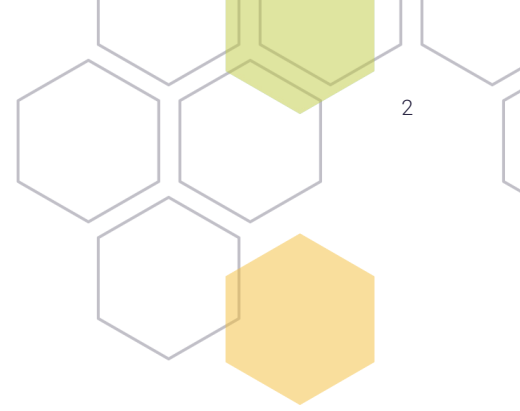


ANÁLISE MULTIJURISDICIONAL DE AQUISIÇÕES CENTRADAS EM DADOS:

DIAGNÓSTICO ATUAL E PROPOSTAS
DE POLÍTICA PÚBLICA PARA O BRASIL

LUCAS GRIEBELER DA MOTTA



PREFÁCIO

Após um ano de existência, a Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa lançou a série “Textos de Discussão” com o objetivo de amplificar as vozes e os debates sobre temas emergentes da relação entre tecnologia, proteção de dados pessoais, privacidade e outros direitos fundamentais.

Inspirados nos formatos comumente utilizados por centros de pesquisa e think tanks ao redor do mundo, os Textos de Discussão têm como objetivo mobilizar discussões de fronteira e acenar para novas formas de compreensão de problemas no emergente campo da proteção de dados pessoais e privacidade no Brasil. São textos que provocam e inspiram novas reflexões.

Considerando que nossa missão institucional é reforçar a gramática dos direitos fundamentais e fortalecer uma cultura de proteção de dados pessoais no Brasil, optamos por convidar acadêmicos(as), professores(as) e demais profissionais não diretamente vinculados(as) à Associação para exporem suas ideias em formato de policy paper. Essa é uma forma de oxigenar os debates e colocar novas lentes de análise para problemas relacionados a um fluxo de dados que seja íntegro em favor do interesse público.

Esperamos que os Textos de Discussão, como este que você está prestes a ler, inspirem discussões inovadoras, sofisticadas e construtivas em nosso país. A expectativa é que estes textos possam ser não apenas compartilhados, mas, também e principalmente, dialogados. A criação desse tipo de conhecimento coletivo é fundamental e vai ao encontro do que buscamos enquanto Associação de Pesquisa.

Bruno R. Bioni
Rafael A. F. Zanatta
Mariana Rielli

FICHA TÉCNICA

O Data Privacy Brasil é um espaço de intersecção entre a escola Data Privacy Ensino e a entidade civil Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa. Este relatório foi produzido exclusivamente pela Associação. A Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa é uma entidade civil sem fins lucrativos sediada em São Paulo. A organização dedica-se à interface entre proteção de dados pessoais, tecnologia e direitos fundamentais, produzindo pesquisas e ações de incidência perante o sistema de Justiça, órgãos legislativos e governo. A partir de uma Política de Financiamento Ético e Transparência, a associação desenvolve projetos estratégicos de pesquisa em proteção de dados pessoais, mobilizando conhecimentos que podem ajudar reguladores, juízes e profissionais do direito a lidar com questões complexas que exigem conhecimento profundo sobre como tecnologias e sistemas sócio-técnicos afetam os direitos fundamentais. A Associação possui financiamento de filantropias internacionais como Ford Foundation, Open Society Foundations e AccessNow. Para mais informações, visite www.dataprivacybr.org.

DIRETORES

Bruno Bioni e Rafael Zanatta

COORDENADORA GERAL DE PROJETOS

Mariana Rielli

COORDENADORES

Bruna Martins dos Santos, Daniela Dora Eilberg e João Paulo Vicente

PESQUISADORES

Aline Hercocivi, Brenda Cunha, Gabriela Vergili, Helena Secaf, Izabel Nuñez, Jaqueline Pigatto, Júlia Mendonça, Marina Kitayama, Pedro Saliba e Thaís Aguiar

ADMINISTRATIVO E COMUNICAÇÃO

Ana Justi, Fabrício Sanchez, Gustavo Reis, Rafael Guimarães, Roberto Júnior e Victor Scarlato

LICENÇA

Creative Commons

É livre a utilização, circulação, ampliação e produção de documentos derivados desde que citada a fonte original e para finalidades não comerciais.

IMPrensa

Para esclarecimentos sobre o documento e entrevistas, entrar em contato com a Associação pelo e-mail imprensa@dataprivacybr.org

APOIO

Open Society Foundations

COMO CITAR ESSE DOCUMENTO

MOTTA, Lucas Griebeler da. Análise Multijurisdicional de Aquisições Centradas em Dados: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021.

SUMÁRIO

PREFÁCIO	02
1. APRESENTAÇÃO DO PROJETO	06
2. ESCOPO E METODOLOGIA DO PROJETO	08
3. PREMISSAS FÁTICAS DA PESQUISA	13
<i>Dez mitos que devem ser desconstruídos</i>	13
<i>Por que algumas empresas são mais ativas em aquisições centradas em dados?</i>	15
<i>Antitruste e mercados de preço zero que produzem receitas bilionárias</i>	27
4. DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO ATUAL DO BRASIL	33
<i>Critérios defasados de notificação de atos de concentração</i>	33
<i>Regras processuais e procedimentais que comportam melhorias</i>	44
5. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL	52
<i>Panorama comparativo de critérios de notificação</i>	52
<i>Análise crítica de casos</i>	56
<i>Facebook/Instagram (2012)</i>	56
<i>Google/Waze (2013)</i>	65
<i>Facebook/Whatsapp (2014)</i>	70
<i>Apple/Shazam (2018)</i>	78
<i>Google/Fitbit (2020-2021)</i>	84
<i>Desafios identificados</i>	100
6. SUGESTÕES DE POTENCIAIS MELHORIAS	105
7. CONCLUSÃO	108

ANÁLISE MULTIJURISDICIONAL DE AQUISIÇÕES CENTRADAS EM DADOS: DIAGNÓSTICO ATUAL E PROPOSTAS DE POLÍTICA PÚBLICA PARA O BRASIL

Lucas Griebeler da Motta ¹

1. APRESENTAÇÃO DO PROJETO

O presente estudo foi elaborado a pedido da [Associação de Pesquisa Data Privacy Brasil](#) (“[DPB](#)”). Houve financiamento do projeto pela [Open Society Foundations](#) (“[OSF](#)”), uma entidade do terceiro setor que fornece suporte financeiro a várias instituições independentes ao redor do mundo para realização de pesquisas de impacto social. A OSF possui diferentes eixos temáticos e um deles é voltado para [proteção de informações e direitos de privacidade de indivíduos e empresas na era digital](#).

Apesar do financiamento da OSF e da parceria com a DPB, não houve qualquer influência por parte dessas instituições com relação às conclusões e/ou opiniões apresentadas neste trabalho. As questões concorrenciais e regulatórias trazidas neste relatório de pesquisa são resultado da análise e da reflexão independente do autor sobre os artigos acadêmicos, casos e relatórios utilizados para preparação deste trabalho. Houve apenas alinhamento com a DPB no que tange ao escopo e à metodologia da pesquisa; os resultados da pesquisa foram discutidos com [Instituto de Defesa do Consumidor](#) (“[Idec](#)”), o qual não exerceu ingerência sobre os temas aqui tratados.

¹ Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (“[PUCRS](#)”). Master of Laws Candidate da Universidade de Chicago (Class 2020-2021). Durante seu período como associado a escritórios de advocacia no Brasil, representou empresas de tecnologia, incluindo algumas das mencionadas neste trabalho, no âmbito de consultorias concorrenciais e regulatórias. Entretanto, o autor nunca representou tais empresas no âmbito de atos de concentração no Brasil e, desde 2017, não mais teve interações profissionais com elas. Apesar de ter representado outras empresas de tecnologia até julho de 2020, o autor não recebeu suporte financeiro de quaisquer empresas com interesse no assunto abordado neste trabalho. As opiniões apresentadas neste trabalho decorrem de pesquisa acadêmica independente do autor e, em nenhuma hipótese, representam o entendimento de clientes passados ou de escritórios de advocacia dos quais o autor tenha feito ou venha a fazer parte. O autor agradece aos comentários feitos por Bruno Bioni, Bruno Braz, Bruno Renzetti, Camila Leite, Diogo Moyses, Mariana Rielli, Michel Souza e Rafael Zanatta no âmbito de seminário realizado em 26 de fevereiro de 2021 pela Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa.

Os principais objetivos desta pesquisa são: (i) contextualizar discussões recentes suscitadas pela academia, por autoridades concorrenciais estrangeiras e entidades do terceiro setor sobre temas concorrenciais relevantes relacionadas a atos de concentração para aumento de capacidade para coleta de dados (aquisições centradas em dados; *data-driven mergers*); (ii) demonstrar que os atuais critérios de notificação previstos na Lei nº 12.529/2011 são insuficientes para captura de operações potencialmente sensíveis nos mercados de tecnologia; (iii) evidenciar que, como resultado da deficiência indicada no item anterior, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) deixou de analisar operações societárias importantes que foram objeto de escrutínio no exterior; (iv) constatar que, mesmo se o CADE tivesse analisado os atos de concentração examinados neste relatório, tal análise tenderia a ser incompleta e superficial; e (v) propor, à luz dos materiais estudados e dos resultados empíricos desta pesquisa, algumas melhorias institucionais e legislativas para correção de gargalos institucionais no Brasil.

Para tal, este relatório está estruturado da seguinte maneira: (i) a primeira seção é esta apresentação; (ii) a segunda seção descreve o escopo e a metodologia deste projeto; (iii) a terceira seção estabelece as premissas sobre as quais esta pesquisa será realizada; (iv) a quarta seção aborda o regime de notificação de atos de concentração no Brasil e as lacunas para capturar aquisições centradas em dados; (v) a quinta seção examina criticamente cinco operações que foram objeto de investigação por autoridades antitruste estrangeiras (Facebook/Instagram, Google/Waze, Facebook/WhatsApp, Apple/Shazam e Google/Fitbit) e identifica deficiências no processo de análise desses casos; (vi) a sexta seção propõe mecanismos para correção das lacunas encontradas e propostas de advocacia da concorrência; e (vii) a sétima seção conclui o trabalho.

Não é objetivo desta pesquisa advogar a favor ou contra atos de concentração específicos ou interesses qualquer empresa de tecnologia. Elas possuem o mérito de terem investido capital e esforço humano para o desenvolvimento de produtos e serviços outrora inexistentes que são úteis a empresas, governos e indivíduos. Como tal, elas devem ser remuneradas de maneira apropriada para sejam preservados incentivos à inovação. Aquisições centradas em dados, por si sós, não necessariamente suscitam preocupações concorrenciais e de proteção de dados; em alguns casos, elas podem ser muito benéficas a consumidores, ao mercado e à sociedade como um todo.

Esta pesquisa foi realizada por consultor independente que não manteve, à época da redação do trabalho, quaisquer vínculos contratuais, societários e/ou trabalhistas com empresas de tecnologia e/ou escritórios de advocacia que porventura tenham interesse direto nos casos aqui tratados. Vale mencionar que cabe à autoridade concursal, à luz de cada caso concreto e considerando igualmente os argumentos de todas as partes do processo, concluir pela existência ou não de efeitos anticompetitivos oriundos de determinados atos de concentração.

2. ESCOPO E METODOLOGIA DO PROJETO

O escopo deste trabalho está limitado a aquisições centradas em dados no mercado de tecnologia². As operações aqui analisadas podem ter auxiliado as adquirentes a disporem de mais dados pessoais para o desenvolvimento de produtos e serviços voltados para o mercado de publicidade online direcionada, mas há casos em que tais dados podem ser utilizados para outras finalidades, como entrada em outros mercados e aprimoramento de aplicativos existentes. Esta pesquisa não abrangerá investigações no Brasil e no exterior sobre potenciais casos de abuso de posição dominante e violações a regras de proteção de dados pessoais.

Todos os materiais utilizados neste estudo são de natureza pública. Tendo em vista que, em especial nos Estados Unidos, documentos relevantes produzidos no âmbito de procedimentos de análise de atos de concentração não são disponibilizados ao público, a análise de determinados casos abordados neste trabalho será limitada. Assim, não constarão deste trabalho discussões importantes tratadas confidencialmente pelas autoridades concorrenciais e pelas partes do ato de concentração.

A presente pesquisa não é um compilado com revisão de relatórios internacionais. Caso seja de interesse ter acesso a um documento dessa natureza, em agosto de 2020 o CADE disponibilizou estudo intitulado [Concorrência em Mercados Digitais: uma Revisão de Relatórios Especializados](#). A versão completa desse documento também foi disponibilizada [em inglês](#) e um sumário com suas principais conclusões foi recentemente publicado pelo [ProMarket](#), o blog do Centro George Joseph Stigler de Estudos de Economia e Estado, vinculado à Universidade de Chicago. Da mesma forma, esta pesquisa não busca esgotar os temas aqui discutidos nem abordar detalhadamente a produção acadêmica recente sobre antitruste e tecnologia.

É difícil classificar de maneira certa e objetiva se uma operação é uma aquisição centrada em dados ou não, afinal qualquer negócio societário pode ter inúmeros motivos que não são de conhecimento do autor e de autoridades concorrenciais. Feita essa ressalva, para fins deste trabalho, podem ser consideradas aquisições centradas em dados as operações que: (i) facilitam a coleta de dados pessoais que não estavam imediatamente disponíveis ao adquirente antes da operação; (ii) incrementam portfólios de dados pessoais em decorrência da comple-

² Apesar de existirem aquisições com mesmo objetivo no setor farmacêutico para obtenção de informações sobre testes clínicos no âmbito de desenvolvimento de medicamentos e tratamentos, operações dessa natureza não serão analisadas.

mentaridade das informações detidas pelo adquirente e pela target; (iii) monetizam as principais atividades econômicas do adquirente; ou (iv) permitem a entrada ou a consolidação do adquirente em mercados adjacentes. Não obstante a tentativa de delimitação aqui apresentada, o autor reconhece que tal proposta não é perfeita.

Dada a extensão cronológica definida para este trabalho, apenas serão analisadas operações realizadas nos últimos dez anos. Como tal, a aquisição do DoubleClick, Inc. ("DoubleClick") pelo Google, Inc. ("Google")³ em 2007, que representa o marco inicial do estudo de aquisições centradas em dados, não será abordada⁴. Trata-se de caso complexo que, se fosse aqui tratado, ampliaria

³ A expressão Google abrangerá a Alphabet, Inc. ("Alphabet"), entidade sucessora do Google e sociedade-mãe das entidades do grupo econômico Alphabet/Google.

⁴ O [voto dissidente](#) proferido por Pamela Jones Harbour em 2007 antecipou uma série de preocupações concorrenciais e de privacidade envolvendo aquisições centradas em dados em uma época em que ainda não se falava sobre o assunto. Os trechos a seguir sintetizam os principais tópicos discutidos na aquisição do DoubleClick pelo Google: "I dissent because I make alternate predictions about where this market is heading, and the transformative role the combined Google/DoubleClick will play if the proposed acquisition is consummated. If the Commission closes its investigation at this time, without imposing any conditions on the merger, neither the competition nor the privacy interests of consumers will have been adequately addressed. [...] These existing horizontal overlaps are troubling enough, and might have provided a predicate for the Commission to impose conditions on the merger. But even more troubling is that the combination of Google and DoubleClick likely will affect the evolution of the entire online advertising market – especially in light of existing network effects, and the tremendous additional network effects the transaction will generate. The majority's analysis skims too quickly over these points. Network effects deserve greater attention. In many ways, the acquisition of DoubleClick by Google is a case of first impression for the Commission. The transaction will combine not only the two firms' products and services, but also their vast troves of data about consumer behavior on the Internet. Thus, the transaction reflects an interplay between traditional competition and consumer protection issues. The Commission is uniquely situated to evaluate the implications of this kind of data merger, from a competition as well as a consumer protection perspective. The Commission should maximize its opportunity to do so, especially where the merged firm will be capable of dominating the "Database of Intentions. [...] The online advertising market already is characterized by several different types of network effects. By purchasing DoubleClick, Google will acquire data that will contribute to, and exacerbate, network effects. As a result, the Google/DoubleClick combination is likely to 'tip' both the search and display markets in Google's favor, and make it more difficult for any other company to challenge the combined firm. [...] On the search side, Google is able to charge a premium for search advertising because Google has the highest volume of searches. More searches translate to more incoming data, which enables Google to enhance the quality of the underlying algorithms used to process searches and match them to relevant advertisements. Google's search methodology and advertisement targeting become even better as consumers use Google's search engine more. Improved searches drive still more traffic to the site, which further increases the value of search advertising on Google. On the display advertising side, DoubleClick has amassed its own storehouse of information about how consumers behave on the Internet, which enables DoubleClick and its customers to make better predictions about where to place advertisements. DoubleClick's customer base comprises publishers, advertisers, and intermediaries who create value for, and extract value from, the DoubleClick tools by engaging in activities that generate data about consumers' preferences and Internet behavior. [...] Post-merger, the combined Google/DoubleClick will become a 'super-intermediator' with access to unparalleled data sources. In this role, Google/DoubleClick may be able to match up buyers and sellers in ways that more fully maximize the value of all advertising space. As the merged firm's dataset grows, data-driven algorithms may perform at least as well as direct sales – if not better – in choosing which advertisements to display to generate the greatest return on investment. If this were to occur, the value of intermediated 'remnant' space might approach (or surpass) the value of directly-sold 'premium' advertisements, in terms of the ability to place the right message in front of the right Internet users at the right moment. [...] Throughout the Commission's antitrust investigation of this transaction, I was concerned that the data issues would be relegated to the consumer protection side of the agency, and would not receive adequate attention by antitrust staff. I remain concerned that the Commission's antitrust investigation relied on the parties' representations about what they intend to do with their combined data troves, even though their choices about data integration are as relevant to the antitrust analysis as they are to the consumer protection review. After all, why would Google pay billions of dollars for DoubleClick, in an effort to keep DoubleClick out of the hands of competitors, if Google does not intend to combine the two firms' valuable datasets? [...] Traditional competition analysis of Google's acquisition of DoubleClick fails to capture the interests of all the relevant parties. Google and DoubleClick's customers are web-based publishers and advertisers who will profit from better-targeted adver-

demasiadamente o escopo do trabalho⁵. Essa delimitação cronológica não exclui as principais aquisições centradas em dados do Facebook, Inc. (“Facebook”), pois elas aconteceram dentro do período selecionado para a pesquisa. Com relação à Apple, Inc. (“Apple”), foi identificada apenas uma operação que potencialmente poderia ser considerada uma aquisição centrada em dados, a qual ocorreu em 2018, isto é, dentro do período abrangido pela pesquisa.

Realizado esse corte temporal, um dos principais critérios para a escolha das operações aqui abordadas foi a disponibilidade de informações públicas sobre cada caso, em especial decisões administrativas proferidas por autoridades concorrenciais estrangeiras. Feito isso, foi aplicado um filtro de relevância da operação e complementaridade dos dados a serem acessados pelo adquirente após a operação. Com base nisso, foram selecionadas as seguintes operações: (i) Facebook/Instagram (comportamento em rede social de fotografias); (ii) Google/Waze (navegação terrestre por satélite); (iii) Facebook/WhatsApp (mensagens eletrônicas de celular); (iv) Apple/Shazam (reconhecimento de gostos musicais); e (v) Google/Fitbit (monitoramento de atividades físicas e hábitos de saúde)⁶.

Serão analisadas decisões e pronunciamentos oficiais da Australian Competition & Consumer Commission (“ACCC”), da Competition and Markets Authority (“CMA”) ⁷ e da Comissão

tising. From the perspective of these customers, the more data the combined firm is able to gather and mine, the better (assuming, as the majority presumably does, that the financial benefits of highly-targeted advertising outweigh any harm caused by reduced competition). But this analysis does not reflect the values of the consumers whose data will be gathered and analyzed. Under the majority's application of Section 7, there is no adequate proxy for the consumers whose privacy is at stake, because consumers have no business relationship with Google or DoubleClick. [...] But privacy principles should protect the majority of consumers who do care about their privacy, and who would prefer greater transparency about the use of their personal information. It would be disingenuous to claim that consumer privacy is passively slipping away. Rather, it is actively reduced by the choices we make (or do not make) as a society, as we go about 'constructing the information economy through the law'. [...] I do not doubt that this merger has the potential to create some efficiencies, especially from the perspective of advertisers and publishers. But it has greater potential to harm competition, and it also threatens privacy. By closing its investigation without imposing any conditions or other safeguards, the Commission is asking consumers to bear too much of the risk of both types of harm”.

⁵ Por si só, esse caso rendeu um número considerável de artigos acadêmicos que podem ser consultados por aqueles que tiverem interesse. Sem prejuízo de outros, os principais são estes: (i) [Defining markets that involve multi-sided platform businesses: an empirical framework with an application to Google's purchase of DoubleClick](#), de David Evans e Michael Noel; (ii) [An antitrust analysis of Google's proposed acquisition of DoubleClick](#), de Robert Hahn e Hal Singer; (iii) [The Google-DoubleClick merger, the FTC, and the future of transactional privacy inquiries in the United States](#), de Christina T. Trotta; e (iv) [Stepping up to the plate: the Google-DoubleClick merger and the role of the FTC in protecting online data privacy](#), de Eli Edwards.

⁶ Em virtude da ausência de decisão administrativa sobre a [aquisição](#) do Nest Labs, Inc. (“Nest”) pelo Google, essa operação não é estudada neste relatório. Entretanto, ela é relevante do ponto de vista antitruste, Internet of Things (“IoT”) e proteção de dados pessoais. Como notado em [reportagem da Forbes](#): “there are concerns about the use of this technology. Opponents claim that installing such devices and collecting data will invade user privacy. Google could use this data to influence consumer behavior, market products and even dictate a user's lifestyle, thereby infringing on privacy. While it is too early to speculate on the kind of products Nest Labs might develop under Google's stewardship, we will continue to watch out for any new developments”. Sobre interfaces entre antitruste e dados pessoais de usuários de assistentes pessoais e outros dispositivos inteligentes: EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. [How digital assistants can harm our economy, privacy, and democracy](#).

⁷ Atual autoridade concorrenciais do Reino Unido, que sucedeu ao Office of Fair Trading (“OFT”)

Europeia. Embora não esteja disponível o inteiro teor de suas decisões, serão também analisados alguns pronunciamentos da Federal Trade Commission (“FTC”) sobre os casos selecionados. A delimitação dessas jurisdições foi resultado da seleção dos casos mencionados no parágrafo acima. De acordo com informações públicas, nenhuma das operações que serão objeto deste relatório foi analisada pelo CADE no âmbito de controle de concentrações, o que demonstra a existência de lacunas na legislação brasileira para captura de aquisições centradas em dados.

Quando da análise das decisões dos casos, estes são os principais aspectos a serem tratados: (i) atividades das partes e definições de mercado relevante; (ii) concentração econômica e rivalidade no setor impactado; (iii) potenciais preocupações antitruste e teorias de dano suscitadas pelas autoridades concorrenciais e terceiros interessados; (iv) argumentos das partes para aprovação da operação; (v) razões de decidir das autoridades concorrenciais; (vi) interveniência ou não de autoridades de proteção de dados e entidades do terceiro setor; (vii) efeitos pós-fechamento da operação, na hipótese de existirem informações públicas a respeito disso.

Este relatório conta com o benefício da retrospectiva e pode ter sofrido de hindsight bias⁸. As condições de mercado vigentes à época de cada ato de concentração não são mais as mesmas e, na data de confecção deste trabalho, é possível olhar para trás e compreender parte significativa dos efeitos oriundos da consumação dos atos de concentração aqui analisados, com exceção de Google/Fitbit, por se tratar do mais recente. Essa ressalva é importante porque as autoridades concorrenciais examinam operações societárias com dados limitados fornecidos pelas partes, refletindo os aspectos competitivos da época, e sem uma noção clara do que acontecerá em um cenário pós-aprovação antitruste.

Sob a perspectiva das autoridades concorrenciais, a análise de um ato de concentração é um exercício de futurologia sujeito a equívocos metodológicos e modificações substanciais das condições de mercado, em especial no que tange ao setor de tecnologia. Elas lidam com vários casos simultâneos e estão sujeitas a regras procedimentais que contêm prazos máximos para realização de certos atos. Elas também tomam decisões com base nas melhores informações disponíveis à época do processo – que podem ser, a depender do caso concreto, propositalmente restringidas

⁸ “Hindsight bias suggests that the sorts of decisions routinely made by the legal system, adjudicating likelihoods and foreseeability after a negative event has materialized, will often be biased toward excessively high estimates – and thus in favor of holding actors responsible – simply because the negative event materialized” (JOLLS, Christine. [Behavioral Law and Economics](#) in Yale Law School, Public Law Working Paper No. 130, Yale Law & Economics Research Paper No. 342, p. 27-28). Por um lado, hoje é muito mais fácil alegar que determinadas operações societárias eram problemáticas e não deveriam ter sido aprovadas incondicionalmente pelas autoridades concorrenciais: por exemplo, em 2012 e 2014, as aquisições do Instagram e do WhatsApp, pelo Facebook, pareciam muito menos sensíveis do que de fato o eram intrinsecamente; por outro lado, em 2020-2021, é possível observar a evolução ao longo dos anos de práticas comerciais potencialmente sensíveis do ponto de vista antitruste que devem ser levadas em conta quando da análise de atos de concentração.

pelas partes – levando em consideração os riscos de se incorrer em erros de tipo 1 e tipo 2⁹. Ao menos em sua maior parte, esta pesquisa não sofre com tais restrições.

⁹ “There is a concern that merger policy has put too much weight on the risk of incorrect intervention (type I error) compared to the risk of incorrect clearance (type II error) when assessing mergers in the digital sector, leading to increased concentration in digital markets” ([LEAR’s Report for the CMA on Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets](#), p. 10).

3. PREMISSAS FÁTICAS DA PESQUISA

3.1 Dez mitos que devem ser desconstruídos¹⁰

Antes de adentrar na parte substantiva deste trabalho, dez mitos precisam ser desconstruídos:

Mito 1. Os propósitos das leis antitruste e de proteção de dados são completamente diferentes: embora tenham sido inicialmente criados para atender a finalidades distintas, os regimes de defesa da concorrência e proteção de dados pessoais podem andar de mãos dadas em algumas situações. No âmbito de mercados digitais, o nível de privacidade oferecido aos usuários é uma dimensão não-preço de concorrência que deve ser considerada. Entidades com elevado poder de mercado e posições dominantes podem impor práticas de dados exploratórias aos usuários e exclusionárias a concorrentes.

Mito 2. As ferramentas utilizadas por autoridades concorrenciais atualmente resolvem todas as preocupações envolvendo Big Data: os principais métodos de análise econômica frequentemente são mais voltados para questões de preços e não comportam subjetividades relacionadas a direitos de privacidade dos usuários. É difícil quantificar os impactos ao mercado de uma potencial degradação de políticas de privacidade, em especial porque não é possível antecipar como e quando ocorrerão as mudanças das provisões, que são interpretadas de maneira subjetiva pelos usuários. Há também uma limitação na análise de possíveis efeitos anticompetitivos em mercados de dois lados, porquanto autoridades concorrenciais muitas vezes prestam atenção somente ao lado que envolve desembolso financeiro.

Mito 3. Forças de mercado por si só resolverão problemas de privacidade: políticas de privacidade são frequentemente impostas aos usuários, que são apenas cientificados das alterações e precisam concordar com as novas provisões, sob pena de não mais poderem usar a plataforma. Em um mercado competitivo, as empresas disputariam o gosto dos usuários oferecendo-lhes

¹⁰ Esta subseção é baseada na discussão dos “dez mitos” sobre antitruste e privacidade constantes do seguinte livro: STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Big Data and Competition Policy. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 1-11

opções que garantiriam maior poder de escolha sobre quem acessa e controla os dados pessoais dos usuários.

Mito 4. Mercados online baseados em dados não estão sujeitos a efeitos de rede nocivos: efeitos de rede podem gerar benefícios aos usuários, mas também podem ser fonte de preocupações concorrenciais. Em alguns casos, efeitos de rede permitem a consolidação e incontestabilidade de agentes dominantes, que coletam dados pessoais de diferentes tipos em larga escala e alta velocidade em um dado mercado para alavancagem de suas atividades em um outro mercado.

Mito 5. Mercados online baseados em dados possuem baixas barreiras à entrada: embora estejam sujeitos a inovações e novas formas de concorrência que podem rapidamente alterar a interação entre empresas e usuários, efeitos de rede podem reduzir as chances de uma entrada bem-sucedida nesses mercados. Como é relativamente comum que “o vencedor leva tudo” (*the winner takes all*), pode haver menos incentivos para que investimentos sejam realizados em mercados em que, por exemplo, Facebook e Google são dificilmente contestáveis.

Mito 6. Dados pessoais possuem pouca importância competitiva porque são facilmente disponíveis e representam baixos custos: dados pessoais dos usuários de uma plataforma são usualmente considerados informação proprietária da empresa que os coleta, processa e utiliza. Na maioria das vezes, esses dados não estão disponíveis a terceiros porque são considerados vantagens competitivas. Empresas investem quantias significativas para reforçar seu potencial de coleta de dados pessoais e geralmente não estão dispostas a compartilhá-los com concorrentes mesmo mediante pagamento.

Mito 7. Empresas dominantes não têm capacidade de restringir o acesso a informações relevantes por parte de concorrentes menores: a possibilidade de monitoramento constante do comportamento de usuários permite que empresas com bancos de dados robustos antecipem demandas e tendências, incluindo em seu radar de ameaças potenciais alternativas aos produtos e serviços por elas ofertados. Com o intuito de evitar o desenvolvimento de rivais menores, algumas plataformas dominantes podem adquiri-los ou recusar-lhes acesso a informações dos usuários.

Mito 8. Autoridades concorrenciais não precisam preocupar-se com mercados baseados em dados porque a concorrência sempre advém de lugares inusitados. Não existe monopólio inquestionável no longuíssimo prazo, mas a contestabilidade futura e potencial de posições dominantes não deve servir, por si só, para evitar intervenções antitruste necessárias para correção de distorções competitivas. A redução de direitos de escolha, níveis de autonomia, inovação e privacidade são aspectos que devem ser considerados por autoridades concorrenciais em atos de concentração e investigações de potenciais abusos de posição dominante.

Mito 9. Autoridades concorrenciais não precisam preocupar-se com mercados baseados em dados porque os usuários são beneficiados com serviços gratuitos. A ausência de contraprestação financeira direta pelos usuários não deve ser vista como um impeditivo à intervenção antitruste em alguns mercados. Usuários acrescentam utilidade e valor a plataformas digitais quando compartilham dados pessoais e interagem com elas, ações que servem de insumo para um mercado adjacente.

Mito 10. Usuários de produtos e serviços gratuitos não possuem uma expectativa razoável de privacidade: por serem quase que dependentes de algumas plataformas para a realização de atividades básicas, muitas vezes usuários aceitam políticas de privacidade que não necessariamente refletem suas expectativas de bem-estar e liberdade de escolha. Em um cenário em que existissem opções que eficazmente rivalizassem com plataformas dominantes, seria possível afirmar que só fornece dados pessoais quem quer. Essa, porém, não é a realidade.

3.2 Por que algumas empresas são mais ativas em aquisições centradas de dados?

Sem detrimento de provavelmente outras, Facebook e Google são empresas de tecnologia cuja maior parte das receitas não decorre do licenciamento de hardware e software, mas sim de serviços de publicidade online que permitem o direcionamento de anúncios customizados aos usuários. Esse modelo de negócios é viável porque tais empresas coletam e possuem acesso a um volume massivo de informações agregadas e granulares de quem utiliza internet.

Facebook e Google usam dados pessoais como matéria-prima para alimentar, desenvolver e melhorar seus respectivos algoritmos de modo a entregar o anúncio certo, na hora certa, para o usuário certo; e assim auferir margens mais atrativas nos seus negócios de intermediação e

publicação de anúncios. Isso não é um problema em si mesmo, mas explica por que Facebook e Google, a princípio, têm maiores incentivos para realização de aquisições centradas em dados do que outras empresas.

Figura 1 - Interações no mercado de publicidade online.

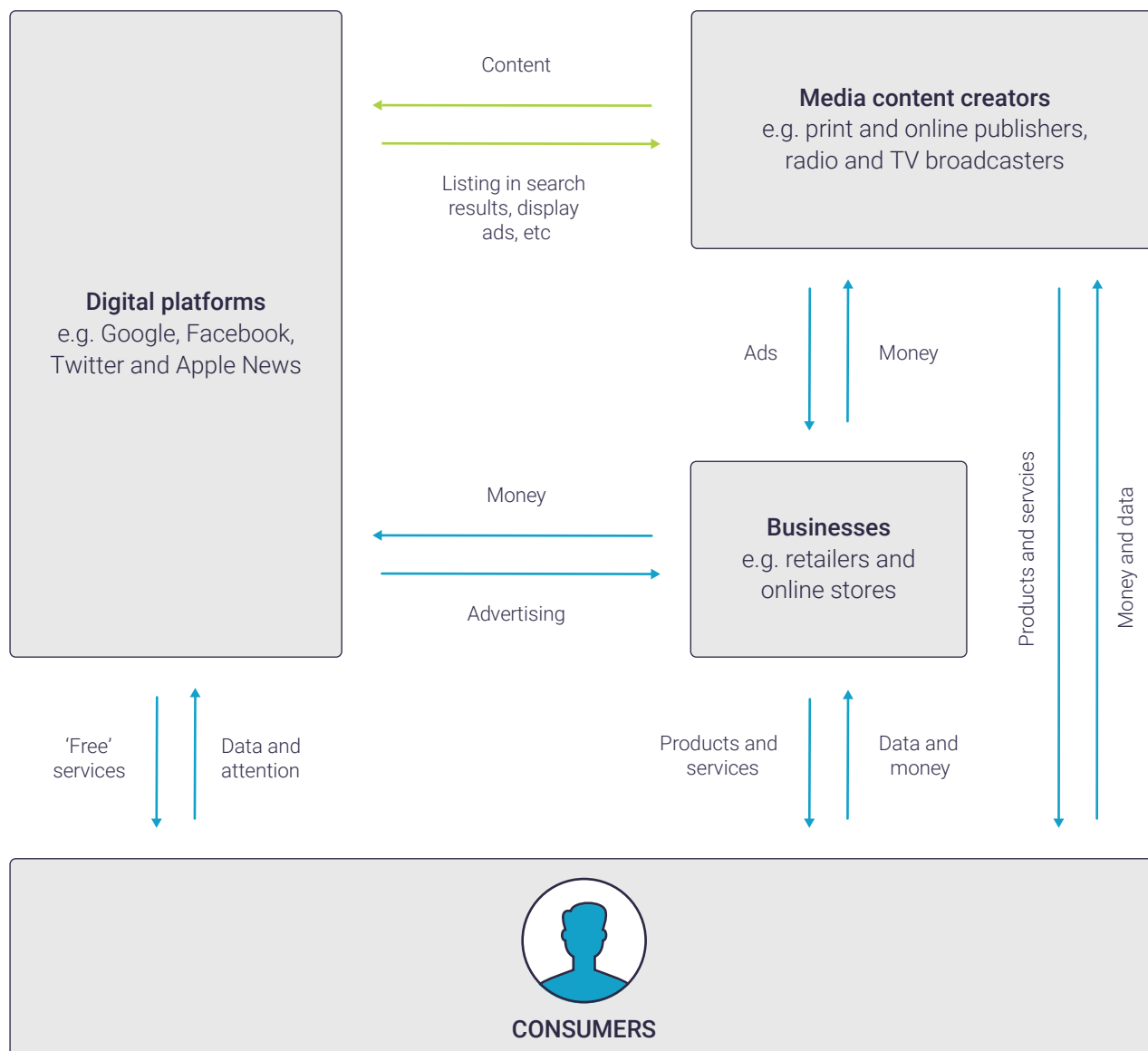
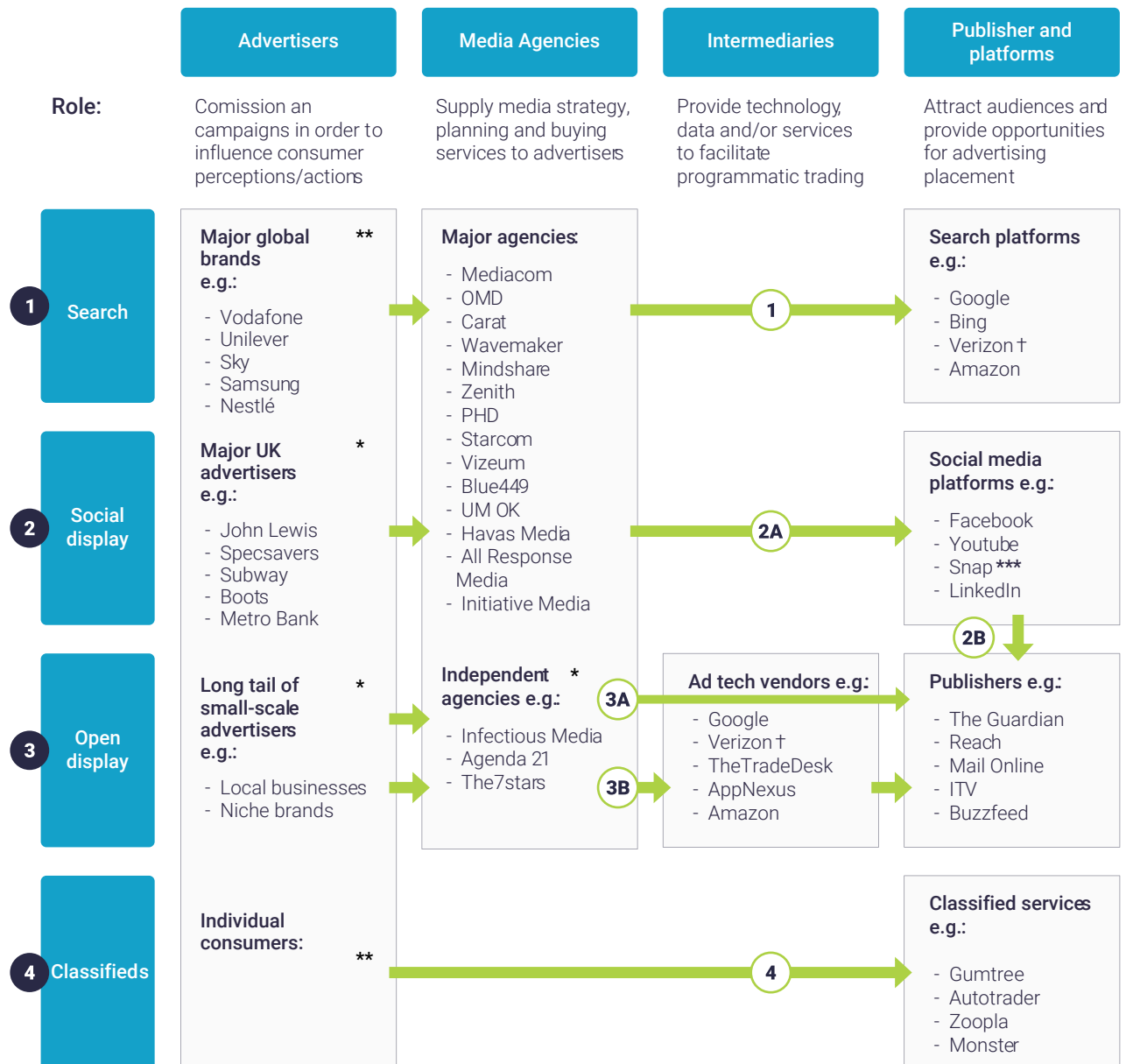


Figura 2 - Cadeia produtiva do mercado de publicidade direcionada



➔ = buying of advertising and flow of funds

* = Advertisers and agencies large and small buy across search, social and display

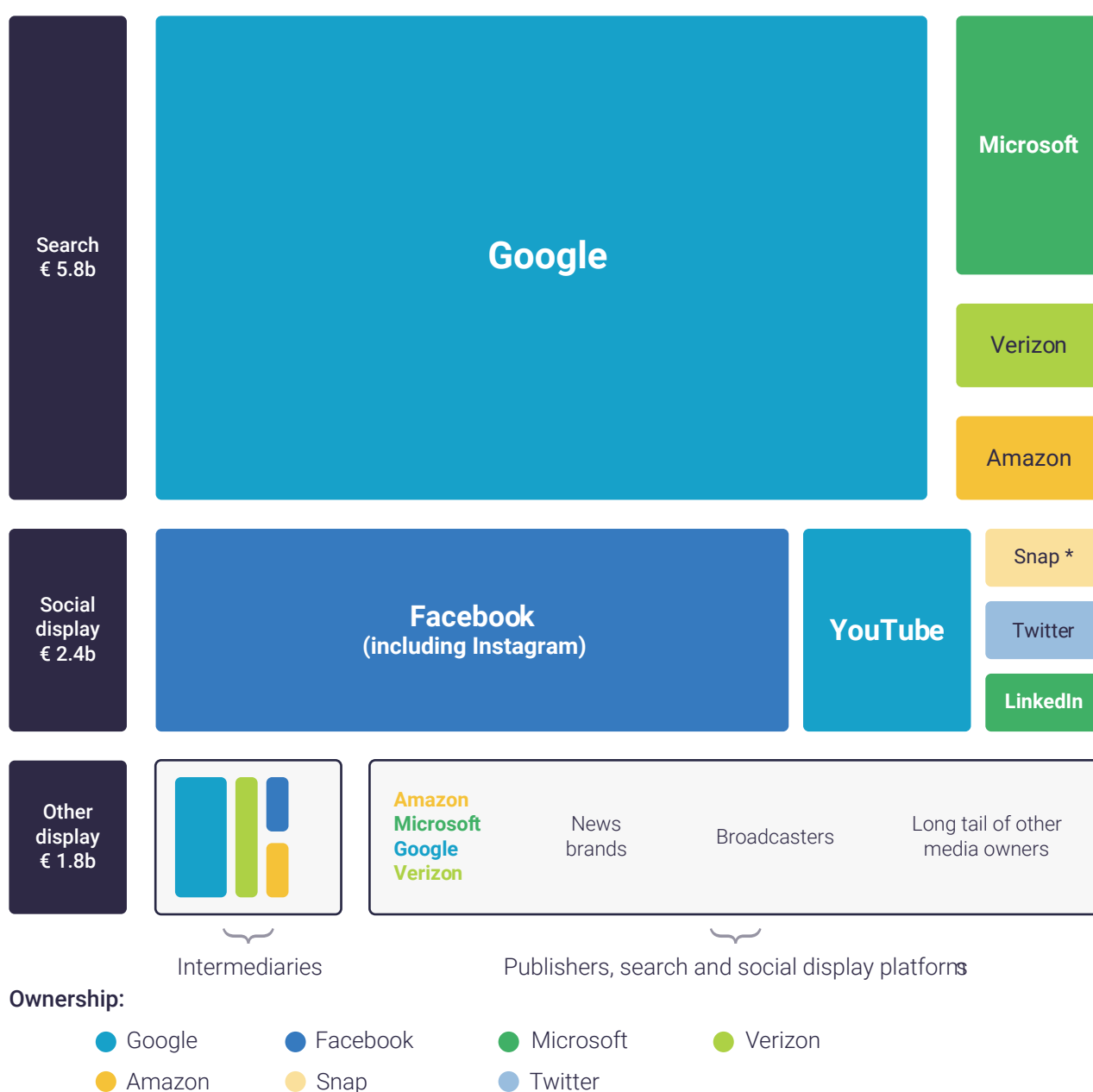
** = Some advertisers, as well as consumers, buy classifieds

*** = Snap is generally included in the social display category, although it describes itself as a camera and communications company

† = Verizon Media Group (formerly Oath)

Embora Facebook e Google atuem no mercado de publicidade online, as empresas atuam em segmentos distintos. As atividades do Facebook são mais voltadas para intermediação de anúncios visuais (fotografias, postagens patrocinadas e vídeos) no âmbito das suas redes sociais, ao passo que as atividades do Google têm escopo mais amplo, sendo a intermediação e exibição de anúncios em sites próprios (em especial no seu motor de buscas) e de terceiros (Google Ads e demais empresas do grupo) um dos segmentos mais importantes da empresa. Logo, Facebook e Google oferecem produtos e serviços de publicidade online complementares, não necessariamente concorrentes.

Figura 3 - Diferentes segmentos do mercado de publicidade online



* Snap is generally included in the social display category, although it describes itself as a camera and communications company

[Artigo do ProMarket](#) explica algumas diferenças entre as atividades do Facebook e do Google; os valores em libras esterlinas indicados na primeira coluna à esquerda, em azul escuro, são estimativas de valores gastos por anunciantes do Reino Unido dentro de cada segmento de publicidade online. O objetivo da figura acima é apenas ilustrar a existência de diversos segmentos dentro do mercado de publicidade online e que Facebook e Google ofertam campanhas de marketing substancialmente diferentes.

O Facebook reportou em seu último [relatório anual](#) que substancialmente toda sua receita decorre da exibição e venda de anúncios. Esses anúncios são direcionados em contextos específicos para alcançar pessoas específicas que se enquadram dentro de uma série de fatores, como idade, comportamento, gênero sexual, interesses, localização e outros. Dados pessoais coletados pelo portfólio de produtos do Facebook são utilizados para entregar anúncios que aparecem no Facebook, no Instagram, Inc. (“[Instagram](#)”) e em aplicativos e websites de terceiros. As receitas de publicidade do Facebook dependem também de ferramentas de direcionamento e medição, que incorporam “data signals” dos aparelhos celulares dos usuários.

[Figura 4 - Receitas do Facebook por categoria \(2018-2020\)](#)

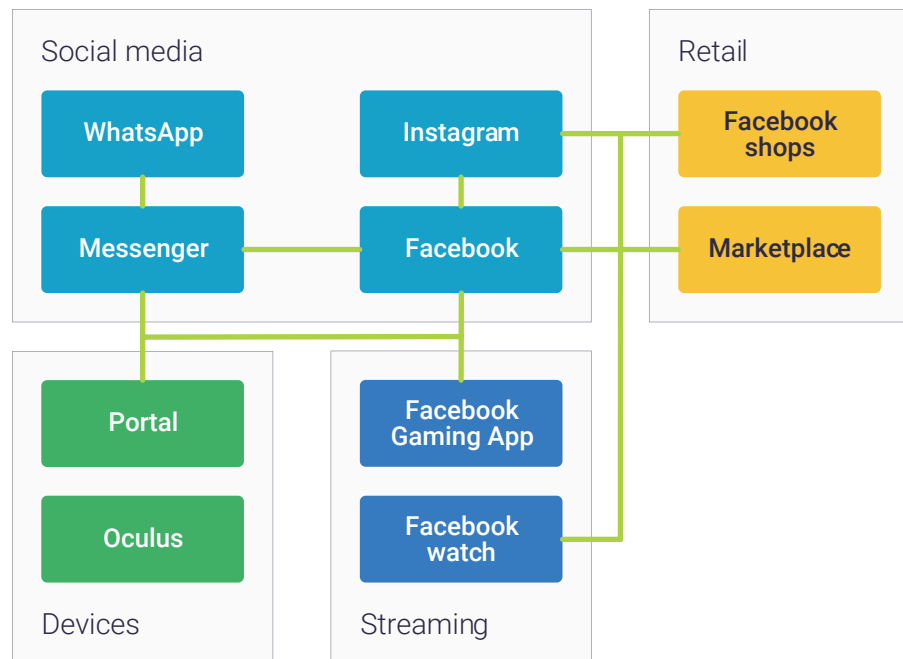
	Year ended December 31		
	2020	2019	2018
	(in millions)		
Advertising	84,169	69,655	55,013
Other revenue	1,796	1,042	825
Total revenue	\$ 85,965	\$ 70,697	\$ 55,838

Como dados pessoais são a principal matéria-prima para suas operações, o Facebook [reconhece](#) que desenvolvimentos legislativos e regulatórios na área de privacidade que podem reduzir a capacidade de monitoramento de dados dos usuários podem impactar negativamente as receitas da empresa¹¹. Particularmente, o Facebook afirmou que, em decorrência de leis e regulamentos

¹¹ “We rely on data signals from user activity on websites and services that we do not control in order to deliver relevant and effective ads to our users. Our advertising revenue is dependent on targeting and measurement tools that incorporate these signals, and any changes in our ability to use such signals will adversely affect our business. For example, legislative and regulatory developments, such as the GDPR, ePrivacy Directive, and CCPA, have impacted, and we expect will continue to impact, our ability to use such signals in our ad products. In particular, we have seen an increasing number of users opt out of certain types of ad targeting in Europe following adoption of the GDPR, and we have introduced product changes that limit data signal use for certain users in California following adoption of the CCPA. Regulatory guidance or decisions or new legislation may require us to make additional changes to our products in the future that further reduce our ability to use these signals. In addition, mobile operating system and browser providers, such as Apple and Google, have announced product changes as well as future plans to limit the ability of application developers to collect and use these signals to target

específicos, direitos de opt-out, que permitem aos usuários restringir a coleta de determinados dados pessoais para fins de publicidade direcionada, podem reduzir os ganhos financeiros do Facebook. O Facebook também fez referência a ações de terceiros que podem prejudicar a capacidade da empresa de gerar caixa, como as iniciativas recentemente [anunciadas pela Apple](#) de limitar a quantidade de dados pessoais que o Facebook e outros desenvolvedores de aplicativos poderiam extrair dos usuários de iPhone e do navegador Safari; o Facebook veementemente [opôs-se a tal medida](#).

[Figura 5 - Ecossistema de produtos e serviços Facebook](#)



O Google reportou em seu último [relatório anual](#) que, embora suas receitas não-decorrentes de publicidade estejam crescendo nos últimos anos, mais de 80% das receitas totais da empresa tiveram como origem os negócios de exibição e intermediação de anúncios online. As receitas de publicidade incluem anúncios exibidos e entregues via Android, Chrome, Gmail, Google Play, Maps, Search e YouTube; elas também incluem as receitas geradas pelos negócios envolvendo AdMob, AdSense e Google Manager, as plataformas detidas pelo Google para leilão instantâneo de anúncios.

and measure advertising. For example, in June 2020, Apple announced that it plans to make certain changes to its products and data use policies in connection with the release of its iOS 14 operating system that will reduce our and other iOS developers' ability to target and measure advertising, which we expect will in turn reduce the budgets marketers are willing to commit to us and other advertising platforms. In addition, we have implemented, and may continue to implement, product changes that give users the ability to limit our use of such data signals to improve ads and other experiences on our products and services, including our Off-Facebook Activity tool and our worldwide offering of certain product changes we implemented in connection with the GDPR. These developments have limited our ability to target and measure the effectiveness of ads on our platform, and negatively impacted our advertising revenue, and if we are unable to mitigate these developments as they take further effect in the future, our targeting and measurement capabilities will be materially and adversely affected, which would in turn significantly impact our future advertising revenue growth"

[Figura 6 - Receitas do Google por categoria \(2018-2020\)](#)

Revenue Recognition

The following table presents our revenues disaggregated by type (in millions)

	Year ended December 31		
	2018	2019	2020
Google Search and other	\$ 85,296	\$ 98,115	\$ 104,062
YouTube ads	11,155	15,149	19,772
Google Network Members' properties	20,010	21,547	23,090
Google Advertising	116,461	134,811	146,924
Google Other	14,063	17,014	21,711
Google Services total	130,524	151,825	168,635
Google Cloud	5,838	8,918	13,059
Other Bets	595	659	657
Hedging gains (losses)	(138)	455	176
Total revenue	\$ 136,819	\$ 161,857	\$ 182,527

Como dados pessoais são insumo essencial para o Google também, a empresa [reconhece](#) que seus negócios estão sujeitos a potenciais danos financeiros causados por regulações mais benéficas aos usuários em termos de proteção de dados pessoais e privacidade; afinal, quanto menos dados o Google puder coletar, menor tende a ser a capacidade do Google de ofertar publicidade direcionada¹². O Google também afirmou em seu [relatório anual](#) que a forma por meio da qual as pessoas enxergam as políticas do Google de coleta, divulgação, segurança e uso de dados pessoais podem prejudicar os resultados financeiros e a reputação da empresa.

¹² "We are subject to numerous U.S. and foreign laws and regulations covering a wide variety of subject matters. New laws and regulations (or new interpretations or applications of existing laws and regulations in a manner inconsistent with our practices) may make our products and services less useful, limit our ability to pursue certain business models or offer certain products and services, require us to incur substantial costs, expose us to civil or criminal liability, or cause us to change our business practices. These laws and regulations are evolving and involve matters central to our business, including, among others: new competition laws and related regulations around the world, that can limit certain business practices, and in some cases, create the risk of significant penalties; privacy laws, such as the California Consumer Privacy Act of 2018 that came into effect in January of 2020 and the California Privacy Rights Act which will go into effect in 2023, both of which give new data privacy rights to California residents, and SB-327 in California, which regulates the security of data in connection with internet connected devices; data protection laws passed by many states within the U.S. and by certain countries regarding notification to data subjects and/or regulators when there is a security breach of personal data; new laws further restricting the collection, processing and/or sharing of advertising-related data".

Figura 7 - Ecosistema de produtos e serviços Google

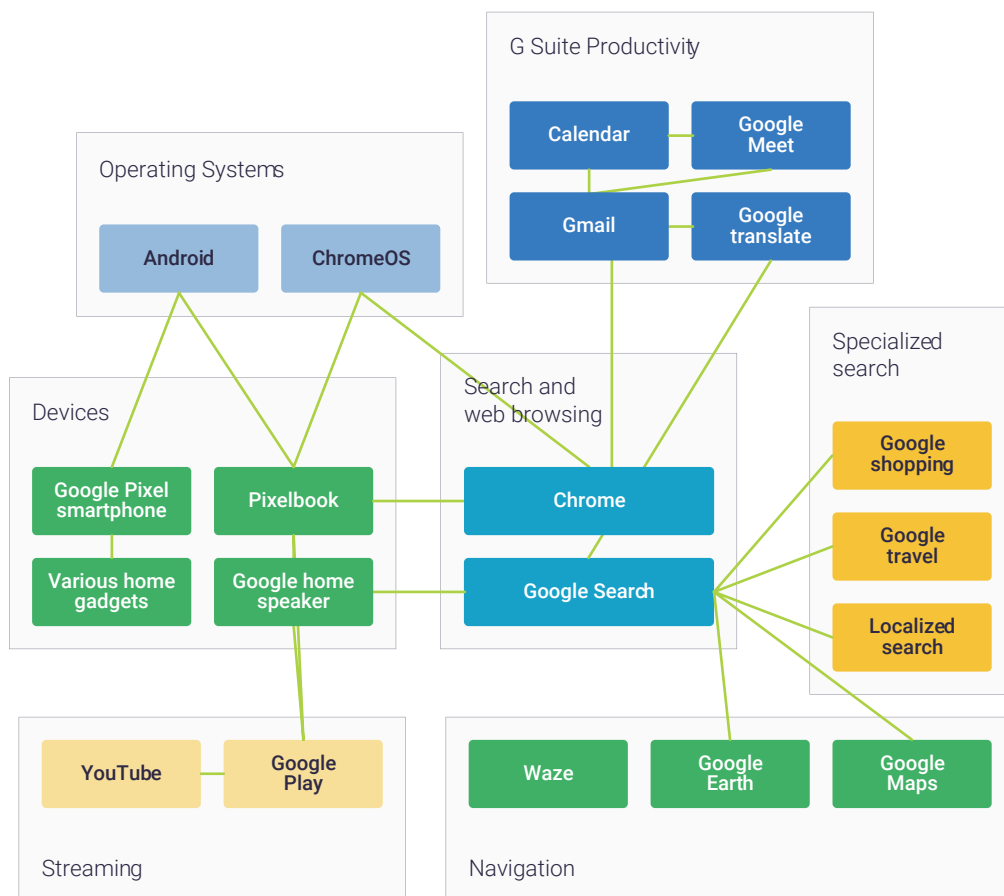
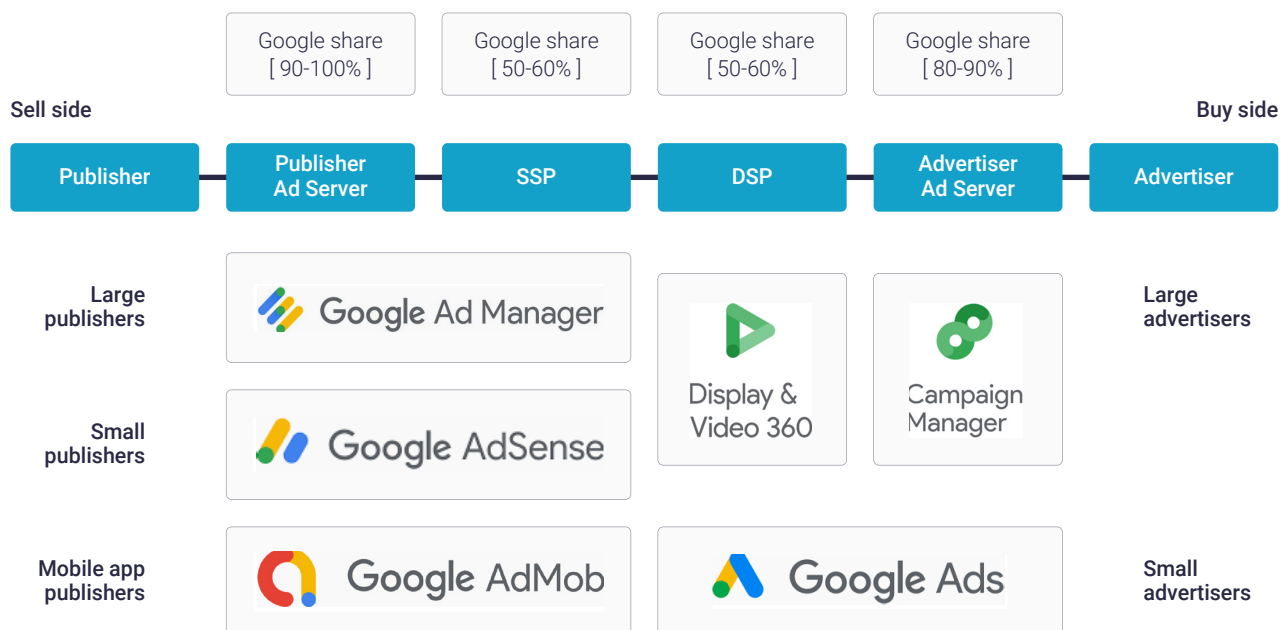


Figura 8 - Quadro sintetizando as atividades do Google no mercado de publicidade



Source: CMA

Note: We include Google AdX, Google Ad Sense and Google AdMob in our definition of SSPs and Google DV360 and Google Ads in our definition of DSPs. Share estimates at SSP and DSP levels have been computed based on data from the intermediaries we received information from.

E as demais empresas de tecnologia?

Ainda que Amazon.com, Inc. ("Amazon"), Apple e Microsoft Corporation ("Microsoft") também façam parte do grupo de empresas de tecnologia com os maiores números de capitalização de mercado, as atividades que mais geram receitas para tais empresas são materialmente distintas daquelas que mais geram receitas para Facebook e Google; é relativamente difícil comparar metodológica, qualitativa e quantitativamente as operações das Big Tech. Por essa razão, é importante compreender a origem das receitas dessas empresas.

O Amazon é um serviço de varejo online cuja maior parte das receitas decorre da venda de produtos próprios e de terceiros. Ainda que dados pessoais sejam importantes para o Amazon, a utilidade desses dados será refletida no seu volume de vendas, em especial de produtos private label. Como o Amazon não reporta seus ganhos com produtos private label de forma separada das suas vendas em geral, é difícil estimar o quanto uma aquisição centrada em dados potencialmente beneficiaria o Amazon. Tendo em vista que o Amazon consegue coletar informações úteis para os seus negócios observando os principais produtos vendidos e o volume de vendas de terceiros, é razoável pressupor que ele não possui tantos incentivos – ao menos não na mesma medida que Facebook e Google – para realizar aquisições centradas em dados. Potenciais questões concorrenciais referentes a acesso de dados de terceiros pelo Amazon são delineados em artigo [Amazon's Antitrust Paradox](#) de Lina Khan e em [recente investigação](#) aberta pela Comissão Europeia.

Conforme [relatório anual](#) do Amazon, a empresa possui cinco segmentos de atuação, a saber: (i) vendas de varejo, que abrangem lojas físicas e online; (ii) serviços de venda para terceiros, em que o Amazon não atua como fabricante ou vendedor direto dos produtos, mas apenas como um intermediário que oferece a plataforma Amazon e serviços de logística; (iii) serviços de assinatura, cujas receitas derivam dos serviços Amazon Prime, que incluem prioridade na entrega de produtos adquiridos via Amazon, além de streaming de música e vídeo, audiobooks, e-books e outros serviços; (iv) Amazon Web Services ("AWS"), que oferece serviços de banco de dados, infraestrutura e de nuvem; e (v) outros, que basicamente consistem na venda de anúncios publicitários.

[Figura 9 - Receitas líquidas do Amazon por categoria \(2018-2020\)](#)

Net sales by groups of similar products and services, which also have similar economic characteristics, is as follows (in millions)

	Year ended December 31		
	2018	2019	2020
Net Sales			
Online stores ⁽¹⁾	\$ 122,987	\$ 141,247	\$ 197,346
Physical stores ⁽²⁾	17,224	17,192	16,227
Third-party seller services ⁽³⁾	42,745	53,762	80,461
Subscription services ⁽⁴⁾	14,168	19,210	25,207
AWS	25,655	35,026	45,370
Other ⁽⁵⁾	10,108	14,085	21,453
Consolidated	\$ 232,887	\$ 280,522	\$ 386,064

- (1) Includes product sales and digital media content where we record revenue gross. We leverage our retail infrastructure to offer a wide selection of consumable and durable goods that include media products available in both a physical and digital format, such as books, videos, games, music and software. These products sales include digital products sold on a transactional basis. Digital product subscriptions that provide unlimited viewing or usage rights are included in "Subscription services".
- (2) Includes products sales where our customers physically select items in a store. Sales to customers who order goods online for delivery or pickup at our physical stores are included in "Online stores".
- (3) Includes commissions and any related fulfillment and shipping fees, and other third-party seller services.
- (4) Includes annual and monthly fees associated with Amazon Prime memberships, as well as digital video, audiobook, digital music, e-book, and other non-AWS subscription services.
- (5) Primarily includes sale of advertising services, as well as sales related to our other service offerings.

A Apple é uma empresa de tecnologia cujas receitas líquidas advêm em sua maioria da venda de hardware (iPhones, Macbooks, iPads, AirPods, Apple TVs, Apple Watches, Beats, HomePods, iPods, outros produtos que utilizam a marca da Apple e acessórios fabricados por terceiros). Esses produtos representaram mais de 80% do total das receitas líquidas da Apple em 2020. Os 20% remanescentes dizem respeito ao segmento de serviços, o qual compreende operações no mercado de publicidade, mensalidades/anuidades de AppleCare (serviços de suporte técnico), licenciamento de conteúdo digital e outros serviços não-individualizados.

As receitas da Apple com operações no mercado de publicidade não são reportadas separadamente, mas é possível estimar que elas não são substanciais em relação ao total de receitas

líquidas da Apple. Isso porque, dentro desses 20% remanescentes, estão inclusas as comissões que desenvolvedores pagam à Apple para distribuição de seus respectivos aplicativos na App Store, equivalentes a 30% sobre o valor de determinadas vendas. À luz das principais fontes de receita da Apple, é razoável presumir que recentes aquisições pela empresa tiveram o objetivo de desenvolver novos produtos e serviços que são voluntariamente procurados por consumidores (ao contrário de anúncios publicitários, que geralmente são um evento indesejado do ponto de vista dos usuários)¹³.

[Figura 10 - Receitas líquidas da Apple por categoria \(2018-2020\)](#)

Products and Services Performance

The following table shows net sales by category for 2020, 2019 and 2018 (dollars in millions)

	2020	Change	2019	Change	2018
Net sales by category					
iPhone ⁽¹⁾	\$ 137,781	(3) %	\$ 142,381	(14) %	\$ 164,888
iMac ⁽¹⁾	28,622	11 %	25,740	2 %	25,198
iPad ⁽¹⁾	23,724	11 %	21,280	16 %	18,380
Wearables and accessories ^{(1) (2)}	30,620	25 %	24,482	41 %	17,381
Services ⁽³⁾	53,768	16 %	46,291	16 %	39,748
Total net sales	\$ 274,515	6 %	\$ 260,174	(2) %	\$ 265,595

- (1) Products net sales include amortization of the deferred value of unspecified software upgrade rights, which are bundled in the sales price of the respective product.
- (2) Wearables, home and accessories net sales include sales of AirPods, Apple TV, Apple Watch, Beats products, HomePod, iPod touch and Apple-branded and third-party accessories.
- (3) Services net sales include sales from the Company's advertising, AppleCare, digital content and other services. Services net sales also include amortization of the deferred value of Maps, Siri and free iCloud storage and Apple TV+ services, which are bundled in the sales price of certain products.

A Microsoft informou em seu último [relatório anual](#) que ela desenvolve, fabrica, licencia e vende dispositivos eletrônicos (em especial laptops, tablets e videogames), software para uso corporativo e doméstico, soluções de bancos de dados, computação em nuvem, infraestrutura de TI, inteligência artificial, servidores, serviços de consultoria e suporte técnico avançado para a iniciativa privada e pública. A Microsoft também é proprietária da rede social profissional [LinkedIn](#).

¹³ Por exemplo, a aquisição do Shazam Entertainment Limited ("Shazam"), um aplicativo que identifica canções e grava as preferências musicais dos usuários, presumivelmente pode ter ajudado a Apple a aumentar as capacidades técnicas do Apple Music para oferecer data analytics mais completas a artistas e estúdios, além de possibilitar o direcionamento de músicas de um determinado gênero musical aos usuários do Apple Music, incrementando a concorrência no mercado de aplicativos de streaming musical em face de Amazon Music, Deezer, Spotify e YouTube Music.

Mais recentemente, em função da pandemia, os serviços da Microsoft voltados para conferências e trabalho em equipe tiveram um incremento significativo. A empresa também tem uma [parceria com a Verizon](#) para monetização de anúncios a serem exibidos pela AOL, pelo Bing e pelo Yahoo; essa intermediação acontece por meio da ferramenta Bing Ads, que gera parcela diminuta do faturamento da Microsoft.

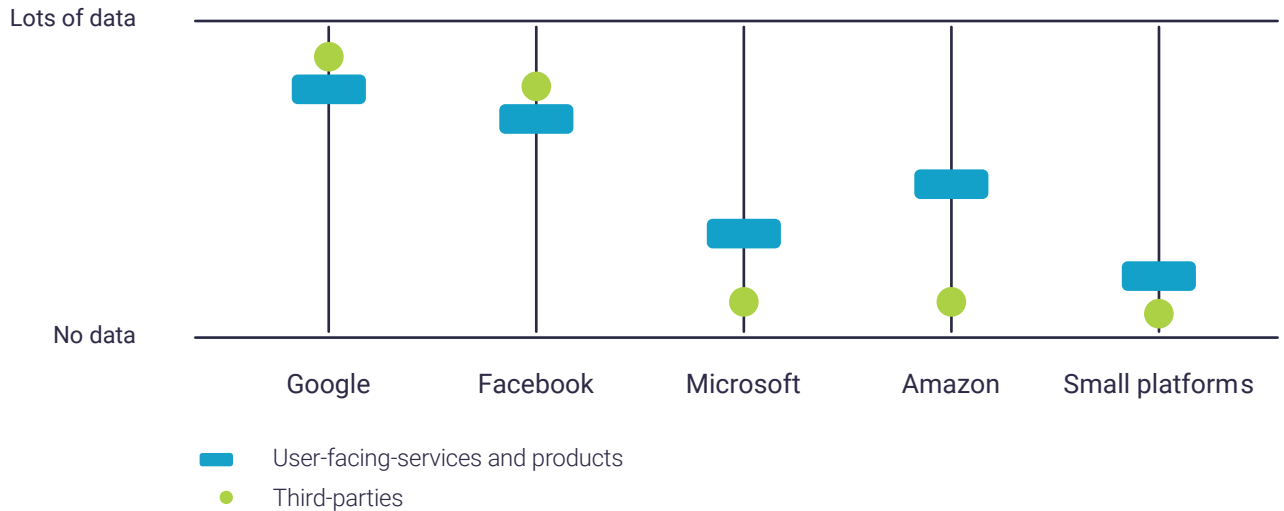
[Figura 11 - Faturamento da Microsoft por categoria \(2018-2020\)](#)

Revenue from external customers, classified by significant product and service offerings, was as follows:

Year ended June 30	2020	2019	2018
Server products and cloud services	\$ 41,379	\$ 32,622	\$ 26,129
Office products and cloud services	35,316	31,769	28,316
Windows	22,294	20,395	19,518
Gaming	11,575	11,386	10,353
LinkedIn	8,077	6,754	5,259
Search advertising	7,740	7,628	7,012
Devices	6,457	6,095	5,134
Enterprise Services	6,409	6,124	5,846
Other	3,768	3,070	2,793
Total	\$ 232,887	\$ 280,522	\$ 386,064

A figura abaixo ilustra uma escala de coleta de dados pelas principais plataformas.

[Figura 12 - Escala de coleta de dados pessoais pelas principais plataformas](#)



Amazon, Apple e Microsoft faturam mais com outros negócios que não publicidade.

3.3 Antitruste e mercados de preço zero que produzem receitas bilionárias

Como visto na subseção acima, anualmente bilhões de dólares são gerados por plataformas digitais que oferecem seus principais produtos e serviços gratuitamente ao usuários. Facebook e Google, por exemplo, possuem capitalização de mercado de USD 826 bilhões e USD 1,372 trilhão, respectivamente¹⁴; e geraram faturamento bruto, apenas no mercado de publicidade online em 2020, de USD 84,169 bilhões e USD 146,924 bilhões, também respectivamente.

É vantajoso poder contar com as soluções dessas empresas porque elas aumentam o bem-estar dos seus usuários, difundem informações em escala global e em tempo real, bem como servem de ferramenta para o desenvolvimento e a expansão de um número infindável de negócios próprios e de terceiros. Por serem gratuitas, tais soluções tornam-se ainda mais atrativas porque frequentemente os usuários não constatarem encargos financeiros imediatos como aqueles incorridos com a aquisição de uma licença ou o pagamento de uma mensalidade para ter acesso a funcionalidades desejadas. Essa característica cria incentivos para que: (i) mais usuários ingressem na plataforma; (ii) haja um aumento no volume de interações entre os usuários dessa plataforma; e

¹⁴ Segundo data de fechamento de pregão de 19 de março de 2021.

(iii) efeitos de rede sejam criados¹⁵¹⁶¹⁷.

Repetições desse ciclo retroalimentam a plataforma da seguinte maneira:

Figura 13 - Retroalimentação por feedback loops



Ao coletar as informações geradas nesse contexto, Facebook e Google auferem receitas em outros mercados, em especial de publicidade online. Esses dados alimentam sistemas complexos de intermediação de compra e venda de espaços publicitários, onde há leilões em milissegundos para exibição de anúncios aos usuários. A transação que acontece é o fornecimento de serviços em um mercado em troca de dados pessoais a serem utilizados em outros mercados. Ilustrativamente, perfis de Facebook e Instagram, criados gratuitamente pelos usuários, fornecem subsídios ao Facebook para direcionamento de campanhas de marketing promovidas por anunciantes dentro do ecossistema Facebook.

A figura abaixo indica as receitas médias por usuário geradas pelo Facebook:

¹⁵ "Network effects are the positive economic effects that result if a service network (e.g., telephone, cable television, computer operating systems) reaches a certain critical size" (BRODER, Douglas. *US Antitrust Law and Enforcement*. New York: Oxford University Press, 2016, p. 262).

¹⁶ "Digital platform markets may be characterized by the presence of user and monetization 'feedback loops'. User feedback loops arise as more users allow a platform to collect more user data which in turn allows the platform to provide better quality services, which in turn attract a larger number of users. This user feedback loop may also translate into a monetization feedback loop where the more data a platform can collect, the better it can target its ads and monetize its services. [...] Digital platforms may also be characterized by 'network effects' (also called network externalities or demand-side economies of scale), which arise when the value of the platform to each user grows with the number of other people using the platform. Such network effects are observable in social networks, such as Facebook, where the attractiveness of the platform grows with the number of users" (GERADIN, Damien. [What should EU competition policy do to address the concerns raised by the Digital Platforms' market power?](#) Submission to the DG Competition and to the United Kingdom Digital Competition Expert Panel on the effects of digital markets, 2018, p. 4).

¹⁷ Para discussões adicionais sobre o assunto: RENZETTI, Bruno Polonio; BUENO, Carolina Destailleur; PAIXÃO, Raíssa Leite de Freitas. [Mercados Digitais: Alguns Conceitos](#) in FGV Direito São Paulo: Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais, 2020, p. 21-39.

Figura 14 - Receita média do Facebook por usuário (2020)



Salvo melhor juízo, o Google não publica estimativas desse tipo.

Ocorre que a maior parte das ferramentas tradicionais de antitruste não são adequadas ou não estão preparadas para lidar com as peculiaridades dos mercados de preço zero aos usuários¹⁸. Autoridades concorrenciais deparam-se com casos controle de estruturas e investigações de potenciais condutas anticompetitivas nesses mercados e, muitas vezes, não sabem quais parâmetros devem ser utilizados para verificar se há ou não danos aos consumidores e ao processo competitivo como um todo.

Essa dificuldade decorre do fato de que o direito concorrencial leva muito em consideração

¹⁸ "Despite its ubiquity and vital importance to the broad economy, antitrust law has failed to develop an adequate response to zero-price markets. Zero-price products, i.e., products for which firms set the price to customers at \$0, have existed for decades. Alongside the advent of the Internet, however, they exploded in number, variety, and popularity. With a combined market capitalization that easily exceeds \$1 trillion, firms offering zero-price products account for a robust and growing portion of the national output. In light of the critical importance of zero-price markets to the overall economy, antitrust law's nearly complete lack of attention to their functioning and implications is indefensible. What little precedent and commentary does exist tends to conclude summarily that antitrust law does not apply to free products. Without prices, the argument runs, there can be no markets. And without markets, there is no need for antitrust scrutiny. [...] The market features described above tend to reduce the efficacy of competition. Most relevantly for present purposes, they generally limit customers' ability to act as a check on anticompetitive behavior. Some zero-price markets may demonstrate additional features beyond those discussed above that tend to reduce the efficacy of competition. As a general principle, competition in zero-price markets likely functions less efficiently than it does in the markets that were the subject of traditional antitrust analyses. The efficacy of competition in the marketplace has ramifications for error-cost analyses of antitrust: if markets are less likely to self-correct, the costs of false negatives increase. On the other hand, antitrust is institutionally ill-equipped to address many of these structural and behavioral deviations. Perfect competition, in any market, is an unreachable ideal; it may just be particularly so in zero-price markets" (NEWMAN, John M. [Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations](#) in University of Pennsylvania Law Review, Vol. 164, 2015, University of Memphis Legal Studies Research Paper No. 151, p. 1 e 41).

a dimensão de preços no processo de análise dos casos: calculam-se market shares com base em receitas, entendem-se potencialmente problemáticos os atos de concentração que criam incentivos para aumento de preços, entendem-se potencialmente benéficos os atos de concentração que reduzem custos de contratação, distribuição, logística e produção¹⁹⁻²⁰. Embora esses critérios permaneçam válidos, eles não necessariamente produzirão análises satisfatórias em mercados digitais e de preço zero²¹⁻²².

Quando autoridades concorrenciais tratam de inovação e qualidade de produtos e serviços afetados por um ato de concentração, elas deveriam considerar os impactos da operação em termos de níveis de privacidade e proteção de dados pessoais oferecidos aos usuários. Do ponto de vista dos usuários, quando esse aspecto é ignorado, alguns atos de concentração podem ser imediatamente seguidos por uma redução de direitos de privacidade dos usuários, que muitas vezes já desenvolveram uma relação de dependência com relação à plataforma; do ponto de vista dos concorrentes, torna-se virtualmente inviável competir com um agente dominante que oferece serviços gratuitos aos usuários em larga escala. Preços nulos em um mercado podem criar condições para fechamento de outro mercado; e elevados custos de troca tornam inviáveis investimentos em plataformas concorrentes²³. Prova disso é que mesmo oferecendo [pequenas recompensas](#) aos

¹⁹ [Guia do CADE para Análise de Atos de Concentração Horizontais](#), p. 29.

²⁰ "When mergers reduce the welfare of the zero-price side, it becomes more difficult for antitrust authorities to assess the negative impact, since the tools used by competition authorities have been developed to analyse the price effects. Therefore, competition agencies have substantial difficulties in analysing impact in other dimensions, such as the quality of the service provided. This characteristic heavily hinders assessment by competition authorities because the traditional instrumental analysis of mergers is based on the investigation of the effects on the price. For example, the hypothetical monopolist test is focused on substitution in response to a small but significant and non-transitory increase in price to define the relevant market" (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. [Digital Economy, Big Data and Competition Law](#). Market and Competition Law Review, Volume III, n. 1, 2019, p. 60-61).

²¹ Para dificuldades na definição de mercados relevantes e possíveis metodologias de análise de casos em mercados digitais: Organisation for Economic Cooperation and Development ("OECD"). [Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms](#).

²² "The fact that dominant firms may set some prices equal to zero makes it difficult to apply the traditional antitrust approach to platform markets. Two related issues have been particularly troublesome for competition authorities: the definition of the relevant market and the assessment of market power. Let consider as an example the broadcasting industry and traditional free-to-air operators. It was claimed that since viewers receive content for free, there is no commercial relationship of the TV operators with viewers, the basis to establish the existence of a market for viewers' attention. Hence, in a number of cases the relevant market for free-to-air operators was restricted to the sale of advertising space. Relatedly, there was no possibility to establish the exercise of market power of broadcasters on viewers, even in the case of a monopolist free-to-air TV. The literature on two-sided markets has clarified that the definition of the relevant market should include all services provided to the groups of agents on board, and the assessment of market power should be done looking at the overall price level that includes charges on all sides. In this perspective a monopolist platform will charge an overall positive mark up even when opting for a very unbalanced price structure where one of the sides is served below cost or even for free. A separate assessment by side, by missing the cross-side externalities that shape the specific charges, would erroneously interpret as absence of market power a case when one side is subsidized while market power is exerted through huge mark ups on the other side" (CALVANO, Emilio; POLO, Michele. [Market Power, Competition, and Innovation in Digital Markets: A Survey](#). Information Economics and Policy, 2019, p. 8).

²³ "Technology platforms present particular challenges for antitrust enforcement. Markets tip and resulting market power is durable, so even effective antitrust enforcement is unlikely to generate fragmented markets. Nonetheless, enforcement that protects competition on the merits in the first stage and prevents exclusionary conduct in the second stage will help ensure that market-partici-

usuários, o Bing, motor de buscas da Microsoft, simplesmente não decola.

Existem autores mais agressivos que sugerem que, nesse modelo de negócios, usuários remuneram Facebook e Google renunciando aos seus direitos de sua privacidade; há inclusive propostas de alternativas em que o usuário poderia pagar aos donos das plataformas para utilizá-las sem a necessidade de exibição de anúncios e sem ter seus dados pessoais coletados^{24 25}. À luz desses argumentos,

pants make unfettered choices among competing platforms and that entry and innovation are not inhibited by private rent-seeking. Additionally, these markets move very quickly in areas such as new product introduction, foreclosure, and tipping. Antitrust litigation does not move quickly. Effective antitrust enforcement should move as rapidly as is practicable. However, enforcers will be most effective when they choose enforcement priorities and remedies to generate optimal deterrence of anticompetitive conduct” ([Final Report on Digital Platforms of the Stigler Center for the Study of the Economy and State](#), p. 87).

²⁴ “How much a user’s personal information is worth to himself differs in general from how much it is worth to a platform such as Google or Facebook. To start, the user might not quite appreciate the harm to himself/herself from the loss of his privacy. This may be because the value of personal privacy may vary over time, and human beings typically have a hard time estimating future prices and values, as well as their own circumstances later in life. What may seem like a small loss today may turn out to be a significant loss in the future. But, once privacy is lost and personal information becomes the property of a digital platform, it is hard if not impossible for this information to become private again. [...] Digital platforms have imposed a requirement contract on users under which the platform automatically receives the user’s personal information when he/she uses the platform’s service (Internet search for Google, social network service for Facebook). The requirement contract imposes as a default ‘opt-in’ under which the personal information is automatically collected by the platform. Under the requirement contract, digital platforms collect the personal information without providing compensation to users beyond the in-kind compensation that a user receives from using the digital platform’s product for free. Thus, the personal information market collapses and all transactions occur at a single zero nominal price. This is a market failure, implemented in favorable terms to the dominant platform. [...] One option may be to mandate that the digital platform offer the same product by asking for a fee if data is not to be harvested and the users not being subject to targeted advertising. In cases in which the data of the specific user is quite valuable, it would be possible to require the digital platform to provide a positive payment to these users so that they can join the social network. Again, this will raise several issues. First, because of its dominant position Facebook may deny users ‘free’ access to its services if they opt to exercise their privacy rights, it may overcharge users or not pay them the competitive price to join the social network or to buy their data. As discussed earlier, social networks of the size of Facebook have network effects and benefit from feedback loops. Strong network effects result in high market share inequality among networks, much higher profitability for large size network, barriers to entry for new networks, as well as providing the ability of a larger network to subsidize some ‘influential’ users to subscribe. [...] This calls for antitrust enforcement, in particular conduct as well as structural remedies, privacy regulation, but also other regulatory tools that would aim to set up a market between users and the network, ensure the transparency in the collection of data (so that users know what is collected), ensure transparency in the use of data (so that users know how their data is used), and ensure user’s consent in data collection and specific use eventually with a possible compensation to the user for ‘selling’ his data to a company like Google or Facebook. [...] This default opt-out will create a market between the user and Facebook or Google, where the user sells his data to the digital platform. More concretely, with regard to Google, opt-out should be the default for browsers Android, and Google search. Users should have opt-out choice for other personal data, such as health data, even if this data was not acquired from the users. Users should also be able to easily set their browser to delete cookies and trackers at end of use/session and users should be able to avoid Chrome” (ECONOMIDES, Nicholas; and LIANOS, Ioannis. [Antitrust and Restrictions on Privacy in the Digital Economy](#) in Concurrences Review No. 2, 2020, p. 4, 6 e 15).

²⁵ “For instance, advertised-based platforms, such as Google and Facebook provide free search in exchange for acquisition of private user information. Not only do these companies benefit from market power, to the extent that they control the most popular search engine and social media platforms, but also their users are locked-in since they face costs of switching to rival products. Furthermore, there are considerable information asymmetries resulting out of the opaque and constantly changing data and privacy policies, as well as the fact that users are not aware of the extent of companies’ surveillance. In addition, these companies exploit consumers by offering a zero price in terms of monetary transaction for their product, although this zero price may be arbitrary and may underline the market failure in the acquisition of private user information. Present privacy regulations ignore this market failure as they are based on the rights of users but ignore that there is something fundamentally wrong with this market” (ECONOMIDES, Nicholas; LIANOS, Ioannis. [Restrictions on Privacy and Exploitation in the Digital Economy: A Competition Law Perspective](#). NET Institute Working Paper No. 19-15, NYU Stern School of Business, 2019, p. 13).

uma possível proxy para aferição dos benefícios ou malefícios de um ato de concentração seria o nível de privacidade a ser oferecido aos usuários em um cenário pós-operação²⁶⁻²⁷.

Por essas razões, aquisições de algumas empresas no mercado de tecnologia, particularmente aquelas ainda em fase de maturação, com receitas baixas ou nulas, devem ser analisadas detidamente. A ausência de receitas, por si só, não pode servir de subterfúgio para escapar dos sistemas de controle prévio de estruturas²⁸. Tais operações podem reforçar posições dominantes e reduzir as chances de sucesso de entrantes potenciais nos mercados diretamente afetados pela operação e, ainda mais importante, nos mercados adjacentes que sequer são analisados pelas autoridades concorrenciais.

²⁶ The insight that privacy constitutes a non-monetary price for data-driven services might enable competition authorities to deal with the challenges posed by market definition in online multi-sided markets with zero-priced products. These challenges are two-fold. On the one hand, in several cases competition authorities and courts failed to account for the interdependencies between the different market-sides of multisided platforms, focusing only on their paying, advertising side, while ignoring the free, user side. On the other hand, zero-pricing adds another element of methodological complexity to market definition in the online eco-system. The conventional method used, the Small but Significant and Non-Transitory Increase in Price (SSNIP) test, is not reliable for markets where goods are provided for free, and price is not the most important parameter of competition. A suggested solution to this complexity is to define markets accounting for the role of personal data on both market-sides of a multisided platform. To this end, privacy can be the proxy to substitute monetary prices as a tool for market definition. Data market could be defined by testing users' response to a Small, but Significant and Non-transitory Decrease in Privacy (SSNDP test). The SSNDP test is based on the idea that consumers barter the disclosure of personal data in exchange for free services, but unfortunately it is still not easy to make it operative" (RANCATI, Luca. [The Intersection between Anti-trust and Data Protection: Lessons from the Facebook/WhatsApp Merger and the Bundeskartellamt's Decision on Facebook's Terms and Conditions](#). Faculté des Sciences Économiques, Sociales, Politiques et de Communication, Université Catholique de Louvain, 2019, p. 52).

²⁷ "Zero-Price and Multi-Sided Markets: Many B2C markets in which some of the Big Tech companies participate do not involve a price-based metric of exchange. Rather, the metric centers on the provision of consumer information or attention, such as in social networking, or locational services. The nature of these zero-price markets means that antitrust analysis must focus on a non-price metric of exchange. Rather than paying a price for a service, users can be required to provide more (or different) consumer data, receive quality of service that is positively related to their provision of data, or be forced to interact with a platform in ways that impose additional costs on the user. Likewise, some Big Tech companies feature multi-sided markets, which bring together providers and users of a service or product on either side of an exchange. These concepts are not beyond the reach of the consumer welfare standard, which can accommodate a variety of market definitions and the effects of consolidation or conduct on price and non-price dimensions of competition" (MOSS, Diana L. [The Record of Weak U.S. Merger Enforcement in Big Tech](#). American Antitrust Institute, 2019, p. 8).

²⁸ "First, free service creates a heightened need for antitrust enforcement. Because entrants face additional challenges in entering markets with zero price, there is a particularly strong case to prevent dominant firms from erecting further barriers to entry or eliminating small rivals. [...] Policymakers should take seriously the non-price harms that consumers may suffer. We acknowledge that it is difficult to put a dollar value on harms such as privacy degradation, reduced rate of innovation, or threats to democracy. But the lack of explicit prices does not mean the harms are any less real. Nor is it any surprise that the harms are not measured in dollars. In a world of consumers receiving service at no charge, key problems will almost always arise in areas other than price. To fulfill their stated mission, competition regulators must consider these harms in earnest, not reject them out of hand. [...] Policymakers might be increasingly skeptical towards mergers and acquisitions – seeking more smaller firms, the better to facilitate entry. Indeed, an independent Waze would have been the most obvious competitor for Google Maps. An independent YouTube would have been a strong competitor for the time users spend at both Google and Facebook. An independent WhatsApp could have offered users at least an alternative to Facebook's messaging feature, if not more of Facebook, with much less privacy concern thanks to WhatsApp's (then) paid service with no advertising or tracking. Sometimes, as with Waze, the competition concern is apparent on the face of a proposed transaction. At least as often, the problem is less obvious at the outset. But when a firm's "free" service reinforces its dominance, and when such a firm seeks to acquire another, experience reveals heightened basis for concern. Policymakers should be correspondingly skeptical" (EDELMAN, Benjamin; and GERADIN, Damien. [An Introduction to the Competition Law and Economics of Free](#) in Antitrust Chronicle, Competition Policy International, p. 10-11).

4. DIAGNÓSTICO DA SITUAÇÃO ATUAL DO BRASIL

4.1 Critérios defasados de notificação de atos de concentração

Como será demonstrado ao longo deste trabalho, os filtros atuais, que adotam como fator preponderante o faturamento individual das partes, são insuficientes para captura de aquisições centradas em dados. Não é incomum que as targets no setor de tecnologia tenham faturamento inexpressivo ou até mesmo nulo, tanto no Brasil quanto no mundo. Elas frequentemente oferecem serviços a usuários a preço zero e, por essa razão, passam despercebidas por autoridades concorrenciais que não levam em consideração, por exemplo, o valor da operação.

O artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 dispõe sobre os critérios de notificação de atos de concentração no Brasil. Para avaliar se uma operação é de notificação obrigatória no país, o CADE realiza um teste contendo três variáveis: (i) faturamento bruto das partes, no Brasil, no ano anterior ao do ato de concentração; (ii) tipo de operação a ser realizada; e (iii) existência de efeitos potenciais ou reais no Brasil.

Faturamento bruto das partes no Brasil: o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 determina que são de notificação obrigatória as operações que envolvam, cumulativamente, dois grupos econômicos²⁹ que tenham registrado, no Brasil e no ano anterior ao da operação, faturamento bruto anual ou volume de negócios total equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 e R\$ 75.000.000,00. Os valores originalmente previstos na Lei nº 12.529/2011 foram atualizados pela Portaria Interministerial nº 994/2012;

Tipo de operação: a redação do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011 é ampla e abrange uma número significativo de operações societárias. Realiza-se um ato de concentração quando: (i) duas ou mais empresas independentes se fundem; (ii) uma ou mais empresas

²⁹ Conforme artigo 4º da [Resolução nº 2/2012 do CADE](#), considera-se grupo econômico, para fins de cálculo dos faturamentos constantes do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011, cumulativamente: (i) as empresas que sejam sob controle comum, interno ou externo; e (ii) todas as empresas nas quais qualquer das empresas do item (i) seja titular, direta ou indiretamente, de pelo menos 20% do capital social ou votante. No caso de fundos de investimento, são considerados integrantes do mesmo grupo econômico, cumulativamente: (i) o grupo econômico de cada cotista que detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 50% das cotas do fundo de investimento envolvido na operação, via participação individual ou por meio de qualquer tipo de acordo de cotistas; e (ii) as empresas controladas pelo fundo envolvido na operação e as empresas nas quais o referido fundo detenha, direta ou indiretamente, participação igual ou superior a 20% do capital social ou votante

adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; (iii) uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (iv) duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture³⁰. Algumas aquisições de participação minoritária e subscrições de títulos e valores mobiliários conversíveis em ações também são de notificação obrigatória³¹;

Existência de efeitos reais ou potenciais no Brasil: apenas operações que possam impactar o mercado brasileiro são de notificação obrigatória. Ainda que empresas com atuação expressiva no Brasil tenham atingido o critério de faturamento mínimo, se o negócio por elas visado estiver voltado para o mercado internacional, tal operação não será de notificação obrigatória. Exemplo recente envolveu uma parceria entre Ford e Volkswagen para desenvolvimento e licenciamento de sistemas de direção automatizada de veículos autônomos. Como se tratava de nova tecnologia que, em um primeiro momento, não seria comercializada no Brasil, o CADE entendeu que referida operação não era de notificação obrigatória³². Por outro lado, negócios que são feitos no exterior e que produzem efeitos no Brasil por meio de, por exemplo, exportações, são de notificação obrigatória. Exemplo recente envolveu uma parceria entre Pangang, ThyssenKrupp e TKAS Auto Steel para fabricação, na China, de aços galvanizados para uso automotivo. Tendo em vista que parte da produção chinesa seria exportada para o Brasil, o CADE entendeu que se tratava de operação de notificação obrigatória³³.

³⁰ Conforme artigo 2º da [Resolução nº 17/2016 do CADE](#), consideram-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a dois anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: (i) o contrato estabeleça compartilhamento de riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e (ii) as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato. Aquisições centradas em dados acontecem usualmente por meio de operações societárias, não por meio de contratos associativos.

³¹ Segundo os artigos 10 e 11 da [Resolução nº 2/2012 do CADE](#), nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado, são de notificação obrigatória: (i) as aquisições que confirmam ao adquirente a titularidade direta ou indireta de 20% ou mais do capital social ou votante da empresa investida; e (ii) as aquisições feitas por titular de 20% ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor considerado individualmente, chegue a ser igual ou superior a 20% do capital social ou votante. Nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado, são de notificação obrigatória: (i) as aquisições que conferirem participação direta ou indireta de 5% ou mais do capital social ou votante; e (ii) a última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação igual ou superior a 5%, nos casos em que o adquirente já detenha 5% ou mais do capital social ou votante da adquirida. No caso de subscrição de títulos e valores mobiliários conversíveis em ações, são de notificação obrigatórias as hipóteses em que, cumulativamente, a futura conversão em ações enquadrar-se em alguma das hipóteses de aquisição de controle ou participação minoritária e o título ou valor mobiliário outorgar (i) o direito de indicar membros dos órgãos de gestão ou fiscalização da investida ou (ii) direitos de voto ou veto sobre questões concorrentialmente sensíveis.

³² [Ato de Concentração nº 08700.005324/2019-77](#) (Requerentes: Volkswagen AG e Ford Motor Company).

³³ [Ato de Concentração nº 08700.006518/2015-66](#) (Requerentes: Pangang Group Xinchang Steel & Vanadium, Co. Ltd., ThyssenKrupp Steel Europe AG e TKAS Auto Steel Company Limited).

Para além dessas hipóteses de notificação, o artigo 88, § 7º, da Lei nº 12.529/2011, confere ao CADE, até um ano após a data de consumação da operação, a faculdade de requerer às partes a submissão dessa operação para análise concorrencial ("clawback provision"). Também é possível que terceiros interessados apresentem denúncia ou representação fundamentada para requerer a investigação de uma operação não notificada. Trata-se do Procedimento Administrativo para Apuração de Ato de Concentração ("APAC"), que é regido pela [Resolução nº 24/2019 do CADE](#).

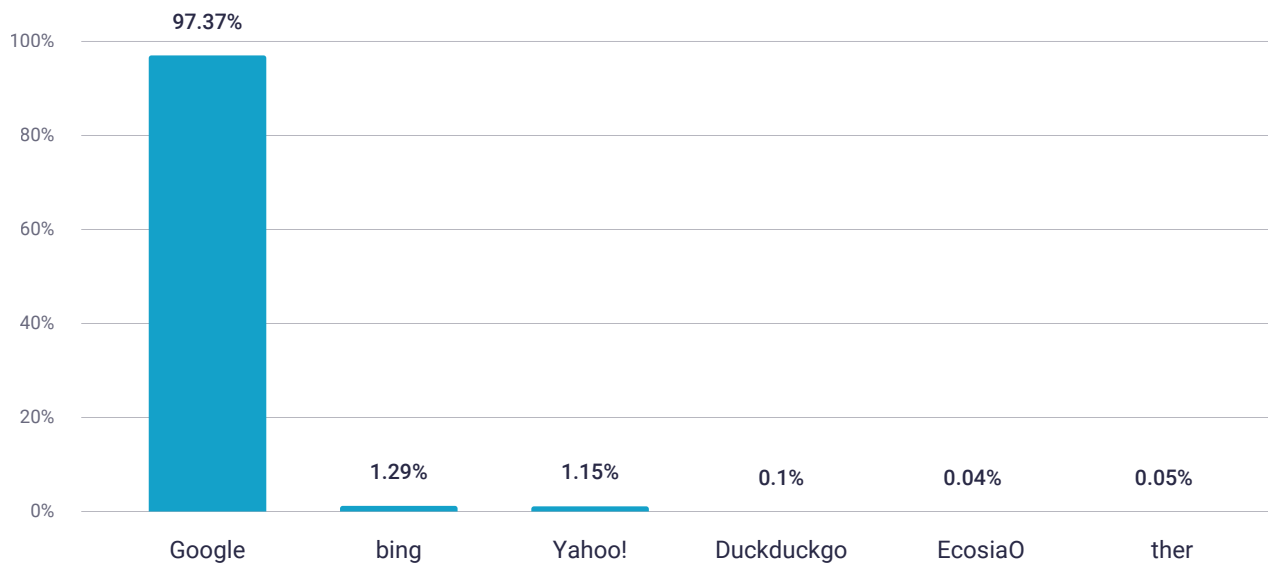
À luz dos critérios vigentes, é perfeitamente possível adquirir targets com atividades e usuários no Brasil sem levar a operação ao conhecimento do CADE. Parece ter sido esse o caso de todas as operações que serão estudadas neste relatório de pesquisa. Não há informações públicas no Sistema Eletrônico de Informações ("SEI") do CADE de que tenha havido apresentação de formulário de ato de concentração e/ou decisão da Superintendência-Geral do CADE ("SG") envolvendo os casos Facebook/Instagram, Google/Waze, Facebook/WhatsApp, Apple/Shazam e Google/Fitbit. Também não há notícia de que o CADE tenha exercido, no que toca às operações mencionadas acima, a clawback provision prevista no artigo 88, § 7º, da Lei nº 12.529/2011.

Como consequência de uma falha legislativa e de uma potencial omissão da autoridade concorrencial, para fins práticos, atualmente vigora uma imunidade antitruste a aquisições centradas em dados no Brasil: a despeito da produção de efeitos diretos e imediatos, mesmo que eventualmente anticompetitivos, para usufruir essa imunidade, basta adquirir uma target com faturamento irrelevante no Brasil.

Considerando que o propósito deste trabalho é chamar a atenção do CADE e de outras autoridades sobre a importância de capturar aquisições centradas em dados em mercados digitais, abaixo serão apresentadas informações qualitativas e quantitativas das atividades, no Brasil, das partes das operações analisadas neste relatório. Ainda que não tenha sido possível obter dados sobre o nível de penetração dos produtos e serviços das partes em um cenário pré-operação, entende-se que a tese aqui apresentada não é comprometida.

Isso porque, a princípio, qualquer modificação legislativa porventura feita pelas autoridades brasileiras competentes teria apenas eficácia prospectiva, no sentido de que atos de concentração passados provavelmente não seriam revistos. Uma disposição em sentido contrário conferindo ao CADE poderes retroativos para reexaminar operações consumadas há mais de um ano (período superior ao previsto na clawback provision mencionada acima) seria questionável e causaria insegurança jurídica, algo que infelizmente é abundante em nosso país.

[Figura 15 - Market shares no mercado de buscadores no Brasil \(2020\)](#)



[Figura 16 - Market shares no mercado de navegadores no Brasil \(desktop e móvel - 2020-2021\)](#)

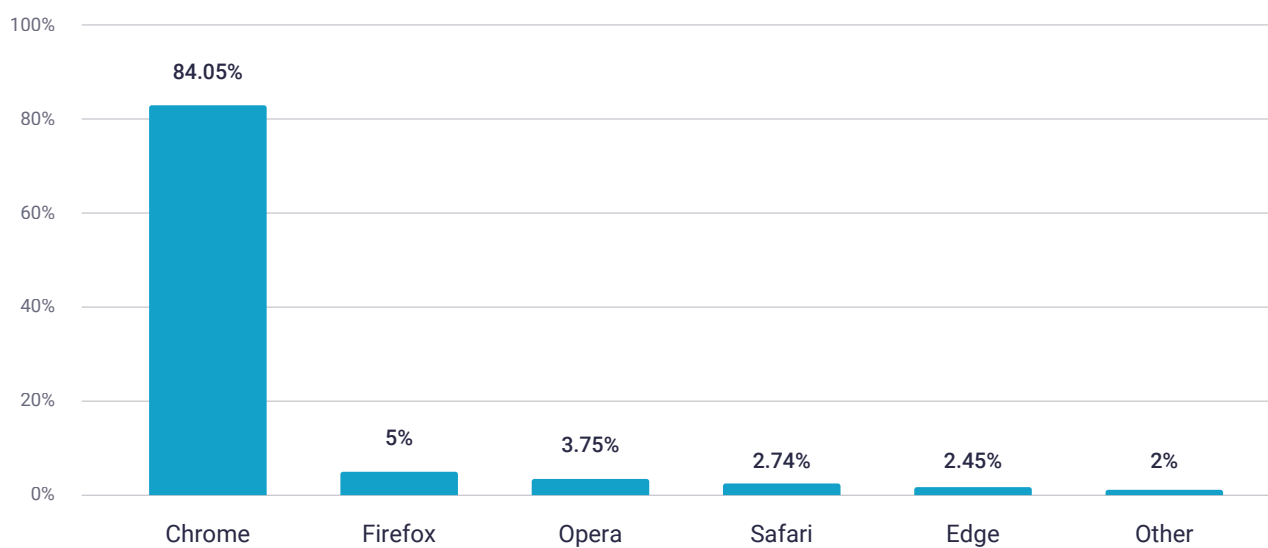


Figura 17 - Market shares de sistemas operacionais móveis no Brasil (2020-2021)

Mobile Operating System Market Share Brazil

Mar 2020 - Mar 2021

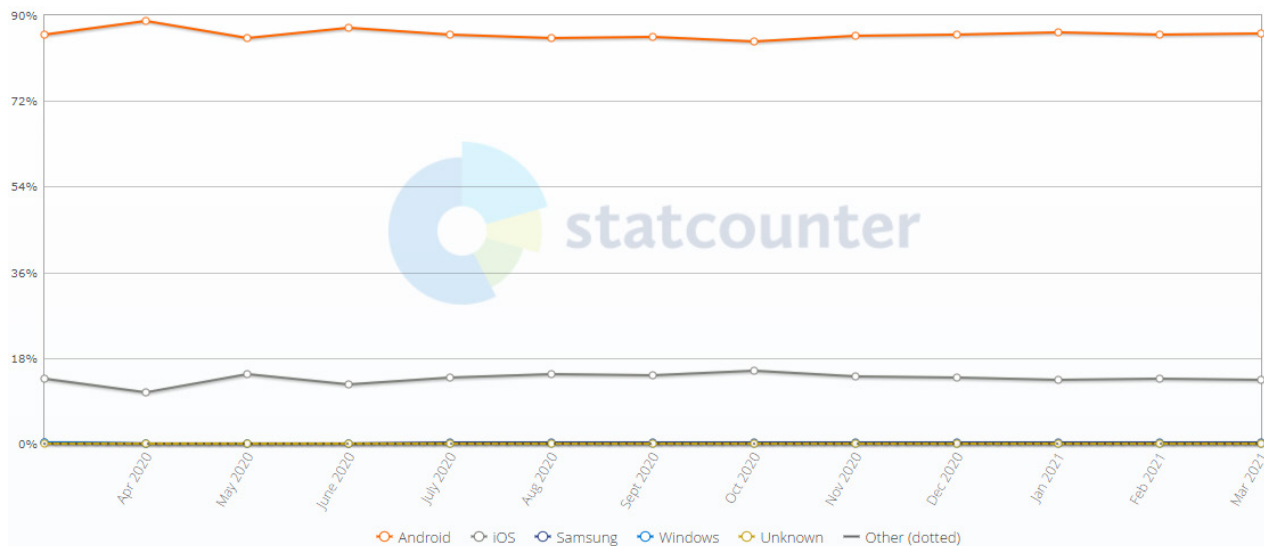
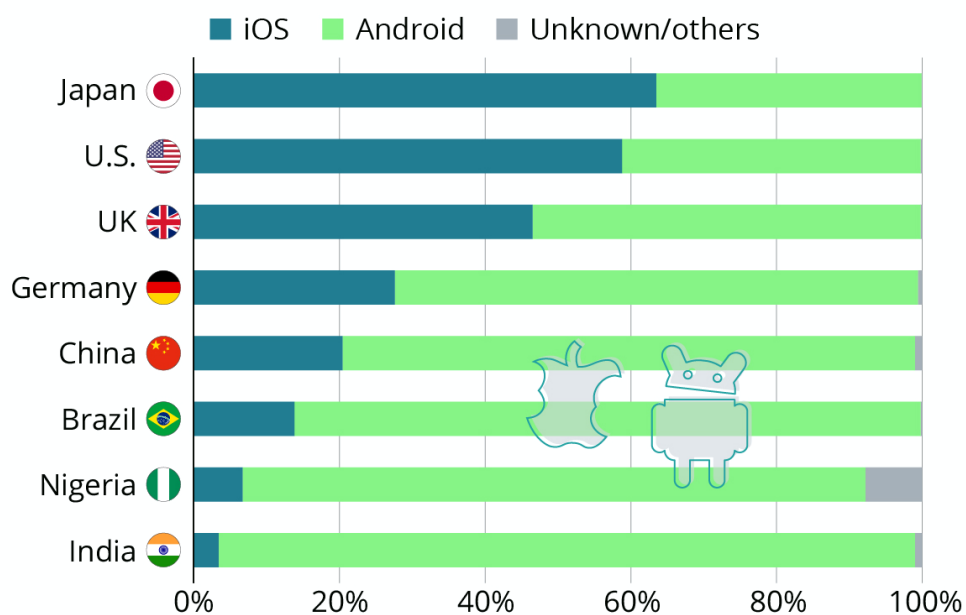


Figura 18 - Proporção Android vs. iOS em países selecionados pelo Statista (jul-2020)³⁴

Apple or Android Nation?

Mobile operating systems market share in selected countries (as of July 2020)



³⁴ As figuras 17 e 18 referem-se aos mesmos dados, mas retratam as informações de maneira distinta. Em que pese o market share do iOS seja pequeno (aproximadamente 15%) quando comparado ao do Android (aproximadamente 85%), não há relação de rivalidade direta entre os sistemas operacionais da Apple e do Google porque tais empresas adotam modelos de negócios diferentes. Para detalhes, consultar a seção de premissas deste trabalho.

Figura 19 - Número de usuários ativos do Facebook no Brasil (2017-2025)

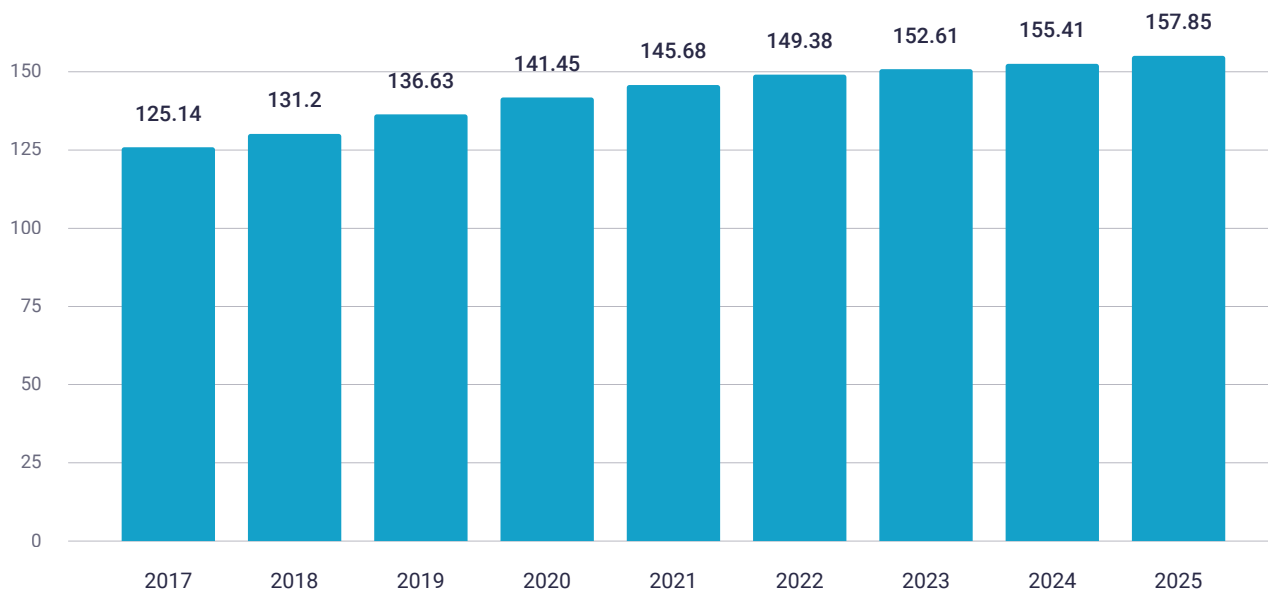


Figura 20 - Países com maior número de usuários ativos de Instagram (jan-2021)

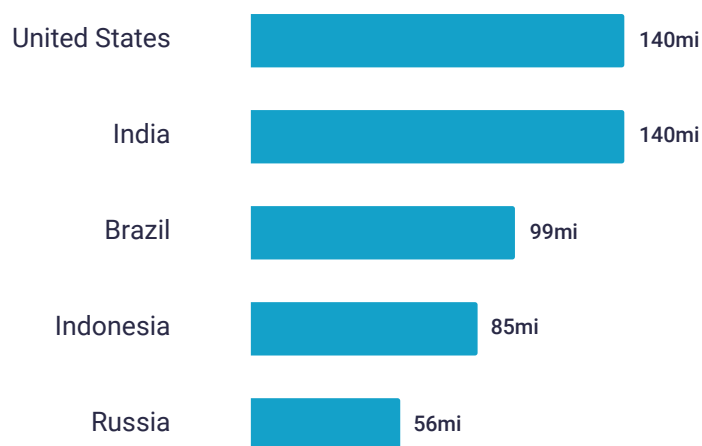


Figura 21 - Usuários ativos do Waze em São Paulo/SP (jul-2019)



Figura 22 - Top 200 músicas mais capturadas por usuários no Brasil (jan-2021)³⁵

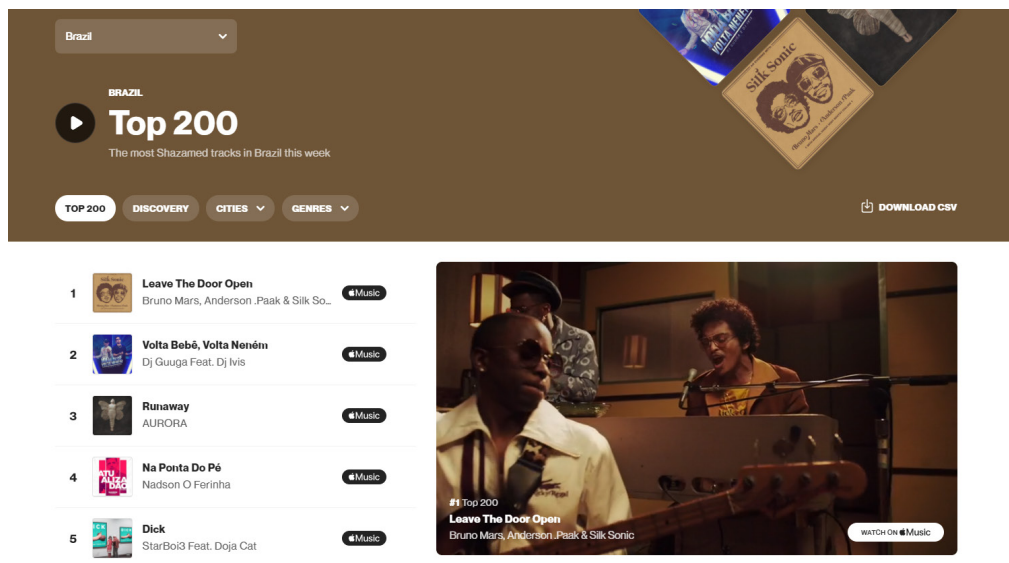
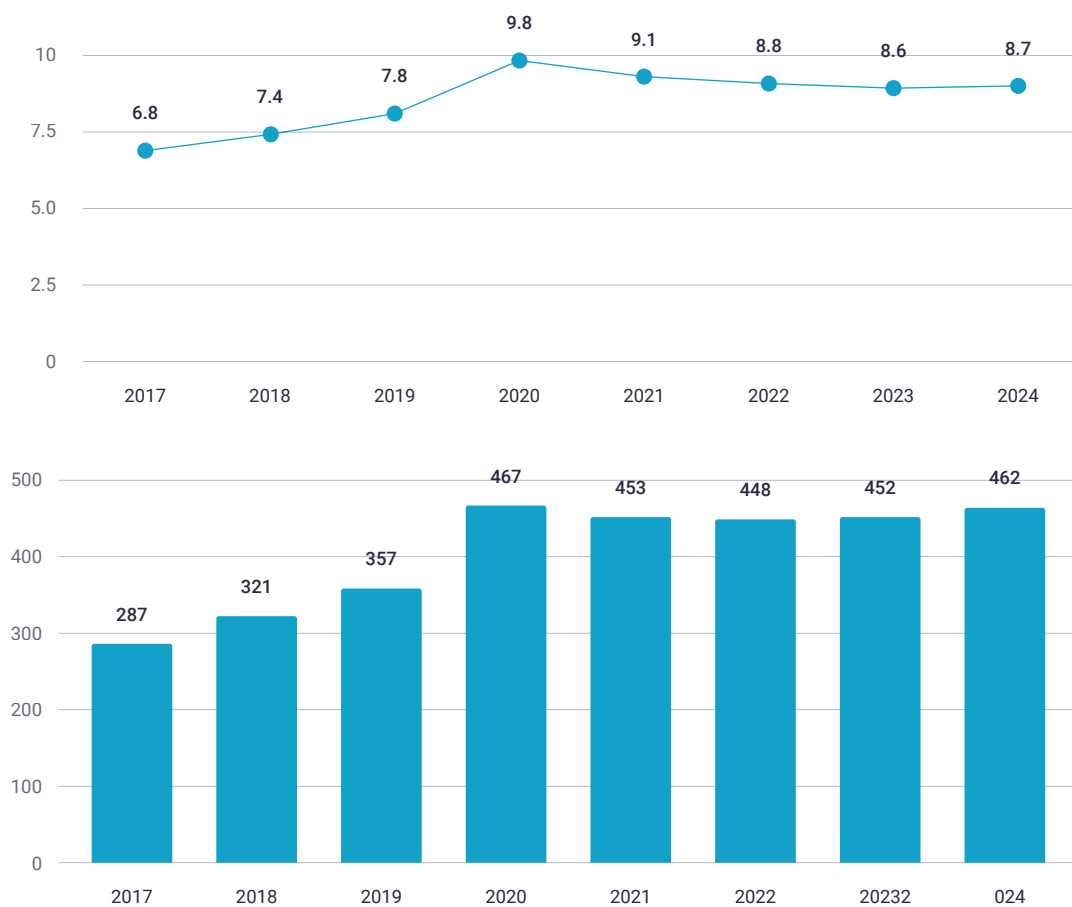


Figura 23 - Número de usuários e valor do mercado de wearables no Brasil (2017-2024)³⁶



³⁵ Não foi possível localizar a quantidade de usuários ativos do Shazam no Brasil. Aparentemente, não há divulgação dos números atualizados e segmentados por cada país.

³⁶ Não foi possível obter market shares no Brasil por fabricantes de wearables.

Figura 24 - Fitbit comercializado no Magazine Luiza

The screenshot shows the Magazine Luiza website interface. At the top, there is a navigation bar with the 'magalu' logo, a search bar containing 'fitbit', and various utility links like 'Atendimento', 'Compre pelo tel. 0800 773 3838', and 'Meus pedidos'. Below the navigation bar, there are category filters such as 'Todos os departamentos', 'Ofertas do dia', 'Celulares', 'Móveis', 'Eletrodomésticos', 'Tv e Vídeo', 'Informática', 'Saúde', 'Netshoes', and 'Cartão Luiza'. The main content area displays search results for 'fitbit' (194 produtos encontrados). On the left, there is a sidebar with filters for 'busca', 'relógios', 'recém chegados', 'celulares e smartphones', 'moda e acessórios', and 'áudio'. The main product grid shows four smartwatches:

Produto	Preço	Financiamento
Smartwatch Fitbit ionic Cinza Azulado/Cinza (Small) - Buybox	R\$ 3.594,00	em até 12x de R\$ 299,50 sem juros
Smartwatch Fitbit ionic Cinza/Cinza (Small/Large) - Buybox	R\$ 3.594,00	em até 12x de R\$ 299,50 sem juros
SmartWatch Fitbit Versa 2 Special Edition FB507RGNV Navy & Pink - Cobre Rosa (Small/Large) - Buybox	R\$ 2.769,00	em até 12x de R\$ 230,75 sem juros
SmartWatch Fitbit Versa 2 Special Edition FB507GYGY Smoke - Mist Gray (Small/Large) - Buybox	R\$ 2.365,00	em até 12x de R\$ 197,08 sem juros

Os dados acima deixam claro que, no que tange às operações que serão analisadas neste relatório, os adquirentes conduzem atividades significativas no Brasil e as targets possuem operações que não desprezíveis no país. Mesmo assim, em razão dos critérios de notificação atualmente vigentes, todas as operações aqui abordadas passaram abaixo do radar do CADE. Ainda que se alegue que nenhuma alteração legislativa seja necessária porque o CADE dispõe de uma clawback provision para determinar a notificação de operações não-notificáveis, o ponto é que, de acordo com informações publicamente disponíveis na data de redação deste trabalho, o CADE nunca exerceu essa faculdade no âmbito de aquisições centradas em dados.

Sem o objetivo de exaurimento dos números, de acordo com levantamento realizado no sistema processual do CADE, foram localizados com relativo esforço apenas quatro casos em que o CADE analisou operações com base na clawback provision mencionada acima: (i) [Ato de Concentração nº 08700.006497/2014-06](#), que tratou da criação de uma joint venture entre Betunel Indústria e Comércio Ltda. ("Betunel"), Centro-Oeste Asfaltos Ltda. ("Centro-Oeste") e Greca Distribuidora de Asfaltos Ltda. ("Greca"), afetando o mercado de distribuição de produtos e materiais asfálticos. Nesse caso, as partes, que não preenchiam os critérios mínimos de faturamento previstos na Lei nº 12.529/2011, [notificaram](#) a operação ao CADE ad cautelam em razão da alta participação de mercado das partes em algumas regiões do Brasil. Apesar de o CADE ter reconhecido que a operação não era de notificação obrigatória, o CADE [conheceu e aprovou a operação](#) com base na clawback provision; (ii) [Ato de Concentração nº 08700.005959/2016-21](#), que tratou da aquisição da divisão de meios de contraste para exames e sistemas de injeção da Mallinckrodt Group S.à.r.l. ("Mallinckrodt") pela Guerbet S.A. ("Guerbet"). Apesar de as partes não cumprirem com os requisitos de faturamento mínimo previstos na Lei nº 12.529/2011, o CADE determinou a notificação desse ato

de concentração após ter recebido denúncia da GE Healthcare do Brasil Comércio e Serviços para Equipamentos Médico-Hospitalares Ltda. (“GE Healthcare”) sobre supostos altos níveis de concentração de mercado no Brasil. O CADE [aprovou](#) a operação sem restrições; (iii) [Ato de Concentração nº 08700.005972/2018-42](#), que tratou da aquisição, pela SM Empreendimentos Farmacêuticos Ltda. (“SM Empreendimentos”), da totalidade do capital social da All Chemistry do Brasil Ltda. (“All Chemistry”), afetando o mercado de distribuição de insumos farmacêuticos no Brasil. As partes não preenchiam os critérios de faturamento mínimo previstos na Lei nº 12.529/2011 e a operação foi [notificada](#) como resultado de [decisão do CADE](#) no âmbito de APAC iniciado por denúncia de pessoa física sobre suposta monopolização no mercado de distribuição e importação de insumos farmacêuticos. A operação foi [aprovada](#) pelo Tribunal do CADE após a assinatura de um [Acordo em Controle de Concentrações](#) (“ACC”). O ACC restringiu a participação do Grupo Fagron, do qual a SM Empreendimentos faz parte, em operações societárias por um período de dois anos e determinou que, após esses dois anos, pelo prazo adicional de outros dois anos, quaisquer operações societárias do Grupo Fagron deveriam ser submetidas ao CADE; e (iv) [Ato de Concentração nº 08700.001227/2020-49](#), que tratou da aquisição, pela Prosegur Brasil Transportadora de Valores e Segurança S. A. (“Prosegur”), de carros-blindados e parcela da carteira de clientes da SACEL Serviços de Vigilância e Transporte de Valores-EIRELI (“SACEL”), afetando o mercado de custódia, guarda e transferência de valores no estado de Sergipe. As partes não preenchiam os critérios de faturamento mínimo da Lei nº 12.529/2011 e a operação foi notificada ao CADE como resultado de um [APAC](#) instaurado ex officio pelo CADE, que tomou conhecimento da operação no âmbito do Ato de Concentração nº 08700.003244/2019-87, que envolveu a aquisição, também pela Prosegur, da integralidade do capital social da Transvip – Transporte de Valores e Vigilância Patrimonial Ltda (“Transvip”). A operação foi [aprovada](#) pelo Tribunal do CADE após a assinatura de um [ACC](#) que restringiu a participação do Grupo Prosegur em operações societárias envolvendo o mercado de transporte de valores. As restrições impostas foram estas: (a) quatro anos de proibição de aquisição de outras empresas nos estados de Alagoas, Bahia, Pernambuco e Sergipe; (b) três anos de proibição de aquisição de outras empresas nos estados de Paraíba e Rio Grande do Norte, exceto se, cumulativamente, a participação combinada de mercado seja inferior a 20% em cada estado e a participação combinada dos quatro maiores grupos econômicos do setor seja inferior a 75% em cada estado; (c) por dois anos, após o prazo indicado em (a), informar o CADE sobre a realização de quaisquer operações societárias nos estados de Alagoas, Bahia, Pernambuco e Sergipe; e (d) por três anos, após o prazo indicado em (b), informar o CADE sobre a realização de quaisquer operações nos estados de Paraíba e Rio Grande do Norte. Esses quatro casos estão dispersos ao longo de um período de dez anos, que remonta ao início da vigência da Lei nº 12.529/2011.

Existem argumentos de que, em sendo alterados os critérios de notificação, haveria aumento no tempo médio de análise de atos de concentração, sobrecarga de trabalho e redução da qualidade do trabalho do CADE. Essa linha de raciocínio não merece prosperar pelas seguintes razões: (i) o CADE é uma das autoridades mais ágeis do planeta e, salvo em raras exceções, como em caso recente envolvendo falta de quórum no Tribunal em virtude de impasses políticos – isto é, externos à vontade

do CADE – consegue aprovar atos de concentração simples em pouco mais de duas semanas e atos de concentração complexos em pouco mais de três meses; (ii) servidores públicos de outros órgãos e entidades, em especial do setor de tecnologia, podem ser aproveitados, ainda que parcialmente, pelo CADE; e (iii) operações societárias sensíveis do ponto de vista antitruste não podem passar incólumes a pretexto de que, por terem que trabalhar mais, os servidores do CADE seriam menos diligentes do que anteriormente; em havendo reaproveitamento de pessoas e uma potencial extensão dos prazos de análise, essa preocupação é endereçada com relativa tranquilidade.

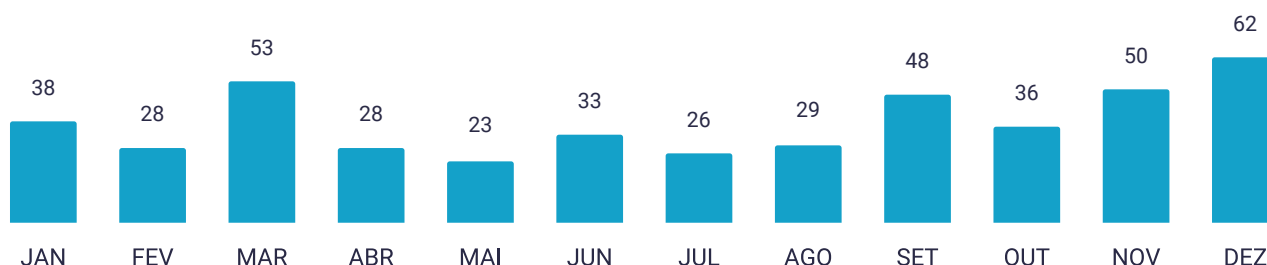
[Figura 25 - Tempo médio de análise do ato de concentração \(2020\)](#)

Tempo médio de análise (dias)



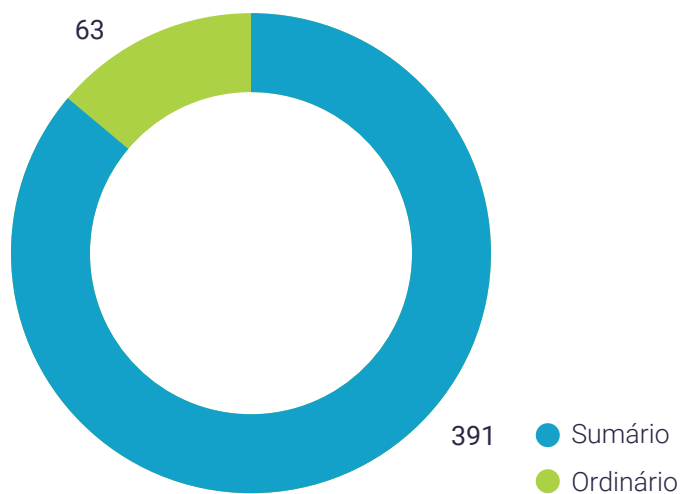
[Figura 26 - Total de atos de concentração julgados \(2020\)](#)

Atos de concentração julgados: 454



[Figura 27 - Número de atos de concentração julgados por rito \(2020\)](#)

Atos de concentração julgados por Rito (2020)



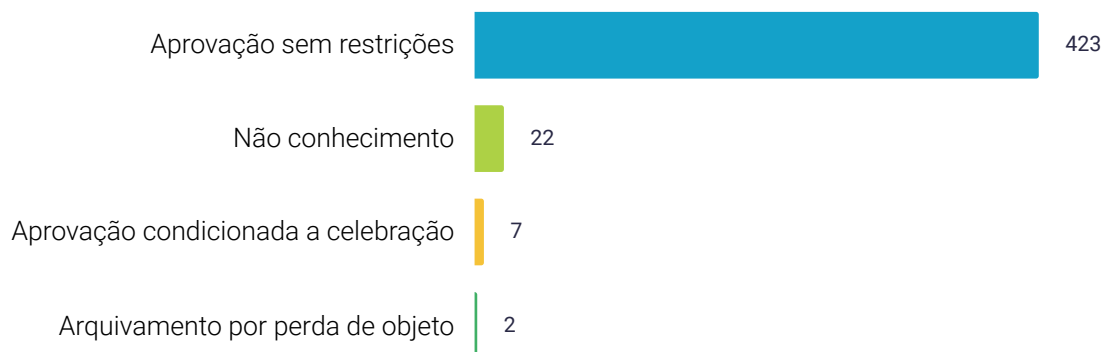
[Figura 28 - Autoridade julgadora do ato de concentração \(2020\)](#)

Atos de concentração julgados por Autoridade (2020)



[Figura 29 - Resultado do ato de concentração \(2020\)](#)

Atos de concentração por decisão (2020)



Abaixo segue sugestão de um novo critério de notificação de atos de concentração:

Combinação do faturamento bruto das partes no Brasil: Uma possível nova redação para o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 seria: “Serão submetidos ao CADE os atos de concentração econômica em que o faturamento bruto combinado dos grupos econômicos envolvidos na operação for superior a R\$ 825.000.000,00³⁷ no ano anterior à operação”.

Justificativas para adoção deste critério: (i) com a combinação dos faturamentos brutos dos grupos econômicos das entidades adquiridas e adquirentes, ainda que a target não auferisse receitas, a operação seria um evento notificável; (ii) esse critério passaria a capturar operações societárias realizadas por agentes com faturamentos brutos substanciais no Brasil, mas que hoje não são notificáveis ao CADE (por exemplo, um ato de concentração realizado por dois grupos econômicos que faturam, cada um, até R\$ 749.999.999,99); (iii) ao não considerar o valor da operação como critério de notificação, criam-se menos incentivos para que as partes precifiquem um negócio em valor artificialmente inferior ao critério previsto em lei para evitar a notificação ao CADE; (iv) a adoção de critérios de notificação baseados em participação de mercado gerariam insegurança jurídica em razão de frequentes incertezas sobre definição de mercado relevante e qual seria a melhor metodologia de cálculo; e (v) mais atos de concentração relevantes obrigatoriamente passariam pelo crivo prévio do CADE, reduzindo a necessidade de invocação da clawback provision do artigo 88, § 7º, da Lei nº 12.529/2011, que já é pouco utilizada. Para operações de baixíssima complexidade, o CADE poderia adotar uma tabela diferenciada de custas processuais.

4.2 Regras processuais e procedimentais que comportam melhorias

As principais regras processuais e procedimentais aplicáveis a atos de concentração estão previstas nos artigos 53 a 65 da [Lei nº 12.529/2011](#) e nos artigos 106 a 133 do [Regimento Interno do CADE](#) (“RICADE”). A [Resolução nº 2/2012](#) do CADE também é importante porque ela disciplina ritos de análise a depender da complexidade do caso, define grupos econômicos para fins de cálculo de faturamento das partes, detalha a necessidade ou não de notificação de aquisições de participações societárias e operações via mercado de capitais e traz, como anexos, as minutas-padrão de formulário de notificação exigidas pelo CADE.

³⁷ Soma dos valores vigentes de faturamento das partes e seus grupos econômicos.

No que tange a atos de concentração de menor complexidade, que tramitam sob o rito sumário³⁸, a [Resolução nº 16/2016](#) do CADE dispõe que o prazo máximo de análise é de trinta dias. Já no que tange a atos de concentração mais complexos, que tramitam sob o ritmo ordinário, o artigo 113 do [RICADE](#) estabelece que, antes da notificação, as partes podem informalmente contatar a SG para dirimir dúvidas; trata-se do processo de pré-notificação, frequentemente utilizado pelas partes para alinhamento de definições de mercado relevante, metodologias para cálculo de participação de mercado, necessidade ou não de cooperação internacional (waivers para dar início ao processo de análise), dentre outros. Do ponto de vista operacional do CADE, utiliza-se o [Manual Interno da SG para Atos de Concentração Apresentados sob o Rito Ordinário](#), que contém uma série de recomendações para padronização de ritos processuais e modelos de documentos a serem utilizados pelos servidores do CADE.

Todo ato de concentração é notificado ao CADE com base nas minutas-padrão constantes dos Anexos I e II da [Resolução nº 2/2012](#) do CADE. O Anexo I trata de atos de concentração ordinários, que demandam das partes mais detalhes e uma maior quantidade de informações; o Anexo II trata de atos de concentração sumários, que são notificados usando uma versão resumida da minuta-padrão de atos de concentração ordinários. Nas suas versões atuais, não há um campo específico nos formulários solicitando às partes informações sobre aquisição e concentração de dados como resultado da operação.

Com o formulário finalizado e revisado pelas partes e seus advogados, um pedido de aprovação do ato de concentração é endereçado à SG com os documentos que formalizam a operação, procurações e comprovante de pagamento das taxas do CADE. A critério das partes, elas também podem submeter desde o início apresentações de slides, laudos econômicos, pareceres jurídicos e, a depender do caso concreto, um pacote de remédios em casos em que a concentração econômica decorrente da operação claramente tenda a suscitar preocupações concorrenciais significativas.

Caso haja necessidade de complementação de documentos ou informações, a SG notificará

³⁸ Conforme artigo 8º da [Resolução nº 2/2012 do CADE](#), as seguintes operações são passíveis de enquadramento no rito sumário: (i) criação de joint ventures para atuação em um novo mercado, em que não haja relação horizontal ou vertical com as atividades atuais das partes; (ii) aquisições em que a entidade adquirente e seu grupo econômico não atuavam, antes do ato de concentração, em mercados horizontal ou verticalmente relacionados aos das atividades da entidade adquirida; (iii) situações em que, após o ato de concentração, a participação de mercado combinada das partes for comprovadamente inferior a 20%, a critério da SG, de forma a não haver dúvidas quanto à ausência de materialidade da operação do ponto de vista concorrencial; (iv) situações em que, após o ato de concentração, a participação de mercado das partes e seus grupos econômicos for comprovadamente inferior a 30% de quaisquer dos mercados relevantes verticalmente integrados; (v) concentrações em que, após a operação, a participação combinada das partes não acarretem variações superiores a 200 pontos no [Índice Herfindahl-Hirschman](#) ("HHI"); e (vi) outros casos que, embora não expressamente listados anteriormente, sejam considerados simples o suficiente pela SG para dispensar uma análise mais aprofundada. A decisão de enquadramento do pedido de aprovação de ato de concentração em procedimento sumário é discricionária e não há previsão regimental de recurso contra decisão que indefere um pedido de enquadramento em rito sumário. Em havendo a possibilidade de enquadramento em rito sumário, usualmente as partes optam por essa modalidade, uma vez que ela é mais célere e envolve menos atos de instrução, como envio de ofícios a clientes e concorrentes.

as partes para que tomem as providências necessárias. Por outro lado, se a SG entender que a petição e o formulário submetidos preenchem os requisitos aplicáveis, ela determinará a publicação de um edital no Diário Oficial da União (“DOU”), que indicará o nome das partes, a natureza da operação e os setores econômicos envolvidos. De acordo com o artigo 117 do [RICADE](#), esse edital dá início a um prazo de quinze dias corridos para que terceiros interessados cujos interesses possam ser afetados pelo ato de concentração submetam ao CADE uma petição solicitando intervenção no caso³⁹. Embora seja o mais comum, não necessariamente um terceiro interessado está impugnando a operação; ele pode simplesmente querer participar do processo de análise de maneira mais ativa e chamar a atenção do CADE para aspectos não tão claros e triviais, como entidades do terceiro setor o fazem perante a Comissão Europeia com relativa frequência.

Via de regra, um terceiro interessado que desejar intervir no ato de concentração deve apresentar todos os documentos e pareceres necessários para comprovação de suas alegações dentro do prazo de quinze dias corridos após o edital. Entretanto, a depender do caso concreto e do nível de complexidade da operação, a SG ou o Presidente do Tribunal do CADE podem conceder quinze dias adicionais para tal. Caso os documentos e pareceres cuja apresentação deram origem ao pedido de extensão de prazo não sejam submetidos ao CADE dentro dos quinze dias adicionais, o terceiro interessado será automaticamente desabilitado do processo. Em qualquer cenário, um terceiro interessado não terá acesso a dados confidenciais das partes e a outros documentos que não estejam disponíveis ao público em geral, isto é, terceiros não-interessados no ato de concentração.

Cumpridas as providências mencionadas acima, a SG pode adotar uma das seguintes três direções: (i) conhecer o pedido de aprovação e proferir decisão terminativa de mérito, caso o ato de concentração não exija diligências adicionais e não tenha potencial ofensivo à concorrência; (ii) não conhecer o pedido de aprovação e proferir decisão no sentido de que a operação não se enquadra como ato de concentração de notificação obrigatória; ou (iii) determinar a realização de instrução complementar, especificando as diligências a serem produzidas, tais como envio de ofícios a clientes e concorrentes, solicitação de informações adicionais às partes, outros órgãos internos do CADE, autarquias e agências reguladoras de quaisquer entes federados, etc. Paralelamente, a SG também pode declarar um ato de concentração complexo e solicitar ao Tribunal do CADE, nos termos do artigo 88, §§ 2º e 9º, da [Lei nº 12.529/2011](#), a prorrogação do prazo de análise de 240 dias corridos para 330 dias corridos. Concluída a instrução complementar, a SG pode encerrá-la e proferir decisão de mérito terminativa aprovando o ato de concentração ou impugnando-o perante o Tribunal do CADE. Nos casos de impugnação, a SG pode sugerir ao Tribunal do CADE a adoção de remédios concorrenciais ou a reprovação completa e incondicionada da operação.

³⁹ Nos termos do artigo 117, §§ 4º e 5º do [RICADE](#), não é necessário aguardar o transcurso desse prazo para decisão, pela SG, de casos que tramitam sob o procedimento sumário; caso a SG profira decisão de aprovação antes do transcurso do prazo de terceiros interessados, o pedido de intervenção será endereçado ao Presidente do Tribunal do CADE.

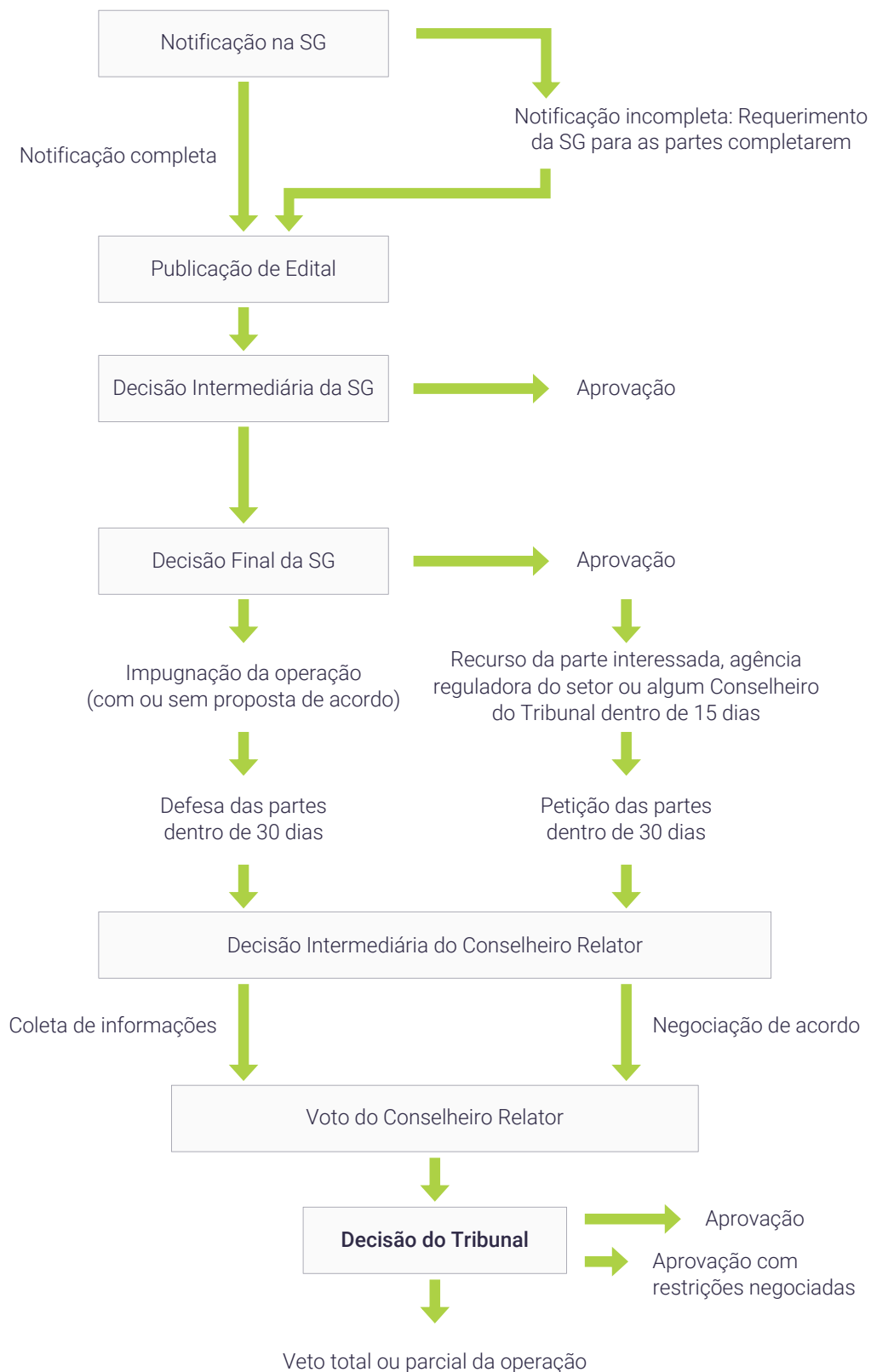
Contra decisão da SG de aprovação ou de não-conhecimento, cabe recurso ao Tribunal do CADE por parte dos terceiros interessados dentro de quinze dias corridos a partir da publicação da decisão da SG, conforme artigo 65 da [Lei nº 12.529/2011](#)⁴⁰. Nesse caso e no caso de impugnação pela SG, quando o ato de concentração chega ao Tribunal do CADE, é sorteado um Conselheiro-Relator e as partes têm trinta dias corridos para apresentar manifestação escrita combatendo os argumentos da SG e dos terceiros interessados, conforme aplicável, segundo os termos do artigo 58 da [Lei nº 12.529/2011](#). Dentro desse prazo, as partes e terceiros interessados podem apresentar estudos, novas provas e pareceres que corroboram seus respectivos pedidos. Nos termos do artigo 124 do [RICADE](#), as partes também podem submeter ao Tribunal do CADE minuta de ACC, caso já não o tenham feito anteriormente. Na sequência, o Conselheiro-Relator pode determinar a realização de instrução complementar (a ser realizada por seu próprio gabinete ou pela SG) ou proferir decisão para inclusão do ato de concentração em pauta para julgamento colegiado.

Em sendo levado para julgamento o ato de concentração, o Tribunal do CADE poderá: (i) aprová-lo na íntegra e de maneira incondicionada; (ii) aprová-lo com restrições previstas em ACC ou impostas unilateralmente pelo Tribunal do CADE; (iii) entender que o caso não é de notificação obrigatória e decidir pelo seu não-conhecimento; ou (iv) rejeitá-lo por completo, desconsiderando eventuais remédios oferecidos pelas partes em minutas de ACC. No que tange a restrições para aprovação condicionada do ato de concentração, o artigo 61, § 2º, da [Lei nº 12.529/2011](#) prevê as seguintes modalidades de remédios: (i) venda de ativos isolados ou em conjunto; (ii) cisão de sociedade; (iii) alienação de controle societário; (iv) separação contábil e/ou jurídica de atividades; (v) licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual; e (vi) outras não especificadas que sejam necessárias para corrigir efeitos nocivos à concorrência.

O fluxograma abaixo esquematiza as principais fases de análise de um ato de concentração:

⁴⁰ Conforme artigo 65, inciso II, da [Lei nº 12.529/2011](#), existe também a possibilidade de um membro do Tribunal do CADE avocar um ato de concentração aprovado ou não conhecido pela SG. Embora relativamente rara no passado, o Tribunal do CADE tem exercido essa faculdade com maior frequência recentemente.

Figura 30 - Fluxograma do procedimento de análise de atos de concentração



Fonte: PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Direito Concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Editora Saraiva, 2016, p. 184.

Em si mesmas, as regras processuais e procedimentais do CADE não são um obstáculo que prejudicam a análise pormenorizada de aquisições centradas em dados potencialmente prejudiciais à concorrência. Contudo, há um espaço significativo para implementação de ajustes que aumentariam a transparência do processo decisório do CADE e criariam incentivos para fomentar a participação de terceiros interessados, em especial entidades do terceiro setor e membros da academia, que poderiam fornecer subsídios relevantes para o CADE durante a instrução processual. Dentre outras medidas, possíveis sugestões seriam estas:

Criação de um portal consolidando informações relevantes dos atos de concentração em tramitação: com o intuito de aumentar a transparência e facilitar a interação de terceiros interessados, o CADE poderia disponibilizar em seu site uma tabela, constantemente atualizada, com o número do ato de concentração, as partes notificantes, o mercado afetado, a data de notificação e o prazo para admissão de terceiros interessados em cada caso. Por mais que os atos oficiais do CADE sejam publicados no DOU, é burocrático e custoso acompanhar publicações em diários oficiais, que reúnem informações de diversos órgãos e entidades federais de uma maneira que nem sempre é intuitiva e organizada.

Criação de um sistema em que a academia, agências reguladoras e entidades do terceiro setor possam cadastrar-se para automaticamente receber informações sobre a notificação de atos de concentração em determinados setores: a medida pretende facilitar a interação do CADE com entidades que não necessariamente teriam interesses contrários aos das partes, mas sim que poderiam trazer informações relevantes para a análise concorrencial, sem incentivos para distorção dos argumentos das partes, como às vezes ocorre nas manifestações de concorrentes que buscam atrasar ou conturbar operações societárias legítimas de rivais. Em especial, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (“ANPD”) deveria ser notificada para cada operação potencialmente envolvendo a aquisição e/ou possibilidade de consolidação de bancos de dados com informações pessoais de usuários.

Todas as informações e todos os materiais fornecidos pelas partes que forem úteis para o convencimento do CADE deveriam ser protocolizadas publicamente via SEI: essa medida tem como objetivo aumentar a transparência da relação do CADE com os advogados e as partes, em especial quando se trata de reuniões com a SG e membros do Tribunal. Apresentações de slides e atas de reunião, com um sumário do conteúdo tratado, deveriam juntadas aos autos para reduzir assimetrias informacionais entre as partes e eventuais terceiros interessados, respeitada a confidencialidade de dados sensíveis protegidos pela Lei nº 12.529/2011 e o RICADE.

Minutas de ACC e relatórios de eficiência e cumprimento de ACC deveriam ser disponibilizadas para discussão com terceiros interessados antes de serem aprovados pelo Tribunal do CADE: atualmente, a maior parte dos atos de concentração que são aprovados com remédios comportamentais ou estruturais não são postos para discussão com o mercado e terceiros interessados. As partes e seus advogados fornecem minutas de ACC que não necessariamente endereçam as preocupações concorrenciais identificadas no curso da instrução processual ou relatórios que contêm eficiências não condizentes com o mercado ou que são impraticáveis. Relatórios de cumprimento de ACC também deveriam ser disponibilizados para o exercício de contraditório por terceiros que podem ser afetados pelos remédios impostos à operação.

Apresentação de relatórios independentes sobre o atingimento ou não das eficiências prometidas pelas partes ao CADE: a depender do caso concreto, caso a operação tenha apresentado preocupações concorrenciais sensíveis e mesmo assim tenha sido aprovada por causa das eficiências prometidas pelas partes, o CADE poderia determinar a apresentação de relatórios semestrais sobre o atingimento ou não dessas eficiências (melhoria de distribuição e logística, otimização da gestão de recursos financeiros e humanos, redução de custos de produção e preços aos consumidores, etc.), com informações qualitativas e quantitativas preparadas por empresas de auditoria independente. Caso as eficiências prometidas não tenham sido atingidas, o CADE poderia rever o ACC aprovado ou, à luz da gravidade da situação, rever o próprio ato de concentração.

Terceiros interessados com mais direitos de intervenção: atualmente, a Lei nº 12.529/2011 e o RICADE conferem direitos de participação relativamente limitados durante a instrução processual. Terceiros interessados deveriam ter o direito de formular quesitos ao CADE, às partes e a outros terceiros, como agências reguladoras e entidades que potencialmente seriam afetadas pelo ato de concentração. À luz do caso concreto e de acordo com critérios de pertinência e relevância a serem avaliados pelo CADE, as partes e outros terceiros deveriam responder aos quesitos formulados pelos terceiros interessados, que estariam sujeitos a multas processuais em caso de abuso desse direito. Para evitar conflito de interesses e o desvirtuamento da medida, em contrapartida, os terceiros interessados, em especial associações e entidades do terceiro setor, deveriam informar ao CADE, ainda que confidencialmente, a origem dos seus principais recursos e como pretendem arcar com os custos envolvidos no processo de análise do ato de concentração.

Exigência de declaração de independência de decisão ou voto, com indicação do nome de todas as pessoas que participaram da elaboração dos atos decisórios do CADE: essa sugestão visa a reduzir eventuais questionamentos sobre potencial influência de determinadas entidades sobre o CADE e seus servidores. Em especial, as pessoas que participaram dos atos decisórios do CADE deveriam assinar uma declaração de que não foram beneficiadas, direta ou indiretamente, com brindes, cursos e viagens pagos por empresas que possuem atos de concentração em tramitação no CADE ou por entidades que tais empresas porventura financiam. Essa preocupação é razoável e recentemente foi objeto de [notícia do New York Times](#).

Inserção, nas minutas-padrão de formulário de ato de concentração ordinário e sumário, de uma seção específica sobre aquisição e consolidação de banco de dados: no caso de aquisições centradas em dados, é essencial que o CADE solicite às partes uma série de informações sobre aquisição, coleta, processamento e uso de dados pessoais. Em especial, o CADE deveria indagar em que medida o ato de concentração poderia reforçar, de maneira geral, o banco de dados da entidade adquirente (isto é, não apenas no mercado relevante afetado pela operação) e se há previsão de alterações significativas nas políticas de privacidade da entidade adquirente e da target após o ato de concentração. Essa parte do formulário, incluindo as partes confidenciais, deveriam ser imediatamente compartilhadas com a ANPD para discussão e remediação de possíveis pontos sensíveis do ponto de vista de proteção de dados. No caso de atos de concentração cujos ativos envolvidos nitidamente não sejam relacionados a dados pessoais, essa seção do formulário não seria de preenchimento obrigatório.

Materiais de cooperação internacional deveriam ser tornados públicos se também forem públicos na jurisdição de origem: não é raro o CADE cooperar com seus pares internacionais durante a instrução de atos de concentração de operações globais. Entretanto, é raro o CADE disponibilizar, desde que públicos na origem, as informações recebidas de autoridades concorrenciais estrangeiras. Caso o CADE utilize os dados de cooperação internacional, o CADE deveria fundamentar sua decisão à luz das condições nacionais de concorrência e mercado relevante, para evitar as chances de mera replicação de aspectos não necessariamente aplicáveis ao Brasil.

As sugestões listadas acima não estão em ordem de importância ou preferência do autor.

5. EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

5.1 Panorama comparativo de critérios de notificação

As principais empresas de tecnologia atuam globalmente e suas operações societárias geralmente produzem efeitos globais. Consequentemente, tais operações estão sujeitas a diferentes mecanismos de controle de concentrações econômicas em outros países. Esses mecanismos podem ser mais flexíveis, sofisticados ou restritos quando comparados aos critérios de notificação utilizados pela Lei nº 12.529/2011.

De todo modo, há um traço comum entre os critérios adotados pelas jurisdições cujas decisões serão examinadas neste trabalho: nenhum deles considera apenas o faturamento das partes, registrado no respectivo país, como fator primordial⁴¹. Esse aspecto pode ser um indicativo de que a legislação brasileira adota parâmetros simples e reducionistas, que não necessariamente estão alinhados com as melhores práticas internacionais de direito antitruste. Saliente-se, entretanto, que a mera reprodução de legislação estrangeira, sem reflexões e adaptações à realidade de cada país, tende a produzir efeitos desastrosos e deve ser evitada.

Na tabela abaixo estão sintetizados os principais critérios de notificação adotados pelas autoridades concorrenciais estrangeiras relevantes para fins deste trabalho:

Autoridade	Critérios de notificação atuais
ACCC	<p>As regras sobre controle de concentrações na Austrália estão previstas no Competition and Consumer Act de 2010, que é suplementado pela Merger Guidelines da ACCC.</p> <p>Não há um regime de pré-notificação obrigatória no país, mas a autoridade australiana recomenda que algumas operações sejam voluntariamente notificadas à ACCC antes da consumação. Basicamente, a ACCC sugere a notificação prévia de opera-</p>

⁴¹ Atentas a isso, em 2017 as autoridades concorrenciais da Alemanha (Bundeskartellamt) e da Áustria (Bundeszweitswettbewerbsbehörde) alteraram suas leis para incluir um critério complementar de notificação que envolve o valor da operação: [Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-Merger Notification](#).

<p>ACCC</p>	<p>ções que envolvam partes que ofereçam produtos e/ou serviços potencialmente complementares ou substitutos e que, após a operação, o nível de concentração em algum mercado relevante afetado seja igual ou superior a 20% na Austrália. Existe também a possibilidade de a ACCC indicar que determinadas partes e/ou empresas atuantes em determinada indústria notifiquem suas operações previamente.</p> <p>A ACCC possui discricionariedade para solicitar que as partes notifiquem atos de concentração que não estejam dentro dos parâmetros mencionados acima e é explícita no sentido de que tais parâmetros são meramente indicativos.</p>
<p>CMA</p>	<p>Segundo o Enterprise Act de 2002 e o Enterprise and Regulatory Reform Act de 2013, não há um regime de notificação obrigatória de atos de concentração no Reino Unido. Ainda que a operação atinja os critérios mínimos estabelecidos na legislação britânica, as partes não são obrigadas a submeter o caso para análise da CMA. Entretanto, a CMA possui a discricionariedade para solicitar a notificação de operações que atinjam os critérios mínimos aplicáveis.</p> <p>Os principais critérios levados em consideração pela CMA são: (i) faturamento da target superior a GBP 70 milhões no Reino Unido; e (ii) concentração econômica resultante da operação de no mínimo 25% de um mercado relevante dentro do Reino Unido. Outros critérios podem ser encontrados aqui.</p> <p>Existem regras específicas de notificação para determinadas indústrias, como equipamentos de uso militar, inteligência artificial, tecnologia quantum e fabricação de unidades de processamento computacional.</p> <p>Tendo em vista os impactos do Brexit, é possível que haja mudanças na legislação concorrencial britânica.</p>
<p>Comissão Europeia</p>	<p>Conforme critérios definidos pelo Regulamento nº 139/2004 do Conselho da Comissão Europeia, há duas alternativas para que aquisições de controle sejam de notificação obrigatória na União Europeia.</p> <p>Primeira alternativa: (i) faturamento mundial combinado de todas as partes superior a EUR 5 bilhões; e (ii) faturamento europeu individual de pelo menos duas partes superior a EUR 250 milhões.</p> <p>Segunda alternativa: (i) faturamento mundial combinado de todas as partes superior a EUR 2,5 bilhões; (ii) faturamento combinado de todas as partes superior a EUR 100 milhões em no mínimo três Estados-membros da União Europeia; (iii) faturamento individual de ao menos duas partes superior a EUR 25 milhões nos três Estados-membros do item anterior; e (iv) faturamento europeu individual de ao menos duas partes superior a EUR 100 milhões.</p> <p>Entretanto, a operação não será de notificação obrigatória se cada parte atingir mais</p>

<p>Comissão Europeia</p>	<p>de 2/3 do seu faturamento europeu em um único Estado-membro. Essa exceção é aplicável às duas alternativas mencionadas acima.</p> <p>Há também o mecanismo denominado <i>referral</i>, que permite, a pedido das partes ou das autoridades concorrenciais de cada país-membro da União Europeia, a transferência da análise de um determinado caso entre os Estados-membros da União Europeia e a Comissão Europeia. Essa medida permite uma análise one-stop-shop da operação pela autoridade concorrential mais apropriada; é dizer, uma análise ampla possivelmente realizada por uma autoridade central.</p>
<p>FTC/DoJ</p>	<p>O regime de notificação de atos de concentração nos Estados Unidos é relativamente complexo e leva em consideração o valor da operação e o porte das partes. Para elaboração deste trabalho, o autor utilizou a ferramenta de comparação de legislação concorrential entre jurisdições, oferecida pela Thomson Reuters.</p> <p>A Seção 7A do Clayton Act, também conhecida como Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act, determina que as partes de um ato de concentração devem notificar a FTC e o DoJ se a operação atingir critérios mínimos previstos na legislação norte-americana. Os dois principais critérios utilizados nos Estados Unidos são porte da operação e porte das partes.</p> <p>São considerados "eventos notificáveis" as seguintes operações: (i) aquisições de ativos, participações societárias votantes e participações societárias com direito a controle de entidades que não sejam sociedades anônimas, como partnerships (instituto parecido com sociedades em nome coletivo no direito brasileiro) e sociedades limitadas; (ii) fusões; e (iii) formações de joint ventures, sociedades anônimas e entidades que não sejam sociedades anônimas.</p> <p>Aquisições de participações societárias votantes são notificáveis ainda que não confirmem controle à entidade adquirente, desde que o ato de concentração atinja os critérios mínimos previstos na legislação aplicável. A FTC e o Department of Justice ("DoJ") podem revisar atos de concentração a qualquer momento, ainda que pós-fechamento, e não há período decadencial para tal.</p> <p>Como regra geral, operações com valor superior a USD 94 milhões são notificáveis nos Estados Unidos (ano-base de 2020). Esse valor é ajustado anualmente juntamente com os outros valores relevantes para fins de aferição se um ato de concentração é de notificação obrigatória nos Estados Unidos.</p> <p>Operações que acarretarem a detenção, pela entidade adquirente, de ativos e participações societárias com valor superior a USD 94 milhões e inferior a USD 376 milhões são notificáveis se a sociedade-mãe (ultimate parent entity) das entidades adquirentes e vendedoras atingirem os critérios mínimos indicados abaixo (ano-base 2020):</p> <p style="text-align: center;">Se a sociedade-mãe da entidade adquirida possui atividades no setor de</p>

FTC/DoJ

indústria e manufatura, é necessário notificar a operação em que: (i) a sociedade-mãe de uma das partes possuir, em escala global, ativos ou receitas líquidas de no mínimo USD 188 milhões; e (ii) a sociedade-mãe da outra parte possuir, em escala global, ativos ou receitas líquidas anuais de no mínimo USD 18,8 milhões. Os critérios estabelecidos nos dois itens deste parágrafo são cumulativos.

Se a sociedade-mãe da entidade adquirida possuir atividades em outro setor que não indústria e manufatura, é necessário notificar a operação em que: (i) a sociedade-mãe da entidade adquirida possuir no mínimo USD 188 milhões em ativos totais ou receitas líquidas anuais e a sociedade-mãe da entidade adquirente possuir no mínimo USD 18,8 milhões em ativos totais ou receitas líquidas anuais; ou (ii) a sociedade-mãe da entidade adquirente possuir no mínimo USD 188 milhões de ativos totais ou receitas líquidas anuais e a sociedade-mãe da entidade adquirida possuir no mínimo USD 18,8 milhões em ativos totais (não há referência a receitas anuais líquidas). Os critérios estabelecidos nos dois itens deste parágrafo não são cumulativos.

No caso de formação de joint ventures e de entidades que adotam a forma de sociedades anônimas, a operação será notificável se: (i) (i.a) uma das sociedades-mães das entidades adquirentes possuir no mínimo USD 188 milhões em ativos totais ou receitas líquidas anuais; (i.b) a sociedade-mãe de outra entidade adquirente possuir no mínimo USD 18,8 milhões em ativos totais; e (i.c) a entidade a ser formada possuir no mínimo USD 18,8 milhões de ativos totais; ou (ii) (ii.a) a sociedade-mãe de cada entidade adquirente possuir no mínimo USD 18,8 milhões em ativos totais ou receitas líquidas anuais; e (ii.b) a entidade a ser formada possuir no mínimo USD 188 milhões de ativos totais. Os subcritérios estabelecidos dentro de cada item são cumulativos, mas os critérios estabelecidos nos dois itens deste parágrafo não são cumulativos. Isto é, os subitens (a, b e c) são cumulativos dentro do item (i) e os subitens (a e b) são cumulativos dentro do item (ii), mas os itens (i) e (ii) são independentes entre si.

No caso de formação de entidades que não adotam a forma de sociedades anônimas, a operação será notificável se a sociedade-mãe da entidade adquirente adquirir o controle de uma entidade que não adota forma de sociedade anônima e tal sociedade-mãe possuir ativos totais ou receitas líquidas anuais de: (i) no mínimo USD 188 milhões, se a entidade a ser formada possuir no mínimo USD 18,8 milhões em ativos totais; ou (ii) USD 18,8 milhões se a entidade a ser formada possuir no mínimo USD 188 milhões em ativos totais. Os critérios estabelecidos nos dois itens deste parágrafo não são cumulativos.

Para cômputo do valor de ativos totais e receitas líquidas anuais, são considerados os ativos e as receitas da sociedade-mãe e os ativos e receitas das entidades que a sociedade-mãe controla por meio da: (i) propriedade beneficiária de no mínimo 50% das ações votantes; (ii) detenção de poderes para eleger no mínimo metade do conselho de administração da entidade controlada; ou (iii) detenção de direitos

<p>FTC/DoJ</p>	<p>de recebimento de no mínimo metade dos lucros ou ativos no caso de dissolução. Os ativos e as receitas de entidades que não se enquadram nos critérios indicados neste parágrafo não são computados.</p> <p>Operações que acarretarem a detenção, pela entidade adquirente, de ativos e participações societárias com valor superior a USD 376 milhões são notificáveis independentemente do valor dos ativos totais e das receitas líquidas anuais das sociedades-mãe das partes da operação.</p> <p>As principais exceções aos critérios indicados acima são: (i) a aquisição de ativos dentro do curso normal de negócios de uma das partes, como insumos e matéria-prima; (ii) aquisição de certos tipos de propriedades imobiliárias, novas ou usadas, imóveis não produtivos, escritórios e prédios residenciais, desde que não adquiridos com um negócio; e (iii) investimentos passivos de até 10% em situações nas quais a entidade investidora não possua intenções de participar na formulação, determinação e direção das decisões empresariais básicas da entidade emissora das ações.</p> <p>Dada a complexidade dos parâmetros vigentes nos Estados Unidos, caso as partes possuam dúvidas se a operação delas é de notificação obrigatória, elas podem solicitar informalmente a opinião da FTC sobre o assunto.</p> <p>Na hipótese de uma operação suscitar preocupações concorrenciais e, na visão da FTC e do DoJ, precisar ser reprovada, é necessário judicializar o caso.</p>
----------------	--

5.2 Análise crítica de casos

5.2.1 Facebook/Instagram (2012)

Em 9 de abril de 2012, o Facebook [anunciou](#) que havia firmado contrato para aquisição do Instagram, o qual era, nas palavras do próprio Facebook, um “aplicativo divertido e popular para compartilhamento de fotografias via celular”. O preço de aquisição foi de aproximadamente USD 1 bilhão, considerando uma combinação de pagamento em dinheiro aos acionistas do Instagram e troca de ações do Instagram por ações do Facebook. Consta que, em junho de 2012, o Instagram possuía apenas 13 funcionários e não gerava receitas. Nessa época, o Instagram ainda não exibia anúncios.

Como mencionado pelo Professor Randal Picker em sua [contribuição](#) ao subcomitê de Direito Antitruste da U.S. House of Representatives, a aquisição do Instagram aconteceu em um momento crítico em que o Facebook tentava aumentar sua exposição em aparelhos celulares. O Facebook foi inicialmente criado como uma rede social acessada por meio de computadores, porém o Instagram já nasceu como uma ferramenta voltada para dispositivos móveis. O receio do Facebook suposta-

mente seria o Instagram adicionar novas funções que se sobreporiam às do Facebook e passar a monetizar suas operações por meio de anúncios publicitários⁴².

A operação foi aprovada nos [Estados Unidos](#) e no [Reino Unido](#). Nos Estados Unidos, a FTC não proferiu decisão analisando o caso no detalhe. O único documento encontrado foi uma [carta da FTC](#) aos advogados das partes informando que a FTC não adotaria quaisquer medidas com relação à operação e que a investigação havia sido encerrada em 22 de agosto de 2012. De acordo com [informações públicas](#), aparentemente a FTC não prosseguiu com a investigação da aquisição porque Facebook e Instagram ofereciam produtos funcionalmente distintos e gratuitos, de modo que seria difícil sustentar alguma teoria de dano aos usuários.

No Reino Unido, a então OFT emitiu [decisão sucinta](#) no sentido de que o ato de concentração não suscitaria preocupações concorrenciais. Lá, a aquisição foi notificada porque o Facebook possuía participação de mercado superior a 25% no mercado de serviços de redes sociais, no qual o Instagram também atua. Em decorrência dessa sobreposição, independentemente do market share do Instagram, o critério de realização de concentração econômica com níveis de concentração superiores a 25% foi acionado.

De acordo com a OFT, a despeito de serem duas redes sociais, Facebook e Instagram eram serviços distintos. A maior parte das receitas do Facebook advinha da exibição de anúncios aos seus usuários, ao passo que o Instagram era um aplicativo que permitia aos usuários tirar fotografias e aplicar efeitos especiais sobre elas, para depois compartilhá-las com outros usuários do Instagram e/ou postá-las em outras redes sociais, incluindo o Facebook. Assim, com exceção da ferramenta Facebook Camera, Facebook e Instagram não seriam substitutos próximos do ponto de vista de anunciantes e usuários⁴³.

No entendimento da OFT, o Facebook seria predominante utilizado para conectar usuários que se conhecem na realidade, como amigos, colegas de escola e trabalho, familiares e pessoas próximas dos círculos sociais frequentados pelos usuários. Por outro lado, o Instagram seria frequentemente utilizado por usuários que adotam pseudônimos para postar fotos com algum tipo de filtro. As postagens de Facebook usualmente estariam disponíveis apenas para amigos dos usuários e as do Instagram, por padrão, seriam abertas a qualquer pessoa⁴⁴.

⁴² Esse ponto também foi abordado pela OFT: "It is likely that pre-merger Facebook was aware of Instagram's growing user base: Instagram was Apple's App of the Year in 2011 and had several high-profile users (such as Barack Obama). Given that Instagram's user base was growing rapidly it may have been the case that Facebook perceived that Instagram would grow to be a credible social network competitor. Third parties advised that it would not be difficult or expensive for Instagram to expand its services to a website and to add at least some functionality similar to Facebook's" (parágrafo 25 [decisão da OFT](#))

⁴³ Na época da decisão da OFT, o Instagram havia registrado número de downloads 45 vezes superior ao do Facebook Camera.

⁴⁴ "The merger parties and third parties told the OFT that the functionality of Instagram's social network and Facebook's social

A OFT afirmou que Facebook e Instagram não disputariam oportunidades de marketing porque o Instagram teria potencial limitado para tal. Na visão da OFT, os usuários do Instagram gastariam menos tempo na rede social quando comparados aos usuários do Facebook, fator que diminuiria a atratividade do Instagram sob a perspectiva de anunciantes. Outro fator que pesava contra o Instagram era o fato de que o Instagram coletava um número limitado de dados de seus usuários. Alguns terceiros interessados, contudo, afirmaram que o Instagram possuía sim oportunidades para monetização imediata ou poderia desenvolver essas oportunidades à medida que o número de seus usuários crescesse⁴⁵.

Independentemente da possibilidade de monetização imediata ou não do Instagram, as partes e terceiros interessados indicaram que o Google – dono da rede social Google+ e de uma série de subsidiárias que atuam na intermediação de anúncios – seria o líder consolidado no mercado, virtualmente capturando cerca de 44% dos gastos mundiais com publicidade online. Ainda segundo as partes e terceiros interessados, sites que capturam informações comportamentais e demográficas, como Bing, Google e Yahoo, teriam uma vantagem competitiva sobre o Facebook, mesmo após a aquisição do Instagram. Por essas razões, a OFT descartou preocupações concorrenciais que dissessem respeito ao mercado de exibição de anúncios publicitários⁴⁶.

network are significantly different. While Facebook is predominantly used by off-line friends using their real identities to connect online and share experiences (including photos), Instagram is predominantly used to share artful images by individuals often using pseudonyms. The information posted on Facebook is generally shared amongst friends only. By contrast, on Instagram the default position is that photos are available to all other users of the service. Users of Instagram can also post individual photos to other social networks (including Facebook)” (parágrafo 22 da [decisão da OFT](#)).

⁴⁵ “In terms of whether Instagram may have the potential to compete with Facebook’s photo sharing app for advertising revenue, one third party told the OFT that it does not consider that Instagram provides significant marketing opportunities. The commercial opportunities are limited because consumers take and upload photos, but do not spend a significant amount of time in the app. This limits its attractiveness to advertisers for two reasons. First, eyeballs are not on the app for a significant period of time and second, limited user data is captured. Some third parties took a different view, namely that social apps and websites do not always present monetisation opportunities from the outset, but rather grow their user base and then develop monetisation opportunities once they have a large enough user base to be attractive to advertisers. Few third parties, however, believed that Instagram presented immediate monetisation opportunities. [...] The parties’ revenue models are also very different. While Facebook generates revenues from advertising and users purchasing virtual and digital goods via Facebook, Instagram does not generate any revenue. Instagram is not currently an actual competitor to Facebook for advertising revenue and it has limited networking functions” (parágrafos 18-19 e 22-23 da [decisão da OFT](#)).

⁴⁶ “The parties did not provide market share information for its UK advertising sales. They advised, however, that Facebook has a market share of 0-10% of European online display advertising by revenue and 0-10% of European online advertising revenues. The parties advised that Google has a 44% share of global online advertising expenditure. Third parties advised that the main constraints on Facebook for advertising income are sites that gather user demographic and behavioural data (amongst other information) and are effective outlets for brand advertising. These sites include Google, Yahoo, and Microsoft. [...] In summary, the evidence before the OFT does not show that Instagram would be particularly well placed to compete against Facebook in the short run. In addition, there are other firms that appear to be presently able to compete against Facebook for brand advertising. For these reasons, the OFT believes that there is no realistic prospect that the merger may result in a substantial lessening of competition in the supply of display advertising. [...] One third party informed the OFT that Google is the strongest constraint to Facebook because it has a social network, Google+, and because its combined services allow it to gather large volumes of information on users making it an attractive proposition for advertisers. Google has an additional ability to constrain Facebook through its AdSense subsidiary which matches advertisers to online advertising space. [...] In addition to its strength in advertising, its competitor status through Google+ and its important role as an advertising intermediary, Google also operates Google Play, an online app store for the Android mobile operating software. Overall, Google appears to have several options for retaliation in the

As principais preocupações concorrenciais identificadas pela OFT relacionavam-se aos efeitos verticais da operação e potenciais barreiras à expansão do número de usuários. No que toca aos efeitos verticais da operação, haveria o risco de o Facebook impedir os usuários do Instagram de postarem suas fotografias em outras redes sociais que não o Facebook e risco de deterioração, pelo Facebook, das Application Programming Interfaces (“APIs”)⁴⁷ entre o Instagram e redes sociais concorrentes do Facebook⁴⁸. Entretanto, essa hipótese foi afastada porque um dos atrativos do Instagram era justamente poder postar as fotos que usavam filtros do Instagram em outras redes sociais, em especial o Facebook. Ao restringir a interoperabilidade entre o Instagram e outras redes sociais que não o Facebook, o Instagram acabaria com uma funcionalidade considerada relevante pelos seus usuários, que teriam menos incentivos para utilizar o Instagram depois da aquisição pelo Facebook⁴⁹. No que concerne a barreiras à expansão, a OFT entendeu que elas seriam relativamente

event that its social network was foreclosed by the merger parties” (parágrafos 27-29 e 34-35 da [decisão da OFT](#)).

⁴⁷ Segundo definição da [Red Hat](#): “API é um conjunto de definições e protocolos usados no desenvolvimento e na integração de software de aplicações. API é um acrônimo em inglês que significa interface de programação de aplicações. Uma API permite que sua solução ou serviço se comunique com outros produtos e serviços sem precisar saber como eles foram implementados. Isso simplifica o desenvolvimento de aplicações, gerando economia de tempo e dinheiro. Ao desenvolver novas ferramentas e soluções (ou ao gerenciar aquelas já existentes), as APIs oferecem a flexibilidade necessária para simplificar o design, a administração e o uso, além de fornecer oportunidades de inovação. As APIs costumam ser vistas como contratos, com documentações que representam um acordo entre as partes interessadas. Se uma dessas partes enviar uma solicitação remota estruturada de uma forma específica, isso determinará como o software da outra parte responderá. As APIs simplificam a forma como os desenvolvedores integram novos componentes de aplicações a uma arquitetura preexistente. Por isso, elas ajudam na colaboração entre as empresas e as equipes de TI. Muitas vezes, as necessidades empresariais mudam rapidamente para responder aos mercados digitais em transformação. Nesse ambiente, novos concorrentes podem redefinir o setor inteiro com uma nova aplicação. Para manter a competitividade, é importante oferecer suporte à implantação e desenvolvimento rápidos de serviços inovadores”.

⁴⁸ “The OFT considered whether the merger parties would foreclose rival social networks by (a) preventing Instagram users from uploading their photographs to those networks and the effect of such an action on competition; or (b) deteriorating the quality of the connection of the API between Instagram and rival social networks” (parágrafo 31 da [decisão da OFT](#)).

⁴⁹ “Third parties agreed that the parties have the technical ability to prevent Instagram users from uploading their photos to rival social networks. In terms of incentive, the benefit of the foreclosure strategy may be to increase the likelihood that a photo taken with Instagram would be posted to Facebook. The cost would be that Instagram may become less attractive to users if its social functionality were more limited. However, third parties were unclear about the impact of any such restriction on the popularity of the Instagram app. They noted that at least part of Instagram’s appeal is that photos can be uploaded to other social networks. It is also the case that there are a myriad of photo apps with similar functionality to Instagram which can upload photos to social networks. [...] Third parties generally agreed that the merger parties would have the technical ability to foreclose rivals or to partially foreclose rivals by reducing their ability to upload to Facebook. The majority of third parties did not, however, believe that this would be a sensible commercial strategy on the merger parties’ part. They believed that Facebook has the incentive to allow its users to upload photos from as many sources as possible – customer engagement increases the volume of user information that Facebook has and thereby makes the network more appealing to advertisers. In terms of the effect of any such action, third parties told the OFT that camera apps would still be able to upload photos to social networks other than Facebook. The OFT also note that there is at least one app, TwitPic, dedicated to uploading photos to Twitter, a rival social network. Moreover, it is possible to link in Facebook to photos on other social networks. On balance, it appears as though the merger parties may have the technical ability to foreclose competing photo apps. The majority of third parties did not believe that the parties would have the incentive to pursue such a strategy because it would likely decrease users’ level of engagement with Facebook. In any event, users would not be prohibited from using competing camera apps nor from posting their photos to several other popular outlets” (parágrafos 32-33 e 39-41 da [decisão da OFT](#)).

baixas porque a atratividade de um aplicativo pode ser transitória e porque o Instagram cresceu de 1,4 milhão de usuários em janeiro de 2011 para 24 milhões de usuários em fevereiro de 2012⁵⁰.

A decisão da OFT, de agosto de 2012, foi proferida com base no conhecimento que se tinha naquele momento e à luz dos documentos submetidos à autoridade concorrencial pelas partes. A dinâmica de mercado vigente à época era totalmente distinta da atual e, sem um pronunciamento das partes quanto aos seus planos futuros, era difícil prever o que exatamente aconteceria ao Instagram pós-aquisição ou em um cenário em que o Facebook não adquirisse o Instagram. Sem a aquisição, teria o Instagram crescido suficientemente a ponto de exercer pressão competitiva sobre o Facebook? Teria o Instagram sido adquirido por outra empresa, como Google ou Microsoft? Teria o Facebook Camera suplantado o Instagram? Teria o Instagram sido um aplicativo efêmero que desapareceria dentro de alguns anos? Teria o Instagram, sozinho, atingido mais de um bilhão de usuários, marca a partir da qual o Facebook parou de divulgar o número de usuários ativos do Instagram?

⁵⁰ "In terms of whether other apps or social networks could replicate Instagram's success, it is relevant that Instagram grew rapidly from having 1.4 million users in January 2011 to around 24 million users in February 2012. Whilst this indicates the strength of Instagram's product, it also indicates that barriers to expansion are relatively low and that the attractiveness of apps can be 'faddish'. Indeed, there is some speculation that the acquisition by Facebook in itself may discourage some Instagram users from using the app" (parágrafo 36 da [decisão da OFT](#)).

Figura 31 - Linha do tempo de novas funcionalidades do Instagram

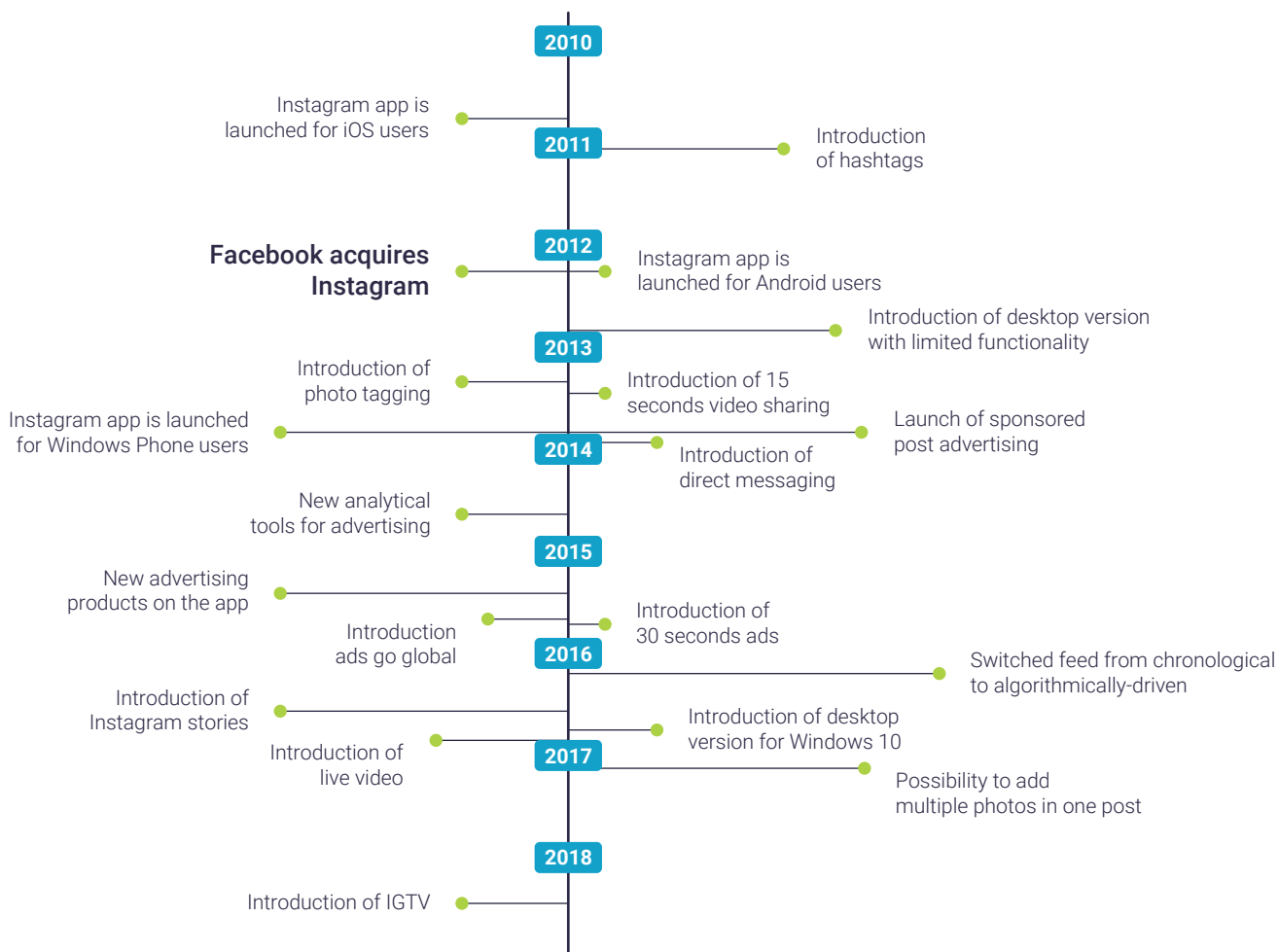
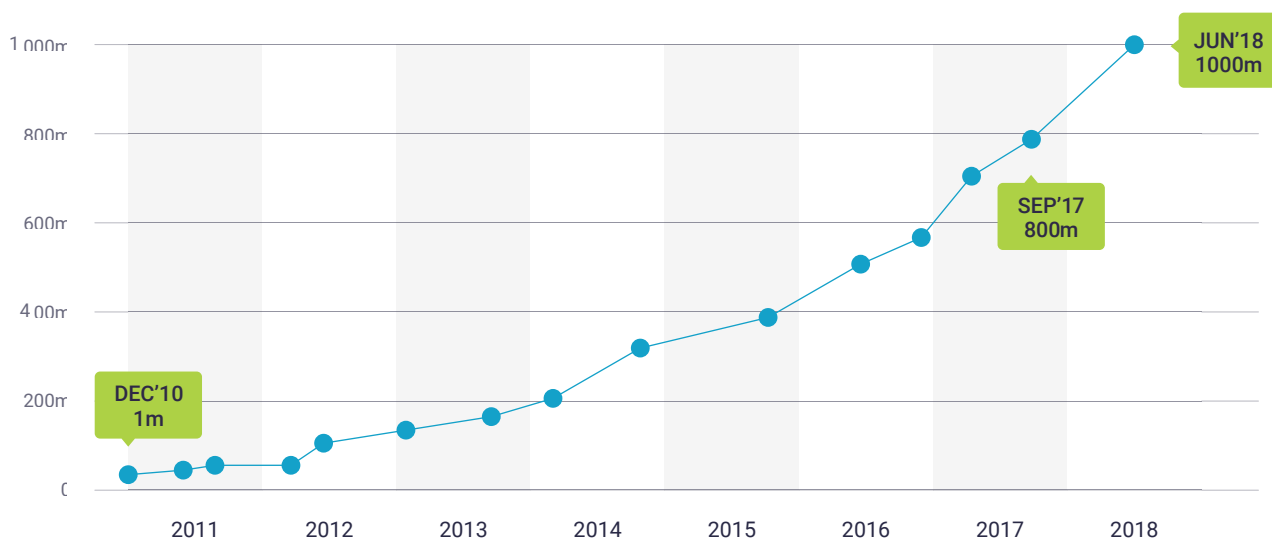


Figura 32 - Crescimento do número de usuários do Instagram (2010-2018)



Aferir as condições de concorrência em diferentes conjunturas é um dos principais problemas da análise de aquisições centradas em dados no setor de tecnologia. É praticamente impossível ter um contrafactual confiável quando os mercados afetados pela operação estão sujeitos a níveis altos de inovação e volatilidade.

Qualquer análise crítica sobre essa operação necessariamente contará com o benefício da retrospectiva, afinal passou-se quase uma década e o transcurso do tempo evidenciou mudanças importantes no mercado. No início dos anos 2000, a tendência para compartilhamento de fotos e interações entre usuários eram os fotologs, o MySpace, o Orkut e o Tumblr, opções que caíram em desuso ou não mais estão disponíveis para acesso. A rede social Google+ não decolou e, em 2016, surgiu o TikTok, que apenas mais recentemente teve um incremento substancial no número de postagens diárias e usuários ativos. Da mesma forma, os aplicativos que ofereciam serviços de alguma maneira similares aos do Instagram, tais como Camera Awesome, Camera+, Flickr, Hipstamatic, Path e Pixable, estão indisponíveis ou nem de longe representam ameaça ao Instagram.

Em 2019-2020, no âmbito da ampla investigação antitruste no setor de tecnologia da U.S. House of Representatives, que culminou com a produção de [Relatório de Investigação e Recomendações pela maioria da U.S. House of Representatives](#), foram descobertos [e-mails internos](#) do Facebook que indicavam que, no entendimento do Facebook, o Instagram não era apenas um aplicativo complementar de filtros para fotografias, mas sim um concorrente direto do Facebook. Conforme tais documentos, o Instagram, então uma startup sem receitas, representaria risco sensível à dominância do Facebook no mercado de redes sociais e, por meio da aquisição do Instagram, o Facebook pretendia “neutralizar um potencial concorrente” e “integrar os produtos do Instagram” aos do Facebook.

Caso esses e-mails internos tivessem sido disponibilizados às autoridades concorrenciais durante a instrução do ato de concentração, possivelmente elas teriam empreendido uma análise antitruste mais rígida e levado em consideração os efeitos da integração entre as duas plataformas e potenciais estratégias do Facebook para monetização do Instagram via anúncios. A depender das representações sobre o Instagram feitas pelo Facebook nos documentos de notificação da operação à FTC e à OFT (indisponíveis ao público em geral por questões de confidencialidade⁵¹), não se pode descartar a possibilidade de o Facebook ter apresentado informações potencialmente contraditórias com relação aos e-mails internos mencionados no parágrafo acima.

Essa assimetria informacional privou a FTC e a OFT de dados relevantes que possibilitariam um diagnóstico concorrencial mais apurado da aquisição do Instagram. Possivelmente o maior deslize cometido pela OFT – e quiçá pela FTC, apesar de não existir decisão pública sobre a operação – foi ela ter considerado somente uma dimensão estática das condições de concorrência, em que

⁵¹ Nesse aspecto, o CADE promove maior transparência ao requisitar às partes a apresentação de uma versão pública do formulário de ato de concentração, que é disponibilizada no SEI para consulta de quaisquer interessados.

Facebook e Instagram continuariam, pós-aquisição, exatamente o que eram pré-aquisição: duas plataformas distintas não passíveis de integração e reformulação. A OFT também poderia ter investigado com maior profundidade em que medida o poder de mercado do Facebook no segmento de publicidade online seria incrementado com uma combinação de dados dos usuários do Facebook e do Instagram. Essa teoria de dano não era desprezível porque, no ano anterior à aquisição, 85% das [receitas](#) do Facebook advinham da monetização dos dados de seus usuários por meio de anúncios direcionados⁵². Aparentemente, a OFT sequer cogitou a aquisição do Instagram como uma aquisição centrada em dados⁵³.

Em novembro de 2012, três meses após a aprovação da FTC e da OFT, o Facebook [atualizou](#) sua política de privacidade para permitir a coleta e utilização de dados dos usuários do Instagram para fins de publicidade direcionada pelo Facebook. Um mês depois, em dezembro de 2012, o Facebook [atualizou](#) a política de privacidade do Instagram para deixá-la consistente com a do Facebook. Menos de um ano depois, em novembro de 2013, o Instagram finalmente [incorporou](#) anúncios à sua plataforma. Consoante [estimativas](#) da [RBC Capital Markets](#), divisão de assessoria de investimentos e mercado financeiro do [Royal Bank of Canada](#), o Instagram possuía um potencial de geração de caixa com anúncios publicitários entre USD 1,3 bilhão e USD 2,1 bilhões logo no primeiro ano de operações. Isso significa que o valor de aquisição do Instagram seria rapidamente recuperado pelo Facebook e que os fundadores do Instagram não sabiam do potencial de geração de caixa da empresa ou simplesmente não queriam poluir a plataforma com campanhas publicitárias.

⁵² O relatório da Consultoria LEAR pondera que essa preocupação é reforçada quando os usuários da target passam a ser detidos exclusivamente pela empresa adquirente: "If the transaction made some users, that were previously shared between the merging parties, exclusive to the merged entity, this could increase the merged entity's market power in the market for online advertising. This would have been dependent on the extent of usage overlap: intuitively, the likelihood that the merged entity's user base becomes more exclusive as a result of the merger increases as the portion of overlapping users increases. [...] If the transaction led to the creation of a larger platform, or increased the ability of the platform to target ads, this could increase the merged entity's attractiveness to advertisers and deprived competitors of a similar opportunity. As a preliminary step, the Authorities should have explored whether some form of integration between Facebook and Instagram infrastructure was possible to give advertisers the opportunity to design joint ad campaigns reaching the users of both platforms. If this was technically feasible, the Authorities should have assessed whether Instagram's user base represented an increment to the platform's size that was valuable for advertisers. In this respect, collecting data on demographics characteristics of Facebook's and Instagram's users could have revealed whether the transaction allowed the merged entity to reach a more comprehensive audience than Facebook and Instagram did by themselves" ([LEAR's Report for the CMA on Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets](#), p. 77-78).

⁵³ "Finally, the Authorities did not explore ToHs related to data combination. The merging parties could have combined their arguably considerable data endowments, enriching their social graph of users. In line with the economic literature reviewed in section 1.2.4 and in Annex A.4 and with the ToHs explored by other CAs described in section 1.4.2.2, the Authorities could have assessed whether data combination could have resulted in the merged entity gaining a significant competitive advantage that could have led to foreclosure of alternative suppliers. With respect to this, the Authorities could have investigated whether the merging parties had the technical ability to implement such data combination, their incentives to pursue such a strategy and the overall impact on competition. Both depended on the extent to which combining the datasets would have increased the merged entity's ability to target ads, making it more attractive to online advertisers. In this assessment, the Authorities should have considered also that if targeted advertising generally benefits from enriching the platform's dataset, there are diminishing returns to scale; in addition, machine learning technologies have been making collecting extensive datasets less and less necessary" (idem, p. 78)

Não foi possível obter as políticas de privacidade oficiais do Facebook e do Instagram em momento anterior à aquisição do Instagram para fazer um levantamento cronológico do quanto o direito à privacidade dos usuários pode ter sido afetado⁵⁴. De acordo com a [política de privacidade atual](#) do Instagram, o Instagram coleta e processa, dentre outras, as seguintes informações de seus usuários: (i) comunicações, conteúdo e interações dentro do Instagram; (ii) data e localização de postagens; (iii) ambientes que o usuário vê por meio da câmera do aplicativo; (iv) dados do Facebook, como opção religiosa, preferência política, situação de saúde, dados étnicos e interesses em geral; (v) informações sobre pessoas, páginas, contas, hashtags e grupos de contato, incluindo agenda de contatos do celular, registro de chamadas e histórico de mensagens SMS; (vi) conteúdo visualizado (fotos, publicações e vídeos), pessoas e contas com as quais o usuário interage, tempo, frequência e duração das atividades no Instagram; (vii) transações realizadas dentro do Instagram, como compras e doações, incluindo número de cartões de crédito e débito, dados de contato, detalhes de cobrança e entrega; (viii) comentários, contatos, mensagens e outras interações de terceiros que façam referência ao usuário; (ix) informações de dispositivo (incluindo aparelhos celulares, computadores, tablets, televisores e outros produtos eletrônicos que de alguma forma interagem com o Instagram), tais como sistema operacional, versões de hardware e software, níveis de bateria, força de sinal, espaço de armazenamento, navegador, comportamentos do usuário no dispositivo (atividades em primeiro e segundo plano, movimentos do cursor, etc.), identificadores de aplicativos, contas e jogos utilizados, sinais de Bluetooth, pontos de acesso de Wi-Fi, torres de celular, velocidade de conexão, localização em tempo geral, câmera, etc.; (x) local de moradia, lugares próximos e/ou frequentemente visitados; (xi) traços físicos para reconhecimento facial; e (xii) dados armazenados por terceiros que são parceiros do Facebook, como anunciantes, desenvolvedores e outros sites independentes, que compartilham com o Facebook as atividades e o comportamento dos usuários fora do ecossistema Facebook/Instagram, independentemente de o usuário ter ou não ter uma conta associada ao Facebook e ao Instagram.

Em 9 de dezembro de 2020, a [FTC](#) e uma [coalizão de 48 estados](#) dos Estados Unidos ingressaram com representações de abuso de posição dominante ([Seção 2 do Sherman Act](#)) e realização de aquisições anticompetitivas ([Seção 7 do Clayton Act](#)) contra o Facebook para, dentre outros objetivos, obter desinvestimentos de ativos e reestruturação de linhas de negócios, incluindo o Instagram. Neste momento, é inviável prever qual e quando será o desfecho dessa disputa judicial. Tendo em conta a magnitude dos interesses envolvidos, é de se esperar que o Facebook e o governo dos Estados Unidos potencialmente litigarão até a Suprema Corte em um cenário em que um acordo não for aceitável às partes.

⁵⁴ "Following the acquisition, Facebook also degraded Instagram users' privacy by matching Instagram and Facebook Blue accounts so that Facebook could use information that users had shared with Facebook Blue to serve ads to those users on Instagram" (parágrafo 127 da [representação dos estados](#)).

5.2.2 Google/Waze (2013)

Em junho de 2013, o Google, por meio da sua subsidiária Motorola Mobility Holding (“[MMH](#)”), [adquiriu](#) o Waze Mobile Limited (“[Waze](#)”) por USD 966 milhões⁵⁵. A operação foi [aprovada](#) pela então OFT em 11 de novembro de 2013. À época, entendeu-se que o Waze, ainda um entrante, não representaria pressão competitiva significativa ao Google Maps, ao menos no Reino Unido. Há notícia de que o caso foi [analisado pela FTC](#), mas não foi possível encontrar decisão pública (se existente).

O Waze oferece serviços de localização e navegação terrestre em tempo real, mas de uma forma diferente se comparado aos seus principais concorrentes. Em razão do seu funcionamento semelhante ao de redes sociais, o Waze oferece – e no período da operação já oferecia – informações mais ricas do que as do Google Maps (limitadas a como se chegar do Ponto A ao Ponto B). Por exemplo, usuários do Waze poderiam vincular sua conta de Facebook ao aplicativo e interagir instantaneamente com amigos e outros usuários desconhecidos.

Por meio de cliques na tela do celular, é possível identificar outros usuários do Waze ao longo da rota, checar o nível de utilização do Waze com base nos avatares desses usuários, inserir informações sobre trânsito (acidentes, blitzes, buracos e objetos na pista, engarrafamento, situações de perigo/risco, radares fixos e móveis, etc.), encontrar determinados estabelecimentos comerciais úteis sem necessariamente ter procurado por eles (caixas eletrônicos, estacionamentos, farmácias, lojas de conveniência, postos de combustível, restaurantes de estrada, serviços de hospedagem etc.). Em alguns casos, como de postos de combustível, é possível comparar preços entre postos concorrentes geograficamente próximos. Tais preços são atualizados quase que diariamente e são os usuários que fornecem ao Waze essas informações.

A principal fonte de receita do Waze era e continua sendo o oferecimento de anúncios com base no destino e na localização dos usuários. Tendo em vista que o Google adota modelo de negócios baseado em publicidade direcionada, os vastos bancos de dados do Waze contendo histórico de navegação e locais preferidos (em especial, casa e trabalho) dos usuários seriam valiosos para o Google. Assim, por meio da aquisição do Waze, o Google teria acesso a novos padrões de compor-

⁵⁵ Alguns sites de notícias divulgam preços distintos para a aquisição, geralmente entre USD 1,1 a 1,3 bilhão. O autor faz referência a USD 966 milhões porque é esse o valor que consta da decisão da OFT.

tamento dos usuários e passaria a ter controle sobre a principal ameaça ao Google Maps⁵⁶⁻⁵⁷.

De acordo com a [política de privacidade atual](#) do Waze, o aplicativo coleta as seguintes informações de seus usuários: (i) nome, endereço de e-mail e número de telefone; (ii) endereços de casa, trabalho e outros favoritos (bares, casa de amigos e familiares, cafés, shoppings, restaurantes, etc.), se fornecidos pelo usuário; (iii) comportamento e rotina com base em destinos e horários; (iv) mensagens de bate-papo com outros usuários; (v) redes sociais, se vinculadas ao Waze; (vi) todos os contatos telefônicos, se autorizado pelo usuário; (vii) histórico de navegação e pesquisa, incluindo locais frequentes; (viii) dados dos sensores e receptores do celular; (ix) interação com anúncios e conteúdos patrocinados (por exemplo, se o usuário clicou ou não no anúncio, se o usuário passou perto ou visitou o lugar anunciado, etc.); (x) áudio e voz ao usar recursos do Waze; (xi) atividades em sites e aplicativos parceiros do Waze (por exemplo, Spotify), se autorizado pelo usuário; e (xii) marca do aparelho celular, nível de bateria, operadora móvel e sistema operacional.

É possível que o Waze tenha passado a capturar mais informações após ter sido adquirido pelo Google⁵⁸, mas já em 2013 existia uma [preocupação](#) com relação ao destino e à utilização dos dados coletados pelo Waze, particularmente porque, a princípio, eles não eram tratados como confidenciais. Tão logo a aquisição foi anunciada, a [Consumer Watchdog](#), entidade do terceiro setor com sede na Califórnia, enviou [carta ao DoJ e à FTC](#) solicitando a reprovação do ato de concentração. O pedido adotou como fundamento o reforço da posição dominante do Google no mercado de publicidade online por meio da coleta de mais dados pessoais.

Não obstante os aspectos indicados acima, materialmente perceptíveis quando da decisão da então OFT, a operação foi aprovada sem complicações. Inicialmente, as partes alegaram à OFT que o caso sequer seria notificável porque tanto o Google quanto o Waze não cobriam pelos seus

⁵⁶ "In a 2013 interview, Waze CEO Noam Bardin described the competitive battle against Google: 'What search is for the Web, maps are for mobile.' The search mechanism on smartphones, he said, was the map. To find restaurants, for example, you may look at Yelp reviews. But you may start your search on Yelp with a map of restaurants in a specific neighborhood; alternatively, you may start with the users' reviews and end with the map location of your dining choice, with directions thereto. Very few companies hold this mapping data, and Google was outdistancing its rivals on maps, as it did with search. Waze, its CEO felt, posed the only real competition to Google maps. (Waze used to benchmark its map quality to Google's until Google terminated Waze's access to its APIs, or application programming interface, which is a set of programming instructions and standards for accessing the program and requesting services from that program.) The stakes are large, as geolocation and mapping data are key for advertisers. Using users' geolocation data, Google and Waze can track where people are and influence where they will go by providing them information on nearby advertisers (such as promoting a nearby Taco Bell). The first step is to target users by their location. The next step is to combine all the data on the user (tastes, search history, etc.) to target him with behavioural ads" (STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big Data and Competition Policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 93).

⁵⁷ Discriminações personalizadas com base em um conjunto de dados específicos do consumidor (amigos e eventos de redes sociais, gostos, interesses, histórico de localização, termos-chave constantes de conversas particulares e e-mails, etc.) são e serão cada vez mais comuns e suscitarão questões não apenas concorrenciais, como também de privacidade. Nesse sentido, veja-se: NIELS, Gunnar; JENKINS, Helen; KAVANAGH, James. *Economics for Competition Lawyers – 2nd edition*. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 181.

⁵⁸ Não foi possível localizar a íntegra da política de privacidade do Waze em período anterior ao da aquisição pelo Google.

serviços. A OFT rejeitou esse argumento porque ambas as partes possuíam receitas não desprezíveis decorrentes de anúncios online e porque a participação combinada do Google Maps e do Waze seria superior a 25% no Reino Unido, um dos gatilhos previstos na legislação britânica.

Google e Waze defenderam uma definição de mercado relevante ampla do ponto de vista do produto, sugerindo a inclusão de dispositivos pessoais de navegação (aparelhos autônomos de GPS, como Garmin e TomTom), sistemas automotivos de navegação (GPS acoplados pelas montadoras aos veículos), mapas estáticos disponíveis na Internet e aplicativos móveis de navegação (como Apple Maps, Google Maps, Nokia HERE e o próprio Waze). Com relação ao escopo geográfico, as partes afirmaram que o mercado deveria ser nacional em virtude de diferenças de idioma. A OFT deixou as definições de mercado relevante abertas porque a operação não geraria concentração relevante no Reino Unido.

As definições propostas pelas partes são criticáveis porque o Waze sempre foi uma ferramenta muito mais completa e complexa do que aparelhos autônomos de GPS, todos pagos, e GPS embutidos em automóveis: nenhum deles permitia coleta de dados similar às práticas do Waze e interações entre usuários em tempo real. À época, tais serviços de GPS seriam mais parecidos com Apple Maps, Google Maps e Nokia HERE, cuja principal finalidade era indicar rotas do Ponto A ao Ponto B. Também não seria razoável comparar o Waze com serviços de mapas estáticos na Internet pelas mesmas razões. Por fim, entende-se que a mera diferença entre idiomas não seria suficiente para limitar o escopo geográfico a um único país, afinal o Waze oferecia opções de mudança de idioma e interface antes de ter sido adquirido pelo Google.

O Google argumentou que suas atividades não se sobreporiam às do Waze porque o Google Maps e o Waze teriam demandas diferentes: o Google Maps oferece opções de caminhada e transporte público, que não são oferecidas pelo Waze, ao passo que o Waze traria informações sobre as condições de estrada e trânsito, não oferecidas pelo Google Maps. Também que os mapas do Google derivam de imagens capturadas por veículo próprio ou de satélites. Essa alegação pode ter contrariado relatórios internos do Google e do Waze apresentados à OFT e manifestações de terceiros interessados⁵⁹. A alegação também não parece consistente com [pronunciamento](#) feito

⁵⁹ Não é possível afirmar isso categoricamente porque há trechos relevantes da decisão mantidos como confidenciais. Entretanto, pelo contexto e pela linguagem utilizada pela OFT, essa afirmação é plausível: "In considering the closeness of competition between the parties, the OFT notes that both parties' applications are listed under the navigation sections of application stores. A comparison of the products shows that both applications provide turn-by-turn navigation, whether this is on a familiar or unfamiliar route, including point of interest information, traffic information and alternative routes. In addition, Google's research reports state that [CONFIDENTIAL]; and [CONFIDENTIAL]. Google's consumer research report commented that [CONFIDENTIAL]. The OFT considers that these statements indicate that the parties' applications are frequently used for the same purposes by users. Third parties did consider Waze and Google to be competitors. One competitor considered that the acquisition removed Google's closest current competitor, but this view was not generally shared by third parties. The OFT notes that in September 2012, Apple recommended that users download Waze (along with Bing and MapQuest) whilst it improved its own map application. The parties' internal documents show that [CONFIDENTIAL] to be competitors. In one document, Waze described itself as [CONFIDENTIAL]. Further evidence indicates that Google was [CONFIDENTIAL] to Waze as a competitor and seeking to [CONFIDENTIAL] by Waze, for example, [CONFIDENTIAL]" (parágrafos 33-35 da [decisão da OFT](#)).

por Noam Bardin, CEO do Waze, em momento anterior ao ato de concentração. Segundo o CEO do Waze, o Google Maps seria o único concorrente próximo do Waze⁶⁰.

As partes suscitaram à OFT outros quatro argumentos⁶¹. Primeiro seria que o Waze não teria a vantagem de ser um pioneiro, o que não parece ser verossímil. Em verdade, aparentemente o Waze foi o primeiro serviço de navegação terrestre a congregar dados de usuários em tempo real e oferecer a possibilidade de interações parecidas com as de redes sociais. O segundo argumento seria que o Waze não contaria com efeitos de rede, o que parece ser equivocados. Ora, se o Waze desde o início oferecia serviços de publicidade pagos por anunciantes a usuários gratuitos do Waze, trata-se de um mercado de dois lados com efeitos de rede natos. O terceiro seria que o Waze sofreria forte pressão competitiva de aplicativos pré-instalados (Google Maps no Android e Apple Maps no iOS)⁶². Embora isso seja faticamente correto, o raciocínio corta para os dois lados: se há efeito prático concorrencial relevante na pré-instalação de determinados aplicativos, o Google entende procedentes parte dos fundamentos das acusações feitas pela Comissão Europeia que acarretaram a imposição de multa de EUR 4,34 bilhões no caso Android. Vale também mencionar que o mero uso de iOS não inibe a instalação do Google Maps e do Waze, de modo que não é adequado excluir a possibilidade de multihoming de aplicativos. O quarto argumento seria que dados de navegação e mapas seriam commoditizados e replicáveis⁶³. Ocorre que isso até pode ser verdade no caso de ferramentas que levam o usuário do Ponto A ao Ponto B (GPS automotivos e autônomos ou versões antigas do Google Maps), mas esse não é o caso do Waze, cujo banco de dados é alimentado diariamente e em tempo real por seus usuários⁶⁴. Fosse essa alegação procedente, o Google não teria comprado o Waze por quase USD 1 bilhão.

⁶⁰ A despeito disso, a OFT não reconheceu Google Maps e Waze como concorrentes diretos: "The OFT does not consider, on the basis of the available evidence, that the parties are currently close competitors" (parágrafo 85 da [decisão da OFT](#)).

⁶¹ "The parties submit that Waze does not have a first mover advantage and does not benefit from network effects. The parties state that Waze's current low reach implies that there are a substantial number of smartphone users who do not use Waze. [...] The OFT does not therefore consider that, on the basis of the evidence, Waze had achieved sufficient scale in the UK to the extent that it was benefitting from significant and insuperable network effects, or that this would lead to an acceleration in its future growth" (parágrafos 46 e 49 da [decisão da OFT](#)).

⁶² "First, the strongest competitive constraints in the market may be expected from applications which are native and have access to a large user base. Integration of a map application into the operating system creates opportunities for operating system developers to use their own or affiliated services (for example search engines and social networks) to improve the experience of users and it allows for the collection of real-time traffic information" (parágrafo 57 da [decisão da OFT](#)).

⁶³ "The parties submit that mapping data has become commoditised and, as such, any supplier wishing to offer a mapping product is able to license data and combine data from various sources. During its investigation, the OFT found evidence that developers of navigation applications do multisource data to develop their own applications" (parágrafo 76 da [decisão da OFT](#)).

⁶⁴ Esse aspecto levantado em manifestações de terceiro interessados no caso: "A number of third parties considered that it would be difficult for a new entrant to replicate the success achieved by Waze. One third party commented that the strength of Waze was that it had focused on building such a community where users feel that they are creating something new. It was therefore considered by some third parties that it would be difficult for another entrant to compete with an equivalent model to Waze" (parágrafo 77 da [decisão da OFT](#)).

A OFT ignorou outros elementos importantes neste caso. Terceiros interessados informaram que os serviços do Waze seriam constantemente melhorados como resultado da coleta de dados de usuários em tempo real e das interações frequentes entre usuários e dos usuários com o aplicativo. A OFT também foi contraditória ao afirmar que o Waze não teria conquistado a atenção de usuários britânicos, em que pese o aplicativo tenha alcançado aproximadamente quatro milhões de usuários dentro de três anos e meio, a partir de seu lançamento⁶⁵. A OFT também não acatou a possibilidade de um contrafactual em que o Waze tornar-se-ia um competidor de relevância – como se já não efetivamente fosse – em face do Google.

Como notado no [relatório](#) da Consultoria LEAR, trata-se de um caso com análise concorrencial incompleta, que deixou de examinar detidamente submissões importantes de terceiros interessados: a então OFT ateve-se a métodos tradicionais de análise antitruste, atribuiu representatividade superestimada ao Apple Maps, ignorou a complementariedade de dados oferecida pelo Waze ao Google, desconsiderou as possibilidades de monetização mais acentuada do Waze e deu atenção apenas ao lado dos usuários do aplicativo, ignorando o lado dos anunciantes⁶⁶.

⁶⁵ “The OFT notes that Waze considered its data to be [CONFIDENTIAL]. For example, Google’s minutes from a meeting [CONFIDENTIAL] quote Waze as saying [CONFIDENTIAL]. The OFT received mixed views from third parties on the quality and coverage of Waze’s UK map data but it was generally considered that the data would improve over time (due to Waze’s data generating process) rather than currently representing a high standard that would be comparable to Google Maps. In terms of the detail and accuracy of Waze’s Maps, Google concluded that in terms of a number of [CONFIDENTIAL], Waze was, [CONFIDENTIAL] although they were [CONFIDENTIAL]. Google considered that Waze may have been able to [CONFIDENTIAL] that it is common for developers to multi-source data. However, although evidence indicates that Waze could achieve [CONFIDENTIAL], the OFT notes that no analysis was undertaken of UK cities. Therefore, whilst there is evidence to indicate that Google did consider Waze as a competitor and that Waze’s map data for some areas, such as some US cities, was of a good standard or could be improved relatively easily, on balance, the evidence does not indicate that Waze’s mobile application represented a strong competitive constraint to Google’s in the UK. Despite the concerns raised by third parties, the evidence before the OFT does not indicate that Waze had been successful in attracting sufficient users to build a UK map that would currently be considered to have good coverage and detailed accuracy and features compared to that of alternative providers of map data. [...] In the UK, Waze has witnessed strong growth in a relatively short period of time. Data provided by the parties shows that Waze’s registered users increased from a little over [1,000 – 100,000] when it was launched in January 2010 to [500,000 – 4,000,000] by August 2013, of which over [50,000 – 2,000,000] are active users” (parágrafos 37-39 e 41 da [decisão da OFT](#)).

⁶⁶ “The Authorities may have over relied on the competitive constraint that Apple Maps would have exerted on the merged entity. Apple Maps was only available on iOS devices, which represented 30-31% of smartphone sales in the UK at the time of the merger and could represent an indirect constraint on Google Maps for Android devices only to the extent that Google cannot discriminate between the two OSs. If Google were to lower the quality of Google Maps on Android, for instance by introducing ads (which, being generally considered as a nuisance, would represent a drop in quality) Android users would not be able to switch to Apple Maps. The Authorities could have investigated whether such discrimination was feasible. [...] All in all, there may have been enough evidence for the Authorities to conclude that Waze could have become a relevant competitive force. Most importantly, the range of ToHs analysed in the decision was incomplete. ToHs developed by the Authorities focussed solely on the effect that the merger could have had on the users’ side of the market. However, turn-by-turn navigation apps are provided to users for free and are monetized elsewhere. The Authorities could have explored monetization channels and evaluate whether the merger could have had an adverse effect in the markets where monetization occurs. [...] In conclusion, the Authorities seem to have discarded valuable pieces of evidence signalling that Waze may have become a relevant competitor to Google Maps. At the same time, they may have put too much weight on the existence of other competitors, especially for Android devices. Still, it is hard to say whether such evidence would have been enough for the Authorities to adopt a different decision, meeting the probatory standard needed to block a merger. [...] This makes the range of ToHs analysed in the decision incomplete. Current business models and monetization avenues should represent an unavoidable step for the development of a ToH because, quite simply, market power is not exerted for its own sake, but has the ultimate objective of increasing profits. The incentives to, for instance, reduce innovation efforts and deliver lower quality to users do not directly depend on the number of users lost, but on the revenue lost due to that drop in users. [...] Finally,

Aparentemente, o caso Google/Waze está para ser [reanalisado pela FTC](#).

5.2.3 Facebook/WhatsApp (2014)

Em fevereiro de 2014, o Facebook [adquiriu](#) o WhatsApp, Inc. (“WhatsApp”) por USD 19 bilhões. Fundado em novembro de 2009, o WhatsApp é uma plataforma de mensagens instantâneas de celular por meio da qual os usuários comunicam-se uns com os outros em tempo real. Ele sucedeu os serviços tradicionais de mensagens SMS prestados pelas empresas de telefonia móvel, que cobravam um preço fixo por mensagem ou ofereciam pacotes com um número predeterminado de mensagens durante um mês. Com a difusão do acesso à internet por aparelhos celulares, o WhatsApp rapidamente popularizou-se porque o aplicativo permitia que os usuários enviassem infinitas mensagens gratuitamente ou, em alguns países, por apenas um valor anual de 99 centavos de dólar.

Nos Estados Unidos, não há decisão publicamente disponível analisando o mérito do ato de concentração. O único documento relevante encontrado no site da FTC foi uma [carta](#) enviada às empresas em 10 de abril de 2014. Nela, a ex-diretora Jessica Rich expressou suas preocupações com relação às promessas feitas pelo Facebook – cujas práticas de tratamento de dados pessoais foram anteriormente investigadas pela FTC – de que, após o fechamento da operação, não seriam alteradas as políticas de confidencialidade e segurança das conversas dos usuários do WhatsApp.

Em 2011, o Facebook foi [processado pela FTC](#) por supostamente ter prestado informações enganosas sobre os níveis de privacidade oferecidos aos seus usuários. Nessa investigação, a FTC alegou que o Facebook: (i) permaneceu compartilhando com determinados aplicativos e parceiros comerciais informações pessoais que usuários haviam marcado como restritas a “apenas amigos” ou “amigos de amigos”, em desrespeito às políticas de privacidade então vigentes; (ii) omitiu que, após alterações das suas políticas de privacidade, usuários não mais poderiam restringir o acesso aos seus nomes, fotos de perfil, gênero, lista de amigos e páginas curtidas, em contradição às promessas da empresa de que seus usuários teriam controle sobre seus dados; (iii) aplicou retroativamente e sem consentimento prévio novas políticas de privacidade que voltaram a tornar públicas informações anteriormente marcadas como restritas pelos usuários; (iv) distorceu aos usuários o escopo das informações pessoais coletadas por parceiros do Facebook; (v) compartilhou com anunciantes, sem consentimento prévio dos usuários, informações pessoais e o padrão de comportamento dos usuários na rede social; (vi) permitiu que aplicativos parceiros exibissem aos usuários

the Authorities omitted to explore the effects of the merger on the several economic activities related to the provision of turn-by-turn navigation services, which represent the way these services are monetized. This is the result of an insufficient understanding of how the services provided by the merging parties are monetized, both directly and indirectly” ([LEAR’s Report for the CMA on Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets](#), p. 14-15, 97-98 e 106).

um símbolo de “aplicativo verificado” quando, na verdade, o Facebook não havia verificado aplicativo algum; (vii) armazenou e compartilhou com terceiros fotos e vídeos de usuários mesmo quando tais usuários haviam excluído o conteúdo ou suas próprias contas da rede social, em violação às políticas de privacidade vigentes à época; e (viii) transferiu dados de usuários da Europa para os Estados Unidos sem cumprir com as obrigações previstas nos [US-EU Safe Harbor Privacy Principles](#).

Tal investigação foi [encerrada](#) em novembro de 2011 por meio de um [acordo](#) em que o Facebook comprometeu-se a: (i) não mais prestar informações enganosas aos seus usuários; (ii) obter consentimento prévio dos usuários quando o Facebook passar a adotar políticas de privacidade que revogam direitos anteriormente concedidos aos usuários; (iii) bloquear em trinta dias o acesso a informações pessoais de usuários que deletaram suas respectivas contas de Facebook; (iv) elaborar e manter um programa de Compliance completo para evitar riscos à privacidade dos usuários no que concerne a produtos e serviços atuais e futuros; e (v) apresentar à FTC, de dois em dois anos e por um período de vinte anos, relatórios de auditoria independente comprovando o cumprimento dos termos do acordo com a FTC. Em julho de 2019, o Facebook foi [multado](#) pela FTC em USD 5 bilhões por ter violado as obrigações indicadas acima e, em abril de 2020, a FTC [aprovou emendas](#) ao acordo original para, [dentre outras condições](#), determinar a criação de um comitê independente de privacidade e restringir os poderes de Mark Zuckerberg, CEO e fundador do Facebook, sobre decisões envolvendo a privacidade dos usuários do Facebook e de empresas afiliadas.

Na Europa, o ato de concentração foi [incondicionalmente aprovado](#) pela Comissão Europeia em 3 de outubro de 2014. Em razão do baixo faturamento do WhatsApp na Europa, a aquisição pelo Facebook não era de notificação obrigatória no âmbito comunitário europeu. Entretanto, o caso era notificável em, no mínimo, três países da União Europeia⁶⁷. As partes solicitaram à Comissão Europeia que ela própria analisasse a operação por meio do mecanismo de referral. Não houve oposição pelas autoridades concorrenciais nacionais dos três países competentes para examinar o caso.

Segundo a Comissão Europeia, não havia sobreposição entre as atividades do Facebook e do WhatsApp porque a primeira empresa operava serviços de redes sociais e a segunda operava serviços de mensagens instantâneas de celular. Dentre outros aspectos, a Comissão Europeia entendeu que Facebook e WhatsApp não concorriam porque: (i) o WhatsApp era oferecido apenas para smartphones e não era acessível por meio de outros dispositivos (limitação superada pelo WhatsApp Web, que permite aos usuários utilizarem seus computadores após liberarem acesso pelo aparelho celular); (ii) o Facebook possuía funcionalidades de rede mais completas e sofisticadas do que o WhatsApp, que era limitado à comunicação entre pessoas previamente conhecidas que a princípio sabiam o número de telefone uma da outra; (iii) o Facebook permitiria a criação conteúdo a ser compartilhado com amigos, amigos de amigos e/ou público em geral, suscetível a comentários e reações por parte de outros usuários, o que não aconteceria no WhatsApp; (iv) o

⁶⁷ A decisão original da Comissão Europeia omite o nome desses países.

Facebook oferecia opções para divulgação de informações pessoais não disponíveis no WhatsApp, como acontecimentos (nascimentos, casamentos, ingresso em faculdades, mudança de cidade, etc.), estado civil, interesses (esportes, filmes, livros, restaurantes, viagens); (v) as mensagens do WhatsApp eram recebidas e respondidas em tempo real, o que permitiria comunicações instantâneas não necessariamente viáveis no Facebook (o que não parece ser procedente, haja vista que usuários podiam comunicar-se via chat do Facebook ou Facebook Messenger antes da aquisição do WhatsApp); e (vi) o Facebook auferiria receitas por meio da coleta de dados dos seus usuários e exibição de anúncios de terceiros, ao passo que o WhatsApp não armazenaria, coletaria ou processaria dados pessoais para fins de publicidade direcionada.

Por ter entendido que a operação não suscitava preocupações concorrenciais, a Comissão Europeia deixou as definições de mercado relevante em aberto e, ao menos na visão do autor, cometeu alguns equívocos fáticos e metodológicos durante a análise. A título exemplificativo, a Comissão Europeia: (i) considerou, para aferição dos market shares do WhatsApp em alguns países da Europa, Twitter, Google Hangouts, Snapchat, Skype e Facebook Messenger, que não são serviços diretamente substituíveis⁶⁸; (ii) dispensou uma análise mais detalhada porque os serviços das partes eram gratuitos e não haveria incentivos para as partes “aumentarem” seus preços após a operação⁶⁹, como se o Facebook não fosse remunerado por campanhas de marketing direcionadas com base em dados pessoais coletados gratuitamente dos seus usuários; (iii) afirmou que, por não

⁶⁸ “On the basis of the market share data provided by the Notifying Party (in this regard see Section 5.1.2), in the period between November 2013 and May 2014 in Spain WhatsApp was the market leader (30-40%), followed by Twitter (10-20%), LINE (10-20%), Google Hangouts (5-10%) and Facebook Messenger (5-10%). In France the market leaders were Android’s messaging platform and Facebook Messenger (both 10-20%), followed by WhatsApp. [...] For example, the market leader is Viber in Croatia and Greece, Android’s messaging platform in Denmark and Snapchat in Norway. In Hungary, Poland and Lithuania, Facebook Messenger is the market leader, while WhatsApp is at best the third player. In Ireland and in the Netherlands, WhatsApp is the market leader and Facebook Messenger is the third player. [...] A number of other players provide consumer communications apps in competition with the Parties in the EEA and worldwide. These include integrated companies active also in the provision of smartphone hardware and operating systems, such as Apple with iMessage, BlackBerry with BBM, Samsung with ChatON, Google with Google Hangouts and the Android messaging platform, Microsoft with Skype. Competing consumer communications apps are also provided by mobile network operators along with traditional telecommunications services: examples of these apps are Joyn (the brand name of the Rich Communication Services program launched by the GSM Association for the creation of interoperator communication services over the Internet), Libon by Orange and Tuenti by Telefónica. Finally, many other providers of consumer communications apps are active on the market, such as LINE, Viber, Threema, Telegram, Snapchat and WeChat” (notas de rodapé 13-14 e parágrafo 85 da [decisão Comissão Europeia](#)).

⁶⁹ “The Notifying Party takes the view that market shares are of limited use for the assessment of the Transaction, since it concerns services which are characterised by ease and rapidity of entry and fast growth, as well as multi-homing, and which are mainly offered for free. [...] In line with the Notifying Party’s arguments, the Commission has found in its market investigation that there are no significant costs preventing consumers from switching between different consumer communications apps. [...] First, all consumer communications apps are offered for free or at a very low price. [...] In addition, certain respondents suggested that Facebook could increase WhatsApp’s subscription fee, as a result of which WhatsApp’s users would switch to Facebook, thereby increasing Facebook’s subscribers and, thus, Facebook’s advertising revenues and/or power vis-à-vis advertisers. However, respondents did not provide any evidence that users would switch to Facebook in response to a potential increase in WhatsApp’s subscription fees. Quite the contrary, as explained above in Section 5.1.3.2, the Commission has found that WhatsApp is not the closest competitor to Facebook Messenger (let alone to Facebook’s social networking site). In any event, even if such increase in WhatsApp’s subscription fee and subsequent user switching were to take place, as will be explained further below, the market investigation indicated that a sufficient number of alternative providers of online advertising will remain active post-Transaction alongside Facebook” (parágrafos 92 e 109, bem como nota de rodapé 93 da [decisão Comissão Europeia](#)).

exigir elevados custos financeiros e possuir baixas barreiras à entrada, um desenvolvedor poderia lançar aplicativos de mensagens instantâneas de celular sem grandes dificuldades⁷⁰, desconsiderando o fato de que então o próprio Facebook poderia produzir um concorrente bem-sucedido para desbancar o WhatsApp; (iv) atenuou os efeitos da operação em virtude da possibilidade de *multihoming*⁷¹, ignorando as preocupações decorrentes de exercício anticompetitivo de poder de portfólio⁷²; e (v) alegou que não haveria fechamento de mercado nem problemas com interoperabilidade porque Facebook e WhatsApp não controlam sistemas operacionais de celular⁷³, aspecto materialmente

⁷⁰ "In previous decisions, while ultimately leaving the exact geographic market definition open, the Commission found that a number of factors suggested that the geographic market for consumer communications apps would be at least EEA-wide, if not worldwide.⁹ The factors pointing to such conclusion included the lack of legal or technical barriers restricting the use or trade of consumer communications apps, the lack of differences in terms of quality, price and features (with the exception of some geographic areas), the identical users' habits in consumer communications apps within the EEA and worldwide and, finally, the fact that suppliers of consumer communications apps provide their services on a global level with limited differentiation in the quality and the features in the EEA. [...] Moreover, barriers to entry and expansion for competitors and switching costs for customers would be very low, so that any attempt of the merged entity to leverage its market position could be easily countered. In particular, should the merged entity introduce or raise its prices or stop innovating, customers could easily switch to competing services which are available free of charge and which will provide new features and better quality services (parágrafos 36 e 94 da [decisão Comissão Europeia](#)).

⁷¹ "Furthermore, the EEA market for consumer communications apps features a significant degree of multihoming, that is, users have installed, and use, on the same handset several consumer communications apps at the same time. In particular, WhatsApp and Facebook Messenger have been reported as being the two main consumer communications apps simultaneously used by the majority of the users in the EEA. This fact suggests that the two consumer communications apps are to some extent complementary, rather than being in direct competition with each other (parágrafo 155 da [decisão Comissão Europeia](#)).

⁷² Embora a detenção de portfólios de produtos/serviços distintos que ao mesmo tempo competem entre si não seja um problema concorrencial em si mesmo, a depender do caso concreto, o efeito indireto será a criação de barreiras à entrada: "O poder de portfólio pode dificultar a entrada efetiva de novos agentes, a capacidade de rivalizar dos concorrentes presentes no mercado e facilitar a prática de condutas lesivas à concorrência. A detenção de portfólios extensos pode diminuir os custos de transação do cliente, que passa a lidar apenas com uma empresa que possui diversos tipos de produtos e marcas, ao invés de vários pequenos fornecedores, um para cada produto. O relacionamento com muitos fornecedores gera um custo de transação relevante, decorrente de aspectos como negociações de preços e condições com cada produto, confecção e controle de contratos, entre outros. Entretanto, esse poder pode dificultar o acesso dos concorrentes menores no mercado, pois a negociação com eles importaria em maiores custos para o cliente. Em médio e longo prazos, a empresa beneficiada pode aproveitar essa situação e exercer o poder de mercado conquistado, elevando o preço de seus produtos e, eventualmente, ganhando participação de mercado das empresas de menor porte do segmento analisado. O agente pode utilizar o seu amplo portfólio para adotar estratégias agressivas e conseguir o fechamento de mercado aos concorrentes, como a diminuição de preços em um segmento onde deseja conquistar participação de mercado enquanto compensa a perda em outros mercados, na forma de subsídios cruzados. A detenção de um portfólio extenso tem efeitos importantes em termos de marketing dos agentes. A oferta de vários produtos maximiza a exposição da marca da empresa e o esforço de propaganda é mais eficiente quando a empresa detém um portfólio grande de produtos, pois, ao divulgar a marca, ela automaticamente está divulgando também todos os seus outros produtos" ([Guia do CADE para Análise de Atos de Concentração Horizontais](#), p. 39-40).

⁷³ "The Commission also considers that the Transaction is unlikely to give rise to an increase in switching costs. None of the Parties has control over the operating system of a smartphone, and therefore none of them could make it more burdensome for users to switch between different consumer communications apps. [...] The Commission considers that the Transaction is unlikely to give rise to an increase in entry barriers, as the Parties do not have control over any element influencing entry. In the first place, the Parties do not have control over the operating system of smartphones, and are not therefore in the position to foreclose access to the final user of the consumer communications service. In the second place, email addresses, phone numbers and other elements which could be used as identifiers to access competing apps are ultimately controlled by the users. In the third place, the handsets' native address book for phone numbers or email addresses which could be used to build up a communication network is potentially available to all rival consumer communications apps providers" (parágrafos 112 e 121 da [decisão Comissão Europeia](#)).

irrelevante no presente caso porque nenhuma das duas empresas é remunerada com o desenvolvimento e/ou licenciamento de versões de Android ou iOS.

Para além das deficiências indicadas acima, a Comissão Europeia preteriu questões sensíveis envolvendo os impactos que a operação teria sobre como os dados dos usuários do Facebook e do WhatsApp seriam coletados e utilizados para monetização em favor do Facebook. Embora apenas mais recentemente tenha havido uma tendência de maior conscientização sobre o assunto, já em 2014 a Comissão Europeia apontou que, logo depois do anúncio da aquisição do WhatsApp pelo Facebook, milhares de usuários instalaram o Telegram, que ofereceria proteções mais robustas à privacidade dos seus usuários⁷⁴. Isso pode sugerir que usuários são de fato sensíveis a outros fatores que não preço, de modo que proteção de dados pessoais é uma variável importante no processo de controle de concentrações. Exemplo recente disso foi um [aumento de 4.200%](#) no número de downloads do Signal, um aplicativo de troca de mensagens instantâneas voltado para privacidade dos usuários, logo após o Facebook ter divulgado [nova política de privacidade do WhatsApp](#).

A Comissão Europeia também afastou preocupações concorrenciais no mercado de publicidade online porque não haveria sobreposição de coleta de dados e monetização de anúncios entre as atividades do Facebook, cujas receitas advêm quase que integralmente dessa linha de negócios, e do WhatsApp, que não coleta dados dos seus usuários para monetização de anúncios⁷⁵. A Comissão Europeia também afirmou que não haveria concentração significativa de dados de usuários nas mãos do Facebook em um cenário pós-operação porque o Google continuaria sendo a maior empresa no segmento e Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo, Twitter, LinkedIn, Adobe e Yelp exerceriam pressão competitiva sobre o Facebook⁷⁶.

⁷⁴ "After the announcement of WhatsApp's acquisition by Facebook and because of privacy concerns, thousands of users downloaded different messaging platforms, in particular Telegram which offers increased privacy protection. [...] Privacy concerns also seem to have prompted a high number of German users to switch from WhatsApp to Threema in the 24 hours following the announcement of Facebook's acquisition of WhatsApp" (nota de rodapé 79 e parágrafo 174 da [decisão Comissão Europeia](#)).

⁷⁵ "Since only Facebook, and not WhatsApp, is active in the provision of online advertising services, the Transaction does not give rise to any horizontal overlaps in the market for online advertising or in any sub-segment thereof. Moreover, WhatsApp does not currently collect data about its users concerning age, verified name, gender, social group, activities, consuming habits or other characteristics that are valuable for advertising purposes. Also, WhatsApp does not store messages once they are delivered, and a message is sent only to and from the handsets that are associated with the mobile phone numbers used. Once a user's message has been delivered WhatsApp has no record of the content of that message. Therefore, since WhatsApp does not currently collect any user data that are valuable for advertising purposes, the Transaction does not increase the amount of data potentially available to Facebook for advertising purposes" (parágrafos 165-166 da [decisão Comissão Europeia](#)).

⁷⁶ "In this regard, the Commission refers to the results of the market investigation presented above [...], which indicate that, post-Transaction, there will remain a sufficient number of alternative providers of online advertising services. In addition, the Commission notes that there are currently a significant number of market participants that collect user data alongside Facebook. These include, first of all Google, which accounts for a significant portion of the Internet user data and, in addition, companies such as Apple, Amazon, eBay, Microsoft, AOL, Yahoo!, Twitter, IAC, LinkedIn, Adobe and Yelp, among others" (parágrafo 178 da [decisão Comissão Europeia](#)).

Essas fundamentações utilizadas pela Comissão Europeia são bastante criticáveis. A existência de um agente dominante no mercado de publicidade online não justifica a criação de outro e não foi realizada uma análise de subsegmentos dentro do mercado de publicidade online. Os serviços de publicidade oferecidos pelo Google são distintos daqueles oferecidos pelo Facebook, limitados a ecossistemas fechados de redes sociais controladas pelo Facebook. Ademais, os concorrentes mencionados pela Comissão Europeia não ofertam produtos substitutos aos do Facebook porque possuem alcance, escala e proporção de receitas não comparáveis: (i) a maior parte das receitas de Apple, Amazon, eBay, Microsoft e Adobe não decorre de publicidade online; (ii) AOL e Yahoo seguiam uma tendência consistente de decréscimo de faturamento; e (iii) Twitter e Yelp não possuem ordem de grandeza similar à do Facebook ([USD 3,716 bilhões do Twitter](#) e [USD 872 milhões do Yelp](#) v. [USD 85,965 bilhões do Facebook](#), em 2020).

A falha crítica da decisão da Comissão Europeia foi ela não ter examinado de maneira aprofundada os efeitos decorrentes de um possível compartilhamento de informações entre Facebook e WhatsApp em um cenário pós-operação⁷⁷. Mais grave ainda foi isso não ter acontecido nem mesmo depois de a Comissão Europeia ter multado o Facebook em EUR 110 milhões pela prestação de informações enganosas a respeito do tema⁷⁸. Segundo a Comissão Europeia, tais preocupações

⁷⁷ “One example as to the complex nature of forward-looking analysis may be found in the Facebook/WhatsApp transaction. In its appraisal, the Commission considered the possibility of Facebook implementing automated matching between Facebook and WhatsApp users’ accounts. Facebook informed the Commission that a reliable automated matching would not be possible. Nonetheless, in August 2016 the companies announced the possibility of linking WhatsApp users’ phone numbers with Facebook users’ identities. The Commission subsequently found, contrary to Facebook’s statements in its notification of the transaction, that the technical possibility of automatically matching already existed in 2014 at the time of notification. In 2017, the Commission fined Facebook EUR 110 million for providing incorrect or misleading information during its investigation. The case highlights the limitations in the enforcer’s ability to accurately predict technological changes and their significance. It also illustrates the asymmetric information available at the time of the appraisal, as companies often benefit from first-hand knowledge as to technology and markets. Also noteworthy is the difficulty to predict whether the merger will yield negative or positive innovation” (EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. [Working for the European Commission: Digitalisation and its Impact on Innovation](#), 2020, p. 73).

⁷⁸ Segundo o Facebook, seria inviável tecnicamente parear os perfis dos usuários do Facebook que também eram usuários do WhatsApp, salvo se os próprios usuários de ambos os serviços participassem de um processo manual que permitiria o match dos seus respectivos perfis: “The Notifying Party submitted that integration between WhatsApp and Facebook would pose significant technical difficulties. Notably, integration of WhatsApp’s and Facebook’s networks would require matching WhatsApp users’ profiles with their profiles on Facebook (or vice versa). This would be complicated without the users’ involvement since Facebook and WhatsApp use different unique user identifiers: Facebook ID and mobile phone number, respectively. Consequently, Facebook would be unable to automatically and reliably associate a Facebook ID with a valid phone number used by a user on WhatsApp. Matching of WhatsApp profiles with Facebook profiles would most likely have to be done manually by users, which in the Notifying Party’s view is likely to result in a significant backlash from both users of Facebook and WhatsApp who do not want to match their accounts. Finally, the Notifying Party stated that, beyond the difficulties in matching user IDs, significant engineering hurdles would have to be overcome to enable cross-platform communications, reflecting the fundamentally different architecture of Facebook and WhatsApp (including the former being cloud-based, the latter not). Based on the above, the Commission considers that technical integration between WhatsApp and Facebook is unlikely to be as straightforward from a technical perspective as presented by third parties. Moreover, it would pose a business risk for the merged entity as users could switch to competing consumer communications apps. [...] As explained in paragraphs 138-139, the Commission takes into account that there are likely to be significant technical hurdles to enable the integration of WhatsApp and Facebook. In particular, such integration would likely require involvement of users of both WhatsApp and Facebook to match/create their profiles on both platforms. Any forced transfer of WhatsApp users onto the Facebook social network (for example, by compelling WhatsApp users to register on Facebook) may alienate users and cause their outflow to competing consumer communications apps. Moreover, enabling cross-platform

concorrenciais seriam mitigadas porque: (i) o Facebook não seria beneficiado com efeitos de rede significativos porquanto 70-90% dos usuários do WhatsApp já eram usuários do Facebook e 60-70% dos usuários do Facebook Messenger já eram usuários do WhatsApp⁷⁹; (ii) as partes não apresentaram documentos indicando intenções futuras de integração dos bancos de dados do Facebook e do WhatsApp⁸⁰; (iii) eventual consolidação de banco de dados para fins de publicidade online afetando o WhatsApp estaria sujeita a alterações da política de privacidade do WhatsApp, medida que o Facebook comprometeu-se a não tomar⁸¹; e (iv) as informações do WhatsApp seriam de “utilidade marginal” para as atividades de publicidade do Facebook⁸².

As linhas de raciocínio da Comissão Europeia não parecem adequadas e são refutadas, na mesma ordem indicada acima, pelas seguintes razões: (i) a despeito da alta sobreposição (multi-homing) entre usuários do Facebook e do WhatsApp, os usuários de cada serviço geram informações diferentes (comportamento em redes sociais v. palavras monetizáveis dentro de conversas particulares) que, combinadas, complementam o portfólio de dados a que o Facebook teria acesso; (ii) são as próprias partes que selecionam os documentos a serem apresentados às autoridades

communication would necessitate substantial re-engineering of the services and rewriting of their code, given the differences in their architecture” (parágrafos 138-139 e 160 da [decisão Comissão Europeia](#)).

⁷⁹ “In any event, even if some integration of WhatsApp with Facebook were to take place post-Transaction, it would be mitigated by the fact that there is already a significant overlap between the networks of WhatsApp and Facebook. Indeed, on the basis of the estimates provided by the Notifying Party, in the period between December 2013 and April 2014, between 20-30% and 50-60% of WhatsApp users already used Facebook Messenger and between 70-80% and 80-90% of WhatsApp users were Facebook users and were therefore already within the reach of Facebook Messenger. Conversely, over the same period 60% to 70% of Facebook Messenger active users already used WhatsApp. Therefore, the net gain in terms of new members to the communications network would be much more limited than the addition of WhatsApp users to the Facebook user base would suggest. This means that preexisting network effects would be unlikely to substantially strengthened by the Transaction. [...] In any event, even if an integration of WhatsApp with Facebook were to take place, it would be mitigated by the fact that a large number of WhatsApp’s active users (70-90%) are already users of Facebook. Therefore, potential net gain in terms of new members to the social network would be much more limited than the addition of WhatsApp users to the Facebook user base (also considering that addition of all users is unlikely)” (parágrafos 140 e 162 da [decisão Comissão Europeia](#)).

⁸⁰ “The current plans of Facebook, as evidenced by its submissions to the Commission, public statements and internal documents, do not provide support for a future integration of WhatsApp with Facebook of the sort that would. [...] Moreover, the Notifying Party submits that Facebook has no current plans to introduce advertising on WhatsApp post-Transaction. [...] According to the Notifying Party, the Transaction would not impact the type of data that WhatsApp collects and stores. Facebook has publicly made it clear that it has no current plans to modify WhatsApp’s collection and use of user data” (parágrafos 161, 170 e 182 da [decisão Comissão Europeia](#)).

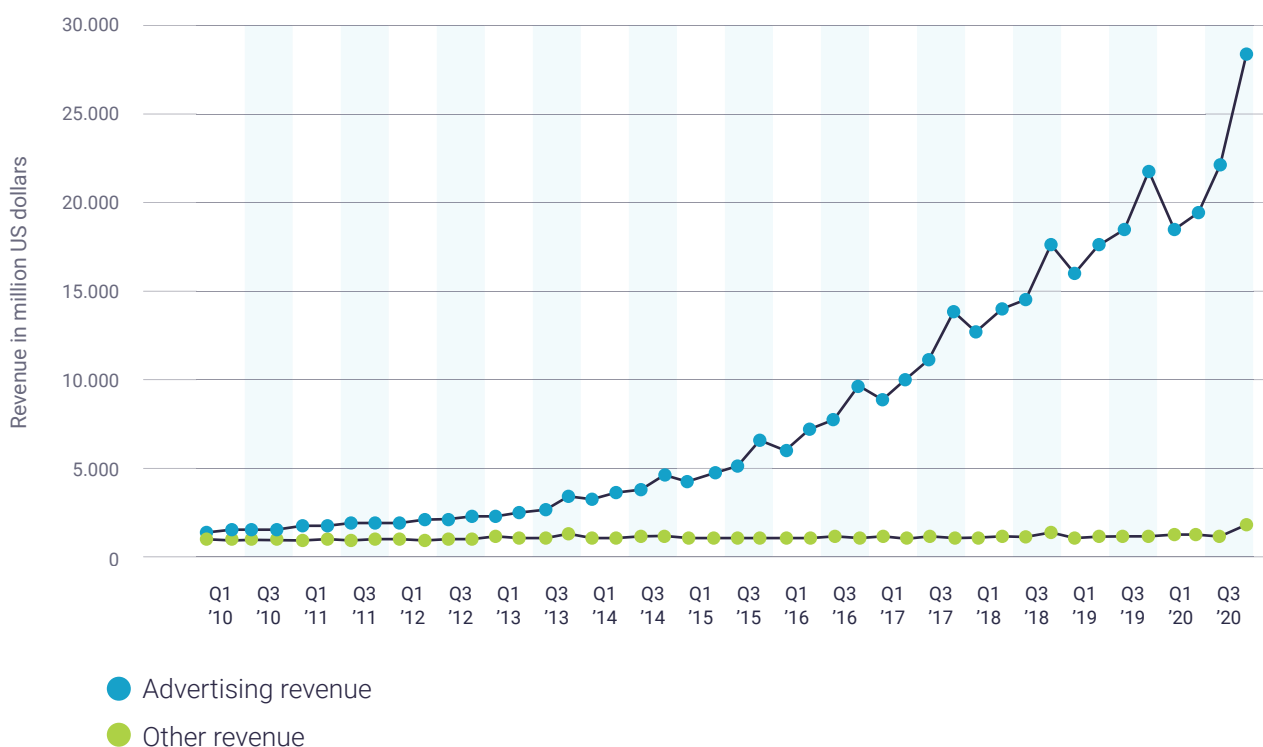
⁸¹ “As regards the ability of the merged entity to introduce targeted advertising on WhatsApp, this would theoretically be possible, subject to WhatsApp changing its privacy policy. [...] As with all Facebook services, to the extent an affiliate of Facebook engages in any sharing of data with another affiliate, it will do so in a manner consistent with the promises the relevant affiliates have made to users and with notice to the extent required by law. [...] As regards the ability of the merged entity to collect data from WhatsApp users who also have a Facebook account and use them for advertising on Facebook, this would require, first, a change in WhatsApp’s privacy policy” (parágrafos 173, 182 e 185 da [decisão Comissão Europeia](#)).

⁸² “The Notifying Party submits that the data that WhatsApp has access to is at best of marginal utility for Facebook’s advertising purposes and would not enhance Facebook’s ability to target advertisements on its services. Today, the only data that WhatsApp has about its users is their names and the mobile phone numbers with which the accounts are associated. This data is available to all suppliers of apps installed on users’ handsets, including Facebook” (parágrafo 181 da [decisão Comissão Europeia](#)).

concorrenciais, sendo perfeitamente factível omitir informações internas se for de interesse das partes; (iii) a alteração das políticas de privacidade é ato unilateral dos proprietários dos aplicativos e não depende de autorização prévia de autoridades públicas e/ou usuários dos serviços afetados⁸³, valendo lembrar que promessas podem ser desfeitas sem consequências jurídicas e não serem executáveis judicialmente; e (iv) quando a target pode acessar e coletar informações complementares às da empresa adquirente, toda informação nova passível de monetização é relevante.

Embora não seja possível estabelecer com sólidas evidências econômicas uma relação direta entre causa e consequência, é relevante notar que, a partir de 2014, ano de aquisição do WhatsApp e apenas dois anos após a aquisição do Instagram, as receitas do Facebook tiveram um incremento exponencial até hoje. De fato, é possível que outras causas expliquem o crescimento vertiginoso do faturamento do Facebook desde 2014, mas também é razoável pressupor que as aquisições do Instagram e do WhatsApp tiveram um papel crucial nessa tendência.

Figura 33 - Evolução do faturamento do Facebook por segmento (2010-2020)



⁸³ Segundo a [política de privacidade atual](#) do WhatsApp: "Podemos alterar ou atualizar nossa Política de Privacidade. Notificaremos sobre alterações feitas nesta Política de Privacidade, conforme a necessidade, e atualizaremos a data de última modificação na parte inferior desta Política de Privacidade. A continuação do uso de nossos Serviços ratifica sua aceitação de nossa Política de Privacidade e alterações posteriores. Caso você não concorde com a Política de Privacidade revisada, pare de utilizar os Serviços. Consulte nossa Política de Privacidade periodicamente".

Por fim, tal qual mencionado na subseção Facebook/Instagram deste trabalho, em 9 de dezembro de 2020, a [FTC](#) e uma [coalizão de 48 estados](#) dos Estados Unidos ingressaram com representações de abuso de posição dominante ([Seção 2 do Sherman Act](#)) e efetivação de aquisições anticompetitivas ([Seção 7 do Clayton Act](#)) contra o Facebook para, dentre outros objetivos, obter desinvestimentos de ativos e reestruturação de linhas de negócios, incluindo o WhatsApp. Consta da representação dos estados que o WhatsApp teria sido adquirido após o Facebook ter monitorado o crescimento do número de downloads do WhatsApp por meio de outro aplicativo comprado pelo Facebook meses antes, o Onavo: uma aquisição centrada em dados para outras aquisições centradas em dados⁸⁴.

5.2.4 Apple/Shazam (2018)

A aquisição do Shazam, [anunciada](#) no final de 2017, custou à Apple USD 400 milhões. Essa operação foi [aprovada](#) pela Comissão Europeia em 6 de novembro de 2018. Tendo em vista o baixo faturamento mundial do Shazam, de aproximadamente EUR 45,2 milhões em 2016, o caso não era de notificação obrigatória no âmbito comunitário europeu.

Ele chegou aos cuidados da Comissão Europeia por meio de referral suscitado pela autoridade concorrencial austríaca que, à época, adotava os seguintes [critérios](#) cumulativos de notificação: (i) faturamento mundial combinado das partes superior a EUR 300 milhões no ano anterior ao da operação; (ii) faturamento combinado das partes na Áustria superior a EUR 30 milhões no ano anterior ao da operação; e (iii) faturamento mundial de ao menos duas partes superior a EUR 5 milhões⁸⁵. Em 12 de dezembro de 2017, as autoridades concorrenciais da Espanha, da França, da

⁸⁴ "In October 2013, Facebook made another acquisition designed to hamper competition. But this time, instead of acquiring a rival or potential rival, Facebook acquired an important tool, 'the planet's largest mobile [data] panel,' with which Facebook could intensively monitor scores of applications and identify and assess emerging competitive threats, including, for example, WhatsApp. The acquisition of the company that owned that tool – an Israeli data analytics company, Onavo Mobile, Ltd. – also enabled Facebook to deny other firms that might seek to acquire these emerging threats access to the Onavo tool. Onavo's core mission as a startup had been to provide data compression and virtual private network ('VPN') services to consumers. By virtue of the data that ran through its service, however, Onavo had the ingredients necessary to offer rich data analytics and the ability to monitor app usage, mobile and Wi-Fi data usage, location data, and in-app user engagement with content by millions of users on their mobile devices. Onavo obtained its data in real time from its network of millions of mobile users that had downloaded the Onavo apps and used its VPNs to access websites around the world – and licensed this data through its 'Insights' service. It described itself as the 'most comprehensive market intelligence service in the mobile industry'. Before its acquisition, Onavo's technology helped its growing roster of technology and venture capital clients, including Facebook, assess and quantify metrics like market trends, user engagement, and user behavior on new and emerging apps and internet services. [...] Zuckerberg and his top executives closely monitored Early Birds Reports and other analyses derived from Onavo data to watch for emerging competitive threats. For example, Onavo data and analytics played a significant role in Facebook's targeting and ultimate acquisition of WhatsApp" (parágrafos 137-139 e 147 da [representação dos estados](#)).

⁸⁵ A partir de novembro de 2017, a autoridade concorrencial austríaca passou a determinar a notificação de atos de concentração que preencham estes critérios: (i) faturamento mundial combinado das partes superior a EUR 300 milhões no ano anterior ao da operação; (ii) faturamento individual das partes na Áustria superior a EUR 15 milhões no ano anterior ao da operação; (iii) valor da operação superior a EUR 200 milhões; e (iv) target tenha atividades significativas no mercado austríaco.

Islândia, da Itália, da Noruega e da Suécia endossaram o referral solicitado pela autoridade austríaca.

O Shazam é um desenvolvedor e distribuidor de aplicativos de celular, computadores e tablets voltados para reconhecimento de músicas. Por meio desse aplicativo, um usuário pode identificar as músicas que estão tocando no ambiente em que ele está. O aparelho celular capta as ondas sonoras e encaminha a informação até um banco de dados do Shazam, o qual retornará o nome da música, o intérprete, o álbum do qual a música faz parte, letras musicais, vídeos, aplicativos parceiros que disponibilizam a música, dentre outras informações. Com base no padrão musical das canções que o usuário do Shazam identifica, o aplicativo também sugere outros artistas e outras canções similares, direcionando o usuário para aplicativos de streaming e sites para aquisição e/ou visualização de conteúdo.

As receitas do Shazam decorriam, ao menos até antes da aquisição pela Apple, da exibição de anúncios, de parcerias com empresas independentes, de comissões recebidas pelo direcionamento de usuários do Shazam a aplicativos e sites parceiros e do licenciamento de dados e estatísticas musicais, utilizados para medição de audiência de artistas e canções. De acordo com [pronunciamento](#) da Apple, após a aquisição, o Shazam não mais exibiria anúncios aos seus usuários.

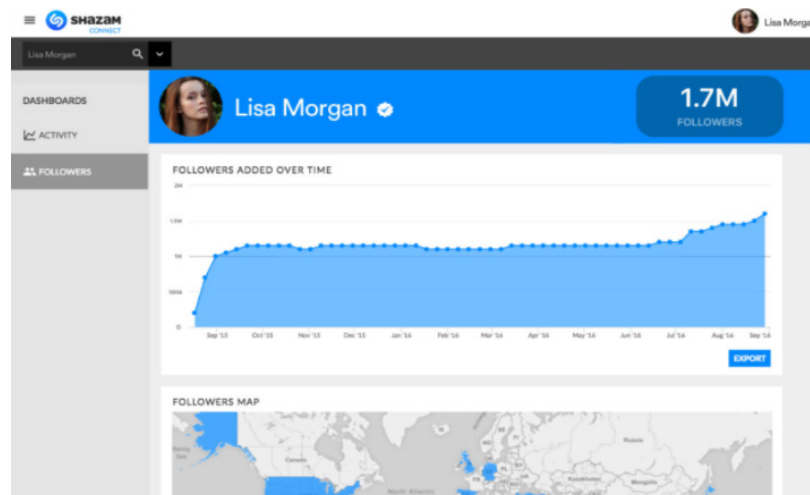
De acordo com a [política de privacidade atual](#) do Shazam, o aplicativo coleta informações sobre como os usuários relacionam-se com aplicativos e sites parceiros, além de potencialmente os seguintes dados: (i) credenciais do usuário (Apple ID, e-mail, Google ID, redes sociais, etc.); (ii) álbuns e canções identificados, além das recomendações feitas pelo aplicativo ao usuário; (iii) páginas visitadas e botões pressionados nessas páginas; (iv) modelo do aparelho celular, sistema operacional e endereço de IP; e (v) localização do usuário. A depender das preferências do usuário, o Shazam também pode ser integrado com o Apple Music ou o Spotify, ocasião na qual o Shazam teria acesso a ainda mais dados. Essas informações poderiam ser compartilhadas com terceiros e, após a aquisição, poderiam ser utilizadas pela Apple para melhorar seus próprios produtos e serviços.

Para a indústria do entretenimento, os dados coletados pelo Shazam são uma poderosa ferramenta: como mencionado em [reportagem da CNBC](#), o Shazam sabe quem está ouvindo o quê, quando e onde, criando um enorme repositório de memória musical para cada usuário, cidade e país. Por meio do Shazam, é possível aferir o gosto musical dos usuários do aplicativo, a localização e o horário em que a música foi capturada; a depender do caso e com a autorização do usuário, também é possível identificar alguns padrões de comportamento do usuário dentro de aplicativos de streaming de música.

Utilizando essas informações, artistas independentes, editoras, gravadoras, produtoras de conteúdo e os próprios aplicativos de streaming têm condições de melhor entender tendências e

seu público-alvo⁸⁶ e, no caso da Apple, desenvolver novos recursos para o Apple Music – potencialmente para incrementar a concorrência contra o Spotify. Além disso, com os dados do Shazam, há informações ainda mais detalhadas disponíveis para as versões profissionais dos aplicativos de streaming, que contêm analytics para artistas e gravadoras.

Figura 34 - Shazam com dados para artistas e gravadoras



⁸⁶ “The music industry is undergoing a significant change with a shift from physical to digital distribution. In this environment, user data already plays an important role today and that role is likely to grow in the future in the music industry. Such data may include: (i) device data (for example, unique device identifier, device language, operating system), (ii) demographic data (for example, name, gender, age); and (iii) behavioural data (for example, user’s clicks in app, the time users spend in various screens, microphone volume level, track titles, artists, time and location of when a song has been played, the reason why a song stopped playing, social media activity). The user data gathered by the players in the music industry has several different uses, including but not limited to: (i) development of new methods for delivering music to consumers; (ii) generation of data analytics; (iii) helping artists to understand their performance; (iv) identification of new music trends and prediction of future music hits; (v) understanding the music tastes of listeners in order to offer personalized playlists and provide music recommendations; and (vi) targeting advertising. In the past, in order to gather similar data and generate useful insights, the music industry relied primarily on more traditional sources of information, such as physical sales data and how often songs were played on the radio. Today, with the transformation brought by digitisation, there are more players active at different levels of the music industry value chain and more data is available. In fact, the industry can rely on more precise information not only on what people are listening to, but also on where, when and through which device they are listening to it. [...] When consumers use Apple Music, notably by playing video and audio content, Apple collects information on: title and artist of the video and audio played on the app; [...] content the users ‘love’, comment, or share; the time at which the song was played, and the time at which the song stopped playing; [...] where in Apple Music the song was played; device level information (for example [...]), the user’s Apple identifier, and the user’s Internet protocol (“IP”) address. Similar information is collected by Apple on [...]. Such information is used by Apple in order to produce personalized musical recommendations for its own subscribers, as well as to offer data products similar to those offered by Shazam to the general public. Notably, Apple displays for free on its websites and apps music charts based on its iTunes sales data (“music consumption charts”). Such data can provide useful insights to music labels and artists on the performance and “trendiness” of their repertoire. Moreover, in January 2018 Apple has launched ‘Apple Music for Artists’, which includes a dashboard giving artists access to a database on consumers’ listening and buying habits. [...] The Customer Information could be used by Apple to improve the performance of its customer acquisition effects, by performing more targeted advertising or marketing campaigns aimed at customers of rival music streaming app service providers (in particular Spotify’s freemium customers). This customer group could arguably be more prone to switching and take an Apple Music’s subscription, compared to the universe of all other potential addresses of Apple’s targeted advertising or marketing campaigns, which may be not be a music enthusiast. In turn, this could undermine the growth of Apple Music’s rivals, in particular those operating on the basis of a business model whereby the conversion of free users into paid subscribers is important” (parágrafos 64-66, 71-72 e 215 da [decisão da Comissão Europeia](#)).

Há notícia de que o [Bureau Européen des Unions de Consommateurs](#) ("BEUC") teria participado do processo de análise da operação na Comissão Europeia e suscitado algumas questões concorrenciais e de proteção de dados. Embora não tenha sido possível localizar as manifestações do BEUC à Comissão Europeia, o BEUC pronunciou-se sobre o caso em uma [postagem](#) do seu blog. Basicamente, o BEUC estava preocupado com um potencial favorecimento, via Shazam, de produtos da família Apple.

Mesmo nítido, o aspecto de acesso e aquisição de dados não foi analisado no detalhe pela Comissão Europeia. Na verdade, a Comissão Europeia preocupou-se mais com hipóteses de discriminação e fechamento de mercado envolvendo iOS v. Android e Apple Music v. Shazam, no sentido de que, após a aquisição, a Apple poderia dificultar a interoperabilidade do Shazam com aplicativos de streaming de música e sistemas operacionais concorrentes. Havia também preocupação com relação a um eventual acesso pela Apple, via Shazam, a dados sensíveis do Spotify, especialmente músicas ouvidas, lista de reprodução e atividades de amigos. Entretanto, a Comissão Europeia entendeu que, apesar de tecnicamente poder ter acesso a tais informações, a Apple não faria uso dessas informações em virtude de restrições contratuais⁸⁷.

Tendo em vista que a Apple não concorria imediatamente com o Shazam no desenvolvimento e licenciamento de aplicativos para reconhecimento musical, a operação foi aprovada pela Comissão Europeia sem imposição de remédios antitruste. Basicamente, a Comissão Europeia entendeu que: (i) o Shazam não teria expressividade no mercado à luz das suas baixas receitas⁸⁸; (ii) os dados coletados pelo Shazam seriam limitados ao setor musical e complementares àqueles que a Apple já coleta usuários de seus produtos e serviços⁸⁹; e (iii) existem outras empresas, como Google, Facebook, Microsoft e Twitter, que também coletam dados de seus usuários para fins de publicidade direcionada⁹⁰.

⁸⁷ Não existem motivos para desacreditar essa alegação, mas ela, por si só, parece ser insuficiente para extinguir a preocupação concorrencial. Na época da aquisição do DoubleClick pelo Google, o Google afirmou à Comissão Europeia que estaria impedido de ter acesso e utilizar informações do DoubleClick. Contudo, depois da aquisição, aparentemente os contratos teriam sido alterados e o Google passou a ter acesso aos bancos de dados do DoubleClick. Mais detalhes sobre essa questão podem ser encontrados na [decisão da Comissão Europeia](#) no caso Google/DoubleClick.

⁸⁸ "First, the evidence in the Commission's file indicates that, albeit Shazam has a significant market share in the market for music recognition apps and its competitors do not appear to have the same strength in particular in terms of brand recognition and attractiveness to users in the EEA, this does not appear to have translated in a significant degree of market power, including vis-à-vis providers of digital music streaming apps. Indeed, the revenues generated by Shazam from the partnership with digital music streaming apps are very limited" (parágrafo 281 da [decisão da Comissão Europeia](#)).

⁸⁹ "In the market investigation, the Commission has investigated the degree of substitutability (or complementarity) between the Parties' different data products, notably their music data charts. In this respect, the majority of the respondents to the market investigation indicated that Shazam's charts are complementary to rather than substitutable for Apple's charts because the music charts compiled by Shazam may give an indication of the popularity of certain music tracks, as well as of future music trends (music discovery) while Apple's charts reflect estimates of Apple's own music sales and/or usage patterns (music consumption)" (parágrafo 123 da [decisão da Comissão Europeia](#)).

⁹⁰ "During the first phase investigation, the Notifying Party submitted that the publication of music data charts and similar music

Tais constatações não são faticamente incorretas, mas são criticáveis.

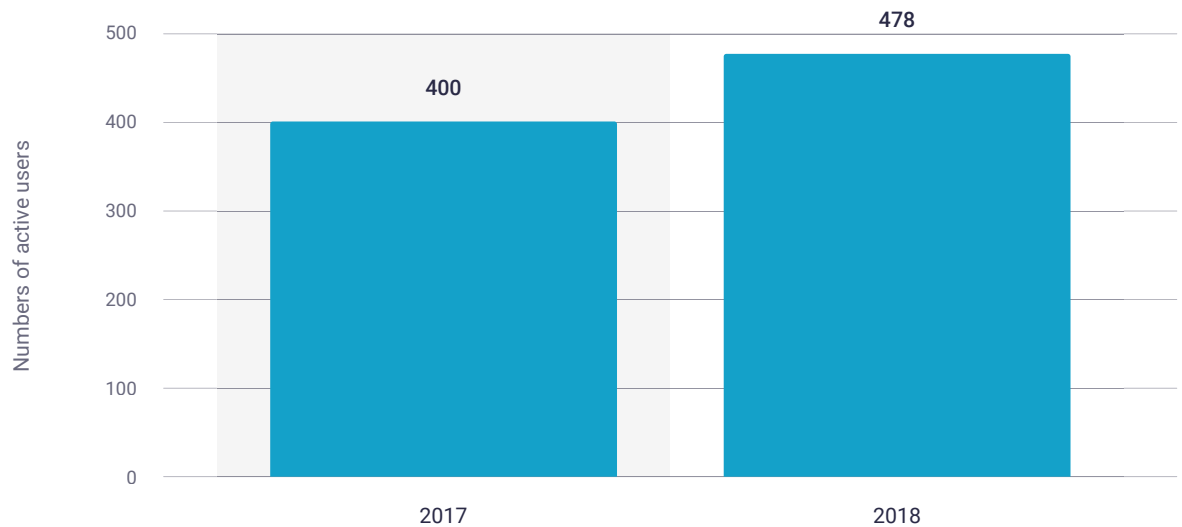
Sem dúvida, é objetivo de qualquer negócio maximizar seus lucros e o número de usuários. Entretanto, no setor de tecnologia, possuir baixas receitas não automaticamente significa que a empresa não possui massa crítica de informações e utilidade, em especial para o adquirente. O desenvolvimento de aplicativos e algoritmos é custoso e é um investimento imprevisível em termos de período para maturação, em especial a depender da forma de monetização utilizada pelos proprietários (assinatura mensal, aquisição única, parcerias com sites e outros aplicativos, venda de espaço para propagandas, dentre outras).

Antes da aquisição pela Apple, o Shazam acumulava perdas operacionais de aproximadamente USD 23,4 milhões de em 2017, valor desprezível para um adquirente com elevados recursos financeiros⁹¹, mas contava com uma base mundial de usuários substancialmente robusta, de aproximadamente 478 milhões. É dizer, a despeito de operar financeiramente no negativo como um aplicativo independente, quando somados seus dados e operações à Apple, seria possível criar outras aplicações e funcionalidades para o Shazam e, eventualmente, reverter os prejuízos históricos do Shazam. Aparentemente, foi isso que aconteceu logo no primeiro ano após o Shazam ser gerido pela Apple: segundo [notícia da Billboard](#), o Shazam teria passado a gerar lucro já em 2018.

data analytics does not correspond to a specific activity belonging to a relevant product market, but is instead an ancillary feature of the core business of music streaming or voice recognition. However, if a market existed for the collection of data on individuals' music tastes and the analytics of such data, such a market should, according to the Notifying Party, not be limited to data collected in the digital music industry, but should cover all data compiled relating to music preferences, including data gathered by undertakings active in the wider field of online social networks, such as LinkedIn, Facebook, WhatsApp or Google which collect the same type of data on their users, and even additional and more valuable information. [...] The ability to access the Customer App Information on Android, and thus to derive the Customer Information, is not limited to Shazam and would not be limited to Apple post-Transaction. Indeed, any app that is installed on an Android device is allowed by the Android Developer Guidelines to access the Customer App Information. Although arguably Shazam's installed base allows it to gather the Customer App Information for a very high number of (music enthusiast) users, the same would be true for Facebook and Twitter, for example, which also collect information on their users' interest. In fact, even if Apple were to gain access to the Customer Information, its ability to target subscribers of competing music streaming services post-Transaction is not set to increase materially. Indeed, the market investigation confirmed the Notifying Party's claim that there exist several providers, including, but not limited to Facebook, Google, and Twitter, which allow for the targeting of music enthusiast audiences (including some players allowing targeting of audiences of users of digital music streaming distributors, such as Spotify app users) which Apple could rely upon to target such users already pre-Transaction. Further, the ability to target subscribers of competing music streaming services post-Transaction would not be limited to Apple, as Apple Music's rivals could also rely on the same third party services post-Transaction (as well as pre-Transaction). [...] Finally, Shazam's data on user music discovery is not a key asset and is not unique. Shazam's User Behavioural Data [...]. In the music industry, the most potentially valuable data relates to actual music consumption (that is, sales, streams) because that is most representative of the correlation across multiple songs a user may like. As a result, the most interesting and valuable data to offer digital music streaming services is held by music streaming providers themselves. [...] Even considering the potential market segment for online advertising for music enthusiasts, the Commission notes that, as explained in Section 8.3.3.2., a number of major companies offering online advertising services on inventories far larger than Shazam, including Google and Facebook, allow advertisers to target music enthusiasts and would remain available to competitors of Apple Music post-Transaction" (parágrafos 120, 247-248, 271 e 301 da [decisão da Comissão Europeia](#)).

⁹¹ De acordo com informações do site [Digital Music News](#). As demonstrações financeiras do Shazam de 2017 podem ser encontradas [neste link](#).

Figura 35 - Número de usuários ativos do Shazam (2017-2018)



Sobre complementaridade de dados, não há sentido em adquirir uma base concorrente ou sobreposta: dados repetidos aumentarão os custos de armazenamento e processamento sem necessariamente agregar valor ao adquirente. É de interesse deste passar a ter controle sobre dados que ele não coletava antes, de modo a enriquecer seu portfólio de informações a respeito de um usuário para passar a oferecer novos produtos e serviços ainda mais personalizados⁹².

Por fim, a justificativa oferecida pela Comissão Europeia à preocupação relacionada a uma maior coleta de dados de usuários por Apple e Shazam não parece adequada. A argumentação da Comissão Europeia foi no sentido de que não seria apenas a Apple que teria acesso a dados de usuários para fins de publicidade, pois Google, Facebook e Microsoft também fazem isso. De fato, há aqui uma questão de não tratar a Apple de maneira discriminatória, pois se outras empresas do setor de tecnologia adotam essa prática, não há motivos para impedir a Apple de fazer o mesmo.

⁹² "Data complementarity: many contend that combining diverse data may give an advantage. For example, Google can improve its search results pages by using the clicks of other users making similar queries. That is, it can learn by leveraging on its scale. Or it could improve / personalize its search results by combining data coming from its email app Gmail or other lines of business. [...] Suppose we are trying to predict the value of some variable Y and there are two datasets X and Z containing relevant information. For instance, if Y is a binary variable telling whether a particular user is interested in purchasing a given product then X could contain the activity of the user on social networks and Z could contain her activity on the world wide web, say her browsing history. Clearly adding Z to X or X to Z allows mechanically for better prediction. But how much? Typically, variables in X and Z are correlated. Individuals tweeting about technology are more likely to visit online electronic retailers. This correlation reflects substitutability among data sets. That is, to some extent both data sets contain the same information when it comes to predict if a consumer would be interested in buying a new product for advertising purposes. If firms are paid on the basis of how accurate their predictions are, substitutability alone means that the willingness to pay for data set Z is lower for firms who already have data set X compared to those who do not. Or, in other words, that the value of the bundle X+Z is lower than the sum of the value of having X and the value of having Z alone. Complementarity, instead, reflects the idea that the willingness to pay for Z is higher for firms who already have X. This may occur, for instance, if the covariates interact somehow. Tweeting about a product maybe a better predictor of the intention to buy it if the consumer has looked up this product on an e-commerce website. X and Z can be both complements and substitutes at the same time. Which one prevails depends on whether the willingness to pay for Z is higher or lower for those who already have X relative to those who do not" ([LEAR's Report for the CMA on Ex-post Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets](#), p. 160).

Contudo, não necessariamente é razoável do ponto de vista dos usuários automaticamente permitir uma potencial elasticidade no uso de dados pessoais fornecidos ao Shazam em um contexto diferente e anterior à aquisição simplesmente porque outras empresas fazem o mesmo.

5.2.5 Google/Fitbit (2020–2021)⁹³⁻⁹⁴

Em novembro de 2019, o Google [anunciou](#) seus planos para aquisição do Fitbit, Inc. (“Fitbit”) um fabricante de relógios e pulseiras inteligentes que monitoram as atividades físicas e a rotina de seus usuários. O Fitbit diariamente coleta dados sobre a saúde das pessoas, como a quantidade de calorias gastas, batimentos cardíacos, qualidade e duração de sono, peso, dentre outros. O Fitbit também controla [bancos de dados e redes sociais de saúde](#) de dimensões globais, cujas informações permitem ao Fitbit o desenvolvimento de soluções inteligentes para melhorar os negócios de operadoras de planos de saúde e seguradoras. A operação envolveu o pagamento de USD 2,1 bilhões pelo controle do Fitbit e, [segundo o Google](#), não teria como objetivo ter mais acesso a dados pessoais para fins de publicidade.

Ao menos até a data de redação deste trabalho, não há decisões disponíveis ao público referentes ao caso. Com o intuito de obter uma perspectiva com relação à disponibilização da decisão, o autor entrou em contato com a Comissão Europeia, a qual informou que estava em discussão com as partes acerca dos trechos a serem suprimidos da decisão pública a ser postada no site da Comissão Europeia. Por sua vez, a ACCC ainda não proferiu decisão sobre a aquisição do Fitbit. Como a análise crítica da aquisição do Fitbit está sendo realizada apenas com materiais publicamente disponíveis até março de 2021, o autor pode ter incorrido em equívocos ou omissões não desprezíveis em virtude da falta de acesso a documentos relevantes. A depender do caso concreto, o autor reserva seu direito de complementar a análise da aquisição do Fitbit assim que as decisões da ACCC e da Comissão Europeia forem publicadas.

O autor examinou uma série de [relatórios financeiros](#) do Fitbit desde o IPO e a análise aqui apresentada está baseada nesses materiais. As informações quantitativas prestadas pelo Fitbit à Securities and Exchange Commission (“SEC”) indicam que, ano após ano, a empresa registrou

⁹³ Parte desta análise foi feita pelo autor em artigo intitulado [“Why we should be careful about Google’s promises in the Fitbit deal”](#), publicado pelo ProMarket, publicação do Centro George Joseph Stigler de Estudos de Economia e Estado, vinculado à Universidade de Chicago. Foi em decorrência desse artigo que o autor foi identificado pela DPB como consultor para a elaboração deste relatório.

⁹⁴ Disclosure: o IDEC apresentou ao CADE uma representação requerendo que o Google notificasse no Brasil a aquisição do Fitbit. Conforme mencionado pelo IDEC em [seu site](#): “a representação faz parte de uma iniciativa internacional que pressiona para que autoridades de concorrência de todo mundo analisem os impactos da operação Google-Fitbit, [...] que é um caso emblemático sobre como o tratamento de dados pessoais pode ser usado para deteriorar a qualidade de serviços e, por consequência, a concorrência nos mercados digitais e de saúde”. Entretanto, o IDEC não exerceu ingerência sobre a análise realizada neste trabalho, que é fruto de pesquisa e reflexão independente do autor.

performance aquém do desejável, fato que foi refletido no preço das ações do Fitbit.

Quando do seu IPO, em junho de 2015, as ações do Fitbit foram [precificadas em USD 20,00](#). Apesar de as ações do Fitbit terem registrado alta perto da data do IPO, chegando a aproximadamente USD 50,00 por ação, as ações da empresa logo em seguida despencaram para a casa dos USD 10-15,00; em meados de 2016, as ações negociavam por volta de USD 15,00; em meados de 2017, as ações negociavam a menos de USD 10,00. Em 2018, as ações do Fitbit negociavam consistentemente abaixo de USD 6,50; em 2019, antes do anúncio da aquisição pelo Google, as ações do Fitbit eram negociadas entre USD 3,00 e USD 5,00. Após o anúncio da aquisição, as ações do Fitbit registraram uma alta e voltaram a ser negociadas entre USD 6,00 e USD 7,00.

As figuras abaixo contêm a cotação histórica das ações ordinárias do Fitbit entre 2015 e 2020 e uma comparação do retorno acumulado das ações do Fitbit com os índices S&P 500 e Nasdaq Composite de 2015 a 2019:

[Figura 36 - Retorno comparado: Fitbit v. S&P 500 e Nasdaq Composite](#)

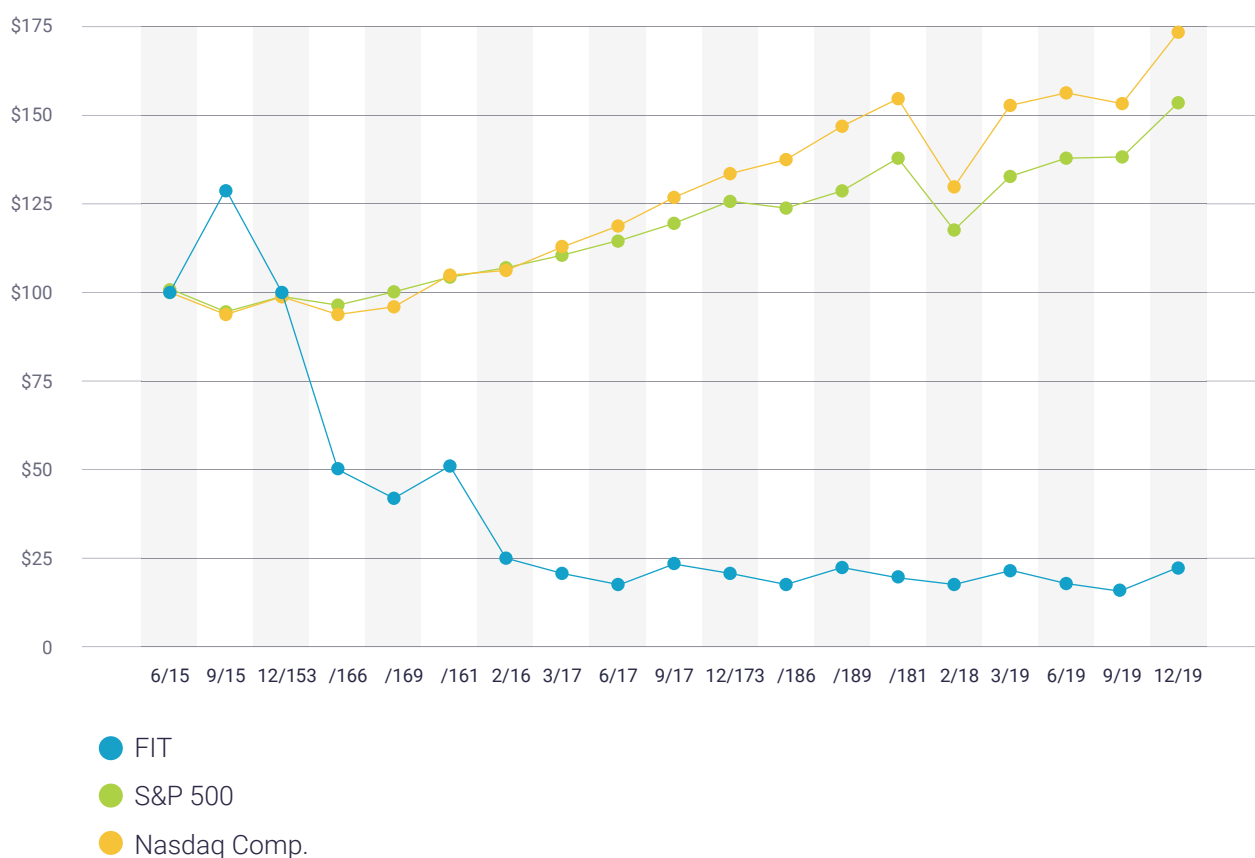
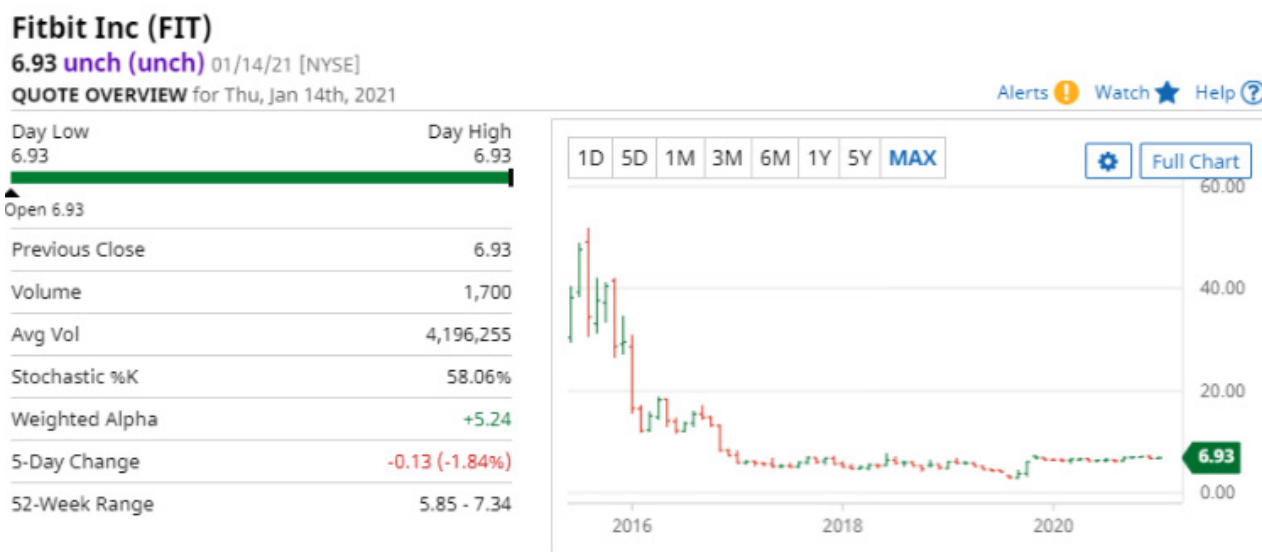


Figura 37 - Gráfico com a cotação das ações do Fitbit (2015-2020)



As demonstrações financeiras do Fitbit indicam que a empresa registrou resultados líquidos negativos desde 2016. Em que pese entre 2015 e 2016 tenha havido um incremento de receitas, após 2016 a geração de caixa do Fitbit caiu consideravelmente. Os resultados líquidos de 2016, que já eram negativos, mais do que triplicaram em 2019. Ao menos até outubro de 2020, o Fitbit registrava um prejuízo líquido de USD 138,25 milhões, aproximadamente 30% a menos do montante registrado para o mesmo período em 2019, USD 199,87 milhões. Tal qual será demonstrado nos gráficos abaixo, as margens líquidas e operacionais do Fitbit também têm um histórico negativo consistente ao longo dos anos.

Figura 38 - Demonstrações financeiras do Fitbit (2015-2019)

For the Year ended December 31
(in thousands, except per share data)

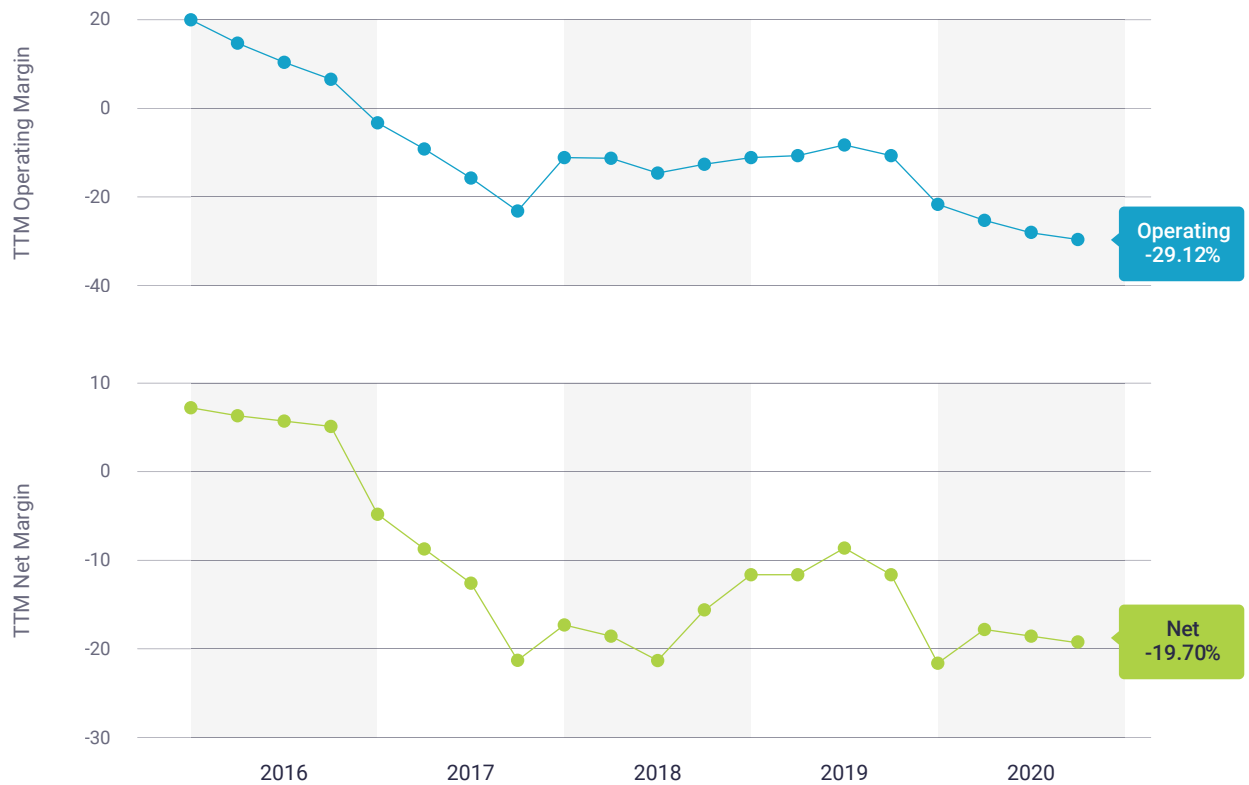
	2019	2018	2017	2016	2015
Consolidated Statements of Operations Data					
Revenue	\$ 1,434,788	\$ 1,511,983	\$ 1,615,519	\$ 2,169,461	\$ 1,857,998
Cost of revenue	1,007,116	908,404	924,618	1,323,577	956,935
Gross profit	427,672	603,579	690,901	845,884	901,063
Operating expenses:					
Research and development	300,354	332,169	342,012	320,191	150,035
Sales and marketing	329,800	344,091	415,042	491,255	332,741
General and administrative	118,231	116,627	133,934	146,903	77,793

Change in contingent consideration	---	---	---	---	(7,704)
Total operating expenses	748,385	792,887	891,988	958,349	552,865
Operating income (loss)	(320,713)	(189,308)	(201,087)	(112,465)	348,198
Interest income (expense), net	10,291	7,808	3,647	3,156	(1,019)
Other income (expense), net	1,357	(2,642)	2,796	14	(59,230)
Income (loss) before income taxes	(309,065)	(184,142)	(194,644)	(109,295)	287,949
Income tax expense (benefit)	11,646	1,687	82,548	(6,518)	112,272
Net income (loss)	\$ (320,711)	\$ (185,829)	\$ (277,192)	\$ (102,777)	\$ 175,677

[Figura 39 - Demonstrações financeiras do Fitbit \(3T2020\)](#)

	Three months ended		Nine months ended	
	Oct 03, 2020	Sep 28, 2019	Oct 03, 2020	Sep 28, 2019
Revenue	\$ 363,932	\$ 347,200	\$ 813,362	\$ 932,646
Cost of revenue	228,120	239,248	529,586	627,027
Gross profit	135,182	107,952	283,776	305,619
Operating expenses:				
Research and development	90,771	65,693	256,093	213,651
Sales and marketing	60,726	71,296	183,157	222,972
General and administrative	35,493	23,083	112,583	74,640
Total operating expenses	186,990	160,072	551,833	511,263
Operating loss	(51,178)	(52,120)	(268,057)	(205,644)
Interest income (expense), net	(268)	2,388	1,038	8,476
Other income (expense), net	965	(492)	3,198	1,242
Loss before income taxes	(50,481)	(50,224)	(263,821)	(195,926)
Income tax expense (benefit)	3,971	1,669	(125,566)	3,950
Net loss	\$ (54,452)	\$ (51,893)	\$ (138,255)	\$ (199,876)

Figura 40 - Margens líquidas e operacionais do Fitbit (2016-2020)



Existem diversos fatores que podem ter comprometido o preço das ações do Fitbit e a capacidade de geração de caixa da empresa. É natural que startups deem prejuízo nos seus primeiros anos e reinvestam os recursos da operação em pesquisa e desenvolvimento. Aparentemente, é isso que o Fitbit teria feito ao longo dos anos. É também natural que empresas que possuem ativos importantes e não estão maximizando lucros estejam sujeitas a troca de controle societário. Isso é um exemplo da aplicação do [teorema de Coase](#): em determinadas condições de mercado, como baixos custos de transação (o que parece ser o caso aqui: Google é uma empresa capitalizada e experiente no setor de tecnologia, com acesso a informações relevantes da target; Fitbit possuía capital aberto e periodicamente publicava dados financeiros no site da SEC; Google e Fitbit possuem à disposição excelentes assessores financeiros e jurídicos, etc.), é possível pressupor que os ativos serão alocados à parte que mais valoriza tais ativos.

A princípio, toda operação societária tem como objetivo incrementar as possibilidades de geração de fluxo de caixa da target. Considerando que aparentemente o Fitbit não obteve retornos financeiros significativos por conta própria vendendo wearables, é necessário entender de que maneira o Google pretende monetizar o Fitbit daqui para frente.

O Google afirmou que a aquisição do Fitbit não é sobre dados, mas sim sobre hardware. É possível que o Google tenha ideias inovadoras para revolucionar o Fitbit e integrá-lo a outros produtos e serviços que usuários apreciam. Entretanto, neste momento e sem ter mais elementos (que

devem ser confidenciais porque dizem respeito a direitos de propriedade industrial e intelectual da empresa), é difícil prever o que o Google fará com o Fitbit. Aparentemente, o maior ativo do Fitbit é seu poderoso banco de dados, haja vista que a tecnologia empregada para fabricação de wearables não parece ser irreplicável; a [recente entrada](#) do Amazon nesse mercado e a existência de vários fabricantes espalhados pelo mundo reforçam esse argumento.

O Google possui recursos financeiros, marcas e fidelização de usuários, canais de distribuição e pessoas capacitadas para desenvolver virtualmente qualquer dispositivo ou software. Ele fez isso com o Google Pixel em um [mercado dominado por Samsung, Huawei, Apple e Xiaomi](#). Logo, ao menos em tese, o Google teria condições de também desenvolver relógios inteligentes para exercícios físicos e assim competir com Apple, Samsung, Garmin e o próprio Fitbit.

O Google está em todos os lugares e possui acesso a dados massivos e granulares de seus usuários por meio de diversos empreendimentos, tais como Android (sistema operacional móvel), Google Calendário (assistente de agendamento de compromissos), Chrome (navegador de Internet), Drive (armazenamento em nuvem), Gmail (e-mail), Maps e Waze (serviços de navegação terrestre em tempo real por GPS), Nest (alto-falante inteligente com interação de voz para o serviço de Assistente do Google), dentre outros. Uma coisa, contudo, o Google ainda não tinha antes da aquisição: uma ferramenta para monitorar diretamente o estilo de vida de seus usuários. O Fitbit é uma oportunidade singular para preencher essa lacuna. Com o Google no comando, há grandes chances de o negócio tornar-se lucrativo, mas não necessariamente no mercado de wearables, que é o mercado relevante analisado pelas autoridades concorrenciais. Presume-se que o trunfo esteja em mercados adjacentes, como publicidade online, ou em mercados novos, como de soluções digitais de saúde.

Por meio dessa operação, teoricamente o Google poderia receber informações sensíveis dos usuários do Fitbit e combinar os bancos de dados de ambas as empresas. Essa preocupação concorrencial foi suscitada em 18 de junho de 2020 pela ACCC em sua [declaração de objeções](#): “o histórico de aquisições estratégicas do Google teria permitido à empresa aumentar seus pontos de contato com usuários, acumular informações adicionais desses usuários e reforçar seu poder de mercado”. Em 4 de agosto de 2020, a Comissão Europeia iniciou a [Fase II](#) da análise do ato de concentração para apurar a vantagem de dados do Google para personalização de anúncios, os efeitos da combinação dos bancos de dados do Google e do Fitbit, a capacidade de essa combinação afetar o mercado de soluções digitais de saúde e potenciais incentivos para degradação da interoperabilidade de wearables concorrentes do Android.

Para além da utilização dos dados do Fitbit para fins de publicidade direcionada, consta que recentemente o Google estaria explorando [novos projetos na indústria da saúde](#) por meio da coleta e do tratamento de dados médicos de pacientes em 21 estados dos Estados Unidos. Considerando que o Fitbit acumula informações de aproximadamente [30 milhões de pessoas](#) e um [histórico de métricas de saúde de quase uma década](#), o Fitbit parece ser uma aquisição estratégica e em boa

hora justamente por causa dos dados. Afinal, o Fitbit possui [registros validados](#) de mais de 181 bilhões de horas de batimentos cardíacos, 9 bilhões de noites de sono, 457 bilhões de minutos de exercícios físicos, 175 trilhões de passos e mais de 10 milhões de conjuntos de informações de ciclos menstruais e de fertilidade inseridas por usuários do sexo feminino.

Tal qual notado pela [ACCC](#), o Fitbit possui bancos de dados inigualáveis e irreplicáveis, uma vez que os dispositivos utilizados no pulso dos usuários permitem a coleta precisa e em 24h por dia de métricas que não podem ser capturadas de outra forma. Apesar da sua importância, histórico de navegação, registros de compras de cartão de crédito, comportamento em redes sociais, localização do aparelho celular e cookies não extraem a riqueza de dados que o Fitbit possui. Após a operação, o Google poderia vir a combinar os super perfis de seus usuários com os dados sensíveis do Fitbit para monetização de anúncios⁹⁵.

Uma parte significativa dos empreendimentos do Google envolve a coleta e utilização de dados pessoais para fins de publicidade online, segmento que representa a maioria das receitas do Google. Desconsiderando os bancos de dados do Fitbit, em tese existiriam outras opções voltadas para hardware disponíveis ao Google. Exemplos seriam a compra de uma fábrica de pulseiras e relógios inteligentes ou a assinatura de um acordo de licenciamento de patentes e transferência de tecnologia com o Fitbit. Nesses cenários alternativos, ambas as empresas e seus respectivos bancos de dados permaneceriam independentes, o que reduziria preocupações razoáveis suscitadas por algumas autoridades concorrenciais e entidades do terceiro setor.

Especificamente no que tange a entidades do terceiro setor, foi possível verificar que elas tiveram um papel bastante ativo no processo de instrução dessa operação, aspecto não prontamente identificado nas outras aquisições centradas em dados analisadas neste trabalho. A DPB e o IDEC entraram em contato com diversas entidades internacionais do terceiro setor e organizaram os principais materiais por elas produzidos envolvendo a aquisição do Fitbit⁹⁶. Abaixo são reproduzidos os principais aspectos das manifestações de algumas dessas entidades:

[Australian Privacy Foundation](#) (“APF”): submeteu [manifestação à ACCC](#) dizendo que a cooperação institucional entre autoridades estrangeiras poderia contrabalancear eventual arbitragem regulatória entre países e que a operação tenderia a ser contrária às recomendações do [Relatório Final da ACCC sobre Plataformas Digitais](#). Apresentou também um memorando do Professor Bruce Baer Arnold, da Escola de Direito de Canberra, do qual constaram as seguintes

⁹⁵ MORTON, Fiona M. Scott; DINIELLI, David C. Omidyar Network: [A Roadmap for a Monopolization Case Against Google Regarding the Search Market](#), 2020, p. 19.

⁹⁶ O autor agradece a Camila Leite Contri, Pesquisadora do Programa de Telecomunicações e Direitos Digitais do IDEC, pela coordenação dessa cooperação internacional.

formulações: (i) dados de saúde são os ativos mais importantes que uma empresa pode ter, pois eles indicam como uma pessoa vive em termos de escolhas de alimentação, prática de exercícios físicos, padrões de sono, níveis de educação e ocupação, ao contrário de meros dados demográficos como idade, gênero e etnia. O valor dessas informações decorre da escala dos dados, que são imediatamente processados e abrangem milhões de pessoas identificáveis, e da possibilidade de integração desses dados com outros dados, que geram oportunidades para disparo de publicidade direcionada de produtos e serviços; (ii) a aquisição do Fitbit faria parte de uma estratégia global do Google para aumentar sua presença no mercado de saúde; (iii) tendo em vista que o Google enfrenta concorrência acirrada de outros fabricantes de wearables e que as margens do setor são baixas, o Google não necessariamente estaria interessado na comercialização desses tipos de hardware; (iv) o Google estaria adquirindo dados pessoais de residentes de praticamente todos os países desenvolvidos, sendo que esses dados não seriam passíveis de replicação a outras empresas em níveis acessíveis; (v) por meio da aquisição do Fitbit, o Google teria uma marca consolidada e uma base pronta de usuários a partir da qual seria possível criar um fluxo constante de informações para alimentar parcerias com planos de saúde; (vi) a operação implicaria a expansão da família de produtos e serviços Google, que deveria ser considerada um “grupo de informação”, haja vista que suas atividades dependem da coleta, processamento e disseminação de informações pessoais; (vii) a expansão constante desses “grupos de informação” deveria estar sujeita a leis que refletem expectativas da sociedade com relação a consentimento informado, transparência sobre processamento e compartilhamento de dados pessoais, bem como correção e revogação de consentimento; (viii) a aquisição do Fitbit não impactaria o mercado de wearables, que não necessariamente envolve tecnologia sofisticada protegida por patentes, e poderia criar oportunidades para condutas discriminatórias no mercado de publicidade online; (ix) o acesso aos dados coletados pelo Fitbit permitiria a expansão das atividades do Google para o mercado de saúde, no qual o Google poderia firmar acordos para compartilhamento de dados pessoais dos usuários; (x) as autoridades competentes deveriam dar especial atenção para: (a) a identidade das entidades que receberão dados do Google; (b) quais os dados a serem compartilhados pelo Google; e (c) qual será a finalidade do uso desses dados; (xi) as autoridades deveriam considerar as operações realizadas pelo Google como formas de expansão de um conglomerado de informações, ao invés de analisar casos segmentando cada mercado; (xii) não haveria clareza sobre como o Fitbit compartilha dados pessoais de usuários com terceiros e a operação poderia aumentar o nível de intrusão das políticas de privacidade do Fitbit; e (xiii) alguns operadores de planos de saúde

já estão oferecendo wearables a consumidores, prática que, por si só, não é sensível. Entretanto, seria necessário que os consumidores recebessem todas as informações necessárias para compreensão de como os wearables funcionariam, quais informações eles coletariam e como seria o relacionamento do consumidor com o plano de saúde e terceiros. Os consumidores também deveriam ter o direito de, a qualquer momento, revogar o consentimento para coleta de dados pessoais sem sofrer prejuízos em decorrência dessa revogação (como condições discriminatórias ou negativa de prestação de serviço). Seria também necessário que os operadores de plano de saúde publicassem em local de fácil acesso a política que governa o relacionamento do plano de saúde com terceiros sobre coleta e uso de dados pessoais.

BEUC: submeteu [manifestação à Comissão Europeia](#) solicitando prudência no processo de análise do caso, uma vez que decisões passadas envolvendo aquisições centradas em dados não foram acertadas e deram origem a uma série de investigações contra as principais empresas do setor de tecnologia. As principais alegações do BEUC foram: (i) a aquisição poderia reduzir os direitos de escolha dos consumidores e degradar seus direitos de privacidade; (ii) a Comissão Europeia deveria analisar detidamente os potenciais efeitos à concorrência derivados da acumulação de uma grande escala de dados, na linha do que foi sugerido no [Relatório de Política de Concorrência na Era Digital](#) e na [Comunicação de Estratégia de Dados da Europa](#); (iii) geralmente os usuários não têm condições de barganhar por seus direitos de privacidade, ficando sujeitos a políticas unilaterais impostas pelas empresas; (iv) ainda que o Google não utilizasse os dados do Fitbit para fins de publicidade online, outras divisões do Google, em especial aquelas envolvidas em projetos de saúde, poderiam usar os dados do Fitbit; (v) o Google possuiria histórico de voltar atrás em termos de compromissos por ele assumidos sobre não-combinação de banco de dados, tal qual teria acontecido após a aquisição do DoubleClick; (vi) após a aquisição do Fitbit, poderiam ser criadas barreiras à entrada/expansão de concorrentes do Google que precisariam de acesso a informações similares às coletadas pelo Fitbit; (vii) o conteúdo dos dados pessoais captados pelo Fitbit, a variedade de informações coletadas de um mesmo usuário, a velocidade com que a coleta ocorre e a relevância econômica desses dados são aspectos que deveriam ser considerados pela Comissão Europeia; (viii) por possuir acordos com empresas do setor de saúde para digitalização e processamento de dados médicos de pacientes, o Google poderia combinar tais dados com aqueles coletados pelo Fitbit e desenvolver ferramentas de inteligência artificial que confeririam ao Google elevado poder de mercado no setor de saúde, mesmo a curto prazo sendo um entrante. Nesse contexto, o Google poderia coletar gratuita-

mente dados pessoais dos usuários do Fitbit e combiná-los com informações médicas coletadas também gratuitamente de hospitais e planos de saúde para depois vender, a preços monopolísticos, soluções de inteligência de saúde⁹⁷; (ix) não seria possível descartar a possibilidade de o Google estar adquirindo o Fitbit com o objetivo de “exterminar” um concorrente nascente (killer acquisition), que potencialmente poderia representar ameaça aos produtos Android; e (x) o Google poderia descontinuar o licenciamento a concorrentes do seu sistema operacional de wearables ou passar a discriminar concorrentes que oferecessem aos usuários políticas de privacidade mais protetivas.

Electronic Frontier Foundation (“EFF”): publicou em seu site [artigo](#), que foi compartilhado com o DoJ, solicitando o veto da operação. As principais alegações da EFF foram: (i) a aquisição do Fitbit retiraria dos usuários do Fitbit o direito e a expectativa de não terem seus dados pessoais coletados e processados pelo Google, de quem eles não compraram os relógios inteligentes. A aquisição acarretaria a transferência de dados pessoais anteriormente coletados pelo Fitbit – prática consentida pelos usuários – para o Google, empresa com a qual os usuários não tinham relacionamento prévio voluntário; e (ii) usuários deveriam ser livres para manter os sistemas que aprenderam a usar e pagaram pelo uso ao invés de serem forçados a ceder seus dados pessoais ao Google, que supostamente exerceria um modelo de negócios baseado na “vigilância” constante dos hábitos dos usuários.

Open Technology Institute (“OTI”): submeteu [manifestação à Comissão Europeia](#) durante a Fase II do ato de concentração, criticando a proposta de remédios comportamentais de separação de banco de dados oferecida pelo Google. As principais alegações da OTI foram: (i) o escopo dos remédios oferecidos pelo Google é limitado e é difícil executar as condições previstas na minuta de

⁹⁷ Sobre esse tópico, o BEUC deu alguns exemplos envolvendo a [DeepMind Technologies Limited](#) (“DeepMind”), atualmente uma subsidiária britânica do Google, focada em inteligência artificial voltada para pesquisa de saúde e neurociência: “An independent panel reviewing Google’s DeepMind and its use of public UK NHS health data highlighted that ‘there would be considerable sensitivity if DeepMind Health’s business model involved selling data, either in a depersonalized form or in a raw form’. It also recommended that DeepMind Health should ‘look at ways of entrenching its separation from Alphabet and DeepMind more robustly so that it can have enduring force to the commitments it makes’ – a recommendation that seems to have been ignored given that Google has now apparently fully integrated DeepMind Health within it. Furthermore, DeepMind’s integration with Android, exacerbates the problem of establishing what Google is doing with such individual personal data. DeepMind Health has been reported to have pledged that data will never be connected to Google accounts or services, or used for any commercial purposes like advertising or insurance. However, an independent panel tasked with looking into this highlighted a mammography partnership with Royal Surrey County Hospital NHS Foundation Trust in the UK, where digital images of historic mammograms, stripped of their personal data, were hosted on Google’s Cloud service – ‘which might lead some to think that this promise was already being broken’. Furthermore, Google has announced that the data and AI from another NHS project could go global in that its resulting Streams app ‘could become an essential healthcare tool for medical professionals across the globe’ (vide nota de rodapé 51 da [manifestação do BEUC à Comissão Europeia](#)). Mais detalhes sobre os fatos noticiados pelo BEUC podem ser encontrados no site do Wired UK: [Why Google consuming DeepMind Health is scaring privacy experts](#).

acordo; (ii) a despeito dos remédios comportamentais preliminares, existiria a possibilidade de o Google utilizar outros dados do Fitbit, como informações do dispositivo, dados de GPS, níveis de uso do dispositivo e informações coletadas por terceiros, para fins de publicidade direcionada; (iii) por controlar o Google Maps e o Waze, o Google teria ainda mais condições de capturar os dados de localização dos seus usuários, em especial daqueles vão a lugares sem levar seus aparelhos celulares (wearables fariam o papel de um aparelho celular nesse cenário); (iv) para além das promessas supostamente não cumpridas no âmbito da aquisição do DoubleClick, antes de adquirir o Nest, o CEO do Nest afirmou que os dados pessoais de usuários do Nest seriam geridos de maneira independente com relação ao Google. Entretanto, logo após a aquisição ter ocorrido, o Nest passou a exigir de novos usuários a criação de uma conta Google e passou a exigir de usuários preexistentes a conversão de contas Nest em contas Google; (v) a despeito dos remédios antitruste oferecidos pelas partes, há nos Estados Unidos um histórico de empresas que teriam violado as condições para aprovação de operações societárias e essas violações teriam permanecido impunes; (vi) qualquer procedimento para monitoramento dos remédios oferecidos pelo Google necessitaria de informações fornecidas pelo próprio Google, sendo isso aplicável, em certa medida, até mesmo aos auditores independentes contratados para essa tarefa; e (vii) recentemente houve uma delação, por um suposto funcionário do Google, de que a empresa estaria secretamente transferindo informações médicas de 50 milhões de norte-americanos dos banco de dados de um plano de saúde para os servidores do próprio Google, em potencial violação à legislação norte-americana. Tais práticas poderiam tornar-se mais frequentes após a aquisição do Fitbit. Mais detalhes sobre o assunto podem ser encontrados [nesta notícia](#) do The Guardian.

[Privacy International](#) ("PI"): provavelmente foi a entidade do terceiro setor mais ativa perante autoridades concorrenciais. Dentre outros documentos, a PI submeteu [manifestação à Comissão Europeia](#), [manifestação à ACCC](#), e [manifestação à declaração de objeções da ACCC](#). Considerando os três documentos, as principais alegações da PI foram: (i) a aquisição do Fitbit reduziria os incentivos do Google para concorrer com outros fabricantes de wearables em termos de nível de proteção de dados pessoais e qualidade das políticas de privacidade; (ii) o portfólio de dados detido por uma empresa deveria ser examinado em cenários antes e depois da operação, pois quanto mais dados e maiores as chances de combinação e integração desses dados, mais valiosa é a operação; (iii) o Google e o Fitbit seriam potenciais concorrentes no mercado de fornecimento de dados e insumos de inteligência para prestadores de serviços de saúde; (iv) políticas de privacidade não são vinculantes e podem

ser unilateralmente alteradas pelas empresas que as editam, de modo que não seria possível afirmar que os direitos de privacidade dos usuários seriam assegurados; (v) ainda que o Google anonimizasse os dados do Fitbit, o Fitbit coletaria informações significativamente detalhadas e granulares que, a princípio, tecnicamente poderiam ser decodificadas e remontadas de acordo com o perfil dos usuários; (vi) haveria um ciclo vicioso envolvendo o poder de mercado do Google e a quantidade de dados pessoais de que ele dispõe e pode processar: quanto mais poder de mercado, mais acesso a informações, que reforçam o poder de mercado preexistente; e (vii) quando uma empresa possui grande parcela e poder de mercado, mesmo em um cenário em que os direitos de privacidade de um usuário são reduzidos, não haveria margem para o usuário defender-se, restando-lhe permanecer na plataforma com menos direitos ou simplesmente sair da plataforma.

Public Knowledge (“PK”): enviou [breve carta ao DoJ](#) solicitando prudência no processo de análise do caso.

Observação: os nomes das entidades acima foram dispostos em ordem alfabética, de modo que a listagem não representa algum tipo de ordem de importância ou preferência por uma entidade em detrimento da outra. Argumentos substancialmente parecidos suscitados por diferentes entidades não foram repetidos no resumo de tópicos acima.

Uma importante coalizão de economistas também expressou suas visões sobre a operação:

Centre for Economic Policy Research (“CEPR”): publicou [discussão acadêmica](#) sobre o caso e solicitou à Comissão Europeia que, se possível, vetasse a consumação da operação. As principais alegações do CEPR foram: (i) uma visão convencional e estática das dimensões de concorrência tenderia a ignorar o quanto os dados do Fitbit podem reforçar posições dominantes do Google em outros mercados. A quantidade e variedade de dados que o Google detém em um mercado poderia servir para alavancar sua posição em outros mercados, fazendo subsídio cruzado de dados entre diferentes áreas da empresa; (ii) o novo mercado de soluções digitais de saúde poderia já nascer concentrado e não trazer benefícios a usuários de planos de saúde e serviços médicos. Isso porque os dados captados pelo Fitbit poderiam servir de insumo para tomada de decisões por empresas do setor de saúde, as quais poderiam negar/reduzir coberturas ou praticar discriminação de preços com base nos hábitos dos usuários; (iii) por meio da aplicação de ferramentas de inteligência artificial e desenvolvimento de algoritmos, o Google poderia prever e comparar as probabilidades de um grupo de pessoas desenvolver determinadas doenças,

sendo essa informação de extremo valor para prestadores de serviços médicos e de saúde, os quais estariam dispostos a pagar elevadas quantias ao Google para evitar pacientes de risco; e (iv) os remédios oferecidos pelo Google seriam tecnicamente passíveis de contorno e não necessariamente reduziriam as preocupações concorrenciais da operação. Dentre outros autores, esse estudo foi realizado por [Cristina Caffarra](#), Consultora Sênior da [Charles River Associates](#) (“CRA”), e [Tommaso Valletti](#), ex-Chefe do Departamento de Economia da Comissão Europeia e atual Chefe do Departamento de Economia e Políticas Públicas da [Imperial College London](#).

Observação: o fato de o autor ter reproduzido as alegações mais relevantes das entidades indicadas acima não significa que o autor endossa, integral ou parcialmente, tais alegações.

As preocupações suscitadas por entidades do terceiro setor e membros da academia não parecem ser apenas potenciais ou demasiadamente teóricas. Existe a possibilidade de usuários mais experientes e sensíveis a questões de privacidade migrarem do Fitbit para alternativas com políticas de privacidade mais claras e transparentes. Uma tendência desse tipo poderia impactar negativamente as operações do Fitbit, tal qual mencionado pela empresa no [relatório anual de 2019](#) e no [último relatório trimestral de 2020](#). Consta desses documentos que ainda não havia clareza sobre como a aquisição do Fitbit pelo Google poderia impactar as políticas de coleta de dados dos usuários do Fitbit e qual seria a reação do mercado com relação a essa incerteza:

“Our customers and users may experience uncertainty associated with the Merger, including with respect to treatment of user data and concerns about possible changes to our products and services or policies. Similarly, our partners and suppliers may experience uncertainty associated with the Merger, including with respect to current or future business relationships with us. Uncertainty may cause customers or users to refrain from purchasing our products and services, and partners and suppliers may seek to change existing business relationships, which could result in an adverse effect on our business, operations, and financial condition in a way that may be material to our company”.

Em 17 de dezembro de 2020, a Comissão Europeia noticiou que [aprovou a operação](#) com as seguintes principais restrições: (i) o Google não utilizará alguns dados coletados e processados pelo Fitbit para fins de publicidade online (os tipos de informação abrangidos pelos remédios fazem parte dos Anexos 4 e 6 da [versão pública](#) do acordo com a Comissão Europeia)⁹⁸; (ii) os bancos de

⁹⁸ De acordo com a Seção F da [versão pública](#) dos remédios, a divisão de publicidade do Google compreende: “any current or

dados do Fitbit serão mantidos separadamente por meio de estruturas técnicas para armazenagem de dados sujeitas a auditoria e controle de acesso; e (iii) o Google deve oferecer a usuários de cada Estado-membro da União Europeia a possibilidade de aprovar ou negar o uso, por outras divisões do Google que não de publicidade, dos dados abrangidos pelos remédios e que estão armazenados em contas Google ou Fitbit. O ING Bank N.V (“ING”) foi [contratado](#) como trustee de monitoramento. Esses remédios são aplicáveis por dez anos, com a possibilidade de serem renovados por mais dez anos pela Comissão Europeia. As restrições envolvendo interoperabilidade de APIs não foram descritas neste parágrafo porque não envolvem coleta, processamento e uso de dados pessoais, que são o foco deste trabalho. Remédios similares foram [rejeitados pela ACCC](#) em 22 de dezembro de 2020.

A aquisição do Fitbit foi primeira aquisição centrada em dados no setor de tecnologia que foi aprovada com restrições. Isso pode representar um avanço em termos de política antitruste, mas o desfecho dado pela Comissão Europeia ao caso pode não ter sido o mais satisfatório. Isso porque a Comissão Europeia aparentemente adotou como premissa o fato de que os únicos mercados em que o Google poderia exercer posição dominante pós-operação seriam os de publicidade online e licenciamento de software para wearables. Por essa razão, os remédios antitruste substancialmente voltaram-se somente para esses mercados.

De fato, os mercados de publicidade online, em que o Google possui posição dominante há décadas, e de wearables, em que o Fitbit possui participação de mercado diminuta quando comparada com a participação de outros concorrentes, são diretamente afetados pela operação. Ocorre que eles não são os únicos e a Comissão Europeia não considerou potenciais impactos ao mercado de soluções digitais de saúde.

Segundo [press release](#) a Comissão Europeia, tal mercado seria nascente e por essa razão seria aberto e competitivo. Essa abordagem desconsidera que os dados coletados pelo Fitbit, granulares e volumosos, são o insumo mais rico que uma empresa pode ter para consolidar-se em um mercado embrionário. Quando tais dados podem ser combinados com outros detidos pelas entidades responsáveis pelos projetos de saúde do Google, este já inicia suas atividades com uma vantagem irreplicável que pode distorcer a concorrência no mercado de soluções digitais de saúde. Entrantes não terão acesso à matéria-prima informacional do Google, o qual não possui obrigação

future Google Service providing search advertising, display advertising, and advertising intermediation, including advertising measurement, regardless of the property on which ads are displayed, including any Google owned and operated properties. For the avoidance of any doubt, any Fitbit Services providing search advertising, display advertising, and advertising intermediation developed, offered, or sold following closing of the Concentration would constitute Google Ads for the purposes of these Commitments. Google Ads currently includes the following services: Google Ads (includes Google Display Network, Google Search Network, YouTube Ads, Gmail Ads), Google Marketing Platform (includes Display & Video 360, Search Ads 360, Campaign Manager, Google Analytics, Google Tag Manager, Optimize, Data Studio, Google Surveys), AdSense (includes AdSense for Search, AdSense for Shopping, AdSense for Content, AdSense for Games, AdSense for Video, AdSense for Domains), AdMob (includes Open Bidding), Google Ad Manager (includes Open Bidding, Network Bidding, Dynamic Ad Insertion), Authorized Buyers, Ad Connector, Ads Data Hub, Google Hotel Ads, Google Shopping Ads, Local Inventory Ads, Manufacturer Center, Merchant Center, and Waze Local Ads”.

de compartilhá-la com terceiros ou poderia fazê-lo em condições discriminatórias. Logo, mesmo estando em uma fase inicial, é possível que o mercado de soluções digitais de saúde já nasça virtualmente dominado pelo Google.

Os remédios acordados com a Comissão Europeia permitem utilização dos dados do Fitbit para o desenvolvimento de produtos e serviços voltados para a área médica e de saúde. Embora não possam ser utilizados em benefício dos negócios de publicidade direcionada, o Google pode licenciar tais dados a hospitais e planos de saúde, que estariam dispostos a pagar quantias significativas por informações sensíveis de pacientes. Os remédios também não proíbem o Google de migrar os dados de contas Fitbit para contas Google, havendo em tese uma possibilidade de combinação de dados dos usuários de ambas as plataformas, o que abriria espaço para replicação das práticas adotadas pelo Google após a aquisição do Nest: para continuar utilizando o Fitbit, usuários precisariam criar contas Google e transferir para lá as informações armazenadas em contas Fitbit. Ainda que não seja possível antecipar que isso acontecerá no futuro, há um histórico potencialmente sensível envolvendo as aquisições de DoubleClick e Nest que não pode ser ignorado.

Recentemente o Economista-Chefe da Comissão Europeia, [Pierre Régibeau](#), expôs em [artigo](#) suas razões para acreditar que a decisão da Comissão Europeia foi acertada. Em suma, ele aduziu que: (i) o Fitbit possui participação entre 5-10% no mercado de wearables da Europa; (ii) as preocupações suscitadas pela academia e entidades do terceiro setor são “apocalípticas” e desprovidas de provas; (iii) mesmo sem adquirir o Fitbit, o Google poderia entrar no mercado de wearables e capturar dados similares aos detidos pelo Fitbit; (iv) não há indícios de que os dados coletados pelo Fitbit possuem valor porque atualmente não há um mercado para comercialização desses dados; (v) dados de saúde não são escassos e não necessariamente darão ao Google vantagem competitiva; (vi) não há indícios de que a combinação dos dados do Google e do Fitbit pode gerar alguma utilidade ao Google; (vii) autoridades concorrenciais não são competentes para analisar aspectos de privacidade se há a possibilidade de os usuários terem alguma palavra final; (viii) a detenção de informações de saúde de alguns usuários não necessariamente produzirá impactos negativos ao mercado, pois indivíduos podem pagar menos por planos de saúde no futuro; e (ix) a reprovação da operação poderia ser revertida judicialmente.

Com a devida vênia, todos os argumentos indicados acima são frágeis e facilmente refutáveis. O autor rebaterá na sequência cada um deles, na mesma ordem: (i) caso a operação afetasse apenas o mercado de wearables, participações de mercado reduzidas de fato não dariam origem a preocupações concorrenciais. Entretanto, aparentemente não faz sentido dizer que a operação trata apenas de hardware se esse negócio enfrenta concorrência da Apple, líder absoluta de mercado, e dá prejuízos significativos ao Fitbit há cinco anos; (ii) sem acesso a informações internas das empresas, que estão disponíveis apenas às partes e à Comissão Europeia, é inviável a terceiros interessados produzir provas que seriam incontroversas para bloquear um ato de concentração; (iii) se o Google optou por adquirir o Fitbit mesmo tendo condições de entrar no mercado de wearables

organicamente, é porque alguma razão para tal existia. Seria difícil ao Google construir um banco de dados robusto como o do Fitbit dentro de um curto período, sujeito ao risco de o produto do Google não cair no gosto dos consumidores e o projeto ser um fracasso; (iv) ao menos em parte, não há um mercado para comercialização de dados de saúde coletados pelo Fitbit porque há leis e regulamentos que restringem tal ato. A mera ausência de um mercado imediato não significa que os bens que deles fazem parte não possuem valor; (v e vi) se os dados de saúde do Fitbit fossem replicáveis e desprovidos de valor, o Google provavelmente não pagaria USD 2,1 bilhões por uma empresa deficitária; (vii) de nada adianta ter a palavra final se as únicas possibilidades usualmente oferecidas aos usuários são um potencial consentimento forçado ou a necessidade de sair da plataforma; (viii) esse argumento corta para os dois lados: da mesma forma que alguns usuários podem ser beneficiados por terem seus dados pessoais coletados e processados por prestadores de serviços de saúde, outros indivíduos podem ser obrigados a pagar tarifas mais altas ou até mesmo serem vetados de fazer parte de um determinado plano de saúde. Na prática, é provável que os consumidores sejam mais prejudicados do que beneficiados quando estão sujeitos a um monitoramento prolongado de seus hábitos de vida. Planos de saúde com posições dominantes também poderiam passar a exigir a utilização contínua de wearables para que consumidores fizessem jus a determinados descontos e/ou programas de fidelidade; (ix) o risco de reversão de uma decisão sempre existe e não pode servir de base verossímil para tomar uma decisão em sentido contrário. Vale lembrar que é raro tribunais reverterem decisões de mérito de autoridades concorrenciais no âmbito de controle de concentrações, exceto em casos de erros grosseiros envolvendo direitos e garantias processuais das partes; didático [memorando](#) do escritório White & Case LLP traz breve levantamento jurisprudencial europeu sobre o assunto.

Espera-se que a fundamentação oficial da Comissão Europeia não tenha ido por esse caminho.

Em 14 de janeiro de 2021, o Google [implementou](#) a operação e solicitou à New York Stock Exchange (“[NYSE](#)”) que as ações do Fitbit fossem deslistadas de negociação em bolsa. No mesmo dia, a ACCC [informou](#) que investigaria a consumação antecipada da operação. Apesar de FTC e DoJ terem deixado transcorrer o prazo de análise da operação, há [notícia](#) de que o DoJ teria mencionado que ainda poderia revisar o negócio após o Google tê-lo consumado. Embora remota, a possibilidade não é desprezível em um contexto em que a empresa está sujeita a três processos judiciais antitruste ajuizados pelo [DoJ](#), por uma [coalizão de estados liderados pelo Texas](#) e por outra [coalizão de estados liderados pelo Colorado](#).

5.3 Desafios identificados

Em termos abstratos, não é fácil delimitar o escopo ótimo do antitruste⁹⁹. Isso torna-se ainda mais agudo no âmbito de controle de condutas e estruturas em mercados digitais, em que é necessário estabelecer um equilíbrio e identificar os limites entre antitruste e proteção de dados pessoais. Trata-se de dois arcabouços imperfeitos que servem, dentre outros propósitos, para proteger os interesses de consumidores e usuários. A depender do caso concreto, é difícil distinguir qual ferramenta seria a mais adequada para correção de distorções de mercado e implementação de políticas públicas¹⁰⁰.

Em termos concretos, apontam-se abaixo potenciais deficiências das decisões analisadas:

Facebook/Instagram (OFT/CMA): apenas uma dimensão estática de concorrência foi considerada. Não se levou em consideração uma hipótese em que, após a aquisição, o Instagram poderia incorporar novas funcionalidades ou ser utilizado para outros propósitos. Foi ignorado um cenário em que o Instagram poderia ser monetizado por meio da exibição de anúncios direcionados, que já era a principal fonte de receita do Facebook à época.

Google/Waze (OFT/CMA): soluções tradicionais de geolocalização e navegação terrestre foram consideradas parte do mercado relevante em que Google e Waze competiam. Aparelhos de GPS e sistemas automotivos integrados não coletam dados pessoais e não oferecem a riqueza de possibilidades de interações entre usuários e o potencial de geração de receitas com publicidade direcionada. Apesar de mapas serem informação pública, o banco de dados

⁹⁹ Essas dificuldades são discutidas na academia desde as décadas de 1970-1980, vide: EASTERBROOK, Frank H. [Limits of Antitrust](#) in University of Chicago Law Occasional Paper, No. 21, 1985.

¹⁰⁰ "Approaching data protection from the prism of antitrust, which focuses on dominant companies and specific behaviours such as collusion, blinds us from seeing that especially in the absence of an underlying comprehensive privacy protection statute, there are privacy harms committed every day by companies of all sizes and in all types of markets. Given the importance of privacy for people's dignity, political organization, and social life, the protection of personal data should be a goal on its own, standing independently of competition policy. [...] The lack of competition due to high levels of concentration, for example, may make it more likely that dominant platforms will be able to demand more personal data in order to sell more advertisements, but enforcement is triggered only when abuses can be demonstrated. [...] The nexus between accumulated personal information and the dominance of internet platforms is properly within the scope of antitrust review, and antitrust enforcement to remedy anticompetitive uses of personal information can, and should, also strive to maximize consumer welfare through vigorous protection of consumer privacy. [...] Barriers to entry that result from data, from an entrenched user base, or from application lock-in may be just as real as those that incumbent broadband providers benefit from. When it comes both to broadband and internet platforms, it is vital for policymakers to act to address issues of market power, to ensure that consumers are protected, and to ensure that platforms promote public interest values like diversity, equity, and democratic discourse. Antitrust should, in sum, be part of the toolkit necessary to protect the privacy of consumers. But we would be making a disservice to consumers and privacy if we would rely solely on antitrust to protect them" (FELD, Harold; KIMMELMAN, Eugene; ROSSI, Agustín. [The limits of antitrust in privacy protection](#) in International Data Privacy Law, Volume 8, Issue 3, 2018, p. 271-272, 274 e 276).

do Waze, que conta com grande portfólio de usuários e o histórico de navegação desses usuários, não é algo público e facilmente replicável. O fato de o Waze não ter adquirido massa crítica no Reino Unido na época da operação não ameniza sua importância concorrencial, em especial porque ele conseguiu captar 4 milhões de usuários dentro de apenas três anos e meio do seu lançamento.

Facebook/WhatsApp (Comissão Europeia): as potenciais relações de concorrência entre Facebook e WhatsApp foram subestimadas em parte porque o Facebook possuía mais recursos de redes sociais e o WhatsApp era mais utilizado em aparelhos celulares. Twitter, Google Hangouts, Snapchat e Skype foram considerados partes integrantes do mesmo mercado relevante do WhatsApp sem serem funcionalmente substituíveis entre si. Concorrência na dimensão preço preponderou e preocupações concorrenciais foram descartadas porque inexisteriam incentivos para aumento de preços em um mercado em que os usuários recebem serviços gratuitamente. Compartilhamento de banco de dados entre Facebook e WhatsApp não foi um aspecto inicialmente considerado porque as partes aduziram ser algo tecnicamente inviável. Mesmo após ter tomado ciência da superação dessa barreira e iniciado uma investigação por prestação de informações enganosas, a Comissão Europeia apenas aplicou uma multa às partes ao invés de ter revisado a operação como um todo com base nas novas premissas.

Apple/Shazam (Comissão Europeia): aquisição provavelmente não voltada para o mercado de publicidade online, mas sim para melhoria das funcionalidades do Apple Music em termos de sugestão de canções, gêneros musicais e listas de reprodução aos usuários da plataforma. Consideração de Facebook e Google como potenciais concorrentes em um mercado de coleta e uso de dados pessoais não necessariamente é adequada porque a Apple não auferiria receitas substanciais no mercado de publicidade online e as informações coletadas pelo Shazam são limitadas ao gosto musical dos usuários; capacidade e formas de geração de receitas com base nessas informações não são comparáveis às atividades de Facebook e Google. O fato de Facebook e Google coletarem, processarem e usarem mais dados pessoais do que o Shazam, por si só, não é suficiente para escapar de uma análise mais detida dos efeitos que a operação poderia produzir nos direitos de privacidade dos usuários.

Google/Fitbit (Comissão Europeia): primeira aquisição centrada em dados em mercados digitais aprovada com restrições, mas com remédios possivelmente insuficientes. Limitações ao uso de dados pessoais restritas ao mercado de

publicidade online, com expressa permissão ao Google para utilização das informações dos usuários no mercado de health tech, ainda em fase embrionária. Com os bancos de dados do Fitbit, o Google pode teoricamente iniciar suas atividades nesse novo mercado de saúde com vantagens competitivas não facilmente contestáveis e replicáveis por outros entrantes. Desconsiderado o histórico do Google de condenações pela Comissão Europeia e de descumprimento de promessas envolvendo proteção de dados pessoais.

No Brasil, esses casos não foram notificados; critérios de notificação precisam ser alterados.

Apesar de a FTC ser uma das principais autoridades concorrenciais do planeta, as cartas que ela usualmente envia às partes de um ato de concentração não contêm análise substantiva dos casos e nem sempre estão facilmente disponíveis na internet. Isso prejudica o acesso a dados de mercado e a eventual contestação técnica das decisões adotadas pela FTC, de modo que há redução de material para pesquisa acadêmica e formulação de propostas de políticas públicas. Os anuários estatísticos da FTC são importantes para se ter uma dimensão quantitativa dos casos por ela apreciados, mas são de pouco auxílio em termos qualitativos. Embora esteja além do escopo deste trabalho fazer sugestões a autoridades não-brasileiras, seria salutar que a FTC ao menos publicasse um sumário dos casos encerrados em Fase I e as razões de decidir dos casos encerrados em Fase II. O autor reconhece que a FTC analisa mais operações societárias do que o CADE, mas todas as medidas visando a um aumento de transparência são bem-vindas.

[Figura 41 - Número de operações reportadas à FTC \(2010-2019\)](#)

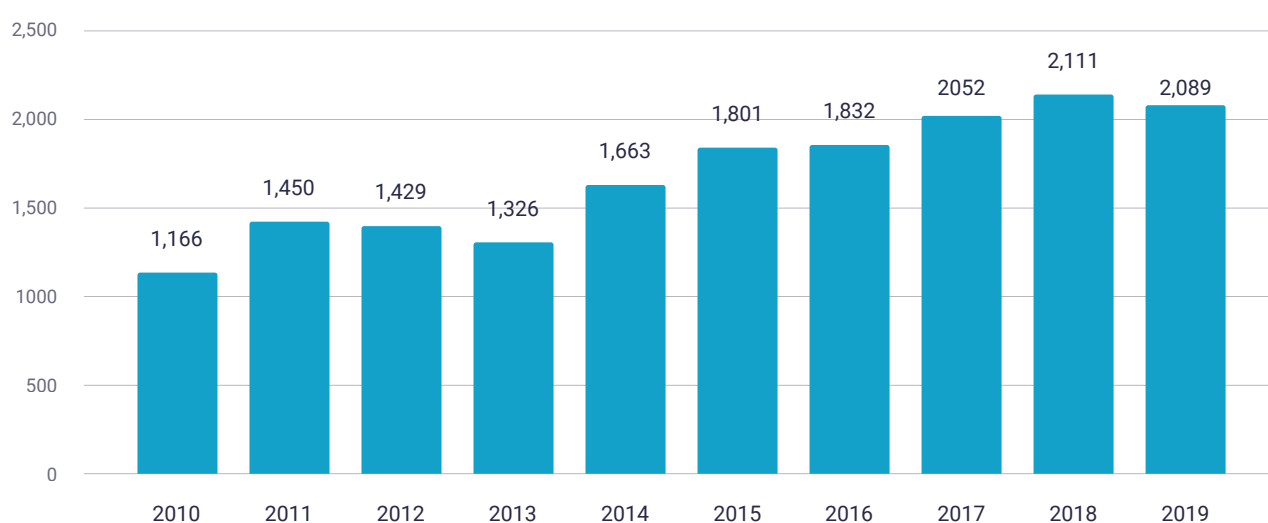
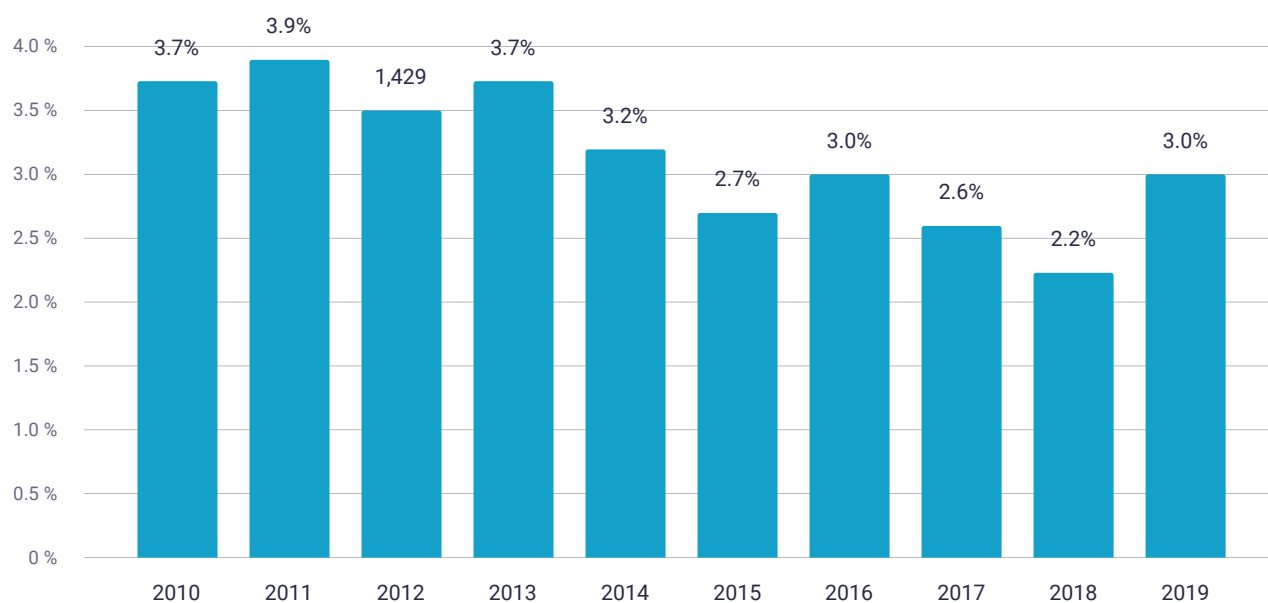


Figura 42 - Percentual de operações que foram para Fase II na FTC (2010-2019)



Com exceção de Google/Fitbit, nenhum caso foi aprovado com restrições comportamentais ou estruturais. Remédios nesses mercados são difíceis de desenhar, implementar e monitorar. Não há notícia pública de atos de concentração em que autoridades concorrenciais tenham determinado a interoperabilidade de dados pessoais, mas essa pode ser uma alternativa razoável se bem formulada¹⁰¹. É também difícil aferir a elasticidade no uso dos dados pessoais dos usuários, pois eles foram coletados em contextos diferentes e para finalidades diferentes antes das operações.

Guias de análise de atos de concentração recentes não trataram de aquisições centradas em dados. Exemplos são [New Vertical Merger Guidelines](#) dos Estados Unidos, publicado em 20 de junho de 2020, e o [Guia de Remédios Antitruste do CADE](#), publicado em 16 de outubro de 2018. Estudo do DEE sobre [Aplicação de Remédios Antitruste pelo CADE](#), de 20 de maio de 2020, também não abordou o tema. Por serem mais antigos, os guias da [ACCC](#) e da [Comissão Europeia](#) padecem do mesmo problema.

O [novo guia da CMA](#), publicado em 18 de março de 2021, lida com questões de dados:

“The CMA may consider a wide range of mechanisms through which the merged entity could potentially harm its rivals when supplying inputs. These may include, for example: refusing or restricting supply, increasing prices, reducing quality or service levels, deteriorating product interoperability, slowing the rollout of upgrades, restricting licensing of intellectual property, shutting down

¹⁰¹ Para discussão adicional sobre portabilidade de dados: CRAVO, Daniela Copetti. [Direito à portabilidade de dados: interface entre defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados](#). Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2018.

APIs, reprioritising R&D spending, or **limiting access to data**. [...] Particularly in complex and dynamic markets, firms may not focus on short term margins but may pursue other objectives to maximise their long-run profitability, which the CMA may consider. This may include eliminating a possible long-term threat, increasing the stickiness of existing customers, positioning themselves strongly in high-growth markets, gaining customers to obtain direct or indirect network effects, obtaining **access to customer data or enabling cross-selling within a broader ecosystem**. [...] Incumbents may have early mover advantages as a result of branding or creating switching costs. **The data held by many digital market firms allow them to hone, improve and personalise their products and services, and this may be difficult for an entrant to replicate in a timely manner**. Early mover advantages may be strengthened by the combination of the merger firms. [...] Barriers to entry and expansion might be particularly high if some of these factors are present in combination. **For example, an incumbent might have a large cost advantage from its scale and/or data while also benefitting from network effects**" (p. 56, 58 e 75).

Seria importante outras autoridades concorrenciais seguirem o exemplo.

6. SUGESTÕES DE POTENCIAIS MELHORIAS

Esta seção sumariza as potenciais melhorias materiais e processuais sugeridas ao longo deste trabalho. Ela também propõe algumas medidas institucionais e de advocacia da concorrência que poderiam ser adotadas pelo CADE sem necessidade de alterações legislativas.

Adoção de um novo critério de notificação de atos de concentração: “Serão submetidos ao CADE os atos de concentração econômica em que o faturamento bruto combinado dos grupos econômicos envolvidos na operação for superior a R\$ 825.000.000,00 no ano anterior à operação”.

Sugestões processuais e procedimentais: (i) criação de um portal consolidando informações relevantes dos atos de concentração em tramitação; (ii) criação de sistema em que academia, agências reguladoras e entidades do terceiro setor possam cadastrar-se para automaticamente receber informações sobre a notificação de atos de concentração em determinados setores; (iii) todas as informações e todos os materiais fornecidos pelas partes que forem úteis para o convencimento do CADE deveriam ser protocolizadas publicamente via SEI; (iv) minutas de ACC e relatórios de eficiências e cumprimento de ACC deveriam ser disponibilizados para discussão com terceiros interessados habilitados antes de serem aprovados pelo Tribunal do CADE; (v) exigência de apresentação de relatórios independentes sobre o atingimento ou não das eficiências prometidas pelas partes ao CADE; (vi) conferência de mais direitos de intervenção a terceiros interessados, em especial para formulação de quesitos ao CADE, às partes e a terceiros; (vii) exigência de declaração de independência de decisão ou voto, com indicação do nome de todas as pessoas que participaram da elaboração dos atos decisórios do CADE; (viii) inserção, nas minutas-padrão de formulário de ato de concentração, de uma seção específica sobre aquisição e consolidação de banco de dados contendo informações pessoais dos usuários; e (ix) disponibilização ao público de materiais de cooperação internacional se também forem públicos na jurisdição de origem.

Criação de uma Coordenação-Geral de Análise Antitruste (“CGAA”) especializada no setor de tecnologia: a [atual estrutura](#) da SG conta com nove CGAAs, cada qual especializada em atos de concentração, carteis e condutas unilaterais.

A CGAA-1 é responsável pela análise de atos de concentração ordinários e investigações de condutas unilaterais nos setores de agronegócio, medicamentos e tecnologia. Apesar do alto nível técnico dos servidores do CADE alocados em cada CGAA, seria salutar criar ou reorganizar uma CGAA para lidar apenas com assuntos afetando o mercado de tecnologia. Como cada setor econômico possui suas particularidades, a especialização do quadro funcional do CADE poderia criar incentivos para proferimento de decisões cada vez mais técnicas e sofisticadas. CGAAs especializadas por assunto poderiam trocar conhecimentos e experiências com entidades da indústria e do terceiro setor, instituições de ensino, membros da academia e pares internacionais de forma eficiente e transparente, gerando diálogo e fomentando reflexão de pontos de vista diversos.

Elaboração de estudos específicos pelo Departamento de Estudos Econômicos (“DEE”): existem vários [Cadernos do CADE](#) que consolidam, divulgam e sistematizam a jurisprudência do CADE sobre um mercado específico, considerando aspectos econômicos e jurídicos. Setores importantes como insumos agrícolas, meios de pagamento, cimento, transporte marítimo de contêineres, hospitais, medicina diagnóstica e planos de saúde, transporte aéreo de cargas e passageiros, serviços portuários, ensino superior e comércio de combustíveis já foram objeto de estudos pelo CADE. As diversas áreas do CADE, em especial o DEE e a SG, poderiam dar início a um caderno de publicidade online abrangendo todas as etapas da cadeia produtiva. Para tal, o CADE poderia solicitar a colaboração de entidades da indústria e do terceiro setor, instituições de ensino e membros da academia, para além de requisitar cooperação internacional a autoridades concorrenciais que realizaram estudos semelhantes. Alguns exemplos de ótimos estudos realizados por pares do CADE e outras entidades governamentais: (i) Autoridade da Concorrência de Portugal: [Ecosystemas Digitais, Big Data e Algoritmos](#); (ii) ACCC: [Digital Platforms Inquiry](#); (iii) Autoriteit Consument & Markt, dos Países Baixos: [Market Study into Mobile App Stores](#); (iv) Autorité de la Concurrence, da França: [Opinion on Data Processing in the Online Advertising Sector](#); (v) Bundeskartellamt, da Alemanha: [Market Power of Platforms and Networks](#); (vi) Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, da Alemanha: [A New Competition Framework for the Digital Economy](#); (vii) CMA: [Online Platforms and Digital Advertising Market Study](#); (viii) Comisión Federal de Competencia Económica (“COFECE”), do México: [Rethinking Competition in the Digital Economy](#); (ix) Comissão Europeia: [Competition Policy for the Digital Era e Digitalisation and its Impact on Innovation](#); e (x) Japan Fair Trade Commission (JFTC): [Report of Study Group on Data and Competition Policy](#).

Cooperação técnica com a ANPD: da mesma forma que o CADE possui acordos e convênios de cooperação técnica com a [Agência Nacional de Telecomunicações](#) (“Anatel”), a [Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis](#) (“ANP”), o [Banco Central do Brasil](#) (“BCB”), o [Ministério Público Federal](#) (“MPF”) e o [Tribunal de Contas da União](#) (“TCU”), o CADE também precisa assinar um acordo de cooperação técnica com a ANPD. Essa medida é crucial em especial para discussão de eventuais remédios comportamentais que envolvam compartilhamento, interoperabilidade ou restrições de acesso a bancos de dados.

As sugestões acima não estão em ordem de preferência ou prioridade.

7. CONCLUSÃO

Para realização deste trabalho, foram gastos 7 meses. Neste período: (i) foram analisados 81 artigos acadêmicos, 26 publicações de autoridades governamentais, 23 documentos contendo posicionamentos de autoridades governamentais sobre casos envolvendo as principais empresas aqui mencionadas e 8 manifestações de entidades internacionais do terceiro setor; (ii) houve contato com autoridades concorrenciais e entidades internacionais para solicitação de informações públicas sobre alguns casos; (iii) foram realizadas cinco reuniões com DPB e IDEC para alinhamento metodológico; (iv) foi realizado um seminário em que o autor recebeu feedbacks e respondeu a críticas de membros da academia especializados em antitruste e proteção de dados; e (v) foi produzido um webinar com ex-integrantes do CADE, o qual registrou 547 visualizações até a presente data, para discussão de alguns tópicos tratados neste estudo.

O objetivo deste projeto não foi esgotar o tema em termos práticos ou teóricos. A quantidade de notas de rodapé e de referências em hiperlinks constantes deste documento deixam isso bastante claro. A discussão sobre aquisições centradas em dados é relativamente incipiente e, segundo o melhor conhecimento do autor, até o momento não foi elaborada uma análise crítica, detalhada e multijurisdicional dos casos aqui tratados; este relatório possui esse mérito. Entretanto, ele não é imune a críticas nem produzirá consenso entre os leitores; afinal, nunca foi esse o seu propósito.

Esta pesquisa buscou identificar os principais desafios associados a aquisições centradas em dados, em especial aqueles causados pelo fato de que mercados digitais são usualmente caracterizados pela prática de preços nulos, aspecto que nem sempre autoridades concorrenciais e leis antitruste do Brasil e de outros países estão preparadas para lidar. Por meio do exame de informações qualitativas e quantitativas, foram explicados os incentivos para a realização de aquisições centradas em dados por algumas empresas específicas e como esse histórico deve ser levado em consideração nos próximos casos, já que proteção de dados pessoais é uma dimensão de concorrência. A análise crítica dos cinco atos de concentração selecionados para este trabalho serviu de exercício para destacar potenciais deficiências incorridas no passado que não devem ser repetidas no futuro, mas não necessariamente sugere que as decisões proferidas nesses casos deveriam ter produzido resultados diversos. Iniciativas de advocacia da concorrência e melhorias institucionais voltadas para o Brasil foram aqui propostas; elas são razoáveis e, se adotadas em conjunto, podem produzir bons resultados para o país. Isoladamente, provavelmente elas não serão “bala de prata”.