

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

Gabriela Campos de Oliveira

***Essential facilitates doctrine* e mercados digitais: características, aplicações e impactos no âmbito do direito da concorrência**

TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

SÃO PAULO

2022

Gabriela Campos de Oliveira

***Essential facilitates doctrine* e mercados digitais: características, aplicações e impactos no âmbito do direito da concorrência**

Trabalho de conclusão de curso apresentado como exigência parcial para obtenção do título de bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, sob orientação do Profº Fernando de Oliveira Marques.

SÃO PAULO

2022

Dedicatória

Dedico este presente trabalho a meu pai, Lázaro, por me apoiar incondicionalmente, incentivando minha saída do interior, bem como a perseguir meus sonhos e a encarar o mundo de peito aberto. Inspiração que é, e sempre foi, obrigada por guiar e ajudar meu desenvolvimento no mundo do direito. Você é o alicerce da nossa família, em todos os aspectos.

Uma dedicação especial à minha mãe, Sandra, que, por vezes, tivemos embates, mas sempre para que eu voltasse ao eixo, e pudesse tomar as melhores decisões e seguir os melhores caminhos. Definitivamente, eu não seria metade do que sou como pessoa sem os seus conselhos e ensinamentos que levarei para a vida toda. Entre tapas e beijos, um amor sem igual.

Dedico, também, às minhas irmãs de vida, que me acompanham desde a infância, Luisa, Manuela, Maria Fernanda e Rafaella, por serem minha âncora em momentos difíceis e por trazerem consigo aquele sentimento reconfortante de lar. Sei que, no final do dia, posso contar com vocês para o que der e vier.

Aos primeiros amigos que a PUC-SP me proporcionou, meu quarteto fantástico, Catharina, Laís, Sofia, e, mais tarde, Gustavo, agradeço por serem minha família em São Paulo, meu pedaço de casa nessa cidade uma vez desconhecida. Nossa conexão instantânea, mas, ao mesmo tempo, permanente até hoje, me faz ter certeza que levarei vocês comigo o resto da vida.

Devo realizar uma dedicação aos amigos que, desde o começo estiveram por perto, mas foi o quinto ano que nos aproximou realmente. Beatriz, David, Isabelle, Paula e Thais, que prazer foi dividir tantos momentos ao lado de vocês, dentro e fora das paredes da PUC. Uma união dessa certamente não veio ao acaso, e, por isso, espero ter vocês sempre por perto.

Meus amigos da Turma MA, sala original, aquela que teve um único churrasco da turma em toda a graduação, mas que foi o suficiente para firmarmos laços eternos. Eduarda Vieitas, Gabriel Barros e Rafaella Loewe, minha vida universitária não teria sido a mesma sem a participação de vocês. Agradeço a Gloriosa por ter me apresentado companhias tão inesquecíveis.

Aos meus conterrâneos, com quem pude dividir esses cinco anos maravilhosos, entre encontros no corredor e nas salas de aula, Gabriel Aurani e Maria Beatriz Bolini, obrigada por simbolizarem familiaridade desde o primeiro dia. Toda vez que me sentia perdida pelos andares do Edifício Reitor Bandeira de Mello, encontrar vocês, avareenses igualmente desajustados, acalentava meu coração.

Agradecimentos

Agradeço ao meu orientador Fernando de Oliveira Marques, primeiramente, pela iniciativa de lecionar a optativa de Defesa da Concorrência, a qual tive a oportunidade de atender no meu nono semestre. Poder ver em sala de aula os conceitos teóricos referentes à área de atuação que escolhi seguir, aprender com novas perspectivas e conhecer a matéria em sua concepção acadêmica fez brilhar meus olhos e, de certo, estimular a frequência de uma quinto anista já às vésperas de se formar.

Muito obrigada também ao professor Motaury Ciocchetti de Souza, do núcleo de Direito Penal, por lecionar uma das poucas (se não, a única) matérias que cativavam meu interesse dentro a grade curricular clássica da PUC-SP, especialmente durante o período da pandemia, em que o sistema passou a ser o EaD (ensino à distância). O entusiasmo acerca da disciplina foi tanto que trabalhei, pelo período de um ano, em um estágio com uma juíza no Fórum Central Criminal da Barra Funda.

Agradeço às figuras ilustres do antitruste que pude conhecer e que me proporcionaram as melhores experiências de toda minha graduação: João Felipe de Azambuja, na posição de chefe (e amigo), por todos os ensinamentos, pessoais e profissionais, durante minha trajetória (que segue até os dias atuais) no Machado Meyer Advogados. Vicente Bagnoli e Douglas Ferrante, pela chance de integrar a equipe do Mackenzie na I Competição de Direito Concorrencial WICade, em 2021, e por toda a paciência e conhecimento compartilhado. Por fim, à mim mesma por ter me inscrito na 41ª edição do PinCade, apesar das inseguranças e receios, e efetivamente participado dessa iniciativa que abriu portas nunca antes imagináveis (e a conquista de amigas muito queridas).

Com relação à vivência extracurricular da PUC, especial agradecimento à Bateria 22 de Agosto que, por meses, me fez sentir na pele – literalmente – o que significa ser raça, vibrar pela torcida, tocar até os dedos sangrarem, gritar até a voz não mais sair. Devo inúmeros momentos de orgulho da camisa amarela (e azul) a essa entidade que carrega tão habilidosamente o brado de toda uma legião de universitários apaixonados pela sua faculdade. Queria que todos pudessem, ao menos uma vez, sentir a emoção da subida do samba na prainha.

Resumo

O presente trabalho tem como viés a discussão quanto à possibilidade de estender a *essential facilities doctrine* para o contexto de mercados digitais, notadamente às plataformas digitais, considerando *big data* – e as próprias plataformas – como bens de acesso necessário, uma vez que dados constituem a principal vantagem competitiva na dinâmica comercial atual. Aborda-se, portanto, características, aplicações e impactos de estender referida teoria ao contexto tecnológico, considerando todos os fatores inerentes à economia digital. Discute-se também aspectos como o poderio econômico das *Big Techs* e o potencial que os dados possuem de aumentar poder de mercado a níveis abusivos. Ademais, discorre-se sobre a portabilidade de dados e sua relação com a teoria das instalações essenciais, bem como sua aplicabilidade como remédio antitruste. Conclui-se que eventual incidência de referida doutrina é possível, desde que em uma versão remodelada e repensada. Outrossim, a aplicação deve ser feita com prudência e cautela e considerando o cenário fático de cada caso concreto. Ressalta-se, por fim, que a obrigatoriedade de compartilhamento somente deve ser imposta se preenchidos os requisitos mandatórios e se verificada a ocorrência de infração antitruste. Deve-se sempre tomar como premissa a ideia de que a recusa de acesso só poderá ser considerada repreensível em circunstâncias excepcionais, a fim de que as empresas não percam o incentivo de inovar.

Palavras-chave: Mercados digitais – *Big data* – Plataformas – *Essential facilities* – Portabilidade de dados

Abstract

This work has as its central point the discussion about the possibility of extending the essential facilities doctrine to the context of digital markets, notably to digital platforms, assuming big data – as well as platforms itself – as a necessary asset, since data constitutes the main competitive advantage in commercial dynamics nowadays. Therefore, it addresses the characteristics, applications and impacts of such extension in the technological context, considering all factors inherent to the digital economy. It is also discussed aspects like the economic power of Big Techs and the potential that data has to increase market power to abusive levels. Additionally, the paper discusses data portability and its relation to the essential facilities theory, as well as its applicability as an antitrust remedy. In conclusion, the eventual incidence of the doctrine in question is possible, provided that in a remodeled and renewed version. Likewise, the application must be made with prudence and caution and considering the factual scenario of each specific case. Furthermore, it is important to emphasize that the obligation to share should only be imposed if the mandatory requirements are fulfilled and if an antitrust violation is verified. One should always take as a premise the idea that refusal to grant access can only be deemed reprehensible in exceptional circumstances, so that companies do not lose the incentive to innovate.

Keywords: Digital markets – Big data – Platforms – Essential facilities – Data portability

Lista de abreviaturas e siglas

ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
OECD	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
WWW	World Wide Web

Sumário

1	Introdução	8
2	Mercados digitais: breve conceituação	11
2.1	Características dos mercados digitais	13
3	<i>Essential facilities</i> e <i>essential facilities doctrine</i> : panorama geral	18
4	<i>Big data</i> e plataformas digitais como insumos essenciais	23
4.1	Características da aplicação da <i>essential facilities doctrine</i> em mercados digitais	26
4.2	Aplicações da <i>essential facilities doctrine</i> a mercados digitais	28
4.3	Impactos da utilização da <i>essential facilities doctrine</i> em mercados digitais: foco na portabilidade de dados	30
5	Conclusão	34
	Bibliografia	36

1 Introdução

Não é novidade que a economia atual está centrada no progresso tecnológico e nas suas diversas formas de facilitar e melhorar a vida do ser humano, e que esse setor é a principal pauta na agenda das autoridades antitruste ao redor do globo. Realizando uma contextualização histórica, tem-se que, no século passado, o petróleo era a commodity mais lucrativa e sua indústria crescia em ritmo acelerado. Em paralelo com os dias atuais, é possível dizer que os dados são o petróleo da era digital¹, com a diferença que configuram um recurso potencialmente infinito e passível de reutilização (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 4).

É sabido que a informação sempre teve grande valia no desempenho das atividades econômicas, principalmente a partir do surgimento da Era da Informação ou Era Digital. Esse movimento, despontado pelas novas condições tecnológicas do final do século XX², foi marcado pela geração, processamento e transmissão de informação, atividades que se tornaram fontes fundamentais de produtividade e poder (SANTOS, 2019, p. 11). Entretanto, foi com o recente progresso tecnológico e o desenvolvimento de técnicas analíticas sofisticadas que os dados assumiram o protagonismo que detêm hoje. O primeiro reduziu drasticamente os custos de coleta, armazenamento e utilização de dados, enquanto o segundo possibilitou o processamento de dados a níveis extremamente rápidos e avançados (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 4).

Se antes, havia preços predatórios, hoje há serviços gratuitos. Ou seja, a competição não diz mais respeito a preços, e sim a dados e a algoritmos³. Assim, os dados constituem o principal ativo econômico atualmente, pois, além de serem indispensáveis ao desenvolvimento de tecnologias como Inteligência Artificial (AI) e aprendizado de máquina (*machine-learning*), é um insumo fundamental para vários serviços *on-line*, processos produtivos e logística (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 4). Em suma, os dados assumem um papel crítico para várias indústrias, em especial aquelas do ramo tecnológico, e, conseqüentemente, para a análise antitruste, já que servem, por exemplo, como parâmetro de concorrência (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 4).

Toda essa relevância se deve a uma convergência de fatores, a saber, a expansão do acesso à internet em níveis globais, o incremento de novas tecnologias, o aumento exponencial do fluxo de dados, os quais permitiram a ascensão de modelos de negócio inovadores e complexos que culminaram na denominada Economia Movida a Dados (*data driven economy*). Nessa nova era, o espaço físico foi praticamente eliminado e o tempo acelerado devido às inovações digitais, as

¹ THE ECONOMIST. *The world's most valuable source is no longer oil but data: the data economy demands a new approach to antitrust rules*. 2017.

² SANTOS, 2019, p. 11, *apud* CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 7ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 64-65.

³ CRAVO, 2020, p. 151-152, *apud* CONWAY, Carol Elizabeth. *Concorrência: A Lei 12.529/2011 e os E-Mercados*, p. 257. In: CARVALHO, Vinicius Marqus. *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 255-268.

quais passaram a se tornar o vetor condicionante do mundo social e econômico (SANTOS, 2019, p. 11).

Dito isso, a lógica desses mercados é pautada em um ciclo que se retroalimenta: quanto mais dados, de diferentes espécies, a empresa possui, coleta e processa, de forma veloz e barata, maior a capacidade de investimentos em produtos e serviços, de modo que mais clientes são captados, os quais, por sua vez, garantirão ainda mais dados. Da mesma forma, aumenta-se a rentabilidade dos agentes econômicos, que acabam se tornando mais atrativos que os seus concorrentes e, por conseguinte, adquirem maior poder econômico.

É crucial, portanto, avaliar a função dos dados nessa nova dinâmica de mercado e como estes devem ser gerenciados de forma a fomentar a competitividade, e não reprimi-la. Assim, o debate atinente à quase totalidade dos países, que trata da aplicabilidade das regras de análise antitruste atuais, e se elas são suficientes (ou sequer úteis), à Economia Movida a Dados, nunca se mostrou tão oportuno. O poder de mercado das grandes empresas (as chamadas *Big Techs*) e suas posições dominantes aparentemente incontestáveis levantam a discussão se (e de que maneira) as autoridades da concorrência devem se adaptar para as especificidades desse novo ambiente competitivo.

Sobre esse tema, muitos defendem que, ao regular a economia digital, a fim de controlar o alto nível de concentração nesses mercados regidos a dados, a autoridade atua na redução das barreiras à entrada relacionadas ao acesso e titularidade de dados, permitindo com que novos agentes contestem o poderio das empresas líderes. Por outro lado, discute-se se tal intervenção comprometeria o desenvolvimento tecnológico e a inovação (e consequentemente o crescimento econômico) inerentes dessa estrutura econômica, bem como se violaria a privacidade quando se fala em dados de natureza pessoal (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 7).

Um dos métodos mais debatidos no tocante ao endereçamento de preocupações concorrenciais é a regulamentação do compartilhamento de dados. É correto o entendimento de que, desde que a privacidade e segurança dos usuários estejam salvaguardados, referido compartilhamento pode, de fato, gerar um bem social maior (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 6). Nesse sentido, defende-se também que impedir a portabilidade de dados e a interoperabilidade, requisitos essenciais ao compartilhamento de dados, pode suscitar a criação de barreiras à entrada (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 6) – todavia, desconhece-se a extensão e os efeitos de tal medida. Inúmeras questões acerca do compartilhamento de dados, portanto, devem ser consideradas, como o alto custo e os riscos de restringir a concorrência e/ou facilitar a troca de informações comercialmente sensíveis (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 6-7).

Desse modo, é certo que cabe ao Direito da Concorrência tratar dos dados como eficiente fonte de aquisição, consolidação e exercício do poder econômico, e eventualmente de abuso deste.

A presença das plataformas e sua dinâmica de mercado de múltiplos lados também merecem atenção, já que ainda não se sabe com certeza se tais posições de dominância subsistirão no futuro ou mesmo se são prejudiciais ao bem-estar do consumidor. O que se sabe, por ora, é que há circunstâncias em que tais empresas dificultam/impossibilitam o desenvolvimento dos demais agentes econômicos, bem como estimulam uma crescente dependência destes em relação a elas.

Em conclusão, reconhece-se que a questão dos dados predispõe incertezas, especialmente para a concorrência, seja pela estrutura natural e aspectos particulares do setor, seja pelas barreiras regulatórias que enseja, ou até mesmo por comportamentos próprios das empresas (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 5). Nesse último ponto, uma estratégia clássica seria a reunião dos players menores para fazerem frente aos agentes incumbentes (isto é, empresas estabelecidas e com muitas décadas de dianteira em *market share*, ocupando, quase sempre, posição dominante) a fim de nivelar a competição no setor, fazendo uso, por exemplo, da *essential facilities doctrine*, como opção de compartilhamento de dados em cenários de essencialidade e restrição competitiva.

Por conseguinte, o recorte metodológico do presente trabalho consiste no estudo da possibilidade de aplicação da teoria das *essential facilities* no contexto dos mercados digitais, considerando a posição que as grandes plataformas ocupam no setor, muito similar àquela das empresas controladoras de ferrovias no final do século XIX e início do século XX. Desse modo, tal como o acesso a infraestruturas ferroviárias naquela época, por meio da *essential facilities doctrine*, abriram o mercado para a concorrência à jusante, a doutrina pode proporcionar exatamente isso para a economia digital: mercados abertos e prósperos e estímulo à inovação no elo *downstream*.

O trabalho está estruturado da seguinte forma: no Capítulo II, tratar-se-á das principais características dos mercados e plataformas digitais, explorando suas nuances e aspectos específicos, a fim de analisar a importância dos dados nesse setor. Uma vez compreendido melhor essa conjuntura, abordar-se-á, no Capítulo III, a concepção original da teoria das *essential facilities*, aplicada pelas autoridades antitruste americana e europeia ao versar sobre direitos de acesso a infraestruturas físicas não replicáveis razoavelmente, e como se deu a evolução desse conceito até os dias atuais.

Diante dessas considerações, o Capítulo IV e seus subcapítulos trará as características, as aplicações e os impactos a respeito de dados como insumo essencial e da utilização do *essential facilities concept* em mercados digitais, a fim de avaliar se referida hipótese é concretizável e possui racional econômico, e se pode, conseqüentemente, constituir ferramenta de enfrentamento à concentração de poder nas mãos de poucos. Também serão discutidos aspectos como inovação, privacidade, portabilidade do *big data*, proteção de dados e propriedade intelectual, em relação ao cenário proposto.

2 Mercados digitais: breve conceituação

O termo economia digital pode ser conceituado como o conjunto de “*businesses that provide products and/or services using information and communication technologies, especially the internet, with an extensive use of data*” (CADE, 2019, p. 5). Essa dinâmica de mercado foi a responsável por desenvolver novos modelos de negócio e modificar o comportamento dos consumidores, bem como alavancar agentes econômicos cujo perfil é de oferta de serviços e produtos baseados em tecnologia da informação e uso de dados.

Desde a década de 1980, os mercados digitais configuram objeto de tutela das políticas concorrenciais, adquirindo tamanha relevância a ponto de, hoje, ocuparem o primeiro lugar na lista de *red flags* da maioria das autoridades antitruste no mundo. Outrossim, intensificou-se as preocupações também sobre as empresas que detém poderio de mercado significativo nesse setor, seus comportamentos para com outros agentes, bem como os efeitos dessa dinâmica na competição.

A notoriedade dessa Nova Economia é tanta que, em 2018, as cinco maiores empresas globais pertenciam ao setor de tecnologia, sendo elas: Apple, Google, Microsoft, Amazon e Facebook¹. Interessante notar que elas foram pioneiras em ganhos de produtividade, devido à sua vantagem de *first mover*, a qual deriva, em grande parte, da inovação digital. A inovação desponta, nesse cenário, como o principal estímulo à competição, e vice-versa, ressignificando o processo competitivo (BAQUEIRO, 2017, p. 21), pois, ao ser reproduzida a um custo marginal quase zero, produz retornos de escala muito acima do custo de capital de tais empresas, conferindo a elas destaque no mercado.

Nesse contexto, protagonizam as plataformas digitais, empresas de intermediação que conectam dois ou mais grupos de usuários e se beneficiam de efeitos de rede diretos e indiretos. O *modus operandi* desses agentes é a aquisição de poder econômico por meio de operações baseadas na coleta e análise de dados, exercendo estudos, decisões e diagnósticos envolvendo tecnologia da informação. A partir do uso de ferramentas e técnicas de previsão e reconhecimento de padrões, referidos players comercializam e utilizam dados para estimular inovação, melhorar processos produtivos, antecipar tendências de mercado, direcionar anúncios publicitários, etc, inclusive por meio das economias de escala e escopo, as quais são alvo de críticas, como será visto à frente.

Tais ganhos são, na maioria das vezes, repassados aos consumidores, os quais se beneficiam com a oferta “gratuita” de produtos e serviços mais tecnológicos, inovadores e customizados. A realidade oculta, no entanto, é que a verdadeira mercadoria nesse tipo de transação é o próprio

¹ Conforme tabela apresentada em SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 2.

consumidor. Isso porque as informações pessoais recolhidas e a atenção despendida nas redes consistem em verdadeiros custos nos quais incorrem os usuários em contrapartida ao preço zero.

É certo, portanto, que os dados podem gerar valor de inúmeras formas, como o mapeamento de necessidades, segmentação de grupos para customização de produtos e serviços, prognóstico de reações do público, criação de algoritmos para automatização de processos, rapidez na tomada de decisões, etc. Assim, a interpretação correta dos dados permite às empresas maiores níveis de proatividade e eficiência, e, conseqüentemente, maior poder de mercado.

Equivocado o entendimento, portanto, de que o controle sobre um significativo volume de dados equivale a poder econômico significativo, uma vez que, nos dias atuais, uma variedade de dados pode ser facilmente e sem grandes custos coletada por pequenas empresas – por exemplo, via pontos de vendas/serviços, registros da *web* e sensores – ou adquirida de outros agentes. Na realidade, os dados se tornam verdadeiramente valorizados, ou seja, assumem o caráter de informações necessárias ou úteis à atividade econômica, quando são processados e trabalhados.

Com efeito, Ana Frazão (2017, p. 2) dispõe que “de nada adianta ter grande e diversificado volume de dados se não é possível transformá-los rapidamente em informação útil, sem o que não se pode gerar valor”. A habilidade, portanto, de gerar e processar grandes bases de dados e de extrair destes correlações, padrões e associações (fenômenos conhecidos como *big data*² e *big analytics*, respectivamente) é cada vez mais associada a poder de mercado, como resultado das economias de escala e de escopo, bem como dos efeitos de rede, além de outros aspectos inerentes ao setor digital.

O fato dos players digitais se comportarem como plataformas de dois lados faz com que, concomitantemente, a concorrência no mercado de dados e processamento seja impossível (ou, ao menos, extremamente difícil) e haja uma crescente dependência dos demais agentes econômicos em relação a seus serviços (FRAZÃO, 2017, p. 4). Assim, é certo que uma empresa, para analisar e processar dados, precisa de instrumentos para tal – os algoritmos – e, a partir daí, transformam dados isolados em objeto de barganha.

O foco deste capítulo será, portanto, nas plataformas e mercados digitais e nas suas principais características, a fim de examinar mais a fundo seu caráter inovador e disruptivo e as notáveis dificuldades da avaliação antitruste. Busca-se, com isso, entender também a importância dos dados nessa conjuntura, além de como eles podem servir como instrumento de aquisição de

² De acordo com o documento *Competition Law and Data*, o termo *big data* refere-se a uma grande quantidade de diferentes tipos de dados, produzidos em alta velocidade e a partir de múltiplas fontes, cujo manuseio e análise requerem processadores e algoritmos novos e mais eficientes. No original: “*Aspects of big data that are often mentioned are large amounts of different types of data, produced at high speed from multiple sources, whose handling and analysis require new and more powerful processors and algorithms.*” (2016, p. 4, *apud* European Data Protection Supervisor. Disponível em: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/Consultation/big_dat a)

poder econômico e, eventualmente, de abuso deste.

2.1 Características dos mercados digitais

A literatura econômica identifica alguns fatores como inerentes aos negócios e modelos baseados em dados e tecnologia, como alguns já citados anteriormente, que facilitam ou tendem a reforçar a concentração nesse tipo de mercado por parte de players dominantes.

De início, cumpre observar que, no momento de crescimento de uma plataforma incumbente, o estágio inicial operacional de tratamento e utilização de dados envolve altos custos irrecuperáveis (*sunk costs*), seguido, entretanto, de um custo marginal muito próximo a zero (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 6). Com isso, o custo de produção dos serviços e bens digitais fica, na maioria das vezes, desproporcionalmente baixo em comparação à base de usuários de uma plataforma (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 3). Isso ocorre pois os próprios algoritmos, uma vez em pleno funcionamento, aumentam constantemente sua qualidade e operabilidade, resultando em grandes retornos de escala (SZCZEPÁNSKI 2020, p. 6).

As plataformas digitais também alcançam economias de escopo, nas quais os dados de um sistema/serviço são utilizados para gerar novos sistemas e serviços, o que reforça a ideia de baixos custos de produção (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 3), bem como facilita a inter-relação entre múltiplos mercados (tanto à jusante como à montante). Consequentemente, essas empresas conseguem ter forte presença em determinado segmento, ao qual fornece seus serviços digitais, sem estar estabelecida fisicamente em tal (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 3).

Os chamados efeitos de rede, que referem-se ao aumento diretamente proporcional entre a utilidade de uma plataforma e o seu número de usuários, é uma das maiores peculiaridades do setor digital. Nesse ambiente, um serviço/produto só tem valor porque tem muitos usuários; e só há muitos usuários, porque o serviço/produto tem valor (CRAVO, 2020, p. 150). Comparando-os com mercados tradicionais, observa-se que nestes, a escolha do consumidor baseia-se em fatores como qualidade e preço, enquanto naqueles, pesa mais questões como tamanho da rede e a possibilidade de conexão com outros usuários (REZZETTI et al., 2020, p. 23). Em termos competitivos, também prioriza-se variáveis mais subjetivas, tais como qualidade e diferenciação do produto/serviço.

Há dois tipos de efeitos de rede, os diretos, que são recorrentes em redes sociais, em que os indivíduos são atraídos pela quantidade de usuários – iguais a eles – que a plataforma apresenta, e os indiretos, característicos de plataformas que facilitam transações, como a Amazon, e também aquelas cujo modelo de faturamento é baseado em publicidade, como o YouTube (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 4). Nesse segundo cenário, a plataforma se torna mais interessante, para um certo grupo de usuários (ex: anunciantes), a partir do crescimento do número de usuários

de outros grupos (ex: consumidores) ativos na plataforma (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 4).

Assim, devido ao fato da decisão do consumidor ser influenciada exclusivamente pela potencial utilidade fruível da plataforma, o efeito de rede é considerado também uma externalidade. Isso significa dizer que os usuários sequer cogitam seu próprio valor e impacto frente aos outros usuários (RENZETTI et al., 2020, p. 23). Também por esse motivo, um entrante pode se encontrar em desvantagem frente ao incumbente, já que uma melhor qualidade ou preço menor acaba não sendo suficiente para que os usuários migrem de uma plataforma a outra, mesmo que seja objetivamente superior, havendo um verdadeiro *lock-in* (aprisionamento) de usuários por parte da vencedora (aquela que possui, em média, 80 a 90% do mercado)³.

Seguindo essa lógica de uma competição à luz do paradigma do grande vencedor, nota-se, por vezes, que uma consequência natural desses mercados é a instalação do modelo do *winner-takes-all* (ou *winner-takes-most*). Essa estrutura é marcada pela dominância, temporária ou duradoura, de uma ou poucas empresas e na sua maior efetividade em operar naquele ramo (RENZETTI et al., 2020, p. 24-25), enquanto os demais players beiram a insignificância. Somando as economias de escala e escopo, os efeitos e externalidades de rede, o cenário que se instala é o mais favorável possível ao domínio de um único ou poucos agentes, reforçando a ideia de um monopólio (quase que) natural.

Para além dos efeitos de rede em si, há o fenômeno do *market tipping*, consistente na inclinação, aparentemente natural, do mercado em direção a uma plataforma que atingiu um número massivo de usuários, resultado de um ciclo de *feedbacks* positivos sobre ela (RENZETTI et al., 2020, p. 25). Nessa hipótese, todo o mercado concentra-se em referido agente dominante, que acaba por se tornar o padrão a ser seguido, acarretando, em última instância, em aumento de barreiras à entrada e eliminação de concorrentes (fechamento de mercado).

Ainda, a maioria das plataformas digitais pode ser classificada como mercados de múltiplos lados, em que o agente viabiliza a comunicação entre usuários, captando-os e aproximando-os, para que se beneficiem da interação na plataforma. Podem também comportar transações entre os dois ou mais lados da plataforma – geralmente mediante cobrança de um valor – e serem denominadas de transacionais (RENZETTI et al., 2020, p. 26). Nessa lógica, quanto mais cresce o número de usuários em um lado do mercado, maiores serão os benefícios experimentados pelos usuários no outro lado do mercado⁴.

Sob a perspectiva do usuário, e diante da atratividade imbatível das grandes plataformas

³ CRAVO, 2020, p. 151, *apud* ALSTYNE, Marshall Van. *A Platform Strategy: Creating New Forms of Value in the Digital Age*. Capgemini Consulting, 2016, p. 3.

⁴ RENZETTI et al., 2020, p. 27, *apud* NYESO, Anita; CAPOBIANCO, Antonio. *Challenges for competition law enforcement and policy in the digital economy*. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 9, n. 1, jan. 2018, p. 19-27.

(traduzidas como as “Big Techs”), reconhece-se que não há um incentivo para os consumidores migrarem em massa para uma nova rede, visto que os *switching costs* (custos da migração) são usualmente deveras elevados – seja por conta dos investimentos feitos pelos usuários ou pelos produtos oferecidos. Não obstante, um dos grandes méritos atribuídos à multiplicidade de lados dos mercados digitais corresponde à oportunidade de redução dos custos dessa transação (RENZETTI et al., 2020, p. 27), o que enseja certa abertura à entrada de novos players que, agora, por se mostrarem atrativos, congregam mais usuários e, conseqüentemente, aumentam seu valor para os usuários e para os desenvolvedores da plataforma.

Em termos de precificação no setor digital, cabe a análise de outra peculiaridade que é o parâmetro do preço zero. Não é difícil imaginar exemplos de serviços e produtos que, do ponto de vista do consumidor, são oferecidos sem qualquer necessidade de dispêndio – ora, a criação de um perfil em uma rede social ou o cadastro em um *marketplace* de varejo não exigem qualquer gasto financeiro por parte do usuário. Apesar desse fato, é sabido que os agentes extraem seus lucros de outras fontes, tais como publicidade *on-line*, proposta de produtos *freemium* ou, ainda, oferta conjunta de produtos complementares (RENZETTI et al., 2020, p. 31), embora compitam entre si para entregar maiores e melhores condições de facilidade de acesso e qualidade.

Nessa perspectiva, o preço zero não só é uma das características mais marcantes e presentes no ramo digital, como também é muitas vezes utilizado como estratégia comercial, visando ampliar efeitos de rede e possíveis economias de escala, com o objetivo de construir uma base sólida de usuários. Isto posto, chega-se ao ponto crucial da análise desses mercados, que é compreender qual a contraprestação dada pelo consumidor às plataformas. O chamado custo não monetário, portanto, equivale à cessão, pelos usuários, de seus dados – em termos mais tangíveis – e da sua atenção – no plano imaterial (RENZETTI et al., 2020, p. 30).

Outro diferencial dos mercados digitais é a dicotomia *single-homing/multi-homing*, conceitos ligados, respectivamente, aos momentos de adesão dos usuários às plataformas e do uso propriamente dito. Referidos atributos versam sobre a competitividade entre os agentes, de modo que, no modelo *single-homing*, a rivalidade costuma ocorrer na hora da adesão, sendo, logo, mais intensa, enquanto no *multi-homing* (definido como adesão de múltiplas plataformas concomitantemente), a competição está centrada no uso, relacionando-se com a conquista do usuário (RENZETTI et al., 2020, p. 33-34).

Reconhece-se que o fenômeno *multi-homing* pode apresentar efeitos benéficos quando se trata de plataformas entrantes, facilitando a entrada e expansão dessas, pois permite a diferenciação de serviços e acesso a consumidores e dados. Em contrapartida, a tendência é de que as plataformas incumbentes, cientes dessa prerrogativa, diminuam o *multi-homing* e limitem a interoperabilidade, impedindo que consumidores possam trocar de fornecedores (LANCIERI e SAKOWSKI, 2020, p. 18).

Nesse aspecto, Silvia Fagá, citando o estudo do Stigler Center, introduz o termo “Bottleneck power” e explica que “trata de situações em que uma empresa detém o controle na relação entre consumidores e vendedores/anunciantes por serem o meio de conexão dos dois lados da plataforma, funcionando como *gatekeepers* para acesso a determinados mercados”⁵. Tais gargalos à concorrência são perpetrados pela plataforma monopolista, que passa a cobrar e explorar o primeiro grupo (*multi-home*) para o benefício – ou não – do segundo grupo (*single-home*)⁶.

Por último, a dinamicidade, elemento que pode ser considerado condensador de todos os aspectos examinados até então, possui intrínseca relação com a velocidade e a continuidade do avanço tecnológico nos mercados digitais. O próprio conceito de dinamicidade engloba todos os avanços tecnológicos e as inovações de última geração, os quais possibilitam a coleta, o armazenamento e o processamento de um volume crescente de dados.

Retomando o quanto discorrido nos parágrafos anteriores, tem-se que, somadas aos efeitos de rede, as plataformas digitais apresentam significativas economias de escala e escopo, ligadas ao baixo custo marginal e possíveis retornos a partir da utilização das informações sob sua propriedade. Ademais, a configuração de mercado em que estão inseridas não raramente propiciam agentes econômicos no modelo *winner-takes-all* e o fenômeno de *market tipping*, de maneira que a concorrência se dá pelo mercado (interplataforma) ao invés de no mercado (intraplataforma), reforçando a ideia de um monopólio (RENZETTI et al., 2020, p. 35-36).

Nesse aspecto, Calixto Salomão Filho (2008, p. 55) argumenta que “as redes criam os chamados retornos crescentes de escala, isto é, quanto mais consumidores fazem parte da rede, mais útil é ela para o próximo consumidor. Dessa forma, não há qualquer estímulo, seja do ponto de vista do custo ou da utilidade, para o consumidor escolher a rede concorrente”. O autor continua ao dizer que “as redes já construídas passam a desempenhar um papel fundamental”, de modo que estas passam a configurar o principal elemento para a dominação dos mercados por parte dos agentes econômicos que as detém. Essa circunstância nada mais é que o preceito de incidência da *essential facilities doctrine*.

Ante todo o exposto, observa-se que as plataformas digitais não possuem uma única característica que as diferencia dos mercados tradicionais, mas sim apresentam um rol de diversos fatores que moldam sua estrutura econômica única. É nessa linha de raciocínio que retoma-se a dúvida sobre os melhores critérios de análise, ou seja, se os instrumentos existentes e usualmente utilizados são suficientes para uma avaliação concorrencial completa ou se as ferramentas tradicionais falham em atender satisfatoriamente os contornos da nova configuração de mercado que são as plataformas digitais.

⁵ FAGÁ et al., 2019, p. 3, *apud Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*, p. 105. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>

⁶ ATHAYDE, 2020, p. 12.

Considerando essa ótica, verifica-se que a confluência de todas as características perquiridas consolida o poder de mercado das plataformas digitais, permitindo que elas aufram lucro sem serem ameaçadas por novos competidores. Sendo assim, a prática e a doutrina especializada vêm examinando desde muito tempo os potenciais danos ao consumidor, tanto decorrentes de preços abusivos como resultantes de impactos em fatores como atenção, informação e qualidade. Para fins de tal análise, a sistemática usual certamente debruçar-se-ia em questões como definição de mercado relevante⁷ e aferição de participação de mercado, porém estas revelam-se mais complexas quando manifestadas no contexto digital.

Sobre esse ponto, não é de hoje que as autoridades antitruste vêm enfrentando “dificuldades de bem endereçar questões tecnológicas, como se vê na própria complexidade de delimitação de mercado e na resistência do reconhecimento da existência de um mercado de dados”^{8,9}. Diverso não seria o caso em relação às estimativas de definição de mercado relevante e aferição de *market share*.

Assim, com relação à primeira, nota-se que testes econométricos como *Small but Significant Nontransitory Increase in Prices* (SSNIP) ou perda crítica (*critical loss analysis*) já não são adequados (LANCIERI e SAKOWSKI, 2020, p. 19). No tocante à segunda, as métricas agora aplicáveis incluem número de contas, de usuários mensais e diários ativos, número de visitas para um website, de usuários logados, de buscas realizadas, tempo de atenção despendida na plataforma, dentre outros (LANCIERI e SAKOWSKI, 2020, p. 20). Ressalta-se, ainda, que tais critérios podem variar dependendo do modelo de plataforma digital analisado.

Em suma, a análise de mercados de plataformas tem sido alvo de intensos debates, em especial os desafios propostos ao direito antitruste, que são inúmeros e expressivos. Finalmente, esclarece-se que não há pretensões de esgotar as tratativas do assunto e nem firmar entendimento em uma direção ou outra. A única pretensão que se aspira é incitar novas discussões a fim de contribuir para uma melhor compreensão do tema.

⁷ Não obstante, conforme preceitua Bourreau et. al, é comum que, em contextos de incidência da *essential facilities doctrine*, a definição de mercado relevante seja deixada em aberto pela autoridade antitruste. No original: “*In some circumstances, the first step of defining market is by-passed. For instance, in an essential facility case, the competition authority focuses on the assessment of the conditions for essential facility, largely downplaying the role of market definition.*” (2019, p. 22).

⁸ CRAVO, 2020, p. 156

⁹ Nota-se que essa foi a exata situação do caso Microsoft/LinkedIn (*Case M.8124*), em que a Comissão Europeia analisou o papel dos dados como um insumo essencial em relação a diferentes mercados de produtos, mas não definiu especificamente os mercados relevantes para tais dados. No original: “*In Microsoft/LinkedIn, the Commission analysed the role of data as a key input for different product markets but did not define specific markets for data.*” (BOURREAU et al., 2019, p. 25).

3 *Essential facilities e essential facilities doctrine: panorama geral*

Os chamados “bens de acesso necessário”, ou bens essenciais, objeto da doutrina das *essential facilities*, são aqueles cuja utilização depende a possibilidade de concorrer em determinado mercado (SALOMÃO FILHO, 2021, p. 325) e, portanto, são considerados fundamentais ao exercício da atividade econômica. Sua formulação inicial se deu no âmbito de mercados monopolizados, como menciona Alexandre Cordeiro, citando a ex-conselheira Cristiane Schmidt:

A origem dos monopólios dá-se basicamente por três razões: natural/estrutural; legal; ou técnica. No primeiro caso, encontram-se mercados tais como os de: telefonia fixa, ferrovias, rodovias, água e saneamento, energia elétrica, TV a cabo, dentre tantos outros segmentos onde normalmente há *essential facility*. Nestes setores, o monopólio decorre da estrutura do mercado em si, não de uma escolha deliberada do Estado.¹

Assim, as instalações essenciais normalmente estão presentes em cenários de extrema concentração econômica, isto é, quando os players do mercado atuam em posição de dominância, bem como de monopólio. Nesse ponto, independe se o monopólio é natural – quando uma empresa atua isoladamente de forma mais eficiente do que qualquer combinação de duas ou mais empresas – ou decorrente de razões estruturais, no qual não há como presumir que o mercado, por si só, seja capaz de solucionar essas falhas de fornecimento (SALOMÃO, FILHO, 2021, p. 323).

A formulação inicial dessa doutrina tem origem na jurisprudência norte-americana, no caso *United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis*². A circunstância envolveu uma situação de monopólio que abrangia todos os terminais ferroviários de St. Louis, Missouri, inclusive as pontes que atravessavam o rio Mississippi, de modo que era impossível passar ou entrar na cidade sem utilizar estas instalações. Além disso, não era possível às companhias dependentes deste acesso adquirir ou construir para si as infraestruturas, dados os custos proibitivos para tanto.

Na ocasião, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu que a criação de obstáculos ao acesso a determinada infraestrutura poderia caracterizar violação ao *Sherman Act*, considerando as peculiaridades da situação. Ao final, ofereceu-se aos detentores da *facility* a opção de permitir a admissão de outras empresas no grupo controlador, bem como de prover o acesso aos terminais por qualquer agente que não se dispusesse a ingressar no grupo controlador, ambas com base em condições razoáveis de uso, qualidade e custo.

Apesar de tal doutrina ter nascido ligada a infraestruturas físicas, nos dias de hoje, é

¹ CORDEIRO, Alexandre. *Essential facility doctrine: a dificuldade de enquadrar casos na doutrina diante da assimetria de informação*. JOTA. 2017.

² Caso 224 U.S. 383 (1912).

igualmente aplicada a *facilities* essenciais do ponto de vista intelectual ou inventivo. Nesse sentido, preceitua Calixto Salomão Filho (2021, p. 324):

Note-se que a origem da noção de essential facility poderia dar a impressão de que o conceito só tem relevância quando se está considerando o acesso a infraestruturas bastante específicas, normalmente ligadas a uma indústria organizada em rede. Todavia, não importa tanto o tipo de bem ou de mercado que está sendo considerado. O relevante é a situação de dependência extrema acima referida. Sob essa perspectiva, qualquer bem econômico pode, em princípio, vir a ser uma essential facility (...).

Portanto, com o decorrer do tempo, a ideia de bem essencial acabou sendo flexibilizada para todas as situações nas quais os retornos crescentes de escala tornam a duplicação daquele bem impossível (fatídica ou juridicamente), economicamente inviável ou desprovida de incentivos (NESTER, 2006, p. 6). Nesse contexto, o detentor da *facility* pode tanto ser um monopolista como um agente que detém posição dominante.

Adicionalmente, há de se observar que os agentes econômicos envolvidos na dinâmica são dependentes entre si: de um lado, o detentor da *facility* e, de outro, o entrante ou concorrente que pretende o acesso, seja no mesmo mercado ou no mercado a jusante (NESTER, 2006, p. 216). Essa relação de dependência é relativa, pois varia conforme a *facility* e o próprio concorrente. Interessante notar que, nesse aspecto, se diferencia da noção de posição dominante, em que a dependência é absoluta, pois considerada perante todos os agentes de determinado mercado (NESTER, 2006, p. 217).

Quanto à definição, ressalta-se a dificuldade em delimitar o que seria uma instalação essencial, já que a perfeita identificação somente pode ser realizada no exame casuístico. Geralmente, o conceito varia entre necessidades da sociedade, necessidades do competidor individual, poder de mercado do proprietário da *essential facility* e preferências do consumidor. A despeito disso, tal conceituação pode ser deixada em aberto para fins da análise desenvolvida.

Nota-se, ainda, que a caracterização de *essential facilities*, normalmente, está relacionada à existência de redes, as quais podem ser definidas como infraestruturas capazes de servir de base para a prestação de determinados serviços fundamentais à sociedade. As redes, tipicamente atreladas a setores regulados e/ou monopolizados, como telecomunicações, petróleo e gás, transporte ferroviário, agora são estendidas ao ambiente virtual, representadas por excelência pela rede de internet (WWW). Em outras palavras, são consideradas “condutores de passagem obrigatória para participar em um determinado mercado de interesse geral”.³

É certo que existem serviços que somente podem ser prestados via infraestrutura de rede. Isso ocorre em função da necessidade de aproveitamento, para o desenvolvimento dessas

³ NESTER, 2006, p. 211, *apud* SÁNCHEZ, Rafael Caballero. *Infraestructuras en red y liberalización de servicios públicos*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2003, p. 151.

atividades, de economias de escala e das externalidades positivas derivadas dessa forma de organização⁴. Conforme visto na seção acima, são justamente esses alguns dos fatores que caracterizam as plataformas digitais, cuja existência depende de uma conexão entre os agentes envolvidos. Nesse caso, a utilidade econômica a ser fruída decorre dos efeitos da rede, de modo que o serviço/produto é identificado pela própria rede sobre a qual se desenvolve ou é ofertado (NESTER, 2006, p. 213).

A doutrina das *essential facilities*, por sua vez, trata da obrigação de ceder ao concorrente o acesso a determinada *facility* caracterizada como indispensável. De acordo com o documento “The Essential Facilities Concept” (OECD, 1996, p. 7), tal doutrina traz a hipótese de concessão de acesso, por parte do(s) proprietário(s) de uma instalação “essencial”, a referida infraestrutura, a um preço razoável. Ressalta-se que é necessário que a *facility* seja reputada vital para o desenvolvimento da atividade dos rivais e não possa ser duplicada ou obtida de modo alternativo.

De acordo com a doutrina, representada aqui por Calixto Salomão Filho (2008, p. 67), há quatro requisitos que devem ser observados para a aplicação da *essential facilities doctrine*:

Em primeiro lugar, é preciso que exista controle de um bem fundamental para a concorrência. Também deve haver impossibilidade prática e/ou econômica de duplicação do referido bem (e aqui entram as considerações – sobretudo econômicas – relativas aos monopólios naturais). Terceiro requisito óbvio é o da negativa de uso do bem fundamental. Finalmente, é preciso que haja possibilidade física e técnica de fornecer a interconexão.

Quanto ao primeiro, o efetivo controle diz respeito ao tamanho de poder de mercado, no sentido de eliminar todas as alternativas possíveis para o concorrente, de modo a representar uma restrição à concorrência. Em segundo lugar, a réplica ou duplicação da infraestrutura essencial não pode, por motivos legais, econômicos, técnicos, urbanísticos, ambientais, ser possível ou, ao menos, viável, pois aí perde-se o caráter de essencialidade.

Posteriormente, é necessário que esteja caracterizada a recusa injustificada – ostensiva ou não – de concessão de acesso a uma *facility* essencial. Ainda, o bem deve ser indispensável, de maneira que, sem ele, a atividade sequer pode ser concebida, e eventual recusa configuraria barreira permanente e intransponível. A última condição versa sobre a factibilidade do acesso, isto é, se há ou não circunstâncias que poderiam vedar a interconexão entre as partes envolvidas, seja por culpa do monopolista/agente dominante ou pela própria natureza da *facility*.

Em eventual caso de recusa razoavelmente justificada, as principais alegações por parte dos detentores das instalações essenciais são: (i) impedir o *free riding*⁵; (ii) inexistência de poder

⁴ NESTER, 2006, p. 212, *apud* FARACO, Alexandre Ditzel. Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações. São Paulo: Livraria Paulista, 2003, p. 175.

⁵ “O *free-riding* consiste na conduta do sujeito (o *free-rider* ou o “carona”) que se aproveita das externalidades

econômico; (iii) falta de espaço; (iv) incapacidade financeira; (v) possível redução do volume das atividades ou dos padrões éticos; e, ainda, o argumento de que a eficiência gerada pelo não-compartilhamento é maior se comparada aos custos incorridos em virtude do compartilhamento (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 68). É válido, todavia, a ponderação acerca da legitimidade de tais motivos, se estão cobertos pela *reasonable business justification* ou se constituem mera esquivia do agente. Por fim, reconhece-se que pouco importa a intenção do detentor da *facility* por detrás da negativa de concessão de acesso, e tampouco tal figura consubstancia-se em um ilícito *per se*, de certo que cabe prova em contrário.

Por outro lado, uma das principais eficiências da doutrina de *essential facilities* é que ela permite manter os ganhos de escala provenientes da concentração – ao dispensar a duplicação da estrutura – sem, contudo, alocar os seus benefícios em um único player.

Assim, para que a doutrina das *essential facilities* seja efetivamente empregada, adota-se um de dois procedimentos: (i) intervenção estrutural visando eliminar as circunstâncias que acarretam o controle da instalação por um único agente; ou (ii) imposição de um dever de compartilhamento ao detentor da *facility*. Essa última hipótese traduz-se no denominado compartilhamento compulsório e constitui medida excepcional.

Desse modo, no primeiro caso, a intervenção se dá pela autoridade diretamente na estrutura de mercado, podendo estabelecer, por exemplo, a cisão da empresa para fins de aumento do número de players atuantes. Já o segundo cenário engloba a adoção de uma atitude ativa por parte da empresa monopolista/dominante, sob pena de caracterizar recusa por omissão.

Uma vez aplicada a doutrina, o compartilhamento da *essential facility* tem de cumprir dois requisitos primordiais: a contraprestação econômica justa (OECD, 1996, p. 7) e o estabelecimento de condições isonômicas e apropriadas para o pretendente. Quanto ao primeiro, tem-se que o pagamento pela utilização da infraestrutura é indissociável do direito de acesso e deve atender, ao mesmo tempo, a cobertura de custos e investimentos despendidos pelo detentor, além de certa margem de lucro, e a razoabilidade para que não se torne exclusionário em relação ao ingressante.

Desse modo, é certo que os direitos de acesso a bens essenciais pelos concorrentes não compelem o detentor da *facility* a fazê-lo de forma gratuita, haja vista que isso seria contraproducente. Isso, pois, não só prejudicaria a capacidade do operador da infraestrutura de ofertar seu serviço, como também comprometeria eventual expansão de seus recursos para acomodar demandas crescentes (GUGGENBERGER, 2021, p. 321). De fato, a *essential facilities doctrine* permite – e incentiva – a compensação pelos serviços, incluindo retornos devidos e aceitáveis em termos de investimento e preço.

positivas derivadas da atividade econômica desenvolvida pelo seu concorrente.” (NESTER, 2006. p. 249).

O segundo diz respeito à obrigação do agente monopolista/dominante em atuar como uma empresa independente atuaria, sem discriminação de qualquer natureza (NESTER, 2006, p. 264), em especial o *self-preferencing* (atitude de favorecimento dos seus próprios produtos e serviços em detrimento de seus concorrentes). Essa última exigência deve ser recíproca, bem como, nesse aspecto, é vedada a prática de *cherry picking* (iniciativa de escolher ou tomar para si itens, oportunidades, clientes, mais vantajosos dentre aqueles disponíveis) por ambas as partes.

Por fim, para melhor esclarecer os contornos da doutrina das *essential facilities*, cabe diferenciá-la de outras duas teorias frequentemente confundidas entre si. A primeira, chamada *bottleneck theory*, diz respeito a “*facilities* cuja utilização representa a única (e restrita) via para o desenvolvimento de uma determinada atividade ou serviço” (NESTER, 2006, p. 123). A principal distinção recai nas possíveis justificativas para a negativa de acesso, as quais são muito mais restritas em relação à segunda – isso se dá, pois, na maioria das vezes, “a *facility* já seria compartilhada, evidenciando que o compartilhamento é viável” (NESTER, 2006, p. 124).

A outra teoria, denominada *refusal to deal theory*, trata dos casos tradicionais de recusa de contratar, os quais colocam “limitações à habilidade de um monopolista excluir rivais, atuais ou potenciais, de competir consigo”⁶. Assim, considerando que ambas as teorias possuem como objetivo final a imposição de obrigações no âmbito das relações entre players, é certo que a *essential facilities doctrine* pode ser enquadrada como uma espécie do gênero *refusals to deal*.

Não obstante, Calixto Salomão Filho sustenta que a *refusal to deal theory*, em determinadas situações, “não é suficiente para resolver o problema do acesso (tanto na modalidade de recusa de contratar como de discriminação entre concorrentes)” (NESTER, 2006, p. 126). O autor explica que isso ocorre porque “trata-se de disciplina aplicável quando há um comportamento negativo (...) uma negativa injustificada” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 66).

Conclui-se, nesse ponto, que, em sede da *refusal to deal theory*, “não é possível garantir um efetivo direito de contratar” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 66), ao passo que “a extensão da disciplina da recusa de contratar para uma obrigação ativa de contratar se dá em sede antitruste através da chamada *essential facility doctrine*” (SALOMÃO FILHO, 2008, p. 66). Assim, na medida em que esta teoria “rompe com esse caráter passivo e inaugura uma postura ativa, permite que se imponha ao monopolista, sob determinadas condições, uma obrigação de conceder acesso aos seus concorrentes” (NESTER, 2006, p. 126).

⁶ NESTER, 2006, p. 125, *apud* PITOFISKY, Robert. *The Essential Facility Doctrine under United States Antitrust Law*. *Antitrust Law Journal*, 2002, p. 446. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/70373581.pdf>

4 *Big data* e plataformas digitais como insumos essenciais

Quando do surgimento da teoria das instalações essenciais, é certo que os agentes controladores das ferrovias, na condição de *gatekeepers*¹ (guardiões da interação entre consumidores e empresas), abusaram do seu poder de diversas maneiras. Nas palavras da Subcomissão de Direito Concorrencial, Comercial e Administrativo do 116º Congresso dos Estados Unidos²

(...) They charged tolls, extorting the producers reliant on their rails. They discriminated among farmers, picking winners and losers across the economy. And by expanding into lines of business that competed directly with producers, they could use their dominance in transportation to pay for their own services.³

No contexto vigente, observa-se o mesmo comportamento por parte das plataformas. Atuando como verdadeiros *bottlenecks* em canais de distribuição chave, elas controlam acesso ou à informação ou a *marketplaces* – ou a ambos –, de modo que têm incentivo e capacidade de explorar referido poder. Em outras palavras, esses agentes podem cobrar taxas exorbitantes, impor contratos abusivos, além de extrair dados valiosos dos usuários e empresas dependentes deles. Ainda, elas usam dados para proteger seu próprio poderio, seja comprando, copiando ou restringindo acesso destes a qualquer potencial ou real concorrente.

O relatório americano continua ao defender que o controle e intervenção estatal durante aquele período não evitou ou onerou o progresso tecnológico e/ou humano. Pelo contrário, reconheceu-se que o Congresso Estadunidense foi o responsável por garantir que monopolistas não abusassem de seu poder. Logo, tal como o acesso às infraestruturas ferroviárias e outras instalações essenciais da época permitiram um ambiente competitivo *downstream*, viabilizando inovação constante, eventual expansão (e talvez remodelação) da *essential facilities doctrine* pode servir o mesmo papel na economia digital.

Dito isso, nota-se que as próprias plataformas (em sua concepção de interface digital) podem ser consideradas insumos essenciais à atuação de agentes em mercados *on-line*, uma vez que controlam as empresas, produtos e serviços que o usuário tem acesso ao acessar seu *website*. Desse modo, é certo que os concorrentes dependem extensivamente dessas ferramentas

¹ “A loose definition of a gatekeeper would be that it is an economic agent that can control access by a group of users to some goods or another group of users.” (BOURREAU et al., 2019, p. 17). Em tradução livre: “Uma definição vaga de *gatekeeper* seria um agente econômico que pode controlar o acesso de um grupo de usuários a algumas mercadorias ou a um outro grupo de usuários.”

² *Online Platforms and Market Power, Part 6: Examining the Dominance of Amazon, Apple, Facebook, and Google*: Audiência realizada em 29 de julho de 2020 perante a Subcomissão de Direito Concorrencial, Comercial e Administrativo da Comissão do Judiciário.

³ Em tradução livre: “(...) Cobravam pedágio, extorquindo os produtores dependentes dos trilhos [da ferrovia]. Discriminaram entre os agricultores, escolhendo vencedores e perdedores em toda a economia. Ao expandir para linhas de negócio que competiam diretamente com os produtores, eles poderiam fazer uso de sua dominância no setor de transporte para pagar pelos seus próprios serviços.”

para ofertar serviços necessários e valiosos aos consumidores, os quais, por sua vez, estão centralizados em poucas mas grandiosas plataformas (as tal incumbentes, como Google, Amazon, Facebook).

A dinâmica que se observa nos mercados digitais atuais é que as empresas, principalmente os players relevantes, competem em torno do controle de dados a fim de aumentar poder de mercado e alcançar ou reforçar posição de dominância. Nesse contexto, a coleta de dados, em especial os de caráter pessoal, é utilizada para avaliar as características e preferências dos usuários e, assim, permitir o desenvolvimento de tecnologias altamente personalizadas. Como resultado, observa-se maiores ganhos na produtividade e aumento substancial de eficiências, uma vez que as informações coletadas contribuem para a redução dos custos de produção e para o incremento na qualidade dos produtos e serviços.

Não é novidade que as plataformas têm buscado utilizar dados para desenvolver novos produtos e serviços e aprimorar aqueles existentes há algum tempo, de modo a criar um “sistema de reforço positivo no qual maior acesso a dados permitiria maior personalização de bens/serviços e maiores receitas”⁴. Essa dinâmica configura uma das principais vantagens competitivas que uma plataforma incumbente pode ter frente a seus concorrentes.

Sobre a dinâmica competitiva típica das plataformas, Calixto Salomão Filho (2008, p. 55) afirma que “o principal problema no caso dos retornos crescentes de escala ocorre caso a rede, que é o centro e fulcro dos retornos crescentes de escala e das externalidades positivas, não seja de acesso disponível a todos”. Nessa conjuntura, fica claro que aquele que prevalecerá (ou seja, se tornará incumbente) no mercado é o agente que “chegar primeiro ou tiver, antes de qualquer outro, forma de conseguir uma vantagem competitiva para seu sistema ou produto.”

Todavia, referidas tecnologias podem, ao impedir que usuários acessem determinados bens ou serviços por fora dessa especificação, ter o condão de restringir a concorrência. Isso, pois, a coleta e o processamento de dados são determinantes para que as empresas possam competir e prosperar nos mercados digitais, de forma que, eventual restrição no acesso aos dados pode impedir que os agentes atuem em nível competitivo, o que as torna menos propensas a subsistir em *data-driven markets* (mercados movidos a dados).

Nesse sentido, as preocupações concorrenciais envolvem o fato de que os dados são capazes de: (i) contribuir para o exercício abusivo de poder de mercado; (ii) aumentar a transparência de mercado entre players e, conseqüentemente, incentivar a colusão e (iii) ser um instrumento de certas condutas anticompetitivas, uma vez que a oferta de número significativo de informações e métodos de processamento de dados podem estimular a cooperação entre os agentes, incluindo via acordos anticoncorrenciais.

⁴ LANCIERI e SAKOWSKI, 2020, p. 22.

Assim sendo, é lógico defender que a detenção e o uso de dados podem vir a ser uma vantagem ilícita ou até mesmo uma possível “barreira à entrada – em particular quando a natureza singular e acesso exclusivo às bases de dados faz com que elas percam sua característica de bem público no sentido econômico do termo”⁵. Para endereçar tais problemáticas, discute-se a adoção de certas estratégias que muitos consideram um desincentivo à inovação ou como de difícil implementação. Tais soluções, que serviriam para reduzir barreiras à entrada e custos de transação, seriam:

“a portabilidade (permite que os usuários controlem seus dados e os transfiram de uma plataforma a outra), a interoperabilidade (permite que os usuários utilizem duas ou mais plataformas complementares de forma conectada) e a possibilidade de aquisição de base de dados”.⁶

Sobre esse ponto, reconhece-se o seguinte:

“A portabilidade não deve exigir a interoperabilidade. Isso poderia gerar sistemas fechados e únicos para se evitar custos maiores, o que iria na contramão do desenvolvimento tecnológico. A interoperabilidade pode ser produzida por mercados complementares, que terão estímulo para se desenvolver ou até mesmo surgir de maneira originária.”⁷

A relação que se estabelece, portanto, entre a *essential facilities doctrine* e os mercados digitais diz respeito a “*potential refusals of dominant firms to give access to data on online platforms such as search engines, social networks and e-commerce platforms*”⁸ (GRAEF, 2016, p. 3). O autor ainda ressalta que esses três tipos de plataforma são as mais afetadas por conta das suas condições de *gatekeepers* da internet.

É evidente que dados estão sendo considerados insumo essencial para o desenvolvimento de uma gama de produtos e serviços concorrentes ou complementares aos serviços ofertados pelas *gatekeepers* referidas acima. Na prática, significa dizer que os dados constituem *essential facilities* pois podem ser utilizados como meio de melhorar as possibilidades dos anunciantes no engajamento em publicidade direcionada e a relevância dos resultados de pesquisa, sugestões de compra e interações sociais (GRAEF, 2016, p. 9).

Não obstante, há quem defenda que, apesar dos dados serem considerados ativo útil, o conceito dessa utilidade varia muito a depender do consumidor. Para além disso, essa corrente afirma que os dados, em sua essência, “*are often not that useful and because the data are often ubiquitous*”⁹ (TUCKER, 2019, p. 17). Corrobora-se a isso o fato de que os dados possuem

⁵ LANCIERI e SAKOWSKI, 2020, p. 23.

⁶ RENZETTI et al., 2020, p. 32-33, *apud* CRÉMER et al., 2019, p. 6.

⁷ CRAVO, 2018, p. 174.

⁸ Em tradução livre: “recusas potenciais, por parte de agentes dominantes, em conceder acesso dos dados no âmbito das plataformas *on-line*, tais como as de ferramentas de busca, as de mídias sociais e as de *e-commerce*.”

⁹ Em tradução livre: “[dados] não são frequentemente tão úteis assim e porque dados também são, de certa forma, onipresentes.”

custo marginal de produção tendente a zero. A autora estipula também que, para dados serem considerados *essential facility*, deve-se atentar às seguintes perguntas: (i) existe uma fonte de acesso alternativa àquela do detentor da *facility*? Em caso positivo, existe porque o tipo de dado não é geralmente considerado útil, ou porque é definitivamente impossível coletá-lo e analisá-lo no mercado? (TUCKER, 2019, p. 15).

Conclui-se, portanto, que, ao controlar dados, as plataformas dominantes controlam também o próprio acesso aos mercados movidos a dados, de modo que não é exagero afirmar que dados constituem a infraestrutura essencial do século XXI. A partir das considerações acima, serão analisadas a seguir algumas características, bem como aplicações e impactos da doutrina das *essential facilities* no contexto desses mercados em específico.

4.1 Características da aplicação da *essential facilities doctrine* em mercados digitais

Retomando o quanto exposto por Calixto Salomão (2008, p. 67), analisar-se-á a seguir um exemplo prático para verificação do atendimento dos requisitos para a aplicação da *essential facilities doctrine*, exarados no julgamento do caso norte-americano *MCI Communications*¹⁰, em uma situação envolvendo plataformas. Trata-se de uma denúncia, perante o Tribunal Distrital do Norte da Califórnia nos Estados Unidos, envolvendo a Apple e a Epic Games¹¹ no mercado de aplicativos de jogos *on-line*, em que se debateu a retirada do jogo *Fortnite* da plataforma *App Store*.

Primeiramente, para avaliar se a loja de aplicativos *App Store* seria um bem essencial, a Apple haveria de ter o controle integral desta ferramenta – que de fato, tem. Nota-se que esse monopólio pode se dar de várias maneiras, seja pela detenção de patentes e direitos autorais, do *know-how* específico que permite a funcionalidade da infraestrutura, ou, ainda, pelos termos de uso e diretrizes da comunidade (e outras políticas) daquele *website*. Assim, a operadora da plataforma pode criar ou manter um cenário de monopólio ao negar acesso de concorrentes ou que verdadeiramente ameaçam seu *market share* ou que buscam utilizar-se de dados (obtidos através da plataforma) para criar uma ferramenta alternativa que possa contestar o poder daquela (NELSON, 2021, p. 398).

Em cumprimento ao segundo critério, tem-se que as empresas desenvolvedoras de aplicativos – isto é, os concorrentes da Apple no mercado em questão – não podem ser capazes de duplicar a ferramenta de maneira realística e/ou razoável. Sobre esse ponto, ressalta-se que, mesmo se a duplicação for possível, ela tem de ser bem sucedida (e isso é extremamente difícil em face dos efeitos de rede). Em outras palavras, a plataforma entrante deve conseguir agregar número considerável de usuários, pois, do contrário, a infraestrutura da incumbente continuará

¹⁰ Caso 708 F.2d 1081. *MCI Communications Corp. v. AT&T Co.*

¹¹ Caso nº 4:20-cv-05640-YGR. *Epic Games, Inc. v Apple, Inc.*

sendo essencial.

Nesse sentido, a análise feita pelo Judiciário americano em *Apple v. Epic* constatou que, devido aos efeitos de rede, ao vínculo das lojas de aplicativos com os sistemas operacionais, *hardware*, direitos de propriedade intelectual, dentre outros, da empresa dominante (no caso, a Apple), essa incapacidade de replicação tem fundamento de existência (GUGGENBERGER, 2021, p. 319).

A terceira condição requer que haja recusa, por parte da plataforma, de acesso da infraestrutura ao concorrente. Nesse ponto, cabe a avaliação minuciosa das circunstâncias concretas a fim de identificar se realmente se trata de uma negativa intencional, desarrazoada e ilegítima, ou se o agente apenas está exercendo seu direito à liberdade de contratar. Na situação em comento, o fato da Apple não permitir o registro de um jogo em sua loja de aplicativos configura recusa de acesso a uma instalação essencial.

É mister apontar, ainda, que o controle regulatório e judicial no âmbito da aplicação da teoria das *essential facilities* em mercados digitais deve ir além da análise da recusa definitiva de acesso, mas sim apreciar as próprias condições de uso fruível do bem essencial. Em outras palavras, deve-se debruçar sobre os termos de serviço da plataforma, incluindo questões como retornos aceitáveis de investimentos e preços (GUGGENBERGER, 2021, p. 320), a fim de definir o que seria um uso aceitável, justo e igualitário da infraestrutura. Fixando esse parâmetro, a autoridade identificará com facilidade eventuais situações violadoras da ordem econômica.

Por fim, sobre a quarta premissa necessária para impor obrigações sob o plano da *essential facilities doctrine*, a da viabilidade de compartilhar o acesso, tem-se que, de plano, esse compartilhamento é factível na maioria das vezes. Isso porque, para crescer e ocupar a posição vigente, a empresa teve de permitir a entrada de terceiros (desenvolvedores de aplicativos, por exemplo) para atrair usuários e adquirir *market share*. Então, é presumível que esse acesso seja, de certa forma, simples, pois inerente à própria operação da plataforma (NELSON, 2021, p. 399).

Não obstante, quanto mais usuários uma plataforma detém, mais recursos são despendidos para manter o funcionamento desta, de modo que eventual recusa de acesso poderia vir atrelada ao pretexto de controle de gastos e até impossibilidade de absorver o excesso de demanda. No entanto, sabe-se que tais empresas estão entre as mais lucrativas do mundo, e sua habilidade de expansão é notadamente reconhecida, de forma que alegações nesse sentido costumam ser vistas com desconfiança por parte das autoridades (NELSON, 2021. p. 400).

Esse quarto requisito, ainda, abre um leque de justificativas comumente adotadas pelas detentoras da *facility*, que vão além de meras estratégias de negócios como maximização de lucro

e exclusão de rivais (GUGGENBERGER, 2021, p. 323). No cenário em debate, a Apple poderia alegar ressalvas quanto à privacidade e segurança de rede, e preocupações acerca do conteúdo, recursos e característica do aplicativo postulante – como fez em relação ao jogo *Fortnite* da Epic Games, ao argumentar que esse veiculava conteúdo pornográfico.

Em suma, a identificação e a caracterização, na prática, de uma situação sujeita à incidência de referida doutrina é difícil, já que a linha é muito tênue (e, por vezes, nebulosa) entre razões que configuram recusas legítimas de contratar e motivações enviesadas por estratégias anticompetitivas. Assim, não é rara a utilização de argumentos genéricos e vagos pelas detentoras da *facility* disfarçados de indícios de comportamento exclusionário, os quais devem estar sob o olhar atento das agências antitruste.

Isso se mostra ainda mais latente no contexto da economia digital, considerando as nuances que perpetuam a estratégia de atuação das plataformas, bem como as incertezas quanto aos efeitos das decisões da autoridade antitruste no futuro.

4.2 Aplicações da *essential facilities doctrine* a mercados digitais

Ana Frazão (2017, p. 3) afirma, ao ponderar sobre dados como uma *essential facility*, que o raciocínio acerca dessa hipótese não pode ser o mesmo daquele aplicável a infraestruturas físicas, cenário esse em que a teoria surgiu. Deve-se analisar quais contornos esses dados precisam apresentar para serem considerados ativo essencial, de que tipo são, de que forma deveriam ser disponibilizados, o que significaria acesso a eles em termos de poder econômico e como se daria esse acesso, dentre outras indagações.

A autora continua sua reflexão ao tratar de eventual desnível entre os agentes econômicos no que se refere ao tratamento de dados, uma vez que as empresas detêm diferentes capacidades de processamento de dados, tanto em termos de qualidade como de velocidade. Sugere-se, caso essa disparidade se transforme em verdadeira barreira de acesso ou de permanência em determinados mercados digitais, a intervenção, por parte da autoridade antitruste, sob a prerrogativa da *essential facilities doctrine* (FRAZÃO, 2017, p. 3-4).

Desse modo, resta claro que a situação mais comum de incidência de referida teoria seria quando há recusa de acesso, por parte da empresa titular, a um conjunto de dados crucial para proporcionar entrada no mercado de outros concorrentes ou mesmo a manutenção dos já atuantes. Nesse cenário, tratando-se especificamente de dados, quando se fala em recusa de acesso, significa dizer negativa à portabilidade destes (CRAVO, 2018, p. 171).

Propostas essas questões, fica claro que a doutrina das *essential facilities* em relação às plataformas digitais, se aplicada considerando sua concepção convencional – isto é, conferindo

acesso à infraestrutura aos concorrentes no segmento à jusante via interoperabilidade vertical mandatória –, seria insuficiente (GUGGENBERGER, 2021, p. 326). Isso, pois, estabelecer os direitos de acesso e os requisitos de uma negociação justa diante de uma infraestrutura essencial endereçam apenas parte dos danos decorrentes da concentração econômica e do poder dos *gatekeepers* no setor digital.

Nesse sentido, o autor Nikolas Guggenberger (2021, p. 326 e 327) afirma que, na realidade, a melhor estratégia é apoiar-se na interoperabilidade horizontal – aquela que permite aos concorrentes no mercado primário alcançarem a base de usuários da plataforma incumbente –, capaz de mitigar o comportamento das plataformas de dispor das barreiras de entrada resultantes dos efeitos de rede em benefício próprio. Ele defende, ainda, que essa solução contribuiria para restabelecer a concorrência no mercado primário e reduzir, de forma sustentável, a extração de renda por parte dos agentes monopolistas, esta derivada das dinâmicas de monopólio baseadas nos efeitos de rede.

Guggenberger também cita alguns remédios que poderiam complementar a *essential facilities doctrine* no âmbito digital (2021, p. 328): rupturas horizontais, separação vertical ou funcional, interoperabilidade obrigatória, controle rigoroso dos atos de concentração, estruturas de utilidade pública ou infraestruturas públicas digitais, compartilhamento de dados e obrigatoriedade de divulgação de informações. Continua ao dizer que uma combinação destes, somada ou não aos direitos de acesso a bens privados, pode ser mais efetiva para o embate das preocupações concorrenciais inerentes à economia digital.

Em conclusão, o autor finaliza atestando que os direitos de acesso relativos à teoria das instalações essenciais pode ser, hoje, o único remédio factualmente disponível, em especial para medidas a curto prazo no controle de concentrações em mercados regidos a dados. Isso ocorre pois a aplicação da doutrina em tela limita de forma direta o fluxo de lucro dos monopolistas, além de viabilizar inovação constante.

Outrossim, o autor Joseph Nelson aduz, ao comparar a teoria do dever de contratar com a doutrina das instalações essenciais, que esta é mais eficaz na abordagem dos danos ocasionados por empresas detentoras de plataformas, porque espelha os cenários em que a teoria foi e tem sido utilizada na jurisprudência análoga (referente a instalações físicas). Assim, mediante comparações e correspondências na medida de sua aplicabilidade, a autoridade antitruste pode vir a optar pela segunda por entender ser mais adequada e condizente.

É possível, ademais, aplicar os preceitos da *essential facilities doctrine* quando uma empresa dominante detém controle sobre um produto ou componente básico, que é essencial para o desenvolvimento de outro(s) produto(s) matéria-prima de determinado mercado, fato esse permitido pelas economias de escopo (dados de um segmento são usados para gerar novos

serviços em outro segmento). Assim, na medida em que não seja economicamente viável para os concorrentes replicar o produto ou o componente básico, o monopolista pode ter “forte vantagem competitiva sobre seus concorrentes para a expansão de sua linha de produtos e, até mesmo, a criação de um ecossistema de produtos“. Em outras palavras, alguns produtos ou componentes básicos podem ser instalações essenciais para o desenvolvimento de produtos mais complexos (BOURREAU et al., 2019, p. 16).

Outra aplicação da teoria em comento é quando há a (im)possibilidade de replicação da infraestrutura essencial por conta de proteção de propriedade intelectual (marca, patente, direito autoral). Caso a plataforma esteja protegida nesse aspecto, ela é impedida de ser duplicada por concorrentes, situação em que se ratifica a incidência da *essential facilities doctrine*, a fim de fazer cumprir o direito de acesso e permitir a entrada, se for um novo player, e atuação deste no mercado, bem como a manutenção dos agentes já existentes.

4.3 Impactos da utilização da *essential facilities doctrine* em mercados digitais: foco na portabilidade de dados

Conforme adiantado anteriormente, a teoria das instalações essenciais serve para conter direta e rapidamente a extração de renda dos agentes que, em razão do monopólio instaurado pela titularidade exclusiva de um bem essencial, auferem lucros indevidos, bem como permite com que tecnologias inovadoras continuem sendo desenvolvidas, em benefício do consumidor. Assim, verificadas situações como essa, a aplicação de referida doutrina é não só recomendada como, muitas vezes, mandatória (por ser a única alternativa viável e efetiva) para frear os abusos de poder econômico no setor digital.

Não seria raro, portanto, em casos como esses, que houvesse inversão do ônus da prova, de modo que caberia às empresas detentoras da *facility* demonstrar que a conduta (de recusa de acesso) não teria efeitos deletérios sobre o mercado no longo-prazo¹². Isso, pois, é de responsabilidade das plataformas assegurar que suas regras internas possibilitem a livre iniciativa e uma “competição livre, não distorcida, vigorosa e pró-usuário, mesmo intraplataforma“ (LANCIERI e SAKOWSKI, 2020, p. 108).

Por outro lado, não se pode ignorar o fato de que os requisitos da *essential facilities doctrine* são muito rígidos, o que poderia afastar e dificultar uma atuação tempestiva e necessária da defesa da concorrência. A despeito disso, sabe-se que a “norma concorrencial, diante do seu caráter principiológico e consequencialista, permite o enquadramento de situações como essa em outros tipos mais abrangentes, como é o caso do abuso de posição dominante”¹³.

¹² LANCIERI e SAKOWSKI, 2020, p. 109, *apud* CRÉMER et al., 2019, p. 66.

¹³ CRAVO, 2018, p. 171.

Logo, algumas indagações são suscitadas: quem deve ser responsável por avaliar a natureza da recusa da incumbente (e, conseqüentemente, determinar de quem será o ônus da prova em eventual investigação)? Identificada a recusa, qual seria o agente mais qualificado a opinar sobre moderação de conteúdo e outras decisões da iniciativa privada?

Sobre esse último ponto, reconhece-se que a iniciativa de definir as condições de acesso justificado deve partir, idealmente, do legislador, ou, na omissão deste, da autoridade quando da análise de casos concretos. Ademais, entende-se, pelo menos por ora, que uma avaliação flexível dessas condições, uma vez fixadas, é o caminho mais cauteloso a ser adotado pela autoridade, tendo em vista que se desconhece, ainda, os efeitos e os custos dessa abordagem no futuro.

É certo, portanto, que a expansão (e muito provavelmente remodelação e renovação) da teoria das *essential facilities* deve ser feita com prudência e cautela, atentando-se para eventuais riscos e potenciais prejuízos resultantes de sua aplicação em uma economia ainda muito imprevisível quanto aos seus efeitos e repercussões futuros. Inclusive, a hipótese debatida nesse trabalho, de eventual utilização dessa doutrina ao contexto das plataformas, soma-se à lista de receios das autoridades quanto aos impactos de suas decisões no decorrer do tempo.

Sobre esse aspecto, vale mencionar o quanto exposto por Daniela Cravo, ao abordar a adoção, por parte da autoridade concorrencial, de soluções mais conservadoras, pautadas na intervenção direta do Estado na ordem econômica:

[a] aplicação de remédios drásticos e bastante interventivos, como a não aprovação de atos de concentração ou a separação/cisão da empresa (...) é ainda mais sensível quando está em análise mercados tecnológicos, em constante transformação, a fim de se evitar: (i) custos maiores aos consumidores, a exemplo do ocorrido com a Microsoft na União Europeia, e (ii) a inocuidade da medida, uma vez que as empresas condenadas podem já ter faturado o suficiente com determinada prática anticompetitiva.¹⁴

Assim, o relatório “Competition policy for the digital era”, da União Europeia, entende claramente pela possibilidade de aplicação da doutrina diante de abuso de poder por parte de plataformas que constituam infraestruturas de intermediação essenciais para a competição, ao defender que:

“(...) em casos de violação, remédios comportamentais podem ser suficientes para assegurar a concorrência — em especial uma obrigação geral de tratamento não discriminatório e interoperabilidade com fornecedores de serviços complementares. Obrigação de tratamento não-discriminatório também podem incluir obrigações de compartilhamento de dados para compensar as perdas competitivas que a empresa competidora teve ao longo do tempo”¹⁵.

No tocante à incidência da doutrina das *essential facilities* em casos de negativas à

¹⁴ CRAVO, 2020, p. 157.

¹⁵ LANCIERI e SAKOWSKI, 2020, p. 109, *apud* CRÉMER et al., 2019, p. 68; 71.

portabilidade de dados, já foi visto que referida conduta exclusionária deverá ser perpetrada por agente com posição dominante (aquele que possui uma “*data advantage*”) e diante de acesso indispensável a esses dados, a ponto dessa prática não se enquadrar como ato infracional se não o for. Assim, nesse caso, é mister que a autoridade antitruste avalie, antes de condenar uma empresa por abuso e aplicar uma tutela específica para compensar o poder detido por essa, itens como a escassez dos dados e/ou a factibilidade de replicação desses, bem como se existe uma economia de escala ou escopo (CRAVO, 2018, p. 171).

Prosseguindo, quanto aos possíveis impactos dessa medida para o direito da concorrência, em primeiro lugar, cabe a discussão sobre as limitações que a legislação sobre proteção de dados e privacidade pode impor frente ao dever de compartilhamento oriundo da *essential facilities doctrine*, uma vez que os dados coletados pela plataforma digital dominante podem incluir informações pessoais legalmente tuteladas. Nessa circunstância, os dados (pessoais) assumem um caráter dual, a de ativo concorrencial e de objeto de direito de seus titulares.

Nesse contexto, tem-se que, a coleta de dados, por si só, já suscita preocupações, que dirá o poder que as empresas detêm quando também utilizam ou compartilham tais dados – seja forçosamente, via aplicação da doutrina em questão, ou de forma voluntária. Assim, é alarmante pensar na quantidade de informações pessoais que são utilizadas na oferta de uma publicidade direcionada ou na determinação de uma concessão de crédito, correndo o risco, ainda, de essas informações serem usadas contra os próprios usuários (FRAZÃO, 2017, p. 5).

Dessa forma, em se tratando da compulsoriedade de compartilhamento de dados, sob a égide da doutrina das *essential facilities*, tem-se que é necessário aplicá-la com ressalvas. Isso, pois, haverá a cessão de dados pessoais sem que haja um consentimento dos titulares desses dados, muito embora essa cessão tenha sido exigida por uma autoridade estatal e em prol do interesse público (e dos consumidores, que, em última escala, são os próprios usuários das plataformas e titulares de tais dados).

Isto posto, há algumas sugestões, a serem adotadas pela agência antitruste, de como proceder diante desse conflito entre os princípios da livre concorrência e da proteção da intimidade. Uma primeira ideia é a cooperação institucional entre o CADE e a ANPD, fomentando um diálogo e assegurando a legitimidade das decisões. Nesse sentido, “(. . .) como exemplos de medidas alternativas, cita-se: limitar ou minimizar a coleta e retenção de dados pessoais e oportunizar que os consumidores voluntariamente realizem a portabilidade”¹⁶.

Adicionalmente, a matéria comporta a análise de potenciais efeitos negativos da aplicação de referida doutrina no campo da inovação e desenvolvimento tecnológicos. Sob esse aspecto, discorre-se acerca do conflito entre direitos de propriedade intelectual e a teoria das instalações

¹⁶ CRAVO, 2018, p. 172.

essenciais. Supondo que a instalação essencial esteja abarcada por uma espécie de proteção (por exemplo, uma patente), o que significa que a empresa a controla, em regime de monopólio, por certo intervalo de tempo. Assim, é certo que ela pode negar acesso à *facility* sob a justificativa da proteção da propriedade intelectual, prolongando indevidamente seu período de monopólio (NELSON, 2021, p. 402-403), o que obstará o estímulo à inovação e o surgimento de ofertantes alternativos no mercado, e, por consequência, o crescimento econômico.

Para além disso, em face de atos infracionais contra a ordem econômica, pode-se falar em compartilhamento de dados e obrigações de interoperabilidade como remédios antitruste, tanto para base de dados já existentes como para acesso a dados futuros (LANCIERI e SAKOWSKI, 2020, p. 109). Nesse sentido, “o relatório da Comissão Europeia discute até mesmo a imposição de uma presunção de interoperabilidade nos casos em que plataformas dominantes controlam base de dados agregadas que não podem ser reproduzidas por competidores”¹⁷, sendo justamente um caso típico em que se incide a *essential facilities doctrine*.

Não obstante, o relatório para a Comissão Europeia aconselha que:

“a exigência de interoperabilidade de dados deve (i) ser realizada por legislação setorial, com foco nas situações em que o acesso aos dados abre mercados secundários para serviços complementares, ou (ii) ser limitada às empresas dominantes para mitigar os riscos anticompetitivos. (...) Não deve afastar os concorrentes do mercado nem facilitar a troca de informações comercialmente sensíveis, tais como custos ou preços. Essas limitações reduzem a quantidade de dados que são realmente compartilháveis – elas precisam ser limitadas no escopo, agregadas e anonimizadas. Além disso, os reguladores precisam ter cuidado para não criar desincentivos para as empresas dispostas a coletar e processar dados, levando-as, em vez disso, a atuarem como *free-rider* em *pools* de dados disponíveis publicamente.” (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 6)

Em suma, os impactos da incidência da *essential facilities doctrine* no contexto da economia digital são muitos, que vão desde novas concepções de remédios antitruste em casos de concentrações econômicas irreversíveis, questões procedimentais (de forma do processo), até aspectos mais sensíveis, que interseccionam direitos e garantias constitucionais. Dessa forma, como já afirmado anteriormente, essa teoria tem sim potencial de frear a concentração econômica envolvendo as plataformas e de conter os prejuízos decorrentes do abuso de poder por parte destas, porém, deve levar em consideração todos esses critérios. O comportamento da autoridade há de ser, portanto, aquele intervencionista na proteção do consumidor, mas liberal quanto à inovação e desenvolvimento tecnológico (e as balizas para tal ficam a cargo do legislador e do aplicador do direito).

¹⁷ LANCIERI e SAKOWSKI, 2020, p. 110, *apud* CRÉMER et al., 2019, p. 38.

5 Conclusão

Ante todo o exposto, restou comprovado que o recente progresso tecnológico barateou os custos de coleta, armazenamento e análise de dados significativamente, de maneira que a quantidade e a frequência de uso desses dados aumentaram em níveis estratosféricos no mercado. Tanto é verdade que a maioria das empresas incorporaram dados no seu *core business*, além de existirem, inclusive, aquelas que monetizaram seus dados, fazendo deles a sua própria atividade econômica.

Com efeito, não é novidade dizer que a evolução exponencial da tecnologia tem alterado as relações sociais por meio da integração de dados, informações velozes e redes de pessoas e comunidades. Consequentemente, o modelo comercial virtual que se tem hoje exige que as empresas se reinventem para se manterem competitivas no mercado. Isso, pois, a competitividade na era digital está diretamente associada à capacidade criativa e de inovação para o aperfeiçoamento dos serviços e/ou produtos. Nesse ponto, enuncia-se: a inovação tecnológica é a mola propulsora da concorrência (BRANCHER, 2010, p. 31).

Observa-se, portanto, que a grande questão, hoje, dentro do direito antitruste envolve alcançar um equilíbrio entre a defesa da concorrência e o estímulo à eficiência com o atendimento ao interesse público. Por certo, a melhor forma de atingir tal equilíbrio é a criação de um ambiente que permita a realização de escolhas pelos agentes, objetivando o progresso econômico, ainda que, ao final, se decida contrariamente à lógica usual da política concorrencial (ao optar pela concentração, por exemplo). Não obstante, esse ambiente deve sempre considerar o bem-estar do consumidor como premissa máxima.

Dito isso, foi visto que as disposições da *essential facilities doctrine* configuram exceções ao princípio geral da livre contratação e autodeterminação das partes de um negócio. Afinal, a imposição de compartilhamento da instalação sempre implicará, em maior ou menor grau, na restrição da liberdade do detentor da *facility* em decidir se e com quem contratar. Denota, pois, uma mitigação de referido princípio, em benefício dos consumidores, que contarão com produtos e serviços melhores a preços mais baratos.

Assim, apesar da licença compulsória derivada da *essential facilities doctrine* servir, em muitos casos, para resguardar os direitos dos consumidores em um mercado onde nem sempre prevalece a ética comercial – notadamente por conta da ausência de produção legislativa sobre o setor, muito devido à contemporaneidade da matéria –, a utilização da doutrina no contexto de mercados digitais também é motivo de preocupação. A razão para tal é que ela pode desencadear efeitos como inibição da inovação, violação de direitos de exclusividade de patentes e redução das eficiências para o usuário, repercussões essas indesejadas e que devem ser evitadas a qualquer

custo.

Sob o ponto de vista empresarial, a dificuldade enfrentada na aplicação da doutrina das *essential facilities* se baseia no agente que, por um lado, investe na atualização e inovação de seus produtos e, por outro, aquele que se limita pela falta de uma infraestrutura considerada essencial para que seja capaz de concorrer por si só.

Desse modo, ao defender que o ideal é o estabelecimento de um ambiente que prevaleça a autonomia privada, significa dizer que referida doutrina, apesar de sua aplicação ser perfeitamente possível, deve ser repaginada e revista, expandindo seus conceitos originais de maneira cautelosa e instruída caso a caso. Inclusive, essa afirmativa vai ao encontro do quanto exposto no início sobre a aplicabilidade das regras e metodologias de análise antitruste atuais, concluindo que a solução para tal é adaptar tais conceitos e atualizá-los na medida em que necessário.

Soma-se a isso a alegação de que as normas concorrenciais estão em descompasso com os avanços tecnológicos e que, devido a isso, muitas falhas de mercado, relativas à titularidade e análise de dados, já se materializaram (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 2) – como a exploração de tendências de comportamento do consumidor a fim de prejudicar-lhes a escolha livre e consciente e a assimetria de informações, circunstância em que o usuário não sabe ou compreende quais tipos de dados estão sendo compartilhados com as plataformas (SZCZEPÁNSKI, 2020, p. 5).

O propósito da doutrina das *essential facilities*, portanto, corresponde à ideia de que o mercado em que incide funcione de modo equivalente, ou da forma mais próxima possível, à que ocorreria caso existisse um cenário competitivo. Isso, pois, entende-se que somente dessa maneira os eventuais efeitos nocivos decorrente da existência de (uma recusa a) uma instalação essencial podem ser eliminados ou, ao menos, mitigados. É justamente essa visão que a autoridade antitruste deve ter em mente ao analisar se aplicará a doutrina das instalações essenciais ou não.

Depreende-se, afinal, que, a teoria das *essential facilities* pode seguramente ser aplicada no contexto da economia digital, desde que remodelada e repensada para tal contexto. Assim, conforme já abordado, essa estratégia pode servir muito bem no endereçamento de recusas exclusionárias de compartilhamento de dados, contanto que sejam levadas em conta as peculiaridades inerentes a tais dados. Ademais, eventual aplicação dessa doutrina também precisa considerar em qual extensão os dados representam uma vantagem competitiva legítima ou uma efetiva barreira à entrada.

Bibliografia

ANTONELLI, Cristiano. *Technological knowledge as an essential facility*. Journal of Evolutionary Economics. 2007.

ARAUJO, Maria Izabel Gomes Sant'Anna. Reflexões sobre direito e economia: Breve análise sobre a *essential facilities doctrine* (Capítulo 11). Rio de Janeiro, FGV Direito, 2020.

ATHAYDE, Amanda. Direito da concorrência e supermercados: como essas plataformas de dois lados podem trazer riscos aos consumidores? Revista Direito GV, V. 16, N. 1, 2020.

Autorité de la Concurrence e Bundeskartellamt. *Competition Law and Data*. 2016. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2

BAQUEIRO, Paula de Andrade. Inovação predatória: preocupações e desafios para o direito da concorrência. 2017. Tese (Graduação) – Universidade de Brasília.

BASTOS, Camila Sanson Pereira. Cadernos do Cade: Mercados de plataformas digitais, estudo publicado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE em agosto de 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>

BOURREAU, Marc e STREEL, Alexandre. *Digital Conglomerates and EU Competition Policy*. 2019.

BRANCHER, Paulo. Direito da Concorrência e Propriedade Intelectual: Da inovação tecnológica ao abuso de poder. São Paulo – Singular, 2010.

BRANCHER, Paulo e ZANOTTA, Pedro. Desafios atuais da regulação econômica e concorrência. São Paulo – Atlas, 2010.

CADE. *BRICS in the digital economy: competition policy in practice*, 1st Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy. 2019. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/brics-in-the-digital-economy/brics-digital-economy-cade.pdf>

COLARES, Pedro Henrique. Dirigismo rúptil: breves reflexões acerca do refusal to deal. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 7, nº 2, 2019.

CORDEIRO, Alexandre. *Essential facility doctrine*: a dificuldade de enquadrar casos na doutrina diante da assimetria de informação. JOTA. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinia-o-e-analise/artigos/essential-facility-doctrine-17022017>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

CRAVO, Daniela Copetti. Direito à portabilidade de dados: necessidade de regulação *ex antes* e *ex post*. 2018. Tese (Doutorado) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

CRAVO, Daniela Copetti. Portabilidade de dados como um remédio antitruste. Revista do IBRAC. N. 1. 2020. P. 145-164.

CRÉMER, Jacques Crémer, MONTJOYE, Yves-Alexandre e SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the Digital Era*, relatório publicado pelo Directorate-General of Competition da União Europeia em março de 2019. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

FAGÁ, Silvia; OLIMPIA, Anna; PORTELA, Lucas. Mercados de plataforma: de fato “winner takes all”? IBRAC, 2019.

FARIA, Isabela Brockelmann. Considerações sobre *essential facilities* e *standard essential patents* nas guerras de patentes. Revista de Defesa da Concorrência, vol. 2, nº 1, 2014.

FRAZÃO, Ana. *Big data* e concorrência: principais impactos sobre a análise concorrencial – Parte 1. 2017. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-em-presa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-28112017>>. Acesso em: 23 out. 2022.

FRAZÃO, Ana e SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas digitais e o Negócio de Dados: necessário diálogo entre o Direito da Concorrência e a Regulação dos Dados. RDP, Brasília, 2020, Volume 17, n. 93, págs 58-81.

FREIRE, Arlete Maracaipe Cardoso. A doutrina das *essential facilities* e os direitos de propriedade intelectual no *e-commerce* à luz da política da concorrência da União Europeia. 2017/2018. Tese (Mestrado) – Universidade de Coimbra.

GRAEF, Inge. *EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms: Data as Essential Facility*. 2016.

_____. *Rethinking the Essential Facilities Doctrine for the EU Digital Economy*. 2019.

GUGGENBERGER, Nikolas. *The essential facilities doctrine in the digital economy: dispelling persistent myths*. Yale Journal of Law & Technology, Vol. 23, 2021.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. *Revista de Defesa da Concorrência*, vol. 9, nº 1, 2021.

LANCIERI, Filippo Maria e SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados, estudo publicado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE em agosto de 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>

NELSON, Joshua. *Tech platforms are essential facilities*. *Nevada Law Journal*, Vol. 22:1, 2021.

NESTER, Alexandre Wagner. A doutrina das *essential facilities*: compartilhamento de infraestrutura e redes. 2006. Tese (Mestrado) – Universidade Federal do Paraná.

OECD. *The Essential Facilities Concept*. 1996.

Online Platforms and Market Power, Part 6: Examining the Dominance of Amazon, Apple, Facebook, and Google: Audiência realizada em 29 de julho de 2020 perante a Subcomissão de Direito Concorrencial, Comercial e Administrativo da Comissão do Judiciário do 116º Congresso dos Estados Unidos. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/CHRG-116hhrg41317/html/CHRG-116hhrg41317.htm>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

RENZETTI, Bruno Polonio, BUENO, Carolina Destailleur G. B., PAIXÃO, Raíssa Leite de Freitas. Mercados digitais: alguns conceitos. P. 21-39. In: NETO, Caio Mário da Silva Neto (organização). *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. São Paulo, FGV Direito, 2020.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial*. 2ª. ed. Rio de Janeiro – Forense, 2021.

_____. *Regulação da atividade econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. 2ª. ed. São Paulo – Malheiros, 2008.

SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. *O direito da concorrência na Economia Movida a Dados: uma análise dos impactos do big data no controle de estruturas do setor digital*. 2019. Tese (Graduação) – Universidade de Brasília.

SZCZEPÁNSKI, Marcin. *Is data the new oil? Competition issues in the digital economy*, nota publicada pelo European Parliamentary Research Service da União Europeia em janeiro de 2020. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI\(2020\)646117_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/646117/EPRS_BRI(2020)646117_EN.pdf)

THE ECONOMIST. *The world's most valuable source is no longer oil but data: the data economy demands a new approach to antitrust rules*. 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 16 nov. 2022.

TUCKER, Catherine. *Digital Data, Platforms and the Usual [Antitrust] Suspects: Network Effects, Switching Costs, Essential Facility*. 2019.