

**AJUSTANDO AS LENTES PARA ABUSOS DE POSIÇÃO DOMINANTE  
RELACIONADOS A DADOS: SUGESTÕES A PARTIR DE DOIS CASOS  
ENVOLVENDO *FINTECH***

***ADJUSTING THE LENSES FOR DATA-RELATED ABUSES OF DOMINANT  
POSITION: SUGGESTIONS FROM TWO CASES INVOLVING FINTECH***

**NICOLO ZINGALES<sup>1</sup>**

Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas. Rio de Janeiro (RJ). Brasil.

**RESUMO:** Apesar da proliferação de debates sobre o papel dos dados na concorrência e, particularmente, seu impacto no poder de mercado, as empresas ainda carecem de uma estrutura orientadora para determinar quando a coleta ou o uso de um conjunto específico de dados pode dar origem a um abuso de posição dominante. Este artigo dá alguns passos para a definição desse quadro, utilizando como estudo de caso duas investigações abertas pela autoridade de concorrência brasileira relativas a *fintech*. Mostra-se que as autoridades de concorrência enfrentam dificuldades em analisar casos usando as lentes dos testes jurídicos tradicionais, e propõem-se conceitos e métodos alternativos que podem servir de inspiração para futuras avaliações de abusos de posição dominante relacionados a dados.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Fintech*; acesso a dados; poder de mercado; poder de dados; vantagem de dados; ecossistemas.

**ABSTRACT:** Despite the proliferation of debates about the role of data in competition, and particularly its impact on market power, undertakings still lack a guiding framework for determining when the collection or use of a particular set of data could give rise to an abuse of dominant position. This article takes some steps towards defining this framework, using as a case study two investigations opened by the Brazilian competition authority related to *fintech*. It shows that competition authorities face difficulties in analyzing cases through the lens of traditional legal tests, and proposes alternative concepts and methods that can serve as inspiration for future assessments of data related abuses of dominant position.

**KEYWORDS:** *Fintech*; access to data; market power; data power; data advantage; ecosystems.

## **I. INTRODUÇÃO**

Com o avanço da chamada 'economia de dados'<sup>2</sup>, facilitada por um ambiente cada vez mais conectado, a coleta e utilização de dados tornou-se um fator competitivo fundamental. O crescimento exponencial desse paradigma na forma de um 'dilúvio de dados' foi reconhecido

---

<sup>1</sup> Orcid: 0000-0001-7717-2247

<sup>2</sup> “Uma economia de dados é um ecossistema digital global no qual os dados são coletados, organizados e trocados por uma rede de fornecedores com o objetivo de derivar valor das informações acumuladas” (EUROPA, 2017).

há mais de uma década pelo *The Economist* (2010) várias iniciativas legislativas e políticas surgiram na última década para facilitar esse fenômeno.<sup>3</sup> Vários setores foram significativamente afetados pelo aumento da disponibilidade e da mobilidade de dados, e o setor financeiro é um deles. A tecnologia e os dados do consumidor são aproveitados pelas chamadas '*fintechs*' (provedores de inovação tecnológica em serviços financeiros) para entrar em um espaço tradicionalmente ocupado por bancos e outras instituições financeiras.

Essas dinâmicas também favoreceram a entrada das chamadas '*big techs*' em pagamentos, gestão de ativos, seguros e empréstimos graças às vantagens do que o *Bank for International Settlements* (BIS) chama de *loop* de atividades de rede de dados, ou 'DNA': análise de dados, externalidades de rede e atividades entrelaçadas (SWITZERLAND, 2019), que permitem às grandes tecnologias escalam facilmente, aproveitando sua estrutura de baixo custo, seus recursos e capacidades na coleta e análise de *big data* e os fortes efeitos de rede diretos e indiretos.

Este artigo se concentra na análise de dois casos nesse setor para fornecer uma ilustração de alguns dos principais desafios e particularidades da aplicação antitruste à economia de dados. A estrutura do artigo é a seguinte: na seção II, contamos dois casos notáveis, um passado e um pendente, que envolveram o exercício do poder sobre dados em mercados de *fintech* no Brasil, destacando certa inquietação da autoridade concorrencial ao analisar essas práticas. Na seção III, esboçamos os principais desafios levantados pela economia de dados para a aplicação das doutrinas tradicionais de abuso de posição dominante. Isso é feito com referência específica ao tratamento de três diferentes categorias de conduta no marco regulatório da União Europeia, que oferece uma jurisprudência mais consolidada nesse sentido<sup>4</sup>. Em seguida, tentamos, na seção IV, preencher a lacuna deixada por algumas dessas teorias de dano, revisando a maneira como os dados podem conferir poder de mercado e identificando alguns fatores diferentes que podem ser usados para tornar essa avaliação mais previsível e consistente. Por fim, a seção V extrai as lições que podem ser aprendidas com este exercício, oferecendo sugestões para as autoridades lidarem com alguns tipos de abusos relacionados a dados. Nesse processo,

---

<sup>3</sup> Na UE, uma série de iniciativas foi tomada como parte da Estratégia Europeia de Dados: vide Comissão Europeia, 2020. Para saber mais sobre abordagens alternativas, vide, por exemplo, FEIGENBAUM et al., 2022; UNIÃO AFRICANA, 2022.

<sup>4</sup> Inclusive, por se beneficiar dos parâmetros específicos delineados pelo *Guidance Paper on Enforcement Priorities* (EUROPA, 2009).

argumentamos que as autoridades precisam se libertar de restrições categóricas e focar no que realmente importa: o (mau) uso do poder econômico que emana da coleta e do uso de dados pessoais.

## II. ABUSOS RELACIONADOS A DADOS EM MERCADOS DE FINTECH NO BRASIL: UMA VISÃO GERAL

O progressivo aumento de significância dos dados como ativo concorrencial implica em desafios importantes para a análise antitruste. Para fins de ilustração, trazemos aqui dois casos diferentes envolvendo alegações de abusos relacionados a dados em mercados de *fintech*. Por abusos 'relacionados a dados' nos referimos aqui à conduta pela qual uma empresa usa seu poder econômico para aumentar o tratamento de dados (o que compreende tanto sua coleta quanto a utilização) ou retê-los de concorrentes e, como resultado, prejudica os consumidores. Tal definição foi escolhida no intuito de levar em conta condutas que não necessariamente são orientadas por dados (*data-driven*), porém produzem efeitos distorcivos devidos ao papel que os dados desempenham para a concorrência. Em outras palavras, esse escopo amplo permite abarcar não apenas situações nas quais os dados são aproveitados para aumentar o poder de mercado de forma endógena, mas também casos em que restrições de acesso e uso desses dados para concorrentes obstaculizam a contestabilidade dos mercados em questão.

Por sua vez, o setor financeiro foi escolhido pelo reconhecimento das importantes dinâmicas competitivas atreladas a utilização de dados, conforme mencionado na seção I, o que nos conduziu ao recorte dos dois casos aqui relatados. É importante destacar que nenhum desses casos resultou em uma condenação por parte do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), deixando assim alguma incerteza sobre como esse tipo de conduta deve ser analisado futuramente. Além disso, a autoridade de concorrência não articulou uma clara teoria de dano relativa à utilização de dados, sobre a qual se possa construir bases para futuras análises. Nesta seção, fornecemos uma visão geral dos principais fatos e argumentos por trás de cada um desses casos, antes de proceder na seção III para a consideração dos testes aplicados na União Europeia a três possíveis categorias de conduta, e seus desafios nos contextos da economia de dados.

### A. GUIABOLSO

RDP, Brasília, Vol.20, n. 107, 643-670, jul/out. 2023, DOI: 10.11117/rdp.v20i107.7331 | ISSN:2236-1766



Licença Creative Commons 4.0

O primeiro caso de abuso de posição dominante relacionado a dados em um mercado de *fintech* diz respeito à conduta de um dos maiores bancos do Brasil, o Bradesco, que teve como efeito impedir o uso por seus clientes de um aplicativo de terceiros para gerenciamento financeiro, chamado 'Guiabolso'. O caso teve origem em uma ação movida em 2016 pelo Bradesco contra o Guiabolso (SÃO PAULO, 2016; BRANT, 2016). Na ação, o Bradesco pediu liminar determinando que o Guiabolso suspendesse a coleta de dados financeiros de seus clientes por diversos motivos: (i) risco de segurança, pelo fato de que o Bradesco não saberia diferenciar o compartilhamento de dados financeiros de seus clientes com o Guiabolso de ataques fraudulentos; (ii) aumento dos custos administrativos do Bradesco; (iii) quebra de sigilo bancário e quebra de contrato entre o cliente e o banco, pelo fato de o compartilhamento ter ocorrido via *screen-scraping* (ou seja, transferindo para o Guiabolso os dados de login do cliente) em ausência de uma autorização específica; (iv) falta de transparência no serviço prestado, uma vez que os clientes não são alertados de que os dados de login podem ser usados para operações não autorizadas; (v) concorrência desleal, devido à violação de direitos autorais sobre bancos de dados.

As solicitações do Bradesco tiveram efeito bumerangue: chamaram a atenção da Secretaria de Promoção da Produtividade e Defesa da Concorrência (SEPRAC), órgão do Ministério da Fazenda então responsável pela defesa da concorrência e pela promoção e análise de medidas que aumentem a produtividade da economia brasileira<sup>5</sup>. A SEPRAC interveio no caso como *amicus curiae* para requerer a improcedência dos pedidos do Bradesco, e acionou formalmente o CADE para que abrisse uma investigação sobre a conduta do Bradesco (BRASIL, 2018). A avaliação da SEPRAC sobre o caso foi de que o Bradesco havia se envolvido em *sham litigation*, no sentido de fazer alegações infundadas com o objetivo de restringir a concorrência, o que a SEPRAC passou a demonstrar em cada uma das alegações do Bradesco. Sua observação mais contundente dizia respeito à medida tomada pelo Bradesco para proteger seus clientes de um suposto risco de segurança envolvido na concessão de acesso aos dados do cliente ao Guiabolso. A SEPRAC considerou tal medida nem necessária nem adequada para evitar o risco de transações fraudulentas: quando a interface do *internet banking*

---

<sup>5</sup> A partir da vigência da Lei de Concorrência (Lei Nº 12.529, de 30 Novembro de 2011), a SEPRAC foi substituída pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, à qual compete “promover a concorrência em órgãos de governo e perante a sociedade” (art.º 19).

do banco apresentava a opção de *login* no aplicativo Guiabolso, solicitava um número gerado aleatoriamente (*token*) que não podia ter sido fornecido anteriormente ao Guiabolso por seus clientes, impondo assim uma etapa extra que poderia dificultar o uso e a adoção generalizada do aplicativo. Isso era diferente da medida adotada por outros bancos de referência com o Guiabolso, que exigiam apenas a autenticação de dois fatores antes da realização de transações financeiras.

Seguindo o exemplo da SEPRAC, em setembro de 2018 o CADE abriu uma investigação. Em sua análise preliminar, a Superintendência Geral (SG) concluiu que a conduta do Bradesco, de exigir um *token* adicional para acessar determinadas áreas do *internet banking* dos clientes, prejudicou o crescimento do mercado não apenas para o Guiabolso e outras *fintechs*, mas também para novos potenciais entrantes (BRASIL, 2018b). Talvez a parte mais difícil e interessante da decisão, porém, diga respeito à avaliação do poder de mercado: afinal, uma conduta só pode ser considerada abusiva quando praticada por uma empresa dominante. Aqui, essa conclusão foi difícil de chegar na análise preliminar do SG porque, embora o Bradesco tenha preenchido a quota de participação de mercado utilizada pela lei para inferir a existência de domínio (25%) no mercado nacional de contas correntes, não o fez em relação aos depósitos, que seriam fontes de informação igualmente relevantes para o Guiabolso. O SG afirmou então que tal conclusão poderia, no entanto, ser alcançada observando que o mercado era caracterizado por barreiras elevadas, como a necessidade de atender a rígidos requisitos regulatórios, fazer investimentos maciços em *marketing* e tecnologia, criar uma ampla rede de distribuição e obter economias de escala e escopo – todos os quais podem ter efeitos ainda mais perniciosos sobre a capacidade dos concorrentes (como o Guiabolso) de desfrutar de externalidades transversais. Ele observou que isso leva ao mesmo resultado da posição assumida pela autoridade holandesa de concorrência em um relatório sobre *fintechs* em sistemas de pagamento (HOLANDA, 2017) onde se argumentou que os bancos detêm uma posição dominante no mercado de informação sobre as contas de pagamento dos seus clientes. A análise do SG também parece seguir o relatório holandês no que diz respeito à natureza da conduta em questão, apontando que os requisitos para abuso seriam satisfeitos quando uma empresa dominante tiver incentivo para se envolver em uma determinada conduta a fim de excluir um concorrente real ou potencial, particularmente em um mercado secundário onde um banco opera.



O caso foi encerrado em outubro de 2020 com a adoção de um Termo de Cessação de Conduta (TCC), por meio do qual o Bradesco se comprometeu a: (i) desenvolver interfaces de conexão que permitam ao Guiabolso solicitar e obter consentimento de seus usuários que são clientes do Bradesco, e acessar via comunicação criptografada previamente estabelecida ao sistema Bradesco de forma que permita a coleta de todos os dados dos usuários que derem seu consentimento; (ii) apresentar, em até 30 dias, relatório contendo a documentação técnica disponibilizada para a interconexão, as interações ocorridas com o Bradesco para fins de teste e a documentação que comprove a efetividade da interface de consentimento; (iii) o depósito de R\$23.878.716,72 no fundo de defesa coletiva; e (iv) a desistência da ação movida pelo Bradesco e ainda pendente de julgamento.

## **B. IFOOD**

Um segundo caso candidato à classificação como “abuso relacionado a dados” no setor financeiro diz respeito à conduta da principal plataforma *online* de entrega de alimentos no Brasil, o iFood, e sua conduta relacionada ao mercado de programas de vale-refeição. Os programas de vale-alimentação são programas de benefícios aos empregados, nos quais os empregadores fornecem aos seus funcionários vales para a compra de alimentos em uma rede de restaurantes parceiros de acordo com o Programa Nacional de Alimentação do Trabalhador (PAT)<sup>6</sup>. Para resgatar um vale, os funcionários devem fazer compras em um dos restaurantes parceiros, o que, por sua vez, exige que este abra uma conta com um fornecedor de vale-alimentação. O iFood é um desses provedores e tem a vantagem de prover esse serviço na sua plataforma de *delivery* amplamente popular: assim, é capaz de aproveitar os contratos de serviços de *delivery* existentes com restaurantes parceiros para acoplar esses serviços de vale-refeição, sem precisar credenciar tais restaurantes em instituições que processam os pagamentos de tais vales. Portanto, pode atuar nesse mercado com muito pouco ou nenhum investimento em comparação com os fornecedores concorrentes de vouchers de alimentação.

Diante desse cenário, em 28 de abril de 2022, o CADE instaurou inquérito em resposta a denúncia apresentada pela Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador (BRASIL, 2022), com base em três alegações distintas:

---

<sup>6</sup> A grande vantagem para os empregadores é que esses benefícios estão associados a fortes incentivos fiscais, representando, portanto, uma forma econômica de aumentar a atratividade das condições de trabalho.

- i. A utilização ilegítima dos dados obtidos na plataforma de *delivery*, incluindo o perfil socioeconômico dos seus clientes, as suas preferências, a frequência de seus pedidos, o gasto médio, as instituições financeiras a eles associadas, bem como dados semelhantes sobre restaurantes, tais como o perfil do cliente, o seu volume de negócios e a percentagem de vales-refeições usados como pagamento em seus pedidos. Esses dados permitiriam ao iFood fazer ofertas e descontos aos clientes que são considerados cruciais para ganhar participação de mercado em relação aos fornecedores de vales concorrentes: por exemplo, oferecendo descontos, *cashback* e outras vantagens aos diretores da empresa com o objetivo de persuadir a seus empregadores para migrar para os benefícios do iFood, ou oferecer benefícios extras para os funcionários, a fim de incentivar o exercício do direito à portabilidade de vale-refeição de outros fornecedores de vale-refeição, que o PAT confere expressamente desde 2021.
- ii. Subsídios cruzados do mercado de *delivery* online, na forma de rebates, *cashback* e descontos, prazos de pagamento estendidos para igualar as taxas que os empregadores devem pagar como sanção a outro provedor de vouchers em caso de migração para o iFood e financiamento subsidiado de clientes em caso de recarga de programas de *vouchers* por um período prolongado.
- iii. *Self-preferencing* do próprio programa de *vouchers* do iFood em sua plataforma de *delivery*, criando obstáculos ao cadastro dos restaurantes de fornecedores de *vouchers* concorrentes (enquanto o programa de vouchers do iFood é inscrito automaticamente) e ao uso de *vouchers* de alimentação de outros fornecedores de vales pelos consumidores.

Em 11 de outubro de 2022, o SG encerrou a investigação alegando que não encontrou evidências suficientes de que a plataforma iFood seja um *gatekeeper* (ou seja, uma empresa com poder de controle de acesso essencial), nem que a empresa pratique discriminação ou subsídio cruzado. Em particular, o SG observou que 90% da receita derivada do iFood com vales-refeição é composta por compras *off-line*, sugerindo que a plataforma tem relevância limitada nesse mercado e que sua precificação agressiva faz parte de uma estratégia promocional como um novo entrante para estimular a adoção de métodos de pagamento online. Também rejeitou as preocupações associadas à possível discriminação como dificuldades

técnicas que todos os operadores do mercado enfrentam (especialmente porque a interoperabilidade foi imposta por lei) (BRASIL, 2022b), e que geraram reclamações de consumidores não apenas contra o iFood, mas também outras plataformas de entrega de comida. Contudo, em 28 de fevereiro de 2023, o inquérito foi reaberto em razão do acolhimento pelo Tribunal do CADE da proposta de avocação apresentada pelo Conselheiro Gustavo Augusto Freitas de Lima no que tange essa terceira conduta denunciada, a qual segue sob análise do SG<sup>7</sup>.

Importante para nossos propósitos, o SG também concluiu que não parece ser ilícita neste caso específico a utilização de dados da própria plataforma, nem que tais dados não poderiam ser obtidos por meio de pesquisa ou aquisição de dados de empresas de inteligência de mercado. Ainda mais vigorosamente, o SG argumentou que tal uso de dados pode ser necessário para sobreviver no mercado e que sua legalidade é mais uma questão legislativa (sob a lei de proteção de dados) do que uma questão de direito da concorrência.

### III. ABUSOS RELACIONADOS A DADOS: MAPEANDO DESAFIOS PARA A ANÁLISE TRADICIONAL

Nesta seção, revisamos os desafios envolvidos na aplicação de categorias tradicionais de abusos ao ambiente orientado a dados. Para fazer isso, três categorias de conduta são apresentadas, com base nos fatos dos casos descritos acima, e usando a jurisprudência do direito da concorrência da UE como inspiração para lidar com tais casos.<sup>8</sup> A questão central do exercício a seguir é avaliar como essas categorias se comportam no que diz respeito aos casos envolvendo dados, que é um recurso com suas peculiaridades: especificamente, ele tem valor que pode ser oferecido em troca de bens e serviços; e, além disso é um recurso infraestrutural ((FRISCHMANN, 2022; THOMBAL, 2022, p. 53), o que significa que é não rival e que é um recurso de utilização generalizada como insumo para a produção de bens e serviços. A utilização generalizada também está ligada à sua natureza de recurso incipiente, necessitando

<sup>7</sup> Ver nesse sentido a NOTA TÉCNICA Nº 30/2023/CGAA1/SGA1/SG/CADE, de 21 setembro de 2023, que prorroga o inquérito administrativo pelo prazo de 60 dias (BRASIL, 2023).

<sup>8</sup> Embora a justaposição de casos brasileiros a jurisprudências e relatórios internacionais possa parecer pouco ortodoxa, o uso de sentenças estrangeiras não é incomum na jurisprudência brasileira, que frequentemente usa tais fontes estrangeiras para justificar uma posição particular.



de saneamento, refinamento e organização para ser utilizado como fonte estruturada de conhecimento (KITCHIN, 2014, p. 6). Por fim, dados pessoais podem tornar os indivíduos identificáveis, o que significa que podem relacionar-se direta ou indiretamente com um indivíduo e, assim, permitir uma oferta personalizada.

## A. DISCRIMINAÇÃO

A discriminação é uma categoria versátil de conduta, que pode ser aplicada tanto à precificação quanto à não precificação. Assim, em princípio, o conceito não apresenta problemas particulares quando se trata de sua aplicação a um contexto de preço zero onde os dados são usados como moeda. Há pouca dúvida de que esse teste poderia ser aplicado à discriminação entre os clientes de uma empresa dominante sobre outros parâmetros de concorrência para além do preço. O que é desafiador, no entanto, é como operacionalizar o teste de 'vantagem competitiva' em um contexto não precificado. A jurisprudência recente do Tribunal de Justiça da UE reconhece que o que conta é se a prática afeta “custos, lucros ou qualquer outro interesse relevante de um ou mais desses parceiros”, não sendo exigida a prova de uma deterioração real e quantificável da situação concorrencial (EUROPA, 2018): a mera *capacidade* de distorcer injustamente a concorrência entre parceiros comerciais seria suficiente (par. 28). Embora isso signifique que uma mera possibilidade (nem mesmo uma probabilidade) de que o tratamento diferenciado tenha um impacto distorcivo seja acionável, o julgado esclarece que tal conclusão só pode ser alcançada com base na avaliação de todas as circunstâncias relevantes<sup>9</sup>.

Vale a pena destacar também que, se a discriminação ocorrer por meio da personalização de conteúdo, um desafio adicional envolve levar em consideração o quão prevalente é essa discriminação e se a estratégia geral da empresa revela uma intenção anticompetitiva – o que torna necessária uma investigação profunda sobre as práticas algorítmicas da empresa dominante. Uma complicação adicional é que a jurisprudência impõe a necessidade de uma empresa sofrer uma desvantagem em comparação com um concorrente no mesmo mercado

---

<sup>9</sup> Circunstâncias que incluem uma avaliação dos seguintes fatores: poder de mercado, poder de negociação e incidência relativa de discriminação na estrutura de incentivos da empresa discriminada, e estratégia global da empresa dominante (e, particularmente, se ela visa a eliminar concorrentes tão eficientes). *Id.*, parágrafo 31.

relevante (EUROPA, 2019, par. 46). Esse requisito pode dificultar a avaliação da discriminação relacionada ao acesso a dados, quando a discriminação envolver empresas que não estão competindo atualmente.

## B. EXCLUSIVIDADE E DESCONTOS DE FIDELIDADE

Exclusividade é uma categoria ampla que reúne duas práticas diferentes: compra exclusiva e descontos de fidelidade. Os acordos de compra exclusiva obrigam um cliente, contratualmente ou de fato, a obter a totalidade ou a maior parte das suas necessidades para um determinado produto de um determinado fornecedor. Em contraste, os descontos de fidelidade são aqueles em que um vendedor oferece um preço melhor, desde que o comprador demonstre sua lealdade, medida em termos de participação nas compras desse comprador. A gama de critérios relevantes para a avaliação dessas práticas é resumida pelo *Guidance Paper* da Comissão Europeia (EUROPA, 2009). Lá, a Comissão Europeia declara a compra exclusiva uma prioridade de fiscalização quando a empresa dominante é um parceiro comercial inevitável, por exemplo, porque sua marca é um 'item obrigatório' preferido por muitos consumidores finais, ou devido a restrições de capacidade dos outros fornecedores (par. 35).

Por outro lado, se os concorrentes puderem competir em igualdade de condições pela demanda total de cada cliente individual, é improvável que as obrigações de compra exclusiva impeçam a concorrência efetiva.<sup>10</sup> Ao aplicar esse padrão a abusos relacionados a dados, uma complicação pode ser que o fato de os dados serem transacionados não diminui o seu papel como insumo para o desenvolvimento de produtos e serviços, o que pode suscitar preocupações legítimas de encerramento não só no mercado de compra, mas também nos mercados de produtos a jusante diretamente afetados por essa transação. Ao mesmo tempo, devido ao objetivo geral e à natureza incipiente dos dados, pode ser difícil identificar exatamente quais *pipelines* são afetados e como.

O foco do *Guidance Paper* na competição para toda a demanda de cada cliente em compras exclusivas indica um desejo de proteger a capacidade dos concorrentes de obter

---

<sup>10</sup> Ou seja, salvo se a mudança de fornecedor por parte dos clientes for dificultada pela duração da obrigação de compra exclusiva.

economias de escala necessárias para competir efetivamente no mercado, referência que também é usada para avaliar a legalidade de descontos. Especificamente, o *benchmark* nesse caso é o preço que um concorrente teria que oferecer para ganhar clientes (compensando-os pelo desconto perdido) na parcela 'contestável' do mercado - ou seja, as unidades que ainda não são cativas da empresa dominante (EUROPA, 2009, par. 44). A quota contestável é um dos elementos-chave que devem ser considerados, de acordo com o *Guidance Paper*, incluindo fatores como “a posição da empresa dominante”, “as condições do mercado relevante”, “a posição dos concorrentes da empresa dominante”, “a posição dos clientes ou fornecedores de insumos”, “a extensão da conduta alegadamente abusiva”, “possível evidência de encerramento real” e “evidência direta de qualquer estratégia de exclusão” (par. 20). No entanto, o peso que deve ser dado a esses outros elementos, uma vez comprovado que existe um efeito indutor de lealdade, permanece um ponto controverso, como mostrado na saga do caso *Intel* (EUROPA, 2017) que resultou na anulação pelo Corte de Justiça da UE do acórdão do Tribunal da União (assim, confirmando a decisão de infração da Comissão) com fundamento no fato de estes argumentos não terem sido devidamente considerados (par. 139-140).

Essa avaliação mais holística da prática dá mais liberdade para considerar o direcionamento estratégico de clientes, que provavelmente aumentará a relevância dos dados na análise desse tipo de conduta, e, se comprovado, poderá ser admitido como evidência direta de estratégia de exclusão. Além disso, o acórdão *Intel* confirmou um acórdão anterior no processo *Post Danmark II* de que o teste do concorrente tão eficiente é apenas um instrumento entre outros para efeitos de avaliação da existência de abuso de posição dominante no contexto de um sistema de descontos (par. 6). Isso permite eliminar o que poderia ter se mostrado um desafio formidável no contexto de mercados *data-driven*: determinar a viabilidade de um desconto subsidiado por dados para um concorrente tão eficiente provavelmente será complexo, particularmente em um mercado repleto de personalização e de empresas enxutas que estão prontas para se adaptar à demanda em constante mudança. Por outro lado, se os dados constituem o produto que está sendo vendido, um desafio adicional é como determinar os custos dessa produção, visto que muitas vezes é um subproduto de outras atividades. Ainda, outro desafio reside em determinar o que constituiria o direcionamento estratégico e, em particular, até que ponto um desconto poderia ser considerado ilegal quando praticado para um grupo

selecionado de clientes (como os perfis considerados mais propensos a comprar de concorrentes).

De fato, neste caso, não se pode confiar na teoria da alavancagem (pela qual um desconto permite à empresa dominante de alavancar a participação incontestável do mercado sobre a participação contestável) para explicar a exclusão de descontos indutores de fidelidade: isso porque, em reação a esses descontos seletivos, os rivais poderiam simplesmente optar por fazer mais vendas para os clientes restantes (PETIT, 2015, p. 39-40). Portanto, parece que um teste diferente precisa ser articulado em relação ao direcionamento de descontos baseados em dados. Isso sem prejuízo, porém, da possibilidade de identificar efeitos de alavancagem tanto na compra quanto em mercados *downstream* onde dados podem ser utilizados, como no caso de contratação exclusiva.

### C. RECUSA DE CONTRATAR

A recusa de contratar é normalmente considerada como o tipo de conduta contra a qual as autoridades antitruste devem exercer o mais alto nível de autocontenção, dada a clara tensão do acesso obrigatório com o direito de uma empresa decidir se e com quem deseja estabelecer uma relação comercial. A jurisprudência europeia definiu um conjunto restrito de circunstâncias em que o acesso pode ser obrigatório (também conhecida como "doutrina das *essential facilities*"), nomeadamente quando a empresa está integrada verticalmente e goza de domínio a montante, e a sua recusa a uma empresa que opera em o mercado a jusante satisfaz as seguintes condições.

1. Trata-se de um insumo indispensável para competir efetivamente no mercado a jusante.
2. É provável que elimine a concorrência efetiva no mercado a jusante.
3. É provável que cause danos ao consumidor (EUROPA, 2009, par. 81).

Agora, vamos supor que a aplicação dessa doutrina envolva solicitação de acesso são dados. De que maneira isso muda a equação? Primeiro, pode ser difícil estabelecer quais dados especificamente devem ser compartilhados: além dos tipos de atividades aos quais os dados se relacionam, uma questão crucial diz respeito se a divulgação deve ser obrigatória para dados brutos, dados estruturados, dados adquiridos e/ou mesmo dados inferidos.

Em segundo lugar, de forma semelhante a algumas das outras condutas acima, temos um desafio de dados como recurso incipiente: o solicitante de acesso pode não estar atualmente

ativo no mercado a jusante. Pode-se até argumentar que o requisito de identificar *ex ante* um novo produto ou um desenvolvimento técnico que estaria sendo obstaculizado pela falta de acesso ao insumo (EUROPA, 2009, par. 363) é equivocado, pois vai contra o modo como a inovação funciona no contexto da economia baseada em dados (MAYER-SCHOENBERGER; PADOVA, 2016, p. 315).

Por fim, pode-se argumentar que existe um problema concreto de mensuração do dano ao consumidor na medida em que a recusa impede o surgimento de uma solução mais favorável à privacidade, já que sob o teste existente isso não seria (literalmente falando) um desenvolvimento técnico. Somente uma compreensão mais ampla dos objetivos da lei de concorrência, ou então um reconhecimento da relevância da privacidade como uma dimensão de qualidade do produto, permitiria abordar esse tipo de preocupações.

**Tabela 1-** Desafios relacionados a dados para análise de abusos

| ↓CONDUTA<br>→ CARACTERÍSTICAS<br>DOS DADOS | Comerciabilidade                         | Instrumentalidade<br>complexa            | Generalidade e<br>incoerência                      | Individualização                                 |
|--|--|--|--|--|
| <b>Discriminação</b>                       | ×  | Estabelecer a “vantagem competitiva”     | Ausência de presença em mercado relevante          | Detectar a intenção prevalente e anticompetitiva |
| <b>Exclusividade</b>                       | ×  | Estabelecer fechamento de mercado        | Fechamento de qual mercado?                        | ×  |
| <b>Descontos de fidelidade</b>             | Determinar o custos de produção de dados | Estabelecer fechamento de mercado        | Identificar a anticompetitivo estratégia           | Aplicar a teoria da alavancagem                  |
| <b>Recusa em contratar</b>                 | Escopo de dados compartilhados           | Privacidade como desenvolvimento técnico | Sem atividade a jusante pelo solicitante de acesso | ×  |

Fonte- Elaboração do autor

#### IV. DADOS COMO FONTE DE PODER DE MERCADO: CRITÉRIOS PARA UMA AVALIAÇÃO APRIMORADA



O abuso de posição dominante refere-se ao uso indevido do poder de mercado, de forma a prejudicar a concorrência no mercado e, em última instância, prejudicar os consumidores. Portanto, uma questão preliminar para nossa análise é entender se esse poder tem a ver com o fato de uma empresa ter um acesso superior aos dados, em comparação com seus concorrentes, e poder usar isso para afastar a concorrência. Isso se refere ao uso de dados para pelo menos duas finalidades diferentes: primeiro, como uma entrada para a construção de novos produtos e serviços, inclusive por algoritmos de treinamento e, segundo, como um ativo que pode ser explorado para oferecer produtos e serviços direcionados.

Apesar de identificar elementos indicativos relevantes, a literatura acadêmica não conseguiu articular um teste que ajuda a determinar a significância relativa dos dados para a concorrência que, como reconhece o Relatório Franco-Alemão (GERMANY, 2016, p. 50-52), é altamente específico do contexto.

Uma abordagem útil para a avaliação do poder de mercado relacionado a dados foi apresentada pelo Relatório sobre 'Big Data e Concorrência' entregue ao Ministério Holandês de Assuntos Econômicos (VAN TIL; VAN GORP; PRICE, 2017). O Relatório identifica cinco critérios relevantes. Um, relacionado à disponibilidade de um modelo de negócios alternativo (não baseado em dados), está negativamente relacionado com o poder de mercado. Em contraste, os quatro critérios restantes guardam uma correlação positiva: a disponibilidade exclusiva de tais dados para uma empresa; sua capacidade de gerar efeitos de aprendizagem que podem ser usados para melhorar um produto ou serviço; sua utilização como 'cola' para aproximar diferentes tipos de usuários; e a disponibilidade de ativos da empresa em questão que são complementares aos dados. Note-se, no entanto, que esses elementos não abrangem o uso de dados como insumo para a criação de novos produtos e serviços, o que confere à empresa em questão a capacidade de proteger seu poder de mercado por meio de alavancagem defensiva. Portanto, nesse sentido, parece relevante entender o alcance dos conjuntos de dados de uma empresa tanto em relação à sua vinculação a outras, quanto em termos de quantos domínios diferentes (que potencialmente representam novas áreas de expansão) um único conjunto de dados pode fornecer informações (LIANOS; CARBALLA-SMICHOWSKI, 2022, p. 828). Isso nos leva a identificar o critério adicional de 'alavancagem', que é adicionado à lista de fatores competitivos elaborada no Relatório. Reconhecidamente, esses são apenas critérios indicativos, mas ajudam a fornecer mais foco e precisão para a análise da concorrência.

**Tabela 2-** Fatores para identificar riscos de uso de dados para competição

| <b>Efeito do fator no poder de mercado</b> |  |   |
|--|--|---|
| <b>1</b>                                   | <b>Exclusividade</b> – Os dados estão disponíveis exclusivamente para uma empresa ou outras empresas também podem obter acesso?                          | + |
| <b>2</b>                                   | <b>Efeitos de aprendizagem</b> – O uso de dados contribui para efeitos de aprendizagem que podem ser usados para melhorar o produto ou serviço?          | + |
| <b>3</b>                                   | <b>Orquestração da interação em uma rede</b> – Os dados são usados para reunir vários tipos de usuários em uma plataforma?                               | + |
| <b>4</b>                                   | <b>Ativos complementares</b> – Existem ativos que podem ser considerados complementares aos dados? Eles são exclusivos ou estão disponíveis substitutos? | + |
| <b>5</b>                                   | <b>Alavancagem</b> – Esses dados podem ser usados em diferentes mercados para facilitar o fornecimento de novos produtos ou serviços?                    | + |

|   |   |   |
|---|---|---|
| 6 | <b>Modelos de negócios concorrentes</b> –<br>Existem empresas que usam um modelo de negócios diferente, mas competem com a empresa considerada? | - |
|---|---|---|

Fonte- Adaptação de VAN TIL et al. (2017)

## V. AJUSTANDO AS LENTES PARA ABUSOS RELACIONADOS A DADOS

A estrutura descrita na seção IV não resolve as muitas questões levantadas na seção III relacionadas à aplicação de formas tradicionais de abuso aos mercados relacionados a dados. No entanto, contribui trazendo foco adicional para a análise competitiva. Nesta seção, resumimos os *insights* chamando a atenção para as áreas de investigação que provavelmente ganharão mais relevância no futuro, e aplicamos esses conceitos aos casos de *fintech* mencionados na seção II.

### A. DEFINIÇÃO DE MERCADO E PODER DE MERCADO

Um primeiro desafio fundamental que afeta a análise antitruste em mercados orientados por dados está relacionado à definição de mercado e ao poder de mercado. Onde os dados não são comercializados no mercado, as autoridades normalmente os consideram apenas como um insumo para uso a jusante, o que pode levá-los a ignorar mercados que ainda não foram desenvolvidos em torno de um produto ou serviço identificado. Isso levanta uma preocupação legítima de monopolização para mercados que estão se desenvolvendo rapidamente em resposta a uma inovação tecnológica ou regulatória e para os quais os contornos do mercado são incertos. Uma reação a isso é simplesmente proteger todos os mercados possíveis que dependem do acesso a determinados dados com a presunção de domínio do detentor dos dados, o que pode ser razoável em contextos específicos. Por exemplo, sabemos que a inovação do *open banking* levou o relatório holandês sobre a concorrência *fintech* à conclusão de que os bancos desfrutam de uma posição dominante no mercado de informações sobre as contas de pagamento de seus

clientes (HOLANDA, 2019). Com isso, o relatório holandês se referia, presumivelmente, a qualquer mercado que dependa da disponibilidade de informações sobre as contas de pagamento dos clientes. Um argumento semelhante pode ser feito para outros mercados que oferecem casos de claro uso a jusante para dados coletados como parte de uma atividade primária, como é o caso de carros conectados. Não por acaso,<sup>11</sup> o relatório pericial entregue em 2019 à Comissão Europeia para a política de concorrência na era digital alertou sobre a falta de contestabilidade que decorre do controle exclusivo de tais dados, e um relatório de 2018 ao Ministério Federal Alemão para Assuntos Econômicos e Energia afirmou que um a negação de acesso a dados automaticamente gerados no contexto de redes de criação de valor pode constituir uma conduta de exclusão não razoável, mesmo que mercados para tais dados ainda não existam (SCHWEITZER; HAUCAP; KERBER; WELKER, 2018, p. 6). A grande questão é, claro, quando isso aconteceria. Na ausência de regras ou presunções *ex ante* claramente delineadas, como podem as partes prever se uma recusa em conceder acesso a dados em um mercado ainda não existente é anticompetitiva? Alguma inspiração pode ser encontrada na estrutura disponível em muitas jurisdições para lidar com situações de dependência econômica por parte das empresas, incluindo Áustria, Bélgica, China, França, Alemanha, Itália, Japão, Coreia, República Eslovaca, África do Sul, Suíça e Taiwan. Este conceito requer uma análise diferente da do poder de mercado. Embora se concentre igualmente na capacidade de uma empresa mudar para fornecedores alternativos, o seu inquérito inclui um elemento objetivo, quanto à suficiência das alternativas, e um elemento subjetivo, sobre a razoabilidade dos esforços que seriam necessários para a mudança (THOMBAL, 2022, p. 256; FÉTEIRA, 2016, p. 150). A jurisprudência estabeleceu uma série de fatores relevantes para inferir a existência de dependência econômica, como a existência de rotas alternativas de distribuição ou produção, a importância de um produto para o varejista, a força da marca e a existência de poder de compra agregado (LIANOS; LOMBARDI, 2016, p. 17-18). A esses fatores, devemos acrescentar um elemento relacionado a dados que foi recentemente introduzido na Alemanha pela Décima Emenda à sua Lei de Concorrência, estabelecendo no § 20, 1ª que 'a dependência também pode

---

<sup>11</sup> “Numerosos especialistas e participantes da indústria argumentam que o controle exclusivo sobre os dados de uso da máquina leva ao fechamento de mercados secundários e pode reduzir significativamente a contestabilidade da posição de um produtor de máquinas no mercado primário, devido a um *lock in* orientado por dados em usuários de máquinas” (CREMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 88).

surgir do fato de uma empresa ser dependente do acesso a dados controlados por outra empresa para as suas próprias atividades’.

Outra maneira de reconhecer vantagens prospectivas relacionadas a dados seria usar o conceito de pesquisa e desenvolvimento (P&D) ou os chamados mercados de 'inovação' desenvolvidos por GILBERT & SUNSHINE (1995) e posteriormente adotado nas Diretrizes dos EUA sobre Propriedade Intelectual (ESTADOS UNIDOS DE AMERICA, 1995), que se referem a um mercado para P&D direcionado a bens ou processos particularmente novos ou aprimorados e substitutos próximos para essa pesquisa e desenvolvimento. No entanto, essa abordagem só pode ser adotada quando os ativos de P&D relevantes puderem ser associados a ativos especializados ou características de empresas específicas, o que o torna inapto para capturar inovação orientada por dados: a disponibilidade de *big data* e análise de dados reverte a direção da descoberta, usando dados para formular hipóteses em vez de provar hipóteses existentes (MAYER-SCHOENBERGER; PADOVA, 2016, p. 315). Isso significa que a P&D está agora mais informada pela observação da atividade diária dos consumidores e, quando aplicável, dos parceiros de negócios (SHELANSKI, 2013, p. 1689).

Uma terceira abordagem é considerar os dados do consumidor como um ativo especial que posiciona o coletor de dados na competição por uma série de mercados, juntamente com outros coletores de dados significativos (GRAEF, 2016, p. 109). Nessa solução, a análise antitruste se concentraria no impacto sobre a concorrência entre ecossistemas, e não em mercados estritamente definidos. Conforme colocado apropriadamente em um estudo de mercado recente da autoridade de concorrência holandesa sobre lojas de aplicativos móveis: “a batalha disputada pelos ecossistemas de plataforma online não é sobre dominar mercados, mas sobre se tornar o ponto de acesso padrão para a internet e conteúdo para uma massa crítica de usuários que podem ser monetizados de várias maneiras” (HOLANDA, 2019, p. 41). Devido a essa dinâmica específica, os mercados ecossistêmicos devem se basear em um entendimento claro das tendências de demanda e vieses de seus usuários, juntamente com os recursos tecnológicos e organizacionais (incluindo dados) necessários para a competição nesses mercados. Além disso, atenção especial deve ser dada à qualidade (e não ao preço) como o atributo que impulsiona a concorrência (JENNY, 2021, p. 1153).

Seja qual for a abordagem, é importante formular uma teoria convincente de como e por que ocorre a alavancagem dos dados. Isso traz a relevância do segundo tipo de manifestação de



poder descrito na seção IV que, conforme discutido, apresenta desafios tanto em termos de medição quanto de coordenação que precisarão ser resolvidos. No que diz respeito à primeira manifestação de poder, os critérios de significância dos dados listados na Tabela 1 podem fornecer uma métrica útil. Especificamente, uma fonte adicional de poder de mercado pode ser encontrada nos dados sempre que o teste de seis frentes mostrado na Tabela 1 sugere, no geral, que os riscos competitivos do fechamento de dados são significativos. O teste poderia, inclusive, ser utilizado para dirimir as hesitações em estabelecer o domínio dos bancos no mercado de fintechs, como no caso do *Guiabolso* (SÃO PAULO, 2016), em que todos os fatores do texto pesam a favor da constatação do poder de mercado: (1) antes da estabelecimento de *open banking*, os dados são de propriedade exclusiva dos bancos; (2) permite aos bancos melhorar a sua oferta aos clientes, incluindo (5) a oferta de novos produtos e serviços a jusante; (3) permite que eles reúnam vários *stakeholders* diferentes oferecendo seus serviços sendo credenciados dentro do ecossistema do banco; (4) podem existir ativos complementares relevantes, por exemplo em termos de pessoal especializado a trabalhar em produtos financeiros e algoritmos de recomendação baseados em registros de dados extremamente detalhados, mas estes também podem tornar-se mais amplamente disponíveis no mercado após a implementação de todas as fases do *open banking*. Por fim, (6) não há modelo de negócios disponível para oferecer o pacote de serviços que os bancos oferecem hoje, a não ser pela obtenção das informações da conta do cliente bancário. Curiosamente, isso mostra que o domínio nos mercados *downstream* era claro antes da implementação do *open banking*, embora menos depois – já que a estrutura regulatória exigia especificamente o compartilhamento de certos dados para aumentar a abertura e a contestabilidade desses mercados secundários.

## B. ABUSO

### 1) RECUSA DE CONTRATAR

O primeiro abuso que importa considerar para efeito de enfrentamento das questões suscitadas pelos casos apresentados no inciso II é o da recusa de contratar. Com efeito, no contexto entre *Bradesco* e *Guiabolso*, cabia ponderar se dificultar o processo de concessão de acesso a dados de clientes poderia ser considerado como recusa construtiva em contratar. O impedimento do acesso aos dados se manifestou de duas maneiras diferentes: primeiro,

exigindo uma autenticação adicional de dois fatores; em segundo lugar, e de forma mais geral, iniciando uma ação legal destinada a interromper a coleta de dados de Guiabolso.

Lembre-se também que a SEPRAC alegou que a ação do Bradesco constituía litígio vexatório ou 'simulado'. Contudo, esta conclusão não poderia ser alcançada sob o direito da concorrência da UE: sua jurisprudência exige prova de que o processo é objetivamente infundado, no sentido de que a empresa não poderia razoavelmente considerar-se legitimamente fazendo valer seus direitos (EUROPA, 1996, par. 73), e que faz parte de um plano para eliminar a concorrência. O primeiro requisito, em particular, parece difícil de ser atendido, pois o Bradesco pode legitimamente acreditar que requisitos de segurança e transparência são pré-requisitos para permitir que terceiros acessem as informações dos clientes nas condições estabelecidas em seus contratos. Como à época do processo não havia obrigatoriedade de os bancos fornecerem a interconexão, a alegação de violação das regras estabelecidas no contrato com os clientes dificilmente poderia ser vista como pretextual. Na mesma linha, deve-se considerar a legitimidade dos argumentos do Bradesco como possível defesa à recusa de contratar. Com efeito, o CADE examinou os padrões de segurança aplicados às transações realizadas no aplicativo Bradesco, bem como os aplicados pelos bancos concorrentes, acabando por rejeitar esses argumentos por razões de proporcionalidade.

Existem algumas questões em aberto, conforme discutimos na seção III, sobre a aplicação da recusa de contratar nesses cenários: em primeiro lugar, pode ser impossível identificar um mercado a jusante onde a empresa dominante opere e a concorrência seja efetivamente eliminada sem acesso ao insumo necessário. Nesse caso, o CADE seguiu o relatório holandês argumentando que o Bradesco era dominante no mercado de informações de contas de clientes, o que implica que os bancos estão presentes em praticamente todos os mercados concebíveis que dependem do uso de tais informações. Como foi apontado acima, o domínio pode não existir mais após a introdução do *open banking*, mas isso não diminui a capacidade de alavancagem dos dados em mercados secundários. Assim, como outros observaram (GRAEF, 2019, p. 20-22; THOMBAL, 2022, p. 242), uma interpretação sensata do teste de recusa de contratar exigiria um relaxamento do requisito de presença em um mercado a jusante, a fim de evitar a construção de barreiras ao surgimento de novas forças competitivas que possam desafiar os bancos em vários tipos de serviços financeiros.

Outra questão diz respeito aos tipos de dados que devem ser divulgados e sob quais condições. É questionável, por exemplo, se as informações da conta do cliente deveriam envolver dados de valor agregado desenvolvidos pelo banco por meio de inferências probabilísticas, mais obviamente os gastos do cliente e o perfil de crédito. Nesse caso, pode-se argumentar que o balanceamento dos benefícios da divulgação com os incentivos à inovação deveria resultar na exclusão desse tipo de dado do escopo da obrigação: esses dados foram produzidos como resultado de habilidade e esforço, em vez de ser apenas um subproduto do serviço de manutenção de conta fornecido pelo banco. Em contrapartida, todos os dados fornecidos e observados devem ser incluídos, com a exigência adicional de que tais dados sejam divulgados em um formato que permita a reutilização significativa pelo buscador do acesso, no caso a *fintech*. Por esse motivo, o CADE cobrou com razão o Bradesco no termo de cessação de conduta (TCC) de desenvolver uma interface dedicada projetada para garantir que os clientes possam efetivamente dar consentimento (sem autenticação de dois fatores) para a transferência de suas informações de conta para o Bradesco. O que o TCC falhou em abordar e poderia ter sido útil especificar é o formato dos dados transferidos. Por exemplo, a mera transferência de dados brutos é dificilmente uma solução adequada, porque pode-se argumentar que gera outro obstáculo (a necessidade de estruturação) ao acesso significativo a dados, da mesma forma que um obstáculo existiria em caso de transferência em um formato de processamento muito incomum. É importante que tais dados sejam estruturados, ou seja, subdivididos em categorias, e formatados, no sentido de serem salvos em um determinado tipo de protocolo que permita reutilização significativa.

## 2) DESCONTOS DE FIDELIDADE

A terceira conduta relevante a ser discutida são os descontos de fidelidade, uma categoria importante para entender a potencial conduta anticompetitiva relacionada ao uso de dados no caso *iFood*. Embora o *Guidance Paper* em sua discussão sobre descontos aponte para o valor de referência do preço que precisaria ser pago por um concorrente tão eficiente para ganhar clientes da empresa dominante, este é apenas um elemento indicativo. Conforme discutido na seção III, existem dificuldades na aplicação da teoria da alavancagem para descontos seletivos, devido à capacidade dos concorrentes de compensar esses clientes perdidos canalizando suas vendas e descontos para outros clientes. No entanto, essa crítica baseia-se na suposição de que

os concorrentes têm informações perfeitas sobre os descontos concedidos, o que é improvável em descontos baseados em dados, simplesmente porque esses concorrentes teriam mais dificuldade em descobrir as estratégias de desconto da empresa dominante (não tendo acesso aos conjuntos de dados da empresa).

Mesmo que a teoria da alavancagem se aplique, continua sendo um desafio calcular se, em um caso específico, um desconto é de um valor tal que torna impossível para os concorrentes uma participação efetiva no mercado. Isso porque seria preciso calcular a média da tarifa cobrada de uma infinidade de clientes diferentes e também considerar que a estrutura de preços pode ser uma manifestação de uma estratégia legítima de discriminação de preços, voltada a aumentar o volume de vendas. Portanto, por razões práticas, sugere-se alterar ligeiramente o teste levando em conta a dificuldade de detecção dos descontos, o desafio de calcular a média, e a possível explicação pró-competitiva de um esquema de preços desigual. O teste proposto seria o seguinte. Primeiro, se for estabelecido que um ou mais descontos concedidos exigiram vendas abaixo do custo (em termos de custos médios evitáveis, ou CME) para um concorrente tão eficiente igualá-los, então a conduta é considerada abusiva. No entanto, se a empresa dominante apresentar evidências de uma justificativa pró-competitiva, por exemplo, incentivando a retenção de um determinado tipo de comprador devido a problemas de interrupção da cadeia de suprimentos, a presunção é derrotada e todas as circunstâncias devem ser consideradas. Para facilitar essa avaliação, é útil considerar outro elemento mencionado pelo *Guidance Paper*, que se refere à “evidência direta de estratégia de exclusão” (EUROPA, 2009). Esse elemento confere relevância tanto à intenção subjetiva quanto à intenção objetiva, que pode ser utilizada para corroborar uma constatação inconclusiva de ilegalidade (ZINGALES, 2019). Com base nisso, pode-se formular uma segunda presunção, semelhante àquela aplicável no contexto da predação, onde o preço entre os CME e os custos totais médios (CTM) é considerado anticompetitivo se fizer parte de um plano para eliminar a concorrência. Replicar a mesma estrutura bifurcada aplicável à predação (presunção para venda  $<CME +$  presunção para venda  $>CME <CTM$  em presença de estratégia de exclusão) ajudaria também a uniformizar a análise aplicável a descontos e conduta predatória.

No contexto do caso *iFood*, então, essa abordagem exigiria que a autoridade examinasse antes de tudo se os preços cobrados pelo iFood estavam abaixo dos custos variáveis médios de um concorrente tão eficiente. Em caso de resposta negativa, dever-se-ia analisar se esses preços

estavam abaixo dos custos totais médios e se um plano para eliminar a concorrência poderia ser extraído da estratégia da empresa, com enfoque especial nos alvos selecionados para descontos. Somente quando a autoridade não puder chegar a suas conclusões com base nessas duas presunções, a análise exigiria um olhar aprofundado sobre os efeitos da prática. Nesse contexto, a autoridade também deve considerar o fato de que os programas de vouchers aumentam o volume de coleta de dados na plataforma de entrega iFood, que por sua vez alimenta o negócio de restaurantes *downstream* (as chamadas '*dark kitchens*') e, portanto, pode permitir o exercício de poder de mercado em um nível diferente da cadeia de valor – apesar de ter uma pequena participação no mercado de programas de vouchers.

### 3) DISCRIMINAÇÃO

O terceiro tipo de abuso é a discriminação anticompetitiva. Isso é relevante para o caso *iFood*. Trata-se de um cenário relativamente mais simples, onde a conduta é relacionada a dados apenas no sentido de que gera maior adoção por parte dos clientes e, portanto, maiores volumes de dados sobre beneficiários de vales-refeição. A autoridade considerou a alegação de interoperabilidade limitada para fornecedores de vouchers concorrentes na plataforma iFood, porém a rejeitou inicialmente por se tratar de um problema técnico em todo o setor, que encontra-se impactado por uma nova legislação. Contudo, a arquivagem do caso foi invalidada pelo Plenário do CADE em relação a essa alegação específica de discriminação (também chamada de *self-preferencing*), sobre a qual a SG abriu uma instrução complementar. Nessa fase, seria oportuno avaliar se a conduta gera algum efeito distorcivo não apenas no mercado de vale-refeição, mas também no mercado de entrega online e no mercado de restaurantes, devido aos efeitos de *feedback* gerados pelos dados dos consumidores de vale-refeição. Isso porque o *DNA feedback loop* pode gerar uma vantagem para o iFood até em mercados ainda inexistentes, como mercados de itens complementares voltados para perfis específicos de consumidores de vale-refeição (por exemplo, amantes de sushi, amantes de pizza, etc).

## VI. CONCLUSÃO

Neste artigo, usamos dois casos examinados pelo CADE envolvendo tecnologia financeira e alegações de processamento de dados anticompetitivo para mapear alguns dos principais desafios para o antitruste em lidar com abusos relacionados a dados. Ao fazer isso, ilustramos



dois tipos de situações de abuso relacionadas a dados no contexto *fintech*: um caso de recusa de acesso a dados por parte de uma instituição financeira tradicional, e um de abuso de relação fiduciária por parte de provedor de tecnologia financeira. De acordo com esses cenários, foram apresentadas algumas das principais categorias de abusos nesses mercados, destacando as características desafiadoras dos dados na aplicação dos testes legais tradicionais para discriminação, venda casada, contratação exclusiva e descontos e recusa de contratar. Em seguida, definimos um teste estruturado para a avaliação de um tipo de poder de mercado proveniente dos dados, e o usamos para abordar alguns desses desafios. Em particular, afirmamos que o uso de um teste de seis frentes para determinar a significância dos dados permite ao intérprete responder melhor às questões importantes sobre poder de mercado e vantagem competitiva. Esse teste foi utilizado, por exemplo, para estabelecer a existência de poder e dominância de mercado, de venda casada e de discriminação anticompetitiva. Por outro lado, os descontos podem ser analisados com base nos critérios de seleção e nos seus objetivos, o que poderia servir para estabelecer um caso *prima facie* de abuso no contexto de descontos direcionados. Isso permitiria lidar de forma mais consistente com os descontos, uma prática anticompetitiva chave pela qual as *fintechs* podem alavancar seus baixos custos fixos para conquistar participação de mercado, e cujo sucesso pode ser substancialmente impulsionado pelo uso estratégico dos dados do cliente. Os casos discutidos acima também mostraram a importância de entender o papel dos ecossistemas de produtos e serviços interconectados, onde a *fintech* pode usar os dados como um volante que aumenta o poder do orquestrador do ecossistema em mercados relacionados.

Em suma, a análise anterior procurou demonstrar que os principais testes legais utilizados para avaliar a legalidade das condutas examinadas neste artigo são fundamentalmente desafiados quando aplicados em um ambiente relacionado a dados. No entanto, defende-se que uma reação adequada por parte das autoridades da concorrência face a esses desafios é não desistir alegando incumprimento de um dos elementos dos testes existentes. Em vez disso, é para ajustar esses testes (conforme sugerido para recusa de contratar, discriminação e descontos) tendo em vista as peculiaridades desses mercados. Considerando os relativamente poucos casos relacionados a dados e o estágio inicial de pesquisa fundamental sobre a interação entre dados e concorrência, é provável que esses testes sejam refinados ao longo do tempo, juntamente com a criação de novas métricas para medir a privacidade na análise da

concorrência. Se assim for, espera-se ter contribuído com esse artigo para o avanço da discussão no contexto brasileiro, que ainda carece de testes padronizados para a análise de condutas excludentes (FERNANDES, 2022, p. 164), e que, portanto, enfrentará desafios ainda maiores na definição de uma abordagem consistente a abusos relacionados aos dados.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRANT, Danielle. Bradesco Trava Disputa Contra Aplicativo Que Coleta Dados de Clientes. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 nov. 2016.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Superintendência Geral. Parecer SEI n. 1/2018/GABIN/SEPRAC-MF. **Processo SEI n. 10099.100151/2018-14**, Brasília, 2 jul. 2018.

BRASIL (b). Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Nota Técnica nº 17/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE. **Inquérito Administrativo nº 08700.004201/2018-38**. Brasília, 02 de dezembro de 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Processo Administrativo n. 08700.001797/2022-09**, Associação Brasileira das Empresas de Benefícios ao Trabalhador – ABBT v iFood.com Agência de Restaurantes Online AS. Brasília, 2022.

BRASIL (b). Presidência da República. **Decreto nº 10.854, de 10 de novembro de 2022**. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2021/Decreto/D10854.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Decreto/D10854.htm). Acesso em 21 jul. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Nota Técnica nº NOTA TÉCNICA Nº 30/2023/CGAA1/SGA1/SG/CADE. **Inquérito Administrativo nº 08700.004201/2018-38**. Brasília, 21 de setembro de 2023

EUROPA. Tribunal Geral da União Europeia. **Processo T-201/04**. ECLI:EU:T:2007:289

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-525/16**. ECLI:EU:C:2018:270.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-132/19 P**. ECLI:EU:C:2020:1007.

EUROPA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-413/14 P**. ECLI:EU:C:2017:632.

EUROPA. Comissão Europeia. Decisão da Comissão, **Processo IV/35.268**, 1996.

EUROPA. Comissão Europeia. **Orientação sobre as Prioridades de Execução da Comissão na aplicação do Artigo 82.º do Tratado CE à conduta de exclusão abusiva por parte de empresas dominantes (Guidance Paper)**. Comunicação da Comissão, JO C 45/7, 2009.

EUROPA. Comissão Europeia. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comitê Econômico e Social Europeu e ao Comitê das Regiões **'Building a European Data Economy'** (COM (2017)9 final).



EUROPA. Comissão Europeia. **Estratégia Europeia de Dados**, 2020. Disponível em: [mission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy\\_en](https://mission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/european-data-strategy_en). Acesso em: 21 jun. 2023.

CREMER, J; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. **Competition Policy for the Digital Era: Final Report** (2019), p. 88.

ESTADOS UNIDOS DE AMERICA. Department of Justice and Federal Trade Commission. **Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property**, 1995. Disponível em <https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>. Acesso em: 21 jun. 2023.

FEIGENBAUM, E. et al. (org.), **Data Governance, Asian Alternatives: How India and Korea Are Creating New Models and Policies**. Washington, Carnegie Endowment, 2022.

FERNANDES OLIVEIRA, Victor. *Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

FÉTEIRA, Lucio. **The Interplay Between European and National Competition Law After Regulation 1/2003: 'United (Should) We Stand?'**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

FRISCHMANN, Brett. **Infrastructure: The Social Value of Shared Resources**. Oxford: Oxford University Press, 2012.

GERMANY. Bundeskartellamt and Autorité de la Concurrence, **Competition Law and Data: Joint Report**, 2016. Disponível em: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2) Acesso em: 21 jun. 2023

GILBERT, Richard; SUNSHINE, Steven. Incorporating Dynamic Efficiency Concerns in Merger Analysis: The Use of Innovation Markets. **Antitrust Law Journal**, Washington, v. 63, n. 2, p. 569-601, 1995.

GRAEF, Inge. **EU Competition Law, Data Protection and Online Platforms. Data as Essential Facility**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2016.

GRAEF, Inge. Rethinking the essential facilities doctrine for the EU digital economy. **Revue juridique Thémis de l'Université de Montréal**, Montreal, v. 53, n. 1, p. 33-72, 2019.

HOLANDA. Autoridade Holandesa para Consumidores e Mercados (ACM). **Fintechs in the Payment System – The Risk of Foreclosure**, Amsterdam, 2017. Disponível em: [www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-02/acm-study-fintechs-in-the-payment-market-the-risk-of-foreclosure.pdf](http://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2018-02/acm-study-fintechs-in-the-payment-market-the-risk-of-foreclosure.pdf). Acesso em: 21 jun. 2023.

HOLANDA. Autoridade Holandesa para Consumidores e Mercados (ACM). **Market Study into Online App Stores**. Amsterdam, 2019. Disponível em: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/market-study-into-mobile-app-stores.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2023.

JENNY, Frederic. Competition law and digital ecosystems: Learning to walk before we run. *Industrial and Corporate Change*, Oxford, v. 30, n. 5, p. 1143-1167, 2021.

KITCHIN, Robert. **The Data Revolution: Big Data, Open Data, Data Infrastructures and their Consequences**. Thousand Oaks: Sage, 2014.

LIANOS, Ioannis; CARBALLA-SMICHOWSKI, Bruno. A Coat of Many Colors – New Concepts and Metrics of Economic Power in Competition Law and Economics. *Journal of Competition Law & Economics*, Oxford, v. 18, n. 4, p. 795-831, 2022.

LIANOS, Ioannis; LOMBARDI, Claudio. Superior Bargaining Power and the Global Food Value Chain: The Wuthering Heights of Holistic Competition Law? (January 1, 2016). **CLES Research Paper Series**, ISBN 978-1-910801-08-6. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2773455>. Acesso em: 21 jun. 2023

MAYER-SCHOENBERGER, V; PADOVA, Y. Regime Change? Enabling Big Data through Europe's New Data Protection Regulation. *Science and Technology Law Review*, New York, v. 17, p. 315-335, 2015.

PETIT, Nicolas. Intel, Leveraging Rebates and the Goals of Article 102 TFEU. *European Competition Journal*, Oxfordshire, v. 11, n. 1, p. 26-68, 2015.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. **Decisão de Primeira Instância n. 1027396-67.2016.8.26.0100**. Relator: Eduardo Palma Pellegrinelli. São Paulo, 23 de mar. 2016.

SCHWEITZER, H; HAUCAP, W.; KERBER, W.; WELKER, R. **Modernizing the Law on Abuse of Market Power: Report for the Federal Ministry of Economic Affairs and Energy**. Berlin: Federal Ministry of Economic Affairs and Energy, 2018. Disponível em [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3250742](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3250742). Acesso em: 21 jun. 2023.

SHELANSKI, Howard. Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet. *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 161, p. 1663-1705, 2013.

SWITZERLAND. Bank for International Settlement (BIS). Big Tech in Finance: Opportunities and Risks. **Relatório Econômico Annual**, Capítulo III, 2019.

THE ECONOMIST. The Data Deluge. *The Economist*, London, 25 fev. 2010. Disponível em <https://www.economist.com/leaders/2010/02/25/the-data-deluge>. Acesso em: 21 jun. 2023.

THOMBAL, Thomas. **Imposing Data Sharing Among Private Actors: A Tale of Evolving Balances**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 2022.

UNIÃO AFRICANA. **AU Data Policy Framework**, 2022. Disponível em: [au.int/en/documents/20220728/au-data-policy-framework](http://au.int/en/documents/20220728/au-data-policy-framework). Acesso em: 21 jun. 2023.

VAN TIL, H; VAN GORP, N; Price, K. **Big Data and Competition. Relatório para o Ministério Holandês de Assuntos Econômicos**. Amsterdam, Ministério Holandês de Assuntos Econômicos, 2017. Disponível em: [zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-813928.pdf](http://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-813928.pdf). Acesso em: 21 jun. 2023.

ZINGALES, Nicolo. Antitrust Intent in an Age of Algorithmic Nudging. **Journal of Antitrust Enforcement**, Oxford, v. 7, n. 3, p. 1-33, 2019.

**Sobre os(as) autores(as):**

**Nicolo Zingales** | E-mail: [Nicolo.Zingales@fgv.br](mailto:Nicolo.Zingales@fgv.br)

Professor na FGV Direito Rio. Mestre em direito na *Università di Bologna*. Doutor em direito internacional da economia na *Università Bocconi*. Pós-doutor em direito no *Graduate Institute* de Genebra e na *New York University*.

**Data de submissão:** 30 de junho de 2023.

**Data do aceite:** 24 de outubro de 2023

