

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

VICTORIA RIBEIRO SCHNOR

WITH BIG DATA COMES BIG RESPONSIBILITY:

Lacunas no critério de concentração econômica do CADE

São Paulo

2023

VICTORIA RIBEIRO SCHNOR

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Vicente Bagnoli

São Paulo

2023

VICTORIA RIBEIRO SCHNOR

WITH BIG DATA COMES BIG RESPONSIBILITY:

Lacunas no critério de concentração econômica do CADE

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito para
obtenção do título de Bacharel no Curso
de Direito da Universidade Presbiteriana
Mackenzie.

Aprovada em: __/__/2023

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a)

Examinador(a)

Examinador(a)

*Dedico este trabalho aos meus pais,
Luis Guilherme e Renata.*

AGRADECIMENTOS

Gostaria de expressar meus mais sinceros agradecimentos a todas as pessoas que me apoiaram e estiveram ao meu lado durando o processo de conclusão deste trabalho.

À minha família, cujo amor, apoio incondicional e valores inculcados em mim foram fundamentais para a minha formação acadêmica. Sem o apoio deles, não teria sido possível alcançar esse marco em minha vida.

Ao João Felipe, que sempre esteve ao meu lado e me inspira acadêmica e profissionalmente. Seu incentivo, cumplicidade e carinho foram pilares fundamentais para a conclusão deste trabalho.

Agradeço também ao meu orientador Vicente Bagnoli, cuja experiência, conhecimento e contribuições acadêmicas foram fundamentais para orientar minha pesquisa e garantir a qualidade deste trabalho.

Minha sincera gratidão também aos meus queridos amigos da faculdade, que se tornaram uma família durante toda a nossa jornada acadêmica. Obrigada pelo apoio e companheirismo de sempre.

Por fim, agradeço a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a conclusão desse trabalho. Muito obrigada por terem feito parte dessa jornada.

RESUMO

Com a crescente digitalização dos mercados, saber coletar, processar e analisar grande volume de dados pode trazer significativa vantagem às empresas para competir no mercado. O uso de dados como ferramenta ou insumo para o desenvolvimento de produtos e serviços pode afetar variáveis relevantes do ponto de vista antitruste, inclusive na atuação preventiva do controle de estruturas por autoridades concorrenciais. Sob essa ótica, é notório que questões relacionadas a dados devem ser levadas em consideração na análise de atos de concentração e merecem a atenção do CADE. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo analisar a relação entre dados e o direito da concorrência, a fim de entender como o conceito de concentração econômica no direito concorrencial brasileiro pode ser interpretado em operações envolvendo Big Data. Argumenta-se que existem lacunas nessa interpretação, especialmente nas operações que se enquadrem como aquisição de ativos, contratos associativos e aquisição de participação minoritária.

Palavras-chave: *Big Data*; CADE; Concentração Econômica, Controle de Estruturas, Dados, Direito da Concorrência.

ABSTRACT

In an increasingly digital economy, being able to collect, process, and assess large volume of data can give companies a significant competitive advantage in the market. The use of data as a tool for the development of products and services can affect relevant antitrust aspects, including in the merger control scope by the antitrust authorities. In this sense, issues related to data should be taken into consideration in the analysis of a merger filing and deserve CADE's attention. Therefore, the aim of this work is to analyze the relationship between data and competition law in Brazil, in order to understand how the definition of economic concentrations in the Brazilian antitrust law are "suitable" in transactions involving data. It is argued that there are gaps in this interpretation, especially in transactions that are framed as asset acquisitions, associative agreements, and minority shareholding acquisitions.

Keywords: *Big Data*; CADE; Economic Concentration, Merger Control, Data, Competition Law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM TEMPOS DE <i>BIG DATA</i>	12
2. CONTROLE DE ESTRUTURAS NO BRASIL	17
3. LAUCNAS NA INTERPRETAÇÃO DO CRITÉRIO DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA EM OPERAÇÕES ENVOLVENDO <i>BIG DATA</i>	25
4.1. Quando dados constituem ativos	26
4.1.1 Aquisição de ativos como concentração econômica	26
4.1.2 Explorando as lacunas	29
4.2. Definição do Mercado Relevante.....	35
4.2.1 Contratos associativos e participação minoritária como concentrações econômicas	35
4.2.1 Explorando as lacunas	38
4.3 Considerações finais do capítulo.....	49
CONCLUSÃO	54
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	58

INTRODUÇÃO

No contexto de crescente digitalização da economia, a coleta, o processamento e a análise de dados frequentemente se tornam ferramentas fundamentais para a criação de novos produtos e serviços ou melhoria da qualidade de ofertas existentes. Além disso, o uso de dados permite a elaboração de estratégias comerciais mais eficientes, por exemplo, ao permitir uma maior compreensão sobre o comportamento de consumidores, redução de riscos na tomada de decisões, entre outros.

Ora, se o uso de dados tem potencial de otimizar significativamente a oferta de bens e serviços de uma empresa, não se descarta a possibilidade de que operações societárias podem ser motivadas justamente pelo acesso a novas bases de dados, novos meios de acessar dados ou novas formas de processá-los. Nesse contexto, argumenta-se que o uso de dados pode suscitar preocupações concorrenciais, inclusive na atuação preventiva do controle de estruturas pelo CADE.

A Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, unificando poderes investigativos e decisórios sobre matéria concorrencial na figura do CADE, responsável por instruir e julgar condutas comerciais e concentrações econômicas potencialmente lesivas à concorrência. O controle de estruturas se insere na lógica da função *preventiva* do CADE na defesa da concorrência, por meio da análise de operações societárias que possam colocar em risco à livre concorrência no Brasil.

No caso brasileiro, a Lei de Defesa da Concorrência define que devem ser notificadas ao CADE as operações societárias que, cumulativamente: (i) produzam efeitos em território brasileiro¹; (ii) caracterizem uma concentração econômica, como ocorre no caso de fusões, aquisições de controle, ativos ou participação societária, criação de joint ventures e celebração de contratos associativos, entre outros²; e (iii) envolvam grupos econômicos distintos que tenham registrado faturamento bruto ou volume de negócios no país, no ano anterior à operação, superior a R\$ 750 milhões e

¹ PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44-46.

² Conforme definição prevista no art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência, regulado pela Resolução nº 33/2022.

R\$ 75 milhões, respectivamente³. Operações societárias que não preencham os três critérios descritos, portanto, não estão sujeitas à notificação obrigatória ao CADE.

A ideia que se pretende desenvolver ao longo deste trabalho é a de que, apesar dos aprimoramentos indiscutivelmente trazidos pela Lei de Defesa da Concorrência no que tange ao esclarecimento das hipóteses de notificação ao CADE, no contexto de crescente digitalização da economia, a interpretação do critério de concentração econômica pode não ser tão clara, especialmente quando aplicado em operações envolvendo *Big Data*.

Nesse sentido, como pergunta central desta tese, questiona-se: Como interpretar o conceito de concentração econômica de forma a contemplar adequadamente operações envolvendo *Big Data*?

A hipótese que motiva o presente trabalho é a de que não há uma posição consolidada na doutrina e na prática concorrencial no Brasil para lidar com o desafio de como adequar essas operações societárias ao conceito de concentração econômica em situações específicas.

Sob essa ótica, portanto, argumenta-se que podem surgir lacunas na interpretação de critérios de concentração econômica que dependam da análise de: (i) quando dados constituem ativos; e (ii) quando há uma relação horizontal e vertical entre atividades envolvendo dados.

Dito isso e pensando nas hipóteses de concentração previstas na Lei de Defesa da Concorrência, regulamentada pela Resolução CADE n° 33/2022, é pertinente que a reflexão feita neste trabalho sobre o conceito de concentração econômica se concentre nas operações que se enquadrem como: (a) aquisição de ativos; (b) contratos associativos; e (c) aquisição de participação minoritária, conforme será mais bem detalhado neste trabalho.

Considerando o recorte descrito acima, o principal método que será utilizado para a pesquisa consiste em revisão bibliográfica sobre os seguintes temas no Brasil e na experiência internacional: (i) a relação entre dados e o direito da concorrência, buscando compreender quais as preocupações concorrenciais que o tema suscita, com o objetivo de comprovar a premissa desse trabalho de que dados são relevantes

³ Nos termos do art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência, conforme atualizado pela Portaria Interministerial dos Ministérios da Justiça e da Fazenda n° 994/2012.

para a análise concorrencial; e (ii) o conceito de concentração econômica e como ele é interpretado dentro dos critérios de notificação no direito da concorrência brasileiro, evidenciando as lacunas interpretativas que podem surgir em operações envolvendo *Big Data*.

Além disso, de forma subsidiária ao ponto “ii” indicado acima, também foi realizada pesquisa jurisprudencial sobre atos de concentração notificados ao CADE que se encaixam no recorte aplicado a esta pesquisa, com o objetivo de compreender e ilustrar a interpretação da autarquia sobre conceitos fundamentais ao *Big Data*.

Para endereçar os pontos controvertidos a que se propõe esta tese, a estrutura do trabalho é apresentada em três capítulos, conforme detalhado a seguir.

O capítulo um, ao definir o termo *Big Data*, busca identificar qual a sua relevância para o direito da concorrência, uma vez que, em tempos de constante digitalização da economia, a exploração de dados pode conferir aos agentes econômicos cada vez mais vantagem competitiva sustentável e duradoura no mercado. Nesse sentido, questões relacionadas a dados também são importantes na análise de atos de concentração e merecem atenção.

O capítulo dois apresenta breves considerações sobre a formatação jurídica do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o controle de estruturas exercido no Brasil, a fim de expor quais os critérios adotados na jurisdição brasileira que prescrevem quais operações estão sujeitas à notificação obrigatória perante o CADE, em especial, o critério de concentração econômica.

O capítulo três se dedica a explorar mais de perto os cenários em que a interpretação do critério de concentração econômica (quando se trata de *Big Data*) pode não ser tão óbvia, suscitando algumas dúvidas como: (i) quando dados constituem ativos; e (ii) quando há uma relação horizontal e vertical entre atividades envolvendo dados.

Por fim, conclui-se com o exposto, que *Big Data* não pode ser ignorado no âmbito do direito da concorrência, porém, a jurisprudência pátria ainda não traz uma delimitação clara de como dados se encaixam em algumas hipóteses específicas de concentração econômica.

1. DIREITO DA CONCORRÊNCIA EM TEMPOS DE *BIG DATA*

Ficou famosa nos últimos anos a ideia trazida por renomadas revistas do mundo dos negócios e da economia como “The Economist”⁴ e “Forbes”⁵, de que os dados seriam o novo recurso mais valioso no mercado, em substituição ao petróleo.

Essa comparação se dá em razão da semelhança em como esses dois ativos se tornam relevantes. O petróleo bruto, se não “refinado” e transformado em produtos capazes de impulsionar atividades lucrativas (e.g. gasolina, querosene de aviação, gás e lubrificantes), não possui utilidade. Da mesma forma, dados precisam ser fragmentados, processados e analisados para que tenham qualquer valor para as empresas⁶.

Nesse contexto, ganha força a expressão “*Big Data*”, que tem sido usada de maneira recorrente. Embora a literatura apresente diversas definições possíveis, segundo a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), que na área antitruste é uma das principais instituições internacionais de referência, *Big Data* é comumente entendido como o uso de softwares tecnologicamente avançados para coletar, processar e analisar dados em grande volume, variedade e valor, de forma rápida⁷.

Atualmente, *Big Data* tem sido descrito através das seguintes características: (i) volume (significa a geração e captura de grande volume de dados); (ii) velocidade (significa a velocidade de coleta, organização e análise dos dados capturados); (iii) variedade (são os vários formatos de dados que podem ser coletados: dados estruturados, semi-estruturados e não estruturados); (iv) valor (significa extrair valor de um enorme volume de dados através da rápida captura e análise); (v) veracidade (é a confiabilidade das informações obtidas para assegurar uma análise verdadeira e precisa dos dados coletados); e (vi) validação (é a capacidade de assegurar que

⁴ *The world's most valuable resource is no longer oil, but data*. The Economist, 6 mar. 2017, Leaders. Disponível em: <https://l1ng.com/c4W9B>. Acesso em: 6 de maio de 2023.

⁵ BHAGESHPUR, Kiran. *Data is the new oil -- and that's a good thing*. Forbes, 15 nov. 2019, Innovation. Disponível em: <https://encr.pw/ZsYpl>. Acesso em 12 de maio de 2023.

⁶ Clive Humby, foi quem pela primeira vez trouxe a expressão “Data is the new oil”, mas para ele: “*Data is just like crude. It's valuable, but if unrefined it cannot really be used. It has to be changed into gas, plastic, chemicals, etc to create a valuable entity that drives profitable activity; so must data be broken down, analyzed for it to have value*”.

⁷ Vide, nesse sentido, ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Handbook on competition policy in the digital age*. OECD Publishing, 2022.

múltiplas fontes de dados, quando agrupadas, encontram uma ordem lógica)⁸.

Esses seis “V”s (volume, velocidade, variedade, valor, veracidade e validação), quando agrupados, agregam valor aos dados coletados, que, só a partir disso, passam a funcionar como ativos estratégicos para os agentes econômicos, impondo uma nova realidade em diversos setores⁹. Mas como *Big Data* pode impactar de fato questões relevantes nos negócios das empresas e no mercado?

Com o avanço tecnológico, especialmente em um contexto envolvendo mercados digitais, dados assumem um papel de protagonismo, viabilizando o desenvolvimento de novos produtos e serviços ou o aprimoramento da qualidade de ofertas existentes¹⁰. Além disso, dados permitem a elaboração de estratégias comerciais mais eficientes, por exemplo, ao permitir uma maior compreensão sobre o comportamento de consumidores, redução de riscos na tomada de decisões, entre outros. Por essa razão, o relatório *Big Data: The Next Frontier For Innovation, Competition, and Productivity* da McKinsey já observou que “o uso de big data se tornará elemento fundamental na concorrência para empresas”¹¹ e “[e]m um mundo de big data, um player que falha em desenvolver suficientemente suas capacidades ficará para trás”¹².

Em outras palavras, a capacidade de coletar, processar e analisar dados pode deixar uma empresa muito mais competitiva ou até mesmo ser essencial para a sua sobrevivência no mercado. Imagine uma empresa que deseja lançar um novo produto, mas antes precisa entender qual a demanda desse produto e quais as preferências dos consumidores em relação a ele. O uso de *Big Data* como ferramenta estratégica permite que a empresa encontre insights e padrões que seriam impossíveis de serem identificados manualmente. Por exemplo, a empresa pode usar ferramentas de

⁸ BAGNOLI, Vicente. *The definition of the relevant market, verticalization and abuse of dominant position in the Era of Big Data*. In: BAGNOLI, Vicente. (Coord.). *Concorrência e inovação: Anais do congresso internacional para a promoção de debates acerca do direito da concorrência e inovação tecnológica diante da realidade e desafios da economia digital*. 1ª. ed. São Paulo: Scortecci, 2018.

⁹ PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; RENZETTI, Bruno. *Big Data entres três microssistemas jurídicos: Consumidor, privacidade e concorrência*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da S. (Org.). *Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

¹⁰ PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; RENZETTI, Bruno. *Big Data entres três microssistemas jurídicos: Consumidor, privacidade e concorrência*. In: PEREIRA NETO, Caio Mario da S. (Org.). *Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

¹¹ MANYIKA, James et al. *Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*. McKinsey Global Institute, 2011.

¹² MANYIKA, James et al. *Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*. McKinsey Global Institute, 2011.

análise de dados para segmentar melhor seus clientes, entender melhor suas necessidades e preferências, otimizar o estoque de produtos e prever a demanda futura, entre outros.

Além disso, *Big Data* também pode ser usado para melhorar a eficiência operacional de uma empresa. Por exemplo, ao analisar dados internos, uma empresa pode identificar gargalos e oportunidades de melhoria, o que pode levar a uma redução de custos e um aumento na produtividade. Sem esses dados, a empresa poderia continuar operando ineficientemente e perder competitividade no mercado. Dessa forma, investir em soluções de *Big Data* pode ser uma fonte importante de vantagem competitiva para as empresas que sabem como utilizar essa tecnologia de forma eficaz.

Considerando que em uma economia cada vez mais digital dados passam a ter impacto significativo no mercado, é notório que o direito da concorrência tem se debruçado sobre o tema com mais frequência. Nesse sentido, nota-se que a OCDE tem empenhado grandes esforços na discussão sobre o tema *Big Data* e concorrência, buscando promover um diálogo global sobre as implicações dessa nova economia para a política concorrencial.

Em conferência denominada “*Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era*”, a organização contou com a contribuição de diversos painelistas especialistas do Comitê de Concorrência para discutir *Big Data* e os desafios de adaptar a política concorrencial à economia digital¹³.

Além disso, outras publicações relevantes da OCDE merecem destaque, incluindo o Relatório “*Competition Policy in the Digital Age*”¹⁴, publicado em 2022, que abordou questões relacionadas à economia digital e seus desafios para o direito concorrencial, como por exemplo o uso de dados pelas empresas e a necessidade de atualização das regras concorrências para lidar com esse tema; e o Relatório “*Data-Driven Innovation for Growth and Well-Being: Interim Synthesis*”¹⁵, em que a organização observou que a inovação impulsionada por dados (*Data-Driven*

¹³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Big Data: Bringing competition policy to the digital era*. Background note by the Secretariat, nov. 2016.

¹⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Handbook on competition policy in the digital age*. OECD Publishing, 2022.

¹⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Data-driven innovation for growth and well-being: Interim synthesis report*. OECD Publishing, 2014.

Innovation) se tornou um pilar fundamental para o crescimento econômico no século XXI, com o potencial de aumentar significativamente a produtividade, eficiência e competitividade no mercado, bem como o bem-estar social.

Considerando que o acesso e processamento de dados otimiza significativamente a oferta de bens e serviços de uma empresa, um aspecto central na discussão sobre dados no direito da concorrência envolve a compreensão sobre como isso pode ser traduzido em barreiras à entrada e poder de mercado.

Do ponto de vista antitruste, o acúmulo de um vasto volume de dados, em determinados mercados, pode fazer com que uma empresa detenha poder de mercado dificilmente equiparável por rivais, permitindo que abuse de sua posição dominante sem contestação de terceiros. No geral, dados podem induzir ou facilitar inúmeras práticas anticompetitivas por parte dos agentes econômicos¹⁶, levantando preocupações concorrenciais tanto no âmbito de condutas unilaterais, quanto em termos de condutas coordenadas, como cartéis. Isso é nítido, por exemplo, no caso de empresas incumbentes, cujo poder de mercado é alimentado pelo acesso e processamento de dados, podem traçar estratégias empresariais que restrinjam o acesso a dados por terceiros, como por meio de cláusulas de exclusividade, que preservem a sua dominância no mercado ao elevar barreiras à entrada¹⁷.

São inúmeros os esforços na academia para estudar novas possibilidades de distorção da concorrência por meio de condutas empresariais relacionadas a dados. Contudo, o presente trabalho não pretende explorar o tema sob a ótica da função repressiva do CADE no campo do controle de condutas. A contribuição pretendida nesta pesquisa pretende discutir implicações relativas a Big Data na seara de controle de estruturas, relativamente menos abordada na literatura.

Restando estabelecido que o acúmulo de dados pode afetar variáveis concorrenciais relevantes, o direito da concorrência também deve se atentar a possíveis preocupações concorrenciais relacionadas a dados no campo do controle de estruturas, ao analisar atos de concentração.

¹⁶ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. *Access barriers to Big Data*. Ariz. L. Rev., v. 59, 2017, p. 339-381.

¹⁷ GRUNES, Allen P.; STUCKE, Maurice E. *No mistake about it: The important role of antitrust in the era of Big Data*. University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 269. Antitrust Source, abr. 2015, p. 1–15.

De fato, dada a importância do *Big Data* em uma economia cada vez mais digital, operações societárias podem ser motivadas justamente pelo acesso a novas bases de dados, novos meios de acessar dados ou novas formas de processá-los. Em 2014, a OCDE publicou um estudo que indicou que o número de fusões e aquisições relacionadas com *Big Data* mais do que duplicou entre 2008 e 2012¹⁸.

Além disso, em junho de 2023, a organização realizará debate para revisar as teorias de danos atualmente utilizadas na análise das fusões e aquisições em mercados digitais, mostrando novamente que a discussão sobre operações societárias envolvendo dados é tema relevante para o direito concorrencial¹⁹.

Debate-se na doutrina, no entanto, se a exploração de dados pode conferir aos agentes econômicos vantagem competitiva sustentável e duradoura no mercado²⁰. De todo modo, os comentários acima ilustram que existe sim uma interface entre dados e concorrência, na medida em que podem afetar variáveis relevantes do ponto de vista antitruste. Nesse sentido, questões relacionadas a dados também são importantes na análise de atos de concentração e merecem atenção.

O problema é que, conforme pretende-se argumentar neste trabalho, os critérios de notificação de atos de concentração perante o CADE são baseados em conceitos que não oferecem orientações claras sobre como lidar com operações e arranjos empresariais envolvendo *Big Data*. Isso pode gerar dúvidas e dificultar a aplicação dos critérios nesses casos, especialmente em relação a definição do que se enquadra ou não como concentração econômica.

¹⁸ EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Report of workshop on privacy, consumer competition and big data*, jul. 2014.

¹⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Theories of harm for digital mergers*. OECD Competition Policy Roundtable Background Note. OECD Publishing, 2023.

²⁰ LAMBRECHT, Anja; TUCKER, Catherine E. *Can Big Data protect a firm from competition?* CPI Antitrust Chronicle, jan. 2017, p. 1-9.

2. CONTROLE DE ESTRUTURAS NO BRASIL

A defesa da concorrência tem como objetivo a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. As infrações à ordem econômica são práticas que extrapolam os limites da liberdade econômica ao restringir ou impedir a concorrência, prejudicando a eficiência econômica e o bem-estar do consumidor. Essas práticas podem incluir, por exemplo, a formação de cartéis, o abuso de posição dominante, a prática de preços predatórios e outras condutas que visem a eliminação ou diminuição da concorrência²¹. Em outras palavras, pode-se dizer que a defesa da concorrência visa garantir a livre competição no mercado, promovendo a eficiência econômica, a inovação e, conseqüentemente, o bem-estar dos consumidores.

No Brasil, o principal órgão público responsável por atuar na defesa da concorrência é o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, com competência exclusiva na esfera administrativa para instruir e julgar condutas concorrenciais e concentrações econômicas potencialmente lesivas à concorrência. Em sua composição atual, o CADE reúne poderes investigativos e decisórios desempenhados fundamentalmente pelos seguintes órgãos que o compõe: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica (Tribunal do CADE), Superintendência-Geral (SG), Departamento de Estudos Econômicos (DEE). A Procuradoria Federal Especializada junto ao CADE (ProCADE) e o Ministério Público Federal não integram a estrutura do CADE, mas atuam junto a ele.

A repressão às infrações contra a ordem econômica é chamada de controle de condutas e, neste campo, o CADE tem o poder de investigar e aplicar sanções à agentes econômicos que praticam condutas anticompetitivas. Segundo Caio Mário da Silva Pereira, o poder repressivo do CADE pode ser exercido por meio de investigações, inquéritos administrativos, julgamentos e imposição de sanções, tais como multas, medidas preventivas e corretivas. A autoridade pode ainda celebrar acordos de leniência com as empresas envolvidas em práticas anticompetitivas, desde que estas colaborem efetivamente com a investigação e apresentem

²¹ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 265–267.

informações relevantes para a apuração dos fatos²².

A função preventiva do CADE, por sua vez, se manifesta pelo controle de estruturas, por meio do qual a autoridade antitruste analisa operações societárias que possam colocar em risco à livre concorrência no Brasil. Nesse caso, a instrução de atos de concentração é essencialmente realizada pela SG, que também possui a prerrogativa de recomendar a aprovação sem restrições, reprovação ou aprovação condicional de atos de concentração²³. Casos em que a SG recomenda a reprovação ou aprovação com restrições do ato de concentração, bem como atos de concentração objeto de recurso de terceiros ou de avocação pelo próprio Tribunal do CADE²⁴, são apreciados e julgados pelo Tribunal.

O controle de estruturas tem como objetivo preservar a concorrência no mercado. Trata-se de uma forma preventiva de ação das autoridades antitruste. A autoridade antitruste, ao realizar esse controle, examina se o crescimento de uma empresa por meio de fusões e aquisições pode ou não aumentar a sua capacidade de impor unilateralmente preços mais elevados nos mercados afetados²⁵. Em outras palavras, o controle de estruturas envolve a noção de tentar prever os possíveis prejuízos à concorrência decorrentes de alterações de combinações societárias, antes que eles aconteçam.

Conforme previsto na Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência), portanto, os atos de concentração sujeitos à notificação obrigatória perante o CADE (conforme será detalhado abaixo) não podem produzir efeitos até que sejam avaliados e aprovados pelo CADE, sob pena da aplicação de sanções pecuniárias e não pecuniárias às requerentes pela infração de consumação antecipada do ato de concentração às requerentes, conforme previstas no art. 88, § 3º e § 4º da Lei de Defesa da Concorrência.

A doutrina concorrencial aponta que a adoção do regime prévio das autoridades antitruste trouxe benefícios significativos para o direito da concorrência brasileiro, além de ser considerado um importante passo em direção à convergência regulatória

²² PEREIRA NETO, Caio Mario da S. *Direito econômico e da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

²³ Nos termos do art. 13, V e X, art. 54 e art. 57 da Lei de Defesa da Concorrência, c/c art. 10, V e XII e art. 121 do Regimento Interno do CADE.

²⁴ Nos termos do art. 9, X, art. 58 e art. 61 da Lei de Defesa da Concorrência, c/c art. 18, X e art. 122 do Regimento Interno do CADE.

²⁵ SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da concorrência*. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

com os padrões internacionais de defesa da concorrência. Segundo Mariana Tavares, a implementação do regime prévio no Brasil permitiu que o CADE atuasse de forma mais eficiente e ágil, garantindo a proteção da livre concorrência e da eficiência econômica²⁶. Essa visão é compartilhada por importantes doutrinadores internacionais, como a Eleanor Fox, da Universidade de Nova York. Em seu livro "Antitrust Law", ela destaca que a análise prévia das operações de concentração é uma prática comum em diversos países e que tem se mostrado efetiva na proteção da concorrência e na promoção da inovação²⁷. Além disso, o regime prévio também contribui para a segurança jurídica das empresas envolvidas em operações de concentração, que podem submeter suas operações à análise do CADE antes da sua efetivação, evitando a possibilidade de sanções posteriores²⁸.

Por óbvio, o objetivo de mitigar riscos e aumentar lucros perseguido pelas empresas é legítimo e não deve ser encarado, por si só, como um problema concorrencial. No entanto, é importante observar que, conforme o ordenamento jurídico pátrio, o CADE busca assegurar que as operações societárias só sejam autorizadas quando comprovado que a estrutura empresarial proposta não tem a capacidade de gerar efeitos negativos à concorrência (art. 88, §5º da Lei 12.529/2011). Dessa forma, entende-se que a mesma operação que visa o aumento de eficiências dos agentes econômicos, através, por exemplo, da redução de custo e alavancagem operacional do negócio, pode provocar práticas anticompetitivas unilaterais ou coordenadas.

De forma global, o regime de controle de estruturas depende da aplicação de critérios que restringem o escopo da análise das autoridades antitruste apenas à revisão das operações que apresentam potencial lesivo à concorrência. Dessa forma, limita-se os recursos públicos e privados gastos com a notificação e revisão de operações que provavelmente não levantariam preocupações concorrenciais, ao mesmo tempo em que se garante a análise do maior número possível de operações

²⁶ TAVARES, Mariana. *Regulação e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2017.

²⁷ FOX, Eleanor M. *Antitrust law*. 4th ed. New York: Foundation Press, 2012.

²⁸ CARVALHO, Vinicius Marques. *A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas?* In: CARVALHO, Vinicius Marques. (org.) *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

prejudiciais à concorrência²⁹.

Apesar dos esforços de instituições internacionais como a OCDE e a Rede Internacional de Concorrência (ICN) em desenvolver as melhores práticas para o controle de estruturas, não há um consenso sobre quais são os critérios de notificação ideais a serem aplicados. De toda forma, quando se trata de delimitar o nexo material mínimo para que uma operação seja suscetível ao controle de estruturas, os tipos mais frequentes de critérios aplicados são faturamento, valor da operação, e participação de mercado (*market-share*)³⁰.

No Brasil, a Lei de Defesa da Concorrência estabelece três requisitos para definir quais operações societárias devem ser submetidas para apreciação do CADE. Grosso modo, os critérios adotados na jurisdição brasileira prescrevem que uma operação societária estará sujeita à notificação obrigatória somente quando, cumulativamente: (i) gera efeitos no Brasil; (ii) os grupos econômicos envolvidos atingem determinados patamares mínimos de faturamento e; (iii) o negócio jurídico estabelecido enseja concentração econômica.

O primeiro critério estabelece a necessidade de que a operação pretendida produza efeitos em território brasileiro³¹. Isso significa dizer que o CADE atrai para si a jurisdição para autorizar ou reprovam concentrações econômicas somente quando estas afetarem mercados de bens e serviços demandados por consumidores brasileiros. Implicitamente, esse critério se baseia na territorialidade para a qual se estende o poder da autoridade de concorrência brasileira, que se limita ao perímetro do país. Cumpre notar, no entanto, que esse critério pode ser verificado tanto no caso de efeitos reais, em operações com atividades em solo brasileiro ou importações para o país, como no caso de efeitos potenciais, ou seja, situações em que o objeto da concentração econômica não necessariamente possui vendas para o Brasil, mas poderá vir a fazê-lo no futuro próximo.

²⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Working party No. 3 on co-operation and enforcement: Local nexus and jurisdictional thresholds in merger control*. Background Paper by the Secretariat, jun. 2016, p. 4 apud AZAMBUJA, João Felipe. *Merger control in the digital era: Should Brazil revise its thresholds?* In: GONÇALVES, Priscila; FARINA, Elisabeth (Org.). *The Future of Antitrust*. São Paulo: IBRAC / Editora Singular, 2020.

³⁰ AZAMBUJA, João Felipe. *Merger control in the digital era: Should Brazil revise its thresholds?* In: GONÇALVES, Priscila; FARINA, Elisabeth (Org.). *The Future of Antitrust*. São Paulo: IBRAC / Editora Singular, 2020.

³¹ PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44-46.

O segundo critério fixa que devem ser notificados apenas os atos de concentração em que pelo menos dois grupos econômicos³² distintos, sendo um deles necessariamente do lado vendedor e o outro necessariamente do lado comprador, que tenham registrado faturamento bruto ou volume de negócios no país, no ano anterior à operação, superior a R\$ 750 milhões e R\$ 75 milhões³³. Trata-se de um parâmetro da autoridade antitruste que busca traçar uma linha a partir da qual presume-se que os grupos empresariais envolvidos possuem porte econômico suficiente para afetar minimamente as condições de concorrência. Inversamente, presume-se que operações envolvendo grupos empresariais que não registram faturamento bruto superior a esse patamar naturalmente tendem a ser incapazes de afetar a concorrência. Nesse sentido, vale observar que o parâmetro normativo adotado pelo legislador brasileiro não equivale à antecipação da análise de mérito da concentração pretendida por grupos econômicos envolvidos em uma operação societária, mas sim a uma presunção mínima para limitar o volume de negócios jurídicos que mereçam escrutínio antitruste, tendo em vista os recursos limitados da autoridade.

O terceiro critério, por sua vez, é o de geração de concentração econômica. Segundo Caio Mário, as operações empresariais de concentração econômica são aquelas que criam vínculos estruturais de natureza estável, permanente e duradoura entre empresas independentes³⁴.

Existem várias modalidades de arranjos societários que podem ser consideradas concentrações econômicas para o CADE e, nesse ponto, o art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência determina que há concentração econômica quando: **(i)** duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; **(ii)** uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas; **(iii)** uma ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou **(iv)** duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint

³² Conforme art. 4º, parágrafos 1º, 2º e 3º da Resolução CADE nº 33, de 14 de abril de 2022.

³³ Nos termos do art. 88 da Lei de Defesa da Concorrência, conforme atualizado pela Portaria Interministerial dos Ministérios da Justiça e da Fazenda nº 994/2012.

³⁴ PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 53.

venture³⁵.

Com relação às operações enquadradas no item (ii) acima, a Resolução CADE nº 33/2022 do CADE³⁶ esclareceu que as aquisições de participações societárias devem ser submetidas obrigatoriamente ao CADE quando: **(a)** acarretem aquisição de controle, unitário ou compartilhado; ou **(b)** não acarretem aquisição de controle, unitário ou compartilhado, mas: **(b.1)** nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado, a aquisição confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa, ou a aquisição seja feita por titular de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante, desde que a participação direta ou indiretamente adquirida, de pelo menos um vendedor individualmente considerado, chegue a ser superior a 20% (vinte por cento) do capital social ou votante; ou **(b.2)** nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado, a aquisição confira participação direta ou indireta de 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social ou em caso de a última aquisição resultar, individualmente ou somada com outras, em um aumento de participação maior ou igual a 5% (cinco por cento), nos casos em que a investidora já detenha 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social da adquirida.

Para além das definições dos tipos de negócios jurídicos que são apreciados pelo CADE como concentrações econômicas, vale observar que a noção de

³⁵ Conforme definição prevista no art. 90 da Lei de Defesa da Concorrência, regulado pela Resolução CADE nº 33/2022.

³⁶ “Art. 9º As aquisições de participação societária de que trata o artigo 90, II, da Lei nº 12.529/2011 são de notificação obrigatória, nos termos do art. 88 da mesma lei, quando: I - Acarretem aquisição de controle, unitário ou compartilhado; II - Não se enquadrem no inciso I, mas preencham as regras de *minimis* do artigo 10. Parágrafo único. Não são de notificação obrigatória as aquisições de participação societária realizadas pelo controlador unitário.

Art. 10. Nos termos do artigo 9º, II, são de notificação obrigatória ao Cade as aquisições de parte de empresa ou empresas que se enquadrem em uma das seguintes hipóteses: I - Nos casos em que a empresa investida não seja concorrente nem atue em mercado verticalmente relacionado: a) Aquisição que confira ao adquirente titularidade direta ou indireta de 20% (vinte por cento) ou mais do capital social ou votante da empresa investida; b) Aquisição feita por titular de 20% (vinte por cento) 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% (vinte por cento) do capital social ou votante; II - Nos casos em que a empresa investida seja concorrente ou atue em mercado verticalmente relacionado: a) Aquisição que conferir participação direta ou indireta de 5% (cinco por cento) ou mais do capital votante ou social; b) Última aquisição que, individualmente ou somada com outras, resulte em um aumento de participação maior ou igual a 5%, nos casos em que a investidora já detenha 5% ou mais do capital votante ou social da adquirida. Parágrafo único. Para fins de enquadramento de uma operação nas hipóteses dos incisos I ou II deste artigo, devem ser consideradas: as atividades da empresa adquirente e as atividades das demais empresas integrantes do seu grupo econômico conforme definição do artigo 4º dessa Resolução”.

concentração econômica pressupõe a existência de agentes econômicos distintos e independentes previamente a uma operação societária por meio da qual pretendem se associar e atuar com agente único nas atividades por eles desenvolvidas³⁷⁻³⁸. Nesse sentido, qualquer operação que represente uma reorganização interna, não tendo havido transferência de participações societárias, valores ou ativos, entrada ou saída de agente econômico, alteração da estrutura societária das empresas relacionadas ou da empresa alvo, celebração de contrato ou associação com novo objeto ou outros expedientes relevantes será considerada uma operação intragrupo.

Essas operações se caracterizam pela mera substituição de pessoa jurídica pertencente ao mesmo grupo (sem envolver um terceiro). Sob o ponto de vista do direito da concorrência, não são capazes de alterar a estrutura do mercado e, conseqüentemente, gerar concentração econômica³⁹, tendo em vista que, nesses casos, não há qualquer alteração dos centros decisórios que nortearão as ações competitivas do referido grupo.

Entende-se pela legislação vigente, que as operações societárias que não preencham cumulativamente esses três critérios, são incapazes de impactar a concorrência no país, seja por não afetar mercados brasileiros de bens e serviços; seja por envolverem grupos de porte presumidamente insignificantes do ponto de vista da Lei de Defesa da Concorrência; seja por não promoverem alterações de centros decisórios sobre estruturas empresariais. Em qualquer dessas hipóteses, a operação pretendida não é de notificação obrigatória ao CADE.

Ainda assim, pelo art. 88, § 7º da Lei de Defesa da Concorrência⁴⁰, esta regra pode ser relativizada, uma vez que o dispositivo estabelece que a autoridade antitruste tem a faculdade de, se julgar necessário, requer a submissão de ato de concentração que originalmente não era notificação obrigatória, desde que dentro do prazo de 1 ano a contar da data de consumação da operação.

Apesar dos aprimoramentos indiscutivelmente trazidos pela Lei de Defesa da Concorrência no que tange ao esclarecimento das hipóteses de notificação ao CADE,

³⁷ PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 52.

³⁸ SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 321.

³⁹ Vide Atos de Concentração n. 08700.005730/2020-73; 08700.006387/2020-84; 08700.005045/2019-11; e 08700.000378/2018-65.

⁴⁰ “§ 7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo”.

no contexto de crescente digitalização da economia, a interpretação do critério de concentração econômica pode não ser tão clara, especialmente quando aplicado em operações envolvendo *Big Data*, conforme se verá a seguir.

3. LAUCNAS NA INTERPRETAÇÃO DO CRITÉRIO DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA EM OPERAÇÕES ENVOLVENDO *BIG DATA*

Tradicionalmente, fusões, aquisições integrais, aquisições de mais de 20% da empresa adquirida, aquisição de controle e joint venture são exemplos de operações em que há uma clara concentração econômica do ponto de vista societário, uma vez que resultam na retirada de um player autônomo do mercado ou na alteração da estrutura deste – independente se a empresa adquirida é ou não um antigo concorrente do adquirente⁴¹.

Não há nesses cenários grande dificuldade na interpretação e aplicação do critério de concentração econômica especificamente em razão dessas operações eventualmente envolverem *Big Data*. Isso porque, para que se estabeleça a existência de uma concentração econômica, basta que se analise as alterações societárias pretendidas. Nesse sentido, é certo que determinados casos concretos podem suscitar debates quanto à configuração da relação societária pretendida, porém, em nenhum desses casos, a discussão residirá nos bens e serviços ofertados pelos agentes econômicos envolvidos.

Em outras palavras, torna-se irrelevante delimitar quais as atividades econômicas prestadas pelas requerentes que serão afetadas pelo negócio jurídico que se identifica como concentração econômica. Conseqüentemente, pouco importa se tal operação envolve transferência de dados - ou mesmo se de alguma forma as requerentes utilizam *Big Data* em sua atividade produtiva – para que o CADE decida se deve ou não ser notificada.

Diante do exposto, ainda que as hipóteses descritas acima tratem de operações envolvendo *Big Data* e, em decorrência disso, possam suscitar discussões complexas de mérito da operação no que diz respeito ao uso de dados, não há controvérsia sobre o fato de que geram uma concentração econômica. Portanto, ensejarão notificação obrigatório ao CADE se atingirem os demais critérios necessários (faturamento e efeitos no Brasil).

⁴¹ SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da concorrência*. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

Contudo, conforme antecipado, o CADE estabelece que empresas podem se engajar em uma concentração econômica mesmo no caso de aquisição de participação societária minoritária bastante diminuta; ou, ainda, sem estabelecer um vínculo societário, como no caso de aquisições de ativos ou celebração de contratos associativos.

Justamente nesses cenários é que a interpretação do critério de concentração econômica quando se trata de dados pode não ser tão óbvia, suscitando algumas dúvidas como: (i) quando dados constituem ativos; e (ii) quando há uma relação horizontal e vertical entre atividades envolvendo dados.

4.1. Quando dados constituem ativos

Desde o vigor da Lei de Defesa da Concorrência, foi pouco explorado e desenvolvido do ponto de vista normativo o desdobramento de uma das hipóteses de concentração previstas no art. 90, inciso II: *a aquisição por 1 (uma) ou mais empresas, 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, do controle ou de partes de uma ou outras empresas.*

Em se tratando de operações de aquisição de ativos, o grande desafio está em entender em que medida uma transferência de base de dados configuraria a aquisição de “parte de uma empresa”, por meio de aquisição de ativos, nos termos do art. 90, inciso II da Lei da Defesa da Concorrência, dado que, até onde se sabe não há casos em que o CADE avaliou se uma operação deveria ou não ser notificada quando o ativo envolvia puramente dados.

4.1.1 Aquisição de ativos como concentração econômica

Em diversas jurisdições, em operações dessa natureza, o controle de estruturas só é aplicável nos casos em que os ativos adquiridos tenham o potencial de alterar a

estrutura do mercado e impactar a competição⁴²⁻⁴³.

No Brasil, a Resolução CADE nº 33 regulamentou o art. 90 inciso II da Lei de Defesa da Concorrência. No entanto, o fez exclusivamente em relação às aquisições de participação societária, deixando de disciplinar de forma específica outras formas de “aquisição de parte de uma empresa⁴⁴”, como é o caso da aquisição de ativos.

O CADE já analisou inúmeros atos de concentração caracterizados por aquisição de ativos, como operações envolvendo a transferência de fábricas, máquinas ou unidades de negócios. Em diversos desses precedentes, não há qualquer debate sobre a caracterização do ativo como concentração econômica. No caso da transferência de um negócio, por exemplo, a concentração é praticamente idêntica à aquisição de uma empresa produtiva, porém sem a transferência de um CNPJ para o adquirente.

Em outras situações, no entanto, o CADE apresentou considerações mais diretas sobre quando a aquisição de ativos ensejaria concentração econômica no âmbito do controle prévio de estruturas do CADE. Esse é o exemplo do ato de concentração n. 08700.006524/2016-02 (Biom S.A. e Novartis Biociências S.A.), em que o CADE decidiu que a aquisição de um galpão desocupado para uma farmacêutica não configuraria uma concentração econômica por meio de aquisição de ativos, tendo em vista que o objeto daquela operação seria uma unidade não produtiva e não necessariamente relacionada a atividades econômicas já prestadas por seu

⁴² Na União Europeia, por exemplo, a compra e venda de ativos somente será caracterizada concentração se envolver a transferência de controle sobre ativos organizados que podem ser explorados de maneira a geral. WHISH, Richard. *Competition law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 824

⁴³ Nos Estados Unidos, basta comprovar que os ativos adquiridos possam ter alguma utilidade competitiva quando de posse do comprador para que a operação seja notificável. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Definition of transaction for the purpose of merger control review*. Competition Committee Policy Roundtables, jun. 2014, p. 28

⁴⁴ A doutrina tradicionalmente define empresa como o mecanismo para organização dos fatores de produção (capital, mão de obra, insumos e tecnologia) com o propósito de satisfazer necessidades do mercado. Além da organização de recursos, a finalidade de exploração de atividade econômica é característica inerente ao conceito de empresa. Em se tratando do conceito de empresa no âmbito do direito concorrencial, nota-se que ao estender a aplicabilidade da Lei de Defesa da Concorrência a qualquer pessoa física ou jurídica, bem como a associações de entidades ou pessoas, com ou sem personalidade jurídica, o legislador pautou-se pelo sentido funcional de empresa: o de agente dotado de patrimônio e que desempenha atividade econômica. Ver: REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1, p. 49; TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1, p. 39; NOVIS, Maria E.; GLENK, Ana B.; AZAMBUJA, João A. *Controle estrutural de aquisições de ativos: A prática nos cinco anos da lei de defesa de concorrência*. In: ANDERS, Eduardo Caminati et al. 5 anos da lei de defesa da concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. São Paulo: IBRAC, 2017; e SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 308.

adquirente. Nesse caso, a aquisição realizada se assemelharia a uma aquisição de um imóvel qualquer.

Já no ato de concentração n. 08700.008315/2016-95 (Polimix Concreto Ltda. e Silcar Empreendimentos, Comércio e Participações Ltda.), por outro lado, o CADE entendeu que a transferência de betoneiras entre duas concretarias implicaria em alteração de capacidade produtiva em seu negócio principal (qual seja, a oferta de concreto). Nesse sentido, diferentemente do que ocorreria caso a adquirente comprasse uma betoneira diretamente de seu fabricante, a transferência do ativo entre concorrentes foi considerada de notificação obrigatória pelo CADE. Sob essa ótica, a operação se traduziria em uma concentração no mercado das concretarias envolvidas, na medida em que uma delas perderia capacidade produtiva enquanto a outra acrescentaria maior capacidade à sua produção.

As operações que envolvem ativos capazes de gerar faturamento são também vistas como ato de concentração econômica. Pode-se citar o ato de concentração nº 08700.011173/2013-09, em que o CADE analisou a compra de galpões industriais e de logística de propriedade da BR Properties S.A., pela WTGoodman IBP Participações S.A. ou então o ato de concentração nº 08700.003742/2016-87, em que o CADE conheceu e aprovou a aquisição, pela Klabin S/A, de ativos florestais de pinus e eucaliptos, bem como a transferência de contratos de arrendamentos de fazendas a serem utilizadas para a produção de pinus e eucaliptos detidos pela Masisa do Brasil Ltda. e Masisa Brasil Empreendimentos Florestais Ltda. Estes são exemplos de casos em que o CADE examinou transações envolvendo imóveis utilizados para aluguel, loteamento, armazenagem ou plantio, quando essas atividades são a função principal ou atividade-fim da parte que está adquirindo os ativos em questão.

O CADE também já considerou a transferência de carteiras de clientes como uma aquisição de ativos capaz de gerar faturamento ao adquirente. Esse é o caso do ato de concentração nº 08700.010255/2013-28, em que o CADE analisou a compra pela Ticket Serviços S.A. da carteira de clientes de serviços de fornecimento de vale-transporte, vale-alimentação e vale-refeição da Bônus Brasil – Serviços de Alimentos Ltda. Nessa mesma linha, o CADE analisou o ato de concentração nº 08700.002013/2017-94, que consistiu na compra da totalidade da carteira de beneficiários de planos privados de assistência à saúde da Amhpla Cooperativa de Assistência Médica, pela São Francisco Sistemas de Saúde Sociedade Empresária

Limitada.

Ainda, a transferência de ativos capazes de facilitar a entrada do comprador em um mercado no qual este não atua, também pode caracterizar concentração econômica. Nesse sentido, destaca-se o ato de concentração nº 08700.003501/2020-14 (Eidom Empreendimentos Imobiliários S.A. e Itaparica S.A. Empreendimentos Turísticos), em que o CADE analisou e conheceu a aquisição de um imóvel inativo (um hotel) que não tinha relação com a atividade desenvolvida pelo comprador. A decisão da SG se deu principalmente pelo fato de que o imóvel já contava com estrutura instalada, podendo desde aquele momento ser operado como uma atividade econômica pelo grupo comprador, uma vez que lhe permitiria desenvolver atividades no ramo hoteleiro, afetando a dinâmica concorrencial do mercado em questão.

Dito isso, é possível concluir que a aquisição de ativos pode representar uma concentração econômica e estará sujeita à notificação obrigatória perante o CADE, sempre que os ativos adquiridos tenham o condão de alterar a estrutura do mercado e causar impactos à concorrência.

São exemplos de ativos com essa característica (i) ativos capazes de gerar faturamento para o comprador; (ii) ativos com o potencial de aumentar a capacidade produtiva do adquirente em seu negócio principal; ou (iii) ativos que representem, em conjunto, a transferência de atividade econômica ao adquirente, (independente se no mercado em que o adquirente atua ou não).

Diante da exposição acima, a seção a seguir pretende discutir possíveis situações em que, na visão da autora, a jurisprudência não oferece clareza suficiente para determinar se a transferência de base de dados poderia ser considerada concentração econômica ou não.

4.1.2 Explorando as lacunas

Como visto, vários tipos de operações podem se enquadrar como uma aquisição de ativos. Contudo, até onde se sabe, o CADE ainda não analisou qualquer operação dessa natureza que envolvesse tão somente a transferência de ativos relacionados a *Big Data*.

Dados podem caracterizar ativos valiosos para empresas em diversos setores, permitindo melhorias em suas atividades e até mesmo a criação de novos produtos e serviços. Porém isso é suficiente para que a transferência de dados se revele uma concentração econômica por meio da aquisição de ativos?

Para responder essa pergunta, argumenta-se que é essencial analisar o que exatamente compreende o ativo adquirido e, principalmente, qual a finalidade do ativo adquirido no contexto das atividades econômicas conduzidas por seu adquirente e pelo vendedor de tal ativo.

Retornando aos casos concretos ilustrados acima, a aquisição de um galpão vazio por uma farmacêutica não foi percebida pelo CADE como concentração econômica, de forma contrária, a aquisição de um imóvel rural por uma empresa que explora a produção de madeira o foi. A transferência de uma betoneira entre concorrentes ensejou notificação obrigatória, o que certamente não ocorre toda vez que uma concretaria adquire uma betoneira diretamente do fabricante no elo anterior de sua cadeia de produção.

Dito isso, avalia-se que a jurisprudência do CADE não permite descartar a possibilidade de que a transferência de uma base de dados possa caracterizar concentração econômica por meio de uma aquisição de ativos. Porém certamente não será qualquer transferência de dados que deverá ser considerada uma concentração econômica.

Como forma de aprofundar as reflexões sobre quais possíveis transferências de dados poderiam caracterizar concentração econômica nos termos da jurisprudência brasileira atual, revela-se útil discutir o enquadramento de operações dessa natureza em cada uma das três hipóteses categorizadas acima, quais sejam: (i) ativos capazes de gerar faturamento para o comprador; (ii) ativos com o potencial de aumentar a capacidade produtiva do adquirente em seu negócio principal; ou (iii) ativos que representem, em conjunto, a transferência de atividade econômica ao adquirente.

4.1.2.a Base de dados como ativos que geram faturamento ao comprador

Na exploração de suas atividades econômicas corriqueiras, empresas dos mais

variados setores podem se beneficiar com o acúmulo de dados para otimizar a sua oferta de bens e serviços, inclusive, indiretamente, aumentando o seu faturamento.

A título de exemplo, uma empresa de marketing digital pode adquirir dados demográficos e de preferências de consumidores de uma agência de pesquisa de mercado e utilizar essas informações para segmentar seus anúncios e tornar suas campanhas publicitárias mais eficazes.

Nesse exemplo, seria legítimo inferir que o acesso e o acúmulo de dados podem aprimorar significativamente a qualidade dos serviços ofertados por seu adquirente. Ainda, seria razoável esperar que, ao fazê-lo essa empresa de marketing digital se torne capaz de ampliar o seu faturamento – seja conquistando novos consumidores ou cobrando mais pelo serviço de melhor qualidade.

No entanto, o aumento de faturamento não decorre diretamente do acesso a esses dados. Na realidade, é apenas uma inferência razoável decorrente do aumento da qualidade dos serviços ofertados por essa empresa. A agência de marketing digital em questão poderia não ser bem-sucedida na conquista de novos clientes e/ou não aumentar seus preços aos consumidores existentes.

Nesse sentido, os ativos adquiridos cumprem o papel de serem apenas melhorias aos processos internos de seu adquirente ou, no limite, de serem considerados insumos à prestação de sua atividade principal. A exploração de dados, portanto, não é atividade-fim do adquirente.

Como visto, transferências de carteiras de clientes ou contratos de fornecimento são casos típicos em que o ativo representa um acréscimo de faturamento a ser explorado pelo adquirente. Sob essa ótica, uma transferência de base de dados somente se enquadraria nesta hipótese de aquisição de ativos caso a sua aquisição esteja diretamente relacionada à geração de faturamento, o que poderia ocorrer caso, além da base de dados em si, fossem também transferidos ao adquirente contratos por meio dos quais pudesse ofertar esses dados a terceiros, que passariam a ser seus clientes na oferta de dados.

Retornando ao exemplo acima, essa situação estaria caracterizada não pela relação de fornecimento entre a agência de pesquisa de mercado e a empresa de marketing digital, mas sim caso tal agência de pesquisa de mercado transferisse dados brutos para um terceiro e, necessariamente, o contrato que tenha firmado com

a empresa de marketing digital que remunere o processamento e fornecimento desses dados. Disso decorre que a transferência de dados, por si só, não incide na hipótese construída jurisprudencialmente pelo CADE de uma concentração econômica por meio de ativos que confirmam faturamento ao comprador.

4.1.2.b Base de dados como aumento de capacidade produtiva do adquirente

Na esteira da noção já bem estabelecida de que *Big Data* pode otimizar significativamente a eficiência de uma empresa na prestação das mais variadas atividades econômicas, é possível que a aquisição de uma base de dados produza algum efeito sobre os níveis de capacidade produtiva de seu adquirente.

Isso pode ocorrer, por exemplo, quando empresas que utilizam máquinas sofisticadas em indústrias altamente tecnológicas adquirem dados sobre parâmetros e especificações aplicáveis para seus equipamentos, permitindo que seja capaz de ajustar configurações para maximizar a eficiência de produção.

No entanto, uma situação como essa retratada acima atribui à aquisição de dados um papel indireto no aumento de capacidade produtiva. Na jurisprudência do CADE, por outro lado, ativos que atraem o caráter de concentração econômica por conferirem ao seu adquirente maior capacidade produtiva tendem a estabelecer uma relação direta entre o ativo e o aumento da oferta de produtos ou serviços. Isso é ilustrado em diversas notificações envolvendo a aquisição de plantas fabris, e mesmo no caso da transferência de uma betoneira.

Casos típicos de ativos enquadrados na hipótese ora discutida revelam a transferência de participação de mercado ou, no limite, no acréscimo direto de capacidade de produção. O exemplo ilustrado acima, por outro lado, assemelha-se a situações em que a aquisição de dados traz melhorias a processos internos da empresa, que não são percebidos como concentração econômica.

Entretanto, há casos em que a aquisição de uma base de dados poderia ser reconhecida como aquisição direta de capacidade produtiva. Como antecipado no início desta seção, tal caracterização dependerá essencialmente da atividade-fim do seu adquirente. A aquisição de uma base de dados por uma empresa que oferta,

justamente, bases de dados, tem como efeito ampliar o volume de dados que possui à sua disposição para ofertar a terceiros.

Nesse último exemplo, é possível reconhecer que a transferência de base de dados ora descrita possui aderência ao que o CADE vem entendendo como aquisição de capacidade produtiva capaz de configurar uma concentração econômica. Já no exemplo anterior, em que eventual aumento de capacidade produtiva ocorre apenas de forma indireta, a jurisprudência pertinente não sinaliza, até o momento, que há clara necessidade de notificação.

Na ausência de um posicionamento nesse sentido, alguns fatores podem contribuir para estabelecer argumentos favoráveis ou desfavoráveis à notificação: (i) o quão direta é a relação entre a base de dados e o aumento de capacidade; e (ii) o quão expressivo é o aumento da capacidade ocasionado especificamente em relação à aquisição desses dados.

4.1.2.c Base de dados como transferência de uma atividade econômica ao adquirente

Na prática do CADE, como visto, a aquisição de ativos que não estejam relacionados a atividades já realizadas pelo seu adquirente pode caracterizar concentração econômica quando tais ativos lhe permitirem ingressar em uma nova atividade econômica. Isso ocorre por meio da transferência de negócios já instalados, ativos operacionais e mesmo ativos não operacionais – conforme ilustrado com o exemplo acima, em que a aquisição de um hotel inativo por uma incorporadora imobiliária foi considerada uma concentração econômica. A aquisição de ativos embrionários de um novo negócio também pode caracterizar concentração econômica, como a aquisição de ativos e estudos técnicos relacionados ao desenvolvimento de empreendimentos de geração de energia, ou a aquisição de medicamentos *pipeline* ainda não lançados no mercado.

Diferentemente das situações discutidas acima, essa hipótese de concentração econômica por meio da aquisição de ativos não necessariamente dependerá do papel desempenhado pelo ativo nas atividades já realizadas pelo adquirente. Nesse caso, importam as próprias características do ativo específico alienado.

Como visto, não são apenas unidades produtivas operacionais cuja transferência é recepcionada na jurisprudência do CADE como concentração econômica. Ativos *greenfield* e desmobilizados também poderiam se enquadrar na hipótese ora discutida caso viabilizem de alguma forma o ingresso do comprador em uma nova atividade econômica.

Nesse ponto, o enquadramento da transferência de base de dados como concentração econômica torna-se ambíguo. Admitindo que a exploração de dados para oferta a terceiros pode ser considerada, por si só, uma atividade econômica, há a possibilidade de que sejam adquiridas justamente para esse fim.

Além disso, como a construção jurisprudencial abarca nessa categoria não apenas ativos prontos, mas também ativos que precisem ser combinados com outros e/ou trabalhados para o desenvolvimento do produto ou serviço a ser ofertado, é possível que a aquisição de dados brutos que ainda precisem ser processados pelo adquirente também possa caracterizar concentração econômica.

Por fim, há ainda situações um pouco mais complexas em que a aquisição de uma base de dados pode viabilizar o ingresso de seu comprador em mercados completamente distintos dos mercados em que possui atividades antes da operação, e que também não se confundam com a oferta de dados para terceiros.

Um possível exemplo seria o caso de uma empresa de tecnologia que adquire dados de uma empresa de energia renovável empenhada no monitoramento do desempenho de usinas solares e eólicas. Com esses dados, a empresa de tecnologia pode entrar no mercado de geração de energia, desenvolver soluções de armazenamento de energia e otimizar o uso de recursos renováveis.

Nesse último exemplo, a relação entre os dados adquiridos e a entrada em um novo negócio é fundamental para tanto, porém de forma indireta. Por um lado, os dados adquiridos desempenhariam o papel de otimizar processos internos para o desenvolvimento do negócio de forma mais eficiente, o que, por si só, não atrairia o caráter de concentração econômica. Por outro, sob a premissa de que esses dados possuem relevância significativa para viabilizar o ingresso de seu comprador no mercado, o critério adotado pelo CADE, na ausência de uma definição mais clara sobre o tema, poderia enquadrar tal operação como uma concentração econômica.

4.2. Definição do Mercado Relevante

Em relação às operações de aquisição de participação minoritária e contratos associativos, a discussão de necessidade ou não de notificação pode requerer, entre outros, uma análise sobre o mercado de atuação das empresas envolvidas, o que exige a definição de contornos de mercados relevantes afetados pela operação em questão.

É claro que esse exercício de definir o mercado relevante tende a ser menos desafiador quando se está de frente para mercados conhecidos. No entanto, em situações envolvendo *Big Data*, essa é uma zona cinzenta para o CADE e, nesse momento, podem surgir algumas lacunas na interpretação do critério de concentração econômica, como por exemplo quando há uma relação horizontal ou vertical entre atividades envolvendo *Big Data*.

Nesse sentido, a seção a seguir expõe essas duas hipóteses de concentração econômica conforme estabelecidas na Lei de Defesa da Concorrência e resoluções do CADE para, em seguida, explorar a lacuna percebida como central para determinar a necessidade de notificação de tais operações quando envolvem Big Data, qual seja, a possibilidade de que sejam definidos mercados relevantes para atividades relacionadas a Big Data.

4.2.1 Contratos associativos e participação minoritária como concentrações econômicas

Conforme visto, o CADE estabelece hipóteses em que pode haver concentração econômica mesmo na ausência de um vínculo societário entre as empresas. Esse é o caso do contrato associativo, atualmente disciplinado nos termos da Resolução CADE nº 17/2016.

Nos termos da Resolução CADE nº 17/2016, deve ser considerado associativo o contrato que (i) possua duração igual ou superior a 2 (dois) anos; (ii) estabeleça

empreendimento comum para exploração de atividade econômica⁴⁵; (iii) estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados e, (iv) seja celebrado entre partes concorrentes no mercado relevante objeto do contrato⁴⁶. Esses requisitos são cumulativos, ou seja, é necessário que o contrato atenda simultaneamente aos quatro para que seja considerado de notificação obrigatória⁴⁷.

O CADE analisou os requisitos de empreendimento comum e compartilhamento dos riscos e resultados em diversos atos de concentração apreciados até o momento⁴⁸.

Em relação ao estabelecimento de empreendimento comum, a jurisprudência observa se a atividade objeto do contrato pode ser prestada de forma isolada ou se há alguma estrutura de governança a reger decisões conjuntas das partes, buscando distinguir os casos em que as empresas decidem de forma independente como operar seus ativos, daqueles casos em que essas atividades ocorrem de forma coordenada.

Seguindo essa lógica, o CADE considerou haver empreendimento comum, por exemplo, em contratos que estabeleçam coordenação das partes para comercialização de um produto em específico; influência de uma parte sobre as decisões comerciais de outra; coordenação sobre aspectos relevantes relacionados à oferta de produtos/serviços como qualidade, preços e outras condições comerciais envolvidas no negócio; entre outros⁴⁹.

Em se tratando do compartilhamento de riscos, o CADE já demonstrou que o compartilhamento de riscos e resultados não está necessariamente ligado à repartição de lucros e despesas entre as partes contratantes. Esse requisito restará caracterizado quando for possível identificar a participação de uma parte no resultado obtido pela outra e pode estar implícito no objeto do contrato, por exemplo, quando

⁴⁵ O artigo 2, §1º da Resolução CADE nº 17/2016, definiu “atividade econômica” como “*aquisição ou a oferta de bens ou serviços no mercado, ainda que sem propósito lucrativo, desde que, nessa hipótese, a atividade possa, ao menos em tese, ser explorada por empresa privada com o propósito de lucro*”.

⁴⁶ “*Art. 2º Considera-se associativos quaisquer contratos com duração igual ou superior a 2 (dois) anos que estabeleçam empreendimento comum para exploração de atividade econômica, desde que, cumulativamente: I - o contrato estabeleça o compartilhamento dos riscos e resultados da atividade econômica que constitua o seu objeto; e II - as partes contratantes sejam concorrentes no mercado relevante objeto do contrato*”. (Resolução CADE nº 17/2016).

⁴⁷ KREIN, Julia. *Contratos associativos: Na contramão da Lei nº 12.529/11*. Revista do IBRAC, v. 1, 2021, p. 299-328.

⁴⁸ Atos de Concentração nº 08700.004359/2020-22, 08700.002276/2018-84, 08700.003575/2017-55, 08700.06533/2017-76, 08700.008484/2016-25.

⁴⁹ NOVIS, Maria Eugênia. *Processo de notificação de contratos associativos ao CADE ainda gera incerteza*. Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados, Inteligência Jurídica, nov. 2019.

duas empresas se associam para expandir seus serviços, compartilhar capacidade ou minimizar custos e acabam por mitigar os riscos atrelados ao negócio⁵⁰.

A ideia é que, ao se coordenarem para expandir a abrangência e a qualidade de seus serviços, as partes envolvidas compartilham capacidades, reduzem custos e diluem os riscos associados à essência de seus negócios entre si. É justamente essa minimização de risco que refletirá no resultado da empresa⁵¹.

Como visto acima, a jurisprudência estabelece algumas diretrizes que ajudam a avaliar a necessidade de notificação de contratos associativos perante a autoridade, no entanto, ainda existem algumas zonas cinzentas na interpretação do CADE a respeito dos conceitos de empreendimento comum e compartilhamento de riscos e resultados. O presente trabalho, no entanto, não pretende se debruçar sobre essas lacunas, pois nesse ponto, a discussão sobre como dados se relacionam com esse tipo de concentração irrelevante. Os desafios envolvendo esses conceitos na realidade estão muito mais relacionadas a questões contratuais de remuneração e de governança das decisões estabelecidas entre as contratantes, do que com o mercado em que as partes atuam ou com o objeto do contrato associativo em si.

Em relação à aquisição de participação minoritária, como visto anteriormente no capítulo 3, a Resolução CADE nº 33/2022 estabeleceu os patamares mínimos a partir dos quais pode-se considerar que uma aquisição de participação societária caracteriza concentração econômica.

Nota-se que, por traz dessa regra há a presunção de que a aquisição de participação minoritária (mesmo que sem adquirir controle) é relevante do ponto de vista do direito da concorrência, uma vez que pode permitir ao adquirente determinada influência sobre a parte adquirida, através de, por exemplo, (i) algum nível de ingerência sobre a parte adquirida; (ii) acesso a informações; e (iii) participação dos lucros.

Essa situação merece ainda mais atenção do ponto de vista antitruste quando envolve empresas que sejam concorrentes ou atuem em mercados verticalmente

⁵⁰ NOVIS, Maria Eugênia. *Processo de notificação de contratos associativos ao CADE ainda gera incerteza*. Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados, Inteligência Jurídica, nov. 2019.

⁵¹ Sob essa mesma ótica, o Conselheiro João Paulo de Resende, ao proferir seu voto no Ato de Concentração nº 08700.002276/2018-84, dispôs que “as próprias eficiências alegadas para a aprovação da operação são evidência cabal de que, ao juntarem esforços e se coordenarem na decisão de como expandir a rede, as empresas estão compartilhando riscos e resultados”.

relacionados. Isso porque, além da aquisição de concorrentes ter potencial de reduzir os incentivos para competição, a aquisição de participação minoritária pode facilitar comportamentos colusivos ou acordos entre concorrentes⁵².

Justamente para lidar com esses cenários, a presunção do CADE para estabelecer o patamar mínimo para que a operação seja notificada à autoridade é inferior (passa de 20% do capital social ou votante para 5% do capital social ou votante).

Por essa razão, em um caso concreto que envolva um investimento minoritário (especificamente entre 5% e 20%), entender se as partes podem ser consideradas concorrentes ou verticalmente relacionadas pode ser ponto crucial para definir a necessidade de notificação ao CADE.

Como visto, portanto, a definição de mercado relevante é essencial para estabelecer se partes de um contrato são concorrentes, o que pode caracterizar um contrato associativo; e para determinar se as partes de uma aquisição de 5% a 20% do capital social ou votante são consideradas horizontal ou verticalmente relacionadas, caracterizando concentração econômica.

4.2.1 Explorando as lacunas

Tanto nas operações envolvendo a aquisição de participação minoritária, quando nos contratos associativos, há a necessidade de que a autoridade antitruste se debruce na análise do mercado relevante de atuação das partes e de que forma esses mercados se relacionam - no caso de aquisições minoritárias, de forma vertical ou horizontal, e no caso de contrato associativos, apenas de forma horizontal.

A etapa de definição de mercado relevante é uma das partes mais desafiadoras da análise de um ato de concentração, pois envolve a consideração de diferentes cenários e forças de mercado, o que pode gerar impacto significativo no cálculo de *market share* das partes.

⁵² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Antitrust issues involving minority shareholding and interlocking directorates*. Policy roundtables: Minority Shareholdings, jun. 2019.

Segundo o Guia Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE⁵³ (Guia H), a delimitação do mercado relevante é o processo de identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa resultante da operação.

Até onde se sabe, há diversos casos envolvendo *Big Data* em que o CADE evitou definir claramente o mercado relevante específico de dados.

Isso ocorreu, por exemplo, em operações em que o CADE analisou a constituição de uma joint venture cujo objeto estaria intimamente relacionado à exploração de dados de seus acionistas para o desenvolvimento de determinada atividade econômica específica (Carrefour/Publicis⁵⁴, Juntos Somos Mais⁵⁵ e Quod⁵⁶).

Em outras situações, o CADE também examinou aquisições integrais envolvendo mercados diretamente relacionados ao uso de dados. Tais operações, inclusive geraram discussões relevantes sobre como a aquisição de dados poderia ou não configurar uma vantagem competitiva no desenvolvimento de estratégias comerciais e competitivas no mercado. Em todos os casos, no entanto, o CADE não ofereceu quaisquer definições ou diretrizes em relação a uma possível definição do mercado relevante de dados (*Microsoft/LinkedIn*⁵⁷ *Stone/Linx*⁵⁸, *Magalu/Hub*⁵⁹).

Vale destacar que o CADE já considerou em algumas operações (B3/Neoway⁶⁰, Cortex/Geofusion⁶¹ e B3/Neurotech⁶²) um possível mercado de soluções de *Big Data Analytics*, que, conforme sugerido pelas Requerentes de acordo com a *International Data Corporation* (IDC), representam um conjunto de tecnologias, aplicativos e sistemas transformadores de negócios que também inclui negócios sociais, mobilidade e nuvem.

No Brasil, conforme pareceres proferidos pelo CADE, o mercado de *Big Data*

⁵³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de análise de atos de concentração horizontal*. Brasília: 2016.

⁵⁴ Ato de Concentração n° 08700.001757/2023-30.

⁵⁵ Ato de Concentração n° 08700.002601/2020-23.

⁵⁶ Ato de Concentração n° 08700.002792/2016-47.

⁶⁰ Ato de Concentração n° 08700.005934/2021-95.

⁶¹ Ato de Concentração n° 08700.006604/2022-06.

⁶² Ato de Concentração n° 08700.009279/2022-25.

Analytics seria pulverizado e suprido por uma enorme quantidade de players, desde empresas globais, como, por exemplo, Google, IBM, Microsoft e Serasa Experian, até empresas com atuação de nicho mais forte, como, por exemplo, BoaVista, Unitfour, Resultys, Econodata, Geofucion, Cognatis, Rede de Obras e Cortex + ITB, Uplexis, Big Data Corp, etc.

Em todos os casos, as Requerentes defenderam que a operação não resultaria em sobreposição horizontal entre as soluções oferecidas por elas. No entanto, indicaram que, em um cenário de mercado relevante mais amplo, poderia haver concorrência entre ambas no mercado de soluções de *Big Data Analytics*.

De toda forma, as partes envolvidas nesses julgados afirmaram que, apesar da potencial atuação comum em *Big Data Analytics*, as soluções fornecidas atenderiam propósitos e clientes bastante distintos, não podendo ser consideradas, na essência, substitutas próximas sob a perspectiva da demanda, tendo muito mais um caráter complementar.

Além disso, também argumentaram que as fontes para coleta de dados e metodologias de processamento e análise são amplas, o que significa que cada empresa poderia fazer o tratamento e direcionamento que fizer mais sentido dentro de sua estratégia de negócios e soluções.

Em todas essas operações, o CADE aceitou o mercado relevante de “soluções de Big Data analytics” sugerido de forma conservadora pelas partes, mas não se aprofundou na discussão, uma vez que as participações das Requerentes seriam baixas (abaixo de 0-10%), sendo incapazes de oferecer danos à concorrência.

Em nenhum dos casos acima, a discussão de conhecimento da notificação foi elemento central da análise do CADE. No entanto, todos os casos tratavam de atividades envolvendo dados e o CADE se absteve de qualquer tentativa de delimitar o mercado relevante para dados de forma mais robusta.

É claro que essa definição não é tarefa fácil, uma vez que definir um mercado relevante específico para dados pode apresentar uma série de inconvenientes.

O fato de dados serem um bem não rival, por exemplo, faz com que tipicamente possam ser acessados por múltiplas fontes. Nessa mesma linha argumentou a SG ao

julgar o Ato de Concentração nº 08700.006373/2020-61 (Serasa/Claro)⁶³. A análise empreendida pela superintendência conheceu e aprovou sem restrições a operação, entre outros motivos, por entender que não haveria risco concorrencial de fechamento de mercado para *bureaux* concorrentes das Requerentes, uma vez que existem diversas fontes para os mesmos tipos de dados, de modo que os *bureaux* concorrentes poderiam oferecer produtos semelhantes por outros meios.

É importante notar, no entanto, que as fontes de dados não necessariamente precisam figurar como concorrentes no mercado para que forneçam o mesmo dado.

Supondo que uma empresa de seguro de carros precisa de dados sobre acidentes de trânsito para avaliar o risco de cobertura de seus clientes. Esses dados podem ser adquiridos de uma empresa de dados especializada em análises de tráfego e segurança no trânsito, mas também podem ser adquiridos de outras empresas que, à primeira vista, não parecem estar no mesmo ramo de negócio. Por exemplo, uma empresa de monitoramento de frotas pode ter informações valiosas sobre acidentes envolvendo veículos comerciais e de transporte, que também podem ser relevantes para a empresa de seguros de carros. Além disso, dados sobre acidentes e sinistros também poderiam ser coletados por empresas que desenvolvem aplicativos de navegação.

Em resumo, empresas de diferentes setores podem ter acesso a dados que são relevantes para outras empresas, mesmo que seus produtos ou serviços sejam completamente diferentes.

Os exemplos acima ilustram situações em que o mesmo dado pode ser adquirido por fontes variadas, independente se são ou não concorrentes da parte compradora. Contudo, há também situações em que os dados não são substituíveis. Vejamos, por exemplo, no caso hipotético em que um laboratório precisa de dados sobre hábitos alimentares e atividades físicas de jovens com diabetes para desenvolver um novo produto. Esses dados podem ser adquiridos de diversas fontes, desde farmacêuticas até empresas que vendem produtos ou suplementos para uma alimentação saudável.

Se o laboratório optar por adquirir os dados de uma farmacêutica, ele pode obter informações precisas e confiáveis sobre as condições de saúde dos pacientes, mas

⁶³ Parecer SG/CADE nº 10/2021/CGAA2/SGA1/SG.

pode não ter acesso a informações sobre hábitos alimentares e atividades físicas.

Por outro lado, se optar por adquirir os dados de uma empresa que vende produtos no mercado de alimentação saudável, ela pode obter informações detalhadas sobre hábitos alimentares e atividades físicas, mas pode não ter acesso a informações sobre as condições de saúde dos pacientes.

Nesse caso, os dados não são substituíveis, pois cada fonte oferece informações únicas e relevantes para o laboratório, dependendo da necessidade específica da pesquisa que se pretende desenvolver.

Um claro exemplo de como dados podem não ser substituíveis entre si ficou bem ilustrado no recente ato de concentração nº 08700.001465/2023-05, em especial pela discussão decorrente do despacho de avocação proferido pela Conselheira Lenisa

A operação, envolvendo Goshme Soluções Para a Internet Ltda. (Jusbrasil) e Digesto Pesquisa e Banco de Dados Ltda. (Digesto), consistiu na aquisição da totalidade das ações de emissão do Digesto pelo Jusbrasil. O ato de concentração foi conhecido e aprovado sem restrições pela SG em 30 de março de 2023⁶⁴.

As Requerentes afirmaram que suas atividades seriam, no momento da operação, essencialmente complementares. Enquanto o Digesto oferecia principalmente soluções de *outsourcing* e relatórios para pessoas jurídicas (empresas e departamentos jurídicos, escritórios de advocacia, instituições financeiras, entre outros), o Jusbrasil concentraria suas atividades na compilação e disponibilização de informações para o público leigo não jurídico e operadores do direito.

Adicionalmente, as Requerentes também pontuaram que não seria possível levantar qualquer hipótese de integração vertical decorrente da operação, uma vez que as atividades do Digesto e do Jusbrasil não serviriam de insumo entre si.

Examinando as atividades exercidas pelos grupos econômicos das Requerentes, a SG entendeu que a operação poderia resultar em mínima sobreposição horizontal entre as atividades do Digesto e do Jusbrasil se considerado, de forma mais ampla, o mercado brasileiro de serviços de TI.

⁶⁴ Despacho nº 405/2023 (SEI 1212403), que acolheu o Parecer nº 112/2023/CGAA5/SGA1/SG (SEI 1213859).

Contudo, em razão do *market share* abaixo de 20% no mercado horizontalmente sobreposto, a SG concluiu que a operação não possui o condão de acarretar prejuízos ao ambiente concorrencial, enquadrando o Ato de Concentração na hipótese de procedimento sumário⁶⁵ e aprovando a operação sem restrições.

Em face da referida decisão, a Conselheira Lenisa Prado, por meio do Despacho Decisório nº 14/2023/GAB1/CADE⁶⁶ (Despacho nº 14/2023), propôs a avocação do Ato de Concentração em questão, externando que o Parecer da SG que aprovou a operação deixou de analisar de forma mais aprofundada, entre outros pontos (i) a possibilidade de relação vertical entre as atividades desenvolvidas e (ii) os mercados sob a ótica de mercados digitais, que, em seu entendimento, teriam demandas diversas daquelas exigidas em análises antitrustes tradicionais.

Em relação ao ponto (i), a Conselheira argumenta no sentido de que, uma vez que o Jusbrasil também desempenha atividades relacionadas ao estabelecimento de plataformas que conectam advogados a potenciais clientes (e.g., contratação de correspondentes jurídicos de forma remota) e à produção de relatórios específicos para seus clientes, incluindo relatórios com análise de dados⁶⁷, seria indispensável a obtenção de maiores informações sobre a operação para compreender em que medida esses canais de conexão com clientes que estão no escopo de atuação do Jusbrasil serviriam como insumo para as soluções de *outsourcing* e relatórios para pessoas jurídicas comercializados pelo Digesto.

Já em relação ao ponto (ii) levantado, a Conselheira expõe que não houve a apuração necessária quanto à possibilidade de combinação de bases de dados ou incorporação de novas tecnologias no escopo da operação em questão, considerando que as atividades de ambas as Requerentes possuem finalidade jurídica e se destinam ao mesmo público.

Contudo, em sessão do Tribunal Administrativo do CADE, em que o despacho foi trazido para apreciação do Plenário, o Conselheiro Luiz Hoffmann votou pela sua não homologação⁶⁸.

⁶⁵ Conforme art. 8º, inciso III, da Resolução nº 33/22.

⁶⁶ (SEI 1222132).

⁶⁷ Formulário de Notificação (SEI 1195419), p. 12.

⁶⁸ Voto Ato de Concentração (SEI 1226215).

Em seu entendimento, as atividades desenvolvidas pelo Jusbrasil e Digesto não possuem uma relação necessária, uma vez que as Requerentes oferecem soluções destinadas ao mesmo público-alvo (advogados e departamentos jurídicos), o que faz com que os seus produtos sejam opcionalmente complementares e não gerem insumo entre si.

Em outras palavras, mesmo que o Digesto tivesse acesso à base de dados do Jusbrasil (que consiste em base de dados pública), os usuários ainda teriam a opção de utilizar os serviços de outros fornecedores que não o Digesto para atender às suas necessidades.

Em relação ao ponto (ii), o Conselheiro Hoffman reforça que as características da operação não tornam necessária a análise de possibilidade de combinação de bases de dados, visto que as próprias características dos serviços prestados pelas partes demandam a utilização de diferentes bases de dados.

Segundo o Conselheiro, enquanto a principal atividade do Digesto está relacionada à oferta de softwares de *legal operations*, focada na integração de informações processuais com sistemas internos de advogados e departamentos jurídicos, o Jusbrasil desempenha atividades voltadas à compilação e disponibilização de informações jurídicas públicas, para fornecer aos seus usuários, busca jurisprudencial e doutrinária, verificação de andamentos processuais, entre outros serviços.

Logo, a base de dados necessária à realização das atividades das duas empresas é necessariamente diferente. Enquanto a atividade do Digesto depende da estrutura de dados interna de seus clientes, o Jusbrasil depende de informações disponíveis publicamente.

Outro desafio que pode ser enfrentado ao definir o mercado relevante de Big Data é o de que há vários elos e atividades possíveis relacionadas a dados. Como anteriormente visto, dados não fazem parte de um único conjunto “indivisível”, eles precisam ser fragmentados e analisados por ferramentas adequadas e capazes de traduzi-los em informações que possam ser utilizadas e aplicadas de forma estratégica para as empresas.

Para chegar até esse resultado, portanto, há uma série de etapas diferentes

envolvendo dados, há a coleta de dados, armazenamento de dados e processamento de dados. Nessa perspectiva, há a possibilidade de que diferentes empresas, mesmo que atuantes em um mercado envolvendo dados, desempenhem atividades completamente distintas e em elos diferentes do “ciclo de vida” dos dados.

Ainda, é importante observar que diversas atividades possuem o elemento *Big Data* como fator subjacente a uma atividade econômica principal, ou seja, a empresa coleta e processa dados, por exemplo, como forma de otimizar o desenvolvimento de sua oferta de bens e serviços nos mais variados mercados. Nesse sentido, empresas com atuação em indústrias completamente distintas podem se situar em um mesmo mercado relevante do ponto de vista dos dados pelos quais concorrem.

Para visualizar essa situação, podemos pensar em uma rede de supermercado. As empresas desse setor têm a capacidade de coletar e processar grandes quantidades de dados sobre o perfil de compra de seus consumidores em variados ramos, como o de alimentos, saúde, estética, entre outros.

Nesse caso, esses dados poderiam ser utilizados nos mais diversos setores. Por exemplo, os dados de compras dos clientes de um supermercado podem ser usados por uma empresa de marketing para criar campanhas publicitárias mais direcionadas e eficazes para um novo produto (seja ele um novo *snack*, uma nova bebida ou um novo produto de cabelo).

Nota-se que, mesmo que a empresa de marketing esteja em um ramo completamente diferente do supermercado, esses dados são importante recurso para elaborar uma estratégia mais assertiva, como segmentar o público-alvo mais adequado para a campanha, ou identificar se há outros produtos que podem ser promovidos em conjunto.

Logo, a coleta e análise de dados de uma rede de supermercado pode se tornar um fator determinante para a competição em atividades econômicas distintas, como tecnologia e pesquisa, mesmo que a empresa em questão não seja especializada nessas áreas.

Para demonstrar o poder e influência do Big Data para os agentes econômicos no mercado, em 2012, a revista Forbes publicou um artigo que chocou o público ao contar a história de como a Target (grande rede de supermercados nos Estados

Unidos) descobriu a gravidez de uma adolescente antes mesmo de seu pai⁶⁹.

Acontece que a Target tinha um sistema de coleta e análise de dados que permitia verificar o histórico de compras dos clientes e definir padrões bem específicos e precisos. Com isso, a empresa identificou que a adolescente tinha mudado seus hábitos de consumo, passando a comprar produtos como loções sem cheiro e vitaminas em grandes quantidades, itens que costumam ser adquiridos por mulheres grávidas.

Com base nessa análise, a Target começou a enviar ofertas de produtos direcionados para mulheres grávidas para a adolescente, que não havia contado a ninguém sobre a gravidez. Entre as ofertas enviadas pela empresa, havia cupons de desconto para fraldas, roupas e outros produtos relacionados ao universo infantil. O pai da adolescente ficou surpreso ao ver as ofertas de produtos para bebês chegando em casa, e confrontou a filha, que acabou confessando que estava grávida.

O caso ficou conhecido como um exemplo de como as empresas podem coletar e analisar dados dos consumidores para alavancar seus negócios e direcionar suas estratégias. A história causou uma série de controvérsias e levantou questões éticas sobre o uso de dados pessoais pelas empresas, além de suscitar debates sobre privacidade e liberdade individual.

De forma geral, qualquer que seja o cenário, tentar enquadrar dados em um mercado relevante específico é tarefa bastante desafiadora, uma vez que diversos tipos de dados podem satisfazer diferentes necessidades de diferentes empresas no mercado.

Por outro lado, a definição do mercado relevante é o estágio inicial para qualquer análise competitiva, a fim de identificar que produtos e serviços estão sendo comercializados, quais os players no mercado e seus interesses, o tamanho total do mercado, a existência ou não de barreiras⁷⁰.

Por essa razão, definir o mercado de atuação das partes não é só importante para uma discussão de mérito, mas também para entender e interpretar os critérios de notificação ao CADE, uma vez que, entre outros fatores e variáveis competitivas

⁶⁹ HILL, Kashmir. *How Target figured out a teen girl was pregnant before her father did*. Forbes, 16 fev. 2012, Tech. Disponível em: <https://11nq.com/JS6c4>. Acesso em 12 de maio de 2023.

⁷⁰ BAGNOLI, Vicente. *The Big Data relevant market*. Concorrenza e mercato, n. 23, 2016, p. 73-95.

relevantes para definir como os mercados se relacionam de forma horizontal ou vertical.

Para tentar abarcar esse problema e visando fornecer uma visão mais ampla do mercado de *Big Data*, Vicente Bagnoli traz uma possível definição de mercado relevante para *Big Data*, considerando as diferentes fases de seu “ciclo de vida” e propondo, através delas, potenciais sub-segmentos do mercado de *Big Data* – Coleta de *Big Data* (*Big Data Capture*), Armazenagem de *Big Data* (*Big Data Storage*), e Análise de *Big Data* (*Big Data Analytics*)⁷¹⁻⁷², conforme será detalhado a seguir.

A primeira fase do mercado relevante de *Big Data* é a coleta de dados, tanto dados pessoais quanto dados públicos, por meio de softwares e tecnologias desenvolvidas para esse fim. O processo de coleta dos dados ocorre em todos os setores da economia e os dados podem ser coletados através de diversas e diferentes fontes⁷³.

A segunda fase do mercado relevante de *Big Data* é o armazenamento dos dados coletados, que serão acumulados e agregados em grande volume, organizados e armazenados em uma base de dados para uso posterior. A infraestrutura para o armazenamento de *Big Data* deve ser capaz de fornecer um serviço de armazenamento de dados com espaço suficiente (ou capacidade ou volume) para uma grande quantidade de dados⁷⁴.

Por fim, a terceira fase do mercado relevante de *Big Data* é a análise dos dados coletados que foram armazenados em base de dados e combinados com outras informações, mostrando tendências para a análise e desenvolvimento de perfis,

⁷¹ BAGNOLI, Vicente. *The definition of the relevant market, verticalization and abuse of dominant position in the Era of Big Data*. In: BAGNOLI, Vicente. (Coord.). *Concorrência e inovação: Anais do congresso internacional para a promoção de debates acerca do direito da concorrência e inovação tecnológica diante da realidade e desafios da economia digital*. 1ª. ed. São Paulo: Scortecci, 2018.

⁷² BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico e Concorrencial: O Poder Econômico e seus Limites Jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 516.

⁷³ BAGNOLI, Vicente. *The definition of the relevant market, verticalization and abuse of dominant position in the Era of Big Data*. In: BAGNOLI, Vicente. (Coord.). *Concorrência e inovação: Anais do congresso internacional para a promoção de debates acerca do direito da concorrência e inovação tecnológica diante da realidade e desafios da economia digital*. 1ª. ed. São Paulo: Scortecci, 2018, p. 24-25. Ver também BAGNOLI, Vicente. *The Big Data relevant market*. *Concorrenza e mercato*, n. 23, 2016, p. 73-95.

⁷⁴ BAGNOLI, Vicente. *The definition of the relevant market, verticalization and abuse of dominant position in the Era of Big Data*. In: BAGNOLI, Vicente. (Coord.). *Concorrência e inovação: Anais do congresso internacional para a promoção de debates acerca do direito da concorrência e inovação tecnológica diante da realidade e desafios da economia digital*. 1ª. ed. São Paulo: Scortecci, 2018, p. 25-26.

registros, tendências, e outros resultados que podem ser aplicados para uma variedade de propósitos. Neste mercado, portanto, dados se combinam através de diferentes fontes (públicas, privadas, de consumidores, empresas, instituições, agências governamentais, entre outras) e, por meio da análise, resultam em informações valiosas que podem ser traduzidas em novas oportunidades, ideias e soluções. Esta fase é chamada de análise de *Big Data*⁷⁵.

A tabela abaixo resume os três possíveis sub-segmentos do mercado de *Big Data*, conforme descritas acima:

Tabela 1 – Mercado Relevante de *Big Data* e seus sub-segmentos

	Sub-segmentos	Agentes Econômicos
1 ^a Fase	Coleta de <i>Big Data</i> (<i>Big Data Capture</i>)	<ul style="list-style-type: none"> • Companhias de celular. • Provedores de internet. • Redes de lojas, companhias aéreas, postos de gasolina, por exemplo. (entre outros estabelecimentos que capturem os dados de seus clientes através do cartão e programas de fidelidade, por exemplo).
2 ^a Fase	Armazenagem de <i>Big Data</i> (<i>Big Data Storage</i>)	<ul style="list-style-type: none"> • Companhias de celular. • Agências governamentais. • Redes sociais. • Serviços médicos. • Varejistas. • Fornecedores.
3 ^a Fase	Análise de <i>Big Data</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Varejistas.

⁷⁵ BAGNOLI, Vicente. *The definition of the relevant market, verticalization and abuse of dominant position in the Era of Big Data*. In: BAGNOLI, Vicente. (Coord.). *Concorrência e inovação: Anais do congresso internacional para a promoção de debates acerca do direito da concorrência e inovação tecnológica diante da realidade e desafios da economia digital*. 1^a. ed. São Paulo: Scortecci, 2018, p. 92.

	<i>(Big Data Analytics)</i>	<ul style="list-style-type: none"> • Fornecedores. • Administração pública. • Instituições financeiras. • Planos de saúde • Agências de marketing • <i>Data Analytics</i> • <i>Data Brokers</i>
--	-----------------------------	--

Fonte: adaptação da autora com base em quadro original elaborado por Vicente Bagnoli⁷⁶.

Como visto, há precedentes em que o CADE considera a existência de um mercado de *Big Data Analytics* (vide, por exemplo, atos de concentração B3/Neoway, Cortex/Geofusion e B3/Neurotech). No entanto, até onde se sabe, não existem abordagens sistemáticas mais aprofundadas que incorporam as sugestões de definição de mercado relevante como a exposta acima.

Mesmo em documento recente publicado em 2021 pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE⁷⁷, em que o DEE revisa um estudo apresentado em 2010 sobre métodos quantitativos utilizados na definição de mercados relevantes e oferece um panorama das atuais discussões sobre o tema, não houve qualquer menção a uma possível definição do mercado relevante de *Big Data*.

4.3 Considerações finais do capítulo

Conforme visto ao longo do trabalho, o CADE estabelece que empresas podem se engajar em uma concentração econômica mesmo no caso de aquisição de participação societária minoritária bastante diminuta; ou, ainda, sem estabelecer um vínculo societário, como no caso de aquisições de ativos ou celebração de contratos associativos.

Justamente nesses cenários é que a interpretação do critério de concentração

⁷⁶ BAGNOLI, Vicente. *The Big Data relevant market*. Concorrenza e mercado, n. 23, 2016, p. 73-95.

⁷⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do debate sobre a definição de mercado relevante*. Brasília, 2021.

econômica quando se trata de dados pode não ser tão óbvia, suscitando algumas dúvidas como: (i) quando dados constituem ativos; e (ii) quando há uma relação horizontal e vertical entre atividades envolvendo dados.

Em relação ao ponto (i), como visto ao longo deste trabalho, vários tipos de operações podem caracterizar uma aquisição de ativos, mas o CADE ainda não se debruçou sobre operações dessa natureza que envolvessem exclusivamente a transferência de ativos relacionados a *Big Data*.

Nessa esteira, visando entender quando a transferência de dados poderia caracterizar uma concentração econômica nos termos da jurisprudência do CADE, este trabalho buscou enquadrar operações dessa natureza nas seguintes hipóteses: (i) ativos capazes de gerar faturamento para o comprador; (ii) ativos com o potencial de aumentar a capacidade produtiva do adquirente em seu negócio principal; ou (iii) ativos que representem, em conjunto, a transferência de atividade econômica ao adquirente.

Para a hipótese (i), foi possível concluir que o acesso e o acúmulo de dados não garantem um aumento direto no faturamento da empresa. Os dados são mais como melhorias internas ou insumos para a atividade principal da empresa, o que significa que é a sua exploração que tem o potencial de melhorar a qualidade dos serviços oferecidos pela empresa adquirente. Dessa forma, o aumento de faturamento não é uma consequência direta da posse dos dados, mas sim uma inferência razoável com base na melhoria dos serviços.

Portanto, pôde-se concluir que a transferência de uma base de dados por si só não se enquadra na hipótese de concentração econômica por meio da aquisição de ativos que geram faturamento para o comprador, a menos que a aquisição incluía também contratos que permitam ao comprador oferecer esses dados a terceiros como parte de sua oferta de serviços.

Em relação à hipótese (ii), verificou-se que a aquisição de uma base de dados poderia aumentar a capacidade produtiva de uma empresa otimizando seus processos e permitindo ajustes para maximizar a eficiência. No entanto, essa relação entre aquisição de dados e aumento da capacidade produtiva não é automática.

Segundo a jurisprudência do CADE, ativos que atraem o caráter de concentração econômica por conferirem ao seu adquirente maior capacidade

produtiva tendem a estabelecer uma relação direta entre o ativo e o aumento da oferta de produtos ou serviços.

Seguindo essa linha, a aquisição de uma base de dados como aquisição direta de capacidade produtiva ao adquirente dependerá de qual a atividade principal desempenhada pela empresa adquirente. Por exemplo, se a empresa oferece bases de dados, adquirir uma nova base de dados amplia o volume de dados disponíveis para oferecer a terceiros.

Conforme visto neste capítulo, a jurisprudência do CADE ainda não avaliou um cenário que envolvessem especialmente a aquisição de uma base de dados. De toda forma, há alguns fatores a serem considerados: a relação direta entre os dados e o aumento da capacidade produtiva do adquirente e a magnitude desse aumento de capacidade produtiva resultante da aquisição dos dados.

Por fim, o enquadramento de operações envolvendo dados na hipótese (iii), nos permiti argumentar que, diferentemente das hipóteses (i) e (ii) discutidas acima, esse cenário de concentração econômica por meio da aquisição de ativos depende necessariamente de qual o papel desempenhado pelo ativo nas atividades já realizadas pelo adquirente. Nesse caso, importam as próprias características do ativo específico que está sendo vendido.

Como visto, a jurisprudência pátria não recepciona apenas a transferência de unidades produtivas operacionais como concentração econômica. Ativos *greenfield* e desmobilizados também poderiam se enquadrar na hipótese ora discutida caso viabilizem de alguma forma o ingresso da compradora em uma nova atividade econômica.

É nesse ponto que o enquadramento da transferência de base de dados como concentração econômica torna-se ambíguo. Isso porque, se a exploração de dados para oferta a terceiros pode ser considerada, por si só, uma atividade econômica, há a possibilidade de que esses dados sejam adquiridos justamente para esse fim. Além disso, como a jurisprudência inclui nessa categoria não só ativos prontos, mas também ativos que precisem ser combinados com outros e/ou trabalhadores para o desenvolvimento do produto ou serviço a ser ofertado, é possível inferir que a aquisição de dados brutos que ainda precisem ser processados e analisados pelo adquirente também possa caracterizar concentração econômica.

Por fim, apresentou-se também situações um pouco mais complexas em que a aquisição de uma base de dados poderia viabilizar o ingresso da parte compradora em mercados completamente distintos dos mercados em atua.

Analisadas as possíveis lacunas no critério de concentração econômica no âmbito da aquisição de ativos, o capítulo se dedicou a entender quais os desafios potenciais nos casos em que a definição de mercado relevante é exigida (contrato associativo e participação minoritária).

Tanto nas operações envolvendo a aquisição de participação minoritária, quando nos contratos associativos, há a necessidade de que a autoridade antitruste se debruce na análise do mercado relevante de atuação das partes e de que forma esses mercados se relacionam - no caso de aquisições minoritárias, de forma vertical ou horizontal, e no caso de contrato associativos, apenas de forma horizontal.

Como visto neste capítulo, até onde se sabe, há diversos casos envolvendo *Big Data* em que o CADE evitou definir claramente o mercado relevante específico de dados, ao passo que em outros, apesar de considerar de forma conservadora, um possível mercado de soluções de *Big Data Analytics*, não se aprofundou na discussão, uma vez que as participações das Requerentes seriam baixas (abaixo de 0-10%), sendo incapazes de oferecer danos à concorrência.

É claro que essa definição não é tarefa fácil, uma vez que definir um mercado relevante específico para dados pode apresentar uma série de inconvenientes, quais sejam (i) dependendo do caso concreto, dados podem funcionar tanto com um bem não rival e, portanto substituível, quanto como um bem não substituível; (iii) há vários elos e atividades possíveis relacionadas a dados (dados não fazem parte de um único conjunto “indivisível” e precisam ser processados e traduzidos em informações utilizáveis para as empresas); e (iv) diversas atividades possuem o elemento *Big Data* como fator subjacente a uma atividade econômica principal (a empresa coleta e processa dados, por exemplo, como forma de otimizar o desenvolvimento de sua oferta de bens e serviços nos mais variados mercados).

De forma geral, qualquer que seja o cenário, tentar enquadrar dados em um mercado relevante específico é tarefa bastante difícil, uma vez que diversos tipos de dados podem satisfazer diferentes necessidades de diferentes empresas no mercado.

De toda forma, definir o mercado de atuação das partes não é só importante para

uma discussão de mérito, mas também para entender e interpretar os critérios de notificação ao CADE.

Para tentar abarcar esse problema e visando fornecer uma visão mais ampla do mercado de *Big Data*, este capítulo trouxe como possível alternativa a definição de mercado relevante de Big Data proposta por Vicente Bagnoli.

Tal definição considera as diferentes fases do “ciclo de vida” do Big Data e propõe, através delas, potenciais sub-segmentos do mercado de *Big Data*, quais sejam – Coleta de *Big Data* (*Big Data Capture*), Armazenagem de *Big Data* (*Big Data Storage*), e Análise de *Big Data* (*Big Data Analytics*).

Como visto, no entanto, até onde se sabe, não existem abordagens sistemáticas mais aprofundadas que incorporam uma definição de mercado relevante como a sugerida.

CONCLUSÃO

Esse trabalho procurou demonstrar que há uma complexa relação entre Big Data e direito da concorrência que merece a atenção do CADE. Na jurisprudência brasileira, ainda não há uma delimitação clara de como a transferência de base de dados se encaixa em certas hipóteses específicas de concentração econômica.

Observou-se que em um cenário de digitalização da economia, os modelos de negócios passam a depender cada vez mais do uso extensivo de dados para desenvolver novos produtos, serviços e estratégias comerciais competitivas.

Ora, se o uso de dados tem potencial de impulsionar e alavancar o desenvolvimento de uma empresa, não se descarta a possibilidade de que operações societárias podem ser motivadas justamente pelo acesso a novas bases de dados. Nesse contexto, argumenta-se que o uso de dados pode suscitar preocupações concorrenciais, inclusive na atuação preventiva do controle de estruturas pelo CADE.

A Lei de Defesa da Concorrência, estabelece as diretrizes para a prevenção e repressão de infrações contra a ordem econômica, conferindo ao CADE o poder de investigar e julgar condutas comerciais e concentrações econômicas que possam prejudicar a concorrência. O controle de estruturas é uma medida preventiva adotada pelo CADE para proteger a livre concorrência no Brasil, por meio da análise de operações societárias que apresentam riscos nesse sentido.

Contudo, a interpretação do critério de concentração econômica em operações que envolvem mercados não tradicionais, como é o caso de operações envolvendo Big Data, pode não ser clara. A falta de consolidação doutrinária e prática no Brasil para lidar com esse desafio gera lacunas na interpretação dos critérios de concentração econômica, especialmente quando se trata de definir quando os dados constituem ativos e quando há relações horizontais e verticais entre atividades que envolvem dados.

Para endereçar essa questão, o trabalho buscou delimitar a reflexão sobre o conceito de concentração econômica em operações que se enquadram como (i)

aquisição de ativos, (ii) contratos associativos e (iii) aquisição de participação minoritária.

A fim de discutir o tema e considerando o recorte do trabalho descrito acima, a presente tese é apresentada em três capítulos principais: (1) Direito da Concorrência em tempos de Big Data; (2) Controle de Estruturas no Brasil; (3) Lacunas na Interpretação do Critérios de Concentração Econômica em Operações Envolvendo Big Data.

Quanto ao Capítulo 1, constata-se que, de fato, dada a importância do *Big Data* em uma economia cada vez mais digitalizada, operações societárias podem ser motivadas justamente pelo acesso a novas bases de dados, novos meios de acessar dados ou novas formas de processá-los.

Debate-se na doutrina, no entanto, se a exploração de dados pode conferir aos agentes econômicos vantagem competitiva sustentável e duradoura no mercado. De todo modo, o Capítulo 1 ilustra que existe sim uma interface entre dados e concorrência, na medida em que podem afetar variáveis relevantes do ponto de vista antitruste. Nesse sentido, questões relacionadas a dados também são importantes na análise de atos de concentração e merecem atenção.

O problema é que os critérios de notificação de atos de concentração perante o CADE são baseados em conceitos que não oferecem orientações claras sobre como lidar com operações e arranjos empresariais envolvendo *Big Data*. Isso pode gerar dúvidas e dificultar a aplicação dos critérios nesses casos, especialmente em relação a definição do que se enquadra ou não como concentração econômica.

A fim de entender quais os parâmetros adotados pelo CADE para definir uma concentração econômica, o Capítulo 2 passa pela estrutura do SBDC, dispondo principalmente sobre a função preventiva do CADE através do exame prévio de combinações societárias, pelo controle de estruturas. Em seguida, expõe os critérios adotados na jurisdição brasileira que prescrevem quais operações estão sujeitas à notificação obrigatória perante o CADE, em especial, o critério de concentração econômica. Conclui-se, que, apesar dos aprimoramentos indiscutivelmente trazidos pela Lei de Defesa da Concorrência no que tange ao esclarecimento das hipóteses de notificação ao CADE, no contexto de crescente digitalização da economia, a interpretação do critério de concentração econômica pode não ser tão clara,

especialmente quando aplicado em operações envolvendo *Big Data*.

Por fim, o Capítulo 3, ao conceituar as hipóteses de concentração econômica estudadas neste trabalho, quais sejam: aquisição de ativos, contratos associativos e aquisições minoritários, busca enquadrar hipotéticas operações envolvendo Big Data nas hipóteses indicadas acima, a fim de identificar possíveis lacunas existentes no conceito de concentração econômica, com base no que se tem consolidado hoje na lei e jurisprudência brasileira.

Em relação a aquisição de ativos, observou-se que há que vários tipos de operações que podem ser enquadradas como uma aquisição de ativos, mas até onde se sabe, o CADE ainda não analisou qualquer operação dessa natureza que envolvesse tão somente a transferência de ativos relacionados a *Big Data*.

No entanto, conforme exposto ao longo deste trabalho, pôde-se concluir que a jurisprudência do CADE não descarta a possibilidade de que a transferência de uma base de dados possa ser considerada uma forma de concentração econômica por meio da aquisição de ativos. De toda forma, certamente nem toda transferência de dados será classificada como concentração econômica, sendo fundamental se debruçar sobre algumas variáveis como, o que exatamente compreende o ativo adquirido e, principalmente, qual a finalidade do ativo adquirido no contexto das atividades econômicas conduzidas por quem compra e por quem vende determinado ativo.

Já para os casos em que a definição de mercado relevante é exigida (contrato associativo e participação minoritária), foi possível constatar que há diversos casos envolvendo *Big Data* em que o CADE evitou definir claramente o mercado relevante específico de dados e, até onde se sabe, não existem abordagens sistemáticas mais aprofundadas que incorporam uma definição de mercado relevante de Big Data.

Dessa forma, para tentar abordar essa lacuna, existem dois caminhos possíveis.

Uma saída seria reconhecer que diversas operações podem envolver empresas cujas atividades se relacionam unicamente à exploração de dados e investimento em Big Data e entender que por essa razão existe uma sobreposição horizontal ou integração vertical do ponto de vista de uma definição de mercado relevante de Big Data, trazendo implicações sobre a subsunção a esses critérios.

Outro caminho possível, seria compreender que uma relação entre as partes envolvendo *Big Data*, não deve caracterizar uma sobreposição horizontal ou integração vertical para fins dos critérios de notificação discutidos, uma vez que, qualquer que seja o cenário, diversos tipos de dados podem satisfazer diferentes necessidades de diferentes empresas no mercado, tornando a tarefa de tentar enquadrar dados em um mercado relevante específico tarefa bastante desafiadora.

Há uma longa jornada até que as lacunas apontadas neste trabalho sejam plenamente ultrapassadas, e é fundamental que o CADE esteja preparado para enfrentar esses desafios nos próximos anos. Para lidar com essa situação, os conceitos básicos de concentração econômica e a construção da jurisprudência do CADE podem desempenhar um papel crucial, desde que sejam cuidadosamente aplicados e adaptados às especificidades de cada caso. Para isso, a contínua atualização e aprimoramento das diretrizes e práticas do CADE são essenciais para garantir uma análise mais precisa no conhecimento de operações envolvendo mercados não tradicionais, como o de Big Data.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, João Felipe. *Merger control in the digital era: Should Brazil revise its thresholds?* In: GONÇALVES, Priscila; FARINA, Elisabeth (Org.). *The Future of Antitrust*. São Paulo: IBRAC / Editora Singular, 2020.

BAGNOLI, Vicente. *Concorrência na era digital*. In: ANDREOLI, Daniel Oliveira (Org.) HONDA, Joyce Midori (Org.). *A concorrência em análise: Reflexões dos membros da CECORE/OAB-SP - Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica - OAB/SP*. São Paulo: Scortecci, 2018.

BAGNOLI, Vicente. *Direito econômico e concorrencial: O poder econômico e seus limites jurídicos*. 9ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

BAGNOLI, Vicente. *The Big Data relevant market*. *Concorrenza e mercato*, n. 23, 2016, p. 73-95.

BAGNOLI, Vicente. *The definition of the relevant market, verticalization and abuse of dominant position in the Era of Big Data*. In: BAGNOLI, Vicente. (Coord.). *Concorrência e inovação: Anais do congresso internacional para a promoção de debates acerca do direito da concorrência e inovação tecnológica diante da realidade e desafios da economia digital*. 1ª. ed. São Paulo: Scortecci, 2018.

BHAGESHPUR, Kiran. *Data is the new oil -- and that's a good thing*. *Forbes*, 15 nov. 2019, Innovation. Disponível em: <https://encr.pw/ZsYpl>. Acesso em 12 de maio de 2023.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Documento de Trabalho nº 006/2021: Atualização do debate sobre a definição de mercado relevante*. Brasília, 2021.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Guia de análise de atos de concentração horizontal*. Brasília: 2016.

CARVALHO. Vinicius Marques. *A política de defesa da concorrência quatro anos depois: ainda em busca de melhores práticas?* In: CARVALHO, Vinicius Marques. (org.) *A Lei 12.529/2011 e a nova política de defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016

EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR. *Report of workshop on privacy, consumer competition and big data*, jul. 2014.

EVANS, David S. *Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies*. SSRN Electronic Journal, 2017, p. 1–37.

FOX, Eleanor M. *Antitrust law*. 4th ed. New York: Foundation Press, 2012.

GRUNES, Allen P.; STUCKE, Maurice E. *No mistake about it: The important role of antitrust in the era of Big Data*. University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 269. Antitrust Source, abr. 2015, p. 1–15.

HILL, Kashmir. *How Target figured out a teen girl was pregnant before her father did*. Forbes, 16 fev. 2012, Tech. Disponível em: <https://l1nq.com/JS6c4>. Acesso em 12 de maio de 2023.

KREIN, Julia. *Contratos associativos: Na contramão da Lei nº 12.529/11*. Revista do IBRAC, v. 1, 2021, p. 299-328.

LAMBRECHT, Anja; TUCKER, Catherine E. *Can Big Data protect a firm from competition?* CPI Antitrust Chronicle, jan. 2017, p. 1-9.

MANYIKA, James et al. *Big Data: The next frontier for innovation, competition, and productivity*. McKinsey Global Institute, 2011.

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.

NAZZINI, R. *Online platforms and antitrust: Where do we go from here?* Rivista Italiana di Antitrust, 2018, p. 5–22.

NEWMAN, J. M. *Antitrust in attention markets: objections and responses*. Santa Clara Law Review, v. 59, n. 3, 2020, p. 743–769.

NEWMAN, N. *Search, antitrust, and the economics of the control of user data*. Yale Journal on Regulation Yale Journal on Regulation Article, v. 31, n. 5, 2014, p. 1-73.

NOVIS, Maria E.; GLENK, Ana B.; AZAMBUJA, João A. *Controle estrutural de aquisições de ativos: A prática nos cinco anos da lei de defesa de concorrência*. In:

ANDERS, Eduardo Caminati et al. 5 anos da lei de defesa da concorrência: Gênese, jurisprudência e desafios para o futuro. São Paulo: IBRAC, 2017.

NOVIS, Maria Eugênia. *Processo de notificação de contratos associativos ao CADE ainda gera incerteza*. Machado, Meyer, Sendacz e Opice Advogados, Inteligência Jurídica, nov. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Big Data: Bringing competition policy to the digital era*. Background note by the Secretariat, nov. 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Working party No. 3 on co-operation and enforcement: Local nexus and jurisdictional thresholds in merger control*. Background Paper by the Secretariat, jun. 2016.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Handbook on competition policy in the digital age*. OECD Publishing, 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Theories of harm for digital mergers*. OECD Competition Policy Roundtable Background Note. OECD Publishing, 2023.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Data-driven innovation for growth and well-being: Interim synthesis report*. OECD Publishing, 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Antitrust issues involving minority shareholding and interlocking directorates*. Policy roundtables: Minority Shareholdings, jun. 2019.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Definition of transaction for the purpose of merger control review*. Competition Committee Policy Roundtables, jun. 2014.

PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. *Direito concorrencial: doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2016.

PEREIRA NETO, Caio Mario da S.; RENZETTI, Bruno. *Big Data entre três microssistemas jurídicos: Consumidor, privacidade e concorrência*. In: PEREIRA

NETO, Caio Mario da S. (Org.). *Defesa da Concorrência em Plataformas Digitais*. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

PEREIRA NETO, Caio Mario da S. *Direito econômico e da empresa*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

PFEIFFER, Roberto A. C. *Digital economy, Big Data and competition law*. *Market and competition law review*, v. 3, n. 1, abr. 2019, p. 53-89.

PITRUZZELLA, Giovanni et al. *Big Data, competition and privacy: a look from the antitrust perspective*. *Concorrenza e mercato*, n. 23, 2016, p. 15-28.

REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. v. 1.

RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. *Access barriers to Big Data*. *Ariz. L. Rev.*, v. 59, 2017, p. 339-381.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. *Direito da concorrência*. São Paulo: Grupo GEN, 2020.

SOKOL, Daniel; COMERFORD, Roisin. *Antitrust and regulating big data*. *Geo. Mason L. Rev.*, v. 23, 2016, p. 1129-1161.

Stucke, Maurice E; GRUNES, Allen P. *Debunking the myths over Big Data and antitrust*. University of Tennessee Legal Studies Research Paper nº 276. *CPI Antitrust Chronicle*, mai. 2015, p. 1-10.

TAVARES, Mariana. *Regulação e concorrência*. São Paulo: Atlas, 2017.

The world's most valuable resource is no longer oil, but data. *The Economist*, 6 mar. 2017, Leaders. Disponível em: <https://l1nq.com/c4W9B>. Acesso em: 6 de maio de 2023.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016. v. 1.

Tucker, Darren S. and Wellford, Hill. *Big mistakes regarding Big Data*. *Antitrust Source*, American Bar Association, dez. 2014, p. 1-2.

WHISH, Richard. *Competition law*. 6. ed. Oxford: Oxford University Press, 2009.

WRIGHT, Joshua D.; DORSEY, Elyse. *Antitrust analysis of Big Data*. *Competition Law & Policy Debate*, v. 2, n. 4, 2016, p. 35-41.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Victoria Ribeiro Schnor

discente regularmente matriculada na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 41804244, período matutino, turma C, tendo realizado o TCC com o título: WITH BIG DATA COMES BIG RESPONSIBILITY: Lacunas no critério de concentração econômica do CADE sob a orientação do Professor Vicente Bagnoli declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 12 de maio de 2023 .



Assinatura do discente