

FTC *versus* META & WITHIN
A CAMINHO DE UM NOVO PARADIGMA DE *ANTITRUST* NOS ESTADOS UNIDOS?
ANÁLISE DE ARGUMENTOS E PERSPETIVA COMPARATIVA
COM O DIREITO DA CONCORRÊNCIA EUROPEU

Tomás Costa Neves

FTC *versus* META & WITHIN
A CAMINHO DE UM NOVO PARADIGMA DE *ANTITRUST* NOS ESTADOS UNIDOS?
ANÁLISE DE ARGUMENTOS E PERSPETIVA COMPARATIVA
COM O DIREITO DA CONCORRÊNCIA EUROPEU

Tomás Costa Neves



CENTRO DE ESTUDOS DE DIREITO PÚBLICO E REGULAÇÃO
FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FEVEREIRO | 2026

TÍTULO	FTC versus Meta & Within A Caminho de um Novo Paradigma de <i>Antitrust</i> nos Estados Unidos? Análise de argumentos e perspetiva comparativa com o Direito da Concorrência europeu
AUTOR(ES)	Tomás Costa Neves
IMAGEM DA CAPA	Coimbra Editora
COMPOSIÇÃO GRÁFICA	Ana Paula Silva
EDIÇÃO	CEDIPRE Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra 3004-528 COIMBRA PORTUGAL Tel.: +351 916 205 574 E-mail: cedipre@fd.uc.pt
PARA CITAR ESTE ESTUDO	FTC <i>versus</i> Meta & Within.A Caminho de um Novo Paradigma de <i>Antitrust</i> nos Estados Unidos? Análise de argumentos e perspetiva comparativa com o Direito da Concorrência europeu , CEDIPRE Online — 59, https://cedipre.fd.uc.pt, Coimbra, fevereiro de 2026

FTC *VERSUS* META & WITHIN

A CAMINHO DE UM NOVO PARADIGMA DE *ANTITRUST* NOS ESTADOS UNIDOS?

ANÁLISE DE ARGUMENTOS E PERSPETIVA COMPARATIVA COM O DIREITO DA CONCORRÊNCIA EUROPEU

TOMÁS COSTA NEVES

Introdução

A Comissão Federal de Comércio (Federal Trade Commission, doravante designada por “FTC”) dos Estados Unidos da América avançou no dia 27 de julho de 2022 com uma providência cautelar contra as empresas Meta Platforms, Inc. (“Meta”) e Within Unlimited, Inc. (“Within”), com o intuito de bloquear a aquisição desta última pela gigante tecnológica liderada por Mark Zuckerberg.

O próprio Zuckerberg, não só CEO e *chairman* mas também o maior acionista da Meta, também é visado no processo.

O pedido de providência cautelar¹ foi intentado nos termos da Secção 13(b) do Federal Trade Commission Act (“FTCA”), com o intuito de evitar a consumação do negócio antes que a FTC pudesse contestar a sua legalidade.

A ação administrativa (*Administrative Part 3 Complaint*) propriamente dita, que invoca a ilegalidade da aquisição, seguiu no dia 11 de agosto de 2022, e

¹ Disponível no *website* da FTC, em https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/221%200040%20Meta%20Within%20TRO%20Complaint.pdf

é este documento² que serve de base à primeira parte da análise. A decisão do tribunal será analisada na segunda parte.

Porque é que este caso é relevante?

A posição da FTC relativamente à operação de concentração visada foge da linha de atuação considerada tradicional, nomeadamente por o argumentário utilizado ir bastante além do que tem sido a prática *antitrust* recente nos Estados Unidos.

Esta ação foi intentada pela FTC já sob a liderança da atual diretora, Lina Khan, e sinaliza uma viragem ideológica dentro da agência. Nomeada para o cargo pelo Presidente Joe Biden e empossada em 15 de junho de 2021, Khan foi “presenteada” na primeira metade de 2022 com uma maioria Democrata no conselho de comissários da FTC³ – órgão colegial com cinco membros que oscila entre controlo Republicano e Democrata, dependendo do panorama político aquando das nomeações.

Não podendo haver simultaneamente mais de três comissários do mesmo partido político no conselho, a ação sob análise avançou apenas com três votos a favor, tendo os comissários alinhados com o Partido Republicano votado contra.

Uma FTC mais agressiva?

É relativamente incontroverso afirmar que, num passado pouco longínquo, a aquisição da Within pela Meta não teria sido visada pela FTC. Tal mudança de perspetiva deve-se em grande parte à nova diretora, Lina Khan, e compreender a sua linha ideológica ajudará a contextualizar a direção que a agência agora segue.

Em 2017 Khan publicou o artigo “O Paradoxo Anticoncorrencial da Amazon”⁴ no Yale Law Journal, texto não só altamente premiado como também fortemente criticado. Nesse artigo, a autora defende uma atuação mais musculada das entidades reguladoras da concorrência e o recurso a um leque mais

² Disponível em https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/D09411MetaWithin-ComplaintPublic.pdf

³ Em https://www.ftc.gov/system/files/attachments/commissioners/commissioner_chart_timeline.pdf

⁴ No original, “*Amazon’s Antitrust Paradox*”.

abrangente de argumentos que justifiquem essa intervenção, em contraste com a prática comum nos EUA de avaliar os efeitos de práticas e aquisições com base num critério único, o do bem-estar dos consumidores (por outras palavras, e de forma algo simplificada, o preço dos bens e serviços afetados).

De certo modo, o artigo de Lina Khan augurava o que será agora discutido. O bloqueio da aquisição da Within é o primeiro teste à nova linha ideológica da FTC. Apesar de serem relativamente bem acolhidos na academia e na esfera popular, a questão juridicamente relevante é se os argumentos de Lina Khan vingarão nos tribunais.

Esta nova perspectiva emerge no campo regulatório não só como consequência da variação do pêndulo partidário para o Partido Democrata, como também da crescente incapacidade do Congresso estadunidense em legislar.⁵ Adicionalmente, os próprios ventos culturais no ocidente apontam para uma crescente oposição civil e política ao controlo mono e oligopolístico que grandes corporações esculpam em certos mercados.⁶ Até os eleitores do Partido Republicano olham agora para as grandes empresas com enorme desconfiança, uma quebra com a visão tradicional do seu partido.⁷

Natureza do caso

Naturalmente, é necessário fazer um enquadramento da situação antes que se possa proceder para a análise dos argumentos do ponto de vista do Direito da Concorrência. Tanto no requerimento de providência cautelar como na ação administrativa instaurada contra a Meta, a FTC descreve a natureza do caso. Devido a pequenas diferenças nos articulados, durante a presente análise seguiremos o texto do *administrative complaint* (o mais recente). No interesse da brevidade, a descrição que se segue encontra-se resumida aos

⁵ Devido ao mecanismo de *filibuster* existente no Senado, apenas uma maioria de 60 votos garante um ambiente favorável à aprovação de novas leis que não tenham suporte bipartidário (com certas exceções de cariz orçamental). A Câmara dos Representantes também poderá bloquear o processo legislativo se as duas câmaras do Congresso forem controladas por partidos diversos. Por fim, a aprovação final depende do Presidente. O clima político altamente polarizado significa que legislar a nível federal nos Estados Unidos é uma tarefa cada vez mais complexa.

⁶ Khan (2017, p. 803-804)

⁷ De acordo com o Pew Research Center. Em <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/11/17/anti-corporate-sentiment-in-u-s-is-now-widespread-in-both-parties/>

seus pontos mais relevantes.⁸

Um dos fatores que levou ao bloqueio da aquisição sob análise é o facto de a Meta Platforms – anteriormente designada como Facebook, o produto que serviu de rampa de lançamento do sucesso empresarial de Zuckerberg e da sua empresa – ter pivotado o foco do seu negócio em direção ao metaverso. Por outras palavras, a transformação do Facebook na Meta representa uma mudança de rumo nas prioridades da empresa, que passa a assumir frontalmente o metaverso como a sua principal prioridade comercial no longo prazo.

Antes do mais, importa definir o significado deste termo (*metaverse*, no original). Metaverso é a expressão utilizada para descrever um cenário de mundo virtual que tenta replicar a realidade através de meios tecnológicos, e em particular dispositivos digitais. Trata-se de um espaço coletivo e virtual compartilhado, acedido através da realidade virtual (*virtual reality*, “VR”) ou da realidade aumentada (*augmented reality*, “AR”)⁹ e recorrendo, como não podia deixar de ser, à internet.

Um dos passos mais importantes neste redirecionamento do Facebook em direção ao metaverso foi a aquisição da empresa Oculus VR, Inc. em 2014, uma fabricante de *headsets* de realidade virtual – dispositivos essenciais para aceder a cenários de VR. A versão mais recente da linha de “óculos” de realidade virtual da Meta designa-se Meta Quest 2.

De acordo com a International Data Corporation, a quota de mercado dos Meta Quest 2 – no mercado de *headsets* de VR – atingiu os 90% no primeiro trimestre de 2022.¹⁰

A posição atual da Meta no mercado de aplicações de realidade virtual

Nos artigos 27 e 28 da petição inicial a FTC enumera cronologicamente várias aquisições de empresas que a Meta tem feito no domínio da realidade

⁸ Presumivelmente devido à presença de informação sensível ou confidencial no documento original, certas partes foram expurgadas na versão disponibilizada ao público, pelo que a presente análise não poderá incidir sobre essas secções do texto.

⁹ A diferença entre VR e AR é que, enquanto a realidade aumentada consiste em acrescentar elementos visuais ao mundo físico que nos rodeia, na realidade virtual o utilizador é inserido num espaço virtual completamente separado.

¹⁰ “Meta furthered its share, capturing 90% of the market as the Quest 2 remains immensely popular and Meta continues to offer more exclusive content while subsidizing hardware”. Em <https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS49422922>

virtual¹¹ – após controlar o principal produtor de *hardware*, passou depois a focar-se no *software*, absorvendo vários estúdios.

À primeira vista, a compra da Within é apenas mais uma aquisição entre muitas. No entanto, há um fator que – na perspetiva da FTC – diferencia este negócio em relação aos anteriores: o principal produto desenvolvido e comercializado pela Within é uma aplicação de fitness em realidade virtual bastante popular, designada Supernatural.

Como será esmiuçado posteriormente, o “fator fitness” é um dos elementos mais preponderantes do processo, sem o qual a FTC provavelmente não teria qualquer hipótese de bloquear a aquisição.

Fazendo a ponte entre a realidade virtual e o exercício físico, na construção do caso a FTC escolheu citar Chris Milk, cofundador e CEO da Within, quando afirmou que “fitness é o *killer use case* para a realidade virtual”, expressando a ideia de que a atividade física é o fator-chave para o sucesso da tecnologia VR, aquele que permitirá a esta tecnologia diferenciar-se e captar novos utilizadores.

Bastante discutível é o valor desta citação no contexto do processo administrativo em causa, já que aparenta claramente ser uma afirmação de cariz publicitário ou promocional, e não propriamente focada na descrição pura e dura da realidade. Não surpreende que o CEO de uma empresa especializada em produtos de VR – e cujo principal produto é uma *app* de fitness em realidade virtual – venha defender que a atividade física é o argumento “matador” a favor dessa tecnologia.

Curiosamente, as aplicações de VR desenvolvidas pela própria Meta – incluindo a sua principal aposta *in-house*, o espaço social virtual Horizon Worlds – têm-se revelado pouco apelativas para os utilizadores. Os próprios empregados da empresa que trabalham no projeto não têm particular apreço pela aplicação, de acordo com documentos internos obtidos pelo The Verge, um *website* de notícias focado em tecnologia.¹²

¹¹ Entre o final de 2019 e o final de 2021, a Meta adquiriu as seguintes empresas e estúdios: Beat Games, Sanzaru Games, Ready at Dawn Studios, Downpour Interactive, BigBox VR, Unit 2 Games, e Twisted Pixel.

¹² “A key issue with Horizon’s development to date, according to (...) internal memos, is that the people building it inside Meta appear to not be using it that much”. Em <https://www.theverge.com/2022/10/6/23391895/meta-facebook-horizon-worlds-vr-social-network-too-buggy-leaked-memo>

A relativa falta de sucesso dos produtos VR desenvolvidos internamente poderia, hipoteticamente, reforçar a decisão da Meta de adquirir estúdios experientes e já com provas dadas de qualidade, evitando assim investimentos avultados em equipas e projetos internos com menor hipótese de serem bem-sucedidos.

Esta parece ser a interpretação de John Newman, diretor-adjunto do Departamento de Concorrência da FTC, ao afirmar que “em vez de competir com base no mérito, a Meta está a tentar comprar o caminho até ao topo”.¹³

Dado o elevado número de aquisições que a Meta já concluiu no campo da realidade virtual, a oposição da FTC não implica a impossibilidade de uma grande empresa tecnológica entrar em determinado mercado através da absorção de concorrentes. Não se trata de bloquear toda e qualquer aquisição, mas sim de manter um equilíbrio concorrencialmente saudável, de forma a que firmas com menos meios ainda consigam competir.

De acordo com o Professor Miguel Gorjão-Henriques, no domínio do Direito da Concorrência – e, em particular, no controlo das concentrações de empresas – a intervenção das entidades competentes “visa evitar que de uma concentração (i) nasça uma posição dominante suscetível de entravar a concorrência num determinado mercado ou resulte (ii) uma redução substancial do nível de concorrência existente no mercado”.¹⁴

Dito isto, a questão que se coloca é: porquê agora? Porque é que a FTC não contestou aquisições anteriores? Ou alternativamente, porque não aguardar até que surgisse um negócio maior, em que o sucesso nos tribunais fosse mais provável?

Como iremos observar, a viragem ideológica dentro da FTC parece ser um fator determinante.

Os mercados afetados

Chegamos agora à inescapável questão – visto que nos encontramos no domínio do Direito da Concorrência – da definição dos mercados relevantes.

¹³ “*Instead of competing on the merits, Meta is trying to buy its way to the top*”. Em <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/07/ftc-seeks-block-virtual-reality-giant-metas-acquisition-popular-app-creator-within>

¹⁴ Gorjão-Henriques (2025, p. 773)

Nas palavras do Professor Miguel Gorjão-Henriques, “a existência de uma posição dominante só pode ser certificada em relação a um mercado relevante. Daí que a definição do mercado relevante (*relevant market*) se haja tornado elemento essencial e prévio à determinação da existência de uma posição dominante”.¹⁵

O mercado relevante, no plano material, também é conhecido como mercado do produto ou do serviço.

Esse mesmo autor explica que “são vários os critérios de determinação do mercado do produto/serviço (em causa) relevante, os quais provêm, em larga medida, da ciência económica. O objetivo é determinar os produtos ou serviços que, na ótica do utilizador, satisfazem as mesmas necessidades constantes e são substituíveis ou permutáveis entre si”.¹⁶

A FTC identificou dois mercados relevantes que, na sua perspetiva, serão afetados negativamente com a aquisição da Within pela Meta:

1. O mercado das aplicações especificamente para fitness em realidade virtual (no original, “*VR dedicated fitness app market*”); e
2. O mercado das aplicações de fitness em realidade virtual (no original, “*VR fitness app market*”), que inclui tanto *apps* desenhadas especificamente com atividade física em mente, como também outras aplicações que, apesar de terem uma função principal diversa, contribuem incidentalmente para que o utilizador pratique exercício físico.

Nas aplicações do mercado “dedicado” ou “específico” a intensidade da atividade física é maior do que no mercado “incidental”, ao que corresponde um maior gasto de calorias.

No artigo 36 do documento, é realçado o facto de que as *apps* dedicadas ao fitness são tipicamente disponibilizadas aos consumidores em formato de subscrição mensal, outro dos pontos diferenciadores em relação às *apps* de fitness incidental (em que pagamento único é mais comum).

Nos artigos 38 a 41 encontramos os argumentos que a FTC apresenta para justificar a definição de um mercado tão limitado como o das *apps* dedicadas ao fitness. Em primeiro lugar, explicita que não devem ser incluídas alternativas fora do escopo da realidade virtual, como passadeiras de corrida, aplicações de telemóvel “normais” e simples vídeos instrucionais de fitness. Porquê? Por razões de ordem “funcional, prática, tecnológica e de preço”.

¹⁵ Gorjão-Henriques (2025, p. 756)

¹⁶ Gorjão-Henriques (2025, p. 757)

Alegadamente, o nível de imersão que a realidade virtual proporciona ao utilizador – inatingível através de outros meios – em conjunto com o preço reduzido dos óculos Meta Quest 2 (quando comparados com equipamentos de fitness “inteligentes”) é suficiente para limitar o mercado dedicado nos termos acima descritos. E mais uma vez, são citadas exultações do CEO da Within em relação às qualidades inigualáveis do seu principal produto, a aplicação de VR Supernatural – de valor jurídico, como já foi anteriormente referido, no mínimo duvidoso.

Convenientemente, a FTC compara o preço do dispositivo Meta Quest 2 a alternativas não-VR como a bicicleta Peloton – bastante mais cara do que o combo Meta Quest 2 com Supernatural, tanto no produto base como na subscrição mensal – mas negligencia outras possíveis alternativas muito mais em conta, como aplicações de telemóvel e vídeos de YouTube (estes últimos disponíveis de forma gratuita para quem tenha um telemóvel, computador ou *smart TV* com ligação à internet).

No artigo 42 a FTC identifica quatro outras aplicações que se inserem no mercado das aplicações específicas para fitness em realidade virtual. Infelizmente, o artigo 43 – no qual aparentemente foram mencionados fatores de diferenciação entre essas *apps* – encontra-se expurgado na versão pública do documento.

Já no mercado (mais abrangente) das aplicações de fitness incidental em realidade virtual, a FTC inclui não só as *apps* dedicadas mencionadas anteriormente, como também aplicações de VR que, não tendo o exercício físico como foco primário, são vistas e promovidas como produtos de entretenimento que oferecem aos utilizadores benefícios secundários no âmbito do fitness.

Quanto a este mercado, a FTC coloca especial ênfase no videojogo Beat Saber, propriedade intelectual que foi adquirida pela Meta em 2019, quando comprou a empresa que criou o produto.

O facto de a Meta ser proprietária do jogo Beat Saber tem implicações significativas no que diz respeito à análise da participação da Meta em cada um dos dois mercados relevantes definidos pela FTC. Nomeadamente, significa que a Meta já se encontra posicionada dentro do mercado mais abrangente como um agente ativo; o mesmo não pode ser dito em relação ao mercado de *apps* especificamente focadas em fitness.

Baseando-se na capacidade de imersão inerente à realidade virtual, e numa linha quase idêntica à apresentada na definição do mercado mais restrito, a FTC exclui do âmbito do mercado “geral” de aplicações de fitness em VR todas as alternativas que não utilizem tecnologia de realidade virtual.

Adicionalmente, também exclui todos os videojogos de VR em que o jogador não é sujeito a um nível de atividade física significativo, já que considera que a presença de exercício incidental é um fator importante o suficiente para, só por si, promover concorrência na sua órbita. Esta consideração serve para limitar o mercado em questão, nomeadamente quando comparado com o mercado de aplicações de realidade virtual no geral.

Finalmente, o mercado geográfico relevante para esta ação judicial circunscreve-se aos Estados Unidos da América.

Como definir os mercados relevantes?

Uma possível crítica ao caso construído pela FTC decorre da metodologia e argumentos utilizados para circunscrever os mercados relevantes descritos acima.

De acordo com o Professor Miguel Gorjão-Henriques, “o mercado relevante é procurado essencialmente em termos geográfico e material”. Logicamente, isto implica que “quanto mais extenso e abrangente for um mercado, nas suas dimensões geográfica e material, mais difícil será – pelo menos no plano teórico – a afirmação da existência de uma posição dominante”.¹⁷

No mesmo sentido, encontra-se explicitado no manual de Direito da Concorrência do Professor Miguel Moura e Silva que “em regra, quanto mais amplo for o mercado mais a força disciplinadora da concorrência se fará sentir e menos importante parecerá o poder da empresa”. Por outro lado, este autor acrescenta que “deve sempre ter-se presente que a definição de mercado é um exercício imperfeito e impreciso”.¹⁸

Em relação ao contexto europeu, Moura e Silva observa que “a prática da Comissão (e por vezes do próprio TJUE) nem sempre era coerente com o objetivo de identificar a existência de poder de mercado, sendo frequente a crítica de que a delimitação do mercado era construída *a posteriori* para estabelecer que uma empresa que adotou um comportamento julgado abusivo dispunha de uma posição dominante”, o que representa “uma inversão lógica em que a prática sob investigação determinava qual o mercado relevante de forma a que a mesma pudesse ser condenada”.¹⁹

¹⁷ Gorjão-Henriques (2025, p. 757)

¹⁸ Moura e Silva (2020, p. 172-173)

¹⁹ *Ibidem*

Os dois mercados relevantes definidos pela FTC no caso contra a Meta e a Within são passíveis de discussão quanto a este ponto. Ao limitar o tamanho do mercado relevante, a FTC está indubitavelmente a criar dificuldades às empresas visadas. Mercados mais pequenos são, em regra, mais concentrados. Será esta uma ficção maliciosa, ou uma estratégia necessária e apta para combater concentrações na era digital?

Para quem esteja familiarizado com a linha ideológica defendida por Lina Khan, a metodologia utilizada para definir os mercados relevantes não surpreende. No texto académico que lhe deu projeção nacional na área do *antitrust*, Khan criticou a atuação do DOJ²⁰ ao avaliar a conduta da Amazon no mercado dos livros eletrónicos, especificamente por ter identificado um mercado relevante demasiado lato – o que acabou por ilibar a Amazon.²¹

Baseando-se na Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência (97/C 372/03), Moura e Silva observa como as pressões concorrenciais “podem vir quer da substituição dos produtos em causa por outros (substituibilidade do lado da procura), de concorrentes que tenham incentivos para aumentar a produção (substituibilidade do lado da oferta), quer de empresas que, não estando presentes no mercado atual, podem ser levadas a nele participar nas condições criadas pelo exercício de poder de mercado (concorrência potencial)”.²²

Já que a concorrência potencial depende “das condições estruturais da concorrência no mercado relevante”, só pode ser avaliada após o mercado relevante ter sido definido, ou seja, numa fase posterior da análise.

A prática nos Estados Unidos é diversa, já que a definição do mercado relevante é feita com base na substituibilidade do lado da procura, deixando-se a análise do lado da oferta para uma fase posterior (tal como a concorrência potencial).

Estas considerações ajudam a identificar um dos maiores pontos de contendibilidade, em relação aos mercados relevantes, no caso sob análise. A questão fulcral prende-se com o argumento, já acima referido, de que os consumidores de conteúdo em realidade virtual consideram o “fator VR” como

²⁰ Department of Justice – o Departamento de Justiça dos Estados Unidos da América.

²¹ “That the DOJ chose to define the relevant market as e-books – rather than as specific lines, like best seller e-books – reflects a deeper mistake: the failure to recognize how the economics of platform-based products differ in crucial ways from non-platform goods.” Khan (2017, p. 759)

²² Moura e Silva (2020, p. 179)

essencial à sua experiência e, logo, como primário na decisão de compra. Ou seja, não aceitam produtos sem a componente “realidade virtual” como substitutos possíveis.

Há múltiplas interpretações plausíveis, como é natural no caso de um mercado nascente – a tecnologia VR ainda só está a dar os seus primeiros passos. Mas o facto de a realidade virtual ainda não se ter espalhado de forma mais definitiva pelo grande público pode ser visto como favorável à posição da FTC.

Um consumidor não comprará aplicações de realidade virtual se não tiver um dispositivo que lhe permita utilizá-las (nomeadamente, um *headset* de VR). Se considerarmos que a realidade virtual ainda está num ponto nascente e que, logo, os utilizadores que já entraram no mercado têm um interesse particularmente intenso – seja em VR ou em novas tecnologias no geral – o argumento da FTC vinga.

Do ponto de vista oposto, um consumidor focado principalmente na vertente de exercício físico dificilmente restringiria o seu leque de escolhas a aplicações de realidade virtual. Mesmo considerando que vários consumidores poderão preferir fazer exercício na sua própria casa, o leque de escolhas é bastante abrangente, chegando a haver opções viáveis sem qualquer custo associado.

Aceitar soluções fora do campo da realidade virtual como bens substituíveis seria um golpe fatal para a posição da FTC. No entanto, as características únicas da realidade virtual são suficientemente diferenciadas para que a delimitação do mercado com base nos fatores “VR” e “fitness” seja vista – ou possa ser vista – como fundamentada.

Cálculo do nível de concentração

Entre os artigos 54 e 62, a FTC calcula a taxa de concentração em cada um dos dois mercados relevantes identificados, nomeadamente com recurso ao índice Herfindahl-Hirschman. Apesar de este ponto não justificar um debruçamento aprofundado sobre a questão, há certas considerações que não devem ser ignoradas.

As Diretrizes sobre Concentrações Horizontais²³ de 2010, criadas pelo Departamento de Justiça dos EUA e a FTC – as duas entidades com competência

²³ Horizontal Merger Guidelines, disponíveis em <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2010/08/19/hmg-2010.pdf>

federal em matéria de *antitrust* nos Estados Unidos – consagram o índice Herfindahl-Hirschman como um dos meios ao dispor das agências para detetar a presença de potenciais efeitos anticoncorrenciais em fusões e aquisições (*mergers and acquisitions*). A aplicação da fórmula e os resultados definidos como problemáticos não são conclusivos, servindo meramente como indício de que certa fusão ou aquisição poderá concentrar o mercado relevante em demasia. No entanto, apesar de este índice não ser um meio de prova que o tribunal é obrigado a aceitar, as Diretrizes são vistas pelo ramo judicial como uma fonte de informação valiosa.

A simplicidade da fórmula tem, inevitavelmente, algumas desvantagens. Por um lado, não consegue abranger e tomar em consideração todas as complexidades do mercado. Por outro, diferentes definições do mercado relevante conduzirão a diferentes resultados.

Ao identificar mercados tão restritos como o “mercado específico” e o “mercado incidental”, a FTC criou um enquadramento favorável para que a aplicação do índice Herfindahl-Hirschman produzisse resultados a seu favor – o que acabou por acontecer, já que os cálculos efetuados apontam para presença provável de efeitos anticoncorrenciais nos dois mercados relevantes.

Os efeitos anticoncorrenciais da aquisição

1. No mercado das aplicações especificamente para fitness em realidade virtual

Após invocar uma presunção de ilegalidade baseada na fórmula mencionada na página anterior – presunção esta passível de ser ilidida – a FTC avança para a tentativa de prova de que a aquisição visada teria prováveis efeitos anticoncorrenciais.

No artigo 64, a FTC afirma que o posicionamento da Meta na “orla” do mercado traz consigo efeitos concorrenciais positivos.²⁴ Ao adquirir a Within, ficaria completamente excluída a hipótese de a Meta entrar no mercado de *apps* VR dedicadas ao fitness por meios alternativos, e em especial por meios que não contribuam para uma maior concentração do mercado.

²⁴ “(...) the likely and actual beneficial influence on existing competition that results from Meta’s current position, poised on the edge of the market”.

Referindo mais uma vez as Diretrizes sobre Concentrações Horizontais, a FTC relembra que as fusões entre uma empresa já estabelecida e um potencial entrante no mercado devem ser analisadas com cautela, pois podem levantar problemas significativos de cariz concorrencial.

Já entre os artigos 65 a 95 do *administrative complaint* (dos quais vários foram expurgados) a FTC argumenta que, caso a compra da Within – e, por extensão, da *app* Supernatural – não se concretize, é razoavelmente provável que a Meta venha a entrar no mercado das aplicações dedicadas ao fitness como um novo participante, criando o seu próprio produto de exercício físico em VR de raiz.

O facto de a Meta ter contratado o gestor de produto da aplicação Supernatural, na esteira do lançamento desta pela Within, é referido como indício da provável futura entrada da Meta no mercado mais restrito de aplicações focadas no fitness em VR.

Poder-se-ia argumentar que tal contratação – teoricamente executada já com a aquisição da Within em vista – teria o intuito principal de assegurar a eficiente transição de toda a equipa para o ecossistema da Meta Reality Labs, subsidiária da Meta focada em produtos de VR. No entanto, dado que a aquisição da Within acabaria, por si só, por trazer consigo o gestor de produto, o argumento da FTC não é ilógico.

Por outro lado, é possível defender que num mercado emergente em que os custos de investigação e desenvolvimento (*research and development*, ou “R&D”) são bastante elevados, as pequenas firmas tecnológicas muitas vezes almejam ser adquiridas por uma grande empresa, de forma a ganhar acesso ao capital de que necessitam para concretizarem a plenitude dos seus projetos. Nesse caso, o bloqueio da aquisição em apreço teria o efeito de restringir a inovação, ao sinalizar que a absorção de pequenas e médias empresas por gigantes tecnológicas deixa de ser um caminho de capitalização viável. Esta posição é defendida pelo advogado Richard Hoeg, na análise que fez do caso *FTC versus Meta & Within*.²⁵

Não é uma proposta irrealista, sendo efetivamente provável que um número significativo de firmas almeje ser adquirida. Deste modo, as grandes empresas poderiam abandonar ou limitar os seus gastos em R&D, recompensan-

²⁵ No episódio VL697 do programa *Virtual Legality* (2022). Em <https://www.youtube.com/watch?v=F7dhpMyLI54>

do mais tarde os pequenos concorrentes com uma aquisição choruda – caso estes demonstrem que o seu produto é um futuro vencedor.

No entanto, existem dados que sugerem que esta via de capitalização é apelativa não apenas pelas suas vantagens inerentes, mas porque o modelo de atuação das grandes empresas tecnológicas fez com que os modos de financiamento tradicionais se tornassem menos viáveis.

Como Friso Bostoen observou em 2019, a postura agressiva adotada por grandes empresas tecnológicas – especificamente, no que diz respeito à aquisição de potenciais concorrentes – levou a que o poço de financiamento por via de capital de risco (*venture capital*) fosse secando em anos recentes, mas apenas no setor tecnológico, e particularmente nas áreas dominadas pelos gigantes Facebook (agora transformado em Meta), Amazon e Google.²⁶

Benefícios de uma entrada separada da Meta no mercado

Entre os artigos 96 e 99, a FTC defende que uma entrada da Meta no mercado “específico” de *apps* de fitness por via alternativa – seja através da criação de um novo produto, ou da adição desse tipo de funcionalidades a uma das suas aplicações já existentes – teria o efeito de desconcentrar o mercado de forma significativa, trazendo assim benefícios de índole concorrencial.

Ao enumerar as vantagens da Meta “construir em vez de comprar”, é particularmente curioso ver como a FTC refere a contratação de mais empregados pela Meta como um dos efeitos desejáveis. A promoção do (pleno) emprego não é algo que o Direito da Concorrência tutele diretamente²⁷; na verdade, a corrida pela eficiência e por preços reduzidos pode até ser vista como catalisadora de uma redução na força de trabalho das empresas. Como veremos mais tarde, este tipo de considerações apontam para uma evolução no posicionamento das entidades reguladoras quanto aos bens jurídicos tutelados pelas leis de *antitrust*.

²⁶ Bostoen (2019, p. 16-17)

²⁷ Apesar de o Direito da Concorrência por vezes incidir sobre matérias laborais, o principal bem jurídico protegido continua a ser a concorrência. Um exemplo desta dinâmica são os *no-poach agreements*, também designados como acordos de não-contratação. De acordo com a AdC, “são acordos horizontais através dos quais as empresas se comprometem, de forma mútua, a não contratarem ou efetuarem propostas espontâneas aos trabalhadores das empresas com quem estabeleceram o acordo”. Em <https://www.concorrenca.pt/pt/praticas-de-colusao>

Também não é líquido que a contratação de novos empregados – ou, pelo menos, o número total de empregados – aumentasse na ausência da aquisição da Within, visto que em novembro de 2022 a Meta despediu mais de 11 000 trabalhadores, cerca de 13% do total da sua força laboral.²⁸

Outras das alegadas vantagens da entrada alternativa que a FTC considera pró-competitivas são o desenvolvimento de maior especialização e, no geral, um maior nível de investimento. Reconhecendo que construir a sua própria *app* dedicada ao fitness em VR exigiria da Meta tempo, esforço e a aquisição de novos talentos – tal como maior investimento, como já referido – a FTC conclui, no entanto, que “tais efeitos refletiriam a pura essência da concorrência, a dinâmica que as leis de *antitrust* procuram proteger e promover”.²⁹

Num *discussion paper* de 2018 sobre a relação entre os objetivos do Direito da Concorrência da UE e a economia digital, comissionado pelo *Bureau Européen des Unions de Consommateurs* e da autoria de Ariel Ezrachi, encontra-se uma visão jurídica similar. Para além do bem-estar do consumidor, e em particular no contexto da economia digital, é dada ênfase à proteção de uma “estrutura concorrencial eficaz” (*effective competition structure*). Na defesa deste bem jurídico, o mandato de intervenção alarga-se, não dependendo a atuação regulatória exclusivamente de efeitos diretos na esfera do consumidor.

Quanto aos efeitos no nível de concentração do mercado, não é invocado nada de inesperado. A entrada alternativa da Meta “pelo próprio pé” significaria a introdução de um novo *player* no mercado relevante sob discussão, aumentando o leque de escolhas dos consumidores, promovendo a inovação e fomentando a concorrência em geral. Um fator que a FTC descreve como crucial é que a não-aquisição manteria a independência e “vitalidade concorrencial” da *app* Supernatural.

Do artigo 105 ao 110 é discutida a ideia que a presença da Meta como um potencial entrante no mercado (de aplicações VR dedicadas ao fitness) provavelmente influencia a competição nesse mercado. Infelizmente, esta secção do texto encontra-se quase completamente expurgada, mas comentários anteriores de Lina Khan permitem inferir, pelo menos parcialmente, a teoria que é defendida pela FTC.

²⁸ Em <https://about.fb.com/news/2022/11/mark-zuckerberg-layoff-message-to-employees/>

²⁹ Citação da parte final do artigo 97 do *administrative complaint*: “such efforts would reflect the very essence of competition, the dynamic that the antitrust laws seek to protect and promote”.

Como reportado pelo New York Times³⁰, Lina Khan defende que a regulação na fase nascente de um mercado – neste caso, o da realidade virtual – é essencial, não podendo os reguladores limitar-se a regular setores em que as empresas já se tornaram “gigantes”. Por outras palavras, mais vale prevenir do que remediar, protegendo a vitalidade concorrencial num mercado emergente em vez de agir somente após este já ter evoluído para uma situação de concentração e consolidação de poder monopolístico.

A dificuldade inerente a este regime é que, em tribunal, é bastante mais fácil argumentar contra práticas anticoncorrenciais já executadas, ou contra uma fusão entre duas empresas dominantes ou que pertençam a um mercado já concentrado, do que provar a razoável probabilidade de certa aquisição vir a trazer problemas futuros no plano da concorrência se o mercado em questão ainda não está suficientemente desenvolvido. Por muito sólida que seja a fundamentação, prever o futuro é impossível, mesmo para os analistas mais talentosos.

Os efeitos anticoncorrenciais da aquisição

2. No mercado das aplicações de fitness em realidade virtual

Quanto aos efeitos anticoncorrenciais no mercado de fitness “incidental”, a FTC considera que o jogo Beat Saber – propriedade da Meta – é um produto diretamente concorrente da aplicação Supernatural.

Esta não é uma conclusão inatacável. Para além das diferenças a nível de modelo de pagamento, o videojogo Beat Saber tem o objetivo primário de ser – passe a redundância – um videojogo, comercializado principalmente como um produto de entretenimento. Já a Supernatural é uma *app* dedicada especificamente ao fitness, desenhada para permitir aos utilizadores fazerem exercício físico no conforto do seu lar. A diferença é significativa, o que é admitido pela própria FTC ao designar dois mercados relevantes separados com base nesta distinção.

No entanto, há argumentos sólidos a favor da posição da FTC. Como plataforma de venda de aplicações VR, a Quest Store (da Meta) tem controlo sobre como os produtos são apresentados na loja digital. Para além de algoritmos

³⁰ No artigo “*F.T.C. Sues to Block Meta’s Virtual Reality Deal as It Confronts Big Tech*”. Disponível em <https://www.nytimes.com/2022/07/27/technology/meta-facebook-vr-ftc.html>

de procura, pode também definir que aplicações são apresentadas na “montra”, e criar diferentes *landing pages* para nichos de mercado específicos.

Ora a FTC observou que durante parte significativa de 2021 e 2022, a “página de destino” da Quest Store focada em fitness incluía ambas as aplicações – Supernatural e Beat Saber. Adicionalmente, ao inserir o termo “*exercise*” na caixa de procura, era devolvida aos utilizadores uma lista de 15 *apps*, que mais uma vez incluía ambos os produtos em questão.

Na página de produto do Beat Saber, a atividade física incidental também é invocada como um dos argumentos a favor do jogo. Com base nestas considerações, é efetivamente possível inferir que as duas aplicações competem por consumidores interessados em exponenciar o seu nível de exercício através de VR – mesmo que, para alguns, esse não seja o intuito primário.

Finalizando a sua análise do mercado “incidental”, a FTC refere que a competição entre as duas aplicações promoveu, até à data, a adição de novas funcionalidades em ambas, para benefício dos consumidores. Também menciona que tal concorrência provavelmente exerceu pressão no preço (reduzindo-o), se bem que este argumento é algo mitigado pela diferença no modelo de pagamento – no Beat Saber compra-se o jogo base com a hipótese de adquirir pacotes de conteúdo adicional, e na Supernatural paga-se uma subscrição mensal.

Mais uma vez, é impossível analisar os restantes argumentos da FTC quanto aos benefícios da rivalidade entre as duas *apps*, já que grande parte foi expurgada (nomeadamente, do artigo 119 ao 123).

No final do articulado, a FTC sublinha a ausência de fatores que compensem ou mitiguem os efeitos anticoncorrenciais que a aquisição causaria. Uma das questões problemáticas é a posição da Meta não só como produtora de aplicações de VR, mas também como plataforma de comercialização das mesmas.

A aquisição contemplada contribuiria para a consolidação da Meta como líder de mercado, tornando-se proprietária de duas das maiores *apps* no mercado de fitness em VR – uma no mercado incidental, e outra no mercado específico. A FTC defende que, deste modo, outras empresas com interesse em entrar em qualquer um desses mercados sentir-se-iam desmotivadas, por terem de concorrer contra um participante com uma posição tão dominante (e bolsos tão fundos).

A FTC conclui que a aquisição é ilegal nos termos da secção 7 do Clayton Act e da secção 5 do FTC Act.

Decisão do tribunal

Em 31 de janeiro de 2023, a providência cautelar que visava bloquear a aquisição até que o caso pudesse ser apreciado na sua totalidade foi recusada³¹ – ou seja, a aquisição da Within pela Meta acabou por avançar. No entanto, a decisão judicial – que a FTC escolheu não contestar em segunda instância – não descartou todos os argumentos da entidade reguladora.

Antes de se prosseguir com a análise, interessa relembrar que esta decisão do tribunal não se refere à potencial ilegalidade da aquisição; o seu objetivo foi fazer uma avaliação preliminar dos efeitos da aquisição na concorrência, de modo a determinar se a providência cautelar se justificava.

Um dos principais pontos de contendibilidade entre a FTC e a Meta, previsivelmente, era o da definição do mercado relevante. O tribunal aceitou os argumentos da FTC em relação à delimitação do mercado de aplicações especificamente dedicadas ao fitness em realidade virtual, rejeitando a posição da Meta de que esse mercado era demasiado “estrito”.³²

Uma das maiores vitórias da FTC (apesar da derrota) foi a revalidação judicial de uma teoria legal já algo caída em desuso. A FTC argumentou que a aquisição afetaria negativamente a concorrência, pois privaria o mercado de uma entrada alternativa pela Meta – nomeadamente, uma entrada alternativa que implicasse a construção de raiz de uma aplicação concorrente da Supernatural.

Esta doutrina invocada pela FTC designa-se de teoria da concorrência potencial efetiva (“*actual potential competition*” ou “*actual potential entrant*”).³³ A teoria tem duas condições essenciais para que possa ser aplicada:

1. O entrante potencial tem de ter meios credíveis para poder entrar no mercado relevante sem adquirir a empresa em questão; e
2. Esses meios devem apresentar uma probabilidade substancial de ultimamente produzirem desconcentração no mercado ou outros efeitos pró-concorrenciais significativos.

³¹ Texto completo da decisão disponível em <https://www.scribd.com/document/624197930/FTC-v-Meta>

³² “In this case, the Court finds the FTC has made a sufficient evidentiary showing that there exists a well-defined relevant product market consisting of VR dedicated fitness apps”. (p. 19)

³³ “The FTC first argues that the Acquisition would substantially lessen competition because it deprives the VR dedicated fitness app market of the competition that would have arisen from Meta’s independent entry into the market, a theory known as the “actual potential competition” or “actual potential entrant” doctrine. See, e.g., *United States v. Marine Bancorporation, Inc.*, 418 U.S. 602, 633 (1974)”. (p. 39)

A equipa jurídica da Meta procurou colocar em questão a própria existência da teoria, alegando que já se trata de uma "doutrina morta" (*dead-letter doctrine*). No entanto, o tribunal acabou por ir na direção contrária, dando força à validade da teoria e, assim, tornando-a mais relevante no panorama jurídico norte-americano.³⁴

A "vitória" para a FTC foi que o tribunal aceitou a doutrina como existente e relevante. Já a derrota decorreu de o tribunal não ter considerado que os requisitos para a aplicação da teoria da *actual potential competition* estivessem preenchidos no caso concreto.

"É razoavelmente provável³⁵ que a Meta teria entrado no mercado relevante *de novo* [com um produto criado de raiz] se não fosse possível adquirir a Within?" Esta foi a pergunta colocada e apreciada pelo tribunal de forma a informar a sua decisão.³⁶

Sem qualquer surpresa, o tribunal considerou evidente que a Meta tem meios financeiros mais do que suficientes para financiar uma entrada no mercado através do desenvolvimento interno de uma aplicação própria de fitness. Do mesmo modo, não surgem dúvidas quando à disponibilidade de engenheiros e programadores altamente qualificados nos quadros de pessoal da empresa.

Apesar disso, o tribunal acabou por concluir que certas condições estão em falta para que a Meta pudesse desenvolver uma aplicação de fitness em VR de raiz, dadas as características específicas do mercado relevante. Nomeadamente, são fatores ligados ao exercício físico em concreto que constituem o problema – de acordo com a interpretação do juiz, a Meta não tem os meios necessários para criar rotinas de treino *in-house*.

Ou seja, a ausência de recursos como especialistas de saúde, *personal trainers* e equipamentos próprios para gravar sessões de treino foi decisiva, deitando por terra o caso construído pela FTC.

³⁴ "Given the actual potential competition doctrine's consistent, albeit distant, history of judicial recognition, the Court declines to reject the theory outright and will apply the doctrine as developed". (p. 40)

³⁵ Quanto à definição de probabilidade razoável ("*reasonable probability*") o tribunal entendeu, com base em jurisprudência anterior, tratar-se de probabilidade evidentemente superior a 50%. (p. 41)

³⁶ "Is it reasonably probable that Meta would have entered the VR dedicated fitness app market *de novo* if it was not able to acquire Within?" (p. 43)

Não obstante o facto de a Meta ter recursos financeiros suficientes para suprir estas lacunas, caso entendesse fazê-lo, a circunstância de a empresa atualmente não ter capacidade para desenvolver conteúdos de fitness por si própria foi levado em consideração pelo juiz.

Já quanto aos incentivos para entrar no mercado das *apps* dedicadas ao exercício físico em realidade virtual, o tribunal enumera diversas vantagens. Em primeiro lugar, o fitness é visto como uma proposta de valor atrativa para novos utilizadores que não demonstram um interesse imediato pela tecnologia VR. Enquanto que a base de consumidores desta tecnologia é maioritariamente masculina e bastante jovem, a adição de aplicações especificamente desenhadas para fazer exercício em casa serve para expandir o apelo da realidade virtual a um público feminino e de maior idade.

O fator fitness também apresenta uma capacidade de retenção superior a produtos de mero entretenimento. Para consumidores de aplicações de fitness, os óculos Meta Quest transformam-se num equipamento de treino, usado repetidamente e de forma continuada – o exercício físico deve ser praticado regularmente para que se possam colher todos os seus benefícios.

O modelo de pagamento mais comum neste tipo de aplicações – não de pagamento único, mas de subscrição mensal (como um ginásio) – também é particularmente atrativo para a empresa que comercializa o produto.

Os argumentos expostos acima demonstram as claras vantagens que a existência de aplicações dedicadas ao exercício físico trazem ao mercado da realidade virtual. No entanto, e de modo fatal para a posição da FTC, o tribunal considerou que as vantagens enunciadas trariam benefícios para a Meta com ou sem a aquisição, já que o crescimento do mercado de aplicações VR dedicadas ao fitness iria sempre contribuir para fortalecer o mercado da realidade virtual em geral – o que por si já é um dos grandes objetivos da Meta, como plataforma de distribuição dessas aplicações.

Ou seja, os incentivos não justificam que a Meta fosse entrar no mercado *de novo*, pois a existência de aplicações como a Supernatural, mesmo fora da sua esfera de controlo, já produz vários dos efeitos que a empresa procurava estimular com a aquisição.

Mais discutível é a conclusão do tribunal que a Meta, apesar dos seus vastos recursos financeiros, técnicos e humanos, não tem meios credíveis ao seu dispor para entrar no mercado relevante sem ser através de uma aquisição. Visto que o tribunal não considerou o primeiro requisito da teoria da concorrência

potencial efetiva como provado, não avançou sequer para a análise do segundo – ou seja, não avaliou se a entrada alternativa da Meta através de uma aplicação desenvolvida internamente produziria efeitos pró-concorrenciais.

A FTC também invocou uma segunda teoria, a da percepção de concorrência potencial ("*perceived potential competition*"). De acordo com esta doutrina, a presença da Meta na "orla" do mercado relevante exerce pressão concorrencial nos agentes que já se encontram dentro do mercado, que ao perceberem a Meta como um potencial futuro concorrente seriam desincentivados de ter comportamentos anticoncorrenciais.³⁷

Mais uma vez, o tribunal não aceitou os argumentos da FTC como suficientes, mas reforçou a validade da teoria – só porque a FTC falhou na prova dos factos, isso não significa que a teoria não seja utilizável, desde que a prova seja adequada e os argumentos sejam corretamente apresentados.

De acordo com vários juristas especializados em *antitrust*³⁸, a intenção da FTC não era meramente ganhar o processo em tribunal, mas também criar (ou reforçar) certos precedentes judiciais que possam ser utilizados em ações supervenientes, facilitando o seu trabalho futuro. Quanto a este segundo ponto, a agência parece ter conseguido atingir algum sucesso, reforçando a validade de teorias jurídicas caídas em desuso.

O facto de a FTC não ter recorrido da decisão pode ser visto como um indício de que a agência ficou parcialmente satisfeita com o veredicto. É improvável que o tribunal de segunda instância fizesse uma leitura diferente dos factos, e ao recorrer a agência poderia colocar em causa as suas pequenas vitórias doutrinárias.

A rejeição do requerimento de providência cautelar implicou a queda de todo o processo³⁹ – a ilegalidade da aquisição não chegou a ser avaliada em tribunal. A Within foi absorvida pela Meta. No entanto, ao apetrechar o seu arsenal de argumentos jurídicos para casos futuros, é possível que a FTC te-

³⁷ "Under this theory, the FTC argues that the Acquisition would eliminate the competitive influence that Meta exerts on firms within the relevant market by virtue of its presence on the fringes of the market. See, e.g., *United States v. Falstaff Brewing Corp.*, 410 U.S. 526, 559-60 (1973)". (p. 60)

³⁸ Por exemplo, Lee Hepner e Rebecca Allensworth, citados num artigo do Hollywood Reporter. Disponível em <https://www.hollywoodreporter.com/business/business-news/meta-within-ftc-challenge-legal-ruling-1235319297/>

³⁹ Em https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/d09411-order-withdrawing-adjudication.pdf

nha melhorado as suas hipóteses de sucesso no bloqueio de fusões e aquisições. O tempo dirá.

Evolução no Direito da Concorrência: enquadramento do caso

Apesar de ultimamente o bloqueio da aquisição não ter sido bem-sucedido, o processo sob análise é demonstrativo da evolução que o Direito da Concorrência atravessa nos tempos que correm. Com a economia em constante transformação, as ferramentas ao dispor das entidades reguladoras não podem manter-se estáticas, sob pena de a regulação perder relevância face a dinâmicas de mercado nunca antes vistas.

Novas configurações de comércio no metaverso

Entre o final de 2020 e o final de 2021, período em que as criptomoedas viram o seu valor multiplicar substancialmente, começou-se também a falar de outros “criptoativos” e bens digitais, entre eles propriedade “imobiliária” no metaverso.

Para dar um exemplo peculiar desta febre, em dezembro de 2021 um fã pagou perto de meio milhão de dólares para ser vizinho do *rapper* Snoop Dogg no metaverso (no programa The Sandbox, que comercializa terrenos virtuais na sua plataforma).⁴⁰

A criação do *Snoopverse*, um mundo virtual de Snoop Dogg, e a venda de bilhetes para concertos no metaverso são sem dúvida propostas de valor pouco consensual. Ainda mais dúbio é o conceito de propriedade imobiliária virtual. No entanto, por muito estranho que tudo isto pareça, no campo tecnológico o futuro é particularmente imprevisível.

Apesar da febre dos criptoativos se ter desvanecido em grande parte, o comportamento passado dos consumidores demonstra que, em condições de mercado diversas às que vivemos atualmente, há uma forte procura por *assets* menos convencionais, baseados tecnologicamente tanto na *blockchain* como no metaverso (ou numa conjugação dos dois). Por outras palavras, há um potencial de crescimento significativo neste mercado – potencial latente e que poderá nem se chegar a materializar no futuro, mas que não pode ser ignorado.

⁴⁰ Em <https://fortune.com/2021/12/09/snoop-dogg-rapper-metaverse-snoopverse/>

Certo é que, por enquanto, o interesse neste tipo de bens decresceu significativamente, devido em parte ao *crash* no mercado de criptomoedas (e a condições económicas pouco favoráveis em geral). Apesar disso, Mark Zuckerberg parece não ter intenções de desistir do seu projeto de domínio do metaverso, que inclui funcionalidades e aplicações muito mais vastas do que a mera compra e venda de terrenos virtuais.

Por maioria de razão, é relativamente incontroverso inferir que se Mark Zuckerberg e a sua equipa não acreditassem no potencial de crescimento deste mercado virtual, não tinham reorganizado a empresa em tempos conhecida como Facebook num veículo de expansão no metaverso.

A confluência de todos os fatores referidos até agora leva a crer que a tentativa de bloqueio da aquisição sob análise é apenas o início. Assumindo que a linha ideológica atual se mantém, a FTC poderá, com o processo contra a Meta e a Within, ter dado o primeiro passo na defesa da concorrência no metaverso – um mercado nascente, mas com um enorme potencial de crescimento.

Os efeitos de rede na nova economia digital

No seu artigo de 2018 intitulado “*Polycentric Competition Law*”, o Professor Ioannis Lianos reflete sobre as dificuldades sociais sentidas no Ocidente, e como a atual configuração da sociedade clama por uma transição para um novo modelo jurídico de *antitrust*.

O autor faz a distinção, no campo do Direito da Concorrência, entre uma visão “monocêntrica” e outra “policêntrica” – as quais, como a nomenclatura sugere, divergem no modo como encaram as prioridades das políticas *anti-trust*. Na perspetiva monocêntrica o enfoque é mais restrito, enquanto a visão policêntrica procura estender proteção a um leque mais vasto de valores.

Seguindo uma linha (ideo)lógica algo similar à de Lina Khan, Lianos argumenta que, na sociedade e economia atuais, a competitividade não pode ser avaliada meramente com base em considerações de produtividade. Com o advento da era digital, a capacidade de agentes económicos atraírem consumidores para a sua plataforma ganha um valor tremendo, já que na economia digital os efeitos de rede assumem uma magnitude nunca antes vista.

Devido à preponderância dos efeitos de rede, na *networked economy* as dinâmicas da concorrência alteram-se, com o poder de mercado a concentrar-se rapidamente na empresa que consegue estabelecer uma posição dominante em primeiro lugar.

É possível – talvez até fácil – descortinar a influência deste tipo de considerações na estratégia de atuação da Meta no mercado de VR (e não só). Não se trata apenas de vender *hardware* e *software*, mas também de estabelecer uma posição dominante como plataforma de distribuição e criar um ciclo de incentivos que mantenha os utilizadores “trancados” no ecossistema de realidade virtual da Meta. O facto de os óculos Meta Quest 2 terem sido comercializados a um preço particularmente reduzido, “subsidiando” os consumidores de forma a capturar quota de mercado, é um forte indício de que a estratégia descrita foi implementada pela Meta.

A insuficiência do critério do bem-estar do consumidor

Há inevitavelmente uma componente política na definição das prioridades e instrumentos ao dispor das entidades reguladoras da concorrência. Como tal, a União Europeia e os Estados Unidos da América não seguem linhas ideológicas idênticas, não obstante haver convergência em certos pontos.

Como Geoffrey Manne afirmou em testemunho ao Senado dos Estados Unidos, o processo de análise concorrencial na UE é similar ao método de análise “estruturalista” empregado nos EUA em meados do século XX⁴¹, antes de o *consumer welfare standard* se ter consolidado como o principal fator na avaliação da legalidade de concentrações.

Manne considera que o foco no padrão de bem-estar do consumidor é positivo, já que previne as entidades reguladoras de se “excederem” na sua atuação, criando um ambiente regulatório mais estável e previsível para as empresas.

Essa opinião não é partilhada por Oles Andriychuk. Na sua análise da proposta para um Regulamento dos Mercados Digitais (legislação europeia que entretanto foi aprovada e cujas regras entrarão em vigor em 2 de maio de 2023), o académico preconiza um outro modo de olhar para o Direito da Concorrência – que já se está a efetivar nos dias que correm.

Defende que políticas de defesa da concorrência podem e devem procurar atingir uma pluralidade de objetivos. Na era dos mercados digitais, uma perspetiva miópica que se foque exclusivamente no critério do bem-estar do consumidor não é suficiente. Apesar da conveniência inerente à utilização de

⁴¹ Manne (2018, p. 46)

um critério único como lente de observação e avaliação de condutas, o resultado acabará por ser insuficiente e até desalinhado com a realidade, dada a crescente complexidade dos mercados sob análise.

Andriychuk vê a liberdade interpretativa dos reguladores europeus – fomentada através de uma “opacidade intencional” (*opacity by design*)⁴² na legislação – como um fator positivo, que torna o Direito da Concorrência mais flexível, adaptável e, logo, mais eficaz no longo prazo.

Considera que a evolução deste “Direito da Concorrência *sui generis*”, de que o DMA é o mais recente exemplo, é uma tendência objetiva e que a União Europeia lidera atualmente essa reemergência.⁴³

Talvez o trabalho de Lina Khan venha a servir para contestar a alegada liderança, se bem que uma entidade reguladora por si só não pode reinventar toda uma área do Direito, já que isso é impossível sem o apoio dos legisladores.

Tendo em conta o contexto social, económico e político que o Ocidente atravessa, uma evolução no campo jurídico não é de surpreender, devido ao “facto de o Direito da Concorrência ser um ramo particularmente baseado num processo indutivo-dedutivo, assente em normas pouco densificadas e eivadas de remissões para conceitos vagos e indeterminados com claros contornos económicos”.⁴⁴

Não há dúvida que Lina Khan vê o regresso a uma política *antitrust* mais policêntrica como essencial, de forma a que as entidades reguladoras da concorrência nos Estados Unidos tenham maior capacidade de lidar com as dificuldades inerentes à nova era do mercado digital.

Conclusão

Nas palavras do Professor Miguel Moura e Silva, “o que caracteriza essencialmente o Direito da Concorrência é o facto de este tutelar um bem jurídico *sui generis* e cuja configuração varia nos planos temporal e ideológico”.⁴⁵

O caso sob apreciação permite-nos vislumbrar o dinamismo deste ramo

⁴² Especificamente no contexto do Digital Markets Act (“DMA”), no que diz respeito às empresas classificadas como controladoras de acesso (*gatekeepers*). Andriychuk (2021, p. 10)

⁴³ Andriychuk (2021, p. 20)

⁴⁴ Moura e Silva (2020, p. 33)

⁴⁵ Moura e Silva (2020, p. 29)

do Direito de forma clara e pertinentemente atual, tendo como campo de batalha um mercado nascente e com grande potencial de crescimento – o da realidade virtual.

Na presente análise, foi esmiuçada a nova perspectiva da FTC, mais agressiva e musculada, informada por uma mudança ideológica e precipitada por fatores políticos. Mais do que ilustrar uma alteração na filosofia norte-americana de *antitrust*, a tentativa de bloqueio da aquisição da Within pela Meta reflete um movimento generalizado no campo do Direito da Concorrência, observável tanto nos Estados Unidos como na União Europeia, e que se afigura necessário para controlar níveis de concentração de poder de mercado nunca antes vistos.

No campo europeu, a “jurisprudência tende a refletir convicções económicas e sociais em permanente mutação, aumentando a riqueza e o interesse do Direito da Concorrência enquanto espelho de um novo paradigma de relacionamento entre o Estado e o mercado”.⁴⁶

Do mesmo modo, também a linha de atuação da FTC sob análise é demonstrativa do dinamismo do Direito da Concorrência. Com o surgimento de novos paradigmas nos mercados – e, assim, de problemas cada vez mais complexos – as leis de *antitrust* e as entidades reguladoras que as fazem cumprir procuram adaptar-se, na missão interminável de estabelecer nos mercados um equilíbrio concorrencial saudável, para benefício de toda a sociedade.

Não é líquido que os argumentos apresentados pela FTC no caso sob apreciação fossem bem acolhidos pelos tribunais europeus. Logo à partida, o sucesso da ação nos tribunais norte-americanos também não parecia provável. Apesar disso, com argumentos mais sólidos nalguns pontos estratégicos específicos, é certamente possível que o bloqueio da aquisição vingasse, já que o tribunal aceitou várias das teorias propostas pela FTC, concordando até com a definição de um mercado relevante bastante restrito.

Certo é que a “nova” FTC de Lina Khan está a promover uma interpretação mais lata do mandato conferido pela legislação *antitrust*, tendo procurado justificar o bloqueio da compra da Within pela Meta com base num leque de argumentos e teorias que só pode ser descrito como inovador. De certo modo, a presidente da FTC parece estar a aproximar-se da filosofia (menos monocêntrica) de proteção da concorrência que existe na União Europeia.

⁴⁶ Moura e Silva (2020, p. 33)

Posfácio

A primeira versão do presente escrito foi concluída no ano de 2023, no âmbito do Curso de Pós-Graduação em Regulação Pública e Concorrência, ministrado pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Desde esse momento, houve mudanças significativas não só nos Estados Unidos da América, como também na própria FTC.

Pouco tempo após a vitória de Donald Trump nas eleições presidenciais de 2024, a FTC voltou a ter uma maioria de comissários alinhados com o Partido Republicano. Lina Khan foi afastada da Comissão em janeiro de 2025, tendo sido nomeado um novo diretor, o Republicano Andrew N. Ferguson. Em declarações ao público, Ferguson deu a conhecer a sua intenção de reduzir a intensidade do escrutínio da FTC no que diz respeito a fusões e aquisições por parte de grandes empresas – o que veio, efetivamente, a verificar-se.

Em março de 2025, Donald Trump despediu os dois comissários restantes alinhados com o Partido Democrata, os quais – por considerarem que o seu afastamento extemporâneo foi executado de forma ilegal – contestaram judicialmente o despedimento.

No momento em que se conclui a versão final deste trabalho, em dezembro de 2025, a FTC encontra-se a funcionar apenas com dois comissários ativos (ambos Republicanos), demonstrando que ter o colégio de comissários da FTC em plenas funções não é uma das prioridades de Donald Trump.

Apesar de, supostamente, as entidades reguladoras serem imbuídas de um elevado nível de independência, toda a factualidade descrita *supra* torna bastante claro como a sua atuação pode ser fortemente influenciada pela ideologia dos setores e líderes políticos no poder.

Bibliografia

- ANDRIYCHUK, Oles – Shifting the Digital Paradigm: Towards a *Sui Generis* Competition Policy. Vencedor da edição de 2021 do Prémio AdC de Política de Concorrência. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/documentos/Shifting%20the%20Digital%20Paradigm%20-%20Towards%20a%20Sui%20Generis%20Competition%20Policy.pdf>
- BOSTOEN, Friso – Regulating Online Platforms: Lessons from 100 Years of Telecommunications Regulation. Vencedor da edição de 2019 do Prémio AdC. Disponível em: <https://www.concorrenca.pt/sites/default/files/2021-06/Regulating%20online%20platforms%20-%20Friso%20Bostoen.pdf>

- CHO, Winston – Meta Won Approval to Buy a Virtual Reality App, But FTC Laid Groundwork to Halt Big Tech’s Next Deal. *Hollywood Reporter*, 2023. Disponível em: <https://www.hollywoodreporter.com/business/business-news/meta-within-ftc-challenge-legal-ruling-1235319297/>
- CSERES, Kati J. – The Controversies of the Consumer Welfare Standard. **The Competition Law Review**. 3:2 (2007) 121-173. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/228177383>
- DUNN, Amina; CERDA, Andy – Anti-corporate sentiment in U.S. is now widespread in both parties. *Pew Research Center*, 2022. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/11/17/anti-corporate-sentiment-in-u-s-is-now-widespread-in-both-parties/>
- EZRACHI, Ariel – EU Competition Law Goals and the Digital Economy. Bruxelas, Bélgica: The European Consumer Organisation, 2018 (*BEUC discussion paper*). Disponível em: https://www.beuc.eu/sites/default/files/publications/beuc-x-2018-071_goals_of_eu_competition_law_and_digital_economy.pdf
- GLICK, Mark; RUETSCHLIN, Catherine; BUSH, Darren – Big Tech’s Buying Spree and the Failed Ideology of Competition Law: The Example of Facebook. **Hastings Law Journal**, 72:2 (2021) 465-516. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3746728>
- GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – Direito da União: história, direito, cidadania, mercado interno e concorrência – 10.^a edição. Coimbra, Portugal: Edições Almedina, 2025. ISBN: 978-989-40-2663-1.
- HEATH, Alex – Meta’s flagship metaverse app is too buggy and employees are barely using it, says exec in charge. *The Verge*, 2022. Disponível em: <https://www.theverge.com/2022/10/6/23391895/meta-facebook-horizon-worlds-vr-social-network-too-buggy-leaked-memo>
- HOEG, Richard (Hoeg Law) – FTC Gone Wild: No Deal is Safe. Episódio VL697 do programa Virtual Legality. YouTube, 2022. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=F7dhpMyLI54>
- KHAN, Lina M. – Amazon’s Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**. 126:3 (2017) 710-805. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-anti-trust-paradox>
- KOVACIC, William E.; MAVROIDIS, Petros C.; NEVEN, Damien J. – Merger Control Procedures and Institutions: A Comparison of EU and U.S. Practice. **The Antitrust Bulletin**, 59:1 (2014) 55-109. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/0003603X1405900104>
- LIANOS, Ioannis – Polycentric Competition Law. **Current Legal Problems**. 71:1 (2018) 161-213. Disponível em: <https://doi.org/10.1093/clp/cuy008>
- MANNE, Geoffrey – Why US Antitrust Law Should Not Emulate European Competition Policy. Testemunho ao Senado dos EUA na conferência “A Comparative Look at Competition Law Approaches to Monopoly and Abuse of Dominance in the US and EU”. International Center for Law & Economics, 2018. Disponível em: <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2018/12/>

- Geoffre-A-Manne-Testimony-Why-US-Antitrust-Law-Should-Not-Emulate-European-Competition-Policy-2018-12-19.pdf
- MCCABE, David; ISAAC, Mike – F.T.C. Sues to Block Meta’s Virtual Reality Deal as It Confronts Big Tech. *New York Times*, 2022. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2022/07/27/technology/meta-facebook-vr-ftc.html>
- NIX, Naomi – FTC case shows just how badly Mark Zuckerberg wanted a VR fitness app. *Washington Post*, 2022. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2022/12/16/meta-ftc-trial-within-acquisition/>
- NIX, Naomi; ZAKRZEWSKI, Cat – Judge said to reject FTC effort to block Meta’s VR acquisition. *Washington Post*, 2023. Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/technology/2023/02/01/facebook-meta-app-purchase-ruling/>
- POSNER, Richard A. – Antitrust in the New Economy. 2000. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=249316>
- ROBERTSON, Viktoria H.S.E. – The Relevant Market in Competition Law: A Legal Concept. *Journal of Antitrust Enforcement*. 7 (2019) 158-176. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3325929>
- SILVA, Miguel Moura – *Direito da Concorrência | Reimpressão 2020*. Lisboa, Portugal: AAFDL, 2020. ISBN: 978-972-629-185-5.
- SLAIMAN, Charlotte – No Pain, No Gain: FTC Loses Bid To Block Facebook’s Acquisition of Within. *Public Knowledge*, 2023. Disponível em: <https://publicknowledge.org/no-pain-no-gain-ftc-loses-bid-to-block-facebooks-acquisition-of-within/>
- SALOP, Steven – An Excessive Evidentiary Burden Sunk the FTC’s Case Against the Meta/Within Merger. *ProMarket*, 2023. Disponível em: <https://www.pro-market.org/2023/02/22/an-excessive-evidentiary-burden-sunk-the-ftcs-case-against-the-meta-within-merger/>
- STOLLER, Matt – Can Antitrust Be Pro-Worker? *American Compass*, 2021. Disponível em: <https://americancompass.org/can-antitrust-be-proworker/>
- STOLLER, Matt – Faceblocked. *Substack*, 2022. Disponível em: <https://mattstoller.substack.com/p/faceblocked>