



Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Centro de Ciências Sociais

Faculdade de Direito

Ciro Silva Martins

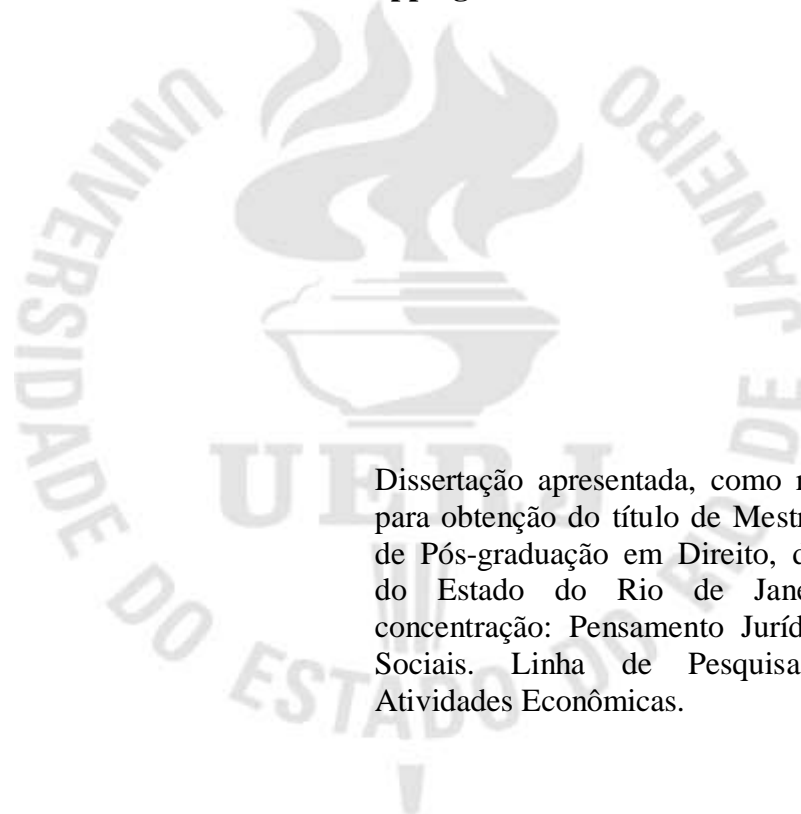
**Abuso de posição dominante e plataformas digitais: um estudo do caso
Google Shopping**

Rio de Janeiro

2022

Ciro Silva Martins

**Abuso de posição dominante e plataformas digitais: um estudo do caso Google
Shopping**



Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias

Rio de Janeiro

2022

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ/REDE SIRIUS/BIBLIOTECA CCS/C

M386

Martins, Ciro Silva.

Abuso de posição dominante e plataformas digitais: um estudo do caso Google Shopping / Ciro Silva Martins. - 2022.
125 f.

Orientador: Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias.
Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro,
Faculdade de Direito.

1. Plataformas digitais - Teses. 2. Inovação – Teses. 3. Google app engine – Teses. I. Dias, José Carlos Vaz. II. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Faculdade de Direito. III. Título.

CDU 681.5:34

Bibliotecária: Marcela Rodrigues de Souza CRB7/5906

Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta tese, desde que citada a fonte.

Assinatura

Data

Ciro Silva Martins

**Abuso de posição dominante e plataformas digitais: um estudo do Caso Google
Shopping**

Dissertação apresentada, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre, ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Área de concentração: Pensamento Jurídico e Relações Sociais. Linha de Pesquisa: Empresa e Atividades Econômicas.

Aprovada em 06 de abril de 2022.

Banca Examinadora:

Prof. Dr. José Carlos Vaz e Dias (Orientador)

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Enzo Baiocchi

Faculdade de Direito – UERJ

Prof. Dr. Gustavo Flausino Coelho

Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais

Rio de Janeiro

2022

(...) ninguém seria de natureza tão adamantina que perseverasse na justiça, abstendo-se em absoluto de tocar no alheio, quando podia, sem perigo algum, dirigir-se ao mercado e ali tomar o que lhe aprouvesse (...) – numa palavra, proceder em tudo como um deus rodeado de mortais.

Platão

RESUMO

MARTINS, Ciro Silva. *Abuso de posição dominante e plataformas digitais: um estudo do caso Google Shopping*. 2022. 125f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

O objeto desta dissertação é a caracterização do abuso de posição dominante no contexto da economia digital. Nesse sentido, ele contribui para o debate em torno do exame jusconcorrencial de condutas unilaterais praticadas por plataformas digitais, nos termos do art. 36, IV, da Lei nº 12.529/2011, bem como para identificar algumas das especificidades desse ambiente competitivo. Considerando o tema em questão, o trabalho seguiu, predominantemente, a metodologia de estudo de caso, optando por explorar, dada a representatividade e o seu caráter revelador, o Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (caso Google Shopping). Após examinar a teoria do abuso de posição dominante e analisar o referido caso, foi possível concentrar os esforços em três eixos, que sintetizam os principais aspectos da concorrência digital: o modelo de negócio de plataformas de múltiplos-lados, a inovação como elemento constitutivo da concorrência e o papel dos dados privados nesse cenário. Por fim, a partir da constatação de que sem um correto endereçamento das três dimensões a análise concorrencial pode conduzir a erros decisórios, propõe-se um quadro de análise para auxiliar as autoridades de defesa da concorrência no exame de abuso de posição dominante no contexto da economia digital.

Palavras-chave: Abuso de posição dominante. Plataformas de múltiplos-lados. Inovação.

Dados digitais.

ABSTRACT

MARTINS, Ciro Silva. *Abuse of dominant position and digital platforms: a case study of Google Shopping*. 2022. 125f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2022.

The objective of this thesis is the characterization of the abuse of dominant position in the context of the digital economy. In this sense, it contributes to the debate around the competition law examination of unilateral conduct practiced by digital platforms, under the terms of art. 36, IV, of Law No. 12,529/2011, as well as to identify some of the specificities of this competitive environment. Taking into consideration the subject matter under perspective, the work predominantly applied the methodology of the study of cases, and therefore it was chosen to explore, the Administrative Process No. 08012.010483/2011-94 (Google Shopping case) given its impact and its revealing character. After examining the theory of abuse of dominant position and analyzing the aforementioned case, it was possible to focus on three axes, which summarize the main aspects of digital competition: the business model of multi-sided platforms, the innovation as a constitutive element of competition and the role of private data in this scenario. Finally, based on the finding that without a correct addressing of the three dimensions the competitive analysis can lead to decision errors, an analysis framework is proposed to help competition authorities in the examination of abuse of dominant position in the context of the digital economy.

Keywords: Abuse of dominant position. Multi-sided platforms. Innovation. Digital data.

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 - Diagrama do fluxo circular	15
Figura 2 - Eficiência de Pareto	16
Figura 3 - Custos sociais do monopólio	18
Figura 4 - Arquitetura simplificada de um mecanismo de busca	50
Figura 5 - Página de resultados orgânicos e patrocinados do Google	51
Figura 6 - Product Listing Ads - PLAs	52
Figura 7 - Página temática de produtos.....	53
Figura 8 - Busca específica e unidade comercial.....	54
Figura 9 - Página de resultados do site de comparação de preços Buscapé.....	56
Figura 10 - Mercado relevante de produtos no caso Google Shopping	61
Figura 11 - Right to be let alone	93
Figura 12 - Mercado de atenção	100
Figura 13 - Excedente para o consumidor no mercado de atenção	101

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
Cade	Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência
CC/02	Código Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DEE	Departamento de Estudos Econômicos do Cade
FTC	Federal Trade Commission
LDC	Lei de Defesa da Concorrência – Lei nº 12.529/2011
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais – Lei nº 13.709/2018
LPI	Lei da Propriedade Industrial – Lei nº 9.279/1996
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico
SG	Superintendência-Geral do Cade
STF	Supremo Tribunal Federal
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO.....	10
1	TEORIA DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE.....	14
1.1	Poder de mercado e ineficiências econômicas.....	14
1.2	Princípio da livre concorrência.....	19
1.3	O abuso de posição dominante na LDC.....	27
1.3.1	<u>Sujeito das infrações à ordem econômica.....</u>	27
1.3.2	<u>Tipicidade aberta e a estrutura dual de ilicitude presente no art. 36, caput.....</u>	29
1.3.3	<u>Responsabilidade objetiva.....</u>	31
1.3.4	<u>Abuso.....</u>	33
1.3.5	<u>Posição dominante.....</u>	35
1.3.6	<u>Standard de prova.....</u>	40
1.4	Jurisprudência do Cade.....	42
2	ESTUDO DE CASO: CADE V. GOOGLE.....	48
2.1	O motor de buscas do Google.....	48
2.2	Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (caso Google Shopping).....	54
2.2.1	<u>Contextualização e condutas investigadas.....</u>	54
2.2.2	<u>Mercado relevante e poder de mercado.....</u>	58
2.2.3	<u>Análise dos efeitos concorrenciais da conduta.....</u>	65
2.2.3.1	Corrente majoritária.....	66
2.2.3.2	Corrente minoritária.....	70
2.2.4	<u>Desfecho do caso.....</u>	73
3	ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA ECONOMIA DIGITAL.....	75
3.1	Plataformas de múltiplos-lados.....	75
3.2	Inovação.....	80
3.3	Dados digitais e concorrência.....	89
3.3.1	<u>Conceito e aplicações.....</u>	89
3.3.2	<u>Privacidade, proteção de dados e concorrência.....</u>	92
3.3.2.1	Da privacidade à proteção de dados.....	92
3.3.2.2	Economia da privacidade.....	98
3.3.2.3	Mercado de atenção e a qualidade como fator não-preço.....	99

3.3.3	<u>Dados digitais e barreiras à entrada.....</u>	103
3.4	Um framework para a análise tridimensional de condutas abusivas.....	107
	CONCLUSÃO.....	112
	REFERÊNCIAS.....	116

INTRODUÇÃO

Desde o surgimento da internet, a economia vêm sofrendo mudanças estruturais. A realização de transações em ambiente virtual permitiu aos empresários reduzirem seus custos de transação, minimizarem a assimetria de informação e ganhar em escala. Com efeito, atualmente, dentre as corporações mais valiosas do mundo figuram diversas ligadas à economia digital¹, como a *Alphabet* (controladora do *Google*), *Facebook* (atualmente, *Meta*), *Amazon*, *Apple* e *Microsoft*². Conforme a célebre (e já clichê) manchete da revista *The Economist*: “*Data is the new oil*”³.

Essa mudança do campo de batalha concorrencial para os meios digitais não impacta apenas os empresários, que precisam adotar novas estratégias e modelos de negócios, mas também obriga os governos a lidarem com os desafios dessa nova economia, da qual a política concorrencial não é exceção. Nesse sentido, as autoridades antitruste têm se dedicado a investigar com atenção as condutas dos agentes desse mercado, tentando compreender como os conceitos clássicos do direito concorrencial são aplicáveis ou não neste novo contexto e em que medida as plataformas digitais que detêm maior poder de mercado ameaçam ou não a inovação e a concorrência em si.

Diversos acadêmicos e organismos internacionais têm se debruçado sobre o tema. Se de um lado eles têm convergido em relação à necessidade de conjugar a análise concorrencial – focada principalmente na dimensão preço – com outros elementos – como inovação – de outro lado, têm divergindo em como fazê-lo. Não obstante esse esforço global, fato é que se está longe de uma unanimidade sobre como avaliar, sob a ótica jusconcorrencial, as condutas unilaterais praticadas nesse ambiente digital aonde as transações são realizadas.

Caso paradigmático é a multa de 2,4 bilhões de euros imposta ao Google, por abuso de posição dominante no mercado de mecanismo de buscas online, violando o art. 102 do

¹ Para o presente estudo, a expressão Economia Digital é utilizada de maneira abrangente para incluir modelos de negócios que fornecem produtos ou serviços usando tecnologias de informação, especialmente a internet, com o uso extensivo de dados (BRICS. **BRICS in The Digital Economy**: competition policy in practice. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019, p. 5).

² FORBES. **Global 2000**: The World’s Largest Public Companies. Disponível em: <<https://www.forbes.com/lists/global2000/#4da8e6c75ac0>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

³ THE ECONOMIST. **The world’s most valuable resource is no longer oil, but data**: the data economy demands a new approach to antitrust rules. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 30 out. 2019.

TFUE⁴. Sinteticamente, o Google teria se aproveitado de sua posição dominante no mercado de buscas genéricas para alavancar sua posição no mercado de comparação de produtos online, oferecidos por meio da ferramenta Google Shopping. Conforme a decisão da Comissão Europeia, o Google estaria sistematicamente privilegiando o seu próprio mecanismo de comparação de preços no resultado das buscas genéricas e, simultaneamente, depreciando os demais concorrentes desse mercado (*search bias*).

Por outro lado, a FTC – autoridade concorrencial estadunidense que atua em conjunto com o U.S. Department of Justice Antitrust Division na aplicação da legislação federal sobre o tema – arquivou investigação similar – manipulação de resultados de busca online – com base de ausência de evidências para penalizar o Google. Em nota publicada em 03 de janeiro de 2013, a FTC, em sentido diametralmente oposto ao da Comissão Europeia, expôs que a prática adotada pelo Google é justificável e gera efeitos pró-competitivos, na medida em que incrementa a qualidade dos seus resultados de busca⁵.

Em 02/07/2019, o Cade arquivou o processo derivado de representação feita pela E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., responsável pelos sites de comparação de preços Buscapé e Bondfaro⁶. O objeto da representação era similar às condutas investigadas pela Comissão Europeia e pela FTC. Por maioria de votos, o processo foi arquivado por ausência de indícios suficientes para configuração de infração à ordem econômica, como se verá em detalhes adiante.

Esse caso ilustra bem a relevância do tema e realça a problemática enfrentada no presente trabalho: como examinar, juridicamente, se condutas unilaterais praticadas por plataformas digitais constituem abuso de posição dominante, nos termos do art. 36, IV, da LDC?

Nesse sentido, este trabalho tem como objetivo geral investigar condutas unilaterais de abuso de posição dominante praticadas por plataformas digitais, no âmbito do direito brasileiro, assim como os elementos e pressupostos para identificação de ilicitude. E, mais especificamente, identificar as peculiaridades que permeiam a concorrência na economia digital, fornecendo subsídios para o exame de condutas unilaterais anticompetitivas.

⁴ COMISSÃO EUROPEIA. **Case AT. 39740 – Google Search (Shopping)**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁵ FEDERAL TRADE COMMISSION. **Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, julgado em 02 jul. 2019.

Para tanto, a metodologia adotada, de maneira predominante, foi o estudo de caso, com suporte teórico na obra “Estudo de caso: planejamento e métodos”, de Robert K. Yin⁷. Para o autor, o estudo de caso é uma estratégia de pesquisa destinada a responder questões do tipo “como” e “porque” (pesquisa exploratória), especialmente quando o foco se encontra em fenômenos contemporâneos. Nesse sentido, deve-se selecionar casos paradigmáticos, coletar e analisar os dados do caso de forma imparcial. A partir disso, é possível extrair conceitos e hipóteses que podem ser utilizadas como ferramentas analíticas, bem como contribuir para construção de teorias.

Assim, selecionou-se o supramencionado Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (caso Google Shopping) como objeto de análise, ante a necessidade de delimitar a pesquisa, bem como a representatividade e o caráter revelador do referido processo. A técnica de pesquisa utilizada para coletar e analisar os dados foi a pesquisa documental dos autos processuais, com ênfase nas manifestações do DEE, da SG e do Tribunal do Cade.

Tal enfoque, contudo, não excluiu a necessidade de pesquisas diretas às fontes doutrinárias de direito concorrencial (nacionais e estrangeiras) e à jurisprudência do Cade, com o intuito de subsidiar a tarefa analítica do estudo de caso em questão. Outrossim, dada a natureza do tema, também foi necessário utilizar ferramentas conceituais da análise econômica do direito. Isso significa que conceitos de microeconomia serão trazidos para enriquecer o estudo e auxiliar na valoração jurídica dos debates enfrentados.

Em relação à estrutura, o trabalho se divide da seguinte maneira:

No capítulo primeiro aborda-se a teoria do abuso de posição dominante de maneira geral. Trata-se de uma descrição dos contornos centrais do tema, sem a intenção de esgotá-lo. Sua importância está em fornecer uma fotografia, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, do assunto e contribuir para a confrontação das ferramentas de análise atualmente utilizadas pelo Cade com os desafios apresentados no caso concreto. Naturalmente, pelo recorte do presente trabalho, diversos tópicos não serão abordados. Contudo, houve um esforço para tratar os principais temas que impactam a análise da questão-problema.

No segundo capítulo, é feita uma descrição do caso *Google Shopping*, objeto central do presente trabalho. Seguindo o rigor metodológico, o caso foi examinado com as lentes do problema de pesquisa, o que resultou num enfoque em três unidades de análise específicas: as

⁷ YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. Tradução: Daniel Grassi. 3º Ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

implicações concorrenciais de modelos de negócios de plataformas de múltiplos-lados, o papel da inovação na análise e os efeitos concorrenciais da concentração de dados.

No terceiro capítulo, as unidades de análise são confrontadas com um denso arcabouço teórico, que tem o intuito de compreender melhor os impactos concorrenciais desses fatores. Em alguma medida, é realizado um cotejo entre a exploração das unidades de análise e atuação do Cade no caso concreto. A partir dessa discussão, ensaia-se uma modesta contribuição. Dentro dos limites de generalização que um estudo de caso encerra, propõe-se uma análise tridimensional das condutas praticadas por plataformas digitais dominantes que compreenda os três eixos discutidos no presente trabalho: modelos de negócios de plataformas de múltiplos-lados, inovação e dados digitais.

Por fim, são apresentadas as conclusões do estudo de caso empreendido e recomendações para desenvolvimentos posteriores do tema.

1 TEORIA DO ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

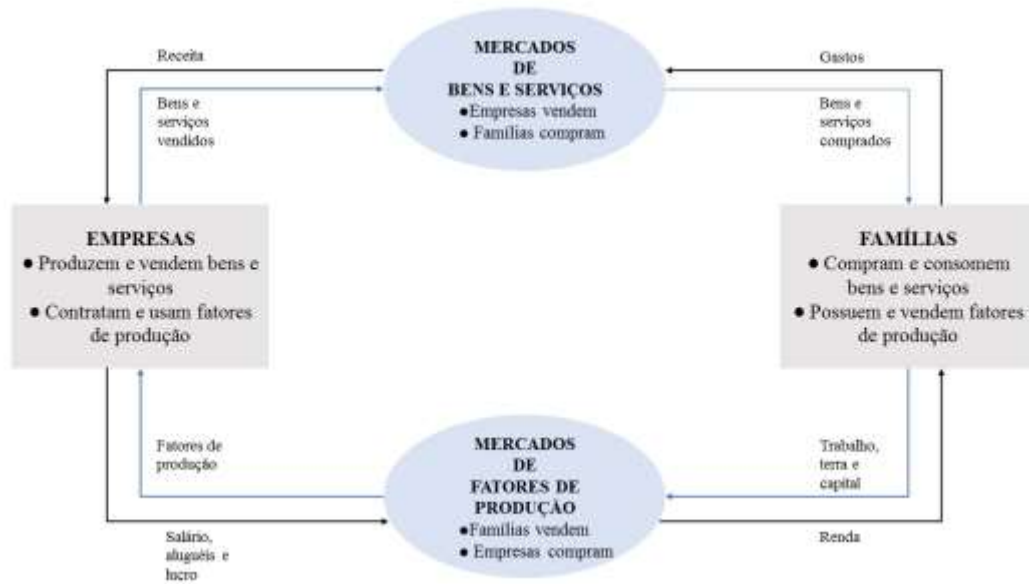
O presente capítulo propõe-se a analisar a teoria do abuso de posição dominante, por meio de um raciocínio dedutivo. Nesse sentido, parte-se das justificativas econômicas neoclássicas que fundamentam a repressão ao exercício abusivo do poder de mercado para, em seguida, analisar como a Constituição tutela a livre concorrência. Posteriormente, passa-se a examinar em específico o art. 36 da LDC, que trata das infrações à ordem econômica, com o foco nas condutas unilaterais. Por fim, explora-se a jurisprudência do Cade sobre o tema, visando esmiuçar como a autoridade de defesa da concorrência aprecia condutas abusivas em concreto. Em suma, a análise aqui realizada tem por escopo extrair conceitos que servirão de ferramental teórico para o estudo de caso a ser tratado no capítulo subsequente.

1.1 Poder de mercado e ineficiências econômicas

Quando o Estado opta pela economia de mercado, a regra é que os agentes econômicos interajam livremente, guiando suas decisões com base nos preços e no seu interesse próprio⁸. De um lado, os empresários são livres para decidir quem contratar, o que produzir ou que serviços prestar; de outro lado, os indivíduos decidem aonde trabalhar, que produtos consumir e quais serviços contratar. Dessa interação livre, isto é, sem a intervenção de um planejador central, são formados os preços, que representam a síntese do embate entre as forças da oferta e da demanda.

⁸ MANKIW, Gregory N. **Introdução à Economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2016, p. 11.

Figura 1 - Diagrama do fluxo circular



Fonte: MANKIW, 2016, p. 24.

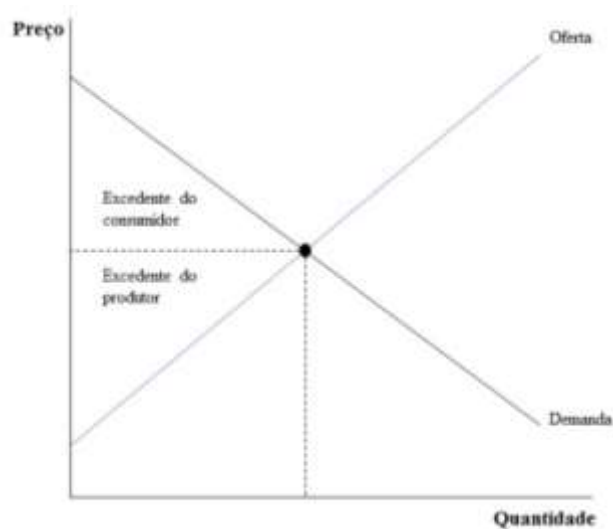
Segundo a economia neoclássica⁹, essa forma de organização da atividade econômica geralmente conduz à maximização do bem-estar da sociedade, embora, paradoxalmente, as decisões sejam guiadas por interesses particulares. Isso ocorre porque, partindo-se da premissa de que o mercado é competitivo, isto é, nenhum agente é capaz de impactar unilateralmente a formação dos preços, este tenderia ao equilíbrio, maximizando simultaneamente o bem-estar dos consumidores e dos produtores¹⁰.

⁹ Conforme Sandroni, a escola de pensamento econômico neoclássica (ou marginalista), tem como expoentes Vilfredo Pareto, Alfred Marshall, Carl Menger, Eugen von Bohm-Bawerk, entre outros, e seus principais traços podem ser assim delineados: “Os economistas neoclássicos negaram a teoria do valor-trabalho da escola clássica, substituindo-a por um fator subjetivo — a utilidade de cada bem e sua capacidade de satisfazer as necessidades humanas —, acreditando que o mecanismo da concorrência (ou a interação da oferta e da demanda), explicado a partir de um critério psicológico (maximização do lucro pelos produtores e da utilidade pelos consumidores), é a força reguladora da atividade econômica, capaz de estabelecer o equilíbrio entre a produção e o consumo. A análise da escola neoclássica caracteriza-se fundamentalmente por ser microeconômica, baseada no comportamento dos indivíduos e nas condições de um equilíbrio estático, estudando os grandes agregados econômicos a partir desse ponto de vista e com uso da matemática” (SANDRONI, Paulo (Org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999, p. 217)

¹⁰ As premissas de um mercado perfeitamente competitivo são: “1) existência de grande número de vendedores, cada um dos quais incapaz de forçar a baixa nos preços por não poder fornecer uma quantidade maior de produtos do que os demais; 2) todos os compradores e vendedores com o mais completo conhecimento dos preços e disponibilidades do mercado local e de outras praças; 3) inexistência de significativas economias de escala, de modo a nenhum vendedor poder crescer a ponto de dominar o mercado; 4) inexistência de barreiras à livre movimentação dos fatores de produção e dos empresários. O modelo impõe também, do lado da demanda: 1) existência de muitos compradores, nenhum deles capaz de variar o volume de suas compras a ponto de influir nos preços; 2) informação completa sobre preços, locais de venda etc.; 3) nenhum problema de locomoção; 4) homogeneidade do produto, ou seja, é indiferente comprar de um ou de outro vendedor. Num mercado assim estruturado, cada produtor operaria com a mais alta taxa de eficiência, seu produto teria o mais baixo custo e seu lucro seria o mínimo necessário para manter o também necessário número mínimo de produtores” (SANDRONI, Paulo (Org.). Op. cit., p. 119).

Com efeito, nesse cenário em que o preço é imposto pela própria dinâmica do mercado aos agentes econômicos: (1) a oferta de bens é alocada aos compradores que lhes atribuem maior valor, tal como medido pela sua disposição de pagar; (2) a demanda por bens é alocada aos vendedores que podem produzi-los ao menor custo; e (3) é produzida a quantidade de bens que maximiza a soma dos excedentes do consumidor (valor atribuído pelo consumidor menos o preço) e do produtor (preço menos o custo)¹¹. Por conseguinte, no equilíbrio, a alocação de recursos é considerada eficiente, em termos econômicos, pois, não há alternativa viável que possa colocar um indivíduo numa posição melhor sem fazer com que outro fique em uma posição pior¹². A este estado de coisas denominou-se equilíbrio ou eficiência de Pareto.

Figura 2 - Eficiência de Pareto



Fonte: adaptado de MANKIW, 2016, p. 139.

Em termos práticos, essa organização econômica incentiva os empresários a competirem entre si por parcelas cada vez maiores de mercado, visando a ampliação dos seus lucros. Assim, caso a competição se dê no mérito¹³, a conquista de mercado converte-se num

¹¹ MANKIW, Op. cit., p. 140.

¹² VARIAN, Hal. **Intermediate Microeconomics: a modern approach**. 8ª Ed. New York: W.W. Norton & Company, 2010, p. 15-16.

¹³ A expressão competição no mérito (*competition on the merits*) surgiu no direito concorrencial europeu e geralmente está associada a concorrência através de menores preços, maior qualidade e amplitude de escolhas aos consumidores. Entretanto, a expressão está longe de ter uma interpretação unívoca. Sobre o tema, conferir ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Competition on the merits**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/abuse/35911017.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2022.

prêmio ao agente econômico que consegue ofertar produtos e serviços com melhor qualidade e menores preços – “ao vencedor, as batatas”¹⁴.

Se por um lado um mercado perfeitamente competitivo, no qual os agentes econômicos são tomadores de preços, é teoricamente o modelo de alocação de recursos mais eficiente e, portanto, o ideal a ser perseguido; no extremo oposto, um mercado dominado por um agente monopolista, nem sempre atenderá aos melhores interesses da sociedade. Monopólio, em uma definição estrita, significa “vender só”. Porém, em sentido amplo, significa uma posição de poder econômico que permite ao seu detentor agir com independência e indiferença em relação aos demais agentes¹⁵ – para os fins do presente estudo, o termo será utilizado nesse sentido abrangente.

Na prática, a estrutura de mercado monopolística pode surgir por diversos motivos: um único agente detém a propriedade de um recurso-chave para o mercado; o Estado pode conceder direitos de exclusividade (por exemplo, patente) a um agente específico; ou pode-se constatar, na prática, a hipótese de monopólio natural, na qual é mais eficiente que um produto ou serviço seja ofertado por apenas um agente (por exemplo, fornecimento de água)¹⁶.

Graças ao poder de mercado, que permite ao monopolista mitigar a pressão competitiva, ele deixa de ser um tomador de preços (*price taker*) e passa a ser um formador de preços (*price maker*). Esse atributo cria incentivos para que o monopolista imponha preços acima no nível competitivo, já que ele poderá fazê-lo de forma lucrativa, o que não seria possível caso ele fosse um tomador de preços¹⁷. Contudo, ao agir dessa maneira, o monopolista cria ineficiências, podendo reduzir o bem-estar econômico geral. Em outras palavras, a imposição de preços acima do custo marginal garante maiores lucros para o monopolista, entretanto, esse ganho não é suficiente para compensar a perda de bem-estar causada aos consumidores¹⁸.

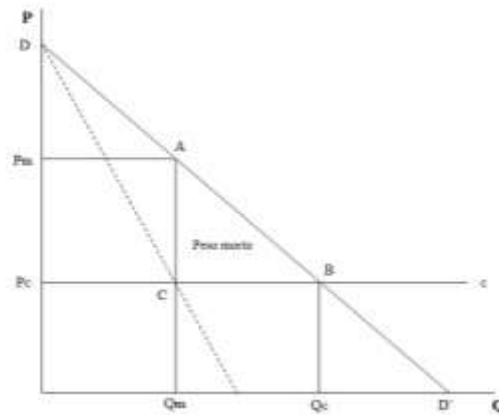
¹⁴ ASSIS, Machado de. **Quincas Borba**. Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1891, p. 14.

¹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 268.

¹⁶ MANKIW, Op. cit., p. 282-284.

¹⁷ MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. Cambridge University Press, 2004, p. 40.

¹⁸ *Ibidem*, p. 41.

Figura 3 - Custos sociais do monopólio

Fonte: adaptado de MOTTA, 2004, p. 42.

O gráfico acima explicita os custos sociais decorrentes do monopólio¹⁹. Assumindo que a curva de demanda DD' é decrescente e que os custos marginais c são constantes, em um cenário competitivo, o preço cobrado seria P_c e a quantidade ofertada Q_c . Isso porque, de um lado, o ofertante não pode vender abaixo de c , sob pena de incorrer em prejuízos, e, de outro lado, terá dificuldades para vender acima de P_c , já que poderá perder mercado para seus concorrentes. Nessa hipótese, o triângulo DBP_c corresponde ao excedente do consumidor e ao bem-estar total (não há excedente do produtor). No entanto, numa estrutura monopolística, é possível cobrar o preço P_m , aonde a receita marginal (representada pela linha pontilhada) cruza com os custos marginais c . Nesse caso, a quantidade ofertada equivale a Q_m . Assim, o bem-estar é dado pela área de DP_cCA , que é somatório dos excedentes do consumidor (DP_mA) e do produtor (P_mP_cAC). A perda de eficiência nesse cenário corresponde a diferença entre as áreas DBP_c e DP_cCA , portanto, o triângulo ABC , o qual representa um peso-morto para a economia.

É preciso salientar que a ausência de pressão concorrencial, além de permitir e incentivar o aumento de preços acima do custo marginal – já que o objetivo dos agentes é maximização dos lucros –, gerando ineficiências, ela também pode desestimular o monopolista a prezar pela qualidade de seus produtos e incentivá-lo a comportar-se de maneira a preservar o *status quo*, neutralizando concorrentes atuais e potenciais²⁰. Embora a análise antitruste muitas vezes enfatize o quesito preço, a qualidade e a permeabilidade dos mercados são igualmente relevantes. Se um agente deixa de se empenhar para oferecer

¹⁹ A explicação do gráfico é extraída de MOTTA, Op. cit., p. 41-43.

²⁰ Assim, em termos jurídicos, há posição dominante não apenas quando o agente tem o poder de formar os preços, mas também a capacidade de arrefecer a concorrência (FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 269-270).

produtos ou serviços com a melhor qualidade possível, há um custo social; se um agente cria barreiras à entrada de novos concorrentes, também há um custo social.

Não obstante, como afirmado acima, é natural a busca por parcelas cada vez maiores de mercados e, em um mercado competitivo, é desejável que seja dessa forma, para que os agentes econômicos se mantenham motivados a se tornarem cada vez mais eficientes. Ciente dessa realidade, a LDC não censura a conquista de mercado resultante do processo fundado na maior eficiência de um agente em relação aos seus competidores (art. 36, § 1º). Pelo contrário, o empenho na obtenção de maiores parcelas do mercado, congênito à livre concorrência, é promovido.

Em outras palavras, a LDC não se reprime a situação fática estática de posição dominante, senão quando o seu exercício compromete as estruturas do livre mercado²¹. Na prática, o simples fato de um agente econômico deter 20%, 50% ou até 100% de um determinado mercado não constitui, por si só, infração à ordem econômica. Para tanto, é necessário que esse percentual se converta em poder de mercado e seja utilizado para arrefecer a concorrência, em prejuízo ao bem-estar econômico.

Com efeito, esse exercício pode se dar através da uma união entre concorrentes para dominar o mercado em conjunto e beneficiar-se dessa situação (*co-ludere*) ou por meio de um agente econômico que, unilateral e deliberadamente, atua com o objetivo de excluir seus concorrentes atuais e potenciais do jogo (*ex-ludere*). O presente estudo concentra-se justamente neste segundo caso, em que um agente econômico abusa unilateralmente de sua posição dominante.

1.2 Princípio da livre concorrência

²¹ Nesse sentido, esclarece Fábio Ulhoa Coelho: “O poder econômico, note-se, é um dado de fato inerente ao livre mercado. Se a organização da economia se pauta na liberdade de iniciativa e de competição, então os agentes econômicos são necessariamente desiguais, uns mais fortes que outros. Ou seja, conforme assentou Miguel Reale, o poder econômico não é em si ilícito, mas é o instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em função do modelo da economia de mercado (em Franceschini-Franceschini, 1985:521). Ora, nem a Constituição nem a lei poderiam ignorar ou pretender a eliminação do poder econômico. O direito somente pode disciplinar o exercício desse poder, reprimindo iniciativas que comprometem as estruturas do livre mercado.” (COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1: direito de empresa. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 219).

A Constituição Federal elencou entre os princípios da ordem econômica a livre concorrência (art. 170, IV), exprimindo a opção do Estado pela economia de mercado²². Essa escolha supõe, como regra, o absentéismo estatal no domínio econômico, permitindo que os agentes de mercado interajam sem fricções políticas; e pressupõe que essa forma espontânea de organização é a mais propícia ao desenvolvimento econômico e social do país. Em outras palavras, na Constituição de 1988 a planificação da economia é preterida pela livre concorrência como método de organização econômica.

Naturalmente, não se deve dilatar a livre concorrência ao extremo do *laissez-faire*, ela não consiste em princípio absoluto. Como a sua própria topografia constitucional sugere, a livre concorrência é obrigada a coexistir com outros princípios e valores, como a soberania nacional, a função social da propriedade privada, a defesa do consumidor e do meio ambiente, a redução das desigualdades, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido às empresas de pequeno porte. Com efeito, conforme consagrado pela teoria constitucionalista, os princípios, enquanto mandamentos de otimização, devem ser aplicados na maior medida possível e, em caso de colisão, a preponderância de um princípio em relação ao outro é determinada mediante o emprego da técnica de ponderação²³. De todo modo, não obstante a possibilidade da livre concorrência ceder a outros princípios de igual hierarquia, o seu núcleo duro deve sempre ser preservado, sendo defeso o aniquilamento da economia de mercado como resultado de eventual sopesamento.

²² Conforme Barroso: “O princípio da livre concorrência, corolário direto da liberdade de iniciativa, expressa a opção pela economia de mercado. Nele se contém a crença de que a competição entre os agentes econômicos, de um lado, e a liberdade de escolha dos consumidores, de outro, produzirão os melhores resultados sociais: qualidade dos bens e serviços e preço justo. Daí decorre que o Poder Público não pode pretender substituir a regulação natural do mercado por sua ação cogente, salvo as situações de exceção que serão aqui tratadas. Por outro lado, os agentes privados têm não apenas direito subjetivo à livre concorrência, mas também o dever jurídico de não adotarem comportamentos anticoncorrenciais, sob pena de se sujeitarem à ação disciplinadora e punitiva do Estado.

Em suma: a opção por uma economia capitalista se funda na crença de que o método mais eficiente de assegurar a satisfação dos interesses do consumidor de uma forma geral é através de um mercado em condições de livre concorrência, especialmente no que diz respeito a preços” (BARROSO, Luís Roberto. *A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços*. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47-81).

²³ Conforme Alexy: “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes” (ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 90). Ainda, “Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.” (Ibidem, p. 93).

Se, de um lado, a livre concorrência possui um status negativo enfatizado, isto é, ela impõe ao Estado um dever de manter incólume a competição travada entre os agentes econômicos, de outro lado – paradoxalmente²⁴ –, o mesmo princípio outorga ao Estado o poder-dever de intervir no domínio econômico (status positivo). Essa faceta do princípio da livre concorrência traduz-se na necessidade de concretização da livre concorrência pelo Estado, por meio de uma estrutura institucional e normativa capaz de permitir a concorrência efetiva, sempre que ela for viável. Conforme a imagem de Hayek, tal como um jardineiro visa criar as condições mais favoráveis ao crescimento de uma planta, a concorrência necessita de uma estrutura legal elaborada com inteligência pelo Estado para florescer²⁵.

Com efeito, a atuação positiva do Estado é, em primeiro lugar, no sentido de fornecer uma arquitetura institucional para defesa da concorrência, o que, no caso brasileiro, corresponde ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estabelecido pela Lei nº 12.529/2011, formado pelo Cade e pela SEAE²⁶, do Ministério da Economia. A SEAE possui uma atuação restrita à advocacia da concorrência, sendo, pois, o Cade o protagonista na

²⁴ “Porque as premissas básicas do antitruste são incompatíveis, e porque algumas delas são incorretas, a lei tem produzido resultados cada vez mais bizarros. Algumas de suas doutrinas preservam a concorrência, enquanto outras a suprimem, resultando numa política em guerra contra si mesma” (BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. New York: Basic Books, 1978, p. 7). No original, “Because antitrust’s basic premises are mutually incompatible, and because some of them are incorrect, the law has been producing increasingly bizarre results. Certain of its doctrines preserve competition, while other suppress it, resulting in a policy at war with itself”.

²⁵ “Os princípios básicos do liberalismo não contêm nenhum elemento que o faça um credo estacionário, nenhuma regra fixa e imutável. O princípio fundamental segundo o qual devemos utilizar ao máximo as forças espontâneas da sociedade e recorrer o menos possível à coerção pode ter uma infinita variedade de aplicações. Há, em particular, enorme diferença entre criar deliberadamente um sistema no qual a concorrência produza os maiores benefícios possíveis, e aceitar passivamente as instituições tais como elas são. Talvez nada tenha sido mais prejudicial à causa liberal do que a obstinada insistência de alguns liberais em certas regras gerais primitivas, sobretudo o princípio do *laissez-faire*. Contudo, de certa maneira, essa insistência era necessária e inevitável. Diante dos inumeráveis interesses a demonstrar que certas medidas trariam benefícios óbvios e imediatos a alguns, ao passo que o mal por elas causado era muito mais indireto e difícil de perceber, apenas regras fixas e imutáveis teriam sido eficazes. E como se firmara uma forte convicção de que era imprescindível haver liberdade na área industrial, a tentação de apresentá-la como uma regra sem exceções foi grande demais para ser evitada.

No entanto, essa atitude assumida por muitos vulgarizadores da doutrina liberal tornava quase inevitável que, uma vez abalados alguns de seus pontos, logo toda ela desmoronasse. Tal posição enfraqueceu-se ainda mais devido ao progresso necessariamente lento de uma política que visava à gradativa melhoria do arcabouço institucional de uma sociedade livre. Esse progresso dependia da nossa maior compreensão das forças sociais e das condições mais favoráveis ao seu bom funcionamento. Como a tarefa era auxiliar e, onde fosse preciso, suplementar a ação de tais forças, o primeiro requisito era compreendê-las. A atitude do liberal para com a sociedade é semelhante à do jardineiro que cuida de uma planta e que, a fim de criar as condições mais favoráveis ao seu crescimento, deve conhecer tudo o que for possível a respeito da estrutura e das funções dessa planta.” (HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010, p. 42-43). Em outro lugar, reforça o autor: “Em nenhum sistema racionalmente defensável seria possível o estado ficar sem qualquer função. Um sistema eficaz de concorrência necessita, como qualquer outro, de uma estrutura legal elaborada com inteligência e sempre aperfeiçoada.” (Ibidem, p. 60).

²⁶ Embora não tenha sido formalizada uma alteração legislativa, o Decreto nº 9.745/2019 passou a denominar a SEAE como Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade.

matéria enquanto autoridade antitruste do país, com legitimidade para normatizar e fiscalizar os agentes econômicos para preservar a concorrência²⁷.

Além do poder-dever de estruturar institucionalmente a defesa da concorrência, o princípio da livre concorrência impõe ao Estado-legislador a obrigação de criar leis que tutelem a economia de mercado e, ao Estado-juiz, de solucionar controvérsias privilegiando, na maior medida possível, a manutenção da lógica concorrencial, premiando os agentes mais eficientes, que fornecem aos consumidores melhores preços e maior qualidade, e penalizando os agentes que se utilizam de seu poder econômico como artifício para arrefecer a competição no mérito.

Vale repetir aqui o mantra do direito concorrencial: a livre concorrência não tem por escopo tutelar concorrentes em particular, mas amparar a concorrência em si. Em outras palavras, a livre concorrência é um direito de titularidade coletiva²⁸. Significa dizer que a livre concorrência é um direito transindividual, de natureza indivisível, cuja titularidade pertence à pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato²⁹.

Até o momento, falou-se de “proteger”, “tutelar” e “preservar” a concorrência, porém, cumpre esclarecer: afinal, qual é o bem jurídico tutelado pelo direito à livre concorrência?

Embora esse assunto possa causar a impressão de ser puramente teórico, não o é. Desde o seu surgimento, entre o fim do século XIX e o início do século XX, esse tipo de legislação padece de uma espécie de crise existencial e a importância do debate acerca do seu real escopo e objetivo é crucial até os dias de hoje. Isso ocorre porque, de um lado, há quem defenda que o objetivo das normas concorrenciais é maximizar o bem-estar do consumidor, enquanto outros defendem que esse objetivo é demasiadamente restrito e as normas devem endereçar também questões como a redistribuição de renda, mercado de trabalho, sustentabilidade e, mais recentemente, proteção de dados pessoais. Nesse último caso,

²⁷ O Cade, autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça, é uma entidade judicante (art. 4º, LDC) composta por três órgãos: o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, a Superintendência-Geral e o Departamento de Estudos Econômicos (art. 5º, LDC). À Superintendência-Geral compete, especialmente, acompanhar permanentemente as práticas comerciais de agentes econômicos dominantes, instaurar e instruir processos administrativos e promover inquéritos para apuração de infrações à ordem econômica (art. 13, LDC). O Departamento de Estudos Econômicos, por seu turno, é dirigido por um Economista-Chefe, a quem incumbe elaborar estudos e pareceres econômicos (art. 17, LDC). Por fim, o Tribunal Administrativo é responsável, entre outras coisas, por decidir sobre a existência de infrações à ordem econômica, aplicar as penalidades previstas em lei e apreciar processos administrativos relacionados a atos de concentração (art. 9º, LDC).

²⁸ Art. 1º, parágrafo único, da LDC.

²⁹ “Os interesses ou direitos difusos são identificados como aqueles relacionados a um número indeterminado de pessoas, vinculados por uma relação factual que merece ser acolhida pelo ordenamento jurídico. São de natureza indivisível, sendo esta indivisibilidade caracterizada pela impossibilidade de distinguir o titular da prestação jurisdicional ou mesmo individualizar a parcela, que lhe é cabível, daquele determinado interesse ou direito tutelado.” (MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª edição revisada., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 975).

sustenta-se que as normas de defesa da concorrência não têm um objetivo estático, mas constituem instrumento para implementação de objetivos constitucionais mais amplos, como a dignidade da pessoa humana ou o combate à pobreza. Por trás desse debate está a tentativa de minimizar ou maximizar a influência política sobre o direito concorrencial.

No clássico da literatura jusconcorrencial “The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself”, de 1978, Robert H. Bork sustenta que o único objetivo legítimo do antitruste é maximização do bem-estar do consumidor³⁰. A consequência disso é que a aplicação da lei deve empregar a teoria econômica para julgar quais estruturas e práticas são prejudiciais aos mercados e quais são benéficas. Segundo o autor, o direito concorrencial é necessariamente uma ciência híbrida, um cruzamento entre direito e economia que produz uma forma de raciocínio diferente de qualquer outra disciplina, e quando essa realidade é ignorada o resultado é uma aplicação ruim da norma, ignorando a sua substância.

Em sua obra, Bork dialoga com as abordagens atribuídas aos Juízes Brandeis e Hand, que defendiam, respectivamente, que as leis de defesa da concorrência deveriam proteger os pequenos negócios e poderiam ser utilizadas livremente pelos tribunais para promover os valores que o magistrado entender convenientes em cada caso concreto. Para Bork – que entende que a ideia de *rule of law* pressupõe certo grau de segurança e rigor lógico – o escopo das leis de defesa da concorrência não pode ser tão aberto, mas deve focar apenas em um rol exaustivo de comportamentos (carteis, atos de concentração, preços discriminatórios, acordos de exclusividade e similares). Bork não ignora a importância de outros valores, apenas argumenta que o legislador deve promovê-los de maneira apropriada, por meio de benefícios fiscais, subsídios ou outros formatos. Não caberia ao Estado, nessa ótica, valer-se dos drásticos remédios da legislação concorrencial de maneira arbitrária, conforme as conveniências políticas de cada momento.

O pensamento de Bork, em conjunto com o de outros autores – Aaron Director, Bowman, McGee e Telser –, ficou registrado na historiografia da disciplina concorrencial como Escola de Chicago. A tônica central dessa escola é enxergar a política concorrencial através da lente da teoria dos preços, ou seja, por meio dos seguintes pressupostos econômicos básicos: lei da oferta e da demanda, racionalidade individual e escassez³¹.

³⁰ Op. cit., p. 7-9.

³¹ “Acredito que as conclusões de Director resultaram simplesmente de enxergar a política antitruste através das lentes da teoria dos preços. Cada uma de suas ideias é deduzível da premissa de que empresários são racionais maximizadores de lucros, a dedução procedendo de acordo com os princípios simples da teoria dos preços, isto é, que as curvas de demanda se inclinam para baixo, que um aumento de preços de um produto reduzirá a demanda por seu complemento, que os recursos gravitam para áreas onde terão mais retorno etc.” (Tradução Livre). No original: “I believe Director's conclusions resulted simply from viewing antitrust policy through the

Em última instância, essa linha de raciocínio direcionou o direito concorrencial a um escopo restrito, focado apenas em cartéis ou concentrações horizontais avantajadas o suficiente para criarem monopólios. De outro lado, a Escola de Chicago era cética em reconhecer efeitos deletérios à concorrência decorrentes de concentrações verticais, condutas unilaterais, bem como a existência de barreiras à entrada e a possibilidade de alavancagem³².

Embora as ideias de Chicago e seus correspondentes desenvolvimentos tenham encabeçado o direito concorrencial nas últimas décadas, atualmente, elas têm sido alvo de severas de críticas, sobretudo, alegando que a visão de eficiência econômica como objetivo único do antitruste empobreceu a disciplina³³. Mais ainda, essa visão restrita do direito concorrencial apresenta pontos-cegos especialmente no contexto de plataforma digitais e mercados baseados em dados (*data-driven markets*)³⁴.

Para Lina Khan³⁵, a defesa da concorrência é bem mais ampla do que promover o bem-estar dos consumidores, envolve fomentar não apenas custos menores (interesses de curto prazo), mas também qualidade, variedade e inovação (interesses de longo prazo). Em outras palavras, o objetivo da política concorrencial não é somente aumentar o bem-estar dos consumidores, mas propiciar a concorrência nos mercados.

Nesse sentido, Lina Khan sugere uma perspectiva que abranja não apenas a análise de preços, mas uma análise do processo competitivo e da estrutura de mercado³⁶. Na prática, implicaria em considerar alguns fatores adicionais no exame de condutas ou atos de concentração, como a existência de barreiras à entrada, conflitos de interesses, o surgimento de *gatekeepers*, o controle sobre dados e as dinâmicas de poder de barganha.

A visão de Lina Khan encontra eco em diversos outros autores, entre eles: Tim Wu. Em sua obra “Impérios da Comunicação: do telefone à internet, da AT&T ao Google”, o autor discorre sobre a evolução do mercado de comunicação nos Estados Unidos e a sua concentração econômica, sustentando que existem considerações importantes que

lens of price theory. Each of his ideas was deducible from the assumption that businessmen are rational profit-maximizers, the deduction proceeding in accordance with the tenets of simple price theory, i.e., that demand curves slope downward, that an increase in the price of a product will reduce the demand for its complement, that resources gravitate to the areas where they will earn the highest return etc.” (POSNER, Richard A. **The Chicago School of antitrust analysis**. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn_law_review>. Acesso em: 03 fev. 2022).

³² BORK, op. cit.

³³ CRANE, Daniel A. **The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy**. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/articles/1550/>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

³⁴ KHAN, Lina M. **Amazon's Antitrust Paradox**. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol126/iss3/3/>>. Acesso em: 30 out. 2019, p. 737.

³⁵ Ibidem, p. 737-739.

³⁶ Ibidem, p. 745-746.

transcendem a questão do preço, especialmente no contexto de empresas que lidam com informação, as quais devem ser tomadas em consideração (“o mercado das informações não se confunde com o mercado de batatas”). Nesse sentido, Wu sugere a adoção de um princípio da separação na economia da informação, que visa proteger as inovações *vis-à-vis* a atuação dos incumbentes e da intervenção estatal³⁷.

Em sua obra “The Curse of Bigness: antitrust in the new gilded age”, Tim Wu critica mais diretamente a Escola de Chicago e sua visão extremamente focada em preços, dessa vez, no contexto da economia digital propriamente dita. Para o autor, as autoridades antitruste e os tribunais não devem se preocupar com a mensuração dos efeitos sobre preços, o que é extremamente complexo de se identificar na prática. Ao contrário, devem se perguntar se a conduta analisada promove ou não a concorrência. Nessa linha, o foco passa a ser a análise do *processo* competitivo e não da maximização de *valor*³⁸.

Em influente trabalho sobre o assunto, Ariel Ezrachi analisa os objetivos do direito concorrencial em diversas jurisdições e critica a visão purista defendida pela Escola de Chicago, constando que, em sua aplicação, o direito concorrencial possui características intrínsecas semelhantes às de uma “esponja”³⁹. Isso porque, pode-se dizer que o direito concorrencial é – como uma esponja – capaz de ampliar ou restringir o seu escopo para proteger uma ampla gama de objetivos sociais. Nesse sentido, ele ganha uma conotação instrumental. Ainda, seguindo a analogia, a disciplina econômica funciona como uma “membrana” que envolve a esponja e mitiga a sua capacidade de absorção, evitando que a “esponja” fique embebida de valores e objetivos inconsistentes com o pensamento econômico.

A doutrina brasileira também dialoga com as discussões acerca dos objetivos do direito concorrencial. Em sua clássica tese de doutorado, Paula Forgioni é categórica ao afirmar que o princípio constitucional da livre concorrência é instrumento de promoção da dignidade humana, bem como de outros valores constitucionais:

Isso tudo significa que, no Brasil, não se pode sustentar que a disciplina antitruste visa apenas a implementar a eficiência, seja ela alocativa, produtiva ou dinâmica. A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas

³⁷ WU, Tim. **Impérios da Comunicação**: do telefone à internet, da AT&T ao Google. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

³⁸ WU, Tim. **The Curse of Bigness**: antitrust in the new gilded age. New York: Columbia Global Reports, 2018.

³⁹ EZRACHI, Ariel. **Sponge**. Disponível em: <<https://academic.oup.com/antitrust/article/5/1/49/2525569>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.⁴⁰

Em sentido similar, Calixto Salomão sustenta que reduzir o interesse dos consumidores a uma questão de preço seria equivocado⁴¹. Para ele, a visão jurídica impõe que o direito concorrencial considere, além do preço, elementos absolutos – aplicáveis a todos os setores – e elementos relativos – aplicáveis caso a caso, a depender do setor. Exemplo de elementos absolutos são as regras de tributação e meio ambiente, pois, segundo o autor, não haveria como admitir dois padrões de concorrência, um de empresas que respeitam as normas ambientais e tributárias e outros de empresas que não as observam. De outro lado, para exemplificar os elementos relativos, o autor utiliza o setor de comunicação, uma vez que, nesse cenário, é preciso considerar que a informação tem um valor em si que independe de preço ou eficiência.

Ainda, Ana Frazão defende uma reaproximação entre a disciplina concorrencial e o direito constitucional, de modo a conferir àquele um protagonismo maior no contexto brasileiro, especialmente na proteção do consumidor, redução da pobreza, proteção da inovação e combate à corrupção. Para a autora, as consequências dessa proposta seriam:

(i) o reconhecimento da instrumentalidade do art. 173, § 4º, da Constituição; (ii) a necessidade de que o controle do poder econômico seja compreendido a partir da ordem econômica constitucional, inclusive no que diz respeito à finalidade desta de assegurar a todos uma vida digna de acordo com os ditames da justiça social (art. 170, *caput*) e em conformidade com os demais princípios listados nos incisos do art. 170; (iii) a conclusão de que a simples circunstância de exercício do poder econômico adequar-se à determinada política econômica ou gerar eficiências econômicas não o torna compatível com a ordem econômica constitucional e nem com a legislação concorrencial; e (iv) a necessidade de uma maior abertura do Direito da Concorrência, tanto no que diz respeito aos seus propósitos, como no que diz respeito às suas metodologias.⁴²

Não é a intenção do presente trabalho esgotar a disputa em torno dos objetivos do direito concorrencial, mas apenas apresentar a discussão e as suas tendências, de modo a fazer uma leitura mais precisa dos contornos da teoria do abuso de posição dominante e a sua interseção com a economia digital. Nesse sentido, a presente dissertação tem como hipótese de trabalho a concepção de que o direito concorrencial tem por escopo maximizar a eficiência em termos econômicos, porém, em determinadas circunstâncias, podem ser introduzidos outros objetivos e valores que permitam uma análise mais assertiva dos casos concretos.

⁴⁰ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p.192-194.

⁴¹ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 118-121.

⁴² FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 70.

1.3 O abuso de posição dominante na LDC

O mandamento constitucional de defesa da concorrência, mais especificamente o comando previsto no § 4º do art. 173 da CRFB/88 de combate ao abuso de posição dominante, é concretizado por meio do art. 36 da LDC, segundo o qual, independentemente de culpa, são consideradas infrações à ordem econômica, quaisquer atos que tenham por objeto ou permitam o exercício abusivo de posição dominante.

Conquanto a redação da norma seja relativamente simples, a sua correta interpretação e aplicação envolve uma análise sofisticada, que transita por temas de dogmática jurídica e sutilezas de teoria econômica. Isso porque a caracterização do abuso de posição dominante compreende, entre outras, discussões sobre a tipicidade aberta da norma, a questão da inexigibilidade de culpa e a constatação da posição dominante.

Nesse sentido, passa-se a interpretar o escopo do art. 36 da LDC e sua correspondente aplicação pela autoridade concorrencial brasileira. Foge ao escopo do presente estudo, todavia, examinar os pormenores acerca do procedimento administrativo sancionador no âmbito do Cade, descrever as diversas condutas em espécie, tratar de temas como aplicação privada da LDC e debater acerca da adequação dos remédios comportamentais ou estruturais passíveis de aplicação pelo Tribunal do Cade.

1.3.1 Sujeito das infrações à ordem econômica

O escopo subjetivo da LDC é abrangente e, conforme o art. 31, engloba pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal. Nota-se pela redação da norma que o objetivo do legislador foi atingir qualquer entidade cujos atos

possam distorcer a concorrência, independentemente da forma, não obstante o foco seja a regulação de empresas⁴³.

Vale sublinhar que, para fins concorrenciais, o Cade se vale de um conceito de grupo econômico próprio, que não se confunde com as definições tipicamente societárias – embora tome emprestado certas noções e possa existir alguma sobreposição na prática. Isso porque, naturalmente, para fins concorrenciais deve imperar a supremacia da realidade econômica sobre a forma⁴⁴. Essa ponderação é ainda mais relevante no contexto globalizado atual, em que vigora a empresa plurissocietária. Dificilmente uma conduta concorrencialmente relevante será fruto de uma única pessoa jurídica isoladamente, dado que existem diversas razões que incentivam a adoção de estruturas societárias cada vez mais complexas. Economicamente, é possível reduzir custos de transação; financeiramente, permite-se a direção de uma enorme massa de capitais; juridicamente, a limitação de responsabilidade contribui para a delimitação do risco empresarial; gerencialmente, é uma maneira mais eficiente de organização da macroempresa; tributariamente, pode ser instrumento de planejamento tributário e gerar eficiências fiscais; politicamente, pode servir para prevenir riscos decorrentes de crises político-sociais⁴⁵.

Com efeito, a caracterização de grupo econômico para fins concorrenciais depende de dois requisitos: personalidade das sociedades envolvidas na conduta e orientação concorrencial central⁴⁶. A identificação do primeiro requisito passa por analisar a personalidade jurídica das sociedades em questão e seus respectivos vínculos de participação e controle. Por exemplo, significa dizer que, caso se esteja diante de uma conduta anticompetitiva atribuível a uma entidade com personalidade jurídica própria ou a um grupo societário cuja sociedades controladas tenham o seu capital social integralmente detido por uma holding, não se exige a densificação dos debates. De outro lado, estruturas mais complexas acabam demandando uma discussão qualificada acerca do segundo requisito.

Nesse contexto, a orientação concorrencial central diz respeito à presença de uma estratégia competitiva ou estratégia central concorrencial elaborada por um centro decisório comum e direcionada a todos os membros de um determinado grupo. O ex-Conselheiro

⁴³ PEREIRA NETO, Caio Mário da; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 40.

⁴⁴ Frazão, Ana. Op. cit., p. 199.

⁴⁵ VIO, Daniel de Avila. **Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

⁴⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento nº 08700.005448/2010-14**. Conselheiro Relator Carlos Ragazzo, julgado em 14 dez. 2011.

Carlos Ragazzo propôs uma lista exemplificativa de elementos que caracterizam uma orientação centralizada:

Uma sociedade pode adotar diferentes maneiras para concorrer em um dado mercado, embora exista uma série de elementos básicos que compõem a miríade de estratégias competitivas disponíveis, quais sejam: i) foco competitivo; ii) identificação de marcas; iii) seleção de canal de distribuição; iv) relação entre a marca e seu canal de distribuição; v) qualidade do produto ou serviço; vi) liderança tecnológica; vii) integração vertical; viii) política de custos; ix) prestação de serviços auxiliares; x) política de preços; xi) alavancagem financeira; xii) relacionamento com a matriz; xiii) relacionamento governamental.⁴⁷

Dentro do escopo do presente estudo, basta destacar que, quando se trata de condutas unilaterais anticompetitivas, nem sempre deve se interpretar como conduta praticada por uma entidade isolada. Conforme mencionado, no contexto atual da empresa plurissocietária e levando em consideração o posicionamento do Cade acerca dos grupos econômicos, a conduta “unilateral” é, portanto, uma conduta geralmente praticada por um conglomerado caracterizado por uma orientação concorrencial una.

1.3.2 Tipicidade aberta e a estrutura dual de ilicitude presente no art. 36, *caput*

Conforme a redação do *caput* do art. 36 da LDC, a forma do ato, para efeitos de composição do suporte fático de incidência da norma, é praticamente irrelevante⁴⁸. A técnica legislativa adotada pela LDC tem a vantagem de tornar desnecessárias discussões sobre a tipicidade da conduta, subsumindo-se, portanto, todo tipo de prática que possa afetar negativamente a concorrência, independentemente de ser unilateral, coordenada, vertical, horizontal etc. Nesse sentido, não há dúvidas de que as hipóteses de ilícitos concorrenciais elencadas no § 3º do art. 36 da LDC são meramente exemplificativas.

Essa abordagem acaba superando controvérsias observadas em outras jurisdições. No caso dos Estados Unidos, por exemplo, o art. 2º do *Sherman Act* proíbe a monopolização e a tentativa de monopolização⁴⁹. Para dar concretude a tal tipificação, a jurisprudência norte-

⁴⁷ Ibidem.

⁴⁸ Forgioni, Paula A. Op. cit., p.149.

⁴⁹ “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding

americana precisou construir um entendimento no sentido de que a monopolização só é considerada ilícita se (i) for constatado um poder monopolista no mercado relevante e (ii) se houver intenção de adquirir ou manter esse poder de modo distinto do crescimento ou desenvolvimento decorrente de um produto superior, perspicácia comercial ou acidente histórico⁵⁰. De outro lado, a tentativa de monopolização requer provas de que (i) o agente econômico praticou uma conduta anticompetitiva, (ii) com o dolo específico de monopolização e (iii) com uma probabilidade perigosa de adquirir poder monopolista⁵¹. Não é difícil imaginar que a aplicação da norma pressupõe um ônus exegético e probatório elevado.

Na União Europeia, por outro lado, o art. 102 do TFUE⁵² adota uma técnica legislativa mais aberta para reprimir o abuso de posição dominante. O texto sugere que a exploração de forma abusiva de uma posição dominante, independentemente da forma, é incompatível com o mercado interno, sem prejuízo de nomear práticas que podem configurar abuso de posição dominante, como a imposição de preços e a restrição de oferta⁵³.

No Brasil, o *caput* do art. 36 da LDC, embora compreenda atos “sob quaisquer forma manifestados”, condiciona a sua ilicitude ao fato do ato ter por objeto ou por efeitos, ainda que não alcançados: limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.

Por conseguinte, parte da doutrina sustenta que a lei antitruste brasileira adotou duas categorias de ilícitos ou uma estrutura dual: o ilícito por objeto e o ilícito por efeitos⁵⁴. O

\$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.” (Sherman Act, Section 2).

⁵⁰ U.S. Department of Justice. **Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-1>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

⁵¹ Ibidem.

⁵² “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.”

⁵³ COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)>. Acesso em: 03 fev. 2022.

⁵⁴ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 292-294.

ilícito por objeto diz respeito às condutas cujo objeto é a produção de efeitos anticompetitivos, ou seja, condutas que, em princípio, não possuem qualquer propósito econômico legítimo. O ilícito por efeitos, por seu turno, traduz-se em condutas capazes de produzir efeitos deletérios à concorrência. A aplicação desses conceitos está longe de ser unívoca, contudo, para os fins do presente estudo, basta afirmar que essa categorização repercute sobre o standard probatório necessário para condenação por infração à ordem econômica e que, em regra, as condutas unilaterais constituem ilícito por efeitos, como será melhor elaborado adiante⁵⁵.

1.3.3 Responsabilidade objetiva

O *caput* do art. 36 da LDC é categórico ao afirmar que a infração à ordem econômica é constituída independentemente de culpa. Significa dizer, portanto, que a responsabilidade antitruste se materializa com a mera presença dos elementos: conduta (ação ou omissão), nexo causal e resultado antijurídico (ilícito por objeto ou pelos efeitos); desconsiderando-se, por conseguinte, o elemento volitivo do agente envolvido na prática anticompetitiva⁵⁶.

Um leitor mais atento poderia questionar o fato de que o art. 173, § 4º, da CRFB/88, estabelece que a lei deverá reprimir o abuso de poder econômico *que vise à* dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Com efeito, a expressão “que vise à” exprimiria uma noção de intencionalidade e, portanto, um comando ao estado-legislador para adotar a responsabilidade subjetiva como regra para coibir as infrações à ordem econômica. Nesse sentido, a expressão “independentemente de culpa” adotada pela Lei nº 8.884/94 e mantida pela LDC, ofenderia ao texto constitucional.

Tal questionamento foi endereçado ao STF na ADI 1.094⁵⁷. Na ocasião, foi requerida à Corte uma liminar para determinar a suspensão da vigência de certos dispositivos da Lei nº 8.884/94, incluindo da expressão “independentemente de culpa”. Em síntese, o pedido liminar foi rejeitado, uma vez que, nos termos do voto proferido pelo então Relator Min. Carlos Velloso, ao menos em primeiro exame, não seria atentatório à Constituição estabelecer a lei

⁵⁵ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 293. Ver ainda, FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 139.

⁵⁶ PEREIRA NETO, Caio Mário da; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Op. cit., p. 99-100. Para maiores detalhes sobre os elementos de responsabilização, embora o foco esteja na responsabilidade civil concorrencial, cf. COELHO, Gustavo Flausino. **A responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

⁵⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1904-BA**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 1998, DJ nº 228, 27 nov. 1998.

que a infração à ordem econômica independe de culpa. Em 2020, transitou em julgado nova decisão, que extinguiu a referida ADI por motivos de ordem processual. Destarte, uma vez que o STF não julgou o mérito da demanda, é forçoso admitir que a expressão “independentemente de culpa” goza de presunção de constitucionalidade e não pode ser preterida pelo Cade.

No âmbito administrativo, a interpretação da norma já parece estar consolidada: a responsabilidade por ilícitos concorrenciais é objetiva. Em inúmeras ocasiões o Cade afirmou categoricamente que “(...) a responsabilização por infrações contra a ordem econômica independe de culpa, tendo o legislador adotado um modelo de responsabilidade objetiva de forma expressa na legislação antitruste”⁵⁸. Tal constatação tem reflexos importantíssimos no *standard* probatório, uma vez que a responsabilização de um agente econômico prescinde de demonstração de culpa ou dolo.

Embora não seja o foco do presente trabalho, é importante mencionar, ainda, que existem debates acerca da correta interpretação da expressão “independentemente de culpa”, aonde se sustenta que a norma apenas exige a autoridade antitruste da análise da chamada culpa subjetiva, porém, dada a natureza sancionadora dos processos administrativos, é preciso que esteja caracterizada ao menos a culpa normativa:

(...) considerando que a infração antitruste apresenta tipicidade aberta e ainda pode ser uma infração de perigo – já que não precisa ter produzido efeitos –, unir tais aspectos a uma responsabilidade sem reprovabilidade seria conferir à autoridade antitruste um poder punitivo desmesurado e ininteligível, dando margem ao arbítrio. Dessa maneira, há apenas duas formas de se interpretar a expressão ‘independentemente de culpa’, em conformidade com os princípios constitucionais inerentes ao Direito Administrativo Sancionador: ou se entende que poderia haver responsabilidade objetiva para outros fins que não a punição – como a imediata cessação da conduta –, ou se entende que, ao assim prever, a Lei Antitruste afasta a necessidade de comprovação da culpa – vista sob o aspecto psicológico, normalmente vinculado à cognoscibilidade, previsibilidade e estabilidade dos efeitos da conduta –, mas não a demonstração da reprovabilidade da conduta, ou seja, da chamada ‘culpa normativa’.⁵⁹

Por fim, não se pode olvidar que tal regime de responsabilidade não é extensível às pessoas naturais, cujo o elemento subjetivo da conduta é conservado pela LDC para fins de caracterização do ilícito concorrencial⁶⁰.

⁵⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.003048/2003-01**. Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, julgado em 29 jan. 2015.

⁵⁹ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 263.

⁶⁰ “Por outro lado, tal regime de responsabilidade objetiva não se aplica a pessoas físicas que exerçam cargo de administração, cuja sanção depende de ser ‘comprovada a sua culpa ou dolo’ (art. 37, III). Ademais, embora a lei não preveja explicitamente o mesmo requisito de comprovação de culpa ou dolo para a aplicação a outros indivíduos eventualmente envolvidos em infrações concorrenciais – notadamente empregados (art. 37, II), seria

1.3.4 Abuso

A CRFB/88 em seu art. 173, § 4º, fixa, como já visto, um comando ao estado-legislador para reprimir o “abuso de poder econômico”; e, nos termos da LDC, constitui infração à ordem econômica qualquer ato que tenha por objeto ou possa proporcionar ao agente econômico “exercer de forma abusiva de posição dominante”. No entanto, embora a noção de abuso tenha, ao menos sob uma perspectiva literal, um protagonismo normativo na disciplina jusconcorrencial, não há uma definição ou norte que permita uma acepção precisa da expressão. Nesse sentido, assevera Forgioni: “não se procure na lei a resposta para qualquer indagação do tipo ‘o que é abuso de posição dominante?’ Encontraremos apenas alguns de seus exemplos.”⁶¹ Nesse sentido, cumpre a doutrina esboçar os seus contornos.

Na prática, existem diversas interpretações acerca das referidas expressões constantes da LDC e da CRFB/88. Uma visão mais pragmática sugere que o abuso de posição dominante seria, em sentido amplo, sinônimo de infração à ordem econômica⁶². Em outras palavras, abuso de posição dominante corresponderia a qualquer conduta, colusiva ou unilateral, prejudicial à concorrência. Nesse caso, seria desnecessário qualquer aprofundamento, dado que a própria intenção da norma é ter uma feição aberta.

Já para Coelho⁶³, a resposta está no próprio texto constitucional, que não trata o abuso de poder econômico como efeito, mas como ato que pode ter por escopo a eliminação da concorrência, a dominação dos mercados ou o aumento arbitrário dos lucros, que, por seu turno, correspondem aos incisos I, II e III, do art. 36, da LDC, respectivamente. Segundo esse raciocínio, o inciso IV do art. 36 deve ser compreendido como “mera redundância”, isto é, como síntese da matéria tratada nos incisos precedentes do mesmo artigo.

De outro lado, Calixto Salomão, também se apoiando no texto constitucional, sustenta que, na verdade, é possível extrair da ideia de “abuso do poder econômico” princípios

de todo inconsistente não aplicar o mesmo requisito de culpabilidade a indivíduos presumivelmente mais sujeitos à subordinação hierárquica dentro de empresas e outras organizações”. (PEREIRA NETO, Caio Mário da; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. Op. cit., p. 99-100).

⁶¹ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 298.

⁶² FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 297-299.

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. Op. cit., p. 236-237.

relevantes e informadores do direito concorrencial⁶⁴. Para ele, interpretar a referida expressão como única figura ilícita da ordem concorrencial ou como mero elemento de ligação no texto normativo é esvaziar o seu sentido. Assim, deve-se interpretar a referida expressão de maneira teleológica, enxergando a defesa da concorrência como “garantia institucional”. Significa dizer que a disciplina concorrencial exige uma atuação afirmativa do Estado no sentido de garantir a existência da efetiva concorrência, assumindo o direito um papel redistributivo e garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas. Dessa maneira, “abuso de poder econômico” possui uma conotação dupla. De um lado, deve ser lido como um elemento valorativo, uma regra de proteção da concorrência. Sua ideia-base é, portanto, a proteção da instituição livre concorrência. De outro lado, infere-se que, se há o abuso no exercício do poder econômico, ou seja, o seu uso anormal, é forçoso reconhecer que há um uso normal conforme a função econômico-social dos agentes econômicos.

Outra abordagem possível seria a interdisciplinar, tomando por empréstimo a categoria “abuso de direito” adotada pelo direito privado⁶⁵. Com efeito, na doutrina civilística, o abuso de direito remete ao exercício de um direito subjetivo, tal qual previsto no ordenamento jurídico, contrariamente à sua própria finalidade ou ao direito como um todo – daí a expressão romana *summum jus, summa injuria*⁶⁶. Na acepção de San Tiago Dantas:

Todas as situações jurídicas, que se conceituam como direito subjetivo, são reconhecidas e protegidas pela norma, tendo em vista uma finalidade, que se poderá chamar, a finalidade econômica e social do direito.

Todas as vezes em que o direito é exercido, segundo estas finalidades, está dentro de seus quadros teleológicos.

Acontece, porém, que o titular de um direito, em vez de exercê-lo no sentido destas finalidades, o faz no sentido de finalidade contrária, contrastando, expressamente, com a finalidade para a qual o direito foi instituído.

Tem-se, então, o exercício anti-social do direito e este exercício anti-social é que se conceitua como abuso do direito.

Abuso do direito nada mais é do que o exercício anti-social do direito.⁶⁷

Para Ana Frazão, a teoria geral do abuso de direito, que envolve uma análise da compatibilidade do exercício de um direito com as suas finalidades econômicas e sociais, é claramente aplicável às hipóteses de abuso de poder econômico. Dessa maneira, é possível fazer um juízo de adequação de proporcionalidade entre os meios utilizados pelo agente

⁶⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 410-416.

⁶⁵ Art. 187, CC/02.

⁶⁶ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 345.

⁶⁷ DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil**: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945] – Parte Geral. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977, p. 372.

econômico para competir no mercado e os fins por ele buscados⁶⁸. No entanto, Forgioni⁶⁹ declara que a doutrina antitruste não deve confundir o abuso do poder econômico com a teoria geral do abuso de direito. Isso porque o poder econômico não é um direito, mas sim um fato e, desse modo, não haveria que se falar em uso ou abuso no sentido privatístico do termo.

Como é possível notar, são diversas as posições sobre o tema, porém, independentemente da abordagem, o núcleo do abuso de poder econômico diz respeito à repressão às condutas unilaterais anticompetitivas⁷⁰. A questão central é entender a linha divisória entre um comportamento lícito e um comportamento ilícito de um agente em posição dominante⁷¹. Aqui aproxima-se da perspectiva comunitária europeia, segundo a qual o enfoque é decidir se uma conduta praticada por um agente econômico dominante se desvia da “competição no mérito”, isto é, competição travada por meio de preço e qualidade⁷². Na precisa colocação de Drago:

Portanto, o abuso de posição dominante pode consistir no exercício de uma ampla margem de apreciação pela empresa dominante, em virtude da especial posição que ocupa, e consequentemente da especial responsabilidade que se lhe aplica, de forma a obter vantagens que, na presença de contestabilidade de mercado, ou seja, grau de concorrência apreciável, não poderia alcançar. Estas vantagens podem resultar de abusos de exploração, bem como da preservação ou reforço dessa posição dominante pelo recurso a meios aptos a excluir a concorrência sem justificação objetiva.⁷³

É neste sentido que o presente estudo utiliza a expressão abuso de posição dominante: condutas unilaterais deletérias à concorrência praticadas por agentes econômicos detentores

⁶⁸ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 267-271.

⁶⁹ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 276-278.

⁷⁰ “Já no tocante à dominação do mercado relevante de bens ou serviços e o exercício abusivo de posição dominante, temos aqui o núcleo da repressão aos abusos decorrentes de condutas unilaterais. A exemplo dos Estados Unidos, que reprimem a “monopolização”, reconhece-se ao diploma brasileiro a mesma racionalidade no sentido de reprimir uma conduta unilateral cuja intenção seja a dominação de um mercado relevante através de práticas abusivas, requerendo-se, para tanto, prova de aquisição ou manutenção premeditada de posição monopolista. Serviria, portanto, a um motivo maior, qual seja, a prevenção e repressão de estruturas monopolísticas.” (DRAGO, Bruno de Luca. **Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2015, p. 272).

⁷¹ “A questão principal é: como diferenciar um comportamento lícito de um agente em posição dominante de um comportamento ilícito? Qual é a linha divisória entre as condutas que podem ser adotadas por agentes econômicos que detêm posição dominante e as condutas que estes agentes não poderiam adotar?” (CORRÊA, Mariana Villela. **Abuso de Posição Dominante: condutas de exclusão em relações de distribuição**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2012, p. 50).

⁷² WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 7ª Ed. Oxford University Press, 2012, p. 192.

⁷³ DRAGO, Bruno de Luca. Op. cit., p. 143.

de posição dominante. Por essa razão, faz-se necessário investigar em que consiste posição dominante, para fins do direito concorrencial⁷⁴.

1.3.5 Posição dominante

O poder de mercado é um conceito de importância sistemática no direito concorrencial. Verificar a sua presença é geralmente o ponto de partida de qualquer análise, tanto referente ao controle de estruturas, quanto ao controle de condutas. Seu âmago corresponde à capacidade de um agente econômico, ainda que não seja monopolista, pautar a sua conduta com independência e indiferença em relação aos seus concorrentes e aos consumidores em geral. Portanto, há uma dimensão ativa: capacidade de influir sobre a conduta dos demais participantes do mercado; e uma dimensão passiva: capacidade de não se deixar influenciar pelo comportamento dos demais agentes. Significa dizer, em outras palavras, que a posição dominante torna o seu detentor significativamente impermeável às leis do livre mercado⁷⁵. Essa é a noção trazida pela LDC, no § 2º do art. 36, ao associar a posição dominante à capacidade de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado.

Em termos econômicos, o poder de mercado se refere a capacidade de um agente (ou grupo de agentes) aumentar preços acima do seu custo marginal⁷⁶. A faculdade de aumentar os preços por meio de restrição da oferta é uma preocupação central na medida em que se associa o objetivo do direito concorrencial ao bem-estar do consumidor⁷⁷. Conforme mencionado anteriormente, ao elevar os preços dessa maneira, a imposição de preços acima do custo marginal pode resultar em lucros para o agente dominante, ao custo de uma perda de bem-estar aos consumidores⁷⁸.

⁷⁴ Existem discussões sobre posição dominante ser pré-requisito para a ilicitude de condutas unilaterais. Como aqui trataremos de abuso de posição dominante, iremos desconsiderar o debate e tratar a posição dominante como pré-requisito.

⁷⁵ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 268-273.

⁷⁶ MOTTA, Massimo. Op. cit., p. 115. Cf. também POSNER, Richard A.; LANDES, William M. **Market Power in Antitrust Cases**. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2551&context=journal_articles>. Acesso em: 03 fev. 2022.

⁷⁷ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 141-144.

⁷⁸ MOTTA, Massimo. Op. cit., p. 41.

Na prática, as autoridades de defesa da concorrência iniciam a análise de poder de mercado a partir da definição de mercado relevante⁷⁹. A delimitação do mercado relevante é de natureza instrumental, é uma etapa preliminar para a análise do poder de mercado. Basicamente, mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos (dimensão do produto) e a menor área geográfica (dimensão geográfica) que exercem uma pressão competitiva entre si⁸⁰. Uma vez definidas as suas fronteiras, computa-se a participação que o agente econômico possui neste mercado (*market share*) com o intuito de inferir se, dado seu porte, ele é capaz de influenciar as condições de mercado por meio de sua conduta.

Geralmente, a ferramenta analítica mais utilizada para se definir um mercado relevante é o chamado teste do monopolista hipotético ou *Small but Significant Non-transitory Increase in Prices – SSNIP test*⁸¹. A partir desse teste, de um lado, procura-se investigar o mercado relevante material (ou do produto), que consiste no mercado em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que oferece⁸². Em síntese, o teste indaga que: supondo a existência um monopolista hipotético que é o único ofertante de determinado produto – por exemplo, bananas – seria ele capaz de obter lucro com o aumento de preços de cerca de 5% acima do nível atual, de maneira não transitória? Se a resposta for afirmativa, significa que as bananas não sofrem pressões concorrenciais significativas de outros produtos, de modo que o mercado de bananas deve ser considerado, isoladamente, um mercado específico. Contudo, se a resposta for negativa e constatar-se que um aumento de preços de bananas direciona parte da demanda para outras frutas (substitutibilidade da demanda) ou atrai outros ofertantes (substitutibilidade da oferta), a definição de mercado material deve ser alargada⁸³.

Similarmente, o mesmo teste contribui para a definição do mercado relevante geográfico, que consiste na área em que se trava a concorrência relativa à conduta que está

⁷⁹ “A delimitação do mercado relevante é uma das etapas mais importantes da análise em defesa da concorrência, sendo ponto de partida e fundamento para a avaliação de casos nos Guias de Análise de várias jurisdições, como o Brasil, Europa e os EUA. Esta importância advém da síntese de informações que a delimitação do mercado traz sobre a concorrência. De modo simétrico, sua delimitação exige uma análise aprofundada sobre o contexto e a realidade concorrencial de cada caso em análise” (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS. **Documento de Trabalho No. 001/10** – Delimitação de Mercado Relevante. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2022.

⁸⁰ MOTTA, Massimo. Op. cit., p. 101-102.

⁸¹ WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit., p. 27. Cf. ainda COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência**. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN)>. Acesso em: 03 fev. 2022.

⁸² FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 227.

⁸³ Exemplo extraído de MOTTA, Massimo. Op. cit., p. 102-104.

sob escrutínio⁸⁴. Indaga-se: um monopolista hipotético de água mineral no Estado do Rio de Janeiro obteria lucros aumentando o preço em cerca de 5%? Se a resposta for sim, o mercado geográfico poderá ser definido como Estado do Rio de Janeiro. Porém, se o aumento de preços, por exemplo, provoca a importação de água mineral do Estado de Minas Gerais, então, o mercado geográfico deve ser ampliado⁸⁵.

Uma vez definido o mercado relevante, procura-se mensurar o percentual do mercado que compete ao agente cuja conduta está sob investigação. A participação de mercado (*market share*) igual ou superior a 20% representa um filtro inicial de presunção legal de dominância⁸⁶. É preciso destacar, no entanto, que a referida presunção é relativa (*juris tantum*), conforme a doutrina e a jurisprudência consolidada sobre o tema. Ou seja, a participação de 20% no mercado relevante, embora configure indício, não deve ser tomada como sinônimo de poder de mercado.

Contudo, a definição do mercado relevante não se limita a função de circunscrever um mercado de produto e geográfico e aferir o percentual que cada concorrente detém nesse contíguo. Ao lado disso, o exercício de definir o mercado relevante pressupõe compreender a estrutura concorrencial do mercado em questão e como se dá a dinâmica competitiva entre os agentes. Sem essa análise complementar, a constatação de poder de mercado resta prejudicada. Em outras palavras, o *market share* é condição necessária, mas não suficiente para o reconhecimento do poder de mercado.

Nesse sentido, é imperativo examinar a estrutura do mercado, em especial a existência de barreiras à entrada e a rivalidade. A razão é bastante intuitiva: se concorrentes potenciais ou rivais efetivos tiverem a capacidade de reagir às práticas anticompetitivas, como a manutenção de preços acima do nível concorrencial, seja ingressando no mercado, seja expandindo a sua posição, a intervenção regulatória pode ser dispensada. Essa constatação tem o condão de relativizar o *market share*, conforme explica Fagundes:

(...) se a entrada em um certo mercado é fácil, mesmo a presença de um elevado *market share* não é suficiente para caracterizar poder de mercado por parte de uma empresa: assim que esta elevasse seu preço para níveis de monopólio, novos competidores apareceriam, de modo que sua participação de mercado se reduziria, forçando-a a diminuir seu preço de volta ao nível competitivo (Hovenkamp, 1994, p. 246). Logo, em situações em que as barreiras são inexistentes ou suficientemente

⁸⁴ FORGIONI, Paula A. Op. cit., p. 222.

⁸⁵ MOTTA, Massimo. Op. cit., p. 113-114.

⁸⁶ Art. 36, § 2º, LDC: “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”.

baixas, essas condições estruturais do mercado não permitirão o surgimento de preços de monopólio.⁸⁷

De maneira pragmática, barreiras à entrada são condições que dificultam o ingresso de novos concorrentes⁸⁸. Elas podem ser categorizadas em três: estruturais, estratégicas ou regulatórias⁸⁹. As barreiras estruturais são características típicas do mercado, como economias de escala, elevados custos irrecuperáveis para entrar (*sunk costs*) e grau de fidelidade à marca. Ora, se para obter lucro no mercado é necessário incorrer em custos para atingir escala, custos irrecuperáveis e elevados custos com publicidade, a reação de um entrante pode não ser provável, tempestiva e suficiente, resultando em uma incapacidade de autocorreção dos mercados e, em última instância, prejuízos aos consumidores.

A segunda são as barreiras estratégicas, criadas artificialmente pela conduta dos incumbentes para angariar um mercado cativo. São exemplos desse tipo de barreira o elevado grau de verticalização e a limitação de acesso a distribuidores e fornecedores. Esse tipo de comportamento abre a possibilidade de dificultar o acesso de concorrentes a insumos e canais de distribuição, bem como pode contribuir para forçar um custo ilegal aos rivais⁹⁰.

Por fim, podem existir barreiras à entrada regulatórias. Tais barreiras são estabelecidas por leis ou atos normativos. O exemplo mais comum desse tipo de barreira são os direitos de propriedade intelectual. Uma patente, por exemplo, pode dificultar a entrada, exigindo que os agentes econômicos obtenham licenças para atuar em determinado mercado de maneira eficiente.

Paralelamente, é preciso levar em conta a reação dos concorrentes como instrumento de mitigação do poder de mercado de agentes dominantes⁹¹. Similarmente às barreiras à entrada, a capacidade de reação dos rivais apoia-se em sua capacidade de expandir a produção (usando capacidade instalada ociosa ou expandindo, e tendo acesso a insumos a preços de mercado), aptidão para inovar e capacidade de acessar os consumidores finais (diretamente ou

⁸⁷ FAGUNDES, Jorge. Barreiras à Entrada e Defesa da Concorrência. **Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC**. Ano 3, nº 2, 2012, p. 5-13.

⁸⁸ Existe uma controvérsia acerca da definição de barreiras à entrada. De um lado, o economista Joe S. Bain sustentou que a referida expressão reflete qualquer fator que permite aos produtores a elevar de modo persistente os preços acima do nível competitivo sem atrair com isso a entrada de novas firmas. De outro lado, o economista George J. Stigler propôs uma definição mais restritiva, focada apenas os custos, segundo a qual barreira à entrada é um custo incorrido por um entrante mas que não é incorrido pelos incumbentes (HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principle and execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2005, p. 102-104). Para evitar a controvérsia, o presente estudo adota uma postura pragmática, como o fazem as autoridades concorrenciais no exame de casos concretos.

⁸⁹ IBRAC. **Guia de Condutas Unilaterais**. Disponível em: <https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/497/IBRAC_-_Guia_de_Condutas_Unilaterais.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022.

⁹⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. Op. cit., p. 221-229.

⁹¹ IBRAC. Op. cit.

via canais de distribuição), entre outros fatores. Ainda, o nível de rivalidade pode ser aferido de diversas maneiras, como a margem de lucro, a evolução das participações de mercado no tempo, a entrada de novos concorrentes etc.

Portanto, além de considerar o *market share*, é imprescindível analisar a estrutura do mercado, especialmente a existência de barreiras à entrada e a rivalidade, para aferir a existência de *market power*. Sem a realização desse exame, a análise concorrencial se torna frágil e exposta a erros, podendo vir a penalizar agentes eficientes e/ou a intervir de modo desnecessário na economia.

1.3.6 Standard de prova

De maneira geral, a política de defesa da concorrência precisa lidar com os custos sociais decorrentes de comportamentos anticompetitivos, que abrangem, de um lado, os danos ao bem-estar econômico e, de outro lado, os custos administrativos para processar e julgar condutas⁹². Ainda que os métodos econométricos de análise proporcionassem elevado grau de assertividade, comprovar não só a prática de determinada conduta, mas também analisar os seus impactos na seara concorrencial, é uma tarefa complexa, dispendiosa e morosa. Por conta dessa realidade, a única maneira de tornar exequível o controle de condutas é recorrer a presunções e indícios, que garantam a eficiência e a celeridade dos processos⁹³.

O padrão ou *stantard* probatório pode ser definido como o grau de certeza requerido para se estabelecer a existência de um fato. Nesse sentido, a partir da experiência jurisprudencial norte-americana acumulada ao longo de décadas, passou a ser possível identificar que determinadas classes de condutas são geralmente deletérias à concorrência, de modo que é possível presumi-las anticompetitivas, reduzindo-se sobremaneira o padrão probatório requerido no caso concreto. Trata-se de uma constatação empírica: se a experiência jurisprudencial já discutiu e rediscutiu inúmeras vezes certas condutas, enfrentando todo tipo de argumentação e, afinal, as julgou anticompetitivas, por que razão mover toda a máquina novamente ao se deparar com a mesma conduta?⁹⁴ Essa abordagem em que os efeitos

⁹² HOVENKAMP, Herbert. **The Rule of Reason**. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1392&context=flr>>. Acesso em: 03 fev. 2022, p. 13.

⁹³ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 295.

⁹⁴ ARREDA, Philip. **The “Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues**. Washington, D. C.: The Federal Judicial Center, 1981: “Once we decide that a class of practice is in the vast generality of cases

anticompetitivos são largamente inferidos a partir de determinada conduta denomina-se regra *per se*⁹⁵.

De outro lado, a partir da constatação de que a aplicação literal da Seção I do *Sherman Act* era demasiadamente restritiva, a jurisprudência norte-americana cunhou a denominada regra da razão⁹⁶. Por esse modo de análise, o padrão de prova exige a comprovação de que o agente econômico com poder de mercado praticou determinada conduta anticompetitiva. Com efeito, a aplicação da regra da razão segue o seguinte passo a passo: (i) caracterização da conduta; (ii) delimitação do mercado relevante, estimativa das participações e das condições concorrenciais no mercado; (iii) exame dos efeitos decorrentes da conduta; e (iv) inquirir se a conduta não teria como ter atingido os mesmos benefícios por meios menos restritivos⁹⁷. Vale destacar que, é no contexto da regra razão que é possível realizar uma ponderação entre efeitos anticompetitivos e eficiências econômicas da conduta (*balancing*).

De maneira sintética:

Ocorre que a regra *per se* e a regra da razão nada mais são do que padrões analíticos construídos pelas autoridades de defesa da concorrência ao julgar condutas potencialmente lesivas à ordem econômica. Assim, ao contrário do que preconiza parte da doutrina, não constituem categorias distintas de ilícitos anticoncorrenciais, que se distinguem pela exigência ou não da prova dos efeitos potenciais, mas *standards* probatórios, que facultam ao órgão antitruste, a depender da conduta

detrimental and unjustified, why bother with the complicated and expensive inquiry into power? We have certainly learned from merger, monopoly, and rule of reason cases that proving markets and power is difficult, complex, expensive and time-consuming. The courts wisely decline to burden the system with such proof when the only thing the defendants can say for themselves is, “We tried to exploit the public, but failed”. HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., 2005, p. 114: The *per se* rule is said to result from repeated judicial experience, which describes a fairly crude but nevertheless serviceable empirical methodology. Scientists test hypotheses by trying to disprove them. If na hypothesis repeatedly survives testing it is said to be robust, which means that it becomes a kind of working rule for scientific endeavor until someone finally disproves it or develops an alternative hypothesis that is simpler or more successful. We never say that a scientific hypothesis is ‘true’ in any final sense, but only that it has survived all efforts to disprove it to date”.

⁹⁵ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 291: “Com efeito, a regra *per se* pode ser considerada como um agregado de presunções e atalhos probatórios em torno da ilicitude de determinada conduta, cuja justificativa decorre dos altos custos administrativos e das incertezas existentes nas investigações antitruste”.

⁹⁶ *Standard Oil of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1, 64–65 (1911): “As the cases cannot, by any possible conception, be treated as authoritative without the certitude that reason was resorted to for the purpose of deciding them, it follows as a matter of course that it must have been held by the light of reason, since the conclusion could not have been otherwise reached, that the assailed contracts or agreements were within the general enumeration of the statute, and that their operation and effect brought about the restraint of trade which the statute prohibited.”

⁹⁷ FARANI, Paula A. S.; SANTOS, Bruno D. M. A centenária regra da razão nos tempos modernos. In: JORGE, André Lemos et al. (org.). **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, p. 527-528. No mesmo sentido, dispõe a Resolução CADE nº 20/1999 que a aplicação da referida norma, em regra, pressupõe as seguintes etapas: (1) caracterização da conduta – identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal, bem como verificação da existência de evidências suficientes nos autos; (2) análise da posição dominante – delimitação do mercado relevante, estimativa das participações e das condições concorrenciais no mercado; e (3) análise da conduta, ponderação entre efeitos anticompetitivos e eficiências econômicas da conduta.

examinada, recorrer a uma análise mais ou menos detalhada das variáveis envolvidas no caso concreto.⁹⁸

Por fim, cumpre repisar que a aplicação da regra *per se* como padrão probatório é excepcional e depende de uma sólida jurisprudência firmada em torno de determinadas condutas. O exemplo mais comum – e talvez a única hipótese – de aplicação deste modo de análise são cartéis *hardcore*⁹⁹. Nesse sentido, o abuso de posição dominante deve ser analisado sob a ótica da regra da razão, cabendo à autoridade de defesa da concorrência o ônus de comprovação de sua ilicitude.

1.4 Jurisprudência do Cade

Com o intuito de ilustrar a aplicação dos conceitos acima tratados e fornecer subsídios para as discussões que se seguem, optou-se por examinar alguns dos principais precedentes do Cade, relativos a condutas unilaterais. Para realização dessa análise qualitativa, priorizou-se casos em que o Cade chegou a enfrentar o mérito da conduta, seja pela condenação ou pelo arquivamento do processo, desconsiderando-se, portanto, casos em que se firmou termo de compromisso de cessação ou arquivamentos sem exame de mérito. Ademais, buscou-se explorar precedentes representativos, isto é, os quais são debatidos pela doutrina especializada e utilizados como referência pelo próprio Cade, bem como precedentes cuja análise pode enriquecer o debate acerca do estudo de caso objeto do presente trabalho.

O primeiro precedente que merece consideração é o caso “Tô Contigo”, relatado pelo Ex-Conselheiro Fernando Furlan, e julgado em 22 de julho de 2009¹⁰⁰. A partir de uma representação da cervejaria Schincariol, o referido processo administrativo foi instaurado com o intuito de investigar se o programa de fidelização “Tô Contigo”, promovido pela AmBev, configuraria infração à ordem econômica, nos art. 20, I e IV e art. 21, IV, V e VI, ambos da então vigente Lei nº 8.884/1994.

⁹⁸ FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 289-290.

⁹⁹ Taufick sustenta que a ilegalidade *per se* é inadmissível no Direito Antitruste, mesmo em casos envolvendo cartéis: “A denominada regra *per se* tem sido comum e inadequadamente invocada em casos de cartel. O cartel, embora tipicamente caracterizado como ilícito de conduta, é igualmente ato de concentração – devendo, como tal, ser submetido à regra da razão que permeia o art. 54 da Lei nº 8.884/94.” (TAUFICK, Roberto Domingos. Cartel, ilegalidade *per se* e ônus da prova: breves considerações. **Revista de Economia**, v. 33, n. 1, p. 151-155, jan./jun. 2007).

¹⁰⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10**. Conselheiro Relator Fernando Magalhães Furlan, julgado em 22 jul. 2009.

De maneira sucinta, o referido programa consistia na concessão aos pontos de venda – PDVs que adquirissem caixas de cerveja de pontos que poderiam ser trocados por prêmios diversos, o que corresponde, por conseguinte, a um desconto no preço da caixa de cerveja. Ainda, a partir da instrução, a SDE entendeu que a AmBev vinculava, ainda que informalmente, a participação dos pontos de venda (PDVs) no programa de fidelização à determinadas contrapartidas, traduzidas em obrigações de exclusividade de vendas ou de *share* AmBev de ao menos 90% por parte dos PDVs aderentes. Nesse sentido, o programa “Tô Contigo” teria o potencial de arrefecer a concorrência, promover fechamento de mercado e elevar os custos dos rivais.

O voto do relator se inicia pela definição do mercado relevante e de sua estrutura. Apoiando-se em precedentes envolvendo atos de concentração envolvendo companhias cervejeiras, o relator define o mercado relevante das práticas horizontais e a montante como o mercado de cerveja no âmbito geográfico regional. No que toca a definição do mercado relevante a jusante, o relator o define como o da venda de cervejas nos canais de bar e regional e, geograficamente, como os bairros de entorno dos PDVs. Em seguida, passou-se a descrever as características desses mercados. Identificou o relator que o mercado brasileiro de cervejas possui significativas barreiras à entrada decorrentes dos custos de publicidade elevados para criar uma marca forte e diferenciada, dada a fixação da preferência do consumidor por uma marca. Além disso, a rede de distribuição é uma segunda barreira à entrada, uma vez que é necessária uma extensa e organizada rede de distribuição para entrar nos canais tradicional e bar. Feita essa análise, foi constatado o poder de mercado da AmBev a partir de seu elevado *market share* nos mercados relevantes, de modo que, somente a partir desta certificação que o relator entendeu adequado prosseguir com a investigação sobre a conduta.

Em seguida, superadas as preliminares de ordem processual, o relator se debruçou sobre os efeitos econômicos da conduta. Constatou-se, em primeiro lugar, que o poder de mercado da AmBev torna os PDVs dependentes e incapazes de deixar de oferecer suas marcas. Nesse sentido, o programa “Tô Contigo” atua como um incentivo para que os PDVs concentrem toda a sua demanda em produtos da AmBev, o que gera, por conseguinte, aumento de custos para os rivais, dado que eles precisarão incrementar seu gasto em publicidade e conceder descontos maiores do que os oferecidos pela AmBev, tendo a sua capacidade de contestação do mercado mitigada. Em segundo lugar, a presença de externalidades negativas entre os PDVs os induzem a aderir ao programa de descontos, de modo que a possibilidade de entrada é reduzida, já que o entrante precisará compensar os

PDVs para justificar a sua saída do programa de exclusividade da AmBev, o que se traduz em um aumento artificial de custos. Em terceiro lugar, a não-linearidade de preços praticada pelo agente dominante implica na necessidade de concessão de descontos superiores pelos rivais, provocando uma assimetria no mercado. Por fim, o relator não identificou qualquer eficiência econômica advinda do programa e tampouco a representada foi capaz de apresentar eficiências geradas pela conduta. Desse modo, concluiu-se, em termos econômicos, que o programa “Tô Contigo” possuía potencial de arrefecimento da concorrência, fechamento de mercado e elevação artificial dos custos de rivais.

Por fim, o relator passou a subsumir a conduta ao disposto no art. 20, I e IV, da Lei nº 8.884/94. Aduz o relator que o a norma pune a potencialidade dos efeitos, ainda que não sejam produzidos, e que a expressão “independente de culpa” corresponde a responsabilidade objetiva. Nesse sentido, reforçado pelos argumentos econômicos apresentados, condenou-se a AmBev, nos termos do voto do relator, por ter exercido sua liberdade de iniciativa para implantar programa de execução ilícita, em prejuízo aos direitos difusos tutelados pela Lei nº 8.884/94.

Outro precedente que merece destaque é o caso SKF, de relatoria do Conselheiro César Mattos¹⁰¹. A partir do encaminhamento de documentação recebida anonimamente pelo Procon/SP ao Cade, foi instaurado processo administrativo visando investigar a conduta de fixação de preços de revenda¹⁰². A fixação de preços de revenda (FPR) constitui estratégia comercial na qual agente verticalmente relacionado fixa um preço mínimo, fixo ou máximo que serão cobrados pelos agentes do mercado *downstream* na revenda de produtos ou serviços para terceiros. Ainda, na prática de FPR, o fabricante ou distribuidor utiliza sanções para garantir a efetividade da estratégia¹⁰³.

Segundo a mencionada documentação, a SKF do Brasil – empresa do mercado de produção e distribuição de rolamentos, retentores, ferramentas de manutenção e equipamentos de monitoramento para diversas indústrias – teria se reunido com representantes da sua rede de distribuição autorizada e, na aludida reunião, os distribuidores teriam solicitado à SKF do Brasil a instituição de “medidas preventivas” visando estipular um preço (margem de lucro)

¹⁰¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44**. Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 31 jan. 2013.

¹⁰² A denúncia do Procon foi para apurar suposto cartel entre SKF do Brasil e suas as distribuidoras autorizadas, mas a investigação seguiu apenas para fixação de preços de revenda, conforme SDE em 06/07/2004.

¹⁰³ “A FPR caracteriza-se por ser uma estratégia comercial na qual a venda de um produto ou serviço tem preço (ou margem de lucro) fixo(a) mínimo(a), único(a) ou máximo(a) estabelecido(a) por agente verticalmente relacionado” (JASPER, Eric Hadmann; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Voltando à razão? Fixação de preço de revenda após o caso SKF. In: BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. **Jurisprudência do CADE comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 453-468).

mínimo para todos os produtos da linha SKF e a previsão de penalidades para aqueles que descumprissem a orientação, incluindo advertência e aumento temporário e escalonado dos preços praticados pela SKF do Brasil aos distribuidores.

Ao analisar o mérito da conduta, o conselheiro-relator aduziu que os efeitos da FPR sobre o bem-estar econômico seriam ambíguos:

Os seus efeitos negativos estariam relacionados à eliminação da concorrência intramarca, ao incentivo à organização de cartéis no mercado de fornecedores, à organização de cartéis no mercado de distribuidores, ao aumento unilateral de poder de mercado, à elevação de barreiras à entrada e à discriminação de preços com vistas ao exercício do poder de monopólio. Já os seus efeitos positivos estariam associados à eliminação do problema da dupla marginalização, à eliminação do efeito carona, à preservação da imagem do produto, ao fortalecimento da concorrência intermarcas, ao incentivo à entrada de novos concorrentes nos mercados *upstream* e *downstream*, ao aumento da lealdade e cooperação dos distribuidores com os fornecedores e ao aumento da capacidade do fornecedor em fazer frente ao poder de compra dos grandes estabelecimentos varejistas que comercializam diversas marcas, inclusive próprias.¹⁰⁴

Diante dessa dificuldade em analisar condutas de FPR, o conselheiro-relator afirmou que elas devem ser analisadas caso a caso, a partir da regra da razão. Conforme é possível extrair da linha argumentativa adotada no voto, a regra da razão estaria associada à demonstração, pela autoridade investigativa, de efeito líquido contrário à concorrência, isto é, se, em termos econômicos, os efeitos negativos da conduta superam os seus eventuais efeitos pró-competitivos. Nesse sentido, a primeira etapa da análise consistiria na verificação de poder de mercado do agente investigado, sem o qual a FPR seria considerada “crime impossível”. No caso concreto, após extensa análise da doutrina e da jurisprudência internacional e pátria, o conselheiro-relator concluiu, afinal, pelo arquivamento do processo, dada a ausência de provas acerca do poder de mercado ou de fixação de margens mínimas com o intuito de promover a coordenação *upstream* ou *downstream*.

Contudo, após o conselheiro-relator proferir o seu voto, o Conselheiro Vinícius de Carvalho pediu vista e, posteriormente, veio a proferir voto-vista, condutor para a formação de maioria no Tribunal para condenar a SKF do Brasil. Com efeito, o Conselheiro Vinícius de Carvalho estruturou o seu voto em torno de três questões principais: (i) o papel dos mecanismos de coação para configurar FPR; (ii) a avaliação da eficiência da conduta; e (iii) a existência ou inexistência de risco anticompetitivo associado.

Em síntese, vale destacar que o voto do Conselheiro Vinícius de Carvalho sustentou que, mesmo admitindo que exista alguma espécie de justificativa atrelada à conduta de FPR,

¹⁰⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 16 (voto do relator).

caberia à SKF o ônus probatório da inexistência de risco anticompetitivo da aludida prática. Essa abordagem, segundo o conselheiro, corresponderia ao *standard* europeu da ilicitude pelo objeto, aplicado no caso concreto como uma inversão do ônus da prova em desfavor da SKF. Ainda, o voto-vista adotou uma postura mais flexível em relação ao poder de mercado, dissociando o seu conceito da noção de *market share*¹⁰⁵. Dessa maneira, a partir da decisão do Cade no caso SKF, as condutas de FPR seriam tratadas como ilícitas se comprovada sua existência e se a empresa investigada não fosse capaz de comprovar (i) baixa participação de mercado ou (ii) existência de eficiências específicas¹⁰⁶.

Ainda no contexto de abuso de posição dominante, o Cade já teve a oportunidade de enfrentar alguns casos envolvendo *sham litigation*, que envolve o uso abusivo do direito de petição relacionado a direitos de propriedade intelectual com reflexos concorrenciais¹⁰⁷. Vale mencionar brevemente dois desses casos: Eli Lilly¹⁰⁸ e ANFAPE¹⁰⁹.

No primeiro, a companhia farmacêutica Eli Lilly foi condenada pelo ajuizamento de múltiplas ações judiciais em face do INPI e da ANVISA, em diferentes comarcas, visando à obtenção de exclusividade na comercialização do medicamento cloridrato de gencitabina – utilizado para o tratamento de câncer. No caso concreto, o Cade concluiu, com base na jurisprudência estadunidense, que a prática de *sham litigation* depende da presença de dois requisitos: o descabimento do processo (requisito objetivo) e a intenção de influenciar a concorrência (requisito subjetivo). Nesse sentido, a prática se destaca pela desnecessidade de verificação de poder de mercado, uma vez que o sucesso da conduta seria suficiente para afetar os concorrentes negativamente.

Por outro lado, no caso ANFAPE, o Cade decidiu pelo arquivamento do processo. Trata-se demanda na qual foi investigado o abuso de direito de petição pelas montadoras Volkswagen, Fiat e Ford, baseada em direitos de exclusividade sobre desenhos industriais de autopeças de reposição¹¹⁰. Conforme a corrente majoritária, as provas apresentadas nos autos

¹⁰⁵ Para uma visão crítica do posicionamento adotado pelo Cade no caso, cf. SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A falácia das infrações por objeto e suas consequências para a persecução de condutas unilaterais. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 7, nº 1, maio 2019, p. 69-107.

¹⁰⁶ Conforme JASPER, Eric Hadmann; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Op. cit., p. 461, recentemente, o Cade parece estar tentando se distanciar do posicionamento adotado em SKF.

¹⁰⁷ Para entender mais, cf. FRAZÃO, Ana. Op. cit., p. 391ss.

¹⁰⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91**. Conselheira Ana Frazão, julgado em 03 jul. 2015.

¹⁰⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51**. Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 14 mar. 2018.

¹¹⁰ Para uma reflexão crítica sobre o caso, cf. CAMPILONGO, Celso Fernandes. Como evitar regimes jurídicos míopes entre si? Análise do conflito entre direito concorrencial e direito da propriedade intelectual no “Caso ANFAPE”. In: BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. **Jurisprudência do CADE comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 429-451.

não foram suficientes para demonstrar o abuso de direito de petição, mas apenas um exercício regular de direito pelas montadoras. Para-além das discussões envolvendo a colisão entre o regime concorrencial e a seara da propriedade intelectual, interessa ao presente estudo mencionar que, mesmo nos casos envolvendo *sham litigation*, é preciso analisar a conduta por meio da regra da razão:

Neste caso, a análise da conduta deve ser feita por meio da regra da razão, com observância de uma sequência de etapas, indicadas pela doutrina e adotadas pela jurisprudência, para que se possa configurar o ilícito concorrencial. A primeira etapa consiste na identificação do ato que poderia vir a gerar efeitos anticoncorreciais. De maneira geral, as etapas seguintes consistem na análise antitruste tradicional, pela qual se deve (i) inquirir o poder de mercado dos agentes econômicos envolvidos e verificar a existência de eventual posição dominante; (ii) prosseguir ao exame quanto aos efeitos concorreciais decorrentes do ato (verificar se o ato resulta em efeito líquido positivo) e (iii) por fim, inquirir se não há como atingir os mesmos benefícios por meios menos restritivos.¹¹¹

Como é possível observar da leitura dos precedentes envolvendo condutas unilaterais, a jurisprudência Cade é no sentido de que: (i) a expressão “independentemente de culpa” de fato indica que a responsabilidade por infrações à ordem econômica é objetiva; (ii) é necessária, como regra, a verificação do poder de mercado para caracterização do ilícito; (iii) o rol de condutas do art. 36, § 3º, da LDC, é meramente exemplificativo; (iv) prevalece o entendimento de que o abuso de posição dominante deve ser analisado pela regra da razão, embora existam ligeiras variações em sua aplicação pelo Cade.

¹¹¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., voto da Conselheira Paula Farani, § 5.

2 ESTUDO DE CASO: CADE V. GOOGLE

A partir dos conceitos formulados no capítulo anterior, o presente capítulo tem por objetivo descrever os principais aspectos do caso objeto deste trabalho. Naturalmente, não se buscará pormenorizar todas as discussões. Não se propõe aqui desarquivar o processo e opinar sobre o mérito, avaliando a posição adotada pelo Cade. Na verdade, o intuito deste capítulo é contextualizar o caso e destacar os temas centrais para o endereçamento da questão-problema.

Nesse sentido, após breves considerações sobre o modelo de negócio de buscadores, serão descritas as condutas investigadas no processo administrativo estudado, para então discutir as dificuldades enfrentadas na definição de mercado relevante, aferição do poder de mercado e divergências entre a análise de efeitos concorrenciais da conduta.

2.1 O motor de buscas do Google

Conforme dados de 2019, existem cerca de 1,7 bilhão de *websites* no mundo, sendo que cerca de 200 milhões deles estão ativos¹¹². Nesse universo existem basicamente três maneiras de encontrar uma página qualquer: conhecendo previamente o endereço eletrônico que leva à página desejada (por exemplo: www.google.com.br), navegando através de *hyperlinks*¹¹³ até o endereço-destino ou utilizando um buscador¹¹⁴. A ineficiência de cada internauta precisar conhecer e armazenar previamente uma série de endereços ou de precisar saltar de *hyperlink* em *hyperlink* para encontrar o que procura, consolidou os modelos de negócios especializados em tratar conteúdos disponíveis online, catalogá-los e ranqueá-los conforme a demanda de um determinado usuário.

Com efeito, buscadores como *Yahoo!*, *Bing* ou *Google*, podem ser definidos basicamente como um sistema de índices, bases de dados e algoritmos reunidos com o escopo

¹¹² FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **This is how many websites exist globally**. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2019/09/chart-of-the-day-how-many-websites-are-there/>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

¹¹³ Hyperlink é uma referência cruzada instantânea. (MARÇULA, Marcelo; BENINI FILHO, Pio Armando. **Informática**: conceito e aplicações. 5ª Ed. São Paulo: Érica, 2019, p. 725.

¹¹⁴ Para fins do presente trabalho, buscador, motor de busca, sites de busca, ferramenta de busca são sinônimos.

de analisar, indexar e apresentar os resultados dessa tarefa ao usuário que a solicitou¹¹⁵. Por meio desse processo complexo de busca, os usuários conseguem ter acesso simples e rápido à informação. Posto de um modo simples, os buscadores são como telefonistas¹¹⁶. Antes da discagem direta, era necessário entrar em contato com um telefonista e orientá-lo a fazer uma ligação para determinado interlocutor. Basicamente, os buscadores oferecem aos usuários uma maneira rápida e precisa de se chegar ao “interlocutor” desejado no ambiente digital.

Em termos técnicos, os buscadores realizam três funções básicas: *crawling*, *indexing* e *searching*¹¹⁷. As ferramentas de busca utilizam programas, denominados *bots*, *crawlers* ou *spiders*, que realizam de maneira automatizada a tarefa de percorrer constantemente a *web* visível, dissecando-a e catalogando as páginas encontradas. Na prática, esse processo pode se assemelhar a navegação que uma pessoa pode fazer manualmente, porém, em larga escala. Após o rastreamento, os buscadores utilizam critérios próprios para filtrar e catalogar os conteúdos e armazená-los em sua base de dados. A terceira parte da ferramenta é o mecanismo de busca em si. Esse mecanismo se relaciona com a interface e tem a função de percorrer o índice de forma a identificar e entregar as melhores correspondências ao usuário. Em essência, o desafio e, ao mesmo tempo, a razão de sucesso de um motor de buscas está em sua capacidade de identificar a verdadeira intenção de cada usuário em determinada busca.

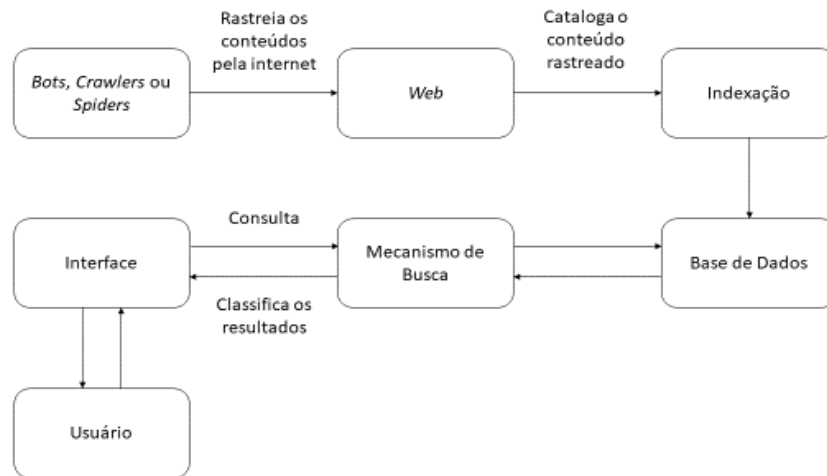
¹¹⁵ CAMPOS, Ricardo Nuno Taborda. **Agrupamento Automático de Páginas Web Utilizando Técnicas de Web Content Mining**. Dissertação (Mestrado em Engenharia Informática) – Universidade da Beira Interior. Castelo Branco: Covilhã, 2005, p. 8: “Um sistema de busca é um conjunto organizado de computadores, índices, bases de

dados e algoritmos, reunidos com a missão de analisar e indexar as páginas web, armazenar os resultados dessa análise e indexação numa base de dados e devolvê-los posteriormente aquando de uma pesquisa que preencha os requisitos indicados pelo utilizador por ocasião de uma consulta. As suas funções são portanto as de crawling, indexing e searching”.

¹¹⁶ WU, Tim. Op. cit., 2012, p. 336.

¹¹⁷ CALDEIRA, Fátima Hassan. O mecanismo de busca do Google e a relevância do sistema-usuário. **Revista Digital do Programa de Pós-Graduação em Letras da PUCRS**. Vol. 8, n. 1, jan/jun 2015, p. 91-106.

Figura 4 - Arquitetura simplificada de um mecanismo de busca



Fonte: Elaboração do autor

Atualmente, Google é praticamente sinônimo de ferramenta de busca no ocidente¹¹⁸. Ele surgiu em 1998 e o seu sucesso é normalmente atribuído ao seu algoritmo de buscas denominado *PageRank*¹¹⁹. O algoritmo parte do pressuposto que as páginas mais relevantes são aquelas que recebem mais links de outras páginas e ordena os resultados partindo dessa intuição. Dessa maneira, o Google é capaz de prover resultados mais assertivos aos seus usuários, ranqueando páginas que são mais significativas, de acordo com o interesse humano devotado a elas. Atualmente, contudo, o algoritmo Google é bastante sofisticado e utiliza centenas de fatores para ranquear as melhores respostas a uma busca qualquer.

Esse serviço é ofertado pelo Google gratuitamente aos usuários. Contudo, a principal fonte de receita do Google é o seu negócio de anúncios: Google Ads. A partir de uma determinada busca requerida por um usuário, o Google geralmente entrega uma série de resultados os quais, a depender das características da busca, pode englobar uma lista de sites que simplesmente são ranqueados em razão de sua relevância para o usuário (busca orgânica) e, de outro lado, pode ser reservado um espaço para links patrocinados (busca patrocinada). Estes links dizem respeito à publicidade virtual e são apresentados de maneira estratégica para os usuários, de modo que o Google acaba sendo remunerado pelos cliques realizados pelos usuários e, ainda, por uma taxa de sucesso em eventual venda decorrente desse tráfego.

¹¹⁸ O verbo *to google* inclusive entrou oficialmente no léxico (Oxford English Dictionary), com o significado de procurar um conteúdo ou informação na internet.

¹¹⁹ Cf. PAGE, Lawrence et al. **The PageRank Citation Ranking: Bringing Order to the Web**. Disponível em: <<http://ilpubs.stanford.edu:8090/422/1/1999-66.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

Figura 5 - Página de resultados orgânicos e patrocinados do Google

The image shows a Google search results page for the query "fone de ouvido". The page is annotated with three labels and arrows:

- Busca efetuada:** Points to the search bar at the top of the page.
- Resultados patrocinados:** Points to a red-bordered box containing five sponsored product listings for earbuds from various retailers like Amazon and Mercado Livre.
- Resultados orgânicos:** Points to a green-bordered box containing organic search results, including a news article, a "As pessoas também perguntam" (People also ask) section with four questions, and a product listing from KaBuM!.

Fonte: reprodução de <https://perma.cc/QK8R-VVXJ> (*grifos nossos*).

Como é possível imaginar, a tarefa de fornecer respostas personalizadas aos usuários não é nada simples. No exemplo contido na Figura 5 acima, por trás da busca pela expressão “fone de ouvido” pode estar a intenção de comprar um produto ou ler notícias específicas sobre as consequências desse produto para a saúde. Em razão dessa dificuldade das ferramentas de busca genéricas, novos modelos de negócio emergiram, visando atender à demanda por buscas temáticas ou verticais, por exemplo, ofertando respostas segmentadas em viagens, notícias, produtos, esportes, localidades etc.

Já em 2002 o Google chegou a lançar nos EUA uma versão beta do buscador vertical de produtos denominado Froogle, constituído como uma página independente, acessível através da página principal de busca genérica do Google¹²⁰. Seu funcionamento era similar ao da busca genérica, porém, com a possibilidade de serem exibidos *feeds* (arquivos padronizados) enviados pelos próprios varejistas.

Contudo, o Google foi percebendo que a criação de uma ferramenta de busca temática paralela não fornecia aos seus usuários a melhor experiência e, com o tempo, passou a exibir na busca genérica os resultados temáticos de maneira mais fluida. Inicialmente, o Google passou a disponibilizar os três primeiros resultados do Froogle em sua página de busca

¹²⁰ A Descrição da evolução da ferramenta de buscas do Google tem como referência o material do caso Google Shopping.

genérica, desde que o usuário fizesse uma consulta com palavras-chave, como o nome de um produto ou as palavras “preço” e “Froogle”.

Porém, em 2007 foi lançado o *Universal Search*, de modo que o Google passou a mesclar os resultados temáticos e genéricos e ranqueá-los de maneira mais adequada, conforme a relevância desses resultados para o usuário. Assim, os resultados temáticos passaram a ser exibidos não só no topo, mas, praticamente, em qualquer posição da página de resultados. Nessa mesma época, o Froogle foi renomeado para Google Product Search e os resultados de produtos passaram a ser exibidos com imagens, preços e links direcionáveis para comerciantes. Ainda, a caixa de resultados do Product Search, aonde eram ranqueados os produtos, foi chamada de Product Universal. Já em 2009, o Google passou a cobrar dos anunciantes pela exibição de resultados temáticos de produtos, por meio de um sistema chamado Product Listing Ads – PLAs, o que levou, posteriormente, a descontinuidade do Product Search.

Os PLAs são criados por meio de *feeds* fornecidos pelos anunciantes ao Google e mediante o pagamento pela circulação do produto, com base em lances de um *cost-per-action*, que constitui a remuneração devida quando um usuário clica no anúncio e quando ele completa a compra no site do anunciante (conversão). Do ponto de vista do usuário, o Google adotou um critério de filtragem que considerada a relevância e a qualidade do varejista e da oferta e, de outro lado, o leilão com base nos lances dados pelos anunciantes.

Na prática, os PLAs são exibidos na página de resultados em um único bloco, chamado de *commercial unit*. Nessa unidade comercial, são exibidos textos e imagens em um “carrossel” que contém links que direcionam os usuários para o *marketplace* aonde ele pode adquirir o produto, conforme ilustrado abaixo:

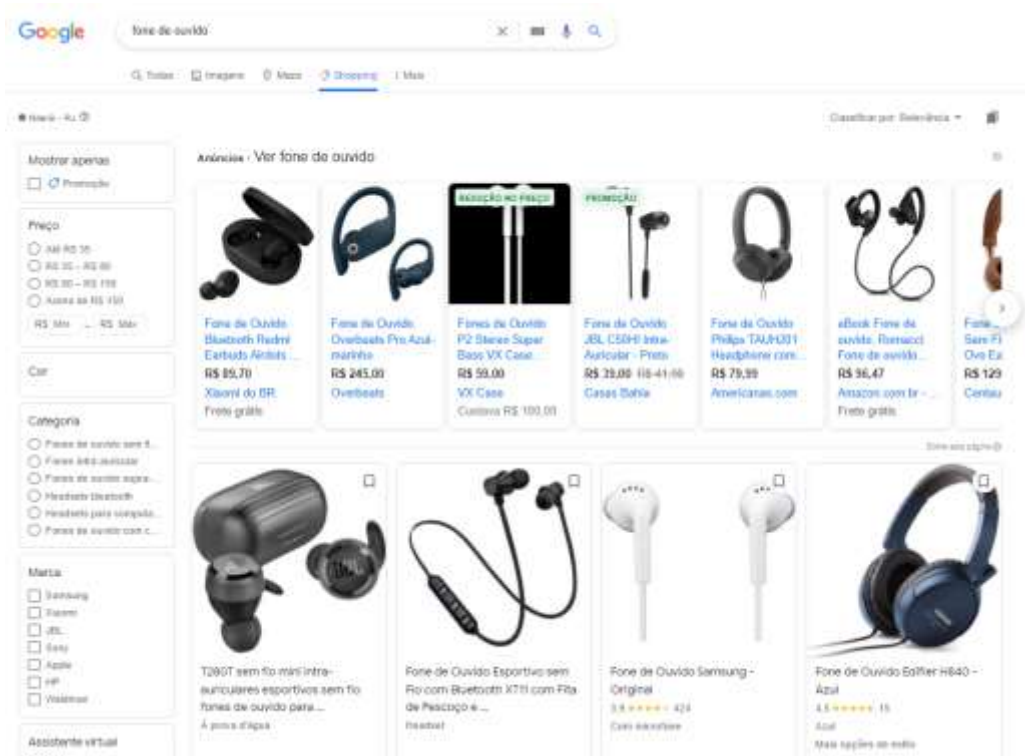
Figura 6 - Product Listing Ads - PLAs



Fonte: reprodução de <https://perma.cc/QK8R-VVXJ> (grifos nossos).

Ao clicar no link “Ver tudo” ou “Shopping”, o usuário é direcionado para uma página independente de resultados temáticos, na qual poderá especializar a sua busca utilizando diversos parâmetros, como faixa de preços e categorias, conforme apresentado abaixo:

Figura 7 - Página temática de produtos



Fonte: reprodução de <https://perma.cc/C5KW-LGD5>.

De outro lado, se a busca for direcionada a um produto determinado, é apresentada uma unidade comercial específica, contendo detalhes sobre tal produto, avaliações, uma lista de fornecedores e os preços por eles praticados. Nesse caso, a unidade comercial acaba funcionando como uma espécie de comparador de preços:

Figura 8 - Busca específica e unidade comercial

The image shows a Google search interface for 'fone de ouvido jbl t110'. The search results include several product listings from different retailers like Casas Bahia, Zoom, Mercado Livre, and Americanas. A red box highlights a detailed product page for the 'JBL TUNE 110', which includes a star rating, 'Detalhes', 'Comentários', and 'Lojas' tabs, and a list of prices from various stores such as Kabum!, Loja JBL, Nujare.com.br, amazon.com.br, and Casas Bahia.

Busca por produto específico

Unidade comercial de descrição, avaliações e comparação

Fonte: reprodução de <https://perma.cc/SK6V-L4TY> (*grifos nossos*).

Em síntese, o modelo de negócio do Google envolve, de um lado, fornecer aos seus usuários, em princípio, de maneira gratuita, resultados personalizados às indagações que eles formulam; e, de outro lado, quando pertinente com a demanda do usuário, exibir anúncios e links que permitam ao usuário adquirir um produto ou serviço com maior facilidade. Nessa face do negócio, o Google exige uma contrapartida dos anunciantes, de modo a tornar o modelo economicamente viável.

2.2 Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (caso Google Shopping)

2.2.1 Contextualização e condutas investigadas

O caso Google Shopping¹²¹ se inicia em 20 de dezembro de 2011, a partir de uma representação da sociedade E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda.,

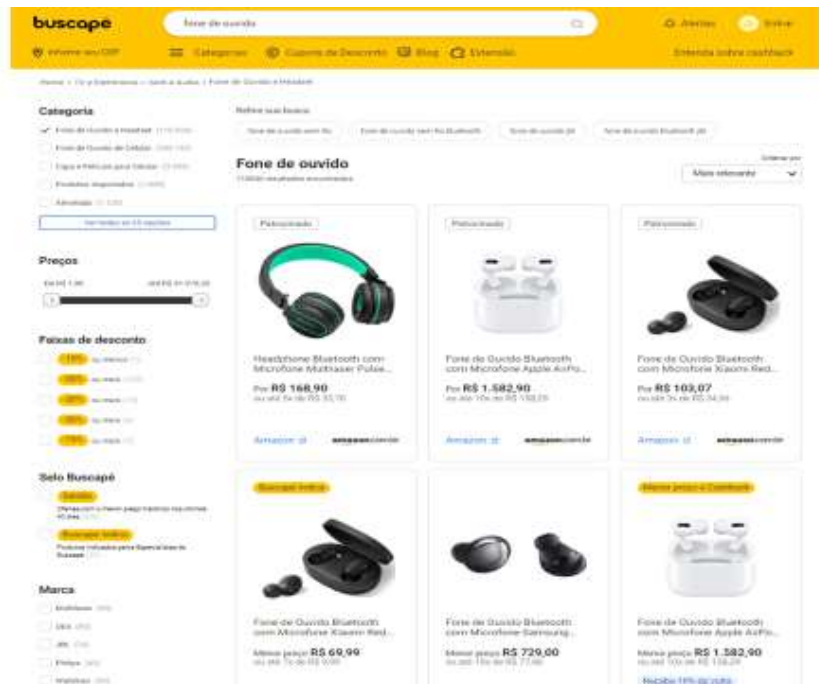
¹²¹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, julgado em 26 jun. 2019. A

responsável pelos sites de comparação de preços Buscapé e Bondfaro. De maneira objetiva, a E-Commerce acusou o Google de práticas discriminatórias por meio do seu mecanismo de busca temática Google Shopping, abusando de sua posição dominante no mercado *upstream* de buscas em geral, de modo a prejudicar a concorrência no mercado de comparação de preços.

Segundo a E-Commerce, o Google estaria favorecendo artificialmente o seu comparador de preços (Google Shopping) no resultado de buscas orgânicas, por meio de duas condutas: (1) os resultados do Google Shopping na página de resultados da busca orgânica são os únicos a terem direito a uma arquitetura de informação diferenciada, com imagens, avaliações, comentários e preços; e (2) desde o seu lançamento o Google Shopping passou a ter elevada frequência na primeira página de resultados, o que denotaria uma manipulação do algoritmo de buscas genéricas, por parte do Google, para favorecer o seu próprio produto.

De maneira geral, os sites de comparação de preços são estruturados como mecanismos de busca temáticos, voltados para a indexação e disponibilização de resultados relativos a produtos e serviços. Eles permitem que os internautas visualizem, para um mesmo produto, listas de preços de diversas lojas em uma mesma página. Assim, eles conseguem comparar e escolher, inclusive utilizando-se de diversos filtros, como preço, marca e avaliação de outros usuários, o produto e o fornecedor que lhe atendem melhor. Em regra, os comparadores de preço não vendem diretamente os produtos, apenas redirecionam o internauta para a loja virtual escolhida. Esse serviço de informação sobre preços e lojistas é prestado de maneira gratuita aos consumidores. Assim, como fonte de receita, os sites de comparação de preços costumam cobrar os anunciantes para conceder maior visibilidade a determinados produtos ou serviços.

Figura 9 - Página de resultados do site de comparação de preços Buscapé



Fonte: reprodução de <https://www.buscape.com.br/search?q=fone%20de%20ouvido>.

Com efeito, a E-Commerce sustentou que o tráfego dos sites de comparação de preços é dependente dos sites de buscas em geral. Isso porque, naturalmente, a procura de determinado internauta costuma partir do buscador que, por sua vez, irá apresentar os comparadores de preço, dada a relevância e utilidade destes sites. Nesse sentido, a conduta praticada pelo Google teria um efeito negativo de redução da visibilidade dos comparadores e, por conseguinte, uma diminuição no tráfego e, afinal, uma queda substancial de receita por cliques.

Contudo, segundo a E-Commerce, os efeitos concorrenciais negativos da conduta do Google não se limitam aos comparadores de preço em si. Argumenta-se que, no médio prazo, na medida em que os comparadores de preço forem sendo eliminados do mercado, haveria prejuízo também aos lojistas. Isto é, uma vez atingida uma posição dominante no mercado de comparação de preços, o Google poderia passar a cobrar preços supracompetitivos, em detrimento dos lojistas.

Mas não é só isso. Os consumidores seriam os mais prejudicados pela conduta anticompetitiva do Google. Em primeiro lugar, considerando que os compradores de preço são altamente especializados e já estão estabelecidos em um mercado competitivo, debitando o seu sucesso de sua capacidade de oferecer aos consumidores uma busca de alta qualidade, os consumidores seriam artificialmente obrigados a utilizar apenas o Google Shopping, que,

segundo a E-Commerce, teria uma qualidade inferior, o que representaria a perda de acesso a uma forma mais eficiente de informação por parte dos consumidores.

Em segundo lugar, também partindo do pressuposto de que os comparados de preços são mais eficientes, os consumidores também sofreriam perdas financeiras em decorrência do abuso praticado pelo Google. Como o Google Shopping não seria capaz de apresentar os melhores preços, produtos, avaliações e comentários, os consumidores acabariam pagando mais caro e, portanto, sofrendo uma perda em termos de bem-estar econômico.

Por fim, a conduta abusiva poderia, em última instância, estabelecer um monopólio no mercado de comparação de preços e, conseqüentemente, gerar elevação de preços e redução de investimentos em inovação e melhoria da qualidade dos serviços de comparação.

Em sua manifestação preliminar, o Google rebateu as alegações da E-Commerce, aduzindo que a introdução de resultados temáticos na página de resultados nada mais é do que uma evolução natural dos mecanismos de busca e, portanto, benéfico aos consumidores. Ademais, o Google não possui qualquer relação contratual ou obrigação em relação a terceiros, de modo que não se deve supor que o Google irá garantir que os resultados seguirão alguma fórmula específica imutável.

Após alguns anos de instrução, a Superintendência-Geral Cade e o Departamento de Estudos Econômicos acabaram convergindo em sua análise de abuso de posição dominante, sintetizando-a em duas acusações. A primeira estaria relacionada à acusação de que o Google estaria enviesando os resultados de sua busca orgânica para favorecer o Google Shopping (*search bias*). Essa conduta discriminatória se desdobra em duas: (i) a manipulação do motor de buscas para favorecer o Google Shopping em detrimento de concorrentes como o Buscapé; e (ii) o Google estaria posicionando-se de modo privilegiado entre os links patrocinados, diminuindo o espaço da busca orgânica e confundindo os usuários a respeito dos resultados orgânicos ou patrocinados.

Ao lado das condutas discriminatórias, destacou-se uma outra categoria de acusações, relacionadas ao acesso aos PLAs. Além de favorecer o posicionamento do Google Shopping nos resultados, haveria uma preocupação quanto à arquitetura diferenciada dos espaços publicitários. Nesse caso, foi suscitado que o Google estaria (i) recusando vender espaço para fotos a concorrentes, ou exigindo condições abusivas para fazê-lo, e (ii) discriminando concorrentes em relação à venda de espaço para anúncios com fotos, permitido que terceiros adquirissem anúncios com foto, mas negando-se a vendê-lo ao E-Commerce (em razão de sua posição concorrente).

Contudo, a especificação das condutas não parou por aí. Em seu relatório, o Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia optou por analisar individualmente e de maneira detalhada cada possível conduta anticompetitiva suscitada no decurso do processo. Em relação ao Product Universal, teriam sido imputadas as seguintes práticas: (a) “inovação predatória – manipulação de algoritmos para excluir concorrentes”; e (b) “favorecimento de produto próprio – o Product Universal começou a aparecer em resultados de produtos muito rapidamente, não estando submetido aos mesmos critérios dos concorrentes”. Em relação aos PLAs: (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”¹²².

Apesar de discordâncias mínimas entre os demais Conselheiros, de maneira geral, optou-se por acompanhar o entendimento da Superintendência-Geral e do DEE em relação a especificação das condutas, como dois grupos de condutas: (i) práticas discriminatórias e (ii) acesso ao PLA (“venda casada”).

Para fins do presente estudo – e em linha com o entendimento consubstanciado pelas instâncias do Cade –, mais importante do que a taxonomia ou a tipicidade das condutas investigadas, é analisar os seus efeitos concorrenciais. Isso porque, como já mencionado, a LDC é categórica ao afirmar que “atos sob qualquer forma manifestados” podem constituir infração à ordem econômica.

2.2.2 Mercado relevante e poder de mercado

Ao longo processo, a discussão acerca da definição do mercado relevante, sob a ótica do produto, foi prolongada e disputada entre os envolvidos¹²³. De um lado, a E-Commerce sustentou que existem dois mercados conexos no que tange ao abuso de posição dominante

¹²² Voto do Conselheiro-relator, §§ 161-178.

¹²³ A definição do mercado relevante geográfico, por sua vez, foi incontestada, sendo fixada como o território nacional.

sob escrutínio: o mercado *upstream* de busca genérica, no qual o Google deteria uma posição quase monopolista; e o mercado *downstream* de comparação de preços, mercado competitivo e dependente da busca genérica, o qual o Google estaria prejudicando com sua conduta abusiva, por meio da alavancagem de seu domínio no mercado de busca genérica.

Por outro lado, o Google diverge dessa interpretação. Para a plataforma de buscas, o mercado relevante em questão seria apenas um: o mercado de buscas por produtos. Do seu ponto de vista, não faria sentido desmembrar a busca genérica e a comparação de preços, uma vez que os resultados seriam unos e indissociáveis. O Product Universal simplesmente apresenta os resultados genéricos, patrocinados e temáticos como um todo indivisível, conforme a pertinência e a relevância para os usuários. Destarte, não haveria que se falar em alavancagem por parte do Google, mas apenas de melhorias em seu próprio serviço de busca em geral.

Coube ao DEE enfrentar o debate e fornecer uma solução, que posteriormente seria seguida pela SG e pelo Conselheiro-relator do caso. O DEE, antes de tudo, frisou que a definição de mercado relevante é instrumental para avaliação do poder de mercado e não um fim em si mesmo. Nesse sentido, não haveria necessidade de delimitar milimetricamente as fronteiras dos mercados, mas apenas razoavelmente identificar quais deles teriam relação com a conduta investigada, para então aferir a existência ou não de poder de mercado.

Na prática, a tarefa de definição do mercado relevante exigiu uma sofisticação extra, em decorrência das peculiaridades do caso. O primeiro desafio envolvia o fato de que tanto os buscadores genéricos quanto os comparadores de preço são plataformas de múltiplos lados. Conforme a definição de Evans, tais plataformas funcionam como um ponto de encontro entre dois ou mais grupos de agentes (consumidores ou fornecedores), atuando como uma catalisadora de interações¹²⁴. Utilizando-se do instrumental teórico desenvolvido pela OCDE¹²⁵, o DEE entendeu que é possível classificar as plataformas de múltiplos lados quanto à possibilidade de originar transações e quanto à relação entre os lados da plataforma.

Quanto ao primeiro caso, distinguem-se as plataformas transacionais, cujo objetivo é propiciar transações diretas entre os grupos de agentes, e as plataformas não transacionais, cuja transação entre os grupos não é o objetivo principal da plataforma. Exemplos de plataformas não transacionais, são os mercados de mídias tradicionais, como televisão e

¹²⁴ Sobre o tema cf. EVANS, David S. **The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022>. Acesso em: 03 fev. 2022.

¹²⁵ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

jornais, que, embora conectem consumidores e anunciantes, o seu objetivo central é vender informação. As plataformas podem ainda ser classificadas quanto a relação entre os lados da plataforma em plataformas de *matching* e de anúncios. As primeiras têm por escopo conectar grupos diferentes que compartilham um objetivo em comum, por exemplo, plataformas de relacionamentos. Já as plataformas de anúncios proporcionam a um grupo de anunciantes a atenção que obtém dos usuários que desfrutam dos serviços do outro lado da plataforma.

Para o DEE, o Google seria tanto uma plataforma de *matching* não transacional, quando consideramos apenas que o motor de buscas visa conectar usuários a conteúdos disponíveis online; quanto uma plataforma de anúncios, quando consideramos o lado da plataforma responsável pela monetização dos serviços de busca em geral. Outrossim, os comparadores de preço também podem ser considerados plataformas de *matching* não transacionais (salvo no caso do Buscapé, que desenvolveu uma API para a realização de transações por meio de sua plataforma) e de anúncios.

Ainda adotando o referencial teórico da OCDE, o DEE destaca que é possível seguir duas abordagens na delimitação do mercado relevante de plataformas de múltiplos lados: considerar apenas um único mercado com múltiplos lados ou distinguir diferentes mercados inter-relacionados. Embora a OCDE recomende a adoção de um único mercado no caso de plataformas de *matching*, destacou-se que mais importante é realizar o exercício de analisar os efeitos concorrenciais entre os diferentes lados da plataforma, tomando em conta os efeitos no bem-estar em todos esses lados.

Outra complexidade identificada pelo DEE, que toca a definição de mercado relevante, é que os sites de busca genérica e de comparação de preços são “atividades intensivas em tecnologia”. Em outras palavras, são modelos de negócio em constante transformação. Mas não é só isso, a própria relação dos usuários com esses serviços é dinâmica e pode se modificar num piscar de olhos. Nesse sentido, é inviável adotar uma delimitação de mercado relevante estática, como em outros setores mais consolidados nesse sentido.

Tomando essas complexidades em consideração, o DEE ponderou que ambos os posicionamentos – da E-Commerce e do Google – relacionados à definição de mercado relevante são razoáveis. Contudo, o DEE entendeu por bem adotar uma postura instrumental e conservadora na definição de mercado relevante. O objetivo dessa abordagem não foi encerrar o debate acerca da delimitação das fronteiras do mercado relevante do produto, mas garantir que o exame da autoridade concorrencial abrangesse todos os potenciais efeitos deletérios à concorrência causados pela conduta investigada.

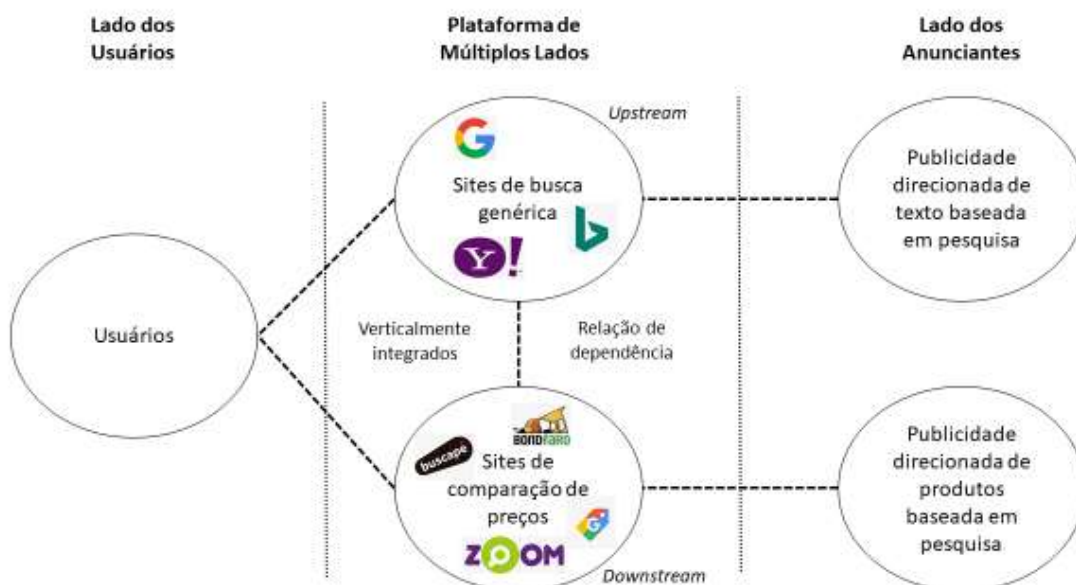
Nos próprios termos da Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE:

Nesse sentido, considera-se que existem dois mercados verticalmente integrados. No nível *upstream*, define o mercado de buscadores genéricos, como, por exemplo, Google, Bing e Yahoo!. No nível *downstream*, delimita-se o mercado de comparadores de preço, como, por exemplo, Buscapé, Bondfaro, Zoom e o próprio comparador de preço do Google. A verticalização justifica-se pelo fato de o buscador genérico fornecer visibilidade aos comparadores de preço e pelo fato de essa visibilidade acabar se convertendo em tráfego.

Tanto o nível *upstream* e *downstream*, contam com plataformas de múltiplos lados. No nível *upstream*, define-se que os buscadores genéricos têm, em um lado, os usuários que utilizam o serviço de busca genérica e, do outro, os anunciantes que utilizam o serviço de publicidade direcionada de texto baseada em pesquisa. Ademais, para o nível *downstream*, define-se que os comparadores de preço possuem, de um lado, os usuários que utilizam o serviço de comparação de preços e, do outro lado, a publicidade direcionada de produtos baseada em pesquisa.¹²⁶

Sendo assim, podemos representar o mercado relevante de produtos conforme a figura abaixo:

Figura 10 - Mercado relevante de produtos no caso Google Shopping



Fonte: Elaboração do autor.

Ultrapassada a etapa de definição de mercado relevante, o exame recaí sobre a aferição de poder de mercado, isto é, a capacidade de um agente econômico agir com independência e indiferença em relação aos seus concorrentes e consumidores. Como em análises tradicionais,

¹²⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 40 (da Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE).

o exame se inicia pela mensuração da participação de mercado do investigado no mercado no qual a conduta se origina.

Contudo, dadas as peculiaridades do caso, o Cade entendeu que essa medida, tomada isoladamente, deveria ser analisada com cautela. Isso porque, a premissa que justifica a congruência entre o *market share* e o *market power* na avaliação concorrencial clássica é que quanto maior a desigualdade de participações, menor será a capacidade de os agentes menores compensarem a conduta anticompetitiva praticada pelo agente detentor de posição dominante. Esse racional está ligado à noção econômica de que um agente dominante pode elevar o seu preço acima de seus custos marginais, em detrimento do bem-estar dos consumidores. Todavia, no caso do Google, o produto transacionado no mercado de buscas em geral não é um bem tangível, mas conteúdo informacional. Nesse sentido, agentes menores poderiam, ao menos em tese, expandir a sua oferta. Além disso, existem fatores que podem relativizar a análise da participação de mercado, como a dinâmica de inovações que caracteriza o setor, de modo que uma visão estática poderia levar a decisões equivocadas. De todo modo, a análise das participações de mercado não foi excluída, mas sujeita a ponderação entre os demais elementos discutidos.

Conforme os dados obtidos na instrução processual, verificou-se que o Google, sustentou uma participação superior a 90% no mercado de buscas geral por vários anos, sem enfrentar rivalidade significativa. Esse dado por si só já seria significativo para atestar a posição dominante do Google, especialmente considerando que, nos termos da LDC, a posição dominante é presumida quando há um controle de 20% do mercado relevante.

No entanto, como o site de buscas do Google é uma plataforma de múltiplos lados, é preciso que o poder de mercado seja verificado como plataforma em todos os seus lados. Isso porque, dadas a dinâmica entre os diversos lados da plataforma, deter uma participação elevada de um lado pode não significar necessariamente uma capacidade de aumentar preços ou comprometer a qualidade, em virtude da concorrência existente no outro lado. Dessa maneira, não basta calcular que a participação do Google é superior a 90% do lado dos usuários, mas deve-se levar em consideração o lado dos anunciantes e a eventual pressão competitiva presente nesse espaço.

Segundo o Cade, é possível afirmar que há uma correlação entre o poder de mercado na busca geral perante os usuários e os anunciantes. Essa correlação decorre do efeito cruzado de rede, que se traduz no fato de que quanto mais usuários usam o motor de buscas do Google, maior é o valor da plataforma para os anunciantes, que, por sua vez, desejam divulgar produtos e serviços para um maior número de pessoas e com maior assertividade. Porém, não

se deve menosprezar que existe uma pressão competitiva no lado dos anunciantes. Como apontando pelo DEE, o crescimento de outras plataformas, especialmente a ascensão do Facebook no período investigado, demonstra que, em alguma medida, o Google não é capaz de impor preços supracompetitivos aos anunciantes que ofertam publicidade de texto baseada em pesquisa. Embora esse não seja um fator que descaracterize a dominância da plataforma de buscas do Google, é plausível supor que a sua posição quase-monopolista do lado dos usuários é um pouco inferior do lado dos anunciantes.

Em conjunto com as reflexões acerca da participação de mercado, o Cade explorou a existência de barreiras à entrada no mercado de busca em geral, com o intuito de agregar elementos que permitissem a determinação da existência de poder de mercado do Google.

Em primeiro lugar, a SG apontou que o mercado de buscas em geral demanda altos custos fixos para atuação e, ao mesmo tempo, baixos custos marginais para expansão do serviço para novos anunciantes. Por conta disso, as ferramentas incumbentes obtêm economias de escala que não estão necessariamente disponíveis aos entrantes de modo que, aliado a outros fatores, como poder da marca e efeitos de rede, fazem com que o mercado se torne semelhante ao de um monopólio natural.

Uma segunda característica desse mercado, é que o acúmulo de dados pode representar barreiras à entrada. Conforme assinalado pelo DEE, utilizando como fundamento o já mencionado relatório da OCDE, a concentração de dados favorece o aprendizado automatizado e, por conseguinte, acaba por melhorar o serviço da plataforma. Isso contribuiu para impulsionar os efeitos de rede: quanto maior o número de usuários, maior o número de dados, o que leva a melhoria nos serviços que, por sua vez, atrai mais usuários. Sendo assim, seria possível supor que entrantes teriam dificuldades para fornecer produtos ou serviços em qualidade competitiva comparável aos incumbentes.

Contudo, é preciso levar em consideração que os dados são bens não rivais e não exclusivos. Significa dizer, conforme a literatura econômica, que o seu uso e coleta por um agente não impede o uso e coleta por outros agentes. Ademais, cita-se estudo de Tucker e Wellford¹²⁷ para argumentar que, para fins competitivos, os dados apresentam um alto grau de obsolescência, uma vez que dados históricos seriam úteis para analisar tendências, porém, comparativamente, acrescentariam pouco valor para tomada de decisões em tempo real. Nesse sentido, a identificação de dados como barreira à entrada é suavizada (embora não seja

¹²⁷ TUCKER, Darren S.; WELLFORD, Hill B. **Big Mistakes Regarding Big Data**. Disponível em: <https://www.morganlewis.com/-/media/antitrustsource_bigmistakesregardingbigdata_december2014.ashx>. Acesso em: 03 fev. 2022.

eliminada). Para ilustrar esse ponto, o DEE cita um exemplo interessante em que o *Spotify* teria conseguido se sobressair em relação ao também aplicativo de *streaming* de música chamado *Pandora*, que, inicialmente, teria acumulado maior quantidade de dados. Esse fato contribui para comprovar que o entendimento de que o acúmulo de dados funciona como barreira à entrada pode ser relativizado.

Outra característica relevante das plataformas, é a presença dos já mencionados efeitos de rede. Para reforçar o conceito: Os efeitos de rede são diretos quando os usuários de um produto ou serviço se beneficiam (efeito positivo) ou não (efeito negativo) quando há aumento no número de usuários que utilizam o mesmo produto ou serviço¹²⁸. Os exemplos típicos desse efeito direto são as redes sociais em geral. Os efeitos de rede são chamados indiretos quando o valor de um produto ou serviço para um grupo de usuários específico aumenta (efeito positivo) ou diminui (efeito negativo) de acordo com o número de usuários de um outro grupo. Exemplo de plataforma que se beneficia dos efeitos de rede indireto é o próprio Google.

Com efeito, a literatura econômica tem argumentado que os efeitos de rede, que decorrem dos modelos de negócio adotado pelas plataformas digitais, podem representar ameaças à concorrência¹²⁹. Nesse sentido, os efeitos tendem a favorecer a concentração de poder (*winner takes all*), o que pode acabar fechando o mercado a outros competidores. Isso fica ainda mais evidenciado na medida em que os *switching costs* forem elevados para os usuários, não permitindo que novos competidores ganhem espaço. Nesse sentido, a existência de *feedback* positivo entre os usuários e dos usuários para os anunciantes, pode intensificar o poder de mercado do Google e constituir barreira à entrada para os demais buscadores.

O ecossistema digital também é caracterizado pelo conceito de interoperabilidade, que é a capacidade de transferir dados e outras informações através variados sistemas e aplicativos¹³⁰. Por meio desse conceito, plataformas e aplicativos criados por diferentes desenvolvedores podem se conectar e se comunicar entre si. Essa compatibilidade é desejada pelos consumidores, que preferem geralmente utilizar diversas plataformas ao mesmo tempo (*multi-homing*). Por exemplo, muitas pessoas preferem usar mais de um mecanismo de busca para procurar hotéis. Ao mesmo tempo, hotéis podem desejar oferecer seus quartos em

¹²⁸ BUNDESKARTELLAMT. **Working Paper**: The Market Power of Platforms and Networks. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4>. Acesso em: 30 out. 2019.

¹²⁹ Cf. KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. **Systems Competition and Network Effects**. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.8.2.93>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

¹³⁰ GASSER, Urs. **Interoperability in the Digital Ecosystem**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2639210>>. Acesso em: 30 out. 2019.

diversas plataformas. Esse fato, somada a noção de que os dados são bens não rivais e não exclusivos, indica que as barreiras à entrada no mercado de buscas poderiam sofrer algum tipo de relativização.

Merece atenção, ainda, um ponto bastante enfatizado pelo Google, que envolve a facilidade de troca de fornecedor por parte dos usuários de buscas: “*competition is one click away*”¹³¹. Segundo essa argumentação, o custo para um consumidor mudar de buscador é baixo, uma vez que os motores de busca em geral são ofertados gratuitamente; ademais, não haveriam custos de aprendizagem relevantes por parte dos usuários para operar essa substituição. Desse modo, não obstante a elevada participação de mercado do Google, o seu poder de mercado seria relativizado, dado que, caso deixe de ser eficiente, poderia ser facilmente substituído pelos usuários, o que representa, ainda, uma pressão concorrencial relevante.

Ainda assim, para o Cade, essa argumentação desconsideraria a relevância dos efeitos de rede, os efeitos de *lock-in* para os usuários em decorrência da prolongada dominância do Google, bem como a “força comportamental das opções *default*”. Esse último fator tem um peso importante, uma vez que o Google procura se posicionar como buscador padrão em diferentes tipos de dispositivos, o que acaba sendo um fator determinante na escolha final dos usuários. Em sentido similar, o Conselheiro João Paulo de Resende destaca que o fato do Google ser opção padrão em diversos dispositivos, ele acaba se tornando, na prática, “a porta de entrada” da internet e essa posição ímpar lhe confere um poder de mercado significativo¹³².

Dito isso, embora seja possível relativizar ou ponderar alguns elementos analisados, o Cade entendeu que, de maneira agregada, tais fatores indicam que o Cade possui poder de mercado capaz de alterar unilateralmente as condições de mercado, para utilizar a terminologia da LDC. Note-se que não foi realizada uma análise acerca do poder do Google no mercado à jusante de comparação de preços, uma vez que, como as condutas investigadas envolvem a alavancagem do poder no mercado de buscas geral para influir no mercado de comparação de preços, não é necessário verificar a existência de posição dominante no mercado à montante¹³³.

¹³¹ Sobre o tema, cf. BORK, Robert H.; SIDAK, Gregory. **What does the Chicago School teach about internet search and the antitrust treatment of Google?**. Disponível em: <<https://www.criterioneconomics.com/docs/bork-sidak-google-search-oup.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

¹³² Voto, §§ 21-23.

¹³³ Voto, § 99.

2.2.3 Análise dos efeitos concorrenciais da conduta

Para a discussão acerca dos efeitos, optou-se por focar nos votos proferidos pelo Tribunal do Cade, dividindo-os em duas correntes: a corrente vencedora, capitaneada pelo voto do Conselheiro-relator (corrente majoritária), e a corrente vencida (corrente minoritária). Diferentemente, da corrente majoritária, cujos argumentos podem ser sintetizados no voto do Conselheiro-relator, a corrente minoritária é heterogênea, especialmente considerando os votos dos Conselheiros Paulo Burnier e João Paulo de Resende, de um lado, e o voto da Conselheira Paula Farani, de outro. Sendo assim, a descrição abaixo tenta capturar essas nuances, embora não seja compatível com o presente estudo cotejar todos os pontos controvertidos.

2.2.3.1 Corrente majoritária

Conforme mencionado anteriormente, o voto do Conselheiro-relator foi conduzido a partir da análise de seis condutas: (1) exclusão de concorrentes – os concorrentes não teriam acesso a anúncios com foto, ante a impossibilidade de comparadores de preço de adquirirem espaços nos PLAs; (2) privilégio a produto próprio – os PLAs apareceriam sempre em posição privilegiada quando os termos de busca são relacionados a produtos; (3) inovação predatória – os PLAs ocupariam muito espaço da página de resultados do Google, gerando menor visibilidade aos demais sites; (4) inovação predatória – os PLAs com imagem atrairiam toda a atenção do usuário; (5) favorecimento de produto próprio – o Product Universal começou a aparecer em resultados de produtos muito rapidamente, não estando submetido aos mesmos critérios dos concorrentes; e (6) inovação predatória – manipulação de algoritmos para excluir concorrentes.

Em sua reflexão acerca das condutas exclusionárias, o referido Conselheiro adotou uma abordagem baseada na tradicional noção de estrutura essencial (*essential facility*). Essa teoria pugna que, nos casos em que a competição em dado mercado depende de uma *estrutura essencial* controlada por um agente monopolista, geralmente verticalmente integrado, tal agente não deve recusar ou criar dificuldades desarrazoadas de acesso à referida estrutura

essencial¹³⁴. De acordo com a jurisprudência do Cade sobre o tema¹³⁵, para verificar a ilicitude concorrencial sob a teoria das *essentials facilities*, é necessária a presença de três elementos: (i) a existência de um estrutura ou insumo complementar a uma atividade econômica em um mercado relacionado; (ii) a impossibilidade fática de duplicação da estrutura pelos concorrentes; e (iii) o acesso à estrutura deve ser necessário para competir em determinado mercado.

No caso concreto, o Conselheiro-relator avaliou se seria possível caracterizar os seguintes bens e serviços como essenciais: (i) anúncios com foto e *sub-links*; (ii) a primeira página de resultados da busca genérica; e (iii) os dados dos usuários. De maneira geral, tais possibilidades foram afastadas. Os referidos anúncios fazem parte do mercado de publicidade online, no qual há concorrência para realização de anúncios com fotos em diversas outras plataformas, como redes sociais e aplicativos.

A primeira página de resultados do Google, por seu turno, também não poderia ser considerada uma *essential facility*. Ainda que o Google tenha uma posição de destaque como *gatekeeper* da internet, ele não é a única forma relevante de acesso a sites, isso porque os usuários poderiam entrar diretamente no site desejado, via um navegador de sua preferência, e utilizar outras ferramentas de busca gratuitas. Além disso, os resultados da primeira página são diferenciados para cada usuário, conforme diversos critérios de personalização, de modo que seria despropositado exigir que determinados sites tenham acesso garantido nos resultados de busca. Não seria papel do Cade, nessa linha, interferir de maneira tão drástica na gestão de negócios do Google, determinando como o *core business* da plataforma deve ser arquitetado.

Em relação à concentração de dados, dada a sua característica intrínseca de não-rivalidade, não-exclusividade, ubiquidade e obsolescência, conforme já mencionado, o Conselheiro-relator sustentou que o que diferencia o serviço de buscas não é o acúmulo de dados por si mesmos, mas a capacidade do buscador utilizá-los com eficiência para gerar os melhores resultados. Ainda, ponderou-se que, diferentemente do mercado de buscas genéricas, os comparadores de preço não se pautavam fortemente em resultados personalizados, mas em oferecer uma maior quantidade de opções em termos de produtos e serviços, bem como ferramentas de comparação. Nesse sentido, dados não poderiam ser

¹³⁴ PITOFSKY, R.; PATTERSON, D.; HOOKS, J. **The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law**. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1342&context=facpub>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

¹³⁵ Por exemplo: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.006272/2011-57**. Relator Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, julgado em 24 fev. 2014.

considerados um insumo essencial para esse setor. Por fim, expôs-se que, ainda que dados pessoais fossem considerados insumos essenciais, não caberia ao Google e tampouco ao Cade determinar o seu compartilhamento compulsório, dado que, segundo a Lei Geral de Proteção de Dados, a determinação acerca do compartilhamento acaba sendo uma prerrogativa do titular dos dados.

Passando à análise da suposta recusa de vendas, a qual se daria pelas exigências do Google para o fornecimento de espaço nos PLAs, entendeu-se também que não haveriam elementos que justificassem intervenção da autoridade concorrencial. O Conselheiro-relator concluiu que, na prática, não haveria recusa de vendas, mas apenas uma incompatibilidade de funcionalidades entre os serviços oferecidos pelo Google e os comparadores de preços. No caso, as mesmas condições de contratação eram oferecidas a qualquer terceiro. Tampouco vislumbrou-se a prática de venda casada, uma vez que os dados exigidos pelo Google seriam razoáveis e até mesmo naturais para que ele pudesse veicular os PLAs, não se configurando qualquer abuso.

Acerca da falta de transparência (publicidade enganosa), a conclusão foi bastante direta: “o exame visual dos resultados do Google já é suficientemente claro para demonstrar que não houve publicidade velada. O que é propaganda está devidamente divulgado como anúncio, sem subterfúgios de qualquer natureza”¹³⁶.

Descartada a possibilidade de sanção pelas alegadas condutas de bloqueio de acesso a bem essencial, venda casada e falta de transparência, os esforços se voltaram para o exame dos potenciais efeitos deletérios à concorrência das demais condutas: posicionamento privilegiado, inovação predatória e ausência de neutralidade dos algoritmos. Como frisou o Conselheiro-relator, as condutas unilaterais devem ser apreciadas pela regra da razão, o que pressupõe a comprovação de efeitos concorrenciais líquidos negativos. Nesse sentido, uma vez que o processo versa sobre um mercado de múltiplos lados, é forçoso computar os efeitos concorrenciais em todos esses lados.

Uma primeira consequência negativa das condutas praticadas pelo Google, seria a menor visibilidade dos comparadores de preço nos resultados orgânicos. Isso porque o Google estaria deliberadamente favorecendo os seus próprios resultados temáticos e, ao mesmo tempo, rebaixando a visibilidade dos comparadores de preço. Contudo, tais acusações foram afastadas pela análise empírica empreendida pelo DEE, que teria verificado que não seria possível vincular o lançamento do Product Universal ou dos PLAs qualquer diminuição

¹³⁶ Voto, § 358.

de relevância dos compradores nos resultados. Pelo contrário, demonstrou-se que tanto Bondfaro quanto Buscapé teriam ganhado visibilidade no período analisado.

Outro efeito negativo seria a possibilidade de haver redução de tráfego orgânico para os comparadores de preço, a partir das condutas praticadas pelo Google. Nesse caso, o Conselheiro-relator explicitou que não foi possível constatar a queda de tráfego no período analisado. Conforme argumentou-se, embora se tenha constatado uma estagnação do mercado de comparação de preços, não seria possível atribuir isso ao lançamento do Google Shopping. Na verdade, esse efeito estaria atrelado a uma tendência de crescimento dos *marketplaces*, que passaram a ocupar espaço nas buscas temáticas por produtos.

A E-Commerce também alegou que as práticas do Google acarretariam em aumento do valor do custo-por-clique para os anunciantes, referente aos links patrocinados (tráfego pago). Mais uma vez, mesmo após anos desde o lançamento do Google Shopping, não se verificou aumento no valor do custo-por-clique, o que, somada à constatação de que o tráfego orgânico dos comparadores permaneceu estável, deveriam ser afastadas preocupações concorrenciais relacionadas às condutas do Google.

Com efeito, uma consequência apontada pela E-Commerce realmente se verificou: algum tempo após o lançamento do Product Universal, o Google lançou os PLAs, passando a cobrar por anúncios de produtos. No entanto, para o Conselheiro-relator, tal fato não foi prejudicial aos usuários e anunciantes de maneira geral. A cobrança incentivou os anunciantes em manter as informações sobre os produtos atualizadas, incluir imagens e outras facilidades que aumentam as chances de conversão dos usuários. Ao mesmo tempo, a partir da cobrança, o Google pode obter receitas para realizar investimentos em P&D, bem como manter o seu negócio de buscas genéricas sustentável, o que, em última instância, é benéfico para os consumidores.

Outro ponto levantado pela E-Commerce e que veio a se tornar realidade foi a redução da oferta de comparadores de preço. De fato, durante o processo, o número de comparadores de preço encolheu. Todavia, não haveria nexos causal entre essa redução e as condutas do Google, pelas razões já mencionadas: não se verificou perda de visibilidade e redução de tráfego dos comparadores de preço. Ainda, durante o curso do processo, surgiu uma nova ferramenta de comparação de preços, angariando parcelas relevantes de mercado, a despeito do lançamento do Google Shopping: a plataforma Zoom. Além disso, a redução de oferta dos comparadores de preço pode ser explicada pela ascensão dos *marketplaces*, conforme descrito alhures.

Após desconstruir as alegadas ineficiências causadas pelo lançamento do Google Shopping, discorreu-se acerca das suas possíveis eficiências, especialmente atinentes ao bem-estar dos consumidores. Citou-se, primeiramente, que antes do lançamento da ferramenta temática, foram realizados diversos testes empíricos com os usuários do Google, para lapidar o serviço, bem como monitoramentos pós-lançamento, sendo demonstrado uma preferência dos usuários pelo Product Universal. Tais testes, cujo acesso ao público foi restringido, ilustrariam a racionalidade da conduta do Google, em oposição a alegação pretensão de prejudicar os comparadores de preço. O fato dos resultados temáticos serem uma inovação pró-competitiva foi a sua correspondente aceitação pelos concorrentes do Google, como Bing e Yahoo!.

Soma-se outra eficiência: a precisão das informações constantes dos PLAs. Conforme já mencionado, a partir da transição para o modelo de anúncios pagos, os anunciantes passaram a ter mais incentivos para manter os *feeds* dos produtos atualizados e precisos, o que é benéfico para os usuários. Além disso, a maior qualidade dos anúncios resulta em aumento na taxa de conversão, o que fortalece o argumento de que o Google Shopping trouxe eficiências para todos os lados da plataforma.

Mas não é só isso. Outra eficiência seria a maior facilidade dos usuários para concluir uma compra. Com os resultados do Google Shopping na página de resultados, o usuário é capaz de visualizar diversas possibilidades e clicar em um anúncio que o redirecionada direto para a finalização da compra junto ao varejista. A interposição de um comparador de preços nesse processo, na verdade, poderia piorar a experiência dos usuários, que precisariam de mais etapas para atingir o seu objetivo. Nesse sentido, o Google teria uma justificativa legítima para não ofertar os PLAs para comparadores de preço.

Conduzidos pelas razões do Conselheiro-relator, somados aos argumentos trazidos pelo DEE e pela SG, o Conselheiro-Presidente Alexandre Barreto (com voto de qualidade) e a Conselheira Polyanna Vilanova concluíram pelo arquivamento do processo, ante a ausência de indícios suficientes de infração à ordem econômica por parte do Google.

2.2.3.2 Corrente minoritária

Após o voto do Conselheiro-relator pelo arquivamento do processo, seguido pela Conselheira Polyanna Vilanova, o Conselheiro Paulo Burnier iniciou a divergência,

manifestando-se em voto vogal pela condenação do Google. Em seguida, o processo teve o seu julgamento suspenso, ante o pedido de vista do Conselheiro João Paulo de Resende que, posteriormente, também votou pela condenação, acompanhado pela Conselheira Paula Farani, que se manifestou pela condenação, nos termos do seu voto vogal.

De maneira objetiva, o Conselheiro Paulo Burnier entendeu que o ilícito concorrencial foi atestado pelos efeitos exclusionários das condutas praticadas, que podem gerar aumento de custo de rivais, potencial fechamento de mercado, diminuir os incentivos à inovação e prejudicar o bem-estar do consumidor no longo prazo. Após tecer breves considerações acerca da jurisprudência do Cade sobre condutas unilaterais, o referido conselheiro destacou que este era o primeiro caso do gênero na economia digital, ressaltando a sua importância, e afirmou que a autoridade concorrencial deveria ter uma postura intervencionista para endereçar os abusos nesse contexto¹³⁷.

Em seguida, argumentou que apreciar o mecanismo de busca do Google pela ótica da teoria das estruturas essenciais não seria o mais adequado. De fato, ele não seria indispensável no sentido conferido por essa teoria, o que não significa, por outro lado, que ele não exerça um papel de *gateway* da internet e isso tenha efeitos concorrenciais relevantes. Some-se a isso a capacidade de alavancar esse poder de maneira praticamente automática, por meio da migração ou tombamento dos usuários do mercado principal. Ao agir dessa forma, o Google estaria obtendo uma posição dominante no mercado de comparação de preços em razão de sua vantagem no mercado de buscas, não em razão dos seus próprios méritos: maior qualidade do serviço prestado. O efeito disso seria a diminuição de alternativas para os consumidores e uma maior dependência dos comparadores de preço à dominância do Google.

Dito isso, o Conselheiro Paulo Burnier discorreu brevemente sobre o *standard* de prova na seara concorrencial. Para ele, as infrações à ordem econômica são reprimidas quando geram efeitos deletérios à concorrência e, na prática, esses efeitos podem ser presumidos (ilicitude por objeto ou *per se*) ou não, o que exigiria um exame mais detalhado dos efeitos potenciais e efetivos. Explicitou ainda que, na sua concepção, o ônus probatório seria distinto nos casos em que a conduta foi cessada antes do julgamento e nos casos em que a conduta permanece em andamento no curso do julgamento. Quando a conduta cessa antes, não haveria que se falar em efeitos negativos potenciais e, por outro lado, tais riscos devem ser levados em consideração quando a conduta está em andamento.

¹³⁷ Voto, §§ 10-15.

Considerando que, no contexto da economia digital, as autoridades são chamadas a tomar decisões num cenário de incerteza, é preciso sopesar com cautela os efeitos exclusionários mencionados e as alegações de eficiência. Nesse sentido, o ônus da prova da existência de eficiências e de inexistência de efeitos potenciais negativos recai sobre o investigado. No caso concreto, os efeitos negativos são evidentes e de fato se verificaram; as eficiências, no entanto, não são de fácil percepção. Portanto, conclui o conselheiro, o Google deve ser condenado por abuso de posição dominante, determinando-se a imediata cessação da conduta e imposição de multa.

O voto do Conselheiro João Paulo de Resende acrescenta alguns pontos à argumentação acima. Ressaltou-se que o Google teria incentivos concretos para tentar dominar o mercado de comparadores de preço: potenciais lucros financeiros e, sobretudo, a captura de dados dos usuários. Isso porque quando mais informações o Google extrai dos usuários, mais ele é capaz de aprimorar o seu motor de buscas e mais ele robustece o seu poder de mercado. Assim, com a expansão do domínio para mercado relacionados o Google, fazendo com que as atividades dos usuários sejam realizadas em seu próprio ecossistema, ele consegue, ao mesmo tempo, conhecer mais os seus usuários e dificultar que terceiros o façam¹³⁸.

Esse raciocínio encontra eco na posição adotada pela Conselheira Paula Azevedo, que sustenta ao implementar o Google Shopping, o Google deixa de ser apenas uma plataforma de *matching* e passa a mediar a relação entre usuários e varejistas online, de modo que sua principal motivação passa a ser também reter a atenção do usuários pelo maior tempo possível¹³⁹. Ademais, o volume de usuários exerce um papel fundamental na equação de receitas do Google, uma vez que quanto mais usuários, maior a qualidade dos resultados e esses efeitos tornam a plataforma mais interessante para os anunciantes. Dessa maneira, estas externalidades de rede reforçam o efeito *lock-in* para os usuários, uma vez que passa a ser inconveniente consumir o serviço com outros fornecedores. Sendo assim, constata-se que o Google acabou se tornando imprescindível para a navegação na internet e isso desperta atenção concorrencial na medida em que ele possui incentivos para excluir rivais¹⁴⁰.

Analisando as condutas de maneira específica, o Conselheiro João Paulo de Resende vislumbrou potencial lesivo apenas na prática de privilegiar os resultados do Google Shopping na busca genérica. Ponderando os seus efeitos, o Conselheiro João Paulo de

¹³⁸ Voto, §§ 24-27.

¹³⁹ Voto, §§ 34-36.

¹⁴⁰ Voto, §§ 111-123.

Resende reinterpretou alguns gráficos apresentados (de acesso restrito) e concluiu que o Google assumiu uma trajetória de dominação ascendente no mercado temático e em poucos anos assumiu a liderança. Para ele, é possível afirmar que há relação de causa e efeito entre essa ascensão e o favorecimento do Google Shopping nos resultados. Concorrencialmente, essa prática gerou um aumento dos custos para os rivais e, mais grave ainda, “não importa o quanto se gaste em publicidade no Adwords, o produto do Google sempre estará em posição privilegiada”¹⁴¹.

Do ponto de vista dos consumidores, os potenciais efeitos negativos são assim descritos:

(...) no presente caso, é possível argumentar com relativa facilidade que [a] monopolização que se aproxima, pelo Google, do mercado de PCS, tem o potencial de gerar efeitos para o consumidor final, tanto na forma de maior tempo gasto com o processo de procura e comparação de produtos, como pelo aumento de preço generalizado dos produtos.

66. Sem outro serviço que permita a comparação entre lojas virtuais (market places), o consumidor, se quiser realizar essa comparação, terá duas opções: (i) usar o serviço do Google; ou (ii) visitar uma dezena de lojas virtuais que podem ou não ter os mesmos produtos e anunciantes. Caso escolha essa segunda opção, gastará grande tempo e esforço comparando preços, condições de entrega e formas de pagamento entre market places. Caso opte por usar o Google, estará diante de produtos mais caros, pois, ao monopolizar o serviço de comparação de atributos de produtos, o Google poderá cobrar, na outra ponta do mercado, preços mais elevados para que o anunciante faça parte deste universo, não apenas o anunciante que pretenda aparecer em uma posição privilegiada, mas qualquer um que queira aparecer como uma opção para o consumidor que compara atributos. Se hoje o Google ainda não é uma infraestrutura essencial na internet (*essential facility*), com a monopolização do serviço de PCS ele certamente se tornará uma.”¹⁴²

De outro lado, a Conselheira Paula Farani teceu seus argumentos a partir da noção de que a configuração do ilícito concorrencial no caso, dependeria das seguintes constatações: (i) constatar a existência de posição dominante no mercado à montante; (ii) verificar tratamento discriminatório aos agentes que atuam como concorrentes no mercado à jusante e que resulte em redução indevida da capacidade de concorrer; (iii) verificar a existência de justificativa econômica legítima; e (iv) no caso de haver justificativa legítima, avaliar se haveria alternativa menos restritiva da concorrência¹⁴³. Para ela, tais fatores estão presentes nas acusações de posicionamento preferencial (*self-preferencing*) do Google Shopping e recusa de acesso aos PLAs pelos comparadores de preço. Os efeitos dessas práticas, conforme os dados dos autos, foram o crescimento vertiginoso do Google Shopping frente aos comparadores de

¹⁴¹ Voto, § 64.

¹⁴² Voto, §§ 65-66.

¹⁴³ Voto, § 149.

preço e aos *marketplaces*, bem como a saída de *players* do mercado de comparação de preço¹⁴⁴.

2.2.4 Desfecho do caso

Como é possível notar, o caso Google Shopping impôs ao Cade diversos obstáculos de ordem prática. Não só os Conselheiros, mas também o DEE e a SG tiveram dificuldades na caracterização da conduta, no exame das especificidades dos modelos de negócio de plataformas de múltiplos lados, na definição do mercado relevante, na aferição do poder de mercado e, sobretudo, na análise dos efeitos da conduta. A corrente majoritária tendeu a relativizar o poder de mercado do Google e enfatizou os efeitos positivos da conduta; a corrente minoritária, por sua vez, demonstrou ceticismo acerca das eficiências e ponderou de modo assistemático acerca do papel proeminente do Google como *gatekeeper* da internet, a função os dados digitais e da inovação na dinâmica concorrencial.

O resultado não podia ser diferente. Após o Conselheiro relator Mauricio Oscar Bandeira Maia proferir o seu voto pelo arquivamento na Sessão Extraordinária de Julgamento do dia 19/06/2019, acompanhado pela Conselheira Polyanna Vilanova, o Conselheiro Paulo Burnier manifestou-se pela condenação do Google por infração à ordem econômica, sugerindo a aplicação de multa de R\$ 31.880.658,19, entre outros remédios. Suspenso o julgamento em razão do pedido de vista do Conselheiro João Paulo de Resende, o mesmo foi retomado em 02/07/2019, na 145ª Sessão Ordinária de Julgamento, na qual referido Conselheiro apresentou voto vista pela condenação do Google com imposição de multa de 1% sobre o faturamento do Google no Brasil em 2010, bem como outros remédios. Na oportunidade, a Conselheira Paula Farani também votou pela condenação, cabendo ao Presidente do Cade apresentar o seu voto de qualidade pelo arquivamento do processo, nos termos do Regimento Interno do Cade. Dessa maneira, em votação apertada, o Tribunal determinou o arquivamento do processo nos termos do voto do Conselheiro relator.

¹⁴⁴ Voto, § 193.

3 ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE NA ECONOMIA DIGITAL

Conforme verificou-se no capítulo anterior, o Cade enfrentou problemas práticos para examinar a conduta de abuso de posição dominante investigada, causando uma divergência no Tribunal. Não obstante o vasta instrução e estudo da SG e do DEE, bem como o esforço dos conselheiros, é possível notar que a abordagem do Cade não foi capaz de analisar o tema de maneira sistemática e associar de maneira efetiva os principais assuntos que emergiram do caso concreto, como caracterização da conduta, definição do poder de mercado e a análise dos efeitos concorrenciais positivos e negativos.

Nesse sentido, o presente capítulo se propõe a contribuir para a sistematização dos eixos centrais, extraídos não só do próprio caso estudado, mas também da literatura especializada sobre o abuso de posição dominante na economia digital. Dessa maneira, o enfoque recai sobre três cernes, que sintetizam os principais aspectos da concorrência digital: o modelo de negócio de plataformas digitais, a inovação como elemento constitutivo da concorrência e o papel dos dados digitais nesse cenário.

3.1 Plataformas de múltiplos-lados

Em geral, os modelos de negócio digitais são estruturados em forma de plataformas, as quais conectam diferentes grupos de usuários em ambiente virtual¹⁴⁵. Sinteticamente, plataformas são *matchmakers*, catalizadoras de interações. Um shopping center, por exemplo, é uma plataforma física, que aproxima consumidores e lojistas. De outro lado, um aplicativo de *streaming* que fornece conteúdo audiovisual o qual aproxima espectadores e produtores é uma plataforma digital. Essas *multi-sided platforms* tipicamente geram eficiências ao eliminar obstáculos que impedem os agentes econômicos de se encontrarem, interagirem e fecharem negócios.

¹⁴⁵ EVANS, David. **Multi-sided platforms, dynamic competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms**. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2746095. Acesso em: 16 fev. 2021.

Como mencionado, as plataformas digitais podem ser classificadas quanto à possibilidade de originar transações e quanto à relação entre os lados da plataforma¹⁴⁶. No primeiro caso, as plataformas se distinguem em transacionais e não-transacionais, a depender do seu objetivo central ser ou não a intermediação de negócios entre os diferentes grupos que interagem na plataforma. Quanto à segunda classificação, plataformas digitais podem ser de *matching* – têm por escopo conectar grupos diferentes de usuários da melhor forma – ou de anúncios – proporcionam a um grupo de anunciantes a atenção que obtém dos usuários que desfrutam dos serviços do outro lado da plataforma. Tais classificações não são rígidas e, na prática, as plataformas podem adotar formatos híbridos.

A partir dessa classificação é possível mencionar alguns modelos de negócios baseados em plataformas¹⁴⁷:

- a) Modelo de assinatura: de um lado, um fornecedor oferta serviços e, de outro lado, usuários pagam por uma assinatura para acessá-los. Exemplos: Netflix e Spotify;
- b) Modelo de publicidade: serviços são ofertados sem uma contraprestação direta pelo consumidor, uma vez que a plataforma obtém receita indiretamente, através de publicidade e comercialização de informações pessoais. Exemplo: Facebook e YouTube; e
- c) Modelo de acesso: a plataforma funciona como um marketplace conectando fornecedores de produtos ou aplicativos aos consumidores. A plataforma obtém receita cobrando os fornecedores e/ou consumidores pelos negócios efetuados em seu marketplace. Exemplos: Amazon e iFood.

Uma das características mais marcantes desses modelos são os chamados efeitos ou externalidades de rede. Esses efeitos são verificados quando o número de usuários que consomem um produto ou serviço impacta o valor do produto ou serviço para os outros usuários¹⁴⁸. Eles podem ser “diretos”, quando o benefício percebido por um grupo aumenta (positivo) ou diminui (negativo) de acordo com o número de usuários desse mesmo grupo. Exemplos típicos desse tipo de efeito são as redes sociais. Por exemplo, o valor percebido pelos usuários do *LinkedIn* aumenta se o número de usuários cresce, uma vez que se torna possível fazer mais conexões. Por outro lado, os efeitos podem ser “indiretos”, quando o valor

¹⁴⁶ OCDE. Op. cit., 2022.

¹⁴⁷ EUROPEAN PARLIAMENT. **Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy**. Disponível em: <bit.ly/1HZHeBH> Acesso em: 30 out. 2019.

¹⁴⁸ STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. **Stigler Committee on Digital Platforms** – Final Report. Disponível em: <<https://www.chicagobooth.edu/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022, p. 38-39.

de um produto ou serviço para um grupo de usuários aumenta (positivo) ou diminui (negativo) de acordo com o número de usuários de um outro grupo. Por exemplo, quanto maior o número de usuários do mecanismo de busca online *Google*, maior é valor percebido pelos publicitários que se utilizam da plataforma para direcionar ofertas.

Segundo relatório publicado pela *Autorité de la Concurrence* em conjunto com o *Bundeskartellamt*¹⁴⁹, os efeitos de rede podem ter impactos positivos e negativos para a concorrência. De um lado, potencialmente permitem que um entrante consiga aumentar rapidamente a sua base de usuários, o que pode ser viável, por exemplo, devido a uma característica inovadora que aumente a atratividade do produto ou serviço. Por outro lado, os efeitos de rede podem favorecer a concentração de mercado, como explicam Coelho e Sant’Anna:

A partir do desenvolvimento de um meio inovador e de sua difusão, as externalidades geradas resultam na retroalimentação positiva (...), o que configura mecanismo eficaz de migração em massa de usuários para esta nova rede, a ponto de ocorrer a rápida dominação desse sistema em face dos demais existentes. Esse processo migratório se acentua quando esta rede se apresenta como exclusiva e incompatível.¹⁵⁰

Esse fenômeno de concentração pode ser potencializado por outras características dos negócios digitais. A coleta e o tratamento de dados se convertem em importantes aliados para superação da concorrência e para a conquista de parcelas maiores de mercado. Em primeiro lugar, ao oferecer serviços a preço zero (ou até mesmo negativo¹⁵¹), diversas as plataformas obtêm acesso à valiosas informações de seus consumidores, as quais são tratadas em larga escala, para torná-los dependentes de seus serviços – na medida em que esses se tornam cada vez mais personalizados e atraentes. Esse *modus operandi* faz com que os usuários fiquem dependentes da plataforma e diminuem a probabilidade de eles utilizarem outras plataformas – aumento dos *switching costs*.

Ademais, a dinâmica do mercado digital também é marcada pela constante inovação disruptiva. Competidores potenciais e efetivos buscam constantemente transformar ou criar novos mercados, redefinindo produtos e serviços, bem como redesenhando as relações entre

¹⁴⁹ AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em: 04 fev. 2022, p. 27-28.

¹⁵⁰ COELHO, Gustavo F. SANT’ANNA, Leonardo da Silva. Direito da Concorrência na Economia de Plataformas: Uma análise dos Cartões de Pagamento no Brasil. In: MARSHALL, C.; PESSOA, L.; LAGASSI, V. (Org.). **Temas contemporâneos de direito empresarial**: vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 125-145.

¹⁵¹ STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. Op. cit., p. 39.

fornecedores e consumidores. Nesse sentido, pode-se dizer que a concorrência não ocorre simplesmente *nos* mercados, mas *pelos* mercados. Sendo assim, a recompensa por ser o *first-mover* pode ser extremamente vantajosa, podendo sujeitar os consumidores a um efeito *lock-in*. Portanto, se diz nesse contexto que o vencedor tende a obter o mercado como um todo – *winner-takes-all*.

De todo modo, é preciso ter cautela com essa diagnóstico, conforme alertam Evans e Schmalensee¹⁵². Em primeiro lugar, para os referidos economistas, os efeitos de rede são geralmente indiretos entre diferentes tipos de usuários ao invés de diretos para os mesmos tipos de usuários. Eles mencionam a plataforma YouTube para exemplificar a questão. Os usuários da plataforma exercem diferentes papéis ocasionalmente, alguns estão mais inclinados a produzir conteúdo enquanto outros preferem apenas consumi-los. Para a plataforma ser bem-sucedida, portanto, ela precisou estimular ambos os tipos de usuários e não simplesmente contar que a maioria das pessoas exerceria ambos os papéis. Nesse sentido, o YouTube não se tornou dominante como plataforma de compartilhamento de vídeos porque foi a primeira (*first mover*) ou porque despretensiosamente capturou os usuários (*lock-in*). Para os autores, essa narrativa não convence. Na verdade, para se sobressair na concorrência, o YouTube precisou solucionar um problema complexo de incentivos aos usuários:

Reconhecer que os efeitos da rede geralmente são indiretos é importante para entender os negócios de plataforma, incluindo aqueles que sustentam a nova economia. Plataformas de múltiplos-lados não podem sair galopando pelos portões, conforme imaginado por histórias simplórias de *winner-takes-all*. Eles precisam descobrir como colocar todos os lados a bordo para criar qualquer valor. *Iniciar uma nova plataforma é mais como tentar resolver um árduo problema de matemática do que um passeio. (grifos nosso)*¹⁵³

Em segundo lugar, os efeitos de rede resultam da capacidade de obter os usuários corretos, não somente obter mais e mais usuários. O valor da plataforma está em promover bons *matches* e, se ela não for eficiente nesse quesito, provavelmente irá fracassar. Simplesmente crescer número de usuários é uma estratégia inocente e fadada ao fracasso, segundo os referidos autores.

¹⁵² EVANS, David S.; SCHAMALENSEE, Richard. **Network effects**: March to the Evidence, Not the Slogans. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3027691>. Acesso em: 04 fev. 2022.

¹⁵³ No original: “Recognizing that network effects are often indirect is important for understanding platform businesses including those that prop up the new economy. Multisided platforms can’t come galloping out of the gates as envisioned by simple winner-take-all stories. They have to figure out how to get all sides on board in order to create any value at all. Starting a new platform is more like trying to solve a hard math problem than running a 5k.”

Por fim, os efeitos de rede podem operar em sentido contrário. Da mesma maneira que essas externalidades provocam crescimento exponencial, elas podem levar a um declínio exponencial¹⁵⁴. Cada usuário que se retira da plataforma acaba induzindo outros a se retirarem. Ainda, dada as características da concorrência, os usuários podem testar outras plataformas e gradualmente migrarem para elas, dado que os custos de substituição são baixos. A história das redes sociais ilustra bem o fato. Nas últimas décadas o processo se repetiu diversas vezes: AOL, MSN Menssenger, Friendster, MySpace e Orkut cresceram de modo acelerado e, da mesma maneira, rapidamente deram lugar ao Facebook, Snapchat, WhatsApp etc. Nesse sentido, a tese de *winner-takes-all* não encontraria respaldo empírico¹⁵⁵.

Outra característica dos negócios de plataforma são os retornos de escala¹⁵⁶. Significa dizer, o custo total médio de longo prazo se mantém constante enquanto a quantidade produzida ou de serviços prestados varia¹⁵⁷. Embora esse fenômeno não seja novo, no contexto digital ele é exacerbado. Isso porque a informação, uma vez originada, pode ser fornecida a um número elevado de pessoas a custos baixos. Por exemplo, plataformas de buscas podem atender centenas de milhares de usuários a custos baixos. Isso ajuda a explicar a ascensão de plataformas que prestam serviços de maneira gratuita: se os retornos de escala e a atração gerada pela gratuidade forem fortes o suficiente, é economicamente vantajoso oferecer serviços gratuitos aos usuários e obter receitas via publicidade¹⁵⁸.

Os retornos de escala somados às externalidades de rede e ao uso de big data favorecem ainda o que os economistas chamam de economias de escopo¹⁵⁹. Economia de escopo diz respeito ao fato de que uma vez que um serviço é ofertado, ele se torna mais eficiente para ser ofertado novamente. Em outras palavras, quanto mais um serviço é prestado, mais ele é aprimorado, gerando eficiências para a plataformas e para os usuários.

O ecossistema digital também é caracterizado pelo conceito de interoperabilidade, que é a capacidade de transferir dados e outras informações através variados sistemas e aplicativos¹⁶⁰. Por meio desse conceito, plataformas e aplicativos criados por diferentes desenvolvedores podem se conectar e se comunicar entre si. Essa compatibilidade é desejada pelos consumidores, que preferem geralmente utilizar diversas plataformas ao mesmo tempo (*multi-homing*). Por exemplo, muitas pessoas preferem usar mais de um mecanismo de busca

¹⁵⁴ Ibidem.

¹⁵⁵ Ibidem.

¹⁵⁶ COMISSÃO EUROPEIA. **Competition policy for the digital era**. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022, p. 20.

¹⁵⁷ MANKIW, Gregory. Op. cit., p. 383.

¹⁵⁸ COMISSÃO EUROPEIA. Op. cit.

¹⁵⁹ Ibidem.

¹⁶⁰ GASSER, Urs. Op. cit.

para procurar hotéis. Ao mesmo tempo, hotéis podem desejar oferecer seus quartos em diversas plataformas.

Todavia, alguns agentes podem ter incentivos para limitar a interoperabilidade de seus produtos e/ou serviços, com o propósito de diminuir a concorrência¹⁶¹. Embora agentes com menor poder de mercado prefiram interoperabilidade, de modo a fornecer seus produtos e/ou serviços para um maior número de consumidores, plataformas dominantes podem preferir manter ou reforçar sua posição, limitando o *multi-homing*. Agindo assim, podem ser levantadas barreiras à entrada de concorrentes ou provocar a exclusão destes.

3.2 Inovação

É crescente a preocupação das autoridades antitruste com variável da inovação na análise concorrencial de atos de concentração e condutas anticompetitivas no contexto da economia digital. A inovação proporciona expansão da base tecnológica da economia e o deslocamento da fronteira de produção e, por conseguinte, conduz um processo dinâmico de evolução dos mercados. Assim, passa-se paulatinamente a vigiar os agentes dominantes para prevenir e remediar o exercício abusivo de seu poder de mercado voltado para inibição de atividades inovadoras, seja por meio da aquisição de potenciais rivais, seja pelo emprego de estratégias anticompetitivas para excluí-las. No entanto, há muitas incertezas acerca de como incorporar elemento inovação de maneira consistente na aplicação das normas de defesa da concorrência.

De antemão, é preciso elucidar que o conceito de inovação utilizado no contexto concorrencial deve ser tomado de maneira ampla, visando capturar uma ampla gama de inovações em diferentes setores, desde melhorias pontuais em produtos ou processos até revoluções tecnológicas. Nesse sentido, o conceito proposto pelo Manual de Oslo da OCDE parece útil:

Uma inovação é um produto ou processo novo ou aprimorado (ou uma combinação deles) que difere significativamente dos produtos ou processos anteriores da unidade e que foi disponibilizado a usuários em potencial (produto) ou colocado em uso pela unidade (processo).¹⁶²

¹⁶¹ EUROPEAN PARLIAMENT. Op. cit., p. 26.

¹⁶² No original: “An innovation is a new or improved product or process (or combination thereof) that differs significantly from the unit’s previous products or processes and that has been made available to potential users

Segundo essa definição, a inovação é compreendida ao mesmo tempo como uma atividade ou como o resultado de uma atividade, e possui como componentes-chave a novidade, a utilidade e a criação ou preservação de valor¹⁶³. Ainda, as inovações podem ser classificadas em duas espécies principais: inovação de produto, compreendida como um novo bem ou serviço; e inovação de processo de negócio, relacionado à criação de novos métodos de negócio que impactem um ou mais processos, como produção, entrega e atividades de suporte¹⁶⁴.

Quanto ao seu impacto, as inovações podem ser classificadas em disruptivas ou incrementais¹⁶⁵. Uma inovação incremental é aquela associada ao aprimoramento de um produto ou processo, mas sem alterar o *status quo* concorrencial. De outro lado, uma inovação disruptiva ou drástica é aquela que tem por efeito criar novos mercados ou mesmo redesenhar mercados existentes, gerando, por conseguinte, um desequilíbrio de forças entre os competidores. É interessante observar que nem sempre uma inovação disruptiva está ligada ao desenvolvimento de uma descoberta revolucionária ou a desafiar o estado da arte. Por exemplo, o aplicativo de mensagens WhatsApp, em termos funcionais, não introduziu nada tão extraordinário no mercado, que abrangia outros serviços como SMS, Skupe, e-mail etc. Na verdade, seu crescimento pode ser atribuído a um design mais atrativo para smartphones, um modelo de negócio gratuito e a presença de efeitos de rede¹⁶⁶.

Ademais, não se deve confundir inovação com invenção. Diferente daquela, esta é uma “solução técnica para um problema técnico”¹⁶⁷. Trata-se de um conceito atinente à seara da propriedade industrial, mais especificamente à patenteabilidade. À invenção que atende aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, nos termos da LPI¹⁶⁸, é conferida a proteção patentária, que consiste no direito de exclusividade por tempo determinado¹⁶⁹.

Nesse sentido, o incentivo à inovação ofertado às invenções e demais espécies de propriedades intelectuais, diverge fundamentalmente do tipo de incentivo que se pretende

(product) or brought into use by the unit (process).” (ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Oslo Manual**. 4ª Ed. Disponível em: <<https://www.oecd.org/science/oslo-manual-2018-9789264304604-en.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

¹⁶³ Ibidem, p. 22

¹⁶⁴ Ibidem, p. 23.

¹⁶⁵ BUNDESKARTELLAMT. Op. cit., 2017, p. 3-4.

¹⁶⁶ Ibidem.

¹⁶⁷ BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual**. Tomo II – Patentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 1105.

¹⁶⁸ Art. 8º da LPI.

¹⁶⁹ Arts. 40 a 44 da LPI.

conferir com as normas de defesa da concorrência. De um lado, a propriedade intelectual visa promover a inovação premiando o agente com a exclusividade de uso dos direitos decorrentes de sua criação, resguardando-o da competição. Já o direito concorrencial atua em sentido diametralmente oposto: se propõe a promover a inovação com mais competição.

Embora à primeira vista pareça evidente a existência de uma relação positiva entre concorrência e inovação, os economistas tradicionalmente divergiram entre si quanto ao tema. A razão do ceticismo está associada ao pensamento de Schumpeter, segundo o qual a concorrência é um processo dinâmico no qual os agentes econômicos buscam ativa e incessantemente a diferenciação (ou inovação) com objetivo de obter vantagens competitivas que proporcionem lucros de monopólio, ainda que temporários¹⁷⁰. Em outras palavras, a competição se dá primariamente através de ciclos de inovação (“destruição criativa”) e não por meio estáticos como preço e oferta; não se compete *no* mercado, por uma parcela deste, mas *pelo* mercado como um todo¹⁷¹. Portanto, segundo esse raciocínio, o prospecto de obtenção de poder de mercado incentiva a inovação¹⁷².

Além disso, Schumpeter sugere que agentes dominantes, inclusive monopolistas, podem ser mais inovadores do que agentes em mercados competitivos¹⁷³. Existem diversos motivos para isso. Grandes agentes econômicos possuem mais recursos disponíveis para alocar em investimentos em P&D, o que, em determinados cenários, é essencial para inovação. Em um mercado pulverizado, por outro lado, as margens de lucro são menores, dada a tendência de aproximação entre custos marginais e preço, bem como nenhum agente é capaz de dominar parcelas relevantes de mercado, o que pode significar uma dificuldade para financiar custos com P&D. Ademais, se a concorrência se dá *pelo* mercado, o monopolista é incentivado a destinar parcela do seu lucro para desenvolver novos produtos e serviços com o prospecto de manter a sua posição dominante ou obter retornos com a criação de novos mercados. É de se imaginar ainda que, de maneira geral, monopolistas tenham acesso a tecnologias de ponta e esse ecossistema, somado aos incentivos anteriores, pode gerar uma

¹⁷⁰ POSSAS, Mário L. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, Lia. **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 245-252.

¹⁷¹ KATZ, Michael L.; SHELANSKI, Howard A. **“Schumpeterian” Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925707>. Acesso em: 04 fev. 2022.

¹⁷² SHAPIRO, Carl. **Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull’s Eye?**. Disponível em: <<https://www.nber.org/system/files/chapters/c12360/c12360.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

¹⁷³ BAKER, Jonathan. **Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962261>. Acesso em: 04 fev. 2022.

poderosa combinação em favor da inovação. Nesse sentido, chega-se a uma conclusão surpreendente: monopólios favorecem a inovação¹⁷⁴.

Em oposição à Schumpeter, o economista Kenneth Arrow argumenta que, na verdade, mercados competitivos propiciam incentivos maiores à inovação¹⁷⁵. Para ele, agentes monopolistas não teriam interesse em investir em inovação, uma vez que eles já usufruem de lucros elevados e o benefício marginal de comprometer-se com os riscos e incertezas de projetos de P&D é baixo. Essa limitação de incentivo é denominada “efeito Arrow” ou “*replacement effect*”, chamado assim porque o monopolista substituiria a si mesmo e não atuaria para criar novos negócios¹⁷⁶. Inversamente, agentes rivalizando em mercados competitivos devem inovar não só para sobreviver, mas também para obter vantagens competitivas e superar os seus adversários¹⁷⁷.

Diversos estudos empíricos foram conduzidos para tentar descobrir a relação entre concorrência e inovação¹⁷⁸, inclusive obtendo resultados que favorecem ambas as posições. Contudo, independentemente da controvérsia concorrência-inovação, inovação deve ser estimulada de diversas formas pelo Estado, pois ela não só é determinante para o desenvolvimento e o bem-estar econômico, mas também porque os benefícios privados obtidos com a inovação transbordam substancialmente para a sociedade como um todo¹⁷⁹. Nesse sentido, a política concorrencial – ainda que se adote uma visão mais restrita – tem por escopo promover o bem-estar econômico e a inovação é uma variável importante demais para ser descartada dessa conta. Assim, não obstante o debate na seara econômica, as autoridades concorrenciais podem intervir no mercado para promover a inovação, sem prejuízo de considerar outros fatores em sua análise.

Nessa linha, vem se construindo um entendimento de que as visões de Schumpeter e Arrow não são antagônicas, mas complementares e podem ser utilizadas para lançar luzes

¹⁷⁴ Ibidem.

¹⁷⁵ ARROW, Kenneth J. **Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention**. Disponível em: <<https://www.nber.org/system/files/chapters/c2144/c2144.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

¹⁷⁶ BAKER, Jonathan. Op. cit., p. 579.

¹⁷⁷ KANG, Hyo. **KANG, Hyo. How Does Competition Affect Innovation? Evidence from U.S. Antitrust Cases**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3516974#:~:text=When%20collusion%20suppressed%20price%20competition,quality%20patents%20by%2016%20percent.&text=When%20competition%20was%20restored%20by,reverted%20to%20their%20previous%20levels.>. Acesso em: 04 fev. 2022.

¹⁷⁸ Ibidem.

¹⁷⁹ BLOOM, Nicholas; SCHANKERMAN, Mark; REENEN, John Van. **Identifying Technology Spillovers and Product Market Rivalry**. Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/46852/1/_lse.ac.uk_storage_LIBRARY_Secondary_libfile_shared_repository_Content_Schankerman%2C%20M_Identifying%20technology%20Econ_Schankerman_Identifying%20technology%20Econ_2014.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2022.

sobre a consideração do elemento inovação na análise de condutas anticompetitivas¹⁸⁰. Segundo Shapiro¹⁸¹, é possível sintetizar a discussão em três princípios, que podem guiar o debate: contestabilidade, apropriabilidade e sinergias.

O princípio da contestabilidade afirma que o prospecto de obter ou proteger vendas lucrativas, fornecendo maior valor aos consumidores, incentiva a inovação¹⁸². A contestabilidade é verificada se os lucros são revertidos para quem é bem-sucedido em inovar. Portanto, é preciso avaliar se as características do mercado sugerem dificuldades para que esse efeito se verifique, por exemplo, por conta de *switching costs* elevados ou a preferência de consumidores por marcas fortes.

O princípio da apropriabilidade indica que quanto maior a possibilidade de um agente capturar os benefícios sociais de suas inovações maior o estímulo à inovação¹⁸³. A apropriabilidade depende principalmente de a possibilidade do agente ser capaz de proteger as vantagens competitivas associadas à sua inovação, por exemplo, por meio de direitos de propriedade intelectual. Ele depende, naturalmente, do fato de seus concorrentes serem capazes de imitar rapidamente a inovação introduzida no mercado ou de as barreiras à entrada serem baixas.

O terceiro princípio é o das sinergias: a combinação de ativos complementares incrementa a capacidade de inovação e, portanto, incentiva a inovação¹⁸⁴. Essa preocupação com as sinergias se torna relevante na medida em que o setor avaliado incorpora diversos ativos detidos por diferentes agentes e a inovação não é possível de maneira isolada.

Para Shapiro, os dois primeiros princípios estão relacionados aos incentivos à inovação, enquanto o terceiro diz respeito à possibilidade de inovação. Nesse sentido, nenhum dos três se relaciona diretamente com questões envolvendo a concentração ou não de determinados mercados, evitando a polêmica Schumpeter-Arrow. Mais do que isso, para o referido autor, tais princípios são suficientemente robustos para guiar a política concorrencial, focando na análise no *processo* competitivo e como ele é impactado por determinada conduta ou ato de concentração.

¹⁸⁰ SIDAK, Gregory J.; TEECE, David J. **Dynamic competition in antitrust law**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1525316>. Acesso em: 04 fev. 2022: “To summarize, the basic framework employed in discussions about innovation, technology policy, and competition policy is often remarkably naive, highly incomplete, and burdened by a myopic focus on market structure as the key determinant of innovation. Indeed, it is common to find a debate about innovation policy among economists collapsing into a rather narrow discussion of the relative virtues of competition and monopoly, as if they were the main determinants of innovation. Clearly, much more is at work”.

¹⁸¹ SHAPIRO, Carl. Op. cit.

¹⁸² Ibidem.

¹⁸³ Ibidem.

¹⁸⁴ Ibidem.

Ao lado das discussões acima, acerca da inovação como valor a ser tutelado pelo direito concorrencial, é preciso mencionar ainda as consequências concorrenciais relacionadas à constatação de que as plataformas digitais se encontram em ecossistemas marcados pela inovação. De modo objetivo, as duas principais consequências são: (1) a relativização do conceito de mercado relevante, ante a dificuldade de delimitar um mercado relevante do produto que seja capaz de circunscrever as fronteiras de um produto ou serviço em constante mudança e, ao mesmo tempo, leve em consideração componentes de inovação; e (2) a extenuação do *market share* como indicativo de poder de mercado.

No caso Google Shopping a primeira consequência foi sentida pelo Cade. Ao longo dos 8 anos de trâmite processual o Google modificou diversas vezes os seus serviços de busca temática de produtos. Os comparadores de preços também não permaneceram estáticos, mas alguns até adaptaram o modelo de negócio para permitir a realização de compras direto na sua plataforma. Ao mesmo tempo, nesse ínterim, a rede social Facebook e a ascensão de *marketplaces*, como a Amazon, também tiveram impacto para as discussões, dada a pressão concorrencial do lado dos anunciantes e a pressão relacionada às buscas por produtos, respectivamente. Como mencionado, o DEE destacou que esses fatores adicionam uma complexidade na definição de mercado relevante do produto¹⁸⁵. Nesse sentido, o Cade precisou frisar que tal definição é instrumental e adotou uma posição conservadora em sua delimitação, com o intuito de ser capaz de analisar todos impactos concorrenciais possíveis.

Observe-se, no entanto, que embora o Cade tenha sido constrangido pela dinâmica do próprio mercado sob escrutínio, a discussão sobre o papel da inovação na delimitação do mercado relevante foi tratada de maneira superficial, se comparado ao papel conferido à noção de plataformas digitais nessa tarefa, como se verá adiante. Isso porque as ferramentas tradicionais de definição do mercado relevante não parecem funcionar muito bem no contexto concorrencial dinâmico. Uma coisa é demarcar as fronteiras do mercado de bananas, em que a competição se dá basicamente pelo preço e é possível analisar razoavelmente a substitutabilidade da oferta e da demanda. Nessa hipótese, a política concorrencial tem razão ao focar sua atuação na maximização da eficiência alocativa, trabalhando na prevenção ao aumento do peso-morto e à diminuição do bem-estar do consumidor causada por aumentos de preço. Entretanto, em mercados caracterizados por alta instabilidade e rápida mudança tecnológica, em que os agentes competem entre si por meio da introdução de inovações (e não necessariamente por preço), a autoridade antitruste não deve restringir sua análise a um

¹⁸⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit., p. 27-28 (Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE).

potencial aumento do nível de preços, devendo avaliar também possíveis efeitos sobre os estímulos dos agentes a inovar. De acordo com Leurquin:

A necessidade de a autoridade concorrencial brasileira regular a inovação decorre da superação do argumento clássico, segundo o qual a inovação é apenas um resultado da concorrência, de forma que se considera que a inovação é o principal elemento dinâmico da concorrência. Importa frisar que não cabe à autoridade concorrencial escolher qual tecnologia será vitoriosa, pois esta não é capaz de antecipar os desdobramentos de novos produtos, serviços ou modelos de negócio em determinado mercado. Entretanto, o referido órgão é responsável por contribuir para a estruturação do mercado capaz de manter os estímulos para uma constante inovação.¹⁸⁶

Conforme Robertson, a definição do mercado relevante no direito concorrencial tem uma dupla função: fornecer uma base concreta para se aferir o poder de mercado e permitir a caracterização do mercado¹⁸⁷. Tais funções são complementares, na visão da autora. Enquanto a função de poder de mercado lança luzes para uma análise mais estrutural da concorrência, a caracterização do mercado “fornece o contexto de mercado necessário para entender e aplicar a teoria do dano concorrencial e uma análise dos efeitos anticoncorrenciais”¹⁸⁸.

Como sugestão, Robertson aponta algumas opções, baseadas em uma análise profundas das experiências dos EUA e da UE, para repensar a definição de mercado relevantes no contexto de mercados inovadores. De maneira simplificada, seria interessante levar em consideração na delimitação do mercado relevante¹⁸⁹: (1) o mercado relevante de produtos no contexto dinâmico, identificando as características de inovação presentes, como ciclos de inovação, ambiente concorrencial em constante mudança, a importância de investimentos em P&D, a existência de efeitos de rede e o uso de big data; (2) focar no(s) principal(is) produtos sob investigação e discernir sobre a importância dos efeitos de rede e do comportamento dos consumidores em relação a esse ponto focal, avaliando ainda se a plataforma atua como um *gatekeeper* e questões envolvendo interoperabilidade; (3) a diferenciação de produtos, identificando, a partir do comportamento dos usuários, se a evolução de funcionalidades de um produto deve constituir um mercado separado; (4) horizonte de tempo que reflita a realidade do mercado, em particular os ciclos de inovação, de produto e de resposta dos consumidores; (5) mercados futuros, entendidos como aqueles que

¹⁸⁶ LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga. **Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École Doctorale de Droit de la Sorbonne. Belo Horizonte, 2018, p. 342.

¹⁸⁷ ROBERTSON, Viktoria H. S. E. **Competition Law’s Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US**. Oxford: Hart, 2020, p. 15

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ Framework B: *Ibidem*, p. 285ss.

podem emergir baseados em projetos de P&D em estágio avançado ou novos modelos pendentes de aprovação regulatória para operar; (6) concorrência potencial, refletindo as possibilidades reais e críveis de entrada e como elas exercem pressão competitiva; (7) concorrência em inovação, avaliando a corrida entre agentes para inovar e substituir ou criar novos mercados (concorrência pelo mercado); (8) direitos de propriedade intelectual; (9) mercados secundários cuja demanda deriva de um produto primário, devendo-se levar em conta os custos de informação para os consumidores, os *switching costs*, a dependência do mercado secundário em relação ao primário e as respostas dos consumidores no caso de aumento de preços no mercado secundário; (10) mercados de múltiplos-lados, visando capturar todos os grupos envolvidos; e (11) testes econômicos devem ser aplicados de maneira conceitual e as parcelas de mercado não devem ser tomadas como referência absoluta para aferição de poder de mercado.

Isso nos leva a segunda consequência da análise antitruste em mercados considerados inovadores, a diminuição da relevância do *market share* como determinante de poder de mercado. Se o mercado está em constante mudança e não é possível delimitar suas fronteiras; se há uma pressão competitiva *pelo* mercado e não somente *no* mercado; então, constatar que um agente detém uma parcela de mercado elevada não significa que ele é capaz de agir com autonomia e indiferença em relação aos seus concorrentes efetivos e potenciais, bem como em relação aos diversos grupos que interagem em sua plataforma.

Como afirma Evans, a concorrência dinâmica conduz as plataformas digitais a atravessarem noites em claro, não ao sono tranquilo monopolista¹⁹⁰. Isso porque as ondas de inovação disruptiva expandem os horizontes de entrada e desafiam os incumbentes. A história da economia digital até o momento é repleta de exemplos nesse sentido. A AOL foi superada pelo Yahoo e, posteriormente, pelo Google; o Facebook superou as redes sociais existentes, como MySpace; o iOS e Android superaram as lideranças do mercado de smartphones; surgem constantemente diversas plataformas que exercem pressão competitiva entre si, como Twitter, Instagram, WhatsApp, Snapchat; mesmo o YouTube vem sofrendo pressão do Facebook e da Twitch. Os exemplos parecem não ter fim.

Contudo, é preciso olhar para esse cenário com cautela. Conforme pondera Stucke, o atual controle de informação que as grandes plataformas possuem as diferenciam dos cenários pretéritos. O poder atual pode ser usado para impedir ou dificultar o surgimento de inovações

¹⁹⁰ “The history of online competition shows that even the most successful online platforms at any point in time can’t sleep well at night (...)” (EVANS, David S. **Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights, but not sleepy monopolies.** Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438>. Acesso em: 04 fev. 2022).

que ameacem posições monopolistas, de modo que estes podem praticamente monitorar o surgimento de novos negócios e determinar quais inovações serão promovidas ou não¹⁹¹.

Em sentido similar, Wu observa a história da concorrência na internet com ceticismo¹⁹². Segundo o autor, é difícil dizer se o radicalismo da internet é capaz de impedir a perpetuação de monopólios nesse novo contexto. Sendo assim, sugere-se a adoção de um Princípio da Separação, que visa proteger as inovações da atuação dos agentes dominantes e da intervenção estatal. Em termos práticos, tal princípio defende a separação temporal, a separação entre mercados e a separação regulatória. A separação temporal diz respeito à proteção de negócios nascentes em relação à predação dos agentes dominantes, por meio da criação de regras para manter a infraestrutura da informação aberta. A separação entre mercados visa evitar o que ele chama de “supermonopólio”, cenário em que o monopolista adota uma estratégia de verticalização defensiva para se perpetuar. Por fim, a separação regulatória advoga que o governo deve se abster de intervir no mercado para preservar tecnologias ou monopólios.

No caso do Google Shopping, a discussão envolvendo inovação acabou se limitando à diferenciação entre inovação pró-competitiva e inovação predatória. Sendo aquela a inovação que aumenta o bem-estar para os consumidores e esta a inovação que visa diminuir a concorrência. De acordo com Scherepel:

De fato, os termos de inovação predatória – que o autor define como a alteração de um ou mais elementos técnicos de um produto para limitar ou eliminar a concorrência – descreve todas as práticas que, sob o disfarce de inovações reais, são estratégias anticompetitivas destinadas a eliminar a concorrência sem beneficiar os consumidores. Eles podem assumir duas formas diferentes - a modificação de uma plataforma tecnológica e o design técnico de um produto - que visam remover a compatibilidade de tecnologias de terceiros com as de uma empresa dominante ou prejudicar as operações de tecnologias concorrentes.¹⁹³

¹⁹¹ STUCKE, Maurice. **Should We Be Concerned About Data-opolies?** Disponível em: <https://georgetownlawtechreview.org/should-we-be-concerned-about-data-opolies/GLTR-07-2018/>. Acesso em: 16 fev. 2021. Veja também: WEN, Wen; ZHU, Feng. **Threat of Platform-Owner Entry and Complementor Responses: Evidence from the Mobile App Market.** Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2848533>. Acesso em: 04 fev. 2022: “We examine how app developers on the Android mobile platform adjust innovation efforts (rate and direction) and value-capture strategies in response to the threat of Google’s entry into their markets. We find that after Google’s entry threat increases, affected developers reduce innovation and raise the prices for the affected apps. However, their incentives to innovate are not completely suppressed; rather, they shift innovation to unaffected and new apps.”

¹⁹² WU, Tim. Op. cit., 2010, parte V.

¹⁹³ No original: “In fact, the terms of predatory innovation—which the author defines as the alteration of one or more technical elements of a product to limit or eliminate competition—describes all practices that, under the guise of real innovations, are anticompetitive strategies aimed at eliminating competition without benefiting consumers. They may take two different forms—the modification of a technological platform and the technical design of a product—which are aimed at removing the compatibility of third party technologies with those of a dominant firm, or at impairing competing technologies operations.” (SHEREPEL, Thibault. **Predatory**

Embora seja relevante fazer essa diferenciação, ela está voltada apenas a discutir os méritos de uma determinada conduta, e não informa muito acerca da proteção dos incentivos à inovação em si, ponto central na discussão sobre o papel da inovação no direito concorrencial.

Além disso, a corrente vencida mencionada no item 2.2.3.2 deste trabalho chegou a ensaiar uma tentativa de discussão acerca do impacto da conduta nos incentivos à inovação, como nos seguintes trechos do voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier: “A prática comercial ilícita tem impacto sobre os incentivos à inovação e o bem-estar dos consumidores a longo prazo, razão pela qual deve ser cessada e apenada nos termos da Lei n. 12.529/2011” ou “A eventual dominância do Google do mercado de buscadores de preços não tem o condão de incentivar a inovação e, por consequência, a melhora de produtos para os consumidores”¹⁹⁴. No entanto, a abordagem acabou sendo mais retórica do que substancial.

3.3 Dados digitais e concorrência

3.3.1 Conceito e aplicações

Dados digitais podem ser definidos como qualquer informação armazenável e utilizável em computadores¹⁹⁵. Eles são considerados por muitos o principal insumo da economia digital¹⁹⁶, e tem aplicação em diversos contextos, como processos de produção, logística, marketing e inteligência artificial. Por conseguinte, os dados têm tido uma importância competitiva cada vez maior e a dependência dos agentes econômicos dessa matéria-prima é crucial para a sobrevivência e inovação. Nesse sentido, torna-se relevante compreender os impactos dessa nova realidade para o direito de defesa da concorrência.

Innovation: The Definite Need for Legal Recognition. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997586>. Acesso em: 04 fev. 2022, p. 22).

¹⁹⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Op. cit.

¹⁹⁵ BRICS. Op. cit., p. 21.

¹⁹⁶ SOUZA, Ana Beatriz Rodrigues. As plataformas digitais e os dilemas da sua regulação. In: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico: Mercado Médico-Hospitalar e Economia Digital**. Vol. 3. Brasília: Cade, 2021, p. 15-38.

Antes de tudo, qualquer debate envolvendo o papel de dados digitais na concorrência deve começar com o estabelecimento de uma taxonomia adequada sobre os diferentes tipos, formas de coleta e usos de dados digitais, para evitar uma cacofonia conceitual¹⁹⁷. Assim, em primeiro lugar, dados digitais podem ser classificados, quanto à natureza da informação em: dados pessoais e impessoais. Dados pessoais são basicamente qualquer informação que possui vínculo com uma pessoa, relevando algo sobre ela¹⁹⁸; ou, nos termos da LGPD, qualquer “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, I). De outro lado, dados impessoais são definidos por exclusão: toda informação que não seja classificada como dado pessoal. Essa primeira classificação é importante pois ela atrai consequências legais, como preocupações típicas da LGPD e de defesa do consumidor.

Quanto aos canais de coleta, dados podem ser classificados como: voluntários, observados ou inferidos¹⁹⁹. A coleta voluntária ocorre quando os usuários de um produto ou serviço fornecem intencionalmente informações, como nome, e-mail, fotos etc. A observação diz respeito à coleta de rastros de comportamento, obtidos automaticamente por meio da atividade de um usuário ou de uma máquina. Dados são inferidos quando obtidos pelo tratamento dos dados voluntários e observados. A relevância dessa distinção está no fato de que dados voluntários podem ser obtidos por diferentes agentes diretamente por meios diversos, o que denota uma característica de não-rivalidade. Por outro lado, dados observados ou inferidos, a depender do contexto, podem ser essenciais para concorrência.

Quanto aos usos conferidos aos dados, podemos citar quatro categorias: uso não anonimizado de dados pessoais, uso anonimizado de dados pessoais, dados agregados e dados contextuais²⁰⁰. A primeira categoria diz respeito ao uso de dados pessoais para fornecer um

¹⁹⁷ Utilizar-se-á as classificações propostas em COMISSÃO EUROPEIA. **Competition policy for the digital era**. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

¹⁹⁸ No presente artigo, usaremos dado e informação como sinônimos, embora seja possível diferenciá-los tecnicamente: “Em relação à utilização dos termos “dado” e “informação”, vale uma especificação. O conteúdo de ambos se sobrepõe em várias circunstâncias, o que justifica certa promiscuidade na sua utilização. Ambos os termos servem para representar um fato, determinado aspecto de uma realidade. Não obstante, cada um carrega um peso particular a ser considerado.

Assim, o “dado” apresenta conotação um pouco mais primitiva e fragmentada, como observamos em um autor que o entende como uma informação em estado potencial, antes de ser transmitida, o dado estaria associado a uma espécie de “pré-informação”, anterior à interpretação e ao processo de elaboração. A informação, por sua vez, alude a algo além da representação contida no dado, chegando ao limiar da cognição. Sem aludir ao seu significado ou conteúdo em si, na informação já se pressupõe uma fase inicial de depuração de seu conteúdo – daí que a informação carrega também um sentido instrumental, no sentido da redução de um estado de incerteza. A doutrina não raro trata estes dois termos – dado e informação – indistintamente, ou então, procede a uma diferenciação algo empírica que merece ao menos ser ressaltada.” (DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011).

¹⁹⁹ COMISSÃO EUROPEIA. Op. cit.

²⁰⁰ *Ibidem*.

serviço ao titular dos dados. Por exemplo, recomendações de músicas baseadas nas preferências do usuário. A segunda categoria trata do uso anonimizado de dados, aonde o foco não é coletar dados pessoais, mas está em oferecer serviços para o indivíduo que gerou os dados. Esse é o caso de dados usados para aprimorar algoritmos de inteligência artificial, por exemplo. A terceira categoria se refere dados padronizados agregados de modo irreversível, como informações estatísticas. Por fim, a última categoria diz respeito a dados que não derivam de dados pessoais, como informações de satélite e mapas.

Vale mencionar ainda a noção de Big Data, que é especialmente relevante no contexto da concorrência digital. Comumente, Big Data é caracterizada por quatro “Vs”: volume, velocidade, variedade e valor²⁰¹. Graças a digitalização de praticamente todo tipo de mídia e informações, somado ao fato de que o custo da coleta, armazenagem e processamento tem diminuído ao longo do tempo, bem como a popularização dos smartphones, marketplaces e redes sociais, o volume de dados coletados por diversos agentes tem aumentado vertiginosamente²⁰². Além disso, a velocidade de coletar, processar e analisar dados está próxima do tempo real²⁰³. Significa dizer que serviços baseados em dados podem impactar imediatamente a vida das pessoas. Exemplos disso estão nos serviços de investimentos automatizados, veículos autônomos, geolocalização, entre outros.

Além do volume e da velocidade, os tipos de informações coletados atualmente são os mais variados possíveis. Não é preciso muito esforço para constatar esse fato. Por exemplo, segundo a Política de Privacidade do Google²⁰⁴, são coletados dos usuários: nome, telefone, informações de pagamento, configurações de navegador, informações de rede móvel, interação com aplicativos, endereço de IP, atividade do sistema, data, hora, URL referenciados de solicitação, termos pesquisados, vídeos assistidos, visualizações e interações com anúncios, informações de voz e áudio, atividade de compra, pessoas com quem você se comunica ou compartilha conteúdo, atividades em sites e apps de terceiros, histórico de navegação etc.

Por fim, o motivo que estimula que o volume e a variedade de dados sejam cada vez mais coletados e tratados velozmente é que o valor dos dados tem crescido. Big Data está relacionado com análise de dados, que se traduz nos meios técnicos para extrair percepções e melhorar ferramentas para melhor compreender, influenciar e controlar os objetos dos dados,

²⁰¹ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016, p. 15-28.

²⁰² *Ibidem*.

²⁰³ *Ibidem*.

²⁰⁴ GOOGLE. **Política de Privacidade**. Disponível em: <<https://policies.google.com/privacy?hl=pt-BR#infocollect>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

como indivíduos, fenômenos naturais e sistemas sociais²⁰⁵. Nesse sentido, dados se tornam valiosas commodities para tornar produtos e serviços mais eficientes e gerar inovação²⁰⁶. Portanto, a forma com que os agentes econômicos tratam dados é uma importante forma de diferenciação e obtenção de vantagens competitivas. Assim, agentes econômicos têm desenvolvido algoritmos cada vez mais sofisticados para, entre outras coisas, calcular a probabilidade de ocorrência de eventos (previsão), reduzir custos de produção, personalizar produtos e serviços, acompanhar seus concorrentes e reagir às suas estratégias e conectar diferentes grupos (*e.g.* anunciantes e consumidores).

Diante desse cenário, verifica-se que dados passam a exercer um papel concorrencialmente relevante. Por conseguinte, há argumentos para sustentar que a concentração de dados pode ter reflexos na análise de poder de mercado e criação de barreiras à entrada, bem como influenciar na avaliação dos impactos, em termos de privacidade e proteção dados (qualidade), dos produtos e serviços fornecidos em ambiente digital.

3.3.2 Privacidade, proteção de dados e concorrência

Este tópico pretende abordar, de maneira sintética, a interação entre privacidade, proteção de dados e concorrência. Após, uma breve introdução acerca do desenvolvimento do direito à privacidade e evolução do direito à proteção de dados pessoais, discutem-se as implicações econômicas desses direitos, a dinâmica do mercado de atenção, a existência de fatores não-preço que precisam ser levados em conta e como dados digitais podem contribuir para formação de barreiras à entrada.

3.3.2.1 Da privacidade à proteção de dados

O entendimento de que o direito deve proteger a pessoa em sua integralidade é tão antigo quanto o próprio direito, porém, como narram Warren e Brandeis, de tempos e tempos

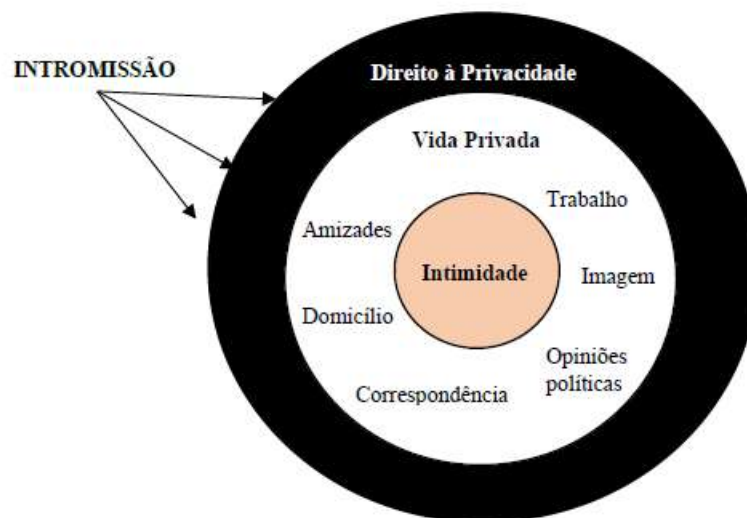
²⁰⁵ STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Op. cit., p. 23

²⁰⁶ COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. **Rethinking competition in the digital economy**. Mexico City: COFECE, 2018.

é necessário redefinir a exata natureza e extensão dessa proteção²⁰⁷. Inicialmente, essa proteção era focada apenas em interferências físicas na vida e na propriedade dos indivíduos. Entretanto, com o tempo, reconheceu-se o valor dos aspectos subjetivos dos indivíduos, seus sentimentos, emoções e intelecto, gradualmente demandando novos direitos. Nesse contexto, com a invenção da câmera fotográfica e a popularização da imprensa, o direito precisou conceber o direito à privacidade, entendido como o direito de ser deixado em paz – *right to be let alone*.

Com efeito, o direito à privacidade surge como uma barreira que tem por escopo proteger a esfera da vida privada de intromissões de terceiros. Nesse sentido, o titular dessa prerrogativa passa a deter remédios para garantir que terceiros não se intrometam ou divulguem informações sobre suas opiniões políticas, imagem, domicílio, amizades, correspondência e intimidade. Assim, a noção clássica de privacidade foi construída sob o paradigma pessoa-informação-sigilo.

Figura 11 - *Right to be let alone*



Fonte: elaboração do autor.

Contudo, no contexto atual, é praticamente impossível participar da vida social sem entregar cada vez mais dados pessoais para agentes econômicos e para o Estado. Para entrar em um simples prédio muitas vezes é necessário entregar nome, número de identificação e até mesmo foto do rosto. Para utilizar uma simples plataforma de notícias, às vezes é preciso admitir *cookies* que vão reconhecer, acompanhar e armazenar informações acerca de toda a

²⁰⁷ WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

sua navegação na internet. Em suma, num contexto de crescente evolução tecnológica, marcada pela utilização intensa de *softwares* para o tratamento de dados pessoais, aliado ao risco que a exposição dessas informações na internet apresenta, a proteção jurídica conferida a esses dados se torna um dos pontos centrais responsáveis por traçar os contornos da própria autonomia, identidade e liberdade do cidadão contemporâneo²⁰⁸.

Dessa maneira, não se trata apenas de negar a intromissão de terceiros na esfera privada, interrompendo o fluxo de informações, mas exige-se atualmente que os indivíduos tenham mecanismos capazes de permitir uma circulação controlada de informações. A lógica passa a ser “pessoa-informação-circulação-controle”²⁰⁹. É nesse sentido que começa a ser delineado o direito à proteção de dados pessoais, como um direito autônomo em relação à privacidade, como um direito à autodeterminação informativa.

Na prática, coube ao Tribunal Constituição Alemão o protagonismo no reconhecimento desse novo direito²¹⁰. Em 1983 a referida corte discutiu a constitucionalidade de uma lei de recenseamento, que englobava a coleta de informações como profissão, local de trabalho e domicílio da população. Um detalhe importante na ocasião diz respeito ao tratamento de dados em proporções até então desconhecidas, graças ao avanço da informática, e os riscos desse processamento. Havia um receio de que o Estado pudesse exercer uma influência significativa sobre o comportamento dos indivíduos. Destarte, construiu-se um raciocínio segundo o qual uma sociedade em que as pessoas não são capazes de saber quem sabe o que sobre elas, seria contrária ao direito à autodeterminação informativa, o que atentaria tanto a personalidade quanto o bem-comum e a própria democracia.

Conforme leciona Laura Mendes,

Decisivo para a concepção do direito à autodeterminação informativa é o princípio segundo o qual não mais existiriam dados insignificantes nas circunstâncias modernas do processamento eletrônico de dados. O risco do processamento de dados residiria mais na finalidade do processamento e nas possibilidades de processamento do que no tipo dos dados mesmos (ou no fato de quão sensíveis ou íntimos são). A fim de prestar proteção contra o risco através do moderno processamento de dados, o Tribunal formula que todos os dados pessoais estariam abrangidos no âmbito de proteção do direito à autodeterminação informativa e que só o próprio interessado poderia decidir sobre seu levantamento, processamento e transmissão.²¹¹

²⁰⁸ DONEDA, Danilo. Op. cit.

²⁰⁹ RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: a privacidade hoje. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 93.

²¹⁰ MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Habeas Data e Autodeterminação informativa**: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

²¹¹ *Ibidem*.

Conquanto a concepção do direito à autodeterminação informativa tenha sido extremamente relevante, é de se admitir que ele não endereça suficientemente os desafios envolvendo a proteção de dados pessoais atualmente. Isso decorre principalmente do fato que, segundo esse direito, a proteção de dados pessoais é baseada na escolha individual²¹².

Isso é constatado com certa facilidade ao navegar-se na internet. É praticamente inviável ler e compreender todas as políticas de privacidade dos sites e aplicativos utilizados no dia a dia. Segundo um estudo publicado em 2008, cada usuário da internet gastaria em torno de 25 dias por ano apenas lendo políticas de privacidade ou, lendo-se 8 horas por dia, seriam necessários 76 para completar a tarefa. Ainda segundo o estudo, essa quantidade de tempo gasto excederia em média ao tempo devotado a compras e jogos combinados²¹³.

Nesse sentido, as leis relacionadas à proteção de dados pessoais passaram a adotar diversas técnicas para minimizar essas questões, especialmente reconhecendo o desequilíbrio existente na relação titular-controlador de dados, estabelecendo princípios e regras para elevar o padrão do tratamento e disseminando um modelo de autoridades independentes:

Entre as técnicas utilizadas, essas leis procuraram fortalecer a posição da pessoa em relação às entidades que coletam e processam seus dados, reconhecendo um desequilíbrio nessa relação que não era resolvido por medidas que simplesmente reconheciam o direito à autodeterminação informativa. Outra técnica é, paradoxalmente, a própria redução do papel da decisão individual de autodeterminação informativa. Isso ocorre por conta do pressuposto de que determinadas modalidades de tratamento de dados pessoais necessitam de uma proteção no seu mais alto grau, que não pode ser conferida exclusivamente a uma decisão individual – como é o caso para certas modalidades de utilização de dados sensíveis.

Outra característica é a disseminação do modelo das autoridades independentes para a atuação da lei – tanto mais necessária com a diminuição do poder de ‘barganha’ com o indivíduo para a autorização ao processamento de seus dados, e também o surgimento de normativas conexas na forma, por exemplo, de normas específicas para alguns setores de processamento de dados (para o setor de saúde ou de crédito ao consumo). Hoje, pode-se afirmar que um tal modelo de proteção de dados pessoais é representado pelos países europeus que transcreveram para seus ordenamentos as Diretivas europeias em matéria de proteção de dados, em especial a já mencionada Diretiva 95/46/CE e a Diretiva 2000/58/CE (conhecida como Diretiva sobre privacidade e as comunicações eletrônicas).²¹⁴

E não é só. O julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390 e 6.393, pelo Supremo Tribunal Federal, representou um marco, pelo seu caráter paradigmático, dado que, por meio dele, o direito à proteção de dados foi formalmente

²¹² DONEDA, Danilo. Op. cit.

²¹³ McDonald, Aleecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. **The Cost of Reading Privacy Policies**. Disponível em: <<https://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

²¹⁴ DONEDA, Danilo. Op. cit.

elevado ao *status* de direito fundamental²¹⁵. Tal precedente evidencia justamente a vulnerabilidade a que tais dados estão sujeitos no Brasil, na medida em que sua própria existência é fruto de diversas contestações à constitucionalidade de novo regramento cujo conteúdo violava frontalmente a sua proteção: a Medida Provisória nº 954 de 17 de abril de 2020.

A referida MP determinava o compartilhamento de nomes, números de telefone e endereços de pessoas físicas e jurídicas, pelas empresas de telecomunicações prestadoras dos serviços de telefonia fixa e móvel, com a Fundação Instituto Brasileiro de Geografia Estatística – IBGE, sem qualquer previsão de exigência quanto a mecanismos e procedimentos para assegurar o sigilo, a higidez e, quando o caso, o anonimato dos dados compartilhados. Segundo a MP, essas informações seriam utilizadas para a realização de entrevistas em caráter não presencial e teriam por escopo o combate à situação emergencial de saúde pública causada pela pandemia do Covid-19, por meio da elaboração de dados estatísticos oficiais. Entretanto, não havia previsões, em especial, quanto ao objeto das estatísticas a serem produzidas, à finalidade específica, à amplitude, à justificativa que embasasse a necessidade de disponibilização desses dados nem disposições sobre como seriam utilizados.

Assim, essa iniciativa foi, imediatamente, alvo de críticas pela opinião pública e, apenas três dias após a sua publicação, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e quatro partidos políticos protocolaram as ADIs nº 6.387, 6.388, 6.389, 6.390, 6.393 contra o inteiro teor da MP. Dentre outros pontos, tais demandas sustentavam a sua inconstitucionalidade material, sob o argumento de violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, do sigilo dos dados e da autodeterminação informativa (arts. 1º, III e 5º, X e XII, da CRFB/88).

Em 24 de abril de 2020, a Relatora Min. Rosa Weber deferiu medida cautelar de urgência, suspendendo a eficácia da MP e reconhecendo a proteção de dados como um direito fundamental, a qual foi referendada pela maioria do tribunal em 7 de maio de 2020. Apesar da precariedade dessa espécie de decisão, ela representa uma importante tendência no sentido de dar substância ao direito fundamental à proteção de dados pessoais, conferindo-lhe

²¹⁵ MENDES, Laura Schertel. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

autonomia, bem como amplitude, na medida de importância que o tema demanda na atualidade.

Nela, a Min. Rosa Weber ponderou sobre a necessidade de se “redefinir a exata natureza e extensão da proteção à privacidade do indivíduo”, uma vez que, com o passar do tempo, mudanças políticas, sociais e econômicas demandariam o reconhecimento de novos direitos. Num contexto de crescente evolução tecnológica, marcada pela utilização de *softwares* para o tratamento de dados pessoais, de forma cada vez mais intensa, aliado ao risco que a exposição dessas informações na internet apresenta, a proteção jurídica conferida a esses dados se torna um dos pontos centrais responsáveis por traçar os contornos da própria autonomia, identidade e liberdade do cidadão contemporâneo²¹⁶.

Dessa maneira, faz-se oportuno esclarecer que o direito fundamental à proteção de dados pessoais, atualmente depreendido da Constituição²¹⁷, possui contornos próprios, na medida em que está associado à proteção dos direitos da personalidade e ao exercício de liberdades específicas. Isso porque, “[q]uando o objeto dos dados é um sujeito de direito, a informação é um atributo da personalidade”²¹⁸. Tal concepção é potencializada pelo surgimento da noção de autodeterminação informativa, a qual garante, aos indivíduos, o poder de decisão sobre a coleta e a utilização de seus dados²¹⁹. Com efeito, a autodeterminação informativa pressupõe que nenhum dado é irrelevante e que o risco reside, na verdade, na finalidade do processamento e no destinatário das informações. Com o tempo, essa ideia evoluiu no sentido de que o tratamento de dados pessoais deve se basear em diversos princípios²²⁰, como o da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da transparência e da não-discriminação, uma vez que o modelo de proteção baseado, exclusivamente, no poder de barganha dos titulares de dados apresenta limitações²²¹. Em síntese, esse corpo de direitos tem a capacidade de empoderar o titular de dados, frente aos entes públicos e privados que eventualmente realizam o seu tratamento.

Como o direito à proteção de dados pessoais está relacionado à condição dos cidadãos num Estado Democrático de Direito, exige-se tanto a atuação positiva do Estado, para fornecer procedimentos e mecanismos para o seu exercício, quanto o dever de proteção,

²¹⁶ DONEDA, Danilo. Op. cit.

²¹⁷ Parte da doutrina extrai o direito fundamental à proteção de dados de uma interpretação atualizada dos incisos X e XII do art. 5º (DONEDA, op. cit., 2011, p. 106) e na garantia instrumental para proteção desse direito, consubstanciada no *habeas data* (art. 5º, LXXII) (MENDES, Laura Schertel Ferreira. Op. cit.).

²¹⁸ CATALA, Pierre. **Ebauche d’ une théorie juridique de l’information**. Informatica e Dirito, ano 9, p. 20, janv./avril 1983. Apud DONEDA, Danilo. Op. cit.

²¹⁹ MENDES, Laura Schertel Ferreira. op. cit.

²²⁰ Cf. definições constantes do art. 6º da LGPD.

²²¹ DONEDA, Danilo. Op. cit.

direcionado, ao Estado-legislador, que tem a obrigação constitucional de estabelecer a arquitetura institucional adequada para a proteção dos cidadãos, e, ao Estado-juiz²²², que, na ausência ou insuficiência da ação do legislador, tem o dever de assegurar a proteção a partir das normas vigentes²²³.

Recentemente, o direito à proteção de dados pessoais adquiriu o status formal de direito fundamental, por meio da Emenda Constitucional nº 115, de 10 de fevereiro de 2022, que incluiu o referido direito no rol do art. 5º, da CRFB/88, bem como fixou a competência da União para organizar, fiscalizar e legislar sobre o tema. Desse modo, supera-se a discussão acerca dos elementos constitucionais que justificam a caracterização do direito à proteção de dados pessoais como desdobramento de outros direitos e se consagra a autodeterminação informativa como direito de conteúdo autônomo, complementar e, portanto, diverso do direito constitucional à privacidade e ao sigilo.

3.3.2.2 Economia da privacidade

A teoria econômica diverge sobre os efeitos econômicos decorrentes da privacidade. A corrente neoclássica, de um lado, sustenta que informações completas sobre os participantes do mercado favorece a concorrência e gera eficiência econômica. Por exemplo, se os consumidores souberem os preços praticados pelos diversos produtores, eles podem optar pelo mais barato, pressionando os produtores a competirem por menores preços. Considere, ainda, que uma pessoa procurando por um emprego distorça a sua experiência profissional para um recrutando. Nesse caso, a proteção da privacidade, segundo Acquisti, pode afetar negativamente a decisão do recrutador. Assim, a proteção da privacidade de um pode custar a lucratividade do outro. Nesse sentido, a proteção da privacidade cria ineficiências, uma vez que ela potencialmente retira do mercado informações importantes²²⁴.

Em segundo lugar, outros economistas argumentam que os consumidores podem ter interesse em ter seus dados tratados e compartilhados entre agentes econômicos. Varian, por exemplo, destaca que os consumidores podem incorrer em custos se pouca informação sobre

²²² MENDES, Laura Schertel Ferreira, op. cit.

²²³ Ibidem.

²²⁴ ACQUISTI, Alessandro. **The Economics of Personal Data and Privacy**: 30 Years after the OECD Privacy Guidelines. Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/46968784.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

eles for disponível no mercado²²⁵. Segundo ele, um consumidor pode desejar que uma agência de viagens trate os seus dados pessoais e conheça as suas preferências, com a finalidade de receber melhores ofertas de viagens.

Finalmente, alguns autores apontam para o fenômeno denominado “paradoxo da privacidade”, que consiste no fato de a maioria das pessoas alegar que se preocupa com a sua privacidade e com a proteção de seus dados pessoais, mas na prática entregam dados relevantes em troca de pequenos descontos, benefícios minúsculos ou até mesmo de graça²²⁶.

De outro lado, não são todos os economistas que concordam que a proteção à privacidade causa ineficiências e que os consumidores que realmente valorizam sua privacidade podem facilmente protegê-la no ambiente digital. O próprio Varian, por exemplo, reconhece que o compartilhamento de dados entre agentes econômicos pode causar preocupações²²⁷. Um consumidor pode racionalmente decidir compartilhar seus dados pessoais com um comerciante esperando obter um benefício com a transação, entretanto, ele pode ter pouco ou nenhum conhecimento ou controle sobre o uso posterior que o comerciante vai dar aos dados. Esse comerciante poderia vender os dados pessoais para terceiros com lucro, mas o consumidor pode não participar desse ganho e, ainda, amargar eventuais abusos que o terceiro possa praticar no tratamento de seus dados pessoais (por exemplo, para *spam* ou discriminação de preços).

Outro interessante exemplo de como a privacidade pode gerar eficiências é relativo ao mercado de seguros. Segundo Hermalin e Katz, sem a proteção da privacidade diversos tipos de seguros não iriam existir²²⁸. Se todos os segurados tivessem de realizar diversos exames e testes antes de aderir a um plano de saúde, as seguradoras iriam ajustar os preços para cima de acordo com os resultados dos testes. Embora o resultado *ex post* seja eficiente – os segurados poderiam adquirir seguros a prêmios mais razoáveis –, *ex ante* os segurados teriam que assumir os custos relacionais aos resultados dos seus testes.

3.3.2.3 Mercado de atenção e a qualidade como fator não-preço

²²⁵ Ibidem.

²²⁶ SOLOVE, Daniel J. **The Myth of the Privacy Paradox**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3536265>. Acesso em: 16 fev. 2021.

²²⁷ ACQUISTI, Alessandro. Op. cit.

²²⁸ Ibidem.

Diversas plataformas adotam o modelo de negócios de anúncios, no qual serviços são prestados gratuitamente para usuários da plataforma e, como forma de monetização desses serviços, a plataforma permite que anunciantes direcionem publicidade para os usuários. Colocado de outra forma, os usuários fornecem seu tempo em troca de conteúdos disponibilizados pela plataforma e os anunciantes demandam essa atenção para que possam direcionar publicidade que aumentem os seus resultados²²⁹. Por isso, esse mercado é chamado de “mercado de atenção”²³⁰.

Figura 12 - Mercado de atenção



Fonte: elaboração do autor.

Esse dinâmica soluciona um problema de custos de transação relevante²³¹. Em um cenário sem plataformas intermediárias, uma pessoa pode considerar útil receber anúncios que lhe permita tomar melhores decisões e optar por melhores preços. Contudo, esse anúncio (ou mensagem) consome o seu tempo e, sendo assim, ela pode não querer receber essas mensagens, por julgar que não apresentam conteúdos relevantes ou a importuna. Entretanto, essa troca pode ser eficiente em termos econômicos se o anunciante concordar em arcar com um preço superior ao qual o indivíduo estaria disposto a pagar para não aceitar receber o anúncio²³². O problema está no fato que o custo de transação para permitir a negociação bilateral é elevado: o anunciante precisaria incorrer em custos para identificar as pessoas que tenham interesse e negociar os termos da transação.

²²⁹ EVANS, David S. **Attention Platforms, the Value of Content, and Public Policy**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3261815>. Acesso em: 04 fev. 2022.

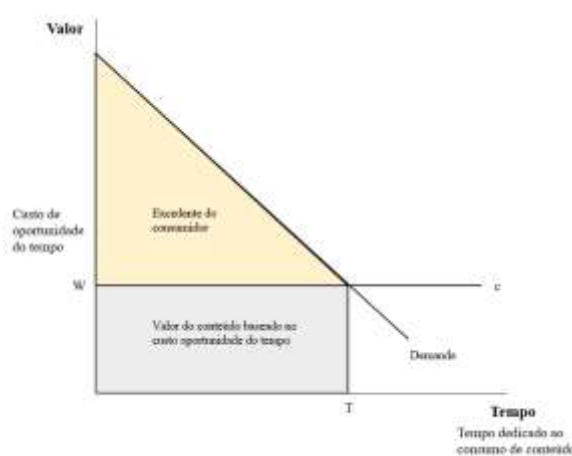
²³⁰ Para uma visão ampla sobre o tema, cf. ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power**. New York: PublicAffairs, 2019.

²³¹ EVANS, David S. *Ibidem*, 2019.

²³² Conforme EVANS, David S. Op. Cit.: se o anunciante puder pagar um preço P_m e o consumidor tiver um preço P_c para evitar o anúncio, haverá eficiência se $P_m > P_c$. Por exemplo, se $P_m = \$3$ e $P_c = \$1$, o anunciante poderá pagar $\$1,5$ ao consumidor, de modo que há um acréscimo de bem-estar de $\$1,5$ para o anunciante e de $\$0,5$ para o consumidor.

Como resolver esse problema? Criando-se um mercado de atenção. Isso não é novidade. De certa maneira, os jornais já adotam um modelo similar. Imprimem-se notícias e entretenimento aos leitores, bem como classificados e outros tipos de anúncios. Esse formato reduz o custo de transação entre anunciantes e consumidores, já que o jornal “paga” pela atenção dos consumidores com conteúdo e vende essa atenção em forma de espaços para anunciantes²³³. Do ponto de vista dos consumidores, eles são expostos à conteúdos que julgam úteis e, ao mesmo tempo, à anúncios. A lógica, *mutatis mutandis*, se aplica às plataformas digitais.

Figura 13 - Excedente para o consumidor no mercado de atenção



Fonte: adaptado de EVANS, 2019, p. 9.

Contudo, esse racional não sustenta que o mercado de atenção é perfeito, como o próprio Evans reconhece²³⁴. Ele está sujeito a outros fatores não-preço que devem ser levados em consideração e podem afetar o bem-estar dos consumidores, como a qualidade dos serviços.

Conforme mencionado, a coleta e o uso de dados são peças-chave do processo competitivo envolvendo plataformas digitais. O uso de dados permite a melhoria da qualidade de serviços e, ao mesmo tempo, permite que as plataformas monetizem serviços ofertados à preço zero aos usuários. Sob à ótica tradicional, não há preocupações concorrenciais. A obtenção de monopólio não é um ilícito concorrencial em si mesma, uma plataforma que atingiu essa posição por fornecer um serviço eficiente, não merece censura. Diferente dos monopólios tradicionais, as plataformas não aumentam preços para os usuários e tampouco restringem a oferta, ao contrário, ofertam um serviço gratuito. Ainda, graças à economia de

²³³ Ibidem.

²³⁴ Ibidem.

escopo e o uso de big data, a qualidade dos serviços é constantemente aprimorada. A personalização decorrente do tratamento de dados ainda favorece o direcionamento de anúncios potencialmente úteis para os usuários, o que resulta em um incremento em seu bem-estar. Ademais, por conta da concorrência *pele* mercado, as plataformas são incentivadas a inovar e prestar melhores serviços constantemente. Portanto, sob a lente da teoria dos preços, a preocupação concorrencial é mínima.

Não obstante essa série de constatações, não se pode encerrar o debate de maneira tão rápida sem considerar os elementos não-preço que impactam a concorrência no contexto da economia digital. Destaca-se, por exemplo, que a coleta excessiva de dados e a violação à privacidade por agentes dominantes pode configurar um excesso de preço, ainda que os serviços sejam oferecidos gratuitamente ou uma degradação da qualidade. Conforme explicitam Kira e Coutinho:

A literatura sugere que a qualidade pode ser tratada como uma métrica autônoma de competitividade em tais mercados - vale dizer, por meio de uma ‘pequena porém significativa e não transitória redução de qualidade’ (CRÉMER, MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019). Isso implicaria considerar, em uma teoria do dano aplicada a mercados digitais, o escopo da coleta de dados na medida em que isso afeta a privacidade do consumidor como uma medida de qualidade do produto (OCDE, 2018; KEMP, 2020). Dito isso, uma diminuição unilateral no controle do usuário sobre os dados pode ser considerada uma degradação da qualidade do produto e, portanto, resultar em um dano potencial ou em prejuízos palpáveis. Empresas dominantes têm em geral incentivos para adotar configurações de privacidade mais baixas - permitindo, por exemplo, o processamento de dados sem consentimento explícito. Essa degradação da qualidade nos mercados digitais pode ser vista, por exemplo, nas ferramentas de busca, que têm incentivos para priorizar a coleta de dados e mostrar no topo da tela dos resultados da pesquisa sites que geram mais receita de anúncios pay-per-click, em vez de fornecer os resultados de pesquisa mais relevantes (EZRACHI; STUCKE, 2015).²³⁵

Outro elemento não-preço importante está associado à capacidade de as plataformas digitais analisarem e explorarem o comportamento dos usuários. Conforme relatório do Stigler Center:

As plataformas que analisam o comportamento de seus consumidores podem explorar esses vieses ao enquadrar escolhas para tornar certas informações relevantes, projetando um status quo lucrativo, induzindo comportamentos viciantes, gerando vendas por meio do consumo impulsivo e explorando a relutância dos consumidores em pesquisar.²³⁶

²³⁵ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 9, nº 1, 2021, p. 82-103.

²³⁶ No original: “Platforms that analyze their consumers’ behavior can exploit these biases by framing choices to make certain information salient, designing a status quo that is profitable, inducing addictive behaviors, generating sales through impulsive consumption, and exploiting consumers’ disinclination to search.” (STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. Op. cit., p. 58).

Isso não é trivial. O fato das plataformas se valerem de big data às colocam em posição de influenciar os consumidores de uma maneira incomparável com os mercados tradicionais²³⁷. Tal realidade representa uma degradação de qualidade para os usuários que, embora recebam um serviço a preço zero, precisam fornecer uma quantidade abusiva de dados pessoais, sem clareza acerca da finalidade do tratamento dessas informações, e tal contribuição ainda poderá resultar na tentativa de viciá-lo a manter a sua atenção na plataforma, para que esta possa oferecê-los como commodity para anunciantes, bem como se aproveitar de seus vieses comportamentais para incentivá-los a adquirir bens e serviços desnecessários.

Outro risco dessa dinâmica concorrencial é: na medida em que os empresários coletam e armazenam cada vez mais dados pessoais e que esses bancos de dados se tornam cada vez mais valiosos, mais esses conjuntos de informações se tornam alvos de ataques e a sua integridade representa um verdadeiro desafio em termos de cibersegurança. Em suma, quanto maior a quantidade de dados concentrados, maior é a magnitude do dano causado pelo vazamento²³⁸.

A título ilustrativo, segundo noticiado pelo jornal O Globo, o Brasil é o país com mais vazamentos de dados de cartões, acumulando sozinho 45,4% do total de casos registrados no mundo²³⁹. Recentemente também foi noticiado um dos maiores vazamentos de dados da história, no qual dados de cerca de 223 milhões de CPFs, acompanhados de nome, sexo, data de nascimento, escolaridade, benefícios sociais, foto de rosto e score de crédito, foram disponibilizados na internet de forma gratuita²⁴⁰.

Nesse sentido, não é possível avaliar a conduta de plataformas digitais somente olhando para preço e oferta, os elementos não-preço são fundamentais na dinâmica concorrencial. Sem levar em conta esses fatores, que podem significar a redução no bem-estar dos consumidores, é precipitada qualquer conclusão acerca da eficiência ou não de condutas praticadas por agentes dominantes nesse cenário.

²³⁷ *Ibidem*.

²³⁸ STUCKE, Maurice. **Should We Be Concerned About Data-opolies?** Disponível em: <https://georgetownlawtechreview.org/should-we-be-concerned-about-data-opolies/GLTR-07-2018/>. Acesso em: 16 fev. 2021.

²³⁹ CARDOSO, Letycia. Vazamento de dados: Brasil é o país com mais informações roubadas de cartões. **O Globo**, 03/02/2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/vazamento-de-dados-brasil-o-pais-com-mais-informacoes-roubadas-de-cartoes-24862696>. Acesso em: 16 fev. 2021.

²⁴⁰ G1. Megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber. **G1**, 28/01/2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>. Acesso em: 16 fev. 2021.

3.3.3 Dados digitais e barreiras à entrada

Para avaliar os efeitos concorrenciais de uma conduta, as autoridades antitruste costumam discutir acerca da existência e dimensão das barreiras à entrada nos mercados atingidos. A ideia central é que o exercício do poder de mercado é mitigado se concorrentes, potenciais ou efetivos, puderem tempestiva, provável e suficientemente reagir à conduta do incumbente e entrar no mercado. No próprio caso Google Shopping, há quem sustente que as barreiras à entrada nos mercados digitais são baixas e estão apenas a um clique de distância. Como mencionado, as plataformas costumam a prestar serviços a custo zero para os usuários e não há custos de aprendizagem elevados para mudar de plataforma, podendo o usuário inclusive manter a utilização de mais de uma plataforma ao mesmo tempo (*multihoming*) antes de fazer uma transição definitiva.

No entanto, se de fato fosse assim, a Microsoft poderia ter sido bem-sucedida com o buscador Bing, uma vez que realizou investimentos vultuosos para tanto. Conforme descreve Saito:

Alguns modelos de negócios tão em voga nos dias atuais, como o do *Netflix* e do *Youtube* seriam impensáveis há alguns anos atrás. Porém, deve-se ressaltar que todas estas tecnologias apresentam custos como qualquer negócio da era anterior a da Internet. Todos eles necessitam de estruturas físicas como *data-centers*, servidores e cabos conectando todas estas estruturas com as residências dos usuários. Toda essa estrutura envolve um custo considerável. Ao contrário do popular mito de que na era da Internet qualquer empresa concorrente poderia surgir de um grupo de amigos instalados em uma garagem, a realidade demonstra que as barreiras à entrada apresentam enorme variabilidade a depender do tipo de produto oferecido. Enquanto para o desenvolvimento de um simples aplicativo de *smartphone* o custo pode ser de alguns dólares e uma pequena quantidade de tempo, em outras situações o custo de operação é elevadíssimo.²⁴¹

Da mesma maneira, como ressaltado pelo Cade, não se deve menosprezar os custos de substituição como barreiras à entrada. Os efeitos de rede operam como um fato relevante de vinculação dos usuários a determinada plataforma pelo simples motivo que as suas conexões são mantidas por meio dela e, portanto, a saída pode não lhe oferecer utilidade²⁴². Ainda, muitas vezes as plataformas se posicionam como padrão em diversos dispositivos, como é

²⁴¹ SAITO, Leandro. **Antitruste e novos negócios na Internet**. Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico? Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016, p. 145.

²⁴² Sobre efeitos de rede e barreiras à entrada, cf. STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. Op. cit., p. 157-216.

caso de navegadores, redes sociais e outras ferramentas. Essa realidade tem um efeito comportamental importante, influenciando a escolha final dos usuários. Sem mencionar a importunação que envolvem determinadas trocas, as quais exigem tempo dos usuários e demandam o cadastro de uma série de dados pessoais²⁴³.

Nesse ponto, vale lembrar um dos argumentos utilizados pelo Cade para minimizar o papel dos dados como barreiras à entrada. Segundo o Conselheiro-relator, apoiado pelo DEE, dados seriam insumos não-rivais (o seu consumo por um agente não reduz a quantidade disponível desses dados para os demais), não-exclusivos (não é possível impedir que terceiros acessem esses dados) e ubíquos (estão presentes de maneira ampla e generalizada na internet). Diante disso, qualquer agente poderia obter quantos dados quisesse e, portanto, o diferencial competitivo estaria no uso conferido a eles. Ainda, dados apresentariam um grau de obsolescência alto, de modo que o seu acúmulo por si só acrescentaria pouco valor²⁴⁴.

Em contraposição, autores como Lina Khan sugerem que o controle de dados, aliado aos efeitos de rede, favorece não só a concentração, mas a alavancagem, criando desafios para o direito concorrencial:

O controle de uma plataforma sobre dados, por sua vez, pode entrincheirar sua posição. O acesso aos dados do consumidor permite que as plataformas personalizem melhor os serviços e avaliem a demanda. Enquanto isso, o envolvimento entre mercados pode permitir que os dados coletados em um mercado beneficiem outra linha de negócios. O uso de dados do marketplace pela Amazon para beneficiar suas vendas no varejo, conforme descrito na Seção IV.D, é um exemplo dessa dinâmica. O controle sobre os dados também pode facilitar a entrada de plataformas dominantes em novos mercados com maior facilidade. Por exemplo, os relatórios agora sugerem que a Amazon pode expandir drasticamente sua presença no negócio de anúncios, ‘alavancando sua rica oferta de dados de compras selecionados de anos de operação de um grande negócio de comércio eletrônico’. Em outras palavras, o controle sobre os dados também atua como uma barreira de entrada.²⁴⁵

²⁴³ SAITO, Leandro. Op. cit., p. 145.

²⁴⁴ Além do trabalho citado pelo Cade: O’CONNOR, Daniel. **Understanding Online Platform Competition: Common Misunderstandings**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2760061>. Acesso em: 04 fev. 2022; Lerner também sustenta argumentos similares em LERNER, Andres V. **The Role of “Big Data” in Online Platform Competition**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780>. Acesso em: 04 fev. 2022.

²⁴⁵ No original: “A platform’s control over data, meanwhile, can also entrench its position. Access to consumer data enables platforms to better tailor services and gauge demand. Involvement across markets, meanwhile, may permit a company to use data gleaned from one market to benefit another business line. Amazon’s use of Marketplace data to advantage its retail sales, as described in Section IV.D, is an example of this dynamic. Control over data may also make it easier for dominant platforms to enter new markets with greater ease. For example, reports now suggest that Amazon may dramatically expand its footprint in the ad business, ‘leveraging its rich supply of shopping data culled from years of operating a massive e-commerce business.’ In other words, control over data, too, acts as an entry barrier.” (KHAN, Lina. Op. cit., p. 785-786).

Ainda, ao lado dos usos benéficos de dados, por exemplo, destinados à personalização de serviços, as plataformas também podem valer-se dessas informações para eliminar potenciais concorrentes antes que eles representem alguma ameaça – via aquisição defensiva ou cópia de ferramentas de seus concorrentes –, o que pode configurar infração à ordem econômica.

A aquisição defensiva realizada pelas plataformas digitais foi apelidada por Tim Wu de “Efeito Cronos”, como os esforços que um agente econômico dominante faz para consumir seus potenciais sucessores em suas infâncias²⁴⁶. Em outras palavras, graças ao controle de dados, as plataformas são capazes de verificar tendências com tremenda eficiência e, portanto, capazes de notar o surgimento e a popularização de um potencial corrente ou de alguma ferramenta em dessa maneira, manter sua posição de dominância intacta.

Os exemplos mais comentados desse tipo de conduta remetem ao Facebook. O primeiro deles é a aquisição do Instagram. Por volta de 2010, essa rede social começava a despontar como um potencial sucessor do Facebook. Entretanto, conforme narra Wu²⁴⁷, o Facebook percebeu que simplesmente poderia comprar o Instagram, resolvendo assim sua questão existencial e acalmando os investidores. Poucos anos depois, o mesmo aconteceu com o WhatsApp, que também foi adquirido pelo Facebook quando começava a decolar. Ainda, continua Wu, quando a aquisição não é possível, as plataformas simplesmente clonam os concorrentes, o que supostamente o Facebook teria feito com o Snapchat, incorporando as ferramentas deste aos seus próprios aplicativos.

Ainda, segundo Glick e Ruetschlin, o Facebook já completou 90 aquisições (em sua maioria, de *startups*) em sua curta história, o Google já adquiriu 270 companhias desde 2001 e Microsoft e Amazon realizaram mais de 100 aquisições cada uma nos últimos 10 anos²⁴⁸.

A essa capacidade de monitorar ameaças, Stucke e Grunes chamam de *nowcasting*, traduzida como uma capacidade apurada de fazer uma leitura das tendências e “prever o presente”:

O *Nowcasting* também representa uma potente arma baseada em dados, não disponível anteriormente para monopólios, para monitorar novos modelos de negócios em tempo real. O radar *nowcasting* pode ajudar algumas empresas dominantes a identificar ameaças competitivas nascentes. O *data-opólio* pode usar sua vantagem relativa no acesso e processamento de dados pessoais (como observar tendências em seus dados proprietários de postagens em uma rede social, consultas

²⁴⁶ WU, Tim. Op. cit., 2010, p. 365.

²⁴⁷ WU, Tim. Op. cit., 2018, p. 122.

²⁴⁸ GLICK, Mark; RUETSCHLIN, Catherine. **Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine: The Case of Facebook**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3482213>. Acesso em: 16 fev. 2021.

de pesquisa, e-mails etc.) para rapidamente identificar (e esmagar) ameaças competitivas nascentes. O agente dominante pode adquirir entrantes antes que eles se tornem ameaças competitivas significativas ou impeçam o crescimento do entrante (como manipular os resultados de seus mecanismos de busca para dificultar a localização do agente ou removê-lo da loja de aplicativos). (...) Assim, é como se o monopólio inventasse um sistema de radar para monitorar em tempo real os portais competitivos. Ele pode rastrear ameaças competitivas nascentes logo após a decolagem e interceptá-las ou derrubá-las muito antes de se tornarem visíveis para as autoridades de concorrência e outros.²⁴⁹

Esses fatores sugerem que dados podem ser utilizados de maneira concreta por plataformas digitais para reforçar a sua posição dominante. Nesse sentido, as autoridades de defesa da concorrência não podem menosprezar o papel dos dados como barreiras à entrada na dinâmica da economia digital.

3.4 Um *framework* para a análise tridimensional de condutas abusivas

O problema de como examinar, do ponto de vista jurídico, o abuso de posição dominante praticado por plataformas digitais conduziu ao estudo do paradigmático caso Google Shopping. Após o escrutínio do caso concreto, foi possível extrair e aprofundar a discussão em torno de três unidades: a dinâmica concorrencial das plataformas digitais, o papel da inovação e o emprego de dados digitais. Considerando essa abordagem e apoiando-se na literatura especializada, bem como em diversos relatórios de autoridades antitruste e organismos internacionais sobre o tema, é possível ponderar que uma análise tridimensional que envolva tais fatores é fundamental para o exame de condutas unilaterais no contexto da economia digital e, sobretudo, para a elaboração de teorias do dano²⁵⁰ que, de fato,

²⁴⁹ No original: “Nowcasting also represents a potent data-based weapon, not previously available for monopolies, to monitor new business models in real time. The nowcasting radar can help some dominant firms identify nascent competitive threats. The data-opoly can use its relative advantage in accessing and processing personal data (such as watching for trends in its proprietary data from posts on a social network, search queries, emails, etc) to quickly identify (and squelch) nascent competitive threats. The dominant firm can acquire entrants before they become significant competitive threats or blunt the entrant’s growth (such as by manipulating its search engine results to make it harder to find the company or by removing it from the app store). (...) Thus, it is as if the monopoly invented a radar system to monitor in real time the competitive portals. It can track nascent competitive threats shortly after they take off, and intercept or shoot them down long before they become visible to competition authorities and others.” (STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. **Data-opolies**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2927018>. Acesso em: 04 fev. 2022).

²⁵⁰ “No jargão do direito da concorrência, o termo ‘teoria do dano’ é usualmente empregado para descrever, de forma estruturada, as razões pelas quais uma determinada ação pode afetar negativamente a concorrência e, com isso, prejudicar os consumidores. Ao estabelecer um nexo de causalidade entre um fato e um resultado, uma teoria do dano se traduz, assim, em uma suposição ou conjunto coerente de ideias que, complementando os elementos tradicionais da análise antitruste, mapeia e analisa, de forma empiricamente embasada, os incentivos

estabeleçam proposições voltadas a demonstrar se uma conduta constitui ou não infração à ordem econômica.

Esse enfoque, a princípio, tem a vantagem de não demandar qualquer alteração legislativa para sua implementação pela autoridade de defesa da concorrência. Embora seja sintomático, por exemplo, que nem a LDC, nem a CRFB/88 relacionem inovação e concorrência, é forçoso reconhecer que a autoridade concorrencial tem liberdade para inserir em seu escopo de análise os elementos que julgar convenientes para ponderar os efeitos competitivos de condutas e atos de concentração²⁵¹. Entretanto, não se descarta a possibilidade de implementar mudanças legislativas para endereçar a questão, a exemplo da lei de defesa da concorrência alemã, que incluiu disposições específicas para orientar a análise de casos envolvendo plataformas de múltiplos-lados²⁵².

Com efeito, propõe-se por uma análise tridimensional – plataformas digitais, inovação e dados – capaz de permear e complementar a análise antitruste tradicional, especialmente no que tange a definição do mercado relevante, a aferição de poder de mercado e a análise de efeitos. A partir desse diálogo, é possível discernir os elementos-chave para avaliação de condutas unilaterais e construir teorias do dano consistentes para julgar os casos concretos.

Naturalmente, essa concepção está longe de ser absoluta e definitiva, dado que, no estágio de desenvolvimento atual, para retomar a frase do Conselheiro Paulo Burnier, as autoridades da concorrência são instadas a “tomar decisões em cenário de incertezas”²⁵³. Dessa maneira, a análise tridimensional tem o escopo limitado de fornecer chaves-de-leitura para as discussões envolvendo a (i)licitude de condutas unilaterais praticadas por plataformas digitais, no âmbito do direito brasileiro.

O primeiro efeito prático da análise tridimensional é calibrar o foco da definição de mercado relevante. Conforme estabelecido alhures, a ferramenta jurídico-econômica de delimitação do mercado se presta, sobretudo, a duas funções: (i) fornecer uma base concreta

que levam agentes econômicos a incorrerem em certas práticas. Teorias do dano são, portanto, proposições destinadas a pôr à prova uma tese concreta e plausível, delimitando e contextualizando a aplicação de normas gerais. Em termos práticos, materializam-se em testes voltados a demonstrar se a conduta ou estrutura em análise consubstancia violação à concorrência” (KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Op. cit., p. 83).

²⁵¹ LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga. Op. cit., p. 341.

²⁵² Conforme o Artigo 18, item 3a, da Lei contra Restrições à Concorrência Alemã:

“Em especial no caso de mercados e redes de múltiplos-lados, a avaliação da posição de mercado de uma empresa deve também ter em conta:

1. efeitos de rede diretos e indiretos,
2. o uso paralelo de vários serviços e os custos de substituição para os usuários,
3. as economias de escala da empresa decorrentes de efeitos de rede,
4. o acesso da empresa a dados relevantes para a concorrência,
5. Pressão competitiva impulsionada pela inovação.” (tradução livre).

²⁵³ Voto, § 29.

para se aferir o poder de mercado baseado nas participações de mercado dos agentes e (ii) contribuir para a caracterização do mercado. Dada as idiosincrasias da concorrência no contexto da economia digital – modelos de negócio baseados em plataformas de múltiplos-lados, serviços ofertados a preço-zero aos usuários, tendência à concentração decorrente de efeitos de rede, entre outros fatores –, a tarefa de delimitar as fronteiras do mercado relevante de produtos se torna árdua e, até mesmo, contraproducente. Significa dizer que após dispender esforços hercúleos na tarefa, constatar-se-á que as fronteiras do mercado não são tão precisas e que o *market share* não é um indicativo, por si só, capaz de determinar a existência de poder de mercado.

Todavia, não se pretende sustentar que tal exercício deve ser abandonado. Na verdade, a análise tridimensional sugere apenas um redirecionamento de esforços para a segunda função da definição de mercado relevante, que é a caracterização do mercado. Na prática, a autoridade concorrencial deve complementar a análise tradicional respondendo aos seguintes tipos de indagações, que irão contribuir não só para a caracterização do mercado relevante, mas informar concretamente se é possível falar em posição dominante:

- Dimensão do modelo de negócio de plataforma de múltiplos-lados:
 - Como funciona a dinâmica concorrencial entre a plataforma e seus diversos lados?
 - Como atuam concretamente os efeitos de rede?
 - Tais efeitos, de fato, são capazes de formar barreiras à entrada?
 - A plataforma exerce algum tipo de função como *gatekeeper*?

- Dimensão da inovação:
 - O ambiente concorrencial sofre mudanças constantes? Isto é, possui ciclos de inovação curtos?
 - Há pressão concorrencial *pelo* mercado?
 - Como operam os incentivos há inovação no mercado?
 - Os agentes econômicos, concretamente, têm o prospecto de obter ou proteger vendas lucrativas, fornecendo maior valor aos consumidores (Princípio da Contestabilidade)?
 - Os agentes econômicos, concretamente, têm a possibilidade de capturar os benefícios sociais de suas inovações (Princípio da Apropriabilidade)?

- A conduta permite a combinação de ativos complementares incrementando a capacidade de inovação (Princípio das Sinergias)?

- Dimensão dos dados:

- A plataforma baseia seus produtos e serviços em big data?
- Quais tipos de dados são coletados e utilizados pela plataforma para o fornecimento de seus produtos e serviços?
- Quais usos são conferidos aos dados coletados pela plataforma?
- A plataforma opera sob a lógica do mercado de atenção?

Em sentido similar, a análise tridimensional aqui estruturada contribui para as discussões em torno dos efeitos deletérios e eficiências das condutas:

- Dimensão do modelo de negócio de plataforma de múltiplos-lados:

- A conduta reforça a posição dominante da plataforma, por exemplo, criando ou aumentando a dependência de usuários, agentes verticalizados ou outros grupos relacionados à plataforma?
- A conduta restringe a interoperabilidade, se existente?
- A conduta aumenta, ainda que mediante fatores não-preço, os custos de substituição para os usuários?

- Dimensão da inovação:

- A conduta contribui para redução de incentivos à inovação?
- A conduta está inserida num contexto mais amplo de estratégia predatória de aquisição ou de criação de dificuldades para concorrentes inovadores?
- A conduta representa algum tipo de tentativa de controlar inovações que possam ameaçar o incumbente?
- A conduta afeta o prospecto de obter ou proteger vendas lucrativas, fornecendo maior valor aos consumidores (Princípio da Contestabilidade)?
- A conduta afeta a possibilidade de capturar os benefícios sociais de suas inovações (Princípio da Apropriabilidade)?
- A conduta limita as possibilidades de combinação de ativos complementares que incrementam a capacidade de inovação (Princípio das Sinergias)?

- Dimensão dos dados:
 - A conduta possui consequências econômicas ainda que não precificáveis?
 - A conduta impõe algum excesso de preço aos consumidores em termos de coleta e tratamento excessivo de dados?
 - A conduta implica a degradação de qualidade dos serviços, por exemplo, via redução de privacidade, exploração de vieses dos usuários e riscos de segurança cibernética?

Como é possível observar, a análise tridimensional contempla a maioria das discussões extraídas do estudo de caso e do material examinado no presente trabalho. Esse formato contribui para a avaliação de condutas unilaterais na medida em que funciona como um quadro de análise (*framework*) que congrega os eixos centrais da concorrência na economia digital. Ao negligenciar qualquer destas dimensões, a análise concorrencial pode deixar de capturar elementos concorrenciais importantes e incorrer em erros do tipo I (condenação de uma conduta pró-competitiva) ou do tipo II (não intervenção em uma conduta anticompetitiva).

No caso aqui estudado, o Cade chegou a reconhecer a importância dessas três dimensões, embora a sua análise não tenha sido sistemática nesse sentido. De maneira crítica, entende-se que o Cade minimizou especialmente a dimensão dos dados e da inovação. A discussão do papel dos dados no caso concreto foi limitada e a corrente majoritária acolheu, sem o aprofundamento necessário, o argumento de que os dados em si seriam concorrencialmente acessórios e que a proteção deles competiria à seara da LGPD²⁵⁴. Outrossim, o debate acerca da inovação, como mencionado supra, se restringiu ao contexto da análise da conduta em si como inovação predatória, mas pouco foi debatido sobre inovação de maneira mais abrangente. Sendo assim, a análise tridimensional, como densificação dos temas enfrentados pelo Cade, pode contribuir para a assertividade de exames futuros envolvendo abuso de posição dominante na economia digital.

²⁵⁴ §§ 273 a 2

CONCLUSÃO

Como foi possível observar ao longo do texto, os desafios que a economia digital impõem ao direito concorrencial não são pequenos. A disciplina que nasceu e se desenvolveu ao longo de décadas como meio de combater os monopólios da era industrial, se vê constrangida diante do domínio das plataformas digitais. Como examinar o mérito de condutas e atos de concentração nesse contexto? Será que as ferramentas jurídico-econômicas elaboradas até o momento atendem corretamente às necessidades de defesa da concorrência? É necessária uma mudança legislativa para endereçar essas questões? Como tomar decisões no cenário de incertezas? Para contribuir nesse debate, o presente estudo se propôs a, por meio do estudo do caso Google Shopping, tentar responder à pergunta: como examinar, juridicamente, se condutas unilaterais praticadas por plataformas digitais constituem infração à ordem econômica?

Ao se debruçar sobre o assunto, verificou-se que a teoria do abuso de posição dominante vigente costuma a analisar condutas sob a ótica preço-cêntrica, adotando o roteiro consubstanciado da Resolução CADE nº 20/1999, com pequenas variações: (1) caracterização da conduta – identificação da natureza da conduta e definição de seu enquadramento legal, bem como verificação da existência de evidências suficientes nos autos; (2) análise da posição dominante – delimitação do mercado relevante, estimativa das participações e das condições concorrenciais no mercado; e (3) análise da conduta, ponderação entre efeitos anticompetitivos e eficiências econômicas da conduta.

A partir da descrição do estágio atual da teoria do abuso de posição dominante, foi possível adentrar as especificidades do caso concreto objeto deste trabalho. Após uma breve introdução acerca do funcionamento dos motores de busca, discutiu-se as condutas investigadas, os desafios para delimitação do mercado relevante e aferição do poder de mercado, bem como realizou-se um cotejo entre a corrente majoritária e minoritária do Cade. De maneira geral, a corrente vencedora sustentou que não haviam indícios suficientes para caracterização de infração à ordem econômica. Por se turno, a corrente vencida enfatizou elementos como inovação e bem-estar do consumidor no longo prazo, somados à uma transferência do ônus probatório das eficiências à representada²⁵⁵.

²⁵⁵ Conforme o voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier: “Em sede de análise de condutas unilaterais em andamento, o instrumento permitido pela legislação concorrencial – de considerar os efeitos potenciais como suficientes para a materialidade da conduta ilícita – é de uso necessário. Na economia digital, em que decisões

Realizada a leitura do caso norteadada pela questão-problema do trabalho, o foco foi direcionado para as três unidades de análise discutidas no capítulo terceiro: a dinâmica concorrencial das plataformas de múltiplos-lados, o papel da inovação e os efeitos da concentração de dados.

As plataformas de múltiplos lados foram definidas como catalizadoras de interações, ambientes digitais que aproximam diferentes grupos de usuários (por exemplo, consumidores e fornecedores) e facilitam a realização de transações. Concorrencialmente, elas têm como uma de suas principais características a presença dos efeitos ou externalidades de rede, verificados quando o número de usuários de um lado da plataforma impacta o valor do produto ou serviço para os outros usuários da plataforma. Esse efeito pode ser positivo na medida em que incrementa a atratividade de um produto ou serviço, porém, pode ser negativo se favorecer a concentração de mercado, atuando como uma barreira à entrada. Compreender essa dinâmica no caso concreto – conjugada com outros fatores como retornos de escala, economias de escopo, interoperabilidade, *multihoming*, grau de dependência dos usuários e verticalização – é fundamental para correta caracterização do mercado relevante, aferição do poder de mercado e ponderação de efeitos concorrenciais da conduta.

Ademais, como demonstrado no presente estudo, a inovação pode ser um valor a ser tutelado pelo direito concorrencial. Para-além da discussão entre inovação predatória ou não, enfatizada pelo Cade, é necessário introjetar esse elemento de maneira mais substancial no exame de condutas abusivas. É preciso discutir de que maneira o mercado relevante e o poder de mercado são impactados pela presença de constantes inovações. Isto é, não obstante a elevada participação de um agente econômico em termos percentuais, pode ser que este sofra pressões concorrenciais bastante relevantes, decorrentes de uma competição *pelo* mercado, ao invés de uma competição *no* mercado.

Ainda, apoiado nas lições de Carl Shapiro, viu-se que é possível discutir como uma conduta afeta os incentivos à inovação em determinado mercado a partir de três princípios: contestabilidade, apropriabilidade e sinergias. A contestabilidade diz respeito ao prospecto de obter ou proteger vendas lucrativas, fornecendo maior valor aos consumidores. A apropriabilidade, por seu turno, refere-se à possibilidade de o agente econômico capturar os benefícios sociais de suas inovações. Por fim, o princípio das sinergias visa compreender como a combinação de ativos pode incrementar a capacidade de inovação. Embora a discussão acerca de como inserir a inovação nos casos concretos esteja aberta, tais princípios

devem ser tomadas em cenários de incertezas, isto representa transferir para a(s) Representada(s) o ônus da prova da existência de eficiências e inexistência de efeitos potenciais negativos.” (grifos nossos).

representam importantes ferramentas de análise a serem utilizadas pelas autoridades concorrenciais instadas a tomar decisões em cenários de incertezas.

Em terceiro lugar, foi discutido o papel dos dados digitais na dinâmica concorrencial. Viu-se que é necessário compreender de maneira mais profunda quais tipos de dados estão envolvidos e como cada um desses tipos pode apresentar preocupações diversas. Destacou-se, nesse contexto, os dados pessoais e o direito fundamental à proteção de dados pessoais, que superou o paradigma do sigilo e passou a empoderar os indivíduos, conferindo-lhes direitos específicos e condicionando a utilização dessas informações pelos entes públicos e privados à presença de bases legítimas e finalidades determinadas de tratamento. Embora as autoridades concorrenciais não tenham competência para tratar do assunto de maneira especializada, é totalmente compatível com suas atribuições considerar como o uso de dados pessoais em escala pode afetar a concorrência, em especial como fatores não-preço: coleta excessiva de dados e degradação de qualidade. Além disso, inserir discussões acerca de dados digitais é primordial para compreender a dinâmica dos mercados, constatar a presença de poder de mercado e ponderar eficiências e efeitos anticompetitivos na economia digital.

Com efeito, essa investigação permitiu a construção de um *framework* de análise tridimensional do abuso de posição dominante no contexto da economia digital. Trata-se de uma contribuição modesta, que visa auxiliar as autoridades de defesa da concorrência na captura e ponderação das principais características e efeitos da dinâmica concorrencial que envolve plataformas digitais. Sem um correto endereçamento das três dimensões, a análise concorrencial pode se expor a erros do tipo I (condenação de uma conduta pró-competitiva) ou do tipo II (não intervenção em uma conduta anticompetitiva).

Reconhece-se, entretanto, que essa síntese possui limitações típicas da metodologia de estudo de caso, que demanda cautela na adoção de generalizações. Contudo, entende-se que, ainda assim, a análise tridimensional é capaz de fornecer subsídios valiosos para o exame de condutas unilaterais na economia digital.

Por fim, após explorar o tema e considerar os limites da conclusão formulada neste estudo de caso, julgou-se conveniente emitir considerações que possam orientar estudos posteriores. Tal exercício se reputa de grande valia para construção de uma agenda em torno do tema, que ainda demanda numerosas pesquisas não só jurídicas, mas econômicas e multidisciplinares. Destarte, apresentam-se as seguintes proposições para estudos posteriores:

- analisar a interface entre o sistema de defesa da concorrência e a seara da privacidade e proteção de dados pessoais, bem como o diálogo institucional necessário entre o Cade e a ANPD para endereçar preocupações comuns no âmbito da economia digital;
- a partir de um enfoque específico, explorar teorias do dano para orientar a aplicação da LDC em casos concretos de abuso de posição dominante;
- aprofundar, do ponto de vista jurídico e econômico, o debate em torno dos efeitos de rede e suas implicações positivas e negativas para a concorrência;
- estudar o impacto da concentração de dados à concorrência, tratando de maneira específica as diversas categorias e usos conferidos a esse insumo;
- desenvolver testes jurídicos e econômicos para aplicar os princípios da contestabilidade, apropriabilidade e sinergias nos casos concretos;
- analisar o fenômeno do mercado de atenção a partir de um quadro mais amplo que englobe as suas dimensões políticas;
- examinar em específico como as plataformas exploram vieses comportamentais dos seus usuários e se isso constitui degradação de qualidade para fins concorrenciais;
- estudar condutas unilaterais específicas no contexto digital, como venda-casada, preços predatórios, imposição de exclusividade e barreiras à entrada, exercício abusivo de direitos de propriedade intelectual, entre outros; e
- discutir questões processuais particulares, como o ônus da prova, aplicação da regra da razão e quais remédios são os mais adequados para os diferentes cenários que envolvem práticas anticompetitivas na economia digital.

REFERÊNCIAS

ACQUISTI, Alessandro. **The Economics of Personal Data and Privacy: 30 Years after the OECD Privacy Guidelines.** Disponível em: <<https://www.oecd.org/sti/ieconomy/46968784.pdf>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ARREDA, Philip. **The “Rule of Reason” in Antitrust Analysis: General Issues.** Washington, D. C.: The Federal Judicial Center, 1981.

ARROW, Kenneth J. **Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention.** Disponível em: <<https://www.nber.org/system/files/chapters/c2144/c2144.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

ASSIS, Machado de. **Quincas Borba.** Rio de Janeiro: B. L. Garnier, 1891.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data.** Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Pier.pdf?__blob=publicationFile&v=2>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BAKER, Jonathan. **Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation.** Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=962261>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BARBOSA, Denis Borges. **Tratado da Propriedade Intelectual.** Tomo II – Patentes. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços. In: BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional.** Tomo II. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 47-81.

BLOOM, Nicholas; SCHANKERMAN, Mark; REENEN, John Van. **Identifying Technology Spillovers and Product Market Rivalry.** Disponível em: <http://eprints.lse.ac.uk/46852/1/_lse.ac.uk_storage_LIBRARY_Secondary_libfile_shared_repository_Content_Schankerman%2C%20M_Identifying%20technology%20Econ_Schankerman_Identifying%20technology%20Econ_2014.pdf>. Acesso em: 04 fev. 2022.

BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself.** New York: Basic Books, 1978.

_____; SIDAK, Gregory. **What does the Chicago School teach about internet search and the antitrust treatment of Google?.** Disponível em: <<https://www.criterioneconomics.com/docs/bork-sidak-google-search-oup.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1904-BA**. Relator: Min. Maurício Corrêa. Brasília, DF, 1998, DJ nº 228, 27 nov. 1998.

BRICS. **BRICS in The Digital Economy**: competition policy in practice. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/brics_report.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019

BUNDESKARTELLAMT. **Innovations** – challenges for competition law practice. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Schriftenreihe_Digitales_II.pdf?__blob=publicationFile&v=3>. Acesso em: 02 fev. 2022.

_____. **Working Paper**: The Market Power of Platforms and Networks. Disponível em: <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Think-Tank-Bericht-Zusammenfassung.pdf?__blob=publicationFile&v=4>. Acesso em: 30 out. 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. Como evitar regimes jurídicos míopes entre si? Análise do conflito entre direito concorrencial e direito da propriedade intelectual no “Caso ANFAPE”. In: BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. **Jurisprudência do CADE comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 429-451.

CAMPOS, Ricardo Nuno Taborda. **Agrupamento Automático de Páginas Web Utilizando Técnicas de Web Content Mining**. Dissertação (Mestrado em Engenharia Informática) – Universidade da Beira Interior. Castelo Branco: Covilhã, 2005.

CALDEIRA, Fátima Hassan. O mecanismo de busca do Google e a relevância do sistema-usuário. **Revista Digital do Programa de Pós-Graduação em Letras da PUCRS**. Vol. 8, n. 1, jan/jun 2015, p. 91-106.

CAPPI, Riccardo. A “teorização fundamentada nos dados”: um método possível na pesquisa empírica em Direito. In: MACHADO, Maira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 391-422.

CARDOSO, Letycia. Vazamento de dados: Brasil é o país com mais informações roubadas de cartões. **O Globo**, 03/02/2021. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/defesa-do-consumidor/vazamento-de-dados-brasil-o-pais-com-mais-informacoes-roubadas-de-cartoes-24862696>. Acesso em: 16 fev. 2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1: direito de empresa. 16ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Gustavo Flausino. **A responsabilidade civil no direito concorrencial brasileiro**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2015.

_____; SANT’ANNA, Leonardo da Silva. Direito da Concorrência na Economia de Plataformas: Uma análise dos Cartões de Pagamento no Brasil. In: MARSHALL, C.; PESSOA, L.; LAGASSI, V. (Org.). **Temas contemporâneos de direito empresarial**: vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 125-145.

COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA. **Rethinking competition in the digital economy**. Mexico City: COFECE, 2018.

COMISSÃO EUROPEIA. **Case AT. 39740 – Google Search (Shopping)**. Disponível em: <https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740>. Acesso em: 30 out. 2019.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicação da Comissão relativa à definição de mercado relevante para efeitos do direito comunitário da concorrência**. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:31997Y1209(01)&from=EN)>. Acesso em: 03 fev. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante**. Disponível em: <[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)>. Acesso em: 03 fev. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Competition policy for the digital era**. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercado de Plataformas digitais**. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2022.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, julgado em 02 jul. 2019.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.003048/2003-01**. Conselheiro Relator Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araujo, julgado em 29 jan. 2015.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10**. Conselheiro Relator Fernando Magalhães Furlan, julgado em 22 jul. 2009.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44**. Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 31 jan. 2013.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.011508/2007-91**. Conselheira Ana Frazão, julgado em 03 jul. 2015.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.002673/2007-51**. Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, julgado em 14 mar. 2018.

_____. **Processo Administrativo nº 08012.006272/2011-57**. Relator Conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, julgado em 24 fev. 2014.

_____. **Requerimento nº 08700.005448/2010-14**. Conselheiro Relator Carlos Ragazzo, julgado em 14 dez. 2011.

CRANE, Daniel A. **The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy**. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/articles/1550/>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

CORRÊA, Mariana Villela. **Abuso de Posição Dominante: condutas de exclusão em relações de distribuição**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2012.

DANTAS, San Tiago. **Programa de Direito Civil: aulas proferidas na Faculdade Nacional de Direito [1942-1945] – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1977.

DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS. **Documento de Trabalho No. 001/10 – Delimitação de Mercado Relevante**. Disponível em: <http://antigo.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2022.

DONEDA, Danilo. **A proteção de dados pessoais como um direito fundamental**. Espaço Jurídico, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

DRAGO, Bruno de Luca. **Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2015.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Challenges for Competition Policy in a Digitalised Economy**. Disponível em: <bit.ly/1HZHeBH> Acesso em: 30 out. 2019.

EVANS, David S. **Attention Platforms, the Value of Content, and Public Policy**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3261815>. Acesso em: 04 fev. 2022.

_____. **Multi-sided platforms, dynamic competition, and the Assessment of Market Power for Internet-Based Firms**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2746095>. Acesso em: 16 fev. 2021.

_____. **The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022>. Acesso em: 03 fev. 2022.

_____. **Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights, but not sleepy monopolies**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438>. Acesso em: 04 fev. 2022.

_____; SCHAMALENSEE, Richard. **Network effects: March to the Evidence, Not the Slogans**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3027691>. Acesso em: 04 fev. 2022.

EZRACHI, Ariel. **Sponge**. Disponível em: <<https://academic.oup.com/antitrust/article/5/1/49/2525569>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

FAGUNDES, Jorge. Barreiras à Entrada e Defesa da Concorrência. **Suplemento Eletrônico da Revista do IBRAC**. Ano 3, nº 2, 2012, p. 5-13.

FARANI, Paula A. S.; SANTOS, Bruno D. M. A centenária regra da razão nos tempos modernos. In: JORGE, André Lemos et al. (org.). **Coletânea da atividade negocial**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, UNINOVE, 2019, p. 527-528.

FEDERAL TRADE COMMISSION. **Statement of the Federal Trade Commission Regarding Google's Search Practices In the Matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163**. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/statement-commission-regarding-googles-search-practices/130103brillgooglesearchstmt.pdf>. Acesso em: 30 out. 2019.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORBES. **Global 2000**: The World's Largest Public Companies. Disponível em: <<https://www.forbes.com/lists/global2000/#4da8e6c75ac0>>. Acesso em: 1 fev. 2022.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranóia ou Mistificação?. **Revista de Direito Mercantil**. nº 139. São Paulo: Malheiros, jul-set 2005, p. 242-256.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 9ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. **This is how many websites exist globally**. Disponível em: <<https://www.weforum.org/agenda/2019/09/chart-of-the-day-how-many-websites-are-there/>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

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

G1. Megavazamento de dados de 223 milhões de brasileiros: o que se sabe e o que falta saber. **G1**, 28/01/2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2021/01/28/vazamento-de-dados-de-223-milhoes-de-brasileiros-o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber.ghtml>>. Acesso em: 16 fev. 2021.

GASSER, Urs. **Interoperability in the Digital Ecosystem**. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2639210>>. Acesso em: 30 out. 2019.

GEORGE, Alexander L.; BENNETT, Andrew. **Case Studies and Theory Development in the Social Sciences**. Cambridge: MIT Press, 2005.

GLICK, Mark; RUETSCHLIN, Catherine. **Big Tech Acquisitions and the Potential Competition Doctrine**: The Case of Facebook. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3482213>. Acesso em: 16 fev. 2021.

GOOGLE. **Política de Privacidade**. Disponível em: <<https://policies.google.com/privacy?hl=pt-BR#infocollect>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

HAYEK, F.A. **O caminho da servidão**. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

HOVENKAMP, Herbert. **The antitrust enterprise: principle and execution**. Cambridge: Harvard University Press, 2005.

_____. **The Rule of Reason**. Disponível em: <<https://scholarship.law.ufl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1392&context=flr>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

IBRAC. **Guia de Condutas Unilaterais**. Disponível em: <https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/497/IBRAC_-_Guia_de_Condutas_Unilaterais.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2022.

JASPER, Eric Hadmann; GICO JUNIOR, Ivo Teixeira. Voltando à razão? Fixação de preço de revenda após o caso SKF. In: BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro Paulo Salles. **Jurisprudência do CADE comentada**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019, p. 453-468.

KATZ, Michael L.; SHAPIRO, Carl. **Systems Competition and Network Effects**. Disponível em: <<https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.8.2.93>>. Acesso em: 03 dez. 2022.

KATZ, Michael L.; SHELANSKI, Howard A. **“Schumpeterian” Competition and Antitrust Policy in High-Tech Markets**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=925707>. Acesso em: 04 fev. 2022.

KHAN, Lina M. **Amazon's Antitrust Paradox**. Disponível em: <<https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol126/iss3/3>>. Acesso em: 30 out. 2019.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 9, nº 1, 2021, p. 82-103.

LERNER, Andres V. **The Role of “Big Data” in Online Platform Competition**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2482780>. Acesso em: 04 fev. 2022.

LEURQUIN, Pablo Georges Cícero Fraga. **Proteção da inovação pelo Direito Brasileiro da Concorrência e diálogo com o Direito da União Europeia**. Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito e Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École Doctorale de Droit de la Sorbonne. Belo Horizonte, 2018.

MACHADO, Maira Rocha. O estudo de caso na pesquisa em direito. In: MACHADO, Maira Rocha (Org.). **Pesquisar empiricamente o direito**. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017, p. 357-389.

MANKIW, Gregory N. **Introdução à Economia**. São Paulo: Cengage Learning, 2016.

MARÇULA, Marcelo; BENINI FILHO, Pio Armando. **Informática: conceito e aplicações**. 5ª Ed. São Paulo: Érica, 2019.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª edição revisada., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MCDONALD, Aleecia M.; CRANOR, Lorrie Faith. **The Cost of Reading Privacy Policies**. Disponível em: <<https://lorrie.cranor.org/pubs/readingPolicyCost-authorDraft.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. **Habeas Data e Autodeterminação informativa**: os dois lados da mesma moeda. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 12, n. 39, p. 185-216, jul./dez. 2018.

_____. **Decisão histórica do STF reconhece direito fundamental à proteção de dados pessoais**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/decisao-historica-do-stf-reconhece-direito-fundamental-a-protecao-de-dados-pessoais-10052020>>. Acesso em: 02 fev. 2020.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy: Theory and Practice**. Cambridge University Press, 2004.

O'CONNOR, Daniel. **Understanding Online Platform Competition: Common Misunderstandings**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2760061>. Acesso em: 04 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Competition on the merits**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/competition/abuse/35911017.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2022.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. **Oslo Manual**. 4ª Ed. Disponível em: <<https://www.oecd.org/science/oslo-manual-2018-9789264304604-en.htm>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

_____. **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms**. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

PAGE, Lawrence et al. **The PageRank Citation Ranking: Bringing Order to the Web**. Disponível em: <<http://ilpubs.stanford.edu:8090/422/1/1999-66.pdf>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

PEREIRA NETO, Caio Mário da; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

PITOFISKY, R.; PATTERSON, D.; HOOKS, J. **The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law**. Disponível em: <<https://scholarship.law.georgetown.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1342&context=facpub>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

POSNER, Richard A. **The Chicago School of antitrust analysis**. Disponível em: <https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4863&context=penn_law_review>. Acesso em: 03 fev. 2022.

_____; LANDES, William M. **Market Power in Antitrust Cases**. Disponível em: <https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2551&context=journal_articles>. Acesso em: 03 fev. 2022.

POSSAS, Mário L. Concorrência Schumpeteriana. In: KUPFER, D.; HASENCLEVER, Lia. **Economia industrial: fundamentos teóricos e práticas no Brasil**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013, p. 245-252.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância: a privacidade hoje**. Organização, seleção e apresentação de Maria Celina Bodin de Moraes. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROBERTSON, Viktoria H. S. E. **Competition Law's Innovation Factor: The Relevant Market in Dynamic Contexts in the EU and the US**. Oxford: Hart, 2020.

SAITO, Leandro. **Antitruste e novos negócios na Internet**. Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico? Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2016.

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

SANDRONI, Paulo (Org.). **Novíssimo Dicionário de Economia**. São Paulo: Editora Best Seller, 1999.

SHAPIRO, Carl. **Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull's Eye?**. Disponível em: <<https://www.nber.org/system/files/chapters/c12360/c12360.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

SHREPEL, Thibault. **Predatory Innovation: The Definite Need for Legal Recognition**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2997586>. Acesso em: 04 fev. 2022, p. 22.

SIDAK, Gregory J.; TEECE, David J. **Dynamic competition in antitrust law**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1525316>. Acesso em: 04 fev. 2022.

SILVA, Ricardo Villela Mafra Alves da. A falácia das infrações por objeto e suas consequências para a persecução de condutas unilaterais. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 7, nº 1, maio 2019, p. 69-107.

SOLOVE, Daniel J. **The Myth of the Privacy Paradox**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3536265>. Acesso em: 16 fev. 2021.

SOUZA, Ana Beatriz Rodrigues. As plataformas digitais e os dilemas da sua regulação. In: BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Administrativo de Defesa

Econômica. **Coletânea de Artigos em Defesa da Concorrência e Direito Econômico: Mercado Médico-Hospitalar e Economia Digital**. Vol. 3. Brasília: Cade, 2021, p. 15-38.

STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. **Stigler Committee on Digital Plataforms** – Final Report. Disponível em: <<https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>>. Acesso em: 04 fev. 2022.

STUCKE, Maurice. **Should We Be Concerned About Data-opolies?** Disponível em: <https://georgetownlawtechreview.org/should-we-be-concerned-about-data-opolies/GLTR-07-2018/>. Acesso em: 16 fev. 2021.

_____; GRUNES, Allen P. **Big Data and Competition Policy**. Oxford: Oxford University Press, 2016.

_____. **Data-opolies**. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2927018>. Acesso em: 04 fev. 2022.

TAUFICK, Roberto Domingos. Cartel, ilegalidade *per se* e ônus da prova: breves considerações. **Revista de Economia**, v. 33, n. 1, p. 151-155, jan./jun. 2007.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. **Código Civil interpretado conforme a Constituição da República**. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

THE ECONOMIST. **The world's most valuable resource is no longer oil, but data: the data economy demands a new approach to antitrust rules**. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em: 30 out. 2019.

TUCKER, Darren S.; WELLFORD, Hill B. **Big Mistakes Regarding Big Data**. Disponível em: <https://www.morganlewis.com/-/media/antitrustsource_bigmistakesregardingbigdata_december2014.ashx>. Acesso em: 03 fev. 2022.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. **Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act**. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/competition-and-monopoly-single-firm-conduct-under-section-2-sherman-act-chapter-1>>. Acesso em: 03 fev. 2022.

VARIAN, Hal. **Intermediate Microeconomics: a modern approach**. 8ª Ed. New York: W.W. Norton & Company, 2010.

VIO, Daniel de Avila. **Ensaio sobre os Grupos de Subordinação, de Direito e de Fato, no Direito Societário Brasileiro**. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. **The Right to Privacy**. Disponível em: <<https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>>. Acesso em: 02 ago. 2020.

WEN, Wen; ZHU, Feng. **Threat of Platform-Owner Entry and Complementor Responses**: Evidence from the Mobile App Market. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2848533>. Acesso em: 04 fev. 2022.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 7ª Ed. Oxford University Press, 2012.

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

_____. **The Curse of Bigness**: antitrust in the new gilded age. New York: Columbia Global Reports, 2018.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. Tradução: Daniel Grassi. 3º Ed. Porto Alegre: Bookman, 2005.

ZUBOFF, Shoshana. **The Age of Surveillance Capitalism**: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power. New York: PublicAffairs, 2019.