.

Por todo o exposto, concluímos que a teoria do dano às concentrações nascentes deve, primeiramente, ser capaz de assimilar a relevância e o impacto da inovação para os comportamentos nesses mercados. Em seguida, para que seja possível reduzir o risco de erro, a proibição de aquisições deve se pautada em presunções estruturais e indícios sólidos e críveis de efeitos. E por fim, a teoria deve investigar detida e criteriosamente as justificativas negociais pró-competitivas apresentadas pelos agentes econômicos interessados, principalmente quando pautadas em práticas ou produtos inovadores, considerando ainda o histórico aquisitivo desses agentes no mercado relevante.

---

<sup>27</sup> Relatório *Inside Venture Capital* Brasil, publicado em dezembro de 2019. Disponível em: <https://docsend.com/view/eds2ez5>. Acesso em 20.09.2021.



### 3. ANÁLISE DO CASO *FEDERAL TRADE COMMISSION* (“FTC”) vs. *FACEBOOK INC*

#### 3.1. Contextualização

A presente tese se propõe a decompor as possíveis atitudes antitruste frente às concentrações nascentes. Como demonstrado no primeiro capítulo, tal tarefa é desafiadora, seja pela falta de definições uníssonas na doutrina antitruste, ou pela inexistência de precedentes. Estabelecido que são atitudes de agentes econômicos cujas intenções anticoncorrenciais só serão descobertas e produzirão reflexos em cenário futuro, a discussão se torna bastante abstrata. Nesse contexto, optou-se por um recorte metodológico que possibilitasse visualizar as teorias do dano em um contexto palpável e prático. Assim, foi selecionado o caso emblemático, ainda sob julgamento em Tribunal norte-americano, *Federal Trade Commission vs. Facebook INC*. Esse litígio está em seus primeiros momentos, de forma que, até a conclusão do presente trabalho, ainda não tinha sido apresentada contestação pelo Requerido ou proferida decisão definitiva pela autoridade judicial.

O Réu, *Facebook INC*, é uma empresa de capital aberto, com fins lucrativos. Os seus principais negócios são tecnologias que facilitam interações e comunicações digitais, incluindo *Facebook Blue* e *Instagram*, que fornecem redes sociais pessoais; assim como *Facebook Messenger* e *WhatsApp*, que fornecem serviços de mensagens móveis. A Autora, *Federal Trade Commission*, ou simplesmente FTC, consiste em agência federal norte americana que se propõe a proteger os consumidores e a concorrência através da intervenção administrativa. Criada em 1914, a FTC tinha o propósito específico de lidar com monopólios. Entretanto, atualmente, possui como pilares principais o incentivo à inovação e à competição, através do resguardo dos interesses dos consumidores.

Dessa forma, a FTC busca coibir práticas anticoncorrenciais, enganosas e desleais no mercado *lato sensu*, através da aplicação da lei e da transparência. Contém como intuito maior a promoção da competição e, naturalmente, suas intervenções são pautadas também na não obstrução de atividades comerciais legítimas. Para tanto, é essencial que regras sejam criadas. A legislação antitruste é uma ponte de comunicação entre as expectativas das autoridades reguladoras e os interesses dos agentes econômicos. É precisamente esse intercurso que legitima a condução de investigações pela FTC quando processam empresas e indivíduos que violam a legislação.

Nesse sentido, a legislação antitruste é clara ao reprimir monopólios tão somente quando estes são atingidos através de condutas anticoncorrenciais. Portanto, ao processar o *Facebook INC* a FTC não busca demonstrar que aquele possui o monopólio do mercado relevante, mas que os meios utilizados para tal fim foram contrários às regras concorrenciais. Para isso, a agência reguladora norte americana acusa o Facebook de ter adquirido o *WhatsApp* e o *Instagram* apenas para excluir a concorrência e impedir a entrada de novos rivais. Logo, a FTC aborda as aquisições de *nascent potential competitor*, sendo o caso sob análise um verdadeiro divisor de águas na doutrina antitruste. Inova, pois, enfrenta atos de concentração de uma *Big Tech* com base em argumentos advindos de uma teoria do dano recente e que ainda possui controvérsias na doutrina antitruste.

Nesse viés, em 9 de dezembro de 2020, a FTC processou o Facebook, alegando que a empresa está mantendo ilegalmente seu monopólio pessoal de redes sociais. Isso porque teria praticado anos de condutas anticompetitivas. A decisão de processar a *Big Tech* ganhou na votação da Comissão por 3 (três) a 2 (dois)<sup>28</sup>, após investigação feita em cooperação com uma coalizão de Procuradores-Gerais de 46 Estados e o Distrito de Columbia. A FTC alega que o Facebook se engajou em estratégia sistemática para eliminar as ameaças a seu monopólio. A estratégia incluiria a aquisição em 2012 da concorrente Instagram; a aquisição em 2014 do aplicativo de mensagens móveis WhatsApp; e a imposição de condições anticompetitivas aos desenvolvedores de software.

A Autora sustenta que essas condutas prejudicam a concorrência, deixando os consumidores com poucas escolhas para redes sociais pessoais e privando os anunciantes dos benefícios da concorrência. Nesse contexto, em 28 de junho de 2021, o Tribunal do Distrito da Columbia proferiu decisão, rejeitando a denúncia. Na sua decisão, o juiz James Boasberg, do Tribunal Distrital dos EUA para o Distrito de Columbia, disse que o FTC não conseguiu demonstrar que o Facebook tinha poder de monopólio no mercado de redes sociais. Ainda assim, no dia 19 de agosto de 2021, a autoridade antitruste decidiu prosseguir com o processo e apresentou emenda à inicial. Esta trouxe dados e provas adicionais para apoiar as alegações da agência antitruste.

É na emenda à inicial que basearemos o presente trabalho. Exploraremos os argumentos apresentados pelo órgão antitruste, bem como quais seriam os danos ao mercado cometidos pelas condutas praticadas pelo Réu. Pretende-se realizar um panorama geral das condutas do Facebook para, por fim, realizar uma análise crítica quanto às possíveis atitudes que poderiam

---

<sup>28</sup> Votaram não os Comissários Noah Joshua Phillips e Christine S. Wilson.

ser tomadas pelo órgão regulador. O intuito não é fazer um juízo de fato sobre o caso ou mesmo chegar a uma conclusão sobre a ocorrência ou não de ilegalidades. O que se almeja é se utilizar do caso concreto para então ver quais seriam as atitudes cabíveis frente às condutas anticoncorrenciais apontadas e, para isso, é essencial o desenvolvimento do presente capítulo. Primeiro, é necessário compreender a complexidade e a magnitude das condutas supostamente perpetradas, para depois se analisar como que a autoridade brasileira poderia atuar, nos moldes da legislação pátria. É o que se passará a ver.

### **3.2. Natureza do litígio**

Contando com mais de três bilhões de usuários regulares, o Facebook domina de forma global o mercado das redes sociais. De acordo com a FTC, o Requerido mantém sua posição de monopólio em boa parte devido à estratégia adotada e expressa pelo seu CEO, Mark Zuckerberg, em 2008: "é melhor comprar do que competir"<sup>29</sup>. De acordo com a FTC, a estratégia da empresa dominante é rastrear potenciais rivais e adquirir aqueles considerados como sérias ameaças competitivas. Além das aquisições anticoncorrenciais, a FTC aponta para a adoção de políticas de negociações condicionais abusivas, feitas com o intuito de erguer ou manter barreiras de entrada no mercado e neutralizar outras ameaças competitivas identificadas.

De fato, o Facebook detém o poder de monopólio no mercado de serviços de redes sociais pessoais ("redes sociais pessoais" ou "serviços de redes sociais pessoais") nos Estados Unidos principalmente devido a seu controle das redes Facebook Blue e Instagram. Estas são duas das maiores e mais lucrativas redes sociais do mundo. Os dados trazidos pela agência antitruste são claros em demonstrar que nenhum outro fornecedor de redes sociais pessoais nos Estados Unidos se aproxima da escala do Facebook. O Snapchat seria o próximo maior fornecedor de serviços de redes sociais pessoais e, mesmo assim, possui dezenas de milhões de usuários mensais a menos do que o Facebook Blue ou o Instagram.

É incontestável que a posição dominante proporciona ao Facebook lucros espantosos. Para isso, sua estratégia principal é monetizar o seu monopólio pessoal de redes sociais através da venda de publicidades. Assim, coleta dados sobre os usuários, tanto em sua plataforma, quanto em toda a Internet, e explora este grande volume de dados sobre as atividades, interesses e afiliações dos usuários para vender propagandas comportamentais. Para que se tenha uma

---

<sup>29</sup> "it's better to buy than compete" (FTC, 2021, p. 1)

ideia, somente no ano passado (2020), o Facebook gerou receitas de mais de US\$ 85 bilhões e lucros de mais de US\$ 29 bilhões.

Todavia e como o próprio Facebook reconhece, o seu monopólio é protegido por altas barreiras de entrada e fortes efeitos de rede. A lógica é que o valor que os usuários dão à rede social é diretamente proporcional à quantidade de pessoas conhecidas daquele que são membros da mesma rede. Noutra giro, um novo concorrente enfrenta dificuldades significativas para atrair uma base de usuários satisfatória para competir com a rede dominante. Os próprios documentos internos do Facebook atestam isso. Conquistar usuários através de uma rede social construída em torno de uma mecânica particular existente e utilizada por um operador estabelecido com escala dominante, é muito mais desafiador. Muitas vezes, mesmo uma empresa entrante, com produto superior, não consegue sustentar os efeitos de rede usufruídos por uma rede social pessoal de um operador estabelecido.

Fortes efeitos de rede<sup>30</sup> podem causar uma dessimetria na concorrência do mercado relevante, visto que podem isolar uma empresa dominante de ameaças competitivas. Entretanto, a desarmonia pode ser combatida através do surgimento de tecnologias disruptivas ou inovadoras que abram novas formas de conexão para os usuários. Em um ambiente competitivo, o sucesso do Facebook dependeria de sua capacidade de se antecipar e adaptar a períodos de transição tecnológica, desenvolvendo ferramentas inovadoras que criem valor para a rede social da empresa. Em outras palavras, o mercado – principalmente o digital – exige que os agentes econômicos estejam em constante desenvolvimento. Todavia, a FTC afirma que o Facebook foi incapaz de manter seu monopólio por meio de uma concorrência justa. Alega que a liderança do Facebook chegou à conclusão de que lhe faltava o talento empresarial necessário para manter seu domínio em meio às mudanças do mercado. Os executivos da empresa estariam enfrentando então as ameaças comprando novos entrantes que estavam tendo sucesso onde o Facebook falhou.

Um período crítico de transição na história da internet, e na história do Facebook, foi o surgimento dos *smartphones* e da internet móvel em 2010. O advento dessas tecnologias remodelou a economia digital, permitindo que as pessoas se conectassem em qualquer lugar. À medida que a adaptação dos usuários ocorria, surgiram oportunidades para empresas inovadoras e de ponta desafiarem o Facebook e outras empresas dominantes da era do *desktop*. As ofertas de *venture capital* e outras formas de financiamento para startups cresceram

---

<sup>30</sup> Efeito de rede é uma característica intrínseca ao mercado de redes sociais. Consiste na valorização de um produto ou serviço de forma diretamente proporcional à quantidade de usuários. Logo, quanto mais usuários a rede social possuir, maior o seu valor aos olhos dos consumidores.

extraordinariamente. Foi nesse contexto que surgiu a Instagram, permitindo que os usuários se conectassem através do compartilhamento de fotos, e o WhatsApp, fornecendo serviços de mensagens. Essas startups se difundiram no mercado rapidamente.

Frente a essas transformações, o Facebook reconheceu que a transição para o celular representava um desafio e que possuía tempo limitado para conter as ameaças móveis emergentes. É nesse momento que a FTC aponta que o Facebook, no lugar de competir por meio de talentos comerciais, desenvolveu uma estratégia anticoncorrencial para manter sua posição dominante. Aquela seria de adquirir empresas que poderiam emergir como concorrentes ou mesmo ajudar ameaças competitivas. Ao comprar essas empresas, o Facebook eliminaria a possibilidade de os rivais aproveitarem o poder da internet móvel para desafiar o seu domínio. O Requerido teria ainda implementado uma série de políticas anticoncorrenciais que impediram o amadurecimento de empresas concebidas como ameaças competitivas. Segundo a FTC, o Facebook impôs essas políticas em negociações com desenvolvedores terceirizados de aplicativos de software que operavam ou que estavam conectados a sua plataforma.

A interface do Facebook vem sendo utilizada pelos programadores desde 2007, ano em que a empresa ativamente os convidou a atuarem na sua plataforma. Esse acesso concede aos desenvolvedores ingresso aberto a interfaces de programação de aplicativos (APIs<sup>31</sup>) e ferramentas necessárias para se interconectarem com o Facebook. Por certo, essa política de acesso aberto impulsionou o envolvimento dos desenvolvedores e usuários com a empresa dominante, que, por sua vez, aumentou os seus lucros de publicidade. Acontece que, à medida que os desenvolvedores expandiram as suas ofertas populares, eles passaram a ser vistos como possíveis ameaças pelo Facebook. Este reconheceu que os desenvolvedores poderiam ajudar os rivais emergentes ou até mesmo o desafiar diretamente.

Em resposta, o Facebook reconfigurou suas políticas de API em uma arma anticompetitiva. Os desenvolvedores só poderiam acessar a plataforma do Facebook se concordassem (i) em não competir com os principais serviços do Facebook e (ii) em não facilitar o crescimento dos seus potenciais rivais. Os desenvolvedores de aplicativos ou sites que se mantiveram fiéis ao Facebook, aderindo a essas condições, tiveram acesso a valiosas interconexões da plataforma. Em contraste, os desenvolvedores de aplicativos que trabalhavam com potenciais concorrentes, ou eles mesmos surgiam como potenciais ameaças competitivas, do Facebook perderam acesso a essas interconexões, forçando alguns a fecharem seus negócios.

---

<sup>31</sup> A sigla API's vem do termo em inglês "*application programming interfaces*".

Ao impedir o desenvolvimento de alguns negócios promissores, o Facebook reduziu as oportunidades disponíveis para as empresas nascentes. Em outras palavras, a petição inicial da demanda argumenta que o Facebook venceu os concorrentes não melhorando seu próprio produto, mas impondo restrições anticompetitivas aos desenvolvedores. De acordo com a FTC, por meio dessas ações, o Facebook simultaneamente implementou esquema anticompetitivo que impediu que empresas diferenciadas e inovadoras ganhassem escala e permitiu que o Facebook mantivesse seu domínio. Assim, esse *modus operandi* eliminou os rivais nascentes e extinguiu a possibilidade de outras plataformas da Internet superar as barreiras de entrada que protegem a posição de monopólio do Requerido.

Ao fazer isso, o Facebook priva os usuários pessoais das redes sociais dos benefícios da concorrência, incluindo maior escolha, qualidade e inovação. Além disso, o Facebook suprime a concorrência significativa para a venda de publicidade. Veja que muitos provedores de redes sociais pessoais monetizam suas plataformas através da venda de publicidade. Dessa forma, mais competição nesse mercado significa também mais competição no fornecimento de publicidade. Logo, ao monopolizar as redes sociais pessoais, o Facebook também priva os anunciantes dos benefícios da concorrência, como preços de publicidade mais baixos, maior qualidade do produto e inovação relacionada à publicidade.

A FTC defende que o curso de conduta ilegal do Facebook para manter seu monopólio continua até hoje. Assim, o Réu mantém e opera os ativos das startups adquiridas e os posiciona de tal forma a se criar uma “barreira” protetora em torno do seu domínio. Afirma-se que, a menos que as suas condutas sejam reguladas, o Facebook continuará a monitorar as ameaças competitivas e as adquirir de maneira anticoncorrencial.

### **3.3. Histórico do mercado relevante**

No início dos anos 2000, surgiram as redes sociais online. Possibilitadas pelo uso generalizado de computadores pessoais e a conectividade à Internet, elas se tornaram a nova forma de conexão e comunicação entre as pessoas. Através das contas em redes sociais e da postagem de conteúdos pessoais, a interação social foi facilitada de uma forma antes desconhecida. Como mencionado, a presença de uma massa crítica de pessoas em uma determinada rede social pessoal atrai e mantém novos usuários na rede. Nesse contexto, as redes sociais compartilham características com serviços marcados por fortes efeitos de rede, como por exemplo os sistemas telefônico e operacional. Esses efeitos de rede são evidenciados

quando o valor do serviço para consumidores individuais aumenta com o número de outros consumidores que também o utilizam.

Em fevereiro de 2004, foi lançado o Facebook (então com o estilo "TheFacebook"). O produto era inicialmente restrito a campus escolares e depois se expandiu para campus universitários. Seguindo a rápida aceitação em ambientes universitários, o Facebook tornou-se amplamente disponível para o público em geral em 2006. O seu rápido crescimento inicial levou a um investimento privado substancial na empresa, o que, por sua vez, alimentou mais crescimento. O crescimento rápido e precoce da base de usuários do Facebook foi de importância crítica para a empresa. Esta precisava adicionar usuários rapidamente não apenas para se vender aos investidores, mas também para atingir uma massa crítica de usuários que lhe permitisse estabelecer e se beneficiar dos efeitos da rede. O atual CEO do Facebook sabia à época que, quanto mais usuários se engajavam ativamente e regularmente nas ofertas do Facebook, maior a probabilidade de eles permanecerem na rede e de a rede ser mais atraente ao público. Isso deixaria os concorrentes potenciais com pouco espaço de manobra.

Em prol desse objetivo, o Réu lançou a "Plataforma Facebook", em 2007. A iniciativa da Plataforma alavancou o controle da empresa sobre sua base de usuários. O intuito era encorajar os desenvolvedores de software a construir um ecossistema inteiro de aplicativos e ferramentas. Assim, se a empresa pudesse induzir os desenvolvedores a usar o Facebook Blue, para promover e distribuir aplicativos inovadores que atraíssem os usuários, ela se beneficiaria de um maior envolvimento. Dessa forma, produziria dados maiores e mais precisos sobre seus usuários e suas atividades na rede, bem como consolidaria seus efeitos de rede para se isolar da concorrência.

A plataforma permitiu ao Facebook evitar riscos e custos – e colher os benefícios derivados dos esforços dos desenvolvedores de aplicativos de terceiros. O Facebook não precisaria gastar recursos significativos para desenvolver novos aplicativos ou testar novos modelos de negócios. Os desenvolvedores fariam isso. O Facebook poderia aguardar até que um aplicativo construído para a plataforma ganhasse adoção generalizada e construir um aplicativo concorrente. Ou mesmo colher os benefícios do envolvimento do usuário desse aplicativo popular, adquirindo novos dados sociais valiosos. Foi justamente o potencial lucro advindo do trabalho dos desenvolvedores – inclusive dos seus aplicativos e usuários – que levou o Facebook a os procurar e convidar a construir aplicativos na plataforma.

Assim, a plataforma aberta do Facebook foi projetada para atrair, além de novos desenvolvedores, (i) novos usuários para o Facebook, atraídos pelas inovações trazidas à plataforma; e (ii) maior envolvimento dos usuários do Facebook, pois eles desfrutavam de

novas funcionalidades. Em última análise, a plataforma foi projetada para criar e alavancar os efeitos de rede que vêm com uma maior base de usuários e engajamento. Um impulsionou o outro: mais usuários significavam mais desenvolvedores, e mais desenvolvedores significavam mais usuários. Ambos eram bons para o Facebook.

Sob a perspectiva dos desenvolvedores, o acesso aberto à plataforma do Facebook foi importante por pelo menos três razões principais. Primeiro, foi oferecido a eles um canal de distribuição único para seus produtos e serviços, permitindo que se explorasse o gráfico social maciço do Facebook. Segundo, certas ferramentas presentes na plataforma proporcionaram aos desenvolvedores a capacidade de engajar seus usuários através de experiências personalizadas. E por fim, a plataforma permitiu que os desenvolvedores anunciassem seus produtos e realizassem transações no site. Com esses benefícios e o encorajamento ativo da empresa, os desenvolvedores foram induzidos a confiar nas políticas de acesso aberto do Facebook e investiram na concepção de produtos compatíveis.

### **3.4. Atuação do Facebook dentro do mercado relevante**

Embora existam várias formas de monetizar as redes sociais pessoais, o Facebook optou por rentabilizar o seu produto através da venda de publicidades comportamentais. Essa prática tem sido altamente lucrativa para a empresa. Os anunciantes pagam bilhões de dólares para exibir seus anúncios para os usuários do Facebook Blue e do Instagram. Para tanto, a empresa se utiliza de algoritmos que analisam os dados pessoais coletados e permite aos anunciantes direcionar campanhas e mensagens para grupos específicos de usuários.

A publicidade social é uma forma de anúncio distinta das outras. Consiste em uma espécie do gênero publicidade display. Esta refere-se à exibição de anúncios – na forma de imagens, textos ou vídeos – em sites ou aplicativos. É distinta da publicidade "offline" – como televisão, rádio e publicidade impressa –, pois oferece a capacidade de alcançar os consumidores durante sua atividade online. Assim, permite a criação de anúncios interativos e direcionados aos usuários, através do uso de dados pessoais gerados e coletados através de sua atividade na Internet.

Contudo, a publicidade social é distinta de várias maneiras da publicidade display não social. Ou seja, daquelas encontradas em sites e aplicativos que não são redes sociais pessoais. Difere-se, pois, a publicidade social permite que os anunciantes visem os usuários com base em dados personalizados relativos aos seus interesses, conexões pessoais, identidade, demografia e hobbies. Isso em parte porque os usuários devem entrar na rede social com credenciais únicas.



Além disso, ao contrário de exibir publicidade em outros sites e aplicativos, a publicidade social se beneficia do alto envolvimento e do contato frequente dos usuários com a rede social. Há a integração de anúncios diretamente no “feed” do usuário que, por sua vez, é gerado pelas conexões pessoais existentes. Assim, alcança-se usuários mesmo sem estes estarem procurando ativamente o produto ou o serviço anunciado.

Além disso, a publicidade social facilita formas de engajamento com o anúncio que não são possíveis com outras formas de publicidade display. Como, por exemplo, ao permitir que um usuário compartilhe um anúncio com outro, ou "curta" ou siga a página de um anunciante. Entre outras coisas, essas características permitem aos provedores de publicidade social vender aos anunciantes acesso a "audiências" de usuários altamente engajadas. Como se nota, essa espécie de publicidade inovou o mercado de anúncios e se tornou estratégia promissora para o Facebook. A precisão do público-alvo de certa propaganda é o grande diferencial das publicidades sociais, bem como um dos principais motivos para o sucesso do monopólio do Facebook frente àquele mercado relevante.

### **3.5. Ameaças à dominância de mercado do Réu**

Conforme mencionado<sup>32</sup>, a adoção generalizada de *smartphones* mudou significativamente a forma como as pessoas consumiam serviços digitais. Abriu-se oportunidades para novos negócios e as empresas que procuravam aproveitar o momento de readaptação do mercado tinham que agir prontamente. Com o advento dos dispositivos móveis, as redes sociais se tornaram ainda mais populares. Por terem como características a portabilidade e possuírem câmeras digitais integradas, tirar e compartilhar fotos através de um aplicativo móvel se tornou cada vez mais simples. Os *smartphones* também facilitaram a difusão das mensagens móveis. Isso inclui (i) mensagens de texto através de protocolos de mensagens curtas ou de serviços multimídia ("SMS"), e (ii) mensagens de texto através de aplicativos de mensagens móveis baseados na Internet ("OTT<sup>33</sup> mobile messaging services").

Os serviços de mensagens móveis OTT, como o WhatsApp, representavam uma ameaça para o Facebook Blue. Tanto é assim que houve tentativa por parte do Facebook de inserir o Facebook Blue nos dispositivos móveis. Tal atitude se deu como um esforço para lidar com as mudanças do mercado, mas o seu desempenho foi insuficiente. No final de 2011, era claro que

---

<sup>32</sup> Vide, tópico 3.2.

<sup>33</sup> Sigla referente ao termo em inglês “*over-the-top*”. A FTC chama a espécie de mensagens móveis que utiliza a Internet como *over-the-top mobile messaging services*.

o Facebook Blue oferecia uma experiência relativamente pobre para os usuários daquele setor, e isto tornava a posição de monopólio do Facebook vulnerável. Para além disso, a empresa enfrentou dificuldades na tradução do seu modelo de publicidade social para os *smartphones*. A transição exigiu que o Facebook transformasse a maneira pela qual seus anúncios eram exibidos, fato que abalou a sua relação com os anunciantes.

Por essas razões, a FTC aponta que o Facebook temia que seu monopólio pessoal de redes sociais, e seus lucros publicitários, fossem ameaçados por um concorrente emergente melhor adaptado. O cenário de fato era promissor para as startups, que poderiam ganhar popularidade ao conectar usuários de forma inovadora e explorar as capacidades de foto ou mensagens dos telefones celulares. Assim, um concorrente com um produto inovador poderia capturar valiosos dados sobre o comportamento dos usuários móveis, que não estariam disponíveis para o Facebook, devido ao seu desempenho móvel pouco atraente.

Entretanto, como visto, o Facebook necessita de tais dados. Para rentabilizar a sua rede social, a empresa precisa de uma massa crítica de informações pessoais dos usuários. Sem ela, a propaganda social do Facebook perderia a sua força, pois não seria mais possível determinar quais usuários seriam mais receptivos a quais anúncios. Ademais e sob outra perspectiva, um concorrente poderia ainda oferecer um modelo de negócios sem anúncios, minando a capacidade do Facebook de monetizar a atenção dos usuários. Foi o que ocorreu com o surgimento do WhatsApp, um aplicativo de mensagens móveis OTT de rápido crescimento que buscava um modelo de negócios sem publicidade.

Nesse contexto, a FTC alega que o Facebook, percebendo que não conseguiria manter seu monopólio com base nos méritos de suas próprias ofertas, acelerou a transição para o *smartphone* através de atitudes anticompetitivas. A maneira de lidar com a ameaça foi, portanto, adquirir qualquer empresa entrante que pudesse ameaçar o domínio do Facebook. Como visto no primeiro capítulo, adquirir ameaças competitivas que introduzem mecanismos inovadores é particularmente atraente para um operador dominante durante períodos de adaptação. Essa afirmação se provou especialmente verdadeira no caso do Facebook, dadas as tentativas da empresa de fazer a transição de suas próprias ofertas para o novo mercado.

Parece-nos que a manutenção de seu monopólio através da aquisição foi uma escolha natural para o Facebook. Foi demonstrado na inicial, que o Réu tem almejado alcançar e manter o seu domínio através de aquisições há muito tempo, refletindo ser uma atitude enraizada no *modus operandi* da empresa. Nesse ponto, a FTC argumenta que a maior parte das aquisições perpetradas têm se concentrado em deter o crescimento de potenciais rivais ou em extingui-los. Em outras palavras, a maior parte das aquisições feitas pelo Facebook na última década teriam

sido aquisições de *nascent potential competitors* ou *killer acquisitions*. Sendo o caso, certamente estamos diante de um caso concreto de perpetuação do *status* de monopólio através de atitudes anticoncorrenciais.

Na sua petição, inclusive, a FTC citou diversos exemplos<sup>34</sup> de aquisições do Facebook que levaram à liquidação da empresa-alvo e da sua inovação. Alega que, por trás das aquisições do Instagram e do WhatsApp, o Facebook tinha intenções anticoncorrenciais, como aumentar as barreiras de entrada no mercado de redes sociais. A lógica é que, ao comprar empresas com produtos e serviços não substituíveis pelos do Facebook, as suas manutenções seriam motivadas principalmente pela dificuldade que isso implicaria à prosperidade de outras empresas naquele mercado. Assim, além dos efeitos de rede, intrínsecos ao mercado de redes sociais, tem-se a inserção das empresas adquiridas em posições estratégicas para dificultar a entrada de novas empresas nos mercados correlatos ao da empresa dominante.

Mark Zuckerberg, CEO do Facebook, inclusive expressou essa estratégia em e-mail de fevereiro de 2012, transcrito na petição inicial sob análise: "Existem efeitos de rede em torno de produtos sociais e um número finito de mecânicas sociais para inventar. Uma vez que alguém ganhe em uma mecânica específica, é difícil outros substituí-la sem fazer algo diferente. É possível que alguém vença o Instagram ao construir algo que é melhor ao ponto de obter a migração em rede, mas isso é mais difícil enquanto o Instagram continuar funcionando como um produto"<sup>35</sup>. A forma como foi colocada a aquisição do Instagram no e-mail acima transcrito, dá a entender que, se não fosse pelas barreiras que o Instagram gera aos novos entrantes, o Facebook o teria tirado do mercado.

Notório que as ameaças competitivas mais significativas ao Facebook Blue são aquelas que podem surgir de produtos inovadores capazes de ganhar escala rapidamente. Dessa maneira, o caso concreto sob análise somente reforça o exposto no primeiro capítulo: a importância e a fragilidade de empresas entrantes à saúde da concorrência. No mercado de redes sociais, novos entrantes podem oferecer aos usuários e aos anunciantes uma mecânica de interação social e publicidade otimizadas. Isso é um claro risco para o monopólio de empresas dominantes. Assim, realizar aquisições com fins anticoncorrenciais mostra-se como um atalho para se lidar com as constantes mudanças e exigências do mercado digital. No contexto sob

---

<sup>34</sup> Por exemplo, as aquisições da empresa Onavo, em 2013, e da empresa EyeGroove, em 2016. Ambas foram fechadas não muito tempo depois de adquiridas. A Onavo, por exemplo, foi terminada em questões de dias depois. Para mais informações, ler páginas 22 a 25 da petição.

<sup>35</sup> "[T]here are network effects around social products and a finite number of different social mechanics to invent. Once someone wins at a specific mechanic, it's difficult for others to supplant them without doing something different. It's possible someone beats Instagram by building something that is better to the point that they get network migration, but this is harder as long as Instagram keeps running as a product." (FTC, 2021, p. 22)

estudo, as aquisições são perpetradas principalmente para impedir que empresas entrantes ganhem escala e se beneficiem dos efeitos de rede.

### **3.6. Condutas anticoncorrenciais como reflexo às ameaças**

Conforme exposto, evidências indicam que o Facebook tem se utilizado de concentrações nascentes para superar os desafios de um mercado em transição. Essa cadeia de condutas supostamente anticompetitivas do Facebook inclui as aquisições e o controle contínuo do Instagram e do WhatsApp. Na visão da autoridade antitruste, tais aquisições neutralizaram um fornecedor independente de redes sociais pessoais e uma ameaça competitiva ao monopólio de redes sociais pessoais do Facebook, respectivamente. As aquisições de competidores nascentes (ou aquisições zumbis) teriam permitido ao Facebook manter seu domínio – em detrimento da concorrência e dos usuários – não competindo com base nos méritos, mas evitando a concorrência.

A seguir analisaremos como as aquisições das mencionadas startups se desenvolveram e como se deram as supostas atitudes anticoncorrenciais perpetradas pelo Facebook, frente aos desenvolvedores.

#### **3.6.1. Aquisição *Instagram***

Desde o seu surgimento e rápida ascensão, o Instagram se mostrou como possível ameaça ao domínio do Facebook. A startup surgiu com ofertas feitas sob medida para o mercado móvel. Após seu lançamento em 2010, a popularidade da rede social alavancou rapidamente pela mecânica social inovadora que proporcionava aos usuários: um produto que facilitasse interações sociais baseadas em fotos. Frente a isso, o Facebook buscou competir pelos méritos, dedicando recursos significativos ao desenvolvimento de seu próprio aplicativo de câmera, codinome "Snap". Todavia, esses esforços alcançaram sucesso limitado.

A FTC alega que a liderança do Facebook temia não apenas um Instagram independente, mas também um Instagram nas mãos de outro comprador, como o Google<sup>36</sup>, Apple, ou Twitter. Assim, à medida que a startup crescia e as iniciativas do Facebook não davam frutos substanciais, a perspectiva de adquiri-la, no lugar de competir com ela, se tornou cada vez

---

<sup>36</sup> A inicial da FTC traz a transcrição de diversos e-mails dos administradores do Facebook, demonstrando claramente o temor de os seus concorrentes adquirirem o Instagram. Nesses e-mails há a nomeação pontual da concorrente Google.

mais concreta. Em 9 de abril de 2012, então, o Facebook anunciou que havia chegado a um acordo para adquirir o Instagram por US\$ 1 bilhão, a aquisição mais cara que o Facebook havia realizado na época. A quantia paga pela startup reflete a ameaça significativa que o Instagram representava para o monopólio do Facebook.

Todavia, cabe salientar o desestímulo à inovação causado pela aquisição e apontado pela FTC. Menos de duas semanas após a aquisição ter sido anunciada, o Facebook sugeriu cancelar ou reduzir o investimento no seu aplicativo de fotos móveis, como resultado direto do acordo com a Instagram. Demonstra-se na inicial que, com a aquisição do Instagram, os funcionários do Facebook sentiram que não precisavam mais temer o surgimento de um concorrente no mercado de redes sociais, pelo menos no que tangenciasse o compartilhamento de fotos móveis.

Portanto, independentemente das intenções da empresa dominante, ao adquirir o Instagram, o Facebook neutralizou um forte concorrente. Além disso, demonstra-se que, desde a aquisição, o Facebook tomou medidas para reduzir o impacto do Instagram no Facebook Blue. Por exemplo, o Facebook limitou as divulgações do Instagram para que esta não captasse seus usuários. Tal fato sustenta a alegação que o Instagram era ameaça significativa ao monopólio do Facebook. Em suma, a aquisição e controle do Instagram pelo Facebook representou a neutralização de uma ameaça significativa ao monopólio de redes sociais pessoais do FacebookBlue. Todavia, deve-se averiguar a real intenção por detrás da aquisição. Como visto no primeiro capítulo, o fim de extinguir concorrente é característica fundamental da teoria do dano das *nascent potential competitors acquisitions*.

Caso a manutenção do monopólio do Facebook esteja sendo feita por outros meios que não a concorrência com base nos méritos – através de aquisições zumbis, tal monopólio é ilegal e deve ser ordenado. A aquisição anticoncorrencial do Instagram seria conduta que priva os usuários dos benefícios da concorrência de uma rede social independente (seja por conta própria ou adquirida por terceiros). Isso inclui, entre outras coisas: a existência de tomada de decisões competitivas e inovações adicionais; uma revisão do tratamento e do nível de serviço oferecido aos usuários pelo Facebook Blue, incluindo a carga de anúncios e o nível de privacidade; um provedor alternativo de redes sociais pessoais para usuários desvinculados do controle do Facebook; e um estímulo para que o Facebook concorra no mercado com base nos méritos.

### **3.6.2. Aquisição *WhatsApp***

Além da ameaça pelo Instagram, existia o risco de que um aplicativo que oferecesse serviços de mensagens móveis entrasse no mercado de redes sociais pessoais. Isso poderia

ocorrer por meio da adição de características de redes sociais ao serviço de mensagens móveis; ou por meio do lançamento de um novo aplicativo. Nesse viés, o Facebook identificou o WhatsApp como a ameaça mais significativa a esse respeito. O seu aplicativo de mensagens móveis OTT era o mais popular e difundido da época. Contudo, a FTC afirma novamente que, no lugar de competir com a empresa entrante em ascensão, o Facebook respondeu à ameaça competitiva com a sua aquisição.

Apesar de não participar do mercado de redes sociais, o WhatsApp se tornou um possível concorrente ao Facebook. Isso ocorreu quando este percebeu que um aplicativo de mensagens móveis poderia migrar facilmente para o seu mercado relevante. Se atingisse escala suficiente, o WhatsApp poderia, adicionando recursos e funcionalidades ao serviço, entrar no mercado de redes sociais pessoais em escala competitiva. Pela popularidade que a startup estava conquistando, tal migração poderia minar ou deslocar o monopólio de redes sociais pessoais do Facebook Blue.

Lançada em novembro de 2009, o WhatsApp se difundiu de forma impressionante pelo oferecimento de novas experiências aos usuários e pela sua forte política de proteção de privacidade. À título de exemplo, em 2014, o WhatsApp possuía mais de 450 milhões de usuários mensais ao redor do mundo, sem mencionar a sua taxa de novos usuários, que chegou a ser de um milhão por dia. Assim, em um esforço direto para impedir que o WhatsApp ganhasse escala, o Facebook, em 2011, lançou o Facebook Messenger, um aplicativo que oferecia serviços de mensagens móveis OTT. Todavia, para melhorar seu desempenho e uso, o Facebook teria que gastar recursos consideráveis para alcançar seu objetivo. Temia-se não somente o que a startup faria de forma independente, mas também o que ocorreria caso ela fosse comprada por um outro concorrente. A FTC demonstra que o Facebook temia particularmente uma aquisição do WhatsApp pelo Google.

Dessa forma, como com o Instagram, o Facebook decidiu adquirir o WhatsApp. Novamente a autoridade antitruste alega que a aquisição foi um esforço do Réu para neutralizar uma ameaça competitiva a seu monopólio de redes sociais pessoais. Logo, comprou-se para não concorrer no mercado. Nesse contexto, o Facebook procurou adquirir o WhatsApp pela primeira vez em novembro de 2012, mas a tentativa não logrou êxito. Somente em fevereiro de 2014 que o Facebook anunciou um acordo para comprar o WhatsApp por US\$ 19 bilhões. Tal quantia acertada para a aquisição reflete a seriedade da ameaça que o WhatsApp representava ao Facebook.

A FTC traz que, mesmo fora âmbito empresarial, os analistas do setor entenderam que a aquisição do WhatsApp havia neutralizado uma ameaça competitiva significativa para o

Facebook. Como exposto na petição, o banco de investimentos SunTrust Robinson Humphrey apresentou o caso da aquisição da seguinte forma:

[Sentimos que é fácil ver por que o WhatsApp era mais do que uma simples ameaça de "mensagens". Muito parecido com como a aquisição do Instagram pelo Facebook foi um movimento tanto ofensivo quanto defensivo, pensamos que essa aquisição não só expande o [mercado] e as capacidades da empresa, como também protege seu flanco [sic] do rápido crescimento das "empresas de mensagens". À primeira vista, pode-se supor que o WhatsApp é "um mero aplicativo de mensagens de texto". No entanto, o WhatsApp é muito mais, compartilhando 600m de fotos, 100m de vídeos, 200m de mensagens de voz, e 19B mensagens por dia. Além disso, os usuários também podem compartilhar locais, lugares, e se comunicar 1 para 1 ou 1 para muitos. Dada essa funcionalidade do WhatsApp e o foco do Facebook na comunicação e na ligação entre pessoas, pensamos que o WhatsApp e o Facebook provavelmente se assemelhariam mais com o tempo, potencialmente criando uma competição notável, que agora pode ser evitada.<sup>37</sup>

Em suma, a aquisição e controle do WhatsApp pelo Facebook representa a neutralização de uma ameaça significativa ao monopólio de redes sociais pessoais do Facebook Blue. Novamente, as *zombies acquisitions* são meios de manutenção ilegais do monopólio. Portanto, tendo o Facebook de fato incorrido em outros meios que não a concorrência por mérito, ele deve ser corrigido. Uma conduta anticoncorrencial desse modo priva os usuários dos benefícios da concorrência de um WhatsApp independente. Esteja a empresa atuando por conta própria ou tenha ela sido adquirida por terceiros, ela teria a capacidade e o incentivo para entrar no mercado de redes sociais pessoais. Além disso, o WhatsApp tinha fortes políticas que visavam o resguardo da privacidade dos usuários e um modelo de serviço livre de anúncios. Tais ofertas são valiosas para muitos usuários, de forma que proporcionariam uma importante variedade de serviços para o mercado de mensagens móveis. A propriedade e controle do WhatsApp também

---

<sup>37</sup> “[W]e feel it is easy to see why WhatsApp was more than just a “messaging” threat. Much like how the acquisition of Instagram by Facebook was both an offensive and defensive move, we think this acquisition not only expands the company’s [total addressable market] and capabilities but also covers it’s [sic] flank from the fast growing “messaging companies”. At first glance, one may assume that WhatsApp is “merely a texting app”. However, WhatsApp is much more, sharing 600m photos, 100m videos, 200m voice messages, and 19B messages per day. Moreover, users can also share locations, places, and communicate 1-to-1 or 1-to-many. Given this functionality by WhatsApp and the focus of Facebook on communication and linking the world’s population, we think WhatsApp and Facebook were likely to more closely resemble each other over time, potentially creating noteworthy competition, which can now be avoided.” (FTC, 2021, p. 40)

mantém uma barreira protetora que impede e dificulta outros aplicativos de mensagens móveis entrarem no mercado de redes sociais pessoais.

De acordo com a FTC, a monopolização do Facebook através de aquisições anticoncorrenciais está em curso hoje. De acordo com a autoridade, o Facebook continua a manter e operar o Instagram e o WhatsApp, para neutralizar ameaças competitivas diretas e fornecer uma barreira protetora em torno de seu monopólio de redes sociais. De fato, comprovou-se que o próprio Facebook reconhece que, enquanto mantiver o Instagram e o WhatsApp operando em escala, será mais difícil para novas empresas entrarem e se estabelecerem no mercado. Na visão da Autora, o Facebook continua à procura de possíveis ameaças competitivas, para depois adquiri-las e neutralizá-las (seja por meio da sua liquidação ou da sua manutenção por fachada). Para ela, o Facebook somente mudará o seu *modus operandi* se for obrigado a tal.

### **3.6.3. Imposições aos programadores de aplicativos e sites**

Além das aquisições zumbis, a FTC acusa o Facebook de práticas anticoncorrenciais frente aos desenvolvedores de aplicativos e *softwares* que utilizam a sua plataforma. As interconexões abertas na plataforma geraram benefícios significativos para os desenvolvedores, os usuários e o próprio Facebook. Nesse contexto, com a ampla adoção da Plataforma Facebook, a empresa se tornou uma infraestrutura importante para aplicativos de terceiros. Assim, obteve poder sobre as trajetórias de desenvolvimento de aplicativos, tomada de decisões competitivas e estratégias de investimento.

De acordo com a agência antitruste, o Facebook tem usado também desse poder para deter e suprimir concorrentes em potencial. Para tanto, teria adotado e exigido que os desenvolvedores concordassem com políticas de negociação abusivas, que limitam o avanço de outros aplicativos e a relação dos desenvolvedores com empresas outras – possíveis rivais. A FTC alega que o Facebook condicionou o uso da sua plataforma e o acesso às API's à concordância dos desenvolvedores às restrições contratuais. Restrições dessa natureza limitam substancialmente os tipos de atividades que os desenvolvedores podem realizar no uso da plataforma. Assim, embora a interconexão com os desenvolvedores proporcione benefícios significativos ao Facebook, este forneceu acesso total somente àqueles que se comprometessem a não tomar medidas para ameaçar seu monopólio. Os novos termos de acordo e condições mudaram os incentivos dos desenvolvedores e os dissuadiram de produzir funcionalidades concorrentes ou apoiar outras redes sociais. Além disso, era cediço que o acesso às API's era



importante o suficiente no sentido em que os programadores adeririam às condições para não perderem acesso a eles.

Na petição afirma-se que o corte do acesso à funcionalidade API foi dirigido à três grupos particulares de aplicativos: (i) aplicativos promissores que ofereciam redes sociais; (ii) aplicativos promissores com funcionalidades sociais no geral; e (iii) aplicativos promissores que ofereciam serviços de mensagens móveis, portanto, concorrentes do Facebook Messenger ou ameaças competitivas ao Facebook Blue. Nota-se, assim, que as principais preocupações do Facebook são as empresas nascentes, que trazem ao mercado produtos inovadores e atraentes aos consumidores. A suposta (e provável) imposição desses acordos anticompetitivos serve justamente para impedir e suprimir o surgimento de ameaças competitivas promissoras. Assim, essas condutas prejudicam a inovação e a concorrência, contribuindo para a manutenção do monopólio de redes sociais pessoais do Facebook.

### **3.7. Monopólio do Facebook**

Para comprovar o monopólio no mercado de redes sociais do Facebook, a agência antitruste organizou os seus argumentos jurídicos em dois pontos: provas diretas e provas indiretas. Todavia, antes de adentrar nesse mérito, a FTC definiu detalhadamente o mercado relevante em que o Facebook está inserido: o mercado de redes sociais. Mostra-se de grande relevância tal definição, haja vista haver dúvidas frequentes quanto à natureza da concorrência dentro dos mercados digitais em geral. Precisar o mercado de redes sociais nos possibilita verificar onde cada empresa – adquirente ou adquirida – se situa na relação econômica.

As redes sociais consistem em serviços on-line que permitem manter relacionamentos pessoais e compartilhar experiências em um espaço social compartilhado. São tipos únicos e distintos de serviços na web e, na sua petição, a FTC enumera três elementos-chave que distinguem os serviços de redes sociais de outras formas de serviços on-line. Primeiro, os serviços de redes sociais são construídos sobre um gráfico social que mapeia as conexões entre os usuários e seus amigos, família e outras conexões pessoais. Esse gráfico social é a espinha dorsal do produto oferecido pelos provedores de redes sociais, pois é a base sobre a qual os usuários se conectam e se comunicam com os outros.

Ademais, os serviços de redes sociais é um ambiente adaptado especificamente para que interações sociais via web sejam as mais naturais possíveis. Dessa maneira, possuem características que são usualmente empregadas pelos usuários no momento de interação com outros ou no compartilhamento de conteúdo, adicionando a possibilidade de comunicação de

um para muitos. Portanto, diferencia-se, pois, oferece um espaço social compartilhado que pode possuir desde notícias até conteúdos pessoais dos outros usuários. Por fim, os serviços de redes sociais incluem recursos que permitem aos usuários encontrar e se conectar com outros usuários facilmente. Isso viabiliza a construção e expansão dos conjuntos de conexões pessoais por parte de cada usuário. Esse recurso é aprimorado pelo gráfico social do sistema de redes sociais, pois ele possibilita a sugestão de conexões – prestando um serviço mais personalizado – e instiga ainda mais a expansão de interações.

As redes sociais não se confundem com os serviços de mensagens móveis. Estes não apresentam um espaço social compartilhado que promova a interação e não dependem de um gráfico social que instigue os usuários a se conectarem e a compartilharem suas experiências. Da mesma forma, as redes sociais pessoais são distintas dos serviços especializados de redes sociais. Esses serviços especializados são projetados e utilizados pelos usuários para compartilhar uma categoria estreita e altamente especializada de conteúdo. Dessa maneira, os usuários regulares também pertencem a um grupo estreito e altamente especializado, pois utiliza-se aquele serviço com propósitos bem específicos. Exemplos incluem redes que se concentram em conexões profissionais (por exemplo, LinkedIn) ou baseadas em interesses particulares (por exemplo, Strava).

Diferem-se também dos serviços online que se concentram na transmissão ou descoberta de conteúdo através dos interesses dos usuários e não de suas conexões pessoais. Exemplos claros são Twitter e Reddit. Esses serviços não se concentram em conectar amigos e familiares: o Twitter busca permitir que os usuários se mantenham informados sobre tópicos que lhes interessam, enquanto a Reddit facilita conversas centradas em tópicos de interesse dos participantes. Por fim, as redes sociais pessoais são distintas de serviços online focados no consumo de vídeo ou áudio, tais como YouTube, Spotify e Netflix. Os usuários empregam tais serviços principalmente para o consumo passivo de conteúdo de mídia. Assim sendo, é direcionado a uma ampla audiência de usuários tipicamente desconhecidos e não são meios usados para se comunicar com conexões pessoais.

Diante desse cenário, chega-se a algumas conclusões. Desde sua fundação, o Instagram possui características que o define enquanto rede social. Possui a manutenção de um gráfico social e permite aos usuários interagir com suas conexões pessoais e compartilhar suas experiências, através de um espaço social compartilhado. O seu serviço possibilita inclusive a comunicação em formato "broadcast", de um para muitos, e oferece recursos que permitem a cada usuário encontrar e se conectar com outros usuários. Portanto, a aquisição do Instagram se deu dentro do mesmo mercado relevante. Noutro giro, o WhatsApp, sendo este um aplicativo

de mensagens móveis OTT, se situa no mercado relevante de mensagens móveis. Como visto, estas não se confundem com o serviço de redes sociais e, portanto, a aquisição do WhatsApp se deu na forma de conglomerado.

Sanada essa questão, a FTC então passa a demonstrar como que o monopólio do Facebook pode ser corroborado. Para tanto, ela dividiu os seus argumentos em provas diretas e provas indiretas.

### 3.7.1. Provas diretas e indiretas

O poder de monopólio é a capacidade que um agente econômico tem de controlar o mercado em que está inserido. É o poder que possibilita a uma empresa aumentar os preços do seu produto ou reduzir a sua qualidade com ampla liberdade. Dina Srinivasan (2019) explica que, sob uma perspectiva legal, a questão da existência ou não de poder de monopólio em um mercado relevante é esclarecida através de provas diretas e indiretas. A autora esclarece que:

“As provas indiretas se concentram na participação percentual de uma empresa em um mercado relevante, entre outros fatores estruturais que indicam o porte de uma empresa em um mercado (por exemplo, barreiras de entrada). Provas diretas, por outro lado, demonstram a capacidade adquirida por uma empresa de aumentar o preço acima ou diminuir qualidade abaixo de níveis insustentáveis em um ambiente competitivo anterior. Sob a abordagem da prova direta, os indícios mais fortes são os preços e a qualidade dos produtos em um cenário pré-poder; um evento ou momento que resulta em poder; e uma evidência de aumentos de preço ou degradações de qualidade que teriam sido insustentáveis previamente. Essa análise baseada em fatos e em retrospectivas de antes e depois – embora um pouco rara em casos antitruste – é particularmente relevante no caso do Facebook.”<sup>38</sup> (SRINIVASAN, 2019, p. 54)

Nesse contexto, existe uma congruência clara entre os argumentos trazidos pela agência antitruste e as alegações feitas por Dina Srinivasan, em 2019. Ambas concluem que o exercício de monopólio pelo Facebook, dentro do contexto do mercado de redes sociais, é nítido. Começando pelas provas indiretas, a principal forma de medir quotas e poder de mercado de

---

<sup>38</sup> “*Indirect evidence focuses on a company’s percent share of a relevant market, amongst other structural factors that indicate a company’s hold on a market (e.g., entry barriers). Direct evidence, on the other hand, demonstrates a company’s acquired ability to increase price above or decrease quality below levels unsustainable in a previous competitive environment. Under the direct evidence approach, the strongest type of evidence is evidence of price or quality levels pre-power, an event or point in time which results in power, and evidence of price increases or quality degradations that would have previously been unsustainable. This fact-based, retrospective before-and-after analysis—though somewhat rare in antitrust cases—is particularly relevant in Facebook’s case.*”

uma empresa provedora de rede social é através da sua base de usuários ativos e o quanto esses utilizam o serviço prestado. Isso é verdade por várias razões.

De início, temos os já mencionados efeitos de rede. A atratividade de um serviço de rede social e, portanto, o seu significado competitivo, estão diretamente relacionados ao número de usuários e à intensidade com que eles se envolvem com o serviço. Um consumidor tem maior probabilidade de usar e de se envolver com o serviço à medida que este oferece a ele a oportunidade de interagir com um número maior de conhecidos. Da mesma forma que o oferecimento de uma interconexão mais ampla faz ser menos provável que o usuário se afaste do serviço.

Em segundo lugar, no curso normal dos negócios, avalia-se o desempenho de uma empresa através da quantidade de acessos diários e mensais – métricas representadas pelas siglas DAU e MAU<sup>39</sup> – e pelo tempo gasto pelos usuários na rede. Tais dados são extremamente úteis, por exemplo, para pesquisas de investimento e para a aferição de atividades de uma empresa concorrente. Assim, já foi avaliado por diversas vezes o desempenho do Facebook Blue, do Instagram e de outros fornecedores de redes sociais através dessas medidas de base de usuários ativos. Inclusive, a FTC declara que outras autoridades antitruste já utilizaram as métricas tempo gasto, MAU e DAU para avaliar o significado competitivo do Facebook em seus países. Essas outras agências mencionadas eram as do Reino Unido, da Alemanha e da Austrália. Estas concluíram que o Facebook tem forte poder de mercado com relação à oferta do seu serviço ao usuário em seus países.

Por certo, as métricas DAU e MAU não refletem a intensidade de uso de dois serviços de rede social diferentes dentro de um dia (para DAU) ou dentro de um mês (para MAU). Em outras palavras, as métricas por si só não proporcionam um quadro comparativo entre empresas dentro do mesmo mercado relevante. No entanto, são as medidas utilizadas pelo Facebook, e outros participantes e observadores do setor, para avaliar o seu próprio desempenho competitivo e o dos seus rivais. Além disso, a FTC aponta para o fato que o maior indicador da intensidade do uso da rede social é pelo tempo gasto pelos usuários. Nesse contexto, alega que qualquer imprecisão que venha a ter nas medidas DAU e MAU *subestima* o significado competitivo do Facebook. Portanto, mesmo tendo o Facebook obtido cálculos elevadíssimos de DAU e MAU na sua avaliação, isso ainda poderia ser uma quantia subestimada do verdadeiro poder da rede social.

---

<sup>39</sup> As siglas DAU e MAU advêm do inglês e significam “*daily active users*” e “*monthly active users*”.

Sob a perspectiva das provas diretas, o primeiro dado trazido pela agência antitruste norte americana foram os eventos históricos da empresa. Estes indicam que, mesmo quando a conduta do Facebook causou insatisfação significativa aos usuários, não houve perda da sua base de consumidores ou mesmo maior envolvimento destes com os concorrentes. Dina Srinivasan (2019) concorda que tal fato é um claro indicador do poder de mercado de uma empresa. E de fato, a capacidade do Facebook de suportar uma insatisfação significativa dos usuários, enquanto experimenta uma perda mínima de envolvimento de usuários no Facebook Blue, indica uma demanda inelástica e um mercado com poucas alternativas de serviços.

À título de exemplo, o Facebook se envolveu em atividades que degradaram a experiência do usuário ao incorrer no uso indevido e manuseio inadequado dos dados dos usuários. Em outros casos antitruste, a FTC acusou o Facebook de cometer sérias atitudes abusivas frente à privacidade dos usuários. Tais acusações ocorreram em 2012 e 2019, e em ambas as vezes o Facebook concordou em consentir ordens (e, em 2019, pagar uma penalidade de US\$ 5 bilhões).

Ademais, mesmo em períodos que causou grande insatisfação aos clientes, o Facebook manteve a sua enorme margem de lucro intacta. Isso, para a autoridade antitruste, sugere tanto que o Facebook tem poder de monopólio, quanto que os seus rivais não são capazes de superar as barreiras de entrada e desafiar seu domínio. A invariabilidade de usuários regulares e da aferição de renda é praticamente impossibilitada em um mercado tão variável quanto o digital. Além disso, os incentivos de um mercado saudável englobam justamente a exigência de constante otimização dos produtos e dos serviços prestados, para a manutenção dos consumidores. Em um mercado harmônico, a insatisfação da clientela leva a sua consequente dispersão às empresas rivais.

Há ainda as atitudes do Facebook frente aos desenvolvedores de aplicativos e softwares. Para a FTC, o poder de monopólio do Facebook é demonstrado ainda pela sua capacidade de frustrar as perspectivas dos desenvolvedores, aplicando políticas restritivas que negam o acesso a sua plataforma a potenciais ameaças competitivas. Como detalhado acima, o Facebook teria empreendido uma série de ações para impedir que aplicativos representantes de ameaças competitivas se interconectassem com a sua plataforma. Essa capacidade do Facebook de excluir empresas que poderiam emergir como ameaças competitivas ou ajudá-las seria evidência direta de seu poder de monopólio.

A FTC argumenta que a posição dominante do Facebook no mercado de redes sociais é durável devido a barreiras significativas de entrada. Isso inclui os efeitos de rede diretos e os

altos custos de mudança<sup>40</sup> para os consumidores. Os efeitos diretos de rede referem-se aos efeitos de usuário a usuário que tornam uma rede social pessoal mais valiosa à medida que mais usuários aderem ao serviço. Assim, são uma barreira significativa para a entrada no mercado. Como um dos objetivos centrais da rede social é conectar e envolver os usuários, é muito difícil um novo participante deslocar uma rede social estabelecida, da qual os amigos e familiares dos usuários já participam.

Além disso, um concorrente em serviços de redes sociais também teria que superar os altos custos de mudança enfrentados pelos usuários. Com o tempo, os usuários de redes sociais constroem conexões e desenvolvem um histórico de postagens e experiências compartilhadas, que não podem ser facilmente transferidas para outro provedor de redes sociais. Assim, esses custos de mudança aumentam com o passar do tempo, sendo construídos e reforçados continuamente com o uso do serviço.

A partir das provas diretas e indiretas acima elencadas, a FTC chegou à conclusão, portanto, que o Facebook exerce poder de monopólio sobre o mercado de redes sociais. Com efeito, considerando todo o exposto, tal alegação é de difícil contestação. Todavia, para a caracterização de uma ilegalidade pela *Big Tech*, não basta o poder de monopólio, deve-se verificar as intenções por trás das atitudes do agente econômico, bem como as consequências dessas atitudes aos consumidores e à inovação. Para isso, analisamos no tópico 3.6 como que surgiu, e se mantém até hoje, o poder de monopólio do Facebook. Oportunidade em que verificamos fortes indícios de aquisições tanto eliminatórias, quanto zumbis, e atitudes abusivas frente aos desenvolvedores de aplicativos. No próximo tópico, analisaremos quais os danos específicos perpetrados ao mercado.

### **3.8. Danos causados à concorrência e pedidos finais**

A principal alegação da autoridade antitruste norte americana é a exclusão de empresas potencialmente concorrentes pelo Facebook de maneira anticoncorrencial. Tais condutas teriam dificultado, suprimido e desencorajado o surgimento e crescimento de provedores de redes sociais rivais. Além disso, teria mantido ilegalmente seu monopólio no mercado através de outros meios que não a competição por mérito. Por meio dos acordos abusivos sobre o uso da Plataforma Facebook, o Facebook teria excluído concorrentes potenciais dos canais de

---

<sup>40</sup> Também chamados de “switching costs”.

distribuição eficazes e, assim, negado a essas empresas a escala necessária para emergir como concorrentes significativos no mercado de redes sociais.

Para a autoridade antitruste, as condutas descritas acima prejudicaram, e continuam prejudicando, a concorrência. Ao seu ver, os consumidores têm sido lesados pela falta de competição, pois esta tem permitido ao Facebook fornecer serviços menos qualificados, principalmente no que tange a privacidade e a proteção de dados dos seus usuários. Um mercado competitivo estaria exigindo da empresa maior qualidade nos seus serviços, assim como ocorria em meados de 2007<sup>41</sup>. Para além disso, a FTC alega que os danos resultantes são intratáveis por meio da auto regulação do mercado. Isso, uma vez que o monopólio ilegítimo estaria sendo fortalecido por fortes efeitos de rede.

Dessa forma, a concorrência só poderia ser restabelecida através de uma injunção adaptada para combater esses efeitos. A agência reguladora sustenta que os prejuízos causados aos consumidores, pelas condutas do Facebook, são particularmente severos, porque aumentaram-se as barreiras à entrada e se excluiu a concorrência durante um período crítico de transição tecnológica. Nesse momento, concorrentes nascentes poderiam ter efetivamente desafiado o poder de monopólio do Facebook. Assim, a conduta anticompetitiva da empresa prejudicou a inovação e o desenvolvimento de novos produtos que poderiam ter desafiado o monopólio do Facebook durante esse período de transição.

Ademais, ao monopolizar o mercado de redes sociais, o Facebook também teria prejudicado, e continuaria prejudicando, a concorrência pela venda de publicidade. Em particular, porque os provedores de redes sociais normalmente monetizam sua plataforma através da venda de anúncios. Logo, a supressão pelo Facebook das empresas concorrentes permitiu que ele evitasse uma forte competição no fornecimento de serviços de publicidade. Assim, as condutas anticompetitivas do Facebook também neutralizaram, reprimiram e desencorajaram a concorrência pela venda de publicidade e privou os anunciantes dos benefícios da concorrência adicional. A FTC enfrenta expressamente em sua petição que o Facebook não pode justificar esses danos substanciais à concorrência com alegadas eficiências, benefícios pró-competitivos ou justificações comerciais que não poderiam ser alcançadas por outros meios.

É pelo exposto que a FTC, por fim, requer, entre outras coisas, que o Tribunal do Distrito da Columbia determine (i) que sejam exigidas notificações e aprovações prévias para todas as futuras fusões e aquisições do Facebook; (ii) a alienação de ativos do Facebook; (iii) que o

---

<sup>41</sup> Para mais detalhes, ler Capítulo II, tópicos A, B e C, da obra de Dina Srinivasan: *The Antitrust Case Against Facebook* (2019).

Facebook seja obrigado a não impor acordos anticompetitivos que governem ou imponham condições anticompetitivas ao acesso dos desenvolvedores de aplicativos às APIs e à interface da sua plataforma; (iv) e a alienação ou reconstrução de negócios realizados pela empresa (incluindo, mas não se limitando, o Instagram e o WhatsApp).

### 3.9. Conclusões do tópico

Como elucidado anteriormente, a presente tese não se propõe a oferecer um veredicto sobre a conduta do Facebook, principalmente devido ao fato de que a contestação não foi apresentada e se ter tido acesso somente à petição inicial apresentada pela autoridade antitruste. Assim, por ora, o arcabouço teórico ou comprobatório é insuficiente para demonstrar a veracidade ou não dos argumentos desenvolvidos pela FTC.

O intuito, ao trabalhar com o caso *FTC vs. Facebook INC*, é analisar um caso concreto, recente e emblemático, no qual foi empregada a teoria do dano das concentrações nascentes. Vimos que há fortes indícios de que a *Big Tech* promoveu tanto aquisições eliminatórias, como aquisições zumbis. Frente a isso, a FTC reconheceu o dano que essas aquisições podem acarretar aos consumidores e à inovação e não é por outro motivo que, entre os pedidos à autoridade judicial, está o desfazimento das operações econômicas.

Em outras palavras, a FTC requer que a autoridade judicial determine que o Facebook venda tanto o Instagram, quanto o WhatsApp. É nesse ponto que focaremos nosso estudo do próximo capítulo, que terá como objetivo resolver a nossa problemática: seria possível de fato o Poder Judiciário determinar que uma empresa desfaça a sua operação, considerando que esta já tenha passado pelo crivo da autoridade antitruste? E, mais, mesmo sendo possível, seria o desfazimento da operação a melhor intervenção?

Para responder a essas questões, traremos a discussão para a realidade brasileira. Apesar de o caso concreto base do presente estudo estar em desenvolvimento nos Estados Unidos, realizaremos uma analogia e o deslocaremos à jurisdição brasileira. Dessa forma, buscar-se-á definir quais são as possíveis atitudes antitruste que podem ser tomadas frente às concentrações nascentes, de acordo com a legislação pátria. E concluir, nos moldes do nosso ordenamento, se forçar a alienação de operações econômicas é possível, bem como se esta seria a melhor atitude a ser tomada.



## 4. FORMAS DE ATUAÇÃO ANTITRUSTE CONTRA AS CONCENTRAÇÕES NASCENTES

### 4.1. Contextualização

Conforme o exposto, a autoridade antitruste norte-americana requereu que se determine (i) a exigência de notificações e aprovações prévias para todas as futuras fusões e aquisições do Facebook; (ii) a alienação de ativos; (iii) o impedimento do Facebook na imposição de acordos anticompetitivos que governem ou imponham condições anticompetitivas; (iv) e a alienação ou reconstrução de negócios realizados pela empresa (incluindo, mas não se limitando, o Instagram e o WhatsApp). Em suma, os requerimentos da autoridade concorrencial incluem a revisão do critério de notificação; a imposição de remédios concorrenciais; e a determinação de desfazimento da operação econômica; tudo isso em controle antitruste *ex-post*.

Cabe salientar que ambas as aquisições foram revisadas e autorizadas por reguladores antitruste relevantes na época. Em 2012, foi conduzida revisão detalhada da transação do Instagram, pela própria autoridade antitruste norte americana, que liberou a operação por unanimidade. E, da mesma forma, a Comissão Europeia analisou a transação do WhatsApp, em 2014, alegando não ter encontrado risco de prejuízo à concorrência em qualquer mercado potencial. Dessa forma, tendo-se adentrado o mérito das aquisições e proferido decisão permissiva, extinguiu-se a seara administrativa. A reanálise dos atos de concentração, portanto, deve ser feita tão somente através do Poder Judiciário. É o que determina a Lei 12.529/2011, no seu artigo 61<sup>42</sup>, §3º. Definido o mérito da questão em processo administrativo de controle de atos de concentração, aquele não poderá ser rediscutido na seara do Poder Executivo. Conclui-se, portanto, que o caso concreto, sob a jurisdição brasileira, também estaria em discussão no Poder Judiciário.

Todavia, a possibilidade de uma revisão antitruste, trás consigo um certo nível de insegurança para os atos de concentração. Assim, é necessário que sejam traçados parâmetros de casos passíveis de revisão por força das teorias da concentração nascente, de modo que os agentes de mercado possam ter segurança e previsibilidade acerca dos riscos da operação ser revertida posteriormente. Nesse contexto, em nota de reação do Facebook, Jennifer Newstead

---

<sup>42</sup> Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato. [...] § 3º Julgado o processo no mérito, o ato não poderá ser novamente apresentado nem revisto no âmbito do Poder Executivo.

(2020), Vice-Presidente global jurídica da empresa, alega que a ação judicial da FTC se trata de um “revisão histórica”. Ela critica a iniciativa da autoridade antitruste no seguinte sentido:

“[A] Comissão anunciou que nenhuma venda será definitiva, independentemente do prejuízo que isso cause para os consumidores ou do efeito inibidor sobre a inovação. Quando adquirimos o Instagram e o WhatsApp, acreditamos que essas empresas seriam um grande benefício para os usuários do Facebook e que poderíamos ajudar a transformá-las em algo ainda melhor. E nós fizemos isso. Este processo corre o risco de semear dúvidas e incertezas sobre o próprio processo de revisão de fusões e aquisições do governo dos Estados Unidos e se a aquisição de empresas pode realmente contar com os resultados do processo legal. Também puniria as empresas por protegerem seus investimentos e tecnologia do aproveitamento daqueles que não pagaram pela inovação, tornando menos propensas, a longo prazo, a disponibilizar suas plataformas para estimular o crescimento de novos produtos e serviços.” (NEWSTEAD, 2020, p. 2)

Entretanto, embora se reconheça que a possibilidade de revisão e de posterior desfazimento de operações econômicas enseje insegurança jurídica, os efeitos positivos de uma atitude antitruste acertada e efetiva superam os malefícios gerados pela incerteza no mercado. Tanto é assim que a legislação concorrencial vigente no Brasil permite a revisão posterior inclusive dos atos de concentração que não se encaixem do critério de notificação obrigatória por faturamento (art. 88, §7º, da Lei n. 12.529/2011<sup>43</sup>). A presente autora sugere que essa seria ainda uma solução viável para implementação de um *enforcement* antitruste com viés pró-inovação. Isso porque, por esse viés, não é necessária oneração excessiva da autoridade regulatória para investigar um grande número de casos que não se enquadrem na regra geral (e objetiva) da legislação.

Nesse caso, o legislador buscou resguardar a segurança dos agentes econômicos ao prever prazo decadencial de um ano para o exercício dessa prerrogativa. Portanto, distintamente do que ocorre nos Estados Unidos, os atos de concentração econômica, realizados em território brasileiro e não notificados, não podem ser submetidos ao crivo antitruste se efetuados há mais de um ano. No cenário norte-americano, inexistente tal prazo decadencial. À título de exemplo, a Federal Trade Commission solicitou informações a cinco grandes empresas de tecnologia, exigindo informações sobre aquisições anteriores não notificadas às agências antitruste sob a

---

<sup>43</sup> Art. 88 (...) § 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

Lei Hart-Scott-Rodino (HSR). Os pedidos exigem que a Alphabet Inc. (incluindo Google), Amazon.com, Apple Inc., Facebook Inc. e Microsoft Corp. forneçam informações e documentos sobre os termos, escopo, estrutura e finalidade das operações realizadas por cada empresa entre 1 de janeiro de 2010 e 31 de dezembro de 2019 (OECD, 2020a, p. 32). Tal medida não poderia ser efetuada pela autoridade brasileira justamente em função do prazo de um ano estabelecido pela norma local. Ademais, o dispositivo de revisão previsto na legislação pátria jamais foi utilizado desde a entrada em vigor da nova lei em 2012<sup>44</sup>. Assim, é necessário que haja mudança nos procedimentos usualmente adotados pela autoridade concorrencial.

O caso *FTC vs. Facebook INC*, entretanto, não se amolda ao artigo 88, da Lei Antitruste, pois trata-se de atos de concentração previamente examinados e autorizados. Dessa maneira, não há o que se falar de intervenção do Poder Executivo e muito menos de prazo decadencial de revisão. Ademais, veremos que as medidas intentadas pela FTC são possíveis mecanismos antitruste frente às concentrações nascentes. Todavia, para que sejam de fato eficientes, é necessário verificar se as atitudes regulatórias, nos seus moldes padrões – pensadas para os parâmetros gerais de atos de concentração – se amoldam com os casos inseridos nas teorias do dano estudadas e no mercado digital. Desse modo, neste capítulo busca-se não somente explicar como se dariam as intervenções intentadas pela FTC, como também apontar a existência de outras formas possíveis de atuação antitruste frente às concentrações nascentes.

Frisa-se que um sistema efetivo de controle de concentrações deve ser seletivo, sob pena de se incumbir de inúmeras análises de casos de menor potencial anticompetitivo. Dessa forma, eventual revisão dos parâmetros de atuação prévia das autoridades antitruste deve ser efetuada com cautela, para garantir que a autoridade está olhando para os casos corretos e sob o enfoque adequado, de modo que os instrumentos de análise permitam de fato a aferição do dano à concorrência decorrente da operação. Nesse cenário, diversos elementos da análise de antitruste tradicional podem ser objeto de revisão, assunto que é amplamente discutido por autoridades antitruste nessa década (FURMAN et al., 2019; GAUTIER; LAMESCH, 2020; LEAR, 2019; TIROLE, 2018).

As análises e sugestões propostas a seguir buscam justamente contribuir para o desenvolvimento de um processo de controle de estruturas bem definido e que ofereça aos agentes as informações necessárias para preservação da inovação no contexto de uma operação

---

<sup>44</sup> Pesquisa realizada nos sistemas de buscas processuais (SEI) e na ferramenta Cade em números ao longo do presente estudo não identificaram a utilização do dispositivo para revisão de atos de concentração desde 2015. Segundo informações prestadas pelo Brasil à OCDE em relatório de 2014 a grupo de trabalho sobre investigações de atos de concentração não notificáveis, o art. 88, §7o, da Lei 12.529, de 2011, também não foi acionado entre a entrada em vigor da norma e o ano de 2014 (OECD, 2014b, p. 4).

notificada. Ademais, a despeito das discordâncias teóricas que eventualmente surjam em relação à teoria das *nascent acquisitions*, sugere-se que eventual controle de estruturas seja baseado em evidências empíricas confiáveis, de modo a garantir transparência e segurança nesse contexto.

#### 4.2. Revisão do critério de notificação

A primeira análise será do pedido de revisão do critério de notificação. A FTC requer que todas as futuras fusões e aquisições realizadas pelo Facebook sejam notificadas às autoridades antitruste. Assim, a notificação seria obrigatória independente do faturamento da empresa, do valor da transação ou mesmo dos mercados relevantes envolvidos na operação. Isso significa que se adotaria uma espécie de presunção geral de potencial anticompetitivo das aquisições da *big tech*.

A utilização da presunção geral para dar rigidez ao critério de notificação não é novidade. Na União Europeia, a presunção geral de potencial anticompetitivo foi uma das medidas interventivas adotadas pela Lei dos Mercados Digitais (LMD). Esta estabelece critérios objetivos para definir o conceito de grandes plataformas de rede, que exercem uma função de controle (chamadas pela Comissão Europeia de “guardiões do acesso”)<sup>45</sup>. Nesse contexto, provou-se por vias fáticas a efetividade de tal conduta, que, no cenário da União Europeia, se desenvolveu enquanto uma experiência bem-sucedida. Contudo, alguns doutrinadores criticam essa rigidez no critério de notificação. Eles consideram que a notificação obrigatória pelas *big techs* representaria a imposição de um custo a agentes econômicos que, teoricamente, foram mais eficientes. Isso poderia enviar mensagens tortas e desestimulantes aos agentes econômicos.

Discorda-se de tal visão à medida que a própria definição do critério de notificação acaba por impor a algumas operações um ônus que não é imposto a outras, de modo que não haveria violação à isonomia sob esse aspecto. O princípio da isonomia no direito concorrencial exige tratamento igualitário a empresas que se encontram em posições equivalentes no mercado. Por óbvio, não há maior iniquidade do que tratar igualmente empresas desiguais. Assim, importante notar que o intuito da LMD, em generalizar essa presunção geral de potencial anticompetitivo a todas as *big techs*, não infringe o princípio da igualdade. Noutra giro, também

---

<sup>45</sup> Vide: Comissão Europeia. Lei dos Mercados Digitais: garantir mercados digitais equitativos e abertos. [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets\\_pt#resumo-das-novas-regras](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_pt#resumo-das-novas-regras). Último acesso em 5 de outubro de 2021.

esta autora não verifica a violação à isonomia com a concretização do requerimento da FTC. Com efeito, os pedidos da autoridade antitruste só serão deferidos depois de efetivado o contraditório e se verificadas as acusações feitas. A revisão do critério de notificação, portanto, seria uma consequência dos atos da própria empresa incumbente, que teria realizado uma cadeia de atos anticoncorrenciais. Seria uma forma de penalidade devidamente motivada e não um tratamento genérico oposto somente ao Facebook.

De qualquer forma, no âmbito dos debates sobre concorrência em inovação, diversos modelos alternativos surgem como candidatos à revisão do critério de notificação. Além da notificação obrigatória com base nas características da empresa dominante, cabe também a possibilidade de notificação obrigatória com base (i) na redução nominal do faturamento da empresas adquiridas e (ii) no valor da compra.

Na maioria das jurisdições (BRANDENBURGER; BREED; SCHÖNING, 2017, p. 28), como ocorre no Brasil, os critérios de notificação obrigatória de atos de concentração são dados unicamente com base no faturamento das empresas. No Brasil, o faturamento passou a ser o critério único de seleção aplicável após a entrada em vigor da Lei 12.529, de 2011. No modelo anterior, o critério de faturamento somava-se ao de participação de mercado, de modo que atos de concentração que resultasse em *market share* superior a 20% também seriam notificáveis<sup>46</sup>. Optou-se assim por regra com viés objetivo, em nome de uma suposta segurança jurídica: faturamento de, no mínimo, R\$ 750.000.000,00 de uma das partes e, no mínimo, R\$ 75.000.000,00 da outra parte. Assim, a margem de faturamento se aplica a ambas as empresas envolvidas na operação, sendo condições conjuntivas.

Igualmente, a legislação americana estabelece o critério geral de notificação obrigatória com base no faturamento das empresas envolvidas e valor das operações. Ademais, permite-se às autoridades federais (Divisão Antitruste do *Department of Justice* (DoJ) e o *Federal Trade Commission*) revisar as operações que não alcancem o critério de faturamento disposto na *Hart Scott Rodino (HSR) Act*, mas que potencialmente levantem preocupações concorrenciais.

As possibilidades de revisão dos critérios de notificação prévia com base no faturamento envolvem a sua redução para um valor mínimo, ampliando o rol de operações notificáveis. No caso da *big tech*, ocorreria a redução da margem de faturamento das empresas adquiridas. Tal alternativa evitaria o aumento excessivo da carga de trabalho antitruste, que, no outro cenário, teria que analisar absolutamente todas as operações efetuadas pelo Facebook. A redução significativa do valor de notificação obrigatória frente à *big tech* abrangeria somente a análise

---

<sup>46</sup> Cf. art. 54 da revogada Lei n. 8.884, de 1990.

de casos que teriam mais chances de levantar preocupações relativas à proteção da inovação. Assim, a autoridade antitruste evitaria se ocupar indevidamente da análise de operações concorrencialmente irrelevantes, aumentando a possibilidade de alocação de esforços em casos potencialmente anticompetitivos.

Em adição à redução do critério de faturamento, há a adição de um critério baseado no valor da compra. Esse parece também ser um bom caminho para endereçar especificamente a questão das concentrações nascentes sem onerar excessivamente a autoridade. Tal método é objetivo, quantificável e se utiliza de informações disponíveis às partes. Contudo, tal modelo é alvo de algumas críticas. A definição do valor de compra a ser utilizado como parâmetro demandaria uma extensa análise empírica por parte do legislador ou agente regulador. Ademais, mesmo que a transação acabe tendo valor nominal reduzido, ela ainda pode representar, no futuro, a aquisição de controle de uma *startup* bem-sucedida. Além disso, a definição de um valor adequado deve considerar a potencial redução de incentivo aos agentes para que invistam em novos negócios (Bradenburger et al, p. 33).

Por esses motivos, entende-se que, para o caso concreto, a melhor forma de revisão do critério de notificação seria através da redução da sua margem para englobar pequenas empresas que contenham um faturamento abaixo de 75 milhões de reais. Dessa forma, a agência antitruste efetuará regulação mais intensa e rígida sobre o Facebook, sem sobrecarregar o seu sistema de verificação concorrencial. Em todo modo, entende-se também ser uma atitude eficiente e cabível a presunção geral de potencial anticompetitivo, se comprovadas as alegações feitas pela FTC.

### **4.3. Remédios**

Outra solução intentada pela autoridade antitruste norte americana, para a mitigação dos efeitos das aquisições anticoncorrenciais do Facebook, é a imposição de remédios antitruste. Os remédios propostos pela FTC foram: (i) a alienação de ativos; e (ii) o impedimento do Facebook na imposição de acordos anticompetitivos que governem ou imponham condições anticompetitivas.

Um remédio antitruste consiste em condição de aprovação de um ato de concentração, imposto pela autoridade antitruste ou negociado entre ela e as empresas requerentes. A imposição de remédios é considerada uma solução intermediária no exercício do controle de concentrações, uma vez que é a medida entre a reprovação total e a aprovação sem restrições da transação submetida ao escrutínio da autoridade. Os remédios antitruste são tradicionalmente

classificados como comportamentais e estruturais. Os remédios comportamentais são aqueles que impõem restrições aos direitos de propriedade das firmas, sem alterar alocação de direitos de propriedade. Os estruturais são aqueles que alteram a alocação de direitos de propriedade (CABRAL, 2014, p. 20). Dentre as medidas estruturais possíveis estão a venda de ativos, a alienação de controle societário e a separação contábil ou jurídica das atividades. As medidas comportamentais são mais abrangentes e incluem “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” (cf. art. 61, §2º, da Lei 12.529/2011<sup>47</sup>).

Frente a isso, pode-se concluir que a FTC busca a imposição de um remédio estrutural – alienação de ativos – e de um remédio comportamental – o impedimento do Facebook na imposição de acordos anticompetitivos, ambos devidamente previstos na legislação antitruste brasileira. De acordo com o Guia de Remédios Antitruste, do CADE, o objetivo maior da implementação de remédios antitruste é “mitigar o potencial prejuízo ao ambiente concorrencial decorrente da operação, restaurando as condições de rivalidade e de entrada presentes no cenário pré-operação” (CADE, 2018, p. 10). Assim sendo, os remédios são pensados justamente para sanar os danos concorrenciais perpetrados por atos de concentração. Além disso, é importante destacar que o desenho de uma solução antitruste via remédios que confira validade e eficácia ao ato de concentração pode envolver mais de um tipo de remédio (CADE, 2018), em plena congruência com o pedido da FTC.

Assim, apesar de representar uma forma menos interventiva de atuação antitruste, cabe ressaltar algumas críticas feitas a essas medidas. John Kwoka (2013) aponta que, nos Estados Unidos, a imposição de remédios em algumas situações não foi capaz de evitar o aumento de preços no cenário pós-operação, sendo os remédios comportamentais menos efetivos que os de ordem estrutural. Assim, embora eventual medida obrigacional pareça atrativa do ponto de vista concorrencial, a experiência prática indica sua insuficiência para mitigar efeitos de preço e produção das concentrações. Levi Veríssimo, por sua vez, observa que:

A dificuldade relativa à imposição de remédios na economia digital decorre também das características desses mercados. A importância dos dados como ativos, por

---

<sup>47</sup> Art. 61. No julgamento do pedido de aprovação do ato de concentração econômica, o Tribunal poderá aprová-lo integralmente, rejeitá-lo ou aprová-lo parcialmente, caso em que determinará as restrições que deverão ser observadas como condição para a validade e eficácia do ato. § 2º As restrições mencionadas no § 1º deste artigo incluem: I - a venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial; II - a cisão de sociedade; III - a alienação de controle societário; IV - a separação contábil ou jurídica de atividades; V - o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e VI - qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

exemplo, dificulta que a imposição de medidas estruturais seja efetiva, uma vez que a empresa poderá manter acesso aos dados mesmo após eventual desinvestimento. Nesse cenário, as medidas comportamentais seriam recomendáveis, carecendo apenas de ajustes quanto ao prazo dos remédios em mercados com alta dinamicidade, de modo que as medidas não se tornem ineficazes em pouco tempo. (VERÍSSIMO, 2021, p. 106)

Pelo exposto, enfrenta-se um paradoxo: empiricamente falando, os remédios estruturais tendem a surtir mais efeitos do que os comportamentais, porém, considerando as características dos mercados digitais, a eficácia dos remédios estruturais decai e ganham notoriedade os remédios comportamentais. Mostra-se adequado, portanto, o emprego simultâneo de ambas as espécies de remédios antitruste, quando se tratar de atos de concentração dentro do mercado digital.

Desse modo, os remédios antitruste são ferramentas pensadas para mitigar os efeitos anticoncorrenciais de atos de concentração que acontece ser o exato objetivo da agência reguladora norte-americana. Ademais, considerando a sua tentativa de imposição de remédios tanto estruturais, quanto comportamentais, defende-se que essa forma de atuação pode ser eficaz. Isso, principalmente se considerarmos que é uma das várias intervenções intentadas pela FTC, sendo os remédios componentes adicionais à regulação como um todo.

#### **4.4. Determinação de desfazimento da operação**

Um dos pedidos mais relevantes da FTC, para fins do presente trabalho, é o de desfazimento das operações realizadas pelo Facebook. Tal intervenção é permitida na legislação antitruste, sendo, porém, a medida mais drástica no contexto do controle de concentrações. Em suma, o que se busca é o desmembramento da *big tech* para que esta retorne ao estado que assumia anteriormente às operações. Dentre os requerimentos da FTC, esta seria certamente a mais impactante, afetando não somente o mercado de redes sociais, como o mercado por inteiro. Isso porque até atualmente não há precedentes de imposição de desfazimento de operações de empresas tão grandes quanto o Facebook. Dessa forma, abrir-se-á portas para eventuais desmembramentos de outras empresas dominantes que possuam a mesma escala.

O art. 91 da Lei brasileira de Defesa da Concorrência<sup>48</sup> prevê a possibilidade de revisão de casos não conhecidos ou aprovados em três hipóteses: (i) se a decisão for baseada em

---

<sup>48</sup> “Art. 91. A aprovação de que trata o art. 88 desta Lei poderá ser revista pelo Tribunal, de ofício ou mediante provocação da Superintendência-Geral, se a decisão for baseada em informações falsas ou enganosas prestadas



informações falsas ou enganosas prestadas pelo interessado; (ii) se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas (remédios); ou (iii) não forem alcançados os benefícios visados. Cabe destacar que a aplicação das hipóteses do art. 91 tem por pressuposto que a operação tenha sido objeto de análise pela autoridade antitruste. Além disso, considerando os evidentes prejuízos às empresas envolvidas, bem como à autoridade antitruste – em função do custo do erro, essa opção deve ser adotada apenas em casos extremos. Decerto, não deve ser cogitada como solução geral para os problemas enfrentados pelos órgãos reguladores.

Ademais, para verificar a possibilidade de desfazimento das aquisições do Instagram e do WhatsApp, é necessário verificar se o caso concreto se amolda a qualquer uma das hipóteses do artigo supracitado. Frisa-se que as condicionantes consistem em alternativas disjuntivas, portanto, para se legitimar a medida antitruste basta que um dos três requisitos seja preenchido. As aquisições do Instagram e do WhatsApp passaram pelo crivo de autoridades antitruste. Em 2012, a FTC examinou a transação do Instagram, liberando-a por unanimidade; e, em 2014, a Comissão Europeia analisou a transação do WhatsApp, alegando não ter encontrado risco de prejuízo à concorrência em qualquer mercado potencial.

No momento da compra das startups, o Facebook alegou que a operação beneficiaria não somente os seus usuários, mas também o mercado digital, pois otimizaria os aplicativos inovadores adquiridos (NEWSTEAD, 2020). Todavia, pelo o que é apontado pela autoridade antitruste norte americana, o cenário foi outro. Como vimos, a FTC acusa o Facebook de ter realizado atos anticoncorrenciais com roupagem de aquisições regulares. O intuito principal da *big tech* teria sido reforçar as já desafiadoras barreiras de entrada no mercado de redes sociais e nos mercados adjacentes – como o de compartilhamento de fotos e o de mensagens móveis OTT. Assim, a manutenção do Instagram e do WhatsApp – assim como dos seus produtos – seria motivada pura e simplesmente para que não surjam startups inovadoras, com produtos inseridos nesses mercados, que cresçam ao ponto de ameaçar o monopólio do Facebook.

Frente a isso, acredita-se que a única condicionante da legislação antitruste brasileira que daria ensejo ao desmembramento intentado pela FTC seria a prestação de informações falsas ou enganosas. Isso porque os exames perpetrados pelos órgãos reguladores em 2012 e 2014 não impuseram remédios antitruste, logo não há o que se falar que descumprimentos de

---

pelo interessado, se ocorrer o descumprimento de quaisquer das obrigações assumidas ou não forem alcançados os benefícios visados. Parágrafo único. Na hipótese referida no caput deste artigo, a falsidade ou enganosidade será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 6.000.000,00 (seis milhões de reais), a ser aplicada na forma das normas do Cade, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 67 desta Lei, e da adoção das demais medidas cabíveis.” Lei nº 12.529/2011.

obrigações assumidas. E, ademais, quanto ao não alcance dos benefícios visados, Jennifer Newstead, em nota, defende que o Facebook foi o motivo de os aplicativos adquiridos terem ganhado tanta popularidade. Senão veja:

“A FTC estava certa ao autorizar a aquisição do Instagram pelo Facebook, há oito anos. O Instagram que você vê hoje é o Instagram que o Facebook construiu, não o aplicativo que ele adquiriu. Quando o Facebook comprou o Instagram, ele tinha cerca de 2% dos usuários que tem hoje, apenas 13 funcionários, nenhuma receita e praticamente nenhuma infraestrutura própria. Era um dos muitos aplicativos de compartilhamento de fotos e apenas um dos muitos aplicativos competindo pelo tempo e atenção das pessoas. [...]

Com o WhatsApp não é diferente. [...] [T]ornamos o WhatsApp gratuito em todo o mundo, adicionando novos recursos valiosos, como chamadas de voz e vídeo, e o tornando mais seguro com a criptografia de ponta a ponta. Tornar o WhatsApp parte do Facebook proporcionou benefícios aos consumidores, exatamente como prevíamos e esperávamos. Oferecemos aos consumidores em todo o mundo uma alternativa gratuita de mensagens ao SMS e às taxas que as operadoras de celular estavam cobrando por isso.” (NEWSTEAD, 2020, p. 4)

Sob a mesma perspectiva, ao analisarem os efeitos da integração entre Facebook e Instagram, Li e Argawal (2017) concluíram pelo aumento de demanda geral por aplicativos de compartilhamento de imagens o que seria, segundo o estudo, indicativo empírico de que a operação gerou efeitos positivos. Com efeito, em momento algum a FTC contestou que a aquisição tenha – em certo nível – otimizado e trazido popularidade aos produtos adquiridos. A questão é que o desenvolvimento dos produtos não teria sido o objetivo principal da empresa, e sim o de se esquivar de uma concorrência por mérito dentro do mercado. Dessa maneira, mesmo com um desenvolvimento dos produtos adquiridos, o mercado ainda estaria sendo prejudicado. É dizer, o incremento dos produtos só se daria até que as empresas adquiridas ocupassem certo espaço no mercado – real objetivo da empresa adquirente. A partir desse momento, não interessaria mais ao Facebook inovar ou desenvolver as suas ferramentas, pois teria atingido um monopólio tal que assumiria uma posição de extremo conforto, pela ausência de concorrência. Conclui-se então que estaria configurada a condicionante para o desfazimento da operação tão somente no que tange à prestação de informações falsas.

Assim, se a autoridade judicial entender estarem comprovadas as alegações feitas pela FTC, é de fato possível o desfazimento das operações, estando configurada uma das hipóteses do artigo 91, da Lei Antitruste. Contudo, cabe salientar novamente que essa forma interventiva

é a mais drástica, devendo ser aplicada somente em casos em que existam fortíssimos indícios da ocorrência de atos de concentração anticoncorrenciais, e não como regra geral.

#### **4.5. Outras formas de atuação antitruste**

Conforme analisado, os pedidos da FTC não somente são possíveis no caso concreto, como são boas soluções para casos que se amoldam às teorias do dano das *nascent acquisitions*. No primeiro capítulo, foi demonstrado que ainda existem dificuldades inerentes à definição e à aplicação das teorias do dano estudadas. Ademais, a partir do caso concreto analisado, foi-se possível inseri-las em contexto mais palpável, de forma que agora é possível visualizar de maneira mais descomplicada as possíveis estratégias que podem ser adotadas pelas autoridades antitruste.

Embora o caso *FTC vs. Facebook INC* tenha se provado de grande ajuda para os fins da presente tese, as soluções intentadas pela autoridade antitruste norte americana não extinguem o rol de intervenções regulatórias eficientes frente às concentrações nascentes. As alternativas de análise antitruste para tal finalidade ainda estão em desenvolvimento, de forma que não se busca esgotar as possibilidades de alteração nos instrumentos de análise antitruste. Contudo, uma medida frequentemente mencionada na teoria antitruste, quando o fim é a proteção da inovação e de novos entrantes, é a alteração do ônus da prova. Esta autora acredita que tal intervenção seria apropriada, não somente para o caso concreto analisado, mas também para mitigar os efeitos de concentrações nascentes em geral.

##### **4.5.1. Alterações do ônus da prova**

Em 1990, período de pouca intervenção antitruste por influência dos teóricos de Chicago, foi julgado o caso *United States vs. Baker Hughes, Inc.*<sup>49</sup> pelo Tribunal de Apelações de Washington D.C. Nessa oportunidade, a autoridade judicial decidiu que o ônus da prova, em casos de concentração, dependeria da apresentação, pelo Estado, de evidências de potencial anticompetitivo da operação. Ou seja, que o ônus de provar o potencial danoso do ato de concentração era do ente público, havendo presunção geral de regularidade para os agentes econômicos. Assim, foi determinado que a distribuição do ônus da prova, no contexto antitruste,

---

<sup>49</sup> (908 F.2d 981 [D.D. Cir. 1990])

se daria de maneira inversa ao da seara judicial. Contudo, discussões sobre eventual necessidade de alteração dessa dinâmica vêm surgindo com o crescimento dos mercados digitais.

O economista francês Jean Tirole (2018) afirma que a dificuldade em provar o dano ao processo competitivo decorrente das transações está no fato de o ônus da prova ser da autoridade antitruste. O mencionado autor não está sozinho. Diversos doutrinadores apontam para a eventual necessidade de revisão de critérios de distribuição do ônus da prova em casos que os agentes possuam grande poder de mercado (como *big techs*) ou em casos de maior complexidade (vide CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019; HOVENKAMP; SHAPIRO, 2018; LITAN, 2016). Com efeito, é da natureza do controle de concentrações o seu caráter preventivo, sendo razoável que a comprovação dos efeitos benéficos da operação incida sobre os agentes que tradicionalmente levantem maior preocupação concorrencial.

Isso especialmente se considerarmos um mercado como o digital, no qual os índices de concentração econômica são altos. Assim, tratando-se de um mercado cujos agentes dominantes conquistam suas posições por meio de estratégias concorrenciais agressivas, a eventual adoção de nova metodologia de análise de concentrações quanto ao ônus da prova não deve ser descartada. No entanto, as características inerentes do mercado digital dificultam o emprego dessa mudança nos critérios de análise antitruste, pois não é tão simples aferir dados empíricos nele. Impor aos requerentes o ônus de apresentação de dados atualizados e verdadeiros sobre investimentos em inovação pode ser insuficiente para revelar potencial risco concorrencial da operação. No caso do Facebook, por exemplo, vimos que a empresa defende ter investido bilhões de dólares em desenvolvimento dos produtos, mesmo assim a FTC alega que os fins da operação são anticoncorrenciais e resultam em sérios danos ao mercado.

Frente a essa dificuldade, mostra-se fundamental a delimitação de parâmetros para que eventual redistribuição do ônus da prova funcione. A inversão do ônus exige da autoridade clareza na definição de elementos para mensuração do risco à inovação. Isso, tanto para que os agentes requerentes saibam o que devem demonstrar à autoridade, quanto para que as informações solicitadas sirvam, de fato, à avaliação do potencial eliminatório da operação.

Inclusive, críticos à alteração do ônus da prova em face de grandes agentes apontam questões como a dificuldade em definir um recorte aos casos que estarão sujeitos à “inversão” ou aplicação mais rígida do ônus da prova. Quais seriam os parâmetros adotados para se especificar quais serão os agentes econômicos que sofrerão a inversão do ônus? Os questionamentos alcançam ainda situações em que o agente não tenha dados para se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído – situação que fatalmente levaria à reprovação da operação. Finalmente, tendo em vista a intenção dos agentes em concretizar os negócios, as

projeções de sucesso poderiam ser excessivamente otimistas, o que distorceria a análise antitruste (MACLENNAN; KUHN; WIENKE, 2019).

Noutro giro, a FTC, em sua obra *Horizontal Merger Guidelines* (EUA, 2010), defende ser razoável que concentrações que resultem em aumento da posição dominante levem à imposição do ônus da prova aos requerentes. Então, para tal agência antitruste, o critério utilizado para inversão do ônus seria a escala da empresa adquirente e a crescente concentração que a operação acarretaria. Ainda, especificamente sob o contexto das concentrações nascentes, que têm como foco a aquisição de empresas entrantes, bom parâmetro poderia ser o tempo de atuação da empresa-alvo naquele mercado em que a inovação foi desenvolvida, como sugerido por Hemphill e Wu (2020). Vê-se, portanto, que os debates teóricos indicam tanto a possibilidade de aplicação mais rígida da defesa de eficiência com foco no comprador (como as *big techs*) ou na empresa-alvo inovadora (genericamente referidas como *startups*).

Retornando ao caso concreto *FTC vs. Facebook INC*, não se pode descartar a possibilidade de a autoridade reguladora requerer a inversão do ônus em todas as futuras aquisições examinadas do Facebook – intervenção mais rígida com foco no comprador. Seria uma medida que certamente acrescentaria à intervenção antitruste intentada. Contudo, é importante que antes se preze pela transparência da dinâmica, de forma que se deixe claro as expectativas do órgão regulador em relação aos documentos comprobatórios cabíveis e esperados. Sugere-se que as autoridades considerem elementos como documentos internos e, se possível, trocas de mensagens entre dirigentes que indiquem as intenções do adquirente – como os e-mails transcritos na petição inicial. E, além disso, dados relativos a investimentos em pesquisa e desenvolvimento de novos projetos e a existência ou não de outros investidores interessados na empresa-alvo também são elementos de prova que podem ser exigidos pela autoridade antitruste com vistas a identificar o viés eliminatório da operação.

#### **4.6. Conclusões do tópico**

Após a análise metódica do caso *FTC vs. Facebook INC* do capítulo anterior, coube ao presente tópico analisar como que seriam as possíveis atitudes antitruste intentadas frente às aquisições anticoncorrenciais realizadas. Através da analogia, foi possível verificar que as intervenções almejadas pela FTC, não somente seriam possíveis no molde da legislação anticoncorrencial brasileira, como são formas eficientes de regular e mitigar os efeitos de concentrações nascentes. Assim, o presente tópico nos permitiu chegar à conclusão de que, se de fato comprovadas e reconhecidas, pela autoridade judicial, as alegações feitas, as medidas

requeridas são aptas à finalidade que se prestam: combater os efeitos de aquisições eliminatórias e zumbis.

A revisão das operações (art. 91, *caput*, da Lei 12529/2011) e a imposição de remédios pelo órgão regulador são instrumentos já existentes na legislação. São técnicas antitrustes especialmente importantes para o combate ao fenômeno das concentrações nascentes. Contudo, a sua aplicação, embora prescindir de reforma da legislação, esbarra em problemas. Dentre estes está a indispensabilidade de as operações serem notificadas – fato que pode impedir a análise de transações relevantes, haja vista muitas operações não passarem pelo crivo antitruste – e a onerosidade excessiva aos agentes sujeitos a tais medidas – principalmente no tocante ao desfazimento das operações. Quanto à alteração do ônus probatório em casos complexos e a revisão do critério de notificação, essas são medidas de crescente aderência na doutrina antitruste. Todavia, a sua aplicação demanda uma certa adaptabilidade não só da legislação, como também dos órgãos reguladores, que deverão ser cautelosos na delimitação de parâmetros e objetivos.

Todas as medidas estudadas no tópico são instrumentos antitruste que se complementam. Se trabalhadas e modificadas de forma sistemática, a atuação antitruste se desenvolverá de forma mais precisa, eficiente e clara. Por exemplo, a revisão do critério de notificação auxilia a imposição de remédios antitruste e, nos últimos dos casos, a revisão das operações. Por sua vez, a alteração do ônus da prova – podendo assumir o foco no comprador ou na empresa-alvo – seria uma medida com viés também preventivo à necessidade de imposição das outras medidas, pois atos de concentração anticoncorrenciais seriam mais facilmente constatados e, portanto, rejeitados.

Agora, especificamente sob a perspectiva do caso concreto, cabe esclarecer alguns pontos quanto ao desfazimento das operações. Conforme exposto, para a aplicabilidade dessa medida, é necessário o preenchimento de um dos seus requisitos, fato que se concretizaria se considerarmos as alegações feitas pela FTC. Todavia, a intervenção prevista no artigo 91, da Lei Antitruste, é a mais drástica e, portanto, defende-se extrema cautela na sua aplicação, pois um falso positivo causaria profundos abalos na segurança jurídica dos agentes econômicos e no próprio mercado relevante.

Contudo, frente aos prejuízos alegadamente causados pelas aquisições do Instagram e do WhatsApp, esta autora não vê outra medida eficaz. O Facebook assume uma posição de monopólio extremamente confortável em grande parte devido às compras do Instagram e do WhatsApp. Essa posição de conforto desestimula os investimentos em pesquisa e desenvolvimento, desincentiva a produção de inovação e afugenta pequenas empresas entrantes

de criarem produtos que estejam inseridos no mesmo mercado, pois as chances de conseguirem competir tendem à zero.

Na opinião desta autora, o único prejuízo ao Facebook, com o desfazimento das operações, será ter que concorrer de forma meritória. As vendas forçadas certamente trarão montantes enormes de dinheiro, mas após a alienação, estando o Instagram e o WhatsApp independentes, o Facebook deverá progredir se quiser manter o seu monopólio, como todas as empresas participantes de um mercado competitivo. Ademais, as empresas vendidas não estariam mais limitadas pelo poder do Facebook. Como analisado na petição inicial, os incrementos realizados tanto no aplicativo de compartilhamento de imagens, quanto no de mensagens móveis, se dão tão somente dentro do limite de não adentrarem o mercado específico do Facebook Blue. Se independentes, essas empresas podem se expandir da forma que for melhor para o seu produto e para os seus consumidores-alvo, sem serem balizadas e cingidas.

Para além disso, essa quantidade de dados pessoais e de poder nas mãos de somente um agente não parece razoável. Principalmente se considerarmos o histórico de violação de privacidade do Facebook. Todas essas questões – da ausência de concorrência, ao desincentivo às inovações, até a obtenção de um banco de dados pessoais – atingem negativa e diretamente os consumidores. Isso, somado com a adequação do fato à norma jurídica, justifica e legitima a aplicação do artigo 91, *caput*, da Lei Antitruste; desfazendo forçosamente as aquisições do Instagram e do WhatsApp.

## 5. CONCLUSÃO

Antigamente a perda de concorrência potencial era concebida como consequência natural de aquisições de empresas entrantes. A mentalidade era que essas aquisições, mesmo tendo esse reflexo em um primeiro momento, ainda seriam regulares, pois a finalidade pioneira do ato era outra. Assim, durante muitos anos na história do Direito Concorrencial, as compras de startups não chamavam a atenção das autoridades antitruste. Tanto é assim que, hoje em dia, o critério de avaliação é, em regra, baseado principalmente no faturamento dos agentes econômicos, critério este quase nunca atingido pelas empresas entrantes. Todavia, estudos empíricos recentes trazidos por Cunningham et al. demonstraram que, em certos contextos, aquisições de empresas entrantes não acarretavam somente uma restrição concorrencial, mas também a perda de um produto inovador.

Essa pesquisa trouxe novos ares ao Direito Concorrencial, levando os doutrinadores a enxergarem os efeitos prejudiciais que as concentrações nascentes podem ter quando com fins anticoncorrenciais. Com efeito, muitas empresas adquirentes parecem adotar verdadeiras estratégias de exclusão, buscando se esquivar da concorrência meritória e da necessidade de constante otimização e adaptação ao mercado. Dessa forma, a partir do experimento de Cunningham et al. foi possível compreender que essas empresas incumbentes, que possuem estratégias anticoncorrenciais como *modus operandi*, devem ser tratadas e investigadas como tais. Revelou-se a importância das investigações ex-post, pois estas permitem a aferição de atos de concentração que não foram objeto de exame antitruste através do controle de estruturas, englobando todas as aquisições de startups que não alcançaram a margem de faturamento para a notificação vinculada. Contudo, outros estudos, como o relatório da OCDE, também demonstraram que uma concentração nascente não precisa levar à extinção do produto inovador para ser anticoncorrencial. O prejuízo aos consumidores pode advir ainda da perda de um concorrente emergente – em potencial ou não – simplesmente porque a empresa resultante da fusão internaliza os efeitos de suas decisões sobre o preço, a qualidade e a inovação. É o caso da aquisição do Instagram e do WhatsApp pelo Facebook.

Acontece que as concentrações nascentes, principalmente no que tange às aquisições zumbis, são de difícil aferição. Ademais, as agências antitruste não têm recursos ilimitados e, portanto, é essencial que haja um processo seletivo e investigativo extremamente eficiente, priorizando aqueles recursos que têm. Entretanto, para isso, é necessária uma boa definição das teorias do dano e uma transparência prática das regras do “jogo”, facilitando a compreensão e a atuação dos agentes econômicos no mercado. Verificou-se que as aquisições mais danosas



aos consumidores podem ser aquelas que extinguem ou imobilizam empresas que ainda não estavam maduras, pois afetam, de maneira abstrata e de difícil percepção, a inovação, a qualidade, a variedade e o preço dos produtos. Assim, garantir que as aquisições de empresas nascentes sejam investigadas com rigor e bloqueadas quando necessário, deve ser, portanto, prioridade alta entre as agências. Especificamente, a abundância de concentrações econômicas por iniciativa de grandes empresas do setor digital exige olhar mais atento de autoridades antitruste – bem como a disponibilização de ferramentas aptas para esse fim.

Nesse sentido, dentre as preocupações concorrenciais potencializadas pela dinâmica dos mercados digitais, a proteção da inovação possui lugar de destaque. Isso porque as características dos mercados digitais, como efeitos de rede e tendência à monopolização, elevam a importância de novos entrantes no cenário competitivo. Embora não seja o único obstáculo ao pleno desenvolvimento da inovação nesses mercados, vimos que as concentrações econômicas podem ser instrumento de cerceamento da livre-concorrência em determinadas hipóteses. É o que se extrai do estudo de caso realizado em que o Facebook buscou – e obteve sucesso em – levantar altíssimas barreiras de entrada com as aquisições zumbis que operou. Aqui, o cerceamento da livre concorrência pode ser observado tanto nas restrições de desenvolvimento das empresas adquiridas – para não invadirem o mercado relevante ou atraírem o público-alvo da empresa adquirente – quanto com as barreiras de entrada que impossibilitam empresas inovadoras de prosperarem naquele setor.

Certamente, a identificação de operações com viés anticoncorrencial não é tarefa simples, sendo um dos objetivos deste estudo contribuir com esse debate de maneira teórica e prática. Sob essa perspectiva, o presente estudo identificou e demonstrou com o caso concreto que a proteção do processo competitivo nos mercados digitais, por meio do Direito da Concorrência, é um caminho adequado para promoção e preservação da inovação. Paralelamente, processos inovadores catalisam a concorrência pelos mercados justamente por serem meio eficaz de contestabilidade da posição dominante. É justamente nesse fato que a FTC baseia toda a sua acusação, pois o objetivo final do Facebook, segundo a agência, seria evitar ao máximo que startups com produtos inovadores prosperem e coloquem em xeque o seu monopólio.

Assim, comprovou-se que algumas agências já se utilizaram da flexibilidade de suas estruturas legais e analíticas para começarem a impor o controle de estruturas nesse campo anteriormente negligenciado. Entretanto, essa flexibilidade não é regra no Direito Antitruste, sendo a adaptação uma realidade mais distante para certas agências reguladoras. Além disso, como vimos, no direito concorrencial brasileiro, buscou-se inovação jurídica com a edição do

artigo 88, §7º, da Lei n. 12.529/2011, que permite a análise ex-post de empresas que não adentraram o critério de notificação antitruste, dentro de um limite temporal de um ano. Todavia, pesquisas levantadas e trazidas na presente tese comprovam que tal instrumento legal não foi empregado nem sequer uma vez. Isso demonstra que, mesmo aquelas agências que buscam se adaptar, podem enfrentar contratempos e resistência pelo caminho. Portanto, a mudança de políticas e estratégias concorrenciais podem ser necessárias para se ter confiança no sucesso das agências em desafiar aquisições anticompetitivas de empresas nascentes. Somente assim as autoridades antitruste cumprirão o seu dever de proteger a concorrência e os consumidores de danos.

Nesse contexto, diante da dinâmica competitiva dos mercados digitais, muitos autores apontam para a importância de resguardar a inovação na reforma da abordagem do Direito da Concorrência. Para Tim Wu (2012, p. 3), sob a perspectiva da promoção da inovação, a exclusão de agentes – e não a combinação de preços – é o “mal supremo” a ser combatido pelo Direito Antitruste. Segundo a visão do autor, a eliminação de agentes inovadores é equivalente aos cartéis do ponto de vista do dano à concorrência. Assim, a nova perspectiva sobre a dimensão concorrencial da eliminação da inovação em mercados digitais contribui para os debates acerca das reformas do Direito Antitruste. E, sob essa ótica, diversas soluções podem ser exploradas, mesmo sem eventual alteração do paradigma hegemônico de Chicago, em que o objetivo do Direito Antitruste seria o bem-estar do consumidor. Isso porque, em última análise, a extinção da inovação prejudica os consumidores em vários níveis, inclusive na definição dos preços, principal critério a ser aferido para se analisar o bem-estar do consumidor. A eliminação de concorrente atual ou potencial representa, nessa medida, risco maior tanto ao bem-estar do consumidor quanto ao processo competitivo em si.

Noutro giro, o alargamento dos objetivos do antitruste, para além do bem-estar, pode ser benéfico para a promoção da inovação. Ademais, conforme discutido, ofereceria maior segurança jurídica e objetividade aos agentes de mercado. Concorda-se com Levi Veríssimo no sentido de a proteção da inovação e a defesa da concorrência apresentarem relação simbiótica: ao passo que o maior número de agentes possibilita manutenção das chances de êxito de um bem inovador, o processo competitivo preservado garante que o agente inovador permaneça em um mercado livre de abusos, onde mais agentes concorrerão pela inovação. Em outras palavras, inovação e concorrência são mutuamente promovidas quando protegidas por meio do Direito Antitruste (VERÍSSIMO, 2021, p. 111).

Assim, a presente tese se propôs a compatibilizar o *enforcement* antitruste com os mandamentos legais de proteção à concorrência e à inovação. Além disso, diante das

especificidades dos mercados digitais e do grande poder de mercado das *big techs*, sugerir instrumentos às autoridades para que o controle prévio seja feito de maneira efetiva. Não se busca insinuar que grandes empresas de tecnologia são presumivelmente prejudiciais à concorrência ou mesmo que a proteção da inovação se esgote na reformulação da política de controle de estruturas. Em verdade, as conclusões alcançadas apontam para a possibilidade de aperfeiçoamento da aplicação do Direito Antitruste com o objetivo de proteger a inovação nesses mercados. Observou-se que o cenário atual não permite sequer às autoridades identificar o potencial dano decorrente dessas operações, uma vez que comumente empresas nascentes não alcançam os critérios de notificação tradicionais para tanto.

Novamente, o critério de faturamento para notificação obrigatória dos atos de concentração é frequentemente apontado como elemento fundamental na suposta omissão do escrutínio antitruste em relação a tais aquisições eliminatórias. Quanto a isso, a experiência internacional aponta alternativas viáveis sem que se onere excessivamente os agentes encarregados de analisar tais operações. Concluiu-se assim que, além de a alteração do critério de notificação ser mecanismo antitruste eficiente para mitigar os prejuízos causados pelo Facebook no caso concreto, ela é a porta de entrada para a reforma antitruste, pois permite às autoridades analisarem e obterem dados sobre a dimensão concorrencial da questão.

Além disso, a preocupação com eventual abuso de posição dominante por determinados agentes fez surgir, no extremo, o debate sobre eventual cisão dessas empresas como medida aplicável aos casos mais evidentes, especialmente no mercado norte-americano. Contudo, como demonstrado, tal atitude é a mais drástica, devendo ser aplicada somente como *ultima ratio*. Uma resposta menos interventiva seria, então, o ajuste da atuação preventiva das autoridades antitrustes. A imposição de um procedimento mais rigoroso em um cenário ex-ante, evitaria o uso da medida de desfazimento das operações pela agência reguladora e não abalaria a segurança jurídica dos agentes econômicos. A importância de uma regulação ex-ante mais rigorosa pode ser observada no caso concreto estudado. Nele, para se interromper os prejuízos e a concentração de poder trazidos pelas aquisições do Instagram e do WhatsApp, não basta remédios antitruste. Atingiu-se um *momentum* do ato de concentração que a única solução efetiva, frente às aquisições zumbis, é a cisão da empresa fusionada. Tal situação seria evitada se a operação – e consequentemente os objetivos anticoncorrenciais do Facebook – tivesse sido negada e impedida, através de uma intervenção rígida do órgão regulador.

Em referência às alterações do ônus probatório em casos complexos e à definição de parâmetros comportamentais dos agentes, estas são medidas de crescente aderência na doutrina antitruste. Especialmente frente às agressivas estratégias aquisitivas adotadas pelos agentes do

mercado digital, que demandam uma intervenção e um acompanhamento mais rigorosos. Defende-se que uma atuação antitruste adequada e eficiente deve ser aquela apta a regular um mercado tão complexo e concentrado quanto o digital. Finalmente, importa destacar que as mudanças do Direito Concorrencial, para o efetivo combate às concentrações nascentes, devem ser levadas a efeito por legisladores e autoridades antitruste. Seja por meio de reformas instrumentais, algumas das quais sugeridas ao longo da presente análise, seja por meio da elaboração de guias de análise que abranjam adequadamente a análise do impacto das operações sobre a inovação nos mercados.

## Referências Bibliográficas

BAIN, J. S. **Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries**. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1956.

BAKER, J. B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How antitrust fosters innovation. **Antitrust Law Journal**, v. 74, n. 3, p. 575–602, 2007.

BRANDENBURGER, R.; BREED, L.; SCHÖNING, F. Merger Control Revisited: Are Antitrust Authorities Investigating the Right Deals? **Antitrust**, v. 14, n. 7, p. 28–36, 2017.

BRYAN, K. A., HOVENKAMP E. Startup Acquisitions, Error Costs, and Antitrust Policy. **The University of Chicago Law Review**, [S. l.], p. 331-356, 23 abr. 2019.

BRYAN, K. A., HOVENKAMP E. Antitrust Limits on Startup Acquisitions. **SSRN Electronic Journal** [S. l.], 2019.

BUZZELL, R. D.; GALE, B. T.; SULTAN, R. G. M. Market Share - a Key to Profitability. **Harvard Business Law**, [s. l.], p. 1-19, jan. 1975.

CABRAL, P. S. **Remédios antitruste em atos de concentração: uma análise da prática do Cade**. Universidade de Brasília, 2014.

CADE. **Guia Para Análise De Atos De Concentração Horizontal**. p. 1–43, 2016.

CADE. Guia de Remédios Antitruste. p. 1–67, 2018.  
 CADE. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados. **Documento de Trabalho nº 005/2020**, Brasília, agosto 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2021.

CARLIN, T. M.; FINCH, N.; FORD, G. A Deal Too Far: The Case of the Killer Acquisition. **Mergers and Acquisitions**, n. October, p. 234–248, 2007.

COUTINHO, D. R.; KIRA, B. Novas teorias do dano para mercados digitais: O que são teorias do dano e como elas podem contribuir para a efetiva aplicação do direito da concorrência em mercados digitais?. **JOTA**, [S. l.], p. 1-10, 22 jun. 2021. Disponível em:

<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/novas-teorias-dano-mercados-digitais-22062021>. Acesso em: 13 set. 2021.

CUNNINGHAM, C.; EDERER, F.; MA, S. **Killer Aquisitions**. v. 44, n. 0, p. 1– 73, 2018a.

CUNNINGHAM, C.; EDERER, F.; MA, S. **Killer Acquisitions**. v. 44, n. 0, p. 1– 106, 2018b.

DAVIS, R. W. Innovation markets and merger enforcement: Current practice in perspective. **Antitrust Law Journal**, v. 71, n. 2, p. 677–703, 2003.

EDERER, F.; MA, S. Do Companies Buy Competitors in Order to Shut Them Down?. **Yale Insights**, [s. l.], 4 jun. 2018. Disponível em: <https://insights.som.yale.edu/insights/do-companies-buy-competitors-in-order-to-shut-them-down>. Acesso em: 1 set. 2021.

FAYNE, K.; FOREMAN, K. To Catch a Killer: Could Enhanced Premerger Screening for “Killer Acquisitions” Hurt Competition? **Antitrust Magazine**, Vo. 34, Issue 2, 2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION. The United States District Court for the District of Columbia. **First Amended Complaint for Injunctive and Other Equitable Relief**. [S. l.], 19 ago. 2021.

FEDERICO, G.; MORTON, F. S.; SHAPIRO, C. **Antitrust and innovation: Welcoming and protecting disruption**. NBER: Innovation Policy and the Economy. v. 20, issue 1, pp. 125-190. 2020.

FLETCHER, A. **Digital competition policy**: Are ecosystems different? Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems, OECD. 2020.

FILHO, C. S. **Direito Concorrencial - As estruturas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FRAZÃO, A. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. 1. ed. São Paulo: SaraivaJur. 2017.

FRAZÃO, A. Um Direito Antitruste para o século XXI - Parte IV. **Portal Jota**, p. 1–8, 2020.

FURMAN, J. et al. **Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel**. Londres, 2019.

GONÇALVES, P. B.. **The Future of Antitrust**. São Paulo: Editora Singular, agosto 2020. 440 p. ISBN 978-65-992056-8-2.

GUTTERMAN, A. S. **Innovation and competition policy**. Cambridge: Kluwer Law International, 1997.

HEMPHILL, C. S.; WU, T. Nascent Competitors. **University of Pennsylvania Law Review**, p. 37, 2020.

HOLMSTRÖM, M. et al. Killer Acquisitions? The Debate on Merger Control for Digital Markets (2018). **2018 Yearbook of the Finnish Competition Law Association**, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3465454> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3465454>.

HOVENKAMP, H. Post-Chicago Antitrust: a review and critique. **Colonia Business Law Review**, v. 2, p. 257–338, 2001.

HOVENKAMP, H. Antitrust and innovation: Where we are and where we should be going. **Antitrust Law Journal**, v. 77, n. 3, p. 749–756, 2011.

JASPER, E. H. Paradoxo Tropical: a finalidade do Direito da Concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 7, n. 2, p. 171–189, 2019.

KERN, B. R. Innovation Markets, Future Markets, or Potential Competition: How Should Competition Authorities Account for Innovation Competition in Merger Reviews? **World Competition: Law and Economics Review**, v. 37, n. 2, p. 173–206, 2014.

KHAN, L. M. Amazon's antitrust paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, p. 710–805, 2017.

KHAN, L. M. Competition and Consumer Protection in the 21st Century: **FTC Hearing #3 Day 3: Multi-Sided Platforms, Labor Markets, and Potential Competition**. 2018. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/audio-video/audio/ftc-hearing-3-multi-sided-platforms-labor-markets-potential>. Acesso em: 24 ago. 2021.

LEMOS, T. M. **Aquisição de concorrentes nascentes ou killer acquisitions em mercados digitais: uma análise de uma década de aquisições pelas bigtechs**. Orientador: Guilherme Resende. 2021. Dissertação de mestrado (Dissertação de Mestrado Profissional em

Economia, Políticas Públicas e Desenvolvimento) - Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), [S. l.], 2021.

LI, Z.; AGARWAL, A. **Platform Integration and Demand Spillovers in Complementary Markets: Evidence from Facebook's Integration of Instagram Management science**, 2017. Disponível em: <[http://explore.bl.uk/primo\\_library/libweb/action/display.do?tabs=detailsTab&gathStatTab=true&ct=display&fn=search&doc=ETOCRN613380539&indx=1&recIds=ETOCRN613380539](http://explore.bl.uk/primo_library/libweb/action/display.do?tabs=detailsTab&gathStatTab=true&ct=display&fn=search&doc=ETOCRN613380539&indx=1&recIds=ETOCRN613380539)>

LIM, Y. Tech wars: return of the conglomerate throwback. **Wasafiri**, v. 21, n. 2, p. 88–101, 2006.

LITAN, R. E. Entrepreneurship, innovation, and antitrust. **Antitrust Bulletin**, v. 61, n. 4, p. 580–594, 2016.

LORDAN, B. FTC Alleges Facebook Resorted to Illegal Buy-or-Bury Scheme to Crush Competition After String of Failed Attempts to Innovate. **Federal Trade Commission**, [s. l.], 19 ago. 2021. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2021/08/ftc-alleges-facebook-resorted-illegal-buy-or-bury-scheme-crush>. Acesso em: 24 ago. 2021.

LORDAN, B. FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization. **Federal Trade Commission**, [s. l.], 9 dez. 2020. Disponível em: <https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MACLENNAN, J.; KUHN, I.; WIENKE, T. **Innocent Until Proven Guilty – Five Things You Need to Know About Killer Acquisitions**. Disponível em: <https://informaconnect.com/innocent-until-proven-guilty-five-things-you-need-to-know-about-killer-acquisitions/>.

MANNE, G. A. Invited Statement of Geoffrey A. Manne on House Judiciary Investigation Into Competition in Digital Markets Correcting Common Misperceptions About the State of Antitrust Law and Enforcement. **House Judiciary Investigation into Competition in Digital Markets**, 2020.

MERMELSTEIN, B. et al. Internal versus External Growth in Industries with Scale Economies: A Computational Model of Optimal Merger Policy. **Journal of Political Economy**, v. 128, n. 1, 2020.



NEWSTEAD, J. Ações judiciais movidas pela FTC e pelos procuradores-gerais dos Estados são revisionismo histórico. **Facebook**, [S. l.], p. 1-5, 9 dez. 2020. Disponível em: <https://about.fb.com/br/news/2020/12/acoes-judiciais-movidas-pela-ftc-e-pelos-procuradores-gerais-dos-estados-sao-revisionismo-historico/>. Acesso em: 4 out. 2021.

O'CONNOR, D. **An Antitrust Analysis of Google's Waze Acquisition: Disruptive Competition and Antitrust Merger Review**. Disponível em: <https://www.project-disco.org/competition/061213-an-antitrust-analysis-of-google-waze-acquisition-disruptive-competition-and-antitrust-merger-review/>.

OECD (2020). **Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control**. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/start-ups-killer-acquisitions-and-merger-control-2020.pdf>.

PETIT, N.; TEECE, D. J. **Taking Ecosystems Competition Seriously in the Digital Economy**. Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems, OECD. 2020.

RESENDE, G. M. Ecosystemas digitais e o antitruste. **Consultor Jurídico**, [s. l.], 9 jul. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/defesa-concorrencaia-ecosistemas-digitais-antitruste>. Acesso em: 13 set. 2021.

SEGAL, I.; WHINSTON, M. D. Antitrust in innovative industries. **American Economic Review**, v. 97, n. 5, p. 1703–1730, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003a.

SALOMÃO FILHO, C. **Direito concorrencial: as estruturas**. 3ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2003b.

SILICON VALLEY BANK. US Startup Outlook 2019: Key insights from the Silicon Valley Bank. **Startup Outlook Survey**, [s. l.], 2019. Disponível em: [https://www.svb.com/globalassets/library/uploadedfiles/content/trends\\_and\\_insights/reports/startup\\_outlook\\_report/us/svb-suo-us-report-2019.pdf](https://www.svb.com/globalassets/library/uploadedfiles/content/trends_and_insights/reports/startup_outlook_report/us/svb-suo-us-report-2019.pdf). Acesso em: 1 set. 2021.

SILICON VALLEY BANK. 2020 Global Startup Outlook: Key Insights from the Silicon Valley Bank Startup Outlook. **SVB Startup Outlook**, [S. l.], v. Survey 11, p. 1-14, 1 jan. 2020. Disponível em: [https://www.svb.com/globalassets/library/uploadedfiles/content/trends\\_and\\_insights/reports/startup\\_outlook\\_report/suo\\_global\\_report\\_2020-final.pdf](https://www.svb.com/globalassets/library/uploadedfiles/content/trends_and_insights/reports/startup_outlook_report/suo_global_report_2020-final.pdf). Acesso em: 17 set. 2021.

SOKOL, D. **Vertical Mergers and Entrepreneurial Exit**. Florida Law Review, 2018, Vol. 70.

SRINIVAS, R. Start-ups and IPOs in 2019. **Medium**, [S. l.], p. 1-10, 22 set. 2019. Disponível em: <https://medium.com/swlh/start-ups-and-ipos-in-2019-d079cda33984>. Acesso em: 18 set. 2021.

SRINIVASAN, D. **The Antitrust Case Against Facebook**. Berkeley Business Law Journal Vol. 16, Issue 1. 2019.

SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST, COMPETITION POLICY, AND CONSUMER RIGHTS, 2019, Dirksen Senate Office Building 226. **Competition in Digital Technology Markets: Examining Acquisitions of Nascent or Potential Competitors by Digital Platforms** [...]. [S. l.: s. n.], 2019. Disponível em: <https://www.judiciary.senate.gov/meetings/competition-in-digital-technology-markets-examining-acquisitions-of-nascent-or-potential-competitors-by-digital-platforms>. Acesso em: 1 set. 2021.

TIROLE, J. **Discurso**. Shaping competition policy in the era of digitization. Bruxelas: 2018

VERÍSSIMO, L. B. O.. **KILLER ACQUISITIONS**: Teoria das aquisições eliminatórias e proteção da inovação nos mercados digitais sob a ótica da defesa da concorrência. Brasília: [s. n.], 2021. 122 p.

VESTAGER, M. **Competition: The Mother of Invention**. EU Comm'r for Competition. 2016a. Disponível em: <[http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-mother-invention\\_en](http://ec.europa.eu/commission/2014-2019/vestager/announcements/competition-mother-invention_en)>

WOLLMANN, T. G., **Stealth Consolidation: Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act**, 1 AER: INSIGHTS 77 (2019).

WU, T. Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most. **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 2, p. 313–328, 2012.

ZAKRZEWSKI, C. FTC refiles antitrust case against Facebook, says no other social network comes close to its scale. **The Washington Post**, [s. l.], 19 ago. 2021. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/08/19/ftc-refiles-facebook-lawsuit-lina-khan/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

ZAKRZEWSKI, C; LERMAN, R. Court says FTC hasn't provided evidence Facebook is a monopoly, dismisses lawsuit. **Washington Post**, [s. l.], 28 jun. 2021. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/06/28/ftc-facebook-antitrust-complaint-dismissed/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

ZENGER, H.; WALKER, M. Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report. **SSRN eLibrary**, 2012.