



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS
Curso de Bacharelado em Direito

GABRIEL FELIPE NAMI INÁCIO

**ABUSO DE PODER ECONÔMICO EM MERCADOS DIGITAIS
A DECISÃO DO CADE NO CASO DO GOOGLE SHOPPING**

**BRASÍLIA
2020**

GABRIEL FELIPE NAMI INÁCIO

**ABUSO DE PODER ECONÔMICO EM MERCADOS DIGITAIS
A DECISÃO DO CADE NO CASO DO GOOGLE SHOPPING**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro

**BRASÍLIA
2020**

GABRIEL FELIPE NAMI INÁCIO

**ABUSO DE PODER ECONÔMICO EM MERCADOS DIGITAIS
A DECISÃO DO CADE NO CASO DO GOOGLE SHOPPING**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientador: Professor Dr. Gustavo Ferreira Ribeiro

BRASÍLIA, 30 DE SETEMBRO DE 2020

BANCA AVALIADORA

Professor Orientador Doutor Gustavo Ferreira Ribeiro

Professor Avaliador Doutor Paulo Burnier da Silveira

AGRADECIMENTOS

A conclusão desse trabalho (e dessa graduação) não seria possível sem um considerável número de pessoas que me apoiaram ao longo de toda a jornada de estudos e pesquisa. Dito isso, devo não só essa etapa, mas igualmente as conquistas que estão por vir, aos meus pais, Jair e Renata, por me educarem com tanto amor, cuidado e carinho. À minha tia, Ivani, pelo imensurável apoio e incentivo ao longo desses anos e sem a qual eu sequer teria condições de sair de minha terra natal para cursar uma graduação.

Devo minha gratidão, ainda, aos professores que me formaram e aos que me inspiram a ser um profissional e pesquisador melhor. Agradeço nas pessoas do meu orientador, professor Gustavo Ferreira Ribeiro, e do professor Paulo Burnier da Silveira, que foi quem primeiro me introduziu ao Direito da Concorrência e muito gentilmente aceitou compor a banca de avaliação deste trabalho.

Agradeço também ao escritório Gustavo Tepedino Advogados, integrado por profissionais que representam verdadeira inspiração acadêmica e profissional. Em especial, devo agradecer ao Carlos, à Giovanna, à Janielle e à Juliana, pessoas que me inspiram pela competência, pelo comprometimento e pela bondade.

Não poderia deixar de mencionar, ainda, os amigos de sempre, por quem tenho uma eterna e inenarrável gratidão. À Aline e à Laura, verdadeiras irmãs com quem tenho a oportunidade de compartilhar a vida e estão comigo desde sempre. À Anna, à Geovana, ao Nikolas, à Paula, ao Talessun e ao Thiago, amigos com os quais fui presenteado pela Universidade Federal de Lavras. Finalmente, ao Sandro, não só pelo apoio na elaboração deste trabalho, mas pelo companheirismo e leveza de sempre: obrigado!

“Todo abuso é censurável. Quando parte de pessoa física ou jurídica que detém poder, isto é, que se acha em condições de criar para outros situações de dependência, torna-se uma ofensa ao direito que configura e garante o poder”.

(Tercio Sampaio Ferraz Junior)

RESUMO

O presente trabalho buscou investigar como as estruturas digitais podem facilitar condutas anticompetitivas. Sugere-se que a estrutura desses mercados pode viabilizar novas manifestações de práticas anticoncorrenciais, de modo que algumas premissas tradicionais do direito da concorrência podem não ser adequadas à identificação de condutas unilaterais abusivas em mercado digitais, tornando-se ineficientes em algumas situações. A metodologia utilizada na construção do trabalho, quanto ao procedimento, consiste em revisão bibliográfica, bem como na análise de uma decisão do CADE. Desse modo, de início, foram abordadas algumas características desses mercados e dessas relações digitais. Ato contínuo, foram exploradas algumas delimitações conceituais importantes ao presente trabalho, bem como a forma pela qual o abuso de posição dominante se revela mais frequentemente em mercados digitais a partir de uma perspectiva da consolidação de poder econômico em estruturas digitais. Por fim, foi realizada uma análise da decisão do CADE no caso do “*Google Shopping*”, que apontou para a necessidade de repensar algumas premissas de análise em face dessas novas formas de abuso na esfera digital.

Palavras-chave: mercados digitais; economia digital; abuso de posição dominante; google shopping; e big data.

ABSTRACT

The present work sought to investigate how digital structures can facilitate anticompetitive conduct. It suggests that the structure of these markets can enable new manifestations of anti-competitive practices, so that some traditional premises of competition law may not be suited to the identification of unilateral abusive conduct in the digital market, becoming inefficient in some situations. The methodology used in the construction of the work, regarding the procedure, consists of bibliographic review, as well as the analysis of a CADE's decision. Thus, at first, it were addressed some characteristics of digital markets and relationships. On a continuous basis, some conceptual delimitations important to the present work were explored, as well as the way in which the abuse of dominant position is more frequent in digital markets from a perspective of the consolidation of economic power in digital structures. Finally, an analysis of CADE's decision was carried out in the case of "Google Shopping", which pointed to the need to rethink some analysis premises in the face of these new forms of abuse in the digital sphere.

Key-words: digital markets; digital economy; abuse of dominant position; google shopping; and big data.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARPA	<i>Advanced Research Projects Agency</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômico
CMA	<i>Competition and Markets Authority</i>
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
GUIA-H	Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PLA	<i>Product Listing Ads</i>
SERP	<i>Search Engine Results Page</i>
SG	Superintendência-Geral do CADE
SSNIP	<i>Small but Significant Non-transitory Increase in Price</i>
THM	Teste do Monopolista Hipotético

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	10
CAPÍTULO I – CARACTERÍSTICAS DA ECONOMIA DE MERCADO DIGITAL.....	13
I.1. Transformações das relações econômicas: breve retrato histórico.....	13
I.2. Mercados de preço zero.....	15
I.3 Mercados de múltiplos lados	18
I.4. Mercados de atenção	20
CAPÍTULO II – ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CONTROLE DADOS	23
II.1. Delimitações conceituais e critérios de análise	23
II.2. Poder econômico e “ <i>Big Data</i> ”	31
II.3. Possíveis consequências da premissa da “competição a um clique de distância” na avaliação de potenciais abusos de poder econômico	36
CAPÍTULO III – A DECISÃO DO CADE NO CASO DO “GOOGLE SHOPPING” E OS DESAFIOS À ANÁLISE ANTITRUSTE	42
III.1. Mercado de buscas e condutas imputadas à Google	43
III.2 Fundamentos para o arquivamento do processo	44
III.3. Fundamentos para a condenação da Google por abuso de posição dominante	47
III.4. Poder de mercado e os desafios à análise concorrencial.....	49
CONSIDERAÇÕES FINAIS	57
REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

As relações econômicas foram drasticamente alteradas a partir do desenvolvimento de novas tecnologias, o que provocou não só o surgimento dos mercados digitais específicos, como também a transformações e proliferação de práticas comerciais anteriores às próprias relações digitais. A existência de um mercado e da oportunidade de troca entre agentes econômicos no âmbito digital deu origem a diversas novas estratégias comerciais visando a consolidação de poder de mercado e, por óbvio, o aumento de lucros. Com efeito, surgiram também novas práticas anticoncorrenciais nesses mercados digitais.

Diante disso, o principal problema a que se propõe o presente trabalho a investigar é como a estrutura dos mercados digitais pode facilitar práticas que reduzam a concorrência. Assume-se, como hipóteses preliminares, que a estrutura dos mercados digitais viabiliza novas manifestações de consolidação de poder de mercado e, por essa razão, a análise antitruste pode não ser capaz de identificar algumas condutas abusivas nesses mercados, seja em razão de algumas premissas do direito da concorrência ou em razão do instrumental de análise. Importa esclarecer que se pretende analisar as condutas anticompetitivas, e não explorar o controle de estruturas.

Deve-se ter em mente que o controle de mercados concentrados em busca de lucratividade é uma tendência crescente desde a década de 1980. Exemplo disso são as próprias empresas de alta tecnologia: a Google detém quase 90% de participação no mercado de buscas online, ao passo que o Facebook possui quase 80% no de redes sociais. Ambas as empresas constituem um duopólio em publicidade e enfrentam pouca concorrência e quase nenhuma regulação. A Amazon tem suplantado concorrentes varejistas e atuado como vendedora e como plataforma online para outros vendedores. O iPhone da Apple e o Android da Google formam um duopólio, detendo completo controle sob o mercado de aplicativos, determinando quem pode ou não alcançar seus consumidores e de que forma (TEPPER, 2019).¹

Com efeito, a primeira premissa teórica adotada é a de que os mercados não são naturalmente eficientes e a busca das empresas pelo lucro faz com que os mercados tendam ao monopólio essencialmente por meio da criação de barreiras à entrada de novos competidores no mercado ou, até mesmo, pela aquisição de potenciais concorrentes antes que essa aquisição se torne um problema concorrencial (STIGLITZ, 2019). Assim, a ausência de regulação

¹ Em 2017 o fundador e CEO da Amazon, Jeff Bezos, faturou 107 milhões de dólares, enquanto o fundador da Microsoft, Bill Gates, faturou 11 milhões de dólares. Ambos por dia (MICHAELS, 2018).

provocada por teorias econômicas que sugerem que os mercados são naturalmente competitivos² tende a favorecer concentrações econômicas, as quais viabilizam a prática de condutas predatórias e potencialmente anticompetitivas (BOUSHEY, 2019). Dessa forma, preços baixos ou até mesmo a ausência de preços não necessariamente sugerem ampla concorrência (KHAN, 2016).

A segunda premissa é a de que os mercados não existem no vácuo, mas sob regras desenhadas por um determinado agente. As empresas não devem apenas buscar a satisfação de interesses capitalistas, de modo que a economia de mercado, incluindo as grandes corporações, deve servir aos interesses de toda a sociedade. Nesse sentido, a ausência de regulação favorece o surgimento e a consolidação de grandes concentrações econômicas, as quais subvertem o trabalho da mão invisível do mercado – que simplesmente não existe³ –, permitindo às empresas ditarem condições de mercado tanto para consumidores e trabalhadores, quanto para fornecedores e possíveis concorrentes (KHAN, 2016).⁴

Dessa forma, inicialmente, o presente trabalho irá se debruçar sobre as características desses mercados digitais. Serão abordadas as transformações das relações econômicas e algumas características da economia digital atual, como os mercados de “preço zero”, os mercados de múltiplos lados e os mercados de atenção. Nesse ínterim, serão exploradas algumas estratégias utilizadas nesses mercados pelas empresas de tecnologia. Assim, a partir do esboço dessas particularidades e estratégias, será possível compreender o modo como as empresas agem de maneira competitiva visando a consolidação de poder econômico.

Em seguida, no segundo capítulo, pretende-se abordar o abuso de posição dominante, que se manifesta no âmbito digital essencialmente em razão e por meio do controle de dados. O objetivo do capítulo será o de demonstrar que os dados são a principal forma pela qual esses abusos de posição dominante se manifestam na esfera digital, sobretudo considerando o papel fundamental dos dados na consolidação de poder de mercado na economia digital. Nesse contexto, serão realizadas algumas delimitações conceituais e explorados alguns

² É interessante mencionar que a tutela da concorrência existe muito antes do surgimento da noção liberal de livre mercado, surgindo como um mecanismo de eliminação de distorções tóxicas prejudiciais à população. Exemplo disso é a regulamentação de monopólios na Grécia Antiga. Todavia, essa proteção à concorrência não existia como uma finalidade ou um bem a ser protegido e considerado em si mesmo e, menos ainda, como um mecanismo de correção estrutural e produtiva (FORGIONI, 2016).

³ Nesse sentido: “But two centuries of research have now brought us to a better understanding of why Adam Smith’s invisible hand can’t be seen: because it’s not there” (STIGLITZ, 2019, p. 76).

⁴ Muito embora não seja o objeto específico do presente trabalho, é interessante ressaltar que o poder de mercado também se traduz em poder político. Os altos lucros das empresas viabilizam a compra de influência política, que, por sua vez, aumentam mais ainda o poder de mercado e lucro das empresas, por meio, por exemplo, do enfraquecimento de sindicatos e da aplicação das políticas de concorrência. Isso se justifica porque a estrutura de mercado é essencialmente política. Isso porque os mercados são regulados pela legislação. Além disso, a estrutura de mercado exerce influência direta sob os cidadãos (TEACHOUT; KHAN, 2019).

paradoxos das estratégias comerciais nesses mercados. Vale dizer que não se ignora as diversas formas de exercício e manifestação de poder econômico das gigantes da tecnologia, mas optou-se, por uma questão metodológica e de delimitação de escopo, por explorar a relação entre controle de dados e poder econômico.

Por fim, no terceiro capítulo, será realizada uma análise crítica de jurisprudência com intuito de demonstrar alguns obstáculos a serem enfrentados pelas autoridades da concorrência em face de novas formas de exercício de poder de mercado. O caso escolhido foi o processo administrativo instaurado em face da Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (em conjunto, neste trabalho, denominadas apenas de “*Google*”), acusadas de abusar de sua posição dominante no mercado relevante de buscas ao favorecer o próprio produto, o “*Google Shopping*”, nos resultados do seu buscador, em detrimento de outros concorrentes no mercado de comparadores de preços. Esse processo foi escolhido como objeto de análise do presente trabalho em razão das discussões travadas e desenvolvidas pelo CADE, que representaram grande avanço ao debate brasileiro envolvendo concorrência em mercados digitais.

O estudo foi realizado a partir de uma pesquisa bibliográfica que envolveu, essencialmente, a análise de artigos, textos, livros, dados e casos envolvendo o setor de tecnologia. Assim, a construção do presente trabalho foi calcada em uma metodologia investigativa predominantemente voltada a um levantamento bibliográfico doutrinário de produções acadêmicas relacionadas ao problema de pesquisa proposto e, ato contínuo, ao escrutínio do caso escolhido à luz dos resultados extraídos desse levantamento.

Por fim, importa deixar claro que o presente trabalho tem por objetivo primordial demonstrar a nova roupagem dada pelos mercados digitais ao abuso de poder econômico e identificar alguns problemas a serem trabalhados pelas autoridades antitrustes em face dessas novas relações, com o intuito de traçar novos caminhos de análise.

CAPÍTULO I – CARACTERÍSTICAS DA ECONOMIA DE MERCADO DIGITAL

O mercado é um sistema de trocas particular, um sistema de compra e venda de mercadorias. É particular pois pode possuir distintas características e configurações, a depender da forma pela qual as relações de concorrência se estabelecem. Nesse contexto, a qualquer espécie de avaliação do mercado deve preceder a identificação dessas peculiaridades e características distintivas, as quais podem auxiliar na correta identificação de relações de concorrência.

A identificação das singularidades de cada mercado, por sua vez, se mostra bastante relevante ao direito concorrencial, principalmente porque a análise de uma conduta ou demanda deve levar em consideração o funcionamento e a organização de cada mercado, sob pena de se descolar da realidade e se tornar ineficaz.

É por essa razão que esse capítulo se destina a demonstrar algumas das peculiares dos mercados digitais, assim compreendidos, nesse trabalho, como as relações de concorrência travadas na esfera digital. Assim, em um primeiro momento, a partir da seleção de alguns fatos históricos, tenta-se tecer uma breve contextualização da evolução tecnológica. Em seguida, pretende-se expor algumas características que, embora não exclusivas dos mercados digitais, são essenciais à elucidação de sua organização e funcionamento.

I.1. Transformações das relações econômicas: breve retrato histórico

A história da internet é marcada por pequenas revoluções graduais. O conceito de redes interligadas que compreendemos hoje começou a ser idealizado na década de 1960, por J.C.R. Licklider, funcionário da *Advanced Research Projects Agency* (“ARPA”), agência financiada pelo governo norte-americano para elaborar projetos tecnológicos. Licklider pensava que os computadores e seres humanos atingiriam seu potencial quando estivessem plenamente interligados e imaginava uma grande rede universal por meio da qual todas as mentes da humanidade poderiam se conectar por meio dos computadores (WU, 2012).⁵

⁵ “Parece-me interessante e importante, contudo, desenvolver a capacidade de operação de rede integrada. Se uma rede que eu imagino nebulosa pudesse ser colocada em operação, teríamos pelo menos quatro computadores grandes, talvez seis ou oito computadores pequenos, e uma grande variedade de arquivos de disco e unidades de fita magnética - para não mencionar os consoles remotos e o teletipo estações - todas agitadas. Parece mais fácil abordar esse assunto do ponto de vista do usuário individual - para ver o que ele gostaria de ter, o que ele gostaria de fazer e, em seguida, tentar descobrir como criar um sistema no qual seus requisitos possam ser atendidos” (LICKLIDER, 2001, tradução livre).

Com isso, em 1969 surgiu a ARPANET, que conectava os computadores de departamentos de pesquisa e entidades militares por meio de um sistema de redes centralizado (CAPOBIANCO, 2010). Entretanto, a partir de Licklider e outros pioneiros da história da internet começou a se pensar em sistemas de rede descentralizados de forma que a interconexão fosse ampliada e facilitada (WU, 2012). Ao final da década de 1970, torna-se possível a intercomunicação entre os computadores por meio do desenvolvimento de tecnologias que incluíram a “comunicação entre os programas e os protocolos de transporte, transmissão e controle de recepção de dados” (CAPOBIANCO, 2010, p. 175).

A intenção de Licklider de relacionar a mente humana ao computador é hoje a filosofia básica da internet. Atualmente, verifica-se que os aplicativos e programas funcionam como auxiliares da mente humana, sendo incorporados nas atividades diárias, ampliando a capacidade e a facilidade de comunicação e interação entre as pessoas. Isso demonstra que o desenvolvimento dos computadores foi essencial à idealização e ao planejamento da internet como a conhecemos, assim como às transformações das relações contemporâneas (WU, 2012), sejam elas econômicas ou não.

Entretanto, a denominada Revolução da Internet só veio a ocorrer na década de 1990 como resultado de todas as transformações e avanços tecnológicos anteriores. A *World Wide Web*, ou rede mundial de computadores, é o marco dessa revolução e foi projetada em 1989, por Tim Berners-Lee. O projeto tinha finalidade unir o hipertexto e a internet para viabilizar o compartilhamento de informações (LEINER, 1999). Ato contínuo, cria-se uma linguagem que permite a transmissão e o acesso de informações em vários formatos (o HTTP, posteriormente denominado de URL), como textos, sons, vídeos e gráficos e também um software que recebe e permite a visualização dessas informações: o navegador (CAPOBIANCO, 2010).⁶

A partir disso, as inovações e os avanços tecnológicos se aceleraram, sendo que o corolário social dessas transformações foi a alteração do mecanismo e do fluxo de informações. Foram três as dimensões da comunicação diretamente impactadas: técnica, cultura e sociedade. Nesse contexto, a evolução do estado da técnica possibilitou a criação de inovações sociais, alterou as relações culturais e sociais à medida em que criou novos espaços de comunicação e de expressão, mais velozes e com maior capacidade de impacto quantitativo (WOLTON, 2001).

Evidentemente, todo esse impacto e fluxo de relações rapidamente se tornou objeto de mercado, que teve suas configurações e características radicalmente remodeladas.

⁶ O projeto WWW (*World Wide Web*) foi inicialmente desenvolvido por Timothy Berners-Lee para permitir o compartilhamento de informações no Laboratório Europeu de Partículas Físicas (CAPOBIANCO, 2010).

Surgiram, assim, empresas que atuam exclusivamente online, criando produtos e necessidades até então inexistentes, tendo em vista que a economia de mercado é baseada em relações de compra e venda, que se traduzem precisamente na noção de mercado (POLANY, 2000).

É interessante anotar que a sociedade atual tem vivido uma constante transformação estrutural, fruto de um processo multidimensional responsável por desencadear a instauração de um paradigma tecnológico. Nesse sentido, associando essa noção à economia de mercado, é possível verificar a existência de um processo cada vez mais presente e frequente de relações de mercado em uma esfera digital. Isso aponta para a relevância dos debates acerca das relações nesses mercados digitais e de seus impactos nos diversos âmbitos do conhecimento (CASTELLS, 2005).

I.2. Mercados de preço zero

Uma das transformações mais notórias advindas das novas relações econômicas em mercados digitais foi o aumento em variedade e quantidade dos mercados de preço zero, caracterizados pela oferta de produtos e serviços sem retorno financeiro direto do usuário. Enquadram-se nesses mercados, por exemplo, as plataformas de busca e pesquisa, as mídias sociais e uma inúmera variedade de aplicativos e softwares. Vale ressaltar que mercado a preço zero não é uma novidade da era da Internet, que apenas ampliou e remodelou a utilização desse tipo de estratégia (MANDRESCU, 2018).

Em termos estruturais, esses mercados podem ser subdivididos em modelos sustentáveis e não sustentáveis. Os modelos sustentáveis se caracterizam como estratégias de lucratividade implementadas em mercados de preço zero, de modo que se existem empresas que buscam eminentemente o lucro competindo em mercados de preço zero é porque essas corporações estão obtendo receita de alguma forma (NEWMAN, 2015). Prova disso é o valor de mercado de empresas que atuam nesses mercados de preço zero: em setembro de 2019, o valor capitalizado de mercado do *Facebook* foi equivalente a 520,25 bilhões de dólares.⁷

A primeira dessas estratégias de lucratividade é a oferta de serviços ou produtos complementares, geralmente relacionados com o produto ou serviço ofertado a preço zero (EVANS, 2011). Newman (2015) classifica essas estratégias como amarradas e não amarradas. As primeiras se desdobrariam em contratuais e tecnológicas. As estratégias

⁷ Veja-se: STATISTA. Market capitalization of the largest U.S. internet companies as of September 2019. 2020. Disponível em: <<https://www.statista.com/statistics/209331/largest-us-internet-companies-by-market-cap/>>. Acesso em: 20 jun. 2020 .

amarradas contratualmente são aquelas que obrigam o consumidor que deseja um determinado produto a comprar outro para obter o demandado. Assim, a venda de um produto está condicionada à compra de outro.

Por sua vez, as estratégias amarradas tecnologicamente são as que se enquadram nos mercados de preço zero e se caracterizam pela integração de dois produtos distintos, um a preço zero e outro não, sendo que a utilização de um está tecnologicamente condicionada à do outro. Notável exemplo desse tipo de estratégia foi o caso *United States vs. Microsoft Corp.*, no qual o governo estadunidense acusou a Microsoft de exercer poder de monopólio ao impor restrições técnicas de utilização de outros programas distintos do navegador Internet Explorer. O caso resultou em um acordo que obrigava a *Microsoft* a compartilhar sua interface de programação com terceiros, de modo que o monopólio fosse dissipado.⁸

Existem também as estratégias não amarradas, por meio das quais a utilização de um produto não está condicionada à de outro, mas cria-se um ambiente favorável à utilização de ambos conjuntamente. É o caso das plataformas online de serviços de viagem que oferecem a possibilidade de reservar uma passagem de avião e um quarto de hotel (NEWMAN, 2015).

Além disso, um outro modelo sustentável de mercados de preço zero consiste na oferta a preço zero de uma versão limitada de um produto e a cobrança por uma oferta de melhor qualidade daquele mesmo produto (PAUWELS; WEISS, 2008). São modelos frequentemente híbridos, que se sustentam também por meio da veiculação de anúncios publicitários na oferta a preço zero (NEWMAN, 2015).

Em outro giro, modelos não-sustentáveis são utilizados por aquelas instituições que não dependem de lucro a longo prazo, tais como organizações não-governamentais ou indivíduos sem motivação financeira. Exemplos de modelos não-sustentáveis são as estratégias de recuperação, por meio das quais as empresas oferecem produtos ou serviços a preço zero de forma temporária, geralmente com a finalidade de consolidar clientela e de se estabelecer no mercado. Assim, são estratégias que costumam ser adotadas por novos concorrentes em determinado mercado com objetivo de fazer com que as perdas iniciais compensem os ganhos futuros (WILLIAMSON, 1977). Outro exemplo é o sistema operacional Linux, uma ferramenta livre de qualquer cobrança e mantida pelo trabalho de uma comunidade de voluntários (NEWMAN, 2015).

⁸ Confira-se: UNITED STATES OF AMERICA, Appellee v. Microsoft Corporation, Appellant, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/253/34/576095/>> Acesso em: 10 jun. 2020.

Os mercados de preço produzem alguns efeitos relevantes sob o comportamento dos consumidores. O primeiro deles seria o “*zero price effect*” ou “efeito preço zero”, o qual indica que a demanda tende a ser maior se o preço de um produto for zero. Em outras palavras, o efeito de preço zero corresponde ao superdimensionamento do valor e das vantagens a serem obtidas por um produto oferecido a preço zero a ponto de o consumidor desconsiderar uma análise racional de custos e benefícios de determinada transação. Nesse contexto, alguns estudos da economia comportamental demonstram que o comportamento das pessoas tende a mudar severamente quando o preço de um produto ou serviço equivale a zero, de modo tal que, nessas situações, as pessoas tendem a ignorar qualquer avaliação de custo-benefício (NEWMAN, 2016).⁹

Outro efeito relevante e que merece destaque é o denominado paradoxo da privacidade. Muito embora os consumidores expressem preocupações com a privacidade de seus dados, no momento de tomada de decisões aparentemente essa privacidade não parece ter tanta influência sob o processo de escolha. Isso é agravado especialmente pela oferta gratuita em plataformas digitais, que parece ser valorada acima da privacidade, bem como pelo alto grau de tolerância dos consumidores para com propagandas e informações direcionadas (SILVEIRA; SANTOS, 2019).

Tais considerações levam à conclusão de que ferramentas básicas, como o teste do monopolista hipotético, podem nem sempre ser capazes de possibilitar caminhos à identificação de condutas anticompetitivas em mercados digitais, uma vez que essas condutas assumem facetas diversas das tradicionalmente conhecidas. Desse modo, uma análise concorrencial a partir do preço pode não ser a mais adequada para identificação de condutas anticompetitivas na economia digital. Esse mesmo problema ocorre em análises de mercados de múltiplos lados (EVANS; SCHMALENSEE, 2013), que, em geral, é integrado pelos mercados de estrutura de preço zero.

Nesse sentido, Frazão (2017) aponta de forma irretocável que tem sido cada vez mais difícil definir precisamente mercados relevantes em casos envolvendo empresas de alta tecnologia. Com efeito, a questão central seria identificar o funcionamento do mecanismo de interação entre os mercados, de modo que a tecnologia alterou a própria dinâmica

⁹ Um desses estudos foi realizado por Ariely (2008) e consistiu na venda de dois chocolates de qualidades diferentes. Em um primeiro momento, o chocolate de melhor qualidade foi vendido a US\$ 0,15, enquanto o de qualidade inferior foi vendido a US\$ 0,01. O resultado foi que 73% das pessoas escolheram o chocolate de melhor qualidade, e os 27% restantes o de qualidade inferior. Em um segundo momento, reduziram os preços a US\$ 0,01, de modo que o chocolate de pior qualidade chegou ao preço zero. Os resultados foram significativamente alterados: 69% das pessoas optaram pelo chocolate de qualidade inferior e apenas 31% pelo de melhor qualidade. Nesse sentido, ver também: SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; ARIELY, Dan. Zero as a special price: The true value of free products. *Marketing science*, v. 26, n. 6, p. 742-757, 2007.

competitiva. “Daí se falar hoje em concorrência pelos mercados e não apenas em concorrência nos mercados” (FRAZÃO, 2017, p. 144).

É imprescindível, portanto, compreender como se configura o abuso de poder econômico nesses mercados para que se desenvolvam ferramentas de análise adequadas. Essa compreensão é, precisamente, o objeto do presente trabalho.

I.3 Mercados de múltiplos lados

São inúmeras as definições concebidas pela literatura sobre os mercados de múltiplos lados, também chamados de mercados de dois lados. Alguns conceitos destacam as interações entre dois ou mais agentes econômicos, já outros priorizam as interações nesses mercados entre vários grupos econômicos por meio de plataformas. De maneira geral, são caracterizados por serem plataformas que permitem a interação entre dois ou mais agentes econômicos, de sorte que o faturamento da empresa-plataforma é distribuído de maneira desigual entre os usuários (WRIGHT, 2004).

A partir disso, cumpre destacar quais são as características consensuais que viabilizam uma definição dos mercados de múltiplos lados, quais sejam: a interação entre grupos distintos por meio de uma plataforma e as externalidades dessas plataformas ou seus efeitos de rede (SHELANSKI; KNOX; DHILLA, 2018).

A primeira característica, e a mais proeminente, é a interação viabilizada por esses mercados entre grupos ou agentes econômicos distintos. Desse modo, é basilar de um mercado de múltiplos lados que dois ou mais grupos distintos consigam interagir entre si de forma direta ou indireta. Essa interação, por sua vez, deve reduzir os custos de transação de determinada interação para os agentes envolvidos (EVANS; SCHMALENSEE, 2013).

A segunda característica são os chamados efeitos ou externalidade de rede. De acordo com o glossário de termos estatísticos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), externalidades são situações nas quais a produção ou consumo de determinado bem ou serviço impõe custos ou benefícios a outros grupos. Esses custos ou benefícios não teriam impacto nos preços cobrados por esses produtos ou serviços.¹⁰

As externalidades de rede são, assim, situações por meio das quais um grupo se beneficia de forma proporcional ao número de consumidores de uma plataforma. Por

¹⁰ Confira-se: OCDE. Externalities. Glossary of Statistical Terms. Disponível em: <<https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3215>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

consequência, os diferentes lados de uma plataforma de múltiplos lados são interdependentes entre si, de modo que a extensão das decisões de um lado pode influenciar o outro. Essa externalidade, ou efeito de rede, pode ser direta ou indireta.

A externalidade direta se verifica em situações nas quais um provedor de conteúdo ou fornecedor do produto torna o uso da plataforma, e conseqüentemente a própria plataforma em si, mais valiosa para os consumidores desse produto. Por sua vez, a externalidade indireta ocorre quando o uso da plataforma é melhor para usuários, tornando-a mais atrativa para fornecedores de produtos ou serviços e anunciantes (EVANS; SCHMALENSEE, 2013).¹¹ De qualquer modo, na esteira de Wright (2004), é possível associar esses mercados à criação de valor a todos os lados por meio da interação entre os usuários. Dito de outra forma, são mercados que produziram externalidades eminentemente positivas.

Shelanski, Knox e Dhilla (2018) subdividem essas plataformas de múltiplos lados em dois grupos distintos de acordo com a sua estrutura: existem as plataformas baseadas em serviços e as baseadas em subsídios. As primeiras produziram um serviço ou ofereciam um produto para os usuários da plataforma, como é o caso do Airbnb, do Uber e do OpenTable.

Já as baseadas em subsídios são as relações por meio das quais um dos lados indiretamente financia os custos de outro lado, mas não oferece nenhum serviço adicional que atraia diretamente os usuários, os quais seriam atraídos diretamente pela plataforma. Em plataformas subsidiadas geralmente há pelo menos três lados: os financiadores, os fornecedores e os usuários. As mídias mais recentes, como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*, apresentam essa estrutura subsidiada de funcionamento.

Portanto, em termos conceituais um mercado de múltiplos lados conecta agentes econômicos de grupos distintos, criando valor por meio de uma distribuição assimétrica de preços. Nesse sentido, constata-se que os mercados de múltiplos lados, assim como os mercados de preço zero, apresentam características que podem não se adequar à análise concorrencial tradicional. O próprio teste do monopolista hipotético mencionado alhures deve ser reformulado para se adequar a esses mercados. Além disso, conforme bem destaca Evans (2003b), em plataformas de múltiplos lados é necessário considerar a lógica econômica desses negócios e todos os lados envolvidos para que se obtenha uma definição mais precisa de mercado relevante e também do poder de mercado dessas empresas, que se revela de formas distintas das tradicionalmente conhecidas, conforme será visto mais adiante.

¹¹ Para Rochet e Tirole (2006), ressalta-se, essas externalidades devem ser indiretas e positivas. Já Evans (2003a) considera que as externalidades devem estar associadas à coordenação entre os grupos por meio, necessariamente, de uma plataforma intermediadora.

I.4. Mercados de atenção

Mercados de atenção são aqueles que tem como objeto das relações concorrenciais um recurso humano limitado: a atenção dos consumidores.¹² Segundo Tim Wu (2017), os mercados de atenção, em sua forma pura, são integrados por negócios que ganham dinheiro exclusivamente a partir da revenda de atenção. A esses agentes econômicos o autor chama de “*Attention Brokers*” e fornece como exemplos as redes de televisão gratuita, jornais e revistas gratuitas e diversas plataformas que prestam serviços online, como a *Google* e o *Facebook*. São mercados que, em sua forma pura, poderiam ser enquadrados como mercados de múltiplos lados e, em algumas situações, mercado com estruturas de “preço zero”.

De acordo com Evans (2013), nessa “Economia de Atenção” os concorrentes competem entre si pela atenção limitada dos consumidores, oferecendo produtos e recursos destinados a capturar a atenção dos usuários. Por sua vez, essa atenção seria revendida a outros agentes econômicos, que ofereceriam seus próprios produtos e serviços a esses consumidores. A revenda dessa atenção pode ocorrer inclusive entre vários lados de uma mesma plataforma, sendo que uma das estratégias de captação de atenção dos consumidores seria justamente a oferta a “preço zero”.

Em um modelo mais avançado de mercados de atenção, a atenção dos consumidores seria revendida de modo mais específico, ou categorizado, viabilizando uma oferta de produtos e serviços mais ajustada às necessidades e características dos consumidores da plataforma ou, ainda, uma publicidade mais direcionada (WU, 2017). Novamente, essa dinâmica depende, em grande medida, do controle e processamento de dados dos usuários da plataforma, por vezes utilizados como estratégias de consolidação de poder econômico mediante exploração dos comportamentos do consumidor.

Um relatório produzido pelo “*Stigler Committee on Digital Platforms*” (2019) aponta que, muito embora as plataformas como *Google*, *Instagram*, *Twitter* e *Facebook* tenham criado produtos que beneficiaram o mundo de forma geral, essas empresas de alta tecnologia estabelecem entre si uma relação de concorrência cujo produto principal é a limitada atenção humana. Essas empresas aperfeiçoam constantemente seus algoritmos e códigos de

¹² Conforme aponta Wu (2017), alguns estudos indicam que os seres humanos estão sempre prestando atenção em algo, que a atenção humana é escassa e limitada pelo processo cerebral, bem como que os seres humanos optam por prestar atenção em algo ou ignorar. Esses três fatores sugeririam que a atenção humana é um recurso limitado.

programação com vistas a criar técnicas cada vez mais convincentes, persuasivas e capazes de capturar atenção por meio de uma compreensão mais profunda e acurada dos usuários, seus comportamentos, hábitos, vícios e desejos.

Com efeito, empresas como *Google* e *Facebook* têm como fator central e fundamental de funcionamento a atenção humana, que se tornou um próprio modelo de negócios e também objeto das relações de concorrência nessas plataformas. Entretanto, conforme bem aponta Wu (2017), para que essas plataformas sejam mais eficazes na captura de atenção de seus usuários, elas não podem meramente entreter os consumidores, mas devem ser capazes de influenciar e moldar a demanda por determinado produto.

Assim, vê-se para logo que o exemplo mais natural dos mercados de atenção são os mercados de propaganda online, cada vez mais personalizados de acordo com os interesses específicos dos usuários, os quais, ainda, são identificados a partir dos algoritmos e do processamento dados. Um estudo realizado pela *Competition and Markets Authority* (2020) sobre mercados dessa natureza indica que as duas variáveis que influenciam esses mercados são, precisamente, a captura pela atenção dos consumidores e a possibilidade de personalização da publicidade.

Além disso, considerando que as empresas de alta tecnologia competem por atenção, os mecanismos de análise de atos de concentração ou potenciais condutas abusivas não seriam capazes avaliar apropriadamente o poder de atenção dessas plataformas. Isso porque a doutrina concorrencial é fundada no poder de mercado, sendo que tais mercados geralmente pressupõem transações que envolvem compra e venda de produtos e serviços por determinado preço. Ou seja, o preço exerce um papel essencial no decorrer das etapas de análise antitruste, ao passo que nas plataformas online assume maior relevância a atenção dos usuários, e não necessariamente o preço. Existiria, dessa forma, uma incompatibilidade entre a própria dinâmica dos mercados digitais e o instrumental tradicional de análise concorrencial.

* * *

Diante de todo o exposto, é possível observar que a compreensão dessas novas formas de concorrência é essencial à uma análise calcada na dinâmica dessa economia digital. Isso porque a dinâmica dessas estruturas traz à baila outros objetos e estratégias que não se verificam tão comumente em mercados não digitais. Nesse contexto, os mercados de múltiplos lados, de “preço zero” e de atenção, embora não sejam uma novidade instaurada

pela economia digital, teriam o condão de alterar o foco de análise e os paradigmas tradicionais de análise e funcionamento dos mercados.

Assim, deve-se ter em mente que: (i) em mercados digitais, a informação como objeto de mercado e de monetização foi potencializada; (ii) em plataformas com estruturas de “preço zero” é possível inferir que os custos aos consumidores podem ser distintos, assim como os potenciais prejuízos; (iii) as externalidades de rede representam uma das características essenciais desses mercados; e (iv) a identificação do valor dessas plataformas é capaz de moldar a análise antitruste, como se verificou nos mercados de atenção, nos quais as empresas competem pela atenção dos consumidores, de modo que essa atenção pode representar um indicativo de existência de relações de concorrência em mercados digitais entre empresas que aparentemente competem entre si.

CAPÍTULO II – ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CONTROLE DADOS

Informação é poder. Essa afirmação tem se demonstrado cada vez mais verdadeira, especialmente porque o sistema econômico contemporâneo tem como um de seus principais insumos os dados. Essa economia da informação é marcada por empresas que produzem bens intangíveis a partir da coleta de dados pessoais. Esses dados pessoais ganham cada vez mais destaque e relevância econômica por assumirem um papel central na organização e no funcionamento dos mercados digitais.

Essa peculiaridade no funcionamento desses mercados tem por corolário não só novas estratégias de atuação empresarial, mas também novas formas de consolidação de poder econômico e, por consequência, de abuso desse poder. Levando isso em consideração, o presente capítulo tem por objetivos realizar uma delimitação conceitual e analítica do poder econômico e demonstrar a relação entre a exploração do chamado Big Data e possíveis manifestações de abuso de poder econômico.

Conforme se verá, o presente trabalho tratou as expressões “exercício de poder de mercado”, “abuso de poder econômico” e “abuso de posição dominante” como sinônimas. Isso porque a doutrina, em geral, utiliza as expressões “poder econômico” e “poder de mercado” como unívocas. Ademais, a posição dominante é pressuposto do poder de mercado, embora a afirmação inversa não seja verdadeira, isto é, um agente econômico pode possuir posição dominante e, ainda assim, não possuir poder de mercado.

II.1. Delimitações conceituais e critérios de análise

De forma geral, a posição dominante pode ser compreendida como a capacidade de um agente econômico alterar unilateralmente as condições do mercado de forma independente dos demais agentes, que acabam por se sujeitar às condições estabelecidas por aquele que exerce posição dominante. De acordo com o art. 36, IV, §2º, da Lei nº. 12.529:

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Assim, a posição dominante pode ser constatada de duas formas. Uma delas ocorre a partir de situações nas quais o agente econômico é capaz de alterar unilateralmente as condições do mercado e sujeitar os demais concorrentes a essa alteração. Por outro lado, é possível presumir a posição dominante se a empresa controlar pelo menos 20% do mercado relevante em análise. Cabe assinalar a relevância da definição do mercado relevante, a qual, a rigor, deve anteceder à verificação do poder de mercado, já que a avaliação dessa capacidade de controle do mercado depende da delimitação desse mercado.

Daí decorre o próprio conceito de poder de mercado, expressão utilizada muitas vezes também como sinônima de poder econômico. O poder de mercado é a possibilidade ou capacidade de uma ou poucas empresas dominantes assumirem o poder de controlar e até mesmo restringir as ações dos demais agentes econômicos. Tradicionalmente, o poder de mercado se reflete na capacidade de as empresas manterem os preços acima dos custos ou do que normalmente cobriam (STIGLITZ, 2019). É precisamente essa a definição fornecida pelo CADE. É ver-se:

Uma empresa (ou um grupo de empresas) possui poder de mercado se for capaz de manter seus preços sistematicamente acima do nível competitivo de mercado sem com isso perder todos os seus clientes. Em um ambiente em que nenhuma firma tem poder de mercado não é possível que uma empresa fixe seu preço em um nível superior ao do mercado, pois se assim o fizesse os consumidores naturalmente procurariam outra empresa para lhe fornecer o produto que desejam, ao preço competitivo de mercado (Cartilha do CADE, 2016).

Outra definição do poder de mercado bastante didática é a fornecida por Fujimoto (2020, p. 24), que trata o poder de mercado como “a capacidade de uma empresa de manter sua posição do mercado no qual atua independentemente (ou quase) dos outros participantes, podendo aumentar os preços e condições de mercado sem perder *market share*”.

De forma mais técnica, Hovenkamp (2005) conceitua o poder de mercado como a habilidade de elevar os preços de produtos e serviços acima do nível competitivo sem, com isso, incorrer em perda significativa de suas margens de lucros. Nesse sentido, o autor aponta que um instrumento útil para definição de poder de mercado seria o custo marginal: quanto maior a razão entre o preço de maximização do lucro de uma empresa e o seu custo marginal, maior seria o poder de mercado de uma empresa.

É por meio do exercício do poder de mercado que as empresas podem não só cobrar preços elevados com a finalidade de obtenção e aumento de seus lucros, como também podem explorar trabalhadores por meio do pagamento de baixos salários e outras desvantagens

travestidas de benefícios. Desse modo, é válido infirmar que quanto maior o tamanho de uma empresa em relação às demais ou quanto mais concentrado for o mercado, maior tende a ser o poder econômico das empresas que atuam nesse mercado (STIGLITZ, 2019). Nesse cenário, assume-se que a existência de poucos concorrentes em um mercado pode ser um indicativo de que os (poucos) agentes econômicos que concorrem entre si detém maior parcela de controle sob o mercado em que atuam.

Destarte, importa esclarecer que a posição dominante é pressuposto para a existência do poder de mercado, muito embora o inverso não seja verdadeiro. Nesse sentido, um agente que detém posição dominante não necessariamente detém poder de mercado. À uma, porque a posição dominante é uma situação verificada de modo estático, podendo até mesmo ser presumida. À duas, porque o poder de mercado é muitas vezes identificado em situações nas quais o agente econômico possui poder bastante semelhante ao de um monopolista (FUJIMOTO, 2020).

Assim, o exercício abusivo de poder econômico se configura mediante a constatação de algumas outras características e fatores, de modo que a mera existência de posição dominante ou poder de mercado não é suficiente à configuração de uma prática concorrencialmente ilícita. De forma mais clara: a posição dominante em si não é suficiente para ensejar uma repressão concorrencial, mas sim o seu abuso. Nesse sentido, é ver-se a Lei nº. 12.529:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

(...)

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

Vê-se que a legislação deixa evidente não só a necessidade de distinguir o abuso de posição dominante de uma mera vantagem competitiva, como também fornece o critério de distinção entre um e outro: o critério das eficiências. Ou seja, “se há maior eficiência, nada se deve punir” (FORGIONI, 2016, p. 273). Em razão dessa eficiência, a teoria dos preços adquire especial relevância a partir da Escola de Chicago, porquanto um dos parâmetros de eficiências de condutas seria o baixo preço dos produtos ou serviços oferecidos ao consumidor.

De antemão, vale ressaltar que a proteção ao consumidor é extremamente relevante às discussões e análises concorrenciais, além de ocupar papel importante nas discussões em torno das finalidades concorrenciais, de sorte que as teorias econômicas divergem entre si em relação ao conteúdo e à instrumentalização dessa proteção (SALOMÃO FILHO, 2003). Assim, entende-se que a proteção ao consumidor é uma finalidade do antitruste, sendo as divergências, em geral, voltadas ao significado dessa proteção e ao seu papel de exclusividade ou não na esfera de objetivos.¹³

Nesse diapasão, a Escola de Chicago introduziu a visão concorrencial sob a ótica do preço, com fundamento na visão clássica de eficiência dos mercados, segundo a qual o mercado, por ser naturalmente competitivo, tenderia a se autorregular e corrigir as próprias falhas. Segundo essa visão, a proteção ao consumidor se relacionaria exclusivamente à produção de eficiências, a qual, por sua vez, se verificaria na oferta de produtos e serviços a preços mais baixos e na inexistência de barreiras à entrada de novos concorrentes. Com efeito, pouco importariam as grandes concentrações, o monopólio ou o acúmulo de poder econômico, desde que preservadas as eficiências (FRAZÃO, 2017).¹⁴

Nesse sentido, duas consequências importantes à análise antitruste decorrentes dessa Escola foram a redução significativa do conceito de barreiras à entrada e o estabelecimento do preço de consumo como métrica dominante para avaliar a concorrência. Isso influencia diretamente na análise de algumas condutas predatórias, como preços predatórios ou integrações verticais (KHAN, 2016), assim como na própria verificação do abuso de poder de mercado.

¹³ Vale ressaltar, nesse contexto, que o Banco Mundial e a OCDE (1999) realizaram um estudo avaliando os debates acerca dessas finalidades do direito concorrencial. De um lado, verificam-se posicionamentos no sentido de que o direito da concorrência serviria unicamente à maximização das eficiências com vistas a proporcionar o bem-estar ao consumidor. De outro, se encontram argumentos que apontam para a multiplicidade de interesses a serem tutelados pelas pelo direito da concorrência e que oscilam de acordo com as políticas de mercado, de governo e com as instituições e valores de uma sociedade. Revelam-se, assim, objetivos fixos e transitórios do direito da concorrência. Dentre aqueles menciona-se a proteção às pequenas empresas, a preservação da livre concorrência e a manutenção da lealdade e honestidade nas práticas comerciais, bem como a criação de obstáculos ao abuso de posição dominante. Já os objetivos transitórios corresponderiam à estabilização econômica e ao incentivo ao desenvolvimento econômico regional.

¹⁴ Antecede à Escola de Chicago a visão estruturalista do direito concorrencial, integrada pela Escola de Harvard. Em síntese, sob essa ótica, os mercados mais concentrados tenderiam a promover e viabilizar condutas concorrencialmente ilícitas. A uma, porque oligopolistas ou monopolistas tenderiam ao abuso de suas posições dominantes com vistas à criação de barreiras à entrada. A duas, porque os agentes econômicos que atuam em mercados mais concentrados possuem não só um poder maior de negociação com consumidores, fornecedores e trabalhadores, como também podem facilmente, a um só tempo, aumentar os preços de seus produtos e serviços e reduzir a qualidade sem que isso tenha impacto em suas margens de lucro (KHAN, 2017). Assim, ao contrário da Escola de Chicago, a Escola de Harvard coloca como finalidade do direito da concorrência a proteção do consumidor e a garantia de um mercado menos concentrado, que teria por consequência a redução dos preços, o aumento da concorrência, da qualidade e inovação.

Nesse contexto, Bork (1978) argumenta que o preço predatório não existiria, porquanto não há garantia de que a redução de preços irá afastar uma empresa rival e fazê-la parar de competir e, ainda que o concorrente desistisse e saísse do mercado, a empresa que praticou a conduta predatória deveria sustentar um preço de monopólio por tempo suficiente para recuperar as perdas sofridas inicialmente, decorrentes da redução significativa de preços.

A par da relevância das noções introduzidas pela Escola de Chicago, verifica-se que a teoria do preço, por si só, não é suficiente para detectar o exercício de poder de mercado e o abuso de posição dominante. Em primeiro lugar, porque essas eficiências nem sempre beneficiam o consumidor como se faz parecer, tendo em vista a existência de externalidades negativas que não são tão óbvias. Em segundo lugar, ao se conceder à teoria do preço e às eficiências de uma conduta ou operação tamanha centralidade e exclusividade em termos de análise, ignora-se que nem sempre tais eficiências corroboram à proteção do processo competitivo. Em terceiro, evidentemente a caracterização do poder de mercado à luz dessa capacidade de aumentar os preços de forma independente não é suficiente para detectar o poder de mercado em mercados com estruturas a preço zero.

Nessa seara, considerando que cabe ao direito concorrencial a tutela do mercado enquanto bem jurídico (ARANHA, 2019) e, por conseguinte, a preservação da concorrência viável, nem sempre o menor preço indica mais eficiência. Dito de forma diversa, existem outros fatores que devem ser considerados no processo de verificação de abuso de poder de mercado.¹⁵

A Cartilha do CADE (2016) propõe alguns fatores que podem auxiliar na identificação do abuso de posição dominante, como as eventuais barreiras à entrada (ou ausência de concorrência potencial), efetividade da competição e possibilidade de reação dos concorrentes a eventuais aumentos de preço. Nesse sentido, barreiras à entrada seriam quaisquer espécies de impedimentos à expansão ou entrada de fato de outras empresas em determinado mercado relevante (RUBINFELD; GAL, 2016).

A análise de barreiras à entrada é relevante pois um mercado com uma estrutura que permita a entrada de novos competidores sem muitas dificuldades aponta para uma baixa probabilidade de exercício de poder de mercado. Isso, ainda, pode auxiliar na compreensão da efetividade da concorrência em determinado mercado relevante. Quanto mais barreiras à entrada em determinado mercado relevante, mais custos de instalação e maior o tempo de

¹⁵ É importante esclarecer que o presente trabalho não ignora as discussões travadas a respeito das finalidades do direito concorrencial, mas parte da premissa segundo a qual todas as teorias e divergências a respeito das finalidades giram em torno da tentativa de dar significado e instrumentalizar o “bem-estar do consumidor” (SALOMÃO FILHO, 2013).

retorno de investimento inicial para um novo entrante. São fatores que reduzem o estímulo à entrada de novos competidores e aumentam a possibilidade de exercício de poder de mercado (MONTEIRO, 2017).

São várias as espécies de barreiras à entrada e elas podem, ainda, variar de acordo com as características, lógicas e estratégias específicas do mercado relevante sob análise. A identificação de potenciais barreiras à entrada para a análise de abuso de posição dominante é essencial à manutenção ou garantia de um mercado em que a concorrência seja viável¹⁶, características de mercados que possuem um pouco menos de concorrentes do que o necessário à uma concorrência perfeita (GOYDER).¹⁷

Além disso, Forgioni (2016) aponta também alguns outros fatores igualmente relevantes para análise de condutas potencialmente abusivas, como a baixa elasticidade cruzada (que indica o grau de dependência dos consumidores e fornecedores), a estrutura desenvolvida de uma empresa com alto grau de integração vertical (ou seja, o controle de várias fases do processo produtivo por um único agente econômico), o grau de crescimento do setor e o domínio de canais de distribuição.

O art. 82 do Tratado da Comunidade Europeia (*European Community Treaty*) também fornece alguns parâmetros que podem elucidar a compreensão e configuração do abuso de posição dominante. De acordo com o artigo, o abuso se configuraria particularmente em quatro situações:

- (a) imposição direta ou indireta de preços de compra ou venda desleais ou outras condições comerciais desleais;
- (b) limitar a produção, os mercados ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- (c) aplicação de condições diferentes a transações equivalentes com outras partes comerciais, colocando-as assim em desvantagem competitiva;
- d) sujeitar a celebração de contratos à aceitação pelas outras partes de obrigações suplementares que, pela sua natureza ou consoante a utilização comercial, não tenham qualquer relação com o objeto de tais contratos.

Vê-se para logo que três dessas quatro hipóteses têm origem comum em desequilíbrios decorrentes da imposição de condições de contratação distintas ou desproporcionais. Nessa toada, é possível fazer alusão ao art. 187 do Código Civil

¹⁶ Goyder (1998) pontua que pode ser bastante difícil distinguir o oligopólio de uma concorrência viável em alguns mercados e situações específicas.

¹⁷ Goyder (1998) define a concorrência perfeita como aquela em que o número de concorrentes é tão ótimo que o poder de mercado de nenhum desses concorrentes é suficiente para influenciar ou alterar os preços, que são definidos pelo equilíbrio entre oferta e demanda. Ademais, o autor esclarece que é um grau de concorrência extremamente raro.

brasileiro¹⁸, segundo o qual a ilicitude no exercício de um direito reside na evidente violação aos limites impostos pelos próprios fins econômicos e sociais do direito, pela própria boa-fé ou pelos bons costumes.

Uma das razões pelas quais o abuso de direito poderia se prestar a fundamentar o abuso de posição dominante é precisamente sua delimitação objetiva, de modo que o agente econômico que detém posição dominante não pode praticar conduta que cause prejuízo ao processo competitivo do mercado. Confira-se, nesse sentido:

É suficiente determinar que (...) abusa de seu direito aquele que leva o seu exercício ao extremo de convertê-lo em prejuízo para outrem. O propósito de causar dano não requer apuração de intenção íntima do titular. Induz-se o abuso da circunstância de se servir dele o titular, excedendo manifestamente o seu fim econômico ou social, atentando contra a boa-fé ou os bons costumes (PEREIRA, 2020, p. 569).

Em busca de uma distinção entre vantagem competitiva e abuso de posição dominante, Forgioni (2016) faz alusão ao abuso de direito como fundamento de aplicação do abuso de posição dominante, de modo que este último seria configurado mediante a imposição pelo agente econômico de restrições que sejam contrárias aos próprios fins do direito em exercício. Assim, o abuso de poder econômico corresponderia ao abuso à liberdade de concorrer e ao próprio direito à livre-iniciativa, estabelecidos constitucionalmente. Mais precisamente, haveria abuso de poder econômico sempre que um agente violasse os fins a que se destinam o seu direito de concorrer.

Igualmente relevante ao direito concorrencial é a objetivação conferida pelo Código Civil de 2002 ao abuso de direito, do qual não se exige mais a intenção de causar dano para que seja configurado. Nesse ínterim, uma possível afirmação com fundamento na objetivação se traduz na necessidade de embasamento das condutas do detentor de posição dominante em uma justificativa com razoabilidade econômica que seja capaz de afastar a ilicitude de uma conduta. Em outras palavras, a aplicação do abuso de direito como fundamento ou princípio norteador do abuso de posição dominante tem por corolário a exigência de condutas razoáveis e economicamente justificáveis pelo agente que detém posição dominante.

Assinalam-se, todavia, alguns contrapontos à utilização do abuso de direito como fundamento e fator de distinção entre vantagem competitiva lícita e abuso de posição dominante que, acertadamente, exigem cautela nesse exercício de correlação entre um e outro.

¹⁸ Código Civil, Art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Importa destacar o raciocínio de que “a doutrina do ‘abuso de direito’ vem impregnada de inegável ranço privatístico” (FORGIONI, 2016, p. 277), de modo que a tutela de interesses exclusivamente privados seria incompatível com o direito antitruste, que tem por objetivo a tutela do processo competitivo e não dos agentes econômicos em si.

Inegavelmente, há certa razão de ser nessa crítica, de sorte que se afigura pontual e relevante a observação de Ráo, mencionado por Forgioni (2016, p. 278), no sentido de que o abuso de direito seria um princípio que norteia o ordenamento jurídico como um todo. Desvincula-se, portanto, a repressão ao abuso de direito da proteção exclusiva de interesses particulares e fixa-se o abuso de direito como parâmetro universal do ordenamento pátrio como um todo.

Não obstante a necessidade de considerar os critérios fornecidos pelo CADE para identificar a abusiva de uma conduta e também os fins econômicos e sociais do próprio exercício da livre iniciativa e da livre concorrência, a análise concorrencial deve ser sempre pautada também na avaliação de dois fatores: agente econômico e estrutura do mercado integrada pelo agente (FUJIMOTO, 2020). Isso porque as condutas unilaterais dos agentes econômicos estão naturalmente relacionadas ao papel que exercem no mercado e à dinâmica da estrutura na qual estão inseridos. Nesse contexto, a compreensão desses dois fatores deve influenciar, até mesmo, a análise dos outros critérios aqui mencionados para identificação de condutas abusivas.

Diante disso, impera a necessidade de levar em consideração outros fatores para além daqueles introduzidos pela Escola de Chicago. Isso porque são fatores de extrema relevância para estabelecer uma distinção entre uma simples estratégia empresarial competitiva lícita de uma conduta abusiva.

Ademais, importa deixar bem vincado dois pontos relevantes. Em primeiro lugar, a posição dominante e o poder de mercado em si não são reprimidos pela legislação vigente, mas sim o seu abuso. Em segundo lugar, não necessariamente uma empresa que detém posição dominante irá exercer poder de mercado. Daí porque é necessária a verificação de outros fatores que demonstrem o exercício abusivo de poder de mercado, sendo que um dos critérios que tem o condão de nortear a análise antitruste seria o próprio conteúdo do abuso de direito como princípio jurídico, que deve ser utilizado com a devida parcimônia. Por fim, ressalta-se que não se intende esgotar todos os instrumentos ou fatores que devem ser levados em consideração quando da avaliação do abuso de posição dominante, porquanto cada caso exige certa flexibilidade e compreensão fática por parte das autoridades antitrustes.

II.2. Poder econômico e “*Big Data*”

A invasão da privacidade é a essência dos mercados digitais (ZANATTA; ABRAMOVAY, 2019). Os dados e a informação assumem papel extremamente relevante na economia digital, sendo que a consolidação de poder econômico em plataformas digitais ocorre essencialmente por meio da exploração do Big Data, que pode viabilizar não só a consolidação de poder econômico nesses mercados digitais, como também pode facilitar o abuso de condutas anticompetitivas.

De antemão, vale dizer que não existe uma definição única do termo “*data*”, sendo, geralmente, uma expressão utilizada de forma restrita ou ampla, conforme relatório intitulado “*Competition Law and Data*” (2016), elaborado pelas autoridades concorrenciais francesa e alemã. A expressão mais restrita seria utilizada em situações que se referem a dados científicos, coletados e processados em experimentos específicos. Por outro lado, uma utilização mais abrangente da expressão “*data*” se remeteria a qualquer tipo de informação.

Em discussões acerca da exploração dos dados em mercados digitais, a expressão mais recorrente é “*Big Data*”, que representa a capacidade de algumas empresas de coletar, processar e analisar uma imensa quantidade de dados e informações dos indivíduos para criar estratégias de negócios. Esse desenvolvimento de tecnologias de coleta e análise de grande volume de dados tem consequências sociais e econômicas extremamente significativas, dando origem ao que se denomina de Era dos Dados.

Conforme aponta Bagnoli (2016), o Big Data pode ser caracterizado a partir de um modelo de 6Vs: (i) volume, que representa a captura em massa de dados; (ii) velocidade, que indica a agilidade com que se processa e captura dados; (iii) variedade, que aponta para os vários tipos de informações suscetíveis de captura; (iv) valor, que representa a possibilidade de extração de algum valor dos dados processados; (v) veracidade, que corresponde à precisão e confiabilidade das informações; e, por fim (vi) validação, que significa a possibilidade de extrair algum sentido e coerência dos dados. Em termos de caracterização, o volume, a veracidade, a variedade e o valor permitem distinguir o Big Data de uma capacidade comum de coleta, processamento e análise de dados.

Em primeiro lugar, a capacidade de coleta, processamento e análise de uma enorme quantidade de dados é um dos fatores distintivos do Big Data pois uma coleta comum não é amparada por recursos e mecanismos tecnológicos que ampliem essa capacidade. Essa ampliação da capacidade de coleta, nesse sentido, se dá muito em razão da expansão das

plataformas digitais (como redes sociais, nas quais os usuários fornecem gratuitamente seus dados), da expansão da internet das coisas (que são equipamentos com acesso à internet), da expansão do *e-commerce*, e também em razão do maior acesso a equipamentos de tecnologia (STUCKE; GRUNES, 2016).

A velocidade, por sua vez, aponta para uma coleta e processamento de dados cada vez mais veloz. Em algumas situações, por exemplo, os dados são coletados e analisados em tempo real, influenciando a tomada de decisões que demandam uma resposta mais célere, como é o caso das negociações de ações em bolsas de valores. Essa velocidade de coleta, processamento e análise de dados é cada vez mais aperfeiçoada pelo desenvolvimento da inteligência artificial e é um dos grandes elementos que distinguem o Big Data de outras formas de coleta de dados (DOUEK; PASTORE; RENZETTI, 2019).

Já a variedade na coleta de dados se relaciona à alta capacidade de coleta, processamento e análise de dados de diversas espécies. Em outras palavras, o Big Data contempla a capacidade de coleta dados de naturezas diversas, tanto em formato quanto em conteúdo. Menciona-se, a título de exemplificativo, a capacidade de detectar histórico de consumo, preferências, localização e outras informações que viabilizem a identificação de certos padrões de consumo (STUCKE; GRUNES, 2016).

Por fim, o valor dos dados é precisamente o produto dessas três características. A combinação entre volume, velocidade e variedade permite que as empresas identifiquem padrões mais específicos e condizentes com os reais, o que tem o condão de reduzir a assimetria de informações. Essa forma de coleta, processamento e análise de dados deu origem a novas relações de concorrência e de modelos de negócios, nos quais os dados assumem o protagonismo e constituem o insumo essencial desse mercado (DOUEK; PASTORE; RENZETTI, 2019). Um relatório da OCDE (2016) revela que plataformas baseadas em dados costumam apresentar crescimento de produtividade entre 5 e 10% maior do que as empresas que não se baseiam nessa economia de dados.

Nesse sentido, invariavelmente, o Big Data possui valor e escopo econômicos, considerando que essa velocidade e valor extraído da aquisição e exploração de dados ajuda as empresas a obterem significativo poder de mercado (STUCKE, 2018). Um relatório produzido pelas autoridades alemã e francesa (2016), esclarece que os dados podem permitir que os agentes econômicos aperfeiçoem seus produtos e serviços. É o que ocorre, por exemplo, nos serviços de busca pela web, notadamente marcados pelos “efeitos de aprendizagem” ou “*learning effects*”.

Esses efeitos correspondem às funções dos algoritmos desses mecanismos de buscas responsáveis por aprender quais seriam os melhores resultados de acordo com os cliques individuais. Os resultados de uma busca seriam sempre refinados pelos algoritmos a partir dos cliques de cada usuário. Assim, no caso das plataformas de busca, que oferecem como serviço resultados de pesquisas, a aprendizagem automatizada mediante coleta e processamento de informações dos usuários é capaz de aperfeiçoar e filtrar os resultados, que podem variar de acordo com os interesses de cada usuário.

Daí decorre perceptível função econômica dos dados, que seria a de proporcionar aos agentes econômicos uma oferta de produtos e serviços mais direcionada e personalizada, de acordo com os interesses específicos de cada consumidor. De acordo com relatório produzido pelo “*Stigler Committee on Digital Platforms*” (2019), as plataformas que analisam o comportamento dos consumidores por meio da coleta de dados podem explorar seus padrões de consumo e desenhar uma oferta mais personalizada, aumentando seus lucros por meio da exploração de padrões e vícios de consumo.

Os agentes econômicos podem não só oferecer produtos e serviços direcionados, como também podem direcionar a publicidade ao público real de consumidores de determinado produto ou serviço, ou, melhor dizendo, ao público que se interesse, de fato, pelo produto ou serviço anunciado. Isso também abre margem para que os agentes econômicos cobrem preços distintos dos usuários com fundamento nos dados pessoais (BUNDESKARTELLAMT; AUTORITÈ DE LA CONCURRENCE, 2016).

Nesse sentido, cumpre mencionar decisão proferida no processo nº. 08012.002116/2016-21, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, que multou a empresa Decolar em R\$ 7.500.000,00 pelas práticas de *geo pricing* e *geo blocking*. *Geo pricing* é uma conduta abusiva de discriminação de preços de acordo com a localização do consumidor, ou seja, um mesmo produto ou serviço é oferecido a preços distintos de acordo com a localização do usuário. Já a prática de *geo blocking* corresponde à manipulação do conteúdo visualizado pelo consumidor de acordo com a região em que se encontra.

Vê-se para logo que, a despeito das relevantes discussões que surgem na esfera de direitos consumeristas, as informações pessoais dos consumidores, *in casu*, os dados de localização, podem aumentar o poder de manipulação e a especificidade de oferta de produtos e serviços.

Essa coleta de dados também permite a antecipação das escolhas dos consumidores, já que o efeito de aprendizagem automatizada viabiliza a identificação de padrões e hábitos dos usuários. É ver-se, por exemplo, reportagem de 2018 publicada no *New York Times*,

segundo a qual pelo menos 75 empresas recebem dados de localização de usuários de aplicativos que aceitaram compartilhar sua localização para receber informações como notícias locais ou sobre o clima. Essas informações, por sua vez, seriam analisadas ou vendidas (por vezes, sem que seus usuários soubessem) para direcionar anúncios publicitários ou até mesmo produtos e serviços. É uma indústria que movimentou cerca de US\$ 21 bilhões em 2018 (VALENTINO-DeVRIES, 2018).

Com efeito, uma tendência dessas plataformas que exploram o Big Data, como *Amazon* e *Google*, é a de ingressar em mercados adjacentes, nos quais terão evidente vantagem competitiva mediante obtenção de informação dos usuários que dependem de suas infraestruturas e a utilização dessa informação para a consolidação de poder de mercado (KHAN, 2016). Nesse sentido, um estudo da *Competition and Markets Authority* (2020, p.18) revela que:

[p]latforms with market power can leverage their position into downstream or adjacent markets, giving themselves an advantage over potential competitors and undermining competition in those markets. We have heard numerous complaints about this form of activity, for example, that Facebook is using its position in social media to leverage into adjacent markets, or that **Google is using its position in general search to undermine competition in different forms of specialized search, including online travel agents and shopping comparison.**

Essa é precisamente a chamada teoria da alavancagem. As informações pessoais dos usuários são capturadas de um mercado para beneficiar outra linha de negócio do mesmo agente econômico. Esse controle de dados, a um só tempo, pode facilitar a entrada dessas empresas em novos mercados e reduzir a concorrência ao dificultar a entrada de novos competidores. Dito de outro modo, o controle de dados funciona como instrumento de aumento de poder de mercado e também como uma barreira à entrada de novos concorrentes (v. item II.3 *infra*).

De modo geral, vale assinalar que os dados, por vezes coletados de forma indiscriminada, são utilizados para aumentar o poder de mercado dessas corporações de modo a consolidar seus lucros às custas das informações obtidas dos consumidores. Por meio dos dados, essas empresas conseguem explorar vícios e fraquezas dos indivíduos de modo a ajustar suas práticas de acordo com cada indivíduo, maximizando, assim, os lucros a serem obtidos (STIGLITZ, 2019). Confira-se, nesse sentido, documento elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE (2020, p. 23):

Isso gera um ciclo positivo em que maior escala e acesso a dados fortalecem a empresa, que passa a ter ainda maior escala e mais dados. Esta seria uma importante barreira à entrada, em particular quando a natureza singular e acesso exclusivo às bases de dados faz com que elas percam sua característica de bem público no sentido econômico do termo.

Nesse sentido, em plataformas de múltiplos lados e preço zero, uma das formas de criação de valor para a própria plataforma e seus financiadores seria a coleta de dados e a captura de atenção dos usuários (OCDE, 2016). Vale dizer que os dados possuem valor econômico pois são frequentemente, embora não exclusivamente, coletados por empresas que atuam em mercados de preço zero, de modo que o preço pago por um serviço ou produto aparentemente gratuito são informações pessoais dos usuários (NEWMAN, 2016).

Entretanto, os consumidores dificilmente têm consciência do valor de seus próprios dados e da forma pela qual as empresas de alta tecnologia conseguem se beneficiar dessas informações pessoais. Isso se dá, em grande medida, porque os consumidores não sabem quais dados podem ser coletados e os termos de privacidade geralmente são extensos, apresentados em linguagem complexa ou pouco compreensíveis (OCDE, 2016).

Balto e Lane (2016), ademais, observam que os dados não poderiam ser comparados a um pagamento (ou moeda de troca) por um serviço gratuito, porquanto seriam inesgotáveis e possuiriam um valor fluido. Assim, a falta de escassez dos dados permite que os usuários forneçam suas informações para vários agentes, ao passo que a fluidez dos dados significa que a relevância e utilização dessas informações pessoais assume determinado papel e grau de importância de acordo com o modelo de negócios adotado.

Nesse ínterim, em síntese, é possível classificar a função ou valor econômico dos dados a partir de três estratégias, conforme elaboram Trabucchi, Buganza e Pellizzoni (2017): publicidade especializada (os dados são coletados para direcionar uma publicidade específica ao seu público real); e-etnografia (dados como mecanismo de aprimoramento dos serviços e produtos oferecidos); e troca de dados (por meio da qual as empresas lucram a partir da venda de dados pessoais a outros agentes econômicos).

Portanto, não só os dados servem à aquisição de consolidação de poder econômico das empresas, como também são a base de todo o sistema econômico digital contemporâneo, tornando-se particularmente desafiador distinguir um uso de dados concorrencialmente ilícito de uma mera vantagem competitiva. Com efeito, as grandes empresas de tecnologia, que possuem maior capacidade de coleta, processamento e análise de dados em massa têm maior poder de mercado nessa esfera digital, tendo em vista que possuem maior capacidade de

explorar os hábitos de seus usuários. É uma espécie de ciclo vicioso de poder econômico movido à base de dados pessoais.

II.3. Possíveis consequências da premissa da “competição a um clique de distância” na avaliação de potenciais abusos de poder econômico

Em 2009, a *Google* iniciou um projeto de digitalização e disponibilização de diversos livros a seus usuários, o que acarretou inúmeras críticas ao seu poder econômico (além de discussões relacionadas a direitos de propriedade intelectual). Em resposta ao *The New York Times* (2009), o até então diretor executivo da empresa, Eric Schmidt, disse o seguinte: “[e]stamos a um clique de perder você como cliente, por isso é muito difícil para nós prendê-lo como cliente da maneira que as empresas tradicionais fazem” (tradução livre).¹⁹

No ano seguinte, em 2010, a Comissão Europeia iniciou um inquérito preliminar em face da *Google*, acusada de preterir nos resultados de busca de seus buscadores os produtos e serviços que concorriam com os seus próprios, sobretudo o *Google Shopping*. Essas investigações originaram e intensificaram diversas discussões sobre o abuso e a posição dominante da empresa.²⁰

Daí surgiu o raciocínio da “*competition is one click away*” ou da “competição a um clique de distância”, que se tornou o principal argumento da *Google* e foi até mesmo incorporado aos seus princípios: “*Google’s six principles of competition and openness: (...) Competition is just one click away*”.²¹

De acordo com essa tese, calcada na Escola de Chicago, o consumidor pode facilmente acessar os produtos e serviços oferecidos por empresas concorrentes, porquanto os custos de troca de buscadores gratuitos seriam inexistentes, assim como o seriam as barreiras à entrada nesses mercados de “preço zero”. De acordo com esse discurso, as práticas da *Google*, especialmente relacionadas ao *Google Search*, seriam estratégias comerciais lícitas e dificilmente abusivas, considerando que a configuração de mercados de “preço zero”, ou seja,

¹⁹ Veja-se: CARR, David. EU Opens Google Antitrust Inquiry. *The Wall Street Journal: How Good (or Not Evil) Is Google?*, [s. l.], 2009. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2009/06/22/business/media/22carr.html?pagewan-ted=2&r=1&ref=technology>. Acesso em: 7 set. 2020.

²⁰ Confira-se: CATAN, Thomas; VASCELLARO, Jessica E.; FORELLE, Charles. EU Opens Google Antitrust Inquiry. *The Wall Street Journal*, [s. l.], 2010. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704188104575084062149453280>. Acesso em: 7 set. 2020.

²¹ Confira-se: Google’s Approach to Competition. *Google Public Policy Blog*. 08/05/2009. Disponível em: <https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html> Acesso em 7 set. 2020.

a gratuidade dos serviços e a aparente ausência de barreiras à entrada permitiriam aos usuários realizar a troca de serviços a partir de um simples clique. Nesse sentido, veja-se:

A troca de motores de busca não requer nenhum download ou instalação de software, nem é necessário para os usuários devem se inscrever ou treinar novamente, já que todos os mecanismos de pesquisa funcionam com base no mesmo princípio simples. Todos os motores de busca são portanto, verdadeiramente apenas "apenas um clique de distância". Na verdade, muitos usuários da Internet hoje usam vários mecanismos de pesquisa em paralelo (ou seja, *multi-home*). Além disso, não há efeitos de rede que possam tornar mais difícil alternar a pesquisa motores (KERSTING & DWORSCHAK, 2014, p. 4-5, tradução livre).

Bork e Sidak (2012), analisando o mercado de pesquisa online e o caso da Google, esclarecem que a arquitetura aberta da internet permite aos consumidores uma navegação direta, ou seja, eles podem acessar qualquer site, inclusive de empresas concorrentes, sem que seja necessário acessar o *google*. Nesse ínterim, inexistiria qualquer custo de troca ou obstáculo técnico imposto pela Google que dificulte ou inviabilize a substituição dos serviços oferecidos pela empresa por outros. Em outras palavras, de acordo com o raciocínio da “*competition is one click away*”, dificilmente existem barreiras à entrada e troca em mercados digitais.

Os autores argumentam que os mercados de busca seriam naturalmente mercados de dois lados, de sorte o modelo de negócios da Google seria baseado na atratividade de consumidores e, igualmente, de anunciantes e outras empresas. Com isso, o desenvolvimento, personalização e classificação dos melhores resultados seria apenas uma forma de inovação ou uma vantagem competitiva lícita com vistas a realizar a manutenção do próprio negócio. Desse modo, impedir a Google de prover os melhores resultados possíveis implicaria em redução de qualidade dos serviços, desincentivo à inovação, o que iria de encontro à proteção do bem-estar do consumidor e do próprio processo competitivo.

Não obstante a cautela que exigem – acertadamente – esses argumentos, não é razoável ignorar que embora essas plataformas produzam, de fato, diversas externalidades positivas aos consumidores, essas externalidades também tendem a corroborar para o aumento do poder econômico das empresas, para o aumento da concentração de determinados mercados e até mesmo para a criação de algumas barreiras (BUNDESKARTELLAMT; AUTORITÈ DE LA CONCURRENCE, 2016).

As externalidades positivas tendem a atrair a grande maioria dos usuários, que acabam por utilizar exclusivamente serviços ou produtos oferecidos por uma empresa ou adotar apenas uma tecnologia. É o chamado “*the winner takes all*”, que se torna muito

evidente em plataformas digitais. Essa característica, por sua vez, aponta para uma tendência maior à concentração em mercados digitais do que em mercados físicos.

Isso porque esses efeitos de rede, inerentes às plataformas de múltiplos lados, podem se desenvolver sem muitas limitações, como as enfrentadas pelos mercados físicos (finitude de espaço, por exemplo, que limita o número de consumidores). Assim, paradoxalmente, os efeitos de rede positivos, notadamente produzidos pelas plataformas de múltiplos lados, têm por corolário uma tendência à concentração mais acentuada em mercados digitais (HOPPNER, 2015).

Uma das razões que pode explicar essa tendência à concentração é precisamente a exploração do Big Data nesse processo competitivo de consolidação de poder de mercado ou de atração de consumidores (WHISH; BAILEY, 2015). Empresas de alta tecnologia que controlam plataformas-chave, como a *Amazon* e a *Google*, geralmente atraem diversos tipos de agentes, como vendedores, consumidores, publicitários. Essa alta atratividade faz com que essas empresas acumulem dados em massa e de natureza distinta e, por conseguinte, sejam capazes de implementar com mais eficácia as estratégias já detalhadas nesse trabalho.

Esse efeito de rede do Big Data é chamado de *feedback loop*: de um lado, uma plataforma com grande número de usuários possui maior acesso a uma grande quantidade e variedade de dados; de outro, ao extrair um valor da exploração do Big Data, as empresas conseguem desenvolver e direcionar melhor seus serviços, o que, por sua vez, funciona como um mecanismo de atratividade de mais usuários. Confira-se:

Por exemplo, quando uma forte externalidade de rede através da plataforma existe em mais de um lado do mercado, isso cria feedback loops. Nesses loops, uma ação pode disparar uma espiral de reações, que, como em um efeito multiplicador, aumenta a magnitude das consequências da ação. Como exemplo, aumentar o preço que usuários pagam pode reduzir o número de usuários, mas isso também pode reduzir o valor da plataforma para anunciantes e, por isso, reduzir a quantidade de anunciantes dispostos a pagar. Por sua vez, isso pode reduzir o retorno que os fornecedores de conteúdo recebem quando seu conteúdo é visto na plataforma, reduzindo, portanto, a quantidade ou qualidade do conteúdo, o que pode reduzir o número de usuários. Novamente, isso pode então reduzir o número de anunciantes que estão dispostos a pagar, e assim por diante. Cada ação tomada pela plataforma pode criar uma série de reações (um ripple effect). Se esses efeitos se estenderem suficientemente, eles podem levar a empresa à falência, de um lado, ou ao monopólio, de outro” (OCDE, 2018, p. 11)

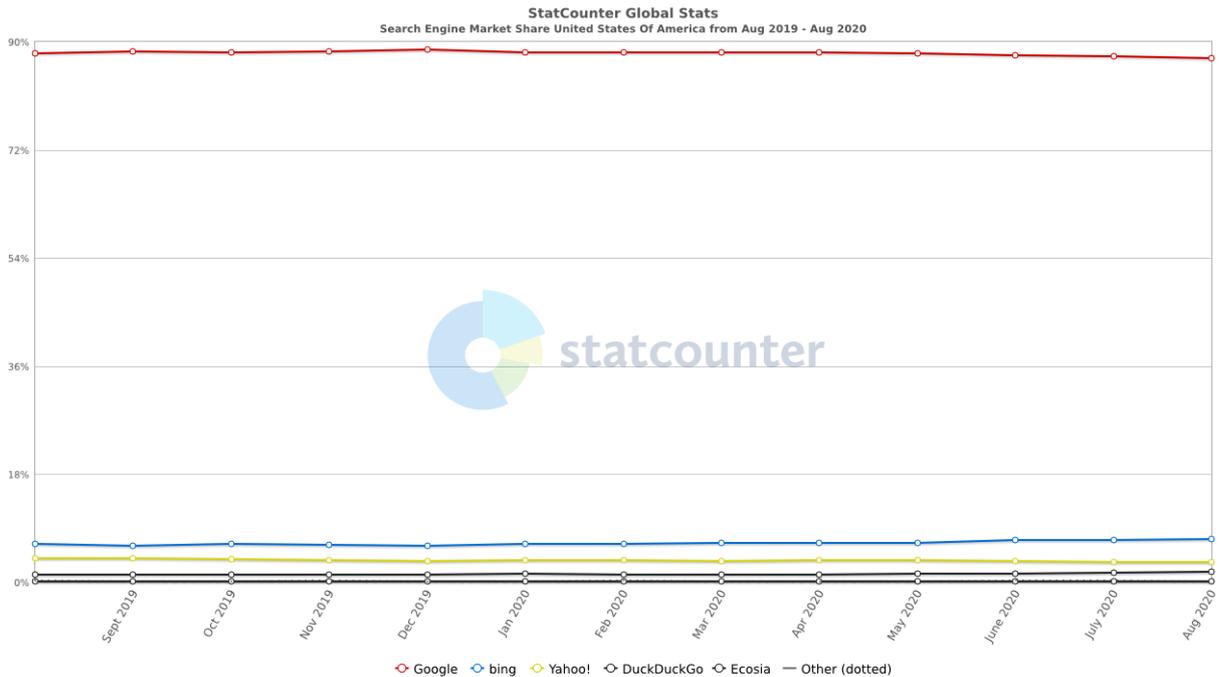
Parece ser um ciclo infundável e que tem como consequência o aumento de poder econômico dessas plataformas. Pasquale (2013) aponta que coletar, processar, armazenar e

analisar dados em grande quantidade exige uma alta capacidade em termos financeiros e de energia, de sorte que as empresas que atuam no setor de buscas online e que já detêm muitos usuários (e conseqüentemente uma extensa base de dados) têm mais facilidade em inovar e oferecer os melhores resultados do que um novo entrante. Isso quer dizer que o dado poder ser barreira à troca e à entrada.

Entretanto, importa esclarecer que o acesso e o controle de dados, por si só, não é suficiente para configurar uma espécie de barreira à entrada. É importante analisar se a exploração do Big Data por uma empresa é capaz de dificultar ou até impedir a entrada de novos concorrentes em uma plataforma digital. Não se pode olvidar, contudo, que a exploração do Big Data não seja uma vantagem competitiva. O desafio consiste em identificar se essa exploração é uma mera vantagem competitiva lícita, de sorte que a competição, nesse cenário, estaria a um clique de distância, ou se ela contribui para o abuso de poder econômico das empresas e funciona como uma efetiva barreira à entrada de novos competidores.

Além disso, efeitos de marca na percepção do consumidor também indicam que mercados digitais podem não ser tão livres de barreiras como parecem ser. Um estudo sobre os efeitos da marca na avaliação de mecanismos de busca, por exemplo, revelou uma diferença de avaliação de 25% entre os considerados melhores e os piores mecanismos de busca, muito embora os mecanismos utilizados tenham sido exatamente os mesmos, ainda que sob rótulos distintos (JANSEN; ZHANG; ZHANG, 2007).

Ademais, outro fator que pode dificultar a entrada de novos concorrentes e que vai de encontro ao raciocínio da “*competition is one click away*” é o fato de que as plataformas online podem funcionar como infraestrutura para outros agentes econômicos, ou seja, são portas de entrada para outras empresas que queiram prestar serviços e oferecer seus produtos online. Assim, algumas plataformas online funcionam como verdadeiros canais de distribuição e são a própria estrutura dos mercados digitais, de modo que adquirem significativo poder de mercado. Isso facilita que essas plataformas ditem as condições aos usuários e demais negócios que dependem de suas infraestruturas para funcionar. (KHAN, 2016). Nesse sentido, observa-se que o *market share* da Google, só nos Estados Unidos, é radicalmente superior ao dos demais mecanismos de busca:



Fonte: Statcounter GlobalStats

Por fim, o argumento de que a competição estaria a um clique de distância também não convenceu a Comissão Europeia, que condenou a Google por abusar de sua posição dominante ao pagamento de uma multa equivalente a 2,42 bilhões de euros. Dentre vários elementos considerados na decisão, vale destacar que a Comissão Europeia decidiu que a Google exerce, de fato, posição dominante no mercado relevante de pesquisas gerais (a delimitação geográfica foi o espaço econômico europeu), por possuir participação de mercado em torno de 90%.

Considerou, além disso, que o abuso dessa posição ocorreu porque o Google Search priorizava o Google Shopping e rebaixava os concorrentes na SERP (*Search Engine Results Page*). Essa conclusão foi fundamentada no fato de que a prática teria tido como consequência (i) o aumento de tráfego no Google Shopping: o tráfego foi 45 vezes maior no Reino Unido, 35 vezes maior na Alemanha e 19 vezes maior na França, entre outros; e (ii) a redução significativa do tráfego em serviços rivais desde a prática da conduta abusiva: queda específica de tráfego em rivais de 85% no Reino Unido, de até 92% na Alemanha e 80% na França. Margrethe Vestager, da Comissão Europeia, esclareceu que

A Google criou muitos produtos e serviços inovadores que fizeram a diferença em nossas vidas. Isso é bom. Mas a estratégia da Google para seu serviço de comparação de preços não era apenas atrair clientes, tornando seu produto melhor do que o de seus rivais. Ao invés disso, a Google abusou de

seu domínio de mercado como mecanismo de pesquisa, promovendo seu próprio serviço de comparação de preços em seus resultados de pesquisa e rebaixando os dos concorrentes.

O que a Google fez é ilegal de acordo com as regras antitruste da UE. Negou a outras empresas a chance de competir pelos méritos e inovar. E o mais importante, negou aos consumidores europeus uma escolha genuína de serviços e todos os benefícios da inovação (2017, tradução livre).²²

Portanto, verifica-se que a competição não necessariamente está a um clique de distância, sobretudo em se tratando de plataformas que exploram o Big Data e o utilizam para consolidar seu poder de mercado, como também de plataformas que funcionam como infraestrutura ou portas de entrada para outros mercados (situação que também ocorre graças à exploração do Big Data). Dessa maneira, a adoção prematura e algumas vezes irrefletida do argumento da “competição a um clique de distância” pode fazer com que se ignore essa as novas formas de barreiras à entrada e a forma pela qual a estrutura dessas plataformas online se coloca nesses mercados.

* * *

Por todo o exposto, é possível inferir algumas conclusões nesse capítulo. Em primeiro lugar, a eficiência e o preço, embora fatores de extrema relevância, não devem ser parâmetros exclusivos de análise de uma conduta abusiva. Em segundo lugar, o abuso de direito enquanto princípio do ordenamento pode informar a verificação do abuso de poder econômico, além de ter por consequência a necessidade de identificação de uma justificativa econômica, que se revela especialmente relevante à avaliação de condutas de agentes detentores de posição dominante.

Em terceiro lugar, verificou-se que a consolidação de poder econômico em mercados digitais ocorre principalmente por meio da exploração do Big Data, que constitui evidente vantagem competitiva nesses mercados. Em quarto e último lugar, verificou-se que o Big Data pode funcionar como uma barreira à entrada e troca de serviços e pode auxiliar as empresas a se consolidarem em mercados adjacentes, bem como que algumas plataformas podem funcionar como portas de entrada nos mercados digitais, o que é um indicativo de maior poder econômico e, por consequência, mais suscetibilidade do mercado às práticas e condutas desse agente (ainda que abusivas).

²² Para mais detalhes sobre a decisão da Comissão Europeia, vale conferir: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740

CAPÍTULO III – A DECISÃO DO CADE NO CASO DO “GOOGLE SHOPPING” E OS DESAFIOS À ANÁLISE ANTITRUSTE

O caso escolhido para a análise foi o Processo Administrativo nº. 08012.010483/2011-94, de relatoria do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, instaurado em 10.10.2013 mediante representação da empresa E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., que detém os sites de comparação de preços Buscapé e Bondfaro. O objetivo do processo foi a apuração de supostas condutas abusivas praticadas pela Google Inc. e pela Google Brasil Internet Ltda., tipificadas no art. 36, incisos I, II e IV, e § 3º, incisos III, IV, X e XI, da Lei nº 12.529/2011.

A acusação contra a Google teria ocorrido em razão da prática de posicionamento privilegiado do Google Shopping nos resultados de buscas orgânicas do Google Search, fazendo com que os concorrentes do Google Shopping, como Buscapé e Bondfaro, perdessem cliques e receita. Esse cenário, de acordo com as acusações, teriam o condão de aumentar o preço ao consumidor final e causar prejuízos aos concorrentes. Além disso, a Google também foi acusada pela E-commerce de alavancar o tráfego dos próprios sites utilizando conteúdo de sites concorrentes de busca especializada (“*scraping*”).

Tanto o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) quanto a SG (Superintendência-Geral do CADE) sugeriram o arquivamento do processo administrativo. O DEE, em nota técnica emitida em 19.11.2018, teria fixado entendimento no sentido de que não haveria indícios econômicos suficientes para caracterizar a suposta infração investigada. Já a SG, além de entender pela ausência de indícios de condenação, teria sugerido que a Google permitisse serviços de comparação de preços nos “PLAs”, definido no item seguinte.

O Relator Conselheiro, a Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova e o Conselheiro Presidente Alexandre Barreto de Souza, que fez uso de seu voto de qualidade, optaram pelo arquivamento do processo. Apresentaram votos favoráveis à condenação da Google os Conselheiros João Paulo de Resende e Paulo Burnier da Silveira e a Conselheira Paula Azevedo. O processo foi arquivado nos termos do voto do Conselheiro Relator e transitou em julgado no dia 2.7.2019.

Ressalta-se que a escolha do presente caso ocorreu em razão da relevância dos debates travados nos votos acerca da concorrência em mercados digitais. Além disso, não se pretende abordar e explorar detalhadamente todos os fundamentos utilizados em todas as

decisões. O objetivo do presente capítulo é apenas identificar alguns pontos de inflexão da análise concorrencial – não é, repise-se, fornecer soluções aos inúmeros problemas decorrentes de condutas unilaterais em mercados digitais, mas apenas contribuir, ainda que minimamente, para o debate acerca da concorrência em mercados digitais.

III.1. Mercado de buscas e condutas imputadas à Google

A realização de uma pesquisa no mecanismo de buscas costuma apresentar duas espécies de resultados na SERP (*Search Engine Results Page*): resultados orgânicos e resultados temáticos. Os resultados orgânicos são aqueles resultados gerais relacionados ao termo de busca, ao passo que os temáticos ou verticais direcionam o usuário a páginas que permitem uma pesquisa mais específica relacionada a determinado tema. Os resultados temáticos são aqueles que direcionam o usuário a outros buscadores mais específicos, que permitem a busca por um tema específico, como sites de hotéis, viagens e outros. O próprio Google Shopping é um mecanismo de busca temática especializada em produtos e concorre com outros mecanismos de busca de produtos.

O mecanismo de busca da Google, o Google Search ou Google Busca, sofreu algumas adaptações ao longo dos anos. Cabe destacar aqui algumas distinções traçadas no voto do Conselheiro Relator sobre duas das técnicas utilizadas: o *Product Universal* e o *Product Listing Ads* (PLAs).

O *Product Universal* corresponde a uma técnica lançada pela Google nos Estados Unidos, em 2007, que permitia a comparação de resultados das buscas de acordo com a relevância entre resultados orgânicos e os resultados verticais. Essa técnica ranqueava os resultados de acordo com a qualidade e relevância, sem qualquer distinção entre os resultados orgânicos e verticais.

Em 2010, surge nos Estados Unidos o *Product Listing Ads* (PLAs), que consiste em uma técnica de cobrança de anúncios de produtos de outros varejistas em uma posição privilegiada. A cobrança se dá por clique (“custo por clique”). De acordo com a Google, os resultados temáticos exibidos na página seriam definidos por dois algoritmos, um para determinar os resultados temáticos relevantes de acordo com os termos de busca do usuário e outro para classificar os resultados mais necessários em relação aos demais. Em 2012 essa técnica foi implementada no Brasil em substituição à *Product Universal*.

As condutas imputadas à Google foram divididas de acordo com o lapso temporal de utilização do Product Universal e do PLAs. O Conselheiro Relator (2019, p.21) classificou as condutas a serem avaliadas de acordo com essas técnicas e seus períodos de vigência, subdividindo as condutas em três, a serem apuradas na vigência de ambas as técnicas:

- a. inovação predatória – os PLAs com imagem atrairiam toda a atenção do usuário;
- b. inovação predatória – os PLAs ocupariam muito espaço da página de resultados do Google, gerando menor visibilidade aos demais sites;
- c. privilégio a produto próprio – os PLAs apareceriam sempre em posição privilegiada quando os termos de busca são relacionados a produtos;
- d. exclusão de concorrentes – os concorrentes não teriam acesso a anúncios com foto, ante a impossibilidade de comparadores de preço de adquirirem espaços nos PLAs.

Assim, a primeira espécie englobaria as condutas exclusionárias, que se configurariam mediante a imposição aos comparadores de preços de condições que tornem impossíveis a compra de uma PLAs e privilegiando os varejistas e *market places*. O segundo grupo de condutas seria o de inovação predatória, configurada pelas alterações de *layout* realizadas pela Google em sua página de resultados. Por fim, a terceira espécie seria o posicionamento privilegiado, por meio do qual a Google estaria se aproveitando de sua posição dominante no mercado de buscas para impulsionar o próprio serviço de comparação de preços, o Google Shopping, em detrimento dos concorrentes no mercado de buscas temáticas (ou seja, no mercado de comparação de preços).

III.2 Fundamentos para o arquivamento do processo

Inicialmente, cabe apontar algumas características importantes à delimitação do mercado relevante destacadas pelo Relator. A primeira delas foi o fato de o caso lidar com bens distintos, tanto do ponto de vista do consumidor quanto do ponto de vista dos varejistas e fornecedores. Assim, considerou que os mercados de buscas genéricas e de comparação de preços seriam mercados de múltiplos lados e que o setor de tecnologia é amplo e possui repleto de correlações. Além disso, destacou que o google seria uma plataforma de *matching* não transacional. Plataforma de *matching* pois teria por objetivo conectar dois grupos distintos de usuários. E não transacional pois não habilita transações entre os grupos distintos, ou seja, não monitora ou serve de suporte a essas transações. O Relator também identificou um grau de substituição entre os serviços de busca prestados pela Google e os prestados pelos

sites de comparação de preços, assim como entre os serviços prestados pela Google e os prestados pelos varejistas e *marketplaces*.

Diante disso, foram dois os mercados relevantes delimitados na dimensão produto: (i) de buscadores genéricos e (ii) de comparadores de preço. Embora o Relator tenha considerado dois mercados relevantes distintos entre os mercados de busca geral e de buscas temáticas, destacou que, pessoalmente, acredita não haver segmentação entre os mercados, porquanto não haveria “intenção de busca temática ou geral” por parte do usuário, mas mera pesquisa por um termo. Com isso, a definição de dois mercados teria ocorrido em razão de atender melhor aos interesses concorrenciais do caso. Os demais votos pelo arquivamento do processo, também concluíram pela existência desses dois mercados relevante.

Em relação ao poder de mercado, verifica-se o Relator considerou que o *market share* não seria a melhor ferramenta para verificar a existência de poder de mercado da Google pois as plataformas de busca não transacionam bens físicos, mas sim informação. Com efeito, essa informação seria a razão pela qual as pequenas empresas podem expandir sua oferta mais rapidamente. No caso de buscadores, o parâmetro do exercício de poder de mercado deve ser a possibilidade de a empresa deixar de oferecer resultados ótimos, reduzindo a qualidade de seu serviço e mantendo seus lucros estáveis.

Nesse sentido, ressaltou que em plataformas de múltiplos lados é necessário que todos os lados detenham poder de mercado. Isso porque o lado dos anunciantes é o que permite a monetização, sendo que o lado das buscas é gratuito e gera uma externalidade indireta que afeta o valor e o lado dos anunciantes. Ou seja, quanto mais usuários do serviço gratuito de busca do google, maior o valor gerado para os anunciantes.

O efeito de rede indireto teria o condão de reforçar o poder de mercado da Google. Assim, concluiu que a Google detém posição dominante no mercado de buscas gerais não só em decorrência do elevado *market share* (em torno de 90%), como também de outras características, como popularidade, que afastariam a facilidade e propensão à substitutibilidade dos serviços prestados pela plataforma.

Importa destacar, ainda, algumas considerações tecidas sobre os dados dos usuários. Inicialmente, cabe transcrever dois trechos do voto proferido pelo Relator nos quais ele explica que o ranqueamento de resultados pela plataforma ocorre a partir do tratamento das informações coletadas (2019, p. 27):

Após a coleta de dados ocorrida com o uso da plataforma, o Google realiza o tratamento dessas informações e, como forma bastante simples e

reducionista para fins de explicação, é a partir do tratamento desse verdadeiro ‘Big Data’ que o Google consegue classificar e criar o quality score – uma das formas de classificação de anúncios e critérios semelhantes àqueles utilizados pela empresa para ranquear os resultados orgânicos.

(...)

Por essa razão cada usuário pode obter uma experiência diferenciada na utilização do serviço de buscas do Google, a depender de informações relevantes no momento dessa pesquisa, a exemplo de sua localização, e de outras informações pretéritas sobre a forma de utilização da plataforma ou de outros produtos da Representada. A partir dessa criação de perfis é possível oferecer experiências personalizadas a cada usuário, com nítidos efeitos positivos para o consumidor.

O Conselheiro afirmou que os dados não seriam barreiras à entrada e nem seriam capazes de caracterizar o google como um insumo essencial. Em primeiro lugar, porque os dados não seriam essenciais ao mercado de comparação de preços e, ainda que o fossem, são insumos não rivais e não exclusivos, de sorte que mesmo que os dados possam ensejar barreiras à entrada ao permitirem a oferta de serviços mais especializados, constituem um insumo de fácil acesso por qualquer agente econômico.

Desse modo, o que distingue o sucesso de uma empresa seria a forma pela qual ela explora o Big Data e não necessariamente o volume de dados disponíveis. Em segundo lugar, na visão do relator, os dados geram mais eficiências aos consumidores, que são beneficiados pela especialização dos serviços utilizados.

Ao final, após a análise de outros fatores que não serão analisados no presente trabalho, o Relator concluiu pelo arquivamento do processo, primordialmente em razão da verificação de eficiências produzidas pelos serviços prestados pela empresa e da ausência de comprovação de efeitos das condutas.

Da mesma forma, o Conselheiro Presidente Alexandre Barreto de Souza optou pelo arquivamento do processo por insuficiência de indícios que comprovassem danos aos sites de comparação de preços e ausência de provas que demonstrassem queda de visibilidade dos sites de comparação de preços. Ressaltou também que a mudança no design do produto não foi introduzida com a finalidade específica de prejudicar a concorrência e que inexistem danos efetivos ao consumidor.

Igualmente, a Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova concluiu pelo arquivamento por ausência de provas para demonstrar os efeitos anticompetitivos e para demonstrar relação de causalidade entre as condutas da Google e os efeitos no mercado, como a diminuição do tráfego nos comparadores de preços.

III.3. Fundamentos para a condenação da Google por abuso de posição dominante

A Conselheira Paula Farani acolheu a delimitação de mercado relevante realizada pela SG, considerando a existência de dois mercados relevantes, um de buscas genéricas e outro de comparadores de preços. Em relação ao mercado de buscas, destacou que a concorrência entre comparadores de preço e de buscas genéricas seria limitada, ou sejam, aqueles não concorrem com estes últimos no mercado de buscas genéricas quando a pesquisa realizada não for temática. Igualmente, considerou limitada a substitutibilidade da demanda entre comparadores de preço e *marketplaces*.

Nesse sentido, fazendo referência ao relatório produzido pela Comissão Europeia acerca da “*Competition Policy for the Digital Era*”, considerou que a análise concorrencial em mercados digitais não deve se preocupar tanto com a definição de mercado relevante, já que as fronteiras entre os mercados seriam pouco claras em relação à economia não digital, de sorte que a análise concorrência deve se concentrar em teorias do dano e na identificação de estratégias anticompetitivas.

Por outro lado, o Conselheiro João Paulo de Resende considerou que a delimitação de mercado relevante é essencial à distinção entre uma vantagem lícita e uma vantagem ilícita. Isso porque uma análise somente a partir dos efeitos pode inviabilizar a identificação dessa distinção, sobretudo em se tratando de mercados com fronteiras tão tênues como os digitais. Para Resende, assim como para a Comissão Europeia na investigação de abuso de posição dominante da Google, os mercados relevantes a serem considerados seriam três: (i) mercado de busca orgânica (ou horizontal); (ii) mercado de busca temática (ou vertical); e (iii) mercado de compras online.

Nesse sentido, merecem destaque algumas considerações do Conselheiro sobre o mercado de busca orgânica, que basicamente seria integrado por um prestador de serviços que realiza um *matching*. Esse mercado seria notadamente um mercado de dois lados com notórias externalidades de rede. Além disso, a qualidade do serviço nesses mercados estaria diretamente correlacionada à neutralidade financeira da busca (ou seja, o serviço mais eficiente é o que conecta o usuário ao melhor resultado, e não aquele que conecta o usuário “com aquele que pagou mais para aparecer na plataforma” (2019, p. 2). Esse mercado de buscas orgânicas se distinguiria do de buscas temáticas pois seria “um serviço de biblioteca, [já] o outro [de buscas temáticas] um serviço de propaganda” (p. 2). Nesse contexto, o

Conselheiro pontuou que haveria certa relação de hierarquia entre ambos os mercados pois os comparadores de preço pagam ao Google para aparecer em seus resultados de busca.

No que concerne ao poder de mercado da plataforma, Farani entendeu que haveria poder de mercado no mercado de buscas, com fundamento no *marketshare* detido pela empresa. Já em relação ao mercado de buscas temáticas, considerou despicienda a sua avaliação em função da teoria da alavancagem e dos dados, uma vez que o Google Shopping lidera os acessos desde meados de 2015.

Resende, a seu turno, considerou que haveria poder de mercado por três razões. À uma, porque a Google processa mais de 95% das buscas orgânicas no país, de acordo com estudo elaborado pela DEE. À duas, pois a Google funciona como porta de entrada para outros domínios na internet (v. Capítulo II, item 3). À três, porque a Google teria o poder de catapultar o seu próprio comparador de preços.

Não se pode deixar de mencionar, ainda, que o Conselheiro destacou que uma das motivações da Google para dominar o mercado de comparadores de preço e, com isso, reduzir a concorrência, seriam não só os potenciais lucros financeiros, como também a possibilidade de capturar informações dos usuários. Isso porque quanto “mais informações o Google consegue extrair de usuários da internet, mais ele consegue aprimorar o mecanismo de busca, é verdade, mas também mais ele se distancia de qualquer concorrente e mais ele robustece seu poder de mercado” (2019, p. 4).

Já o Conselheiro Paulo Burnier, igualmente concluindo pela configuração de conduta anticompetitiva, abordou dois aspectos em seu voto para analisar a ilegalidade da conduta: teoria do dano e desnecessidade de comprovação dos efeitos para configuração de violação à ordem econômica, bastando a mera potencialidade.

Em relação à teoria do dano, o Conselheiro salientou a teoria da alavancagem de poder de mercado na Era Digital, compreendendo que a Google funcionaria como *internet gateway*, ou seja, porta de entrada na internet. Assim, a empresa estaria se aproveitando de sua dominância no mercado de buscas orgânicas para alavancar e estabelecer dominância também no mercado adjacente de comparadores de preços. Nesse cenário, haveria risco de aumento de poder de mercado sem que houvesse concorrência no mérito. Isso faria com que os consumidores tivessem menos alternativas no mercado de buscadores de preços e se tornassem cada vez mais dependentes do ecossistema digital da Google.

Em relação aos efeitos da conduta, com fundamento da ilicitude *per se* ou por objeto, constatou que seria possível presumir os efeitos negativos, de sorte que a punição da conduta prescinde a análise sobre os efeitos produzidos. Além disso, entendeu que caberia à

Representada comprovar que a inovação pró-competitiva compensa os efeitos exclusionários de sua conduta, bem como que a inovação na forma de apresentação de um produto não é suficiente para sopesar os potenciais efeitos negativos sobre o mercado. Concluiu, assim, pela existência de conduta anticompetitiva decorrente dos efeitos exclusionários, que podem “aumentar o custo de rivais no mercado de comparadores de preço” (p.1) e possuem potencial fechamento de mercado.

Por fim, cumpre apontar que Farani entendeu pela abusividade da conduta de restringir acesso aos PLAs e da prática de posicionamento privilegiado do próprio produto (“*self-preferencing*”). Já Resende entendeu que a Google havia abusado de sua posição dominante apenas em relação à alteração do *layout* da SERP. Por fim, o Conselheiro Paulo Burnier, com fundamento na alavancagem, entendeu que a Google teria se aproveitado de sua posição dominante no mercado de buscas para estabelecer igual dominância no mercado de comparadores de preços.

III.4. Poder de mercado e os desafios à análise concorrencial

São várias as questões que podem ser endereçadas e levam a uma reflexão sobre o ambiente competitivo digital a partir da decisão do CADE. A seguir, serão elaboradas considerações sobre algumas dificuldades para estimar e compreender o poder econômico da Google e de outras plataformas digitais. De início, é possível mencionar os desafios que despontam da delimitação do mercado relevante.

O mercado relevante nada mais é do que uma unidade ou recorte de mercado que viabiliza uma análise mais detida de uma operação ou conduta com impactos concorrenciais. A identificação do mercado relevante tem por propósito instrumental a identificação das relações de concorrência. Assim, “mercado relevante é aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado” (FORGIONI, 2016, p. 221) e sua definição “tem a finalidade de compreender a dinâmica concorrencial da operação” (FRAZÃO, 2017, p. 139).

O mapeamento do mercado relevante é de extrema relevância à análise concorrencial pois permite uma análise mais acurada de provável exercício de poder de mercado. Muito embora não se entenda que a definição do mercado relevante não é e nem deve ser estática

(até mesmo porque o mercado é extremamente dinâmico), a delimitação do mercado relevante é importante para que as autoridades sejam capazes de identificar condutas abusivas que não seriam identificadas, por exemplo, sob uma ótica demasiadamente abrangente do mercado.

Tradicionalmente, a definição do mercado relevante considera duas dimensões, uma geográfica²³ e outra do produto. De acordo com o Guia de Análise para Atos de Concentração Horizontal (2016, p. 14), o mercado do produto contempla todos os produtos e serviços substituíveis entre si. Nesse sentido, o “mercado relevante do produto pode eventualmente ser composto por um certo número de produtos/serviços que apresentam características físicas, técnicas ou de comercialização que recomendem o agrupamento” (p. 13, Resolução 15 do CADE).

Com isso, o primeiro obstáculo à definição de mercados relevantes em mercados digitais é constatado na dimensão do produto, tendo em vista que a tecnologia não só molda a estrutura de mercado, como também cria distintas formas de concatenação entre segmentos de mercado distintos. Igualmente, a tecnologia altera as relações de mercado, conferindo mais dinamicidade à troca e criando novas estruturas com formatos singulares (FRAZÃO, 2019).

Considerando a ausência de delimitações claras, a dinamicidade e a interconexão dessa economia digital, imperam questionamentos acerca da consideração ou não de todos os lados do mercado para definição do mercado relevante. Igualmente, não se pode ignorar a inadequação do teste do monopolista hipotético (THM),²⁴ também denominado “*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*” (SSNIP), em mercados de “preço zero”, os quais geralmente são apenas um dos lados de um mercado de múltiplos lados e apresentam unidades de custos diversas do preço.

O teste consiste em reduzir o mercado à menor área geográfica e ao menor conjunto de produtos possíveis com vistas a verificar se um monopolista hipotético seria capaz de impor um aumento não transitório nos preços dos seus produtos ou serviços sem que os consumidores procurassem a satisfação de suas necessidades em produtos substitutos. Constatado tal cenário, têm-se a delimitação do mercado relevante. Do contrário, caso ainda se verifique a disposição do consumidor em satisfazer suas necessidades a partir de ofertas

²³ O Guia-H do CADE conceitua o mercado relevante geográfico como a “área em que as empresas ofertam seus produtos ou que os consumidores buscam mercadorias (bens ou serviços) dentro da qual um monopolista conseguirá, lucrativamente, impor elevações de preços significativas”. A Resolução 15 do CADE, em seu Anexo V, por sua vez, define o mercado relevante geográfico como sendo uma área em que “preços, preferências dos consumidores, características dos produtos/serviços” são “suficientemente homogêneas”. No caso do Google Shopping, foi considerado como mercado relevante geográfico o mercado nacional. Essa dimensão de delimitação não foi abordada no presente trabalho em razão da já mencionada opção metodológica de análise e abordagem do caso.

²⁴ Nesse sentido, veja-se o item 2.3.4 do Guia para Atos de Concentração Horizontal.

que substituam a do agente econômico em análise, torna-se inevitável a inclusão de mais produtos e/ou o aumento da área geográfica escolhida inicialmente à luz dessa suscetibilidade à substituição.

Desse modo, como sói correr da análise concorrencial, a substitutibilidade do produto assume papel central na delimitação do mercado relevante pois permite o reconhecimento de uma relação de concorrência por meio da fungibilidade de um produto. Essa fungibilidade, por sua vez, se revela na disposição do consumidor de substituir um produto por outro. Dito de maneira diversa, dois ou mais produtos integram o mesmo mercado e estabelecem concorrência entre si se o consumidor estiver disposto a consumir um produto em detrimento de outro por serem substituíveis. Um dos indícios dessa intercambialidade é a elasticidade cruzada, que se verifica quando o aumento do preço de um produto acarreta o aumento de demanda por outro (FORGIONI, 2016).²⁵ Assim, é possível inferir que quanto mais elástica a demanda, maior a possibilidade de substituição de um produto (POSSAS, 1996) e mais abrangente seria o mercado do produto.²⁶

Assim, vê-se para logo que não é possível aplicar um teste centrado no preço à definição de mercado relevante em uma estrutura de preço zero. O TMH simula um aumento de preços, sendo matematicamente impossível definir um mercado relevante em estruturas de preço zero. Além disso, tais mercados de preço zero, por vezes plasmados em plataformas de múltiplos lados, constituem, por si só, mais um desafio à definição de mercados relevantes a partir do arcabouço tradicional, sobretudo considerando a racionalidade econômica descrita *supra*, que envolve outros tipos de custos.

Ademais, em análise de mercado relevante em mercados de múltiplos lados parece não haver consenso se a aplicação TMH deveria considerar a estrutura do mercado de forma ampla ou se o teste deveria ser aplicado a cada lado de forma isolada. Sob a ótica da oferta de vários serviços ou produtos por uma plataforma online, ainda, mais acentuada se torna a dificuldade de aplicação do teste, tendo em vista que a interação entre os grupos distintos dificulta a definição do conjunto de produtos que irão integrar o mercado relevante e sob os quais deve ser aplicado o TMH. Essa reflexão se revela, novamente, extremamente

²⁵ Conforme anota Forgioni (2016), os efeitos dos sinais distintivos do produto também podem auxiliar na identificação do mercado relevante na medida em que se verifique que os consumidores tendem a comprar determinada marca, por exemplo, e não pensam em substituí-la por outra com as mesmas características. Nesse sentido, a infungibilidade permite o recorte de vários mercados a serem analisados. Nota-se que assume especial relevância a identificação de hábitos dos consumidores.

²⁶ A *latere* desse arcabouço de definição de mercado relevante sobre a ótica da demanda, Possas (1996) também ressalta a elasticidade da oferta e a substituição da produção. Nessas situações, busca-se verificar se um concorrente que não produz o mesmo produto do fornecedor tem as habilidades necessárias (know-how, pessoal e equipamentos) para facilmente produzir e comercializar o produto do fornecedor.

importante, sob pena de uma análise demasiadamente limitada e distante da realidade dos negócios de tecnologia ou, ainda, de análise extremamente abrangente.²⁷

No caso do Google Shopping, entretanto, é possível identificar que alguns desses pontos foram abordados de maneira muito perspicaz e condizente com parcela da literatura sobre concorrência em mercados digitais. A autoridade da concorrência foi capaz de extrair e analisar a substitutibilidade, sugerindo a delimitação de mais de um mercado relevante, mediante a identificação dos efeitos de rede e características que, de fato, influenciam a dinâmica concorrencial no ambiente digital.²⁸

No entanto, como esclarece Frazão (2017), é importante que se compreenda um mercado de múltiplos lados a partir de suas suas relações e conexões funcionais, ao invés de realizar uma pura e simples segmentação. Isso porque a substitutibilidade entre os produtos e serviços no âmbito da economia digital se torna mais fluida, de modo que produtos distintos podem ter funcionalidades semelhantes, criando zonas de sobreposição no mercado digital.

Wu (2017), nesse sentido, sugere a substituição do THM pelo “*attentional SSNIP test*”, que seria uma tentativa mensurar o preço da atenção do usuário. A proposta seria uma tentativa de definir como o consumidor ou usuário de uma plataforma reagiria a um aumento pequeno, mas significativo e não transitório do volume de publicidade de algum produto. O propósito seria verificar se o aumento de publicidade seria capaz de fazer com que os consumidores investissem seu tempo em outro produto ou plataforma.

O exemplo sugerido pelo autor é o seguinte: se um anúncio publicitário de 5 segundos fosse introduzido antes de cada pesquisa no Google, seria provável que os usuários migrassem para outro mecanismo de buscas, como o Bing? O autor considera que sim, de sorte que Google e Bing seriam concorrentes. No entanto, se esse anúncio publicitário fosse introduzido em todos os mecanismos de buscas, seria provável que os consumidores investissem mais tempo no Facebook? Se a resposta for negativa, não haveria que se falar em substitutibilidade e, por conseguinte, em concorrência entre Google e Facebook.

²⁷ É importante mencionar que algumas propostas sugerem a substituição do fator preço pela qualidade, no teste do monopolista hipotético. Nesse sentido, Mandrescu (2018) propõe que a única alternativa à identificação de eventual elasticidade de mercados digitais é orientar a análise para a qualidade, de sorte que o “*small but significant non transitory decrease in quality (SSNDQ)*” em estruturas de preço zero teria por objetivo a avaliação qualitativa das funcionalidades dessas plataformas.

²⁸ A SG, na Nota Técnica nº.34 (CADE, 2018, p.28) pontuou que “é plausível que haja algum grau de substituição entre os serviços prestados pelo Google e por sites de comparação de preço”, além de considerar que existiria um certo grau de substituição entre os serviços da Google e os oferecidos por varejistas e *marketplaces*, sendo que, embora sejam produtos distintos, seria razoável considerar que existe algum grau de pressão competitiva entre os agentes.

Apesar disso, há que se mencionar alguns posicionamentos, como o da Conselheira Paula Farani, no sentido de que a análise concorrencial em mercados digitais deve dar mais importância à análise de efeitos e à identificação condutas anticompetitivas (v. III.3). De acordo com esse entendimento, em razão da fluidez e dinamicidade dos mercados digitais, o escrutínio concorrencial seria mais eficaz se enfatizasse os efeitos da prática e à identificação de condutas anticompetitivas. Já o Conselheiro João Paulo de Resende considerou fundamental a delimitação do mercado relevante, como visto.

Ainda que se entenda que a delimitação do mercado relevante não é imprescindível, não é razoável ignorar os obstáculos que despontam de uma abordagem mais tradicional. A despeito disso, consideram-se mais relevantes as dificuldades de abordar e mensurar o poder econômico nas plataformas digitais.

Nesse sentido, é inegável o impacto do uso de dados pelas plataformas, sobretudo em relação à criação de uma nova dinâmica competitiva que deu origem, inclusive, ao termo “*data driven economy*”, ou economia movida a dados. Apesar disso, a exploração do Big Data foi pouco explorada na decisão do CADE, que optou por uma abordagem diversa e não necessariamente incorreta. Todavia, a partir de uma compreensão da consolidação de poder na economia digital por meio da coleta e processamento de dados, a abordagem da própria análise de poder de mercado poderia apresentar indícios de abusividade.

Vale ressaltar que, conforme já endereçado no capítulo anterior, são diversas as preocupações decorrentes da exploração do Big Data. Dentre elas, é possível mencionar a própria coleta de dados em si, a utilização das informações para a construção de perfis e a consequente possibilidade de manipulação dos usuários para fins dos mais diversos (FRAZÃO, 2017).

No caso do Google Shopping, seria fundamental compreender como o mecanismo de buscas da Google se beneficia da exploração do Big Data. Em primeiro lugar, seria possível mencionar as vantagens que a plataforma de busca adquire a partir da escala de dados coletados e processados pelo próprio mecanismos de busca. Dito de outra forma, a Google se beneficiaria do escopo de coleta e análise de dados através da plataforma. Isso viabilizaria a capacidade de aprendizagem dos algoritmos mediante a coleta de dados e aperfeiçoaria os resultados obtidos, estratégia mencionada no capítulo anterior. Assim, a Google poderia aprender, por exemplo, os planos de viagem de uma pessoa a partir de um e-mail a um amigo, uma busca geral no Google Search, um vídeo visualizado no Youtube, um site visitado pelo browser da Google (o Google Chrome) ou até mesmo a partir da informação extraída do calendário de uma pessoa (EZRACHI; STUCKE, 2016).

Nesse contexto, surgem as dificuldades de mensuração e compreensão do poder econômico nas plataformas digitais. Frazão (2017), ao comentar algumas possíveis abordagens, menciona que o volume de dados à disposição da empresa seria uma métrica objetiva, embora não necessariamente precisa, porquanto os dados considerados em si mesmos não têm valor se não forem processados e tratados adequadamente para fornecer informação aos agentes econômicos. Nesse sentido, comenta que uma outra possível métrica seria a capacidade do processamento de dados, igualmente complicada em termos de mensuração, sobretudo considerando a relevância de definir se a participação de mercado decorre da preferência dos consumidores ou de uma dependência entre os usuários e anunciantes e as plataformas.

O grau de dependência dos usuários e anunciantes para com a plataforma seria outra forma de mensurar o poder de mercado de um agente econômico. Nesse sentido, um possível indicativo desse grau de dependência pode ser o grau de atenção dos usuários à plataforma. Wu (2017), ao tratar dos mercados de atenção, sugere que uma das formas relativamente simples de medir o poder de mercado em mercados de atenção, como o google e outras plataformas, seria o tempo, que pode servir como um *proxy* de atenção, indicando a quantidade de tempo investida pelos usuários na plataforma. Entende-se que, quanto mais tempo o usuário gasta na plataforma, mais suscetível à coleta e processamento de dados fica, ou seja, maior o grau de influência da plataforma sob o usuário (FRAZÃO, 2017).

Outro fator que merece destaque e pode auxiliar nessa compreensão mais holística do poder econômico em mercados digitais é o efeito de rede orientado por dados nesses mecanismos de busca. Considerando que esses mecanismos geralmente não cobram pelas pesquisas realizadas, a concorrência costuma ocorrer por meio da qualidade das buscas. Uma dessas dimensões qualitativas é a rapidez ou agilidade com que o mecanismo retorna os resultados.

Além disso, o modelo de negócios dos mecanismos de busca é baseado na interconexão entre usuários, anunciantes e provedores de conteúdo. Dessa maneira, para que ao menos essas duas características das plataformas de busca sejam satisfeitas, são necessários investimentos altíssimos em tecnologia e infraestrutura para que o algoritmo seja capaz de aprender e retornar resultados de modo eficiente. A Microsoft, por exemplo, reportou mais de 4.5 bilhões de dólares para desenvolver a infraestrutura necessária para operar o bing, seu buscador (EZRACHI; STUCKE, 2016). O alto investimento em infraestrutura poderia, então, ser considerado como uma barreira à entrada.

Igualmente, outra possível barreira à entrada a ser considerada pode ser o próprio “efeito de aprendizagem” ou “*learning effect*” dos algoritmos, os quais aumentam a capacidade preditiva dos mecanismos de busca, permitindo o retorno de melhores resultados e gerando dominância. Na verdade, a barreira à entrada não seria a capacidade de aprendizagem em si do algoritmo, mas o impacto dessa capacidade no aumento de poder de mercado da empresa. O google é o próprio exemplo desse mecanismo e ciclo de consolidação de poder: apesar dos investimentos da Microsoft, a Google permanece exercendo sua dominância.

Nesse sentido, há que se considerar que as fontes de dados da Google são múltiplas e diversas, o que inevitavelmente afeta seu poder de mercado. Isso quer dizer que outros mecanismos de busca que não detém plataformas tão amplas de captura de tamanha variedade de dados podem não conseguir utilizar os dados da mesma forma que a Google, nem personalizar anúncios e resultados de buscas orgânicas ou pagas. A presença da Google em smartphones e tablets aumenta ainda mais a sua participação de multiplataforma no mercado de buscas (EZRACHI; STUCKE, 2016). Nesse sentido, Newman (2013, tradução livre) destaca que

A fonte desse prêmio para o Google parece ser em grande parte devido ao seu controle monopolista dos dados do usuário. Com esses dados sobre os usuários, o Google pode fornecer aos clientes mais probabilidade de comprar o produto de um anunciante e, o mais importante, ajudar a vender esses produtos pelo preço mais alto que o usuário esteja disposto a pagar.

(...)

Portanto, qualquer concorrente do Google tem que pagar os custos fixos de configuração de um serviço concorrente não apenas com menos usuários iniciais, mas também ganhando muito menos cliques por usuário nos anúncios. E uma vez que os anunciantes desejam uma empresa com clientes suficientes para gerar dados abrangentes para ajudar no direcionamento de anúncios, você tem um ciclo do ovo e da galinha criando barreiras à entrada que apenas a intervenção antitruste provavelmente resolverá.

Newman (2014) ainda alerta para os riscos ao bem-estar do consumidor que podem surgir dessa coleta e processamento de dados, mencionando, inclusive, a possibilidade de perdas financeiras para o consumidor mediante eventuais discriminações de preços. Nesse sentido, esclarece que a violação da privacidade aliada à ampla mineração dos dados dos usuários realizada pela Google pode ter por corolário a discriminação de preços pelos anunciantes, argumentando que a dimensão do controle e uso de dados pelos agentes econômicos deveria ser uma das questões centrais de investigação regulatória e concorrencial.

Nesse ínterim, na decisão do CADE é possível identificar que a autoridade já havia começado a repensar algumas premissas. No voto do Conselheiro João Paulo de Resende, por

exemplo, a questão dos dados foi brevemente abordada e tratada como um dos incentivos que a Google teria para tentar dominar o mercado. Nos termos do voto do Conselheiro, “[a]o direcionar o usuário para um site próprio de compra e não para um comparador (...), o Google é capaz de observar o que o consumidor faz, colher suas informações e mapear seu comportamento” (2019, p.4).

Outro argumento compreendido como um dos possíveis incentivos para que a Google adotasse condutas monopolistas seria a redução dos custos de transação, sobretudo em relação ao desenho contratual, relacionados à tentativa de evitar que um agente econômico concorrente pudesse representar uma ameaça. Nesse sentido, cabe destacar o voto do Conselheiro Paulo Burnier, segundo o qual faz-se necessário um novo olhar sob teorias tradicionais do dano, tais como as teorias acerca da ambiguidade dos efeitos de condutas discriminatórias e a *essential facility*.²⁹

De acordo com o Conselheiro, a plataforma Google não seria “*indispensável* no sentido tradicional utilizado pela teoria de *essential facilities*, mas funcionaria como uma espécie de *internet gateway*. Sobre esse ponto, repise-se, conforme demonstrado no item III.3, que algumas plataformas acabam por funcionar como porta de entrada da internet a outros agentes econômicos, representando, em verdade, a própria infraestrutura do ecossistema digital e funcionando como verdadeiros canais de distribuição. Esse cenário aumenta ainda mais o grau de dependência de novos entrantes em mercados adjacentes ao da plataforma principal. Isso é precisamente o que se depreende da análise do caso do Google Shopping.

Nota-se que, muito embora o google não seja indispensável no sentido de inviabilizar completamente a concorrência, é possível verificar que a plataforma enfrenta pouca competição, apresentando, por isso, indícios monopolísticos. Em verdade, a concorrência nos mercados de busca não se demonstra necessariamente viável, principalmente em razão da coleta e processamento de dados provenientes de diversas fontes e do próprio mercado. Assim, não se pode ignorar que a conduta praticada pela Google exerce correlação com as estruturas e a própria dinâmica do mercado digital, que devem ser avaliadas.

²⁹ “In general, a facility is “essential” if competitors cannot compete without access to it. The second element, that duplication be impractical or unreasonable, cannot be satisfied merely by showing that access to the defendant’s facility is more economical than alternatives. ‘As the word’ essential indicates, a plaintiff must show more than inconvenience, or even some economic loss; he must show that an alternative to the facility is not feasible’. The third element, denial of access, may be an outright denial or a constructive denial, such as unreasonable rates or changes in service. The fourth element is fact-intensive and there do not appear to be general standards for evaluating it” (OCDE, 2007, p. 33).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho tinha por objetivo primordial demonstrar a correlação entre as estruturas de mercado digitais e seus impactos na prática de condutas anticompetitivas e na análise concorrencial. Isso porque a tecnologia foi de tal modo incorporada nas relações contemporâneas que não é razoável ignorar suas consequências para o direito da concorrência e para o próprio ambiente competitivo digital.

Igualmente relevante ao direito da concorrência e às análises do órgão antitruste é a compreensão do funcionamento e organização desses mercados para que a análise seja a mais precisa possível e não se distancie da realidade. Dito isso, considera-se uma preocupação central do antitruste justamente a constante adequação ou compreensão do mercado para uma correta manutenção de um ambiente concorrencialmente viável.

Com efeito, em mercados digitais é possível observar que até mesmo as chamadas estruturas de “preço zero” comportam certa racionalidade econômica por parte das empresas, sendo que, geralmente, o preço que se paga pelos serviços gratuitos são os dados dos usuários, que, mediante o processamento se transformam em informação suscetível de monetização.

Nesse diapasão, considerando que são diversos os mercados com estruturas a “preço zero”, uma teoria centrada no preço pode não ser a mais adequada para a compreensão do poder econômico de uma empresa. Mais importante do que isso, ainda, é compreensão de que a economia digital é movida a dados, de sorte que a capacidade de exploração do Big Data pode constituir, a um só tempo, verdadeira vantagem competitiva e barreira à entrada de outras empresas. Isso porque as informações extraídas dos usuários podem auxiliar a entrada e consolidação de poder de uma plataforma com alto poder econômico em mercados adjacentes. Isso faz com que as plataformas concorram com outros agentes econômicos que dependem dessas plataformas para funcionar, considerando que funcionam como infraestrutura do ecossistema digital e *internet gateway*.

Diante disso, muito embora as abordagens trazidas à baila nos votos da decisão do CADE no caso do Google Shopping representem significativa evolução jurisprudencial acerca da concorrência em mercados digitais, verifica-se que ainda há muito a se explorar, especialmente no que concerne à tendência à concentração de mercados digitais e aos impactos do Big Data na análise concorrencial do poder econômico dessas plataformas.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. BUNDESKARTELLAMT; FRANÇA. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **Competition Law and Data**. 2016. Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em: 2 set. 2020.
- ARANHA, Márcio Iorio. **Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório**. 5. ed. London: Laccademia Publishing, 2019.
- ARIELY, D. **Previsivelmente Irracional: as forças ocultas que formam as nossas decisões**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- BAGNOLI, Vicente. The big data relevant market. **Concorrenza e mercato**, v. 23, 2016.
- BALTO, David A; LANE, Matthew C. Monopolizing Water in a Tsunami: Finding Sensible Antitrust Rules for Big Data Finding the proper way to analyze data under the competition laws. **SSRN Electronic Journal**, n. May, p. 1–12, 2015
- BANCO MUNDIAL, OCDE. A framework for the design and implementation of competition law and policy. Washington-Paris, 1999. 150 p
- BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. New York: The Free Press, 1978.
- BORK, Robert H.; SIDAK, J. Gregory. What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google?. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 8, n. 4, p. 663-700, 2012.
- BOUSHEY, Heather. **Unbound: How inequality constricts our economy and what we can do about it**. Cambridge: Harvard University Press, 2019.
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso Acesso em: 27 ago. 2020.
- CAPOBIANCO, Ligia. A revolução em curso: Internet, Sociedade da Informação e Cibercultura. **Universidade de São Paulo**. São Paulo, 2010.
- CARR, David. EU Opens Google Antitrust Inquiry. **The Wall Street Journal: How Good (or Not Evil) Is Google?**, [s. l.], 2009. Disponível em: https://www.nytimes.com/2009/06/22/business/media/22carr.html?pagewanted=2&_r=1&ref=technology. Acesso em: 7 set. 2020.
- CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede: do Conhecimento à Política. In: CASTELLS, Manuel; CARDOSO, Gustavo. **A Sociedade em Rede: Do Conhecimento à Acção Política**. Belém: Imprensa Nacional - Casa da Moeda, 2005. p. 17 - 30

CATAN, Thomas; VASCELLARO, Jessica E.; FORELLE, Charles. EU Opens Google Antitrust Inquiry. **The Wall Street Journal**, [s. l.], 2010. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704188104575084062149453280>. Acesso em: 7 set. 2020.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **Online platforms and digital advertising**: Market study final report. [S. l.], 1 jul. 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.

BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox**: a policy at war with itself. New York: The Free Press, 1978.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Cartilha do CADE**. 2016. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf/view>> Acesso em: 17 jun. 2020

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Guia de Análise para Atos de Concentração Horizontal**. 2016. Disponível em: < http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view > Acesso em: 17 ago. 2020

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº. 08012.010483/2011-94**. Diário Oficial da União, 2 jul. 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q221ByVKByYDYwsa13_JxqldakEIsAfM40O_nlair2nlnoNzF4h6tAzo-cc8tTVt. Acesso em: 19 set. 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução nº 15, de 19 de agosto de 1998. Disciplina as formalidades e os procedimentos no Cade relativos aos atos de que trata o artigo 54 da Lei 8.884/94 (Revogada parcialmente pela Resolução nº 45). Diário Oficial da União, 28 ago. 1998.

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE. Documento de Trabalho nº. 005/2020. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados***, [S. l.], ago. 2020.

DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. Despacho nº. 299/2018. **Decisão de Aplicação de Sanção Administrativa**, 18 jun. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/26176368/do1-2018-06-18-despacho-n-299-2018-26176301. Acesso em: 3 set. 2020.

DOUEK, Daniel; PASTORE, Ricardo; RENZETTI, Bruno. Proteção de dados e direito da concorrência: a privacidade como diferencial competitivo. In BEPPU, Ana Claudia (coord.); BRANCHER, Paulo Marcos Rodrigues (coord.). **Proteção de dados no Brasil**: uma nova visão a partir da Lei nº 13.709/2018. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 123-145.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. **Virtual Competition**: the promise and perils of the algorithm-driven economy. 1. ed. London: Harvard University Press, 2016.

EUROPEAN COMMISSION. Case AT.39740, Google Search (Shopping). Decision 27/06/2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740 Acesso em 12 set. 2020.

EVANS, David S. Attention rivalry among online platforms. **Journal of Competition Law & Economics**, v. 9, n. 2, p. 313-357, 2013.

EVANS, David S. Antitrust economics of free. **Competition Policy International**, Spring, 2011.

EVANS, David S; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. **National Bureau of Economic Research**, p. 1–72, 2013.

EVANS, David S. Some empirical aspects of multi-sided platform industries. **Review of Network Economics**, v. 2, n. 3, 2003a.

EVANS, David S. The antitrust economics of multi-sided platform markets. **Yale Journal on Regulation**, v. 20, p. 325, 2003b.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Da abusividade do poder econômico. **Revista de Direito Econômico, Brasília, DF**, n. 21, p. 25, 1995.

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

FRAZÃO, Ana. Big data e impactos sobre a análise concorrencial: Direito da Concorrência é um dos mais afetadas pela importância dos dados – Parte 1. **JOTA info**, 28 nov. 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-28112017#:~:text=Como%20a%20utiliza%C3%A7%C3%A3o%20dos%20dados,impossibilita%20ou%20torna%20consideravelmente%20dif%C3%ADcil>. Acesso em: 10 set. 2020.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: Pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva Jur, 2017.

FUJIMOTO, Mônica Tiemy. Participações minoritárias de investidores institucionais em sociedades concorrentes: implicações competitivas da common ownership no Brasil. 2020. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2020.

Google's Approach to Competition. Google Public Policy Blog. 08/05/2009. Disponível em: <https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html> Acesso em 7 set. 2020.

GOYDER, D. G. **EC Competition Law**. Oxford University Press: Oxford, 1998.

HOPPNER, Thomas, Defining Markets for Multi-Sided Platforms: The Case of Search Engines. **38 World Competition**, n. 3, p. 349-366, 2015. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3040557. Acesso em: 6 set. 2020.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal Antitrust Policy: The law of competition and its practice**, St. Paul, MN: Thomson-West, 2005.

JANSEN, Bernard J.; ZHANG, Mimi; ZHANG, Ying. The effect of brand awareness on the evaluation of search engine results. In: **CHI'07 Extended Abstracts on Human Factors in Computing Systems**. 2007. p. 2471-2476.

KERSTING, Christian; DWORSCHAK, Sebastian. Does Google Hold a Dominant Market Position?—Addressing the (Minor) Significance of High Online User Shares. **Ifo Schnelldienst**, v. 16, 2014.

KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, 2016.

KHAN, Lina M. Competition Issues on Digital Markets. **Competition Law and Policy Debate**, [S. l.], v. 5, n. 2, p. 66-70, jul. 2019.

LEINER, Barry M. et al. Una breve historia de Internet. **Revista Novática. Números**, v. 130, p. 131, 1999.

LICKLIDER, J.c.r.. **Memorandum For Members and Affiliates of the Intergalactic Computer Network**. 2001. Disponível em: <https://www.kurzweilai.net/memorandum-for-members-and-affiliates-of-the-intergalactic-computer-network>. Acesso em: 1 jun. 2020.

MANDRESCU, Daniel. The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies. **Eur. Competition & Reg. L. Rev.**, v. 2, p. 244, 2018.

MICHAELS, Matthew. **Jeff Bezos made an average of \$107 million per day last year — here's how much the richest people in the world earned every 24 hours**. 2018. Disponível em: <https://www.businessinsider.com/how-much-jeff-bezos-richest-billionaires-make-every-day-2018-3>. Acesso em: 1 jun. 2020.

NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: applications. **Washington University Law Review.**, v. 94, p. 49, 2016.

NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: Foundations. **University of Pennsylvania Law Review**, p. 149-206, 2015.

NEWMAN, Nathan. The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google (September 24, 2013). **William Mitchell Law Review**, Volume 40, Issue 2, 2014. Disponível em SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2310146> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2310146>. Acesso em 9 set. 2020.

OCDE. Externalities. Glossary of Statistical Terms. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3215>>. Acesso em: 21 jun. 2020.

OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. **Background note by the Secretariat**, 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 6 set. 2020.

OCDE. Exploring the Economics of Personal Data: a survey of methodologies for measuring monetary value. 2013. Disponível em:

http://edshare.soton.ac.uk/15267/3/OECD_2013.pdf Acesso em: 10 set. 2020.

OCDE. **Policy Roundtables: Refusals to Deal**, 2007. Disponível em:

<https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.

OCDE. Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms, 2018. Disponível em:

<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.

PAUWELS, Koen; WEISS, Allen. Moving from free to fee: How online firms market to change their business model successfully. **Journal of Marketing**, v. 72, n. 3, p. 14-31, 2008.

PASQUALE, Frank. Paradoxes of Digital Antitrust: Why the FTC Failed to Explain Its Inaction on Search Bias. **Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series**, July 2013, p. 6.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: Introdução ao Direito Civil e Teoria Geral do Direito Civil**. 33. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

PRESS, Gil. 12 Big Data Definitions: What's Yours?. **Forbes**, [S. l.], 3 set. 2014. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/gilpress/2014/09/03/12-big-data-definitions-whats-yours/#16fd76b113ae>. Acesso em: 2 set. 2020.

RÁO, Vicente; SANDOVAL, Ovídio Rocha Barros. **O direito e a vida dos direitos**. Editora Revista dos Tribunais, 2013.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. **Rand Journal of Economics**, v. 37, n. 3, p. 645-667, 2006.

RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal S. Access barriers to big data. **Ariz. L. Rev.**, v. 59, p. 339, 2017.

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

SEARCH Engine Market Share United States Of America. 1 ago. 2020. Gráfico. Disponível em: <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/united-states-of-america>. Acesso em: 5 set. 2020.

SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; ARIELY, Dan. Zero as a special price: The true value of free products. **Marketing science**, v. 26, n. 6, p. 742-757, 2007.

SHELANSKI, Howard; KNOX, Samantha; DHILLA, Arif. Network effects and efficiencies in multi-sided markets. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, pp. 189-198, 2018.

STATISTA. Market capitalization of the largest U.S. internet companies as of September 2019. 2020. Disponível em: <http://https://www.statista.com/statistics/209331/largest-us-internet-companies-by-market-cap/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; SANTOS, Bruno Droghetti Magalhães. Os efeitos do preço zero sobre o consumidor de plataformas digitais. *In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. Direito do Consumidor: novas tendências e perspectiva comparada.* Brasília: Singular, 2019. p. 159-184.

STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. **Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report.** [S. l.], set. de 2019. Disponível em: <<https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>> Acesso em 19 ago. 2020.

STIGLITZ, Joseph E. Are markets efficient, or do they tend towards monopoly? The verdict is in. World Economic Forum, 18 maio 2016. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2016/05/joseph-stiglitz-are-markets-efficient-or-do-they-tend-towards-monopoly-the-verdict-is-in/>>. Acesso em: 21 maio 2019.

STIGLITZ, Joseph E. **People, Power and Profits: progress capitalism for an age of discontent.** New York: W.W. Norton & Company, 2019.

STOPPARD, Tom. **The invention of love.** New York: Grove Press, 1997.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy.** 2016. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/308970973_Big_Data_and_Competition_Policy>.

TEACHOUT, Zephyr; KHAN, Lina M. Market structure and political law: a taxonomy of power. **Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy.** v. 9, pp. 37-74, 2014.

TEPPER, Jonathan. **The Myth of Capitalism: Monopolies and the Death of Competition.** New Jersey: John Wiley & Sons, 2019.

TRABUCCHI, Daniel; BUGANZA; Tommaso; PELLIZZONI, Elena. Give away your digital services. **Research-Technology Management,** v. 60, n.2, p. 43-52, 2017.

UNITED STATES OF AMERICA, Appellee v. Microsoft Corporation, Appellant, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001). Disponível em: <<https://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/253/34/576095/>> Acesso em: 10 jun. 2020.

VALENTINO-DEVRIES, Jennifer; SINGER, Natasha; KELLER, Michael H.; KROLIK, Aaron. Your Apps Know Where You Were Last Night, and They're Not Keeping It Secret. **New York Times,** 3 set. 2014. Disponível em: <https://www.nytimes.com/interactive/2018/12/10/business/location-data-privacy-apps.html>. Acesso em: 3 set. 2020.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition law.** Oxford: Oxford University Press, 2015.

WILLIAMSON, Oliver E. Predatory pricing: A strategic and welfare analysis. **The Yale Law Journal,** v. 87, n. 2, p. 284-340, 1977.

WOLTON, Dominique. Pensar a internet. **Revista Famecos,** v. 8, n. 15, p. 24-28, 2001.

WU, Tim. Blind spot: The attention economy and the law. **Antitrust Law Journal**, v. 82, 2017.

WU, Tim. **Impérios da Comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

WRIGHT, Julian. One-sided logic in two-sided markets. **Review of Network Economics**, v. 3, n. 1, 2004.