

REAVALIANDO O ABUSO DE PODER ECONÔMICO EM MERCADOS DIGITAIS: A DECISÃO DO CADE NO CASO GOOGLE SHOPPING

REASSESSING THE ABUSE OF ECONOMIC POWER IN DIGITAL MARKETS: CADE'S DECISION IN THE GOOGLE SHOPPING CASE

GABRIEL FELIPE NAMI INÁCIO¹
GUSTAVO FERREIRA RIBEIRO²

RESUMO

Com a revolução da internet, as relações econômicas foram profundamente alteradas a partir do desenvolvimento de novas tecnologias e práticas comerciais. Este artigo investiga como os mercados envolvidos nessa realidade podem facilitar condutas anticompetitivas. Tem-se como hipótese que a estrutura desses mercados pode viabilizar novas manifestações de práticas anticoncorrenciais, desafiando-se premissas tradicionais do direito da concorrência. A metodologia do trabalho, quanto ao procedimento, consiste em revisão bibliográfica concorrencial e o estudo do caso *Google Shopping*, decidido pelo Conselho de Defesa Econômica (CADE), em 2019. Ao se abordar, tecnicamente, as características de preço zero, múltiplos lados e atenção desses mercados, visualiza-se a forma pela qual o abuso de posição dominante pode se revelar em mercados digitais, por meio do manejo do *big data* e consequente consolidação de poder econômico. Ao se explorarem as diferentes visões no estudo de caso, ainda que com visões divergentes dos decisores, aponta-se para a necessidade de se repensar conceitos na análise de condutas anticompetitivas em mercados digitais.

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

ABSTRACT

The internet revolution profoundly altered economic relations, with the developing of new technologies and commercial practices. This article scrutinizes how markets involved in this reality can facilitate anti-competitive behavior. It posits that the structure of these markets can enable new manifestations of anti-competitive practices, challenging traditional premises of competition law. The methodology, regarding the procedure, consists of the literature review of competition and the Google Shopping case study, decided by the Brazilian Economic Defense Council (CADE), in 2019. While technically approaching the characteristics of these markets - such as

- 1 Advogado. Mestrando em Direito Comercial na Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília.
- 2 Doutor em Direito pela Maurer School of Law, Indiana University Bloomington (EUA), (revalidado UFSC, 2010). Mestre em Direito (UFSC, 2004). Bacharel em Direito (UFMG, 2002) e Ciência da Computação (UFMG, 1996). Professor do Programa de Mestrado e Doutorado do UniCEUB. LATTES: <http://lattes.cnpq.br/0171839374618903>. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0001-9452-9981>.

Como citar esse artigo:/How to cite this article:

INÁCIO, Gabriel Felipe Nami; RIBEIRO, Gustavo Ferreira. Reavaliando o abuso de poder econômico em mercados digitais: a decisão do CADE no caso Google Shopping. **Revista Meritum**, Belo Horizonte, v. 16, n. 3, p. 321-342, 2021. DOI: <https://doi.org/10.46560/meritum.v16i3.8542>.

zero price, multiple sides and attention -,one can visualize the way in which the abuse of a dominant position can be revealed in digital markets, through the handling of big data and the consequent consolidation of economic power. When exploring the different views of the case study, even with divergent views of the decision makers, it is pointed out the need to rethink concepts in the analysis of anti-competitive behavior in digital markets.

Keywords: digital markets; digital economy; abuse of dominant position; Google shopping; big data.

1. INTRODUÇÃO

As relações econômicas vêm sendo profundamente alteradas a partir do desenvolvimento de novas tecnologias digitais. Provocou-se não só o surgimento de mercados digitais específicos, mas também a proliferação de novas práticas comerciais e a potencial eclosão de condutas anticoncorrenciais.

Nesse contexto, o principal problema investigado por esse artigo é como a estrutura dos mercados digitais (não se explorando o controle de estruturas), pode facilitar práticas que reduzam a concorrência. Tem-se, como hipótese preliminar, que a estrutura dos mercados digitais viabiliza novas manifestações de consolidação de poder de mercado. Por essa razão, a análise antitruste pode não ser capaz de identificar algumas condutas abusivas nesses mercados, seja em razão de algumas premissas do direito da concorrência ou em razão do instrumental de análise³.

Em termos de estrutura, o artigo aborda as características dos mercados digitais e, em seguida, discute o abuso de posição dominante, que se manifesta no âmbito digital essencialmente em razão, e por meio, do controle de dados. Na sequência, faz-se análise crítica de relevante processo administrativo decidido no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE, 2019) em face da Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (doravante “Google”), com o objetivo de se demonstrar sua atualidade e potenciais obstáculos a serem enfrentados pelas autoridades da concorrência em face de novas formas de exercício de poder de mercado.

Do ponto de vista metodológico, o artigo se baseia em pesquisa bibliográfica da literatura de concorrência e tecnologia, além da análise do caso específico, visando-se demonstrar a nova roupagem dada pelos mercados digitais ao abuso de poder econômico e se identificar alguns problemas a serem trabalhados pelas autoridades antitrustes.

2. MERCADOS DIGITAIS

O mercado é um sistema de trocas particular, um sistema de compra e venda de bens e serviços. É particular, pois pode possuir distintas características, a depender da forma pela qual as relações de concorrência se estabelecem. A identificação das singularidades de cada mercado é essencial ao direito concorrencial, porque a análise de uma conduta ou demanda deve levar em consideração o funcionamento e a organização de cada mercado.

3 Para uma avaliação preliminar e expandida, de um dos autores deste artigo, veja-se Inácio (2020).

O presente artigo tem como contexto a chamada “revolução da Internet”, iniciada nos anos 1960s e impulsionada a partir da década de 1990. A partir daí, as inovações e os avanços tecnológicos se aceleraram, sendo que o corolário social dessas transformações foi a alteração do mecanismo e do fluxo de informações, em três dimensões: técnica, cultura e da sociedade (WOLTON, 2001).

Evidentemente, essa profusão de relações se tornou rapidamente objeto de trocas e de inovações no mercado. Verifica-se a existência de um processo cada vez mais presente e frequente de relações de mercado na esfera digital, cujas peculiaridades envolvem mercados de preço zero, múltiplos lados e de atenção, a seguir explorados.

2.1 MERCADOS DE PREÇO ZERO

Observa-se uma variedade e quantidade dos mercados de *preço zero*, caracterizados pela oferta de produtos e serviços sem contrapartida financeira direta por parte do usuário. Enquadram-se nesses mercados, por exemplo, as plataformas de busca e pesquisa, as mídias sociais e uma inúmera variedade de aplicativos e softwares, apesar desse tipo de mercado não ser uma novidade da era da Internet (MANDRESCU, 2018; EVANS, 2011).

Em termos estruturais, esses mercados podem ser subdivididos em modelos sustentáveis e não sustentáveis. Os modelos sustentáveis, objeto deste artigo,⁴ se caracterizam como estratégias de lucratividade implementadas em mercados de preço zero, de modo que se existem empresas que buscam eminentemente o lucro competindo em mercados de preço zero é porque essas corporações estão obtendo receita de alguma forma (NEWMAN, 2015).⁵

Estes mercados de preço zero produzem alguns efeitos relevantes sob o comportamento dos consumidores. O primeiro deles seria o *zero price effect* ou “efeito preço zero”. Nele, a demanda tende a ser maior se o preço de um produto for zero (NEWMAN, 2016).⁶ Outro efeito relevante é o denominado paradoxo da privacidade. Muito embora os consumidores expressem preocupações com a privacidade de seus dados, no momento de tomada de decisões aparentemente essa privacidade não parece ter tanta influência sob o processo de escolha (SILVEIRA; SANTOS, 2019).

Tais considerações levam à conclusão de que ferramentas básicas, como o teste do monopolista hipotético (TMH), podem nem sempre ser capazes de possibilitar caminhos à identificação de condutas anticompetitivas em mercados digitais, uma vez que essas condu-

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

5 Prova disso é o valor de mercado de empresas que atuam nesses mercados de preço zero: em fevereiro de 2021, o valor capitalizado de mercado do Facebook foi equivalente a 733,6 bilhões de dólares. Veja-se: STATISTA. *Market capitalization of the largest U.S. internet companies as of September 2019*. 2020. Disponível em: <https://www.statista.com/statistics/209331/largest-us-internet-companies-by-market-cap/>. Acesso em: 20 jun. 2020.

6 Em outras palavras, o efeito de preço zero desencadeia uma supervalorização das vantagens a serem obtidas por um produto ou serviço, a ponto de o consumidor desconsiderar uma análise racional de custos e benefícios de determinada transação. Para estudos deste tipo, veja-se: SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; ARIELY, Dan. Zero as a special price: The true value of free products. *Marketing science*, [S. l.], v. 26, n. 6, p. 742-757, 2007.

tas assumem facetas diversas das tradicionalmente conhecidas. Desse modo, uma análise concorrencial a partir do preço pode não ser a mais adequada para identificação de condutas anticompetitivas na economia digital.

Esse mesmo problema ocorre em análises de mercados de múltiplos lados (EVANS; SCHMALENSSEE, 2013), que, em geral, são integrados pelos mercados de estrutura de preço zero e são analisados a seguir.

2.2 MERCADOS DE MÚLTIPLOS LADOS

São inúmeras as definições concebidas pela literatura sobre os mercados de múltiplos (ou de dois) lados. De maneira geral, são caracterizados por serem plataformas que permitem a interação entre dois ou mais agentes econômicos, de sorte que o faturamento da empresa-plataforma é distribuído de maneira desigual entre os usuários (WRIGHT, 2004; SHELANSKI; KNOX; DHILLA, 2018)⁷.

A primeira característica, e a mais proeminente, é a interação viabilizada por esses mercados entre grupos ou agentes econômicos distintos. Essa interação, por sua vez, deve reduzir os custos de transação de determinada interação para os agentes envolvidos (EVANS; SCHMALENSSEE, 2013). A segunda característica são os chamados efeitos ou externalidade de rede, quando custos ou benefícios não estariam, necessariamente, sendo levados em conta nos preços cobrados por esses produtos ou serviços.⁸

Portanto, em termos conceituais um mercado de múltiplos lados conecta agentes econômicos de grupos distintos, criando valor por meio de uma distribuição assimétrica de preços. Nesse sentido, os mercados de múltiplos lados, assim como os mercados de preço zero, apresentam características que podem não se adequar à análise concorrencial tradicional.

De acordo com Evans (2003b), em plataformas de múltiplos lados, é necessário considerar a lógica econômica desses negócios e todos os lados envolvidos para que se obtenha uma definição mais precisa de mercado relevante e do poder de mercado dessas empresas, que se revela de formas distintas das tradicionalmente conhecidas.

7 Shelanski, Knox e Dhilla (2018) subdividem essas plataformas de múltiplos lados em dois grupos distintos de acordo com a sua estrutura: (i) baseadas em serviços; e (ii) baseadas em subsídios. As primeiras produziram um serviço ou ofereciam um produto para os usuários da plataforma, como é o caso do Airbnb, do Uber e do OpenTable. Já as baseadas em subsídios são as relações por meio das quais um dos lados indiretamente financia os custos de outro lado, mas não oferece nenhum serviço adicional que atraia diretamente os usuários, os quais seriam atraídos diretamente pela plataforma. Em plataformas subsidiadas geralmente há pelo menos três lados: os financiadores, os fornecedores e os usuários. As mídias mais recentes, como *Facebook*, *Instagram* e *Twitter*, apresentam essa estrutura subsidiada de funcionamento.

8 De acordo com o glossário de termos estatísticos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), externalidades são situações nas quais a produção ou consumo de determinado bem ou serviço impõe custos ou benefícios a outros grupos que não participam diretamente de uma transação. Veja-se: OCDE. *Externalities. Glossary of Statistical Terms*. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3215>. Acesso em: 21 jun. 2020. Para externalidades, ou efeito de rede, direta ou indireta, veja-se EVANS; SCHMALENSSEE, 2013. Para Rochet e Tirole (2006), ressalta-se, essas externalidades devem ser indiretas e positivas. Já Evans (2003a) considera que as externalidades devem estar associadas à coordenação entre os grupos por meio, necessariamente, de uma plataforma intermediadora.

2.3 MERCADOS DE ATENÇÃO

Mercados de atenção são aqueles que tem como objeto das relações concorrenciais um recurso humano limitado: a atenção dos consumidores.⁹

Os mercados de atenção, em sua forma pura, são integrados por negócios que ganham dinheiro exclusivamente a partir da revenda de atenção e cujos agentes econômicos são os “*Attention Brokers*”. Como exemplos, podem-se citar televisão, jornais e revistas gratuitas e diversas plataformas que prestam serviços online, como a Google e o Facebook. São mercados que poderiam ser enquadrados como mercados de múltiplos lados e, em algumas situações, mercado com estruturas de “preço zero” (WU, 2017; EVANS, 2013).

Em um modelo mais avançado desses mercados, segundo Wu (2017) a atenção dos consumidores seria revendida de modo customizado. Essa dinâmica depende, em grande medida, do controle e processamento de dados dos usuários da plataforma, por vezes utilizados como estratégias de consolidação de poder econômico.

O exemplo mais natural dos mercados de atenção são os mercados de propaganda online, cada vez mais personalizados de acordo com os interesses específicos dos usuários, os quais, ainda, são identificados a partir dos algoritmos e do processamento dados.¹⁰

Além disso, considerando que as empresas de alta tecnologia competem por atenção, os mecanismos de análise de atos de concentração ou potenciais condutas abusivas não seriam capazes avaliar apropriadamente o poder de atenção dessas plataformas. Isso porque a doutrina concorrencial é fundada no poder de mercado, que geralmente pressupõe transações que envolvem compra e venda de produtos e serviços por determinado preço. Nas plataformas online a atenção dos usuários pode assumir maior relevância.

Delineadas, assim, as características dos mercados de preço zero, múltiplos lados e atenção, avança-se para a caracterização do abuso de poder econômico relacionado a controle de dados.

3. ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CONTROLE DE DADOS

As peculiaridades previamente apontadas no funcionamento dos mercados digitais têm por corolário não só novas estratégias de atuação empresarial, mas também novas possibilidades de consolidação de poder e abuso econômico.

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

10 Um estudo realizado pela *Competition and Markets Authority* (2020) sobre mercados dessa natureza indica que as duas variáveis que influenciam esses mercados são, precisamente, a captura pela atenção dos consumidores e a possibilidade de personalização da publicidade.

Levando isso em consideração, passa-se a realizar uma delimitação analítica do poder econômico e demonstrar a relação entre a exploração do chamado *big data* e possíveis manifestações de abuso de poder econômico¹¹.

3.1 A VISÃO TRADICIONAL DESAFIADA: PODER ECONÔMICO E BIG DATA

A consolidação de poder econômico em plataformas digitais ocorre essencialmente por meio da exploração do *big data*. Esta expressão representa a capacidade de algumas empresas de coletar, processar e analisar uma imensa quantidade de dados e informações dos indivíduos para criar estratégias de negócios¹².

Nesse sentido, invariavelmente, o *big data* possui valor e escopo econômicos, considerando que essa velocidade e valor extraído da aquisição e exploração de dados ajuda as empresas a obterem significativo poder de mercado (STUCKE; GRUNES, 2016)

O efeito de se aprender com os dados (*learning effect*) corresponde às funções dos algoritmos dos mecanismos de buscas responsáveis por aprender quais seriam os melhores resultados de acordo com cada clique. Os resultados de uma busca seriam refinados pelos algoritmos a partir dos cliques de cada usuário. Assim, no caso das plataformas de busca, que oferecem como serviço resultados de pesquisas, a aprendizagem automatizada mediante coleta e processamento de informações dos usuários é capaz de aperfeiçoar e filtrar os resultados, de forma customizada.

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

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

Nesse sentido, cumpre mencionar decisão proferida no processo nº. 08012.002116/2016-21, do Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor, que multou a empresa Decolar em mais de 7 milhões de reais pelas práticas de *geo pricing* e *geo blocking*¹³. Vê-se para logo que,

11 As expressões “exercício de poder de mercado”, “abuso de poder econômico” e “abuso de posição dominante” foram tratadas como sinônimas. Isso porque a doutrina, em geral, utiliza as expressões “poder econômico” e “poder de mercado” como unívocas.

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

13 Geo pricing é uma conduta abusiva de discriminação de preços de acordo com a localização do consumidor, ou seja, um mesmo produto ou serviço é oferecido a preços distintos de acordo com a localização do usuário. Já a prática de geo

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

Essa coleta de dados também permite a antecipação das escolhas dos consumidores. Assim, plataformas como *Amazon* e *Google* podem ingressar em mercados adjacentes, nos quais terão evidente vantagem competitiva mediante obtenção de informação dos usuários que dependem de suas infraestruturas, consolidando seu poder de mercado (KHAN, 2016). Nesse sentido, um estudo da *Competition and Markets Authority* (2020, p. 18) revela que:

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

Essa é precisamente a denominada teoria da alavancagem. As informações pessoais dos usuários são capturadas de um mercado para beneficiar outra linha de negócio do mesmo agente econômico. O controle de dados funciona como instrumento de aumento de poder de mercado e como uma barreira à entrada de novos concorrentes.

Confira-se, nesse sentido, documento elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE:

Isso gera um ciclo positivo em que maior escala e acesso a dados fortalecem a empresa, que passa a ter ainda maior escala e mais dados. Esta seria uma importante barreira à entrada, em particular quando a natureza singular e acesso exclusivo às bases de dados faz com que elas percam sua característica de bem público no sentido econômico do termo (DEPARTAMENTO DE ESTUDOS ECONÔMICOS DO CADE, 2020, p. 23).

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

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

3.2 POSSÍVEIS CONSEQUÊNCIAS DA PREMISSE DA “COMPETIÇÃO A UM CLIQUE DE DISTÂNCIA” NA AVALIAÇÃO DE POTENCIAIS ABUSOS DE PODER ECONÔMICO

Avança-se, a partir deste ponto, para as especificidades de projeto da Google, que culminou com a decisão do CADE analisada na seção posterior.

Em 2009, a *Google* iniciou um projeto de digitalização e disponibilização de diversos livros na rede, o que acarretou inúmeras críticas ao seu poder econômico.¹⁴ Em 2010, a Comissão Europeia (“Comissão”) iniciou um inquérito preliminar em face da *Google*, acusada de preterir nos resultados de busca de seus buscadores os produtos e serviços que concorriam com os seus próprios, sobretudo o *Google Shopping*. Essas investigações originaram e intensificaram as discussões sobre o abuso e a posição dominante da empresa.¹⁵

Daí surgiu a lógica de que “*competition is one click away*” ou da “competição a um clique de distância”, que se tornou o principal argumento da *Google* e foi, até mesmo, incorporado aos seus princípios: “*Google’s six principles of competition and openness: (...) Competition is just one click away*”.¹⁶

De acordo com essa tese, calcada na Escola de Chicago, o consumidor pode facilmente acessar os produtos e serviços oferecidos por empresas concorrentes, porquanto os custos de troca de buscadores gratuitos seriam inexistentes, assim como o seriam as barreiras à entrada nesses mercados de “preço zero”¹⁷. De acordo com esse discurso, as práticas da *Google*, especialmente relacionadas ao *Google Search*, seriam estratégias comerciais lícitas e dificilmente abusivas. Nesse sentido, veja-se:

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

Bork e Sidak (2012), analisando o mercado de pesquisa online e o caso da *Google*, corroboram a ideia de que a arquitetura aberta da internet permite aos consumidores uma navegação direta, sem que seja necessário acessar o *Google*. Inexistiria qualquer custo de troca ou obstáculo técnico imposto pela *Google* que inviabilize a substituição de seus serviços. Em outras palavras, de acordo com o raciocínio da “*competition is one click away*”, dificilmente existem barreiras à entrada e troca em mercados digitais.

14 Além de discussões relacionadas a direitos de propriedade intelectual, neste artigo não exploradas.

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

16 Confira-se: Google’s Approach to Competition. Google Public Policy Blog. 8 maio 2009. Disponível em: <https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html>. Acesso em: 7 set. 2020.

17 Para uma visão contrária, reconhecendo que mercados digitais podem não ser tão livres de barreiras como parecem ser, veja-se JANSEN; ZHANG, M.; ZHANG, Y., 2007.

A despeito dessas considerações, não parece razoável ignorar, segundo autoridades de concorrência, que embora essas plataformas produzam, de fato, diversas externalidades positivas aos consumidores, tende-se a corroborar o aumento do poder econômico das empresas e o aumento da concentração de determinados mercados, até mesmo pela criação de algumas barreiras (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2016).

Trata-se do denominado “*the winner takes all*”, que se torna muito evidente em plataformas digitais, de forma mais acentuada que em mercados físicos. Isso porque esses efeitos de rede, inerentes às plataformas de múltiplos lados, podem se desenvolver sem muitas limitações, como as enfrentadas pelos mercados físicos (finitude de espaço, por exemplo, que limita o número de consumidores). Paradoxalmente, os efeitos de rede positivos, notadamente produzidos pelas plataformas de múltiplos lados, têm por corolário uma tendência à concentração mais acentuada em mercados digitais (HOPNER, 2015; WHISH; BAILEY, 2015).

Esse efeito de rede do *big data* é chamado de *feedback loop*. Confira-se:

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

Entretanto, importa esclarecer que o acesso e o controle de dados, por si só, não são suficientes para configurar uma espécie de barreira à entrada. É importante analisar se a exploração do *big data* por uma empresa é capaz de dificultar ou até impedir a entrada de novos concorrentes em uma plataforma digital. O desafio consiste em identificar se essa exploração é uma mera vantagem competitiva lícita ou se ela contribui para o abuso de poder econômico.

No caso específico, um fator que pode dificultar a entrada de novos concorrentes e que vai de encontro ao raciocínio da “*competition is one click away*” é o fato de que nas plataformas online podem funcionar portas de entrada para outras empresas que queiram prestar serviços e oferecer seus produtos online, mas sob condições. As plataformas ditam as condições aos usuários e demais negócios que dependem de suas infraestruturas para funcionar (KHAN, 2016).

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

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

A Google criou muitos produtos e serviços inovadores que fizeram a diferença em nossas vidas. Isso é bom. Mas a estratégia da Google para seu serviço de comparação de preços não era apenas atrair clientes, tornando seu produto melhor do que o de seus rivais. Ao invés disso, a Google abusou de seu domínio de mercado como mecanismo de pesquisa, promovendo seu próprio serviço de comparação de preços em seus resultados de pesquisa e rebaixando os dos concorrentes. O que a Google fez é ilegal de acordo com as regras antitruste da UE. Negou a outras empresas a chance de competir pelos méritos e inovar. E o mais importante, negou aos consumidores europeus uma escolha genuína de serviços e todos os benefícios da inovação (2017, tradução livre).¹⁸

Portanto, de acordo com essa visão, que reconhece inclusive os benefícios dos mecanismos de comparação de preços da Google, verificou-se que a competição não estava necessariamente a um clique de distância. Afinal, tratava-se de plataforma que explorava o big data e o utilizava para consolidar seu poder de mercado, não podendo se ignorar as novas formas de barreiras à entrada por ela colocadas.

Na próxima seção, como forma de submeter a problemática e as considerações teóricas trazidas até o momento para a realidade brasileira, analisa-se, o caso Google Shopping no âmbito do CADE.

4. A DECISÃO DO CADE NO CASO DO “GOOGLE SHOPPING” E OS DESAFIOS À ANÁLISE ANTITRUSTE

A escolha do presente caso ocorreu em razão da relevância dos debates travados nos votos acerca da concorrência em mercados digitais. Além disso, não se pretende abordar e explorar detalhadamente todos os fundamentos utilizados nas decisões, tampouco posições pessoais dos decisores. O objetivo da presente seção é apenas o de se identificar pontos de reflexão, e inflexão, da análise concorrencial.

Feita as ressalvas devidas, observa-se que o procedimento foi instaurado em outubro de 2013, mediante representação da empresa E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., que detém os sites de comparação de preços Buscapé e Bondfaro, o objetivo do processo foi a apuração de supostas condutas abusivas praticadas pela Google Inc. e pela

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

Google Brasil Internet Ltda., tipificadas no art. 36, incisos I, II e IV, e § 3º, incisos III, IV, X e XI, da Lei nº 12.529/2011.

As condutas imputadas à Google foram divididas de acordo com o lapso temporal de utilização do Product Universal¹⁹ e do *Product Listing Ads* (PLAs)²⁰. O Conselheiro Relator (CADE, 2019, p. 21) classificou as condutas a serem avaliadas de acordo com essas técnicas e seus períodos de vigência, subdividindo-as em três espécies.

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

Tanto o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) quanto a SG (Superintendência-Geral do CADE) sugeriram o arquivamento do processo administrativo. O primeiro por entender que não haveria indícios econômicos suficientes para caracterizar a suposta infração. O segundo, pela ausência de indícios de condenação e por ter entendido que a Google permitia serviços de comparação de preços nos “PLAs”.

O Conselheiro Relator, uma Conselheira e o Conselheiro Presidente, que fez uso de seu voto de qualidade, optaram pelo arquivamento do processo. Os demais apresentaram votos favoráveis à condenação da Google. O processo foi arquivado nos termos do voto do Conselheiro Relator e transitou em julgado (2.7.2019).

Passa-se, a seguir, à análise dos fundamentos para o arquivamento do processo e para a condenação da Google, nessa ordem.

4.1 FUNDAMENTOS PARA O ARQUIVAMENTO DO PROCESSO

Inicialmente, cabe apontar algumas características importantes à delimitação do mercado relevante destacadas pelo Relator (CADE, 2019, p. 1-59). A primeira delas se refere aos bens distintos desses mercados, tanto do ponto de vista do consumidor quanto do ponto de vista dos varejistas e fornecedores. Os mercados de buscas genéricas e de comparação de preços seriam mercados de múltiplos lados.

Além disso, destacou-se que o Google seria uma plataforma de *matching* não transacional. Plataforma de *matching*, pois teria por objetivo conectar dois grupos distintos de usuá-

19 O *Product Universal* corresponde a uma técnica lançada pela Google nos Estados Unidos, em 2007, que permitia a comparação de resultados das buscas de acordo com a relevância entre resultados orgânicos e os resultados verticais. Essa técnica ranqueava os resultados de acordo com a qualidade e relevância, sem qualquer distinção entre os resultados orgânicos e verticais. Resultados orgânicos são aqueles resultados relevantes não pagos, ao passo que resultados verticais são os ofertados de acordo com filtros específicos e não genéricos.

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

rios. E não transacional pois não habilitaria transações entre os grupos distintos, ou seja, não monitoraria ou serveria de suporte a essas transações (CADE, 2019).

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

Em relação ao poder de mercado, verifica-se que o Relator considerou que o *market share* não seria a melhor ferramenta para verificar a existência de poder de mercado da Google pois as plataformas de busca não transacionam bens físicos, mas sim informação (CADE, 2019).

Nesse sentido, ressaltou que em plataformas de múltiplos lados é necessário que todos os lados detenham poder de mercado. Isso porque o lado dos anunciantes é o que permite a monetização, sendo que o lado das buscas é gratuito e gera uma externalidade indireta que afeta o valor e o lado dos anunciantes. Ou seja, quanto mais usuários do serviço gratuito de busca do google, maior o valor gerado para os anunciantes. O efeito de rede indireto teria o condão de reforçar o poder de mercado da Google. Assim, concluiu que a Google detém posição dominante no mercado de buscas gerais não só em decorrência do elevado *market share* (em torno de 90%), como também de outras características, como popularidade, que afastariam a facilidade e propensão à substitutibilidade dos serviços prestados pela plataforma.

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

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

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

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

Igualmente, uma terceira Conselheira concluiu pelo arquivamento por ausência de provas para demonstrar os efeitos anticompetitivos e para demonstrar relação de causalidade entre

as condutas da Google e os efeitos no mercado, como a diminuição do tráfego nos comparadores de preços.

4.2 FUNDAMENTOS PARA A CONDENAÇÃO DA GOOGLE POR ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

Entre os Conselheiros que proferiram votos favoráveis à condenação, uma Conselheira (CADE, 2019, p. 1-22) acolheu a delimitação de mercado relevante realizada pela SG, considerando a existência de dois mercados relevantes, um de buscas genéricas e outro de comparadores de preços. Em relação ao mercado de buscas, destacou que a concorrência entre comparadores de preço e de buscas genéricas seria limitada, ou sejam, aqueles não concorrem com estes últimos no mercado de buscas genéricas quando a pesquisa realizada não for temática. Igualmente, considerou limitada a substitutibilidade da demanda entre comparadores de preço e *marketplaces*.

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

Outro Conselheiro favorável à condenação considerou, entretanto, que a delimitação de mercado relevante é essencial à distinção entre uma vantagem lícita e uma vantagem ilícita. Isso porque uma análise somente a partir dos efeitos pode inviabilizar a identificação dessa distinção, sobretudo em se tratando de mercados com fronteiras tão tênues como os digitais. Para o Conselheiro, assim como para a Comissão na investigação de abuso de posição dominante da Google, os mercados relevantes a serem considerados seriam três: (i) mercado de busca orgânica (ou horizontal); (ii) mercado de busca temática (ou vertical); e (iii) mercado de compras online.²¹

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

O Conselheiro, a seu turno, considerou que haveria poder de mercado por três razões. Primeiramente, porque a Google processa mais de 95% das buscas orgânicas no país, de acordo com estudo elaborado pelo DEE. Em segundo lugar, pois a Google funciona como porta de entrada para outros domínios na internet. Por fim, porque a Google teria o poder de catapultar o seu próprio comparador de preços. O Conselheiro destacou, ainda, que uma das motiva-

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

ções da Google para dominar o mercado de comparadores de preço e, com isso, reduzir a concorrência, seriam não só os potenciais lucros financeiros, mas também a possibilidade de capturar informações dos usuários (CADE, 2019, p. 4).

Já um quarto Conselheiro, igualmente concluindo pela configuração de conduta anticompetitiva, abordou dois aspectos em seu voto para analisar a ilegalidade da conduta: (i) a teoria do dano; e (ii) a desnecessidade de comprovação dos efeitos para configuração de violação à ordem econômica, bastando a mera potencialidade.

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

Em relação aos efeitos da conduta, com fundamento da ilicitude *per se* ou por objeto, constatou que seria possível presumir os efeitos negativos, de sorte que a punição da conduta prescinde a análise sobre os efeitos produzidos. Além disso, entendeu que caberia à Representada comprovar que a inovação pró-competitiva compensa os efeitos exclusionários de sua conduta, bem como que a inovação na forma de apresentação de um produto não é suficiente para sopesar os potenciais efeitos negativos sobre o mercado. Concluiu, assim, pela existência de conduta anticompetitiva decorrente dos efeitos exclusionários, que podem “aumentar o custo de rivais no mercado de comparadores de preço” (p.1) e possuem potencial fechamento de mercado.

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

5. DESAFIOS À ANÁLISE CONCORRENCIAL EM MERCADOS DIGITAIS

Realizado o cotejo do caso Google trazido ao CADE e as considerações teóricas anteriores, são várias as questões que podem ser endereçadas e levam a uma reflexão sobre o ambiente competitivo digital.

De início, é possível mencionar os desafios que despontam da delimitação do mercado relevante. O mapeamento do mercado relevante é de extrema relevância à análise concorrencial, pois permite uma análise mais acurada de provável exercício de poder de mercado.

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

Considerando a ausência de delimitações claras, a dinamicidade e a interconexão dessa economia digital, questiona-se acerca da consideração ou não de todos os lados do mercado para definição do mercado relevante. Igualmente, não se pode ignorar a inadequação do TMH,²² também denominado “*Small but Significant Non-transitory Increase in Price*”(SSNIP), em mercados de “preço zero”, os quais geralmente são apenas um dos lados de um mercado de múltiplos lados e apresentam unidades de custos diversas do preço.

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

Ademais, sobre a análise de mercado relevante em mercados de múltiplos lados, parece não haver consenso se a aplicação TMH deveria considerar a estrutura do mercado de forma ampla ou se o teste deveria ser aplicado a cada lado de forma isolada. Sob a ótica da oferta de vários serviços ou produtos por uma plataforma online, ainda, mais acentuada se torna a dificuldade de aplicação do teste, tendo em vista que a interação entre os grupos distintos dificulta a definição do conjunto de produtos que irão integrar o mercado relevante e sob os quais deve ser aplicado o TMH. Essa reflexão se revela significativa sob pena de uma análise demasiadamente limitada e distante da realidade dos negócios de tecnologia ou, ainda, de análise extremamente abrangente.²³

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

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

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

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

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

Apesar disso, há que se mencionar um dos posicionamentos de uma Conselheira no caso trazido ao CADE, no sentido de que a análise concorrencial em mercados digitais deve dar mais importância à análise de efeitos e à identificação de condutas anticompetitivas. De acordo com esse entendimento, em razão da fluidez e dinamicidade dos mercados digitais, o escrutínio concorrencial seria mais eficaz se enfatizasse os efeitos da prática e à identificação de condutas anticompetitivas. Já outro Conselheiro considerou fundamental a delimitação do mercado relevante, como visto.

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

Nesse sentido, é inegável o impacto do uso de dados pelas plataformas, sobretudo em relação à criação de uma nova dinâmica competitiva que deu origem, inclusive, ao termo “*data driven economy*”, ou economia movida a dados. Não obstante, a exploração do *big data* foi pouco explorada na decisão do CADE, que optou por uma abordagem diversa, mas não necessariamente incorreta.

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

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

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

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

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

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

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

Nesse sentido, Newman (2013) destaca que o sucesso da Google parece ter correlação com o controle monopolista de dados, especialmente em razão da possibilidade de direcionamento dos produtos ofertados pelos anunciantes de acordo com os interesses do usuário, o que aumenta a probabilidade de compra do produto ofertado. Com isso, qualquer concorrente da Google teria que pagar os custos fixos de manutenção da plataforma, mas com menos usuários iniciais e com menos cliques por anúncios (e, conseqüentemente, menos anunciantes interessados da plataforma).

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

A partir o caso do Google shopping é possível perceber que a autoridade já havia começado a repensar algumas premissas. No voto de um dos Conselheiros, por exemplo, a questão dos dados foi brevemente abordada e tratada como um dos incentivos que a Google teria para tentar dominar o mercado. Nos termos do voto do Conselheiro, “[a]o direcionar o usuário para um site próprio de compra e não para um comparador (...), o Google é capaz de observar o que o consumidor faz, colher suas informações e mapear seu comportamento” (CADE, 2019, p. 4).

Outro argumento compreendido como um dos possíveis incentivos para que a Google adotasse condutas monopolistas seria a redução dos custos de transação, sobretudo em relação ao desenho contratual, relacionados à tentativa de evitar que um agente econômico concorrente pudesse representar uma ameaça. Nesse sentido, cabe destacar o voto de um Conselheiro, segundo o qual faz-se necessário um novo olhar sob teorias tradicionais do dano, tais como as teorias acerca da ambiguidade dos efeitos de condutas discriminatórias e a *essential facility*.²⁴

De acordo com o Conselheiro, a plataforma Google não seria “*indispensável*” no sentido tradicional utilizado pela teoria de *essential facilities*, mas funcionaria como uma espécie de *internet gateway*. Esse cenário aumenta ainda mais o grau de dependência de novos entrantes em mercados adjacentes ao da plataforma principal. Isso é precisamente o que se depreende da análise do caso do Google Shopping.

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

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo tinha por objetivo primordial demonstrar a correlação entre as estruturas de mercados digitais e seus impactos na prática de condutas anticompetitivas e na análise

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

concorrencial. Em um primeiro momento, verificadas as características desses mercados, foi possível perceber que deve ser uma preocupação central do antitruste a constante compreensão do mercado para uma correta manutenção de um ambiente concorrencialmente viável.

Isso é especialmente importante em mercados de estruturas de preço zero, que comportam certa racionalidade econômica. Nessas estruturas, o preço que se paga pelos serviços gratuitos são os dados dos usuários, que, mediante o processamento se transformam em informação suscetível de monetização. Igualmente importante é a compreensão de que a capacidade de exploração do *big data* pode constituir, a um só tempo, verdadeira vantagem competitiva e barreira à entrada de outras empresas.

Diante disso, muito embora as abordagens trazidas à baila nos votos do caso do Google Shopping, levado ao CADE, representem significativa evolução jurisprudencial acerca da concorrência em mercados digitais, verifica-se que ainda há muito a se explorar. Em específico, a tendência à concentração de mercados digitais e os impactos do *big data* na análise concorrencial do poder econômico dessas plataformas parecem ser elementos fulcrais na análise de concorrência no mundo digital.

REFERÊNCIAS

- AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Bundeskartellamt. *Competition Law and Data*. 2016. Disponível em: http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2. Acesso em: 2 set. 2020.
- BAGNOLI, Vicente. The big data relevant market. *Concorrenza e mercato*, [S. l.], v. 23, 2016.
- BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: The Free Press, 1978.
- BORK, Robert H.; SIDAK, J. Gregory. What Does the Chicago School Teach About Internet Search and the Antitrust Treatment of Google? *Journal of Competition Law and Economics*, [S. l.], v. 8, n. 4, p. 663-700, 2012.
- BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm#:~:text=1%C2%BA%20Esta%20Lei%20estrutura%20o,consumidores%20e%20repress%C3%A3o%20ao%20abuso Acesso em: 27 ago. 2020.
- CARR, David. How Good (or Not Evil) Is Google? *The Wall Street Journal*: [S. l.], 2009. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2009/06/22/business/media/22carr.html?pagewanted=2&r=1&ref=technology>. Acesso em: 7 set. 2020.
- CATAN, Thomas; VASCELLARO, Jessica E.; FORELLE, Charles. EU Opens Google Antitrust Inquiry. *The Wall Street Journal*, [S. l.], 2010. Disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424052748704188104575084062149453280>. Acesso em: 7 set. 2020.
- COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. *Online platforms and digital advertising: Market study final report*. [S. l.], 1 jul. 2020. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5efc57ed3a6f4023d242ed56/Final_report_1_July_2020_.pdf. Acesso em: 25 ago. 2020.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. *Cartilha do CADE*. 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/cartilha-do-cade.pdf/view>. Acesso em: 17 jun. 2020.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. *Guia de Análise para Atos de Concentração Horizontal*. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view. Acesso em: 17 ago. 2020.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA - CADE. Processo Administrativo nº. 08012.010483/2011-94. Interessados: Google Inc e

Google Brasil Internet Ltda. *Diário Oficial da União*, 2 jul. 2019. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6ZL-wydI0IhRNSr2Q22IByVKByYDYwsa13_JxqldakEIsAfM400_nlair2nInoNzF4h6tAzo-cc8tTVt. Acesso em: 19 set. 2020.

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

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

DEPARTAMENTO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO CONSUMIDOR. *Despacho nº. 299/2018*. Decisão de Aplicação de Sanção Administrativa, 18 jun. 2018. Disponível em: https://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZ-C2Mb/content/id/26176368/do1-2018-06-18-despacho-n-299-2018-26176301. Acesso em: 3 set. 2020.

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

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

EVANS, David S. Antitrust economics of free. *Competition Policy Internationa*, [S. l.], Spring, 2011.

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

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

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

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

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

GOOGLE'S Approach to Competition. Google Public Policy Blog. 8 maio 2009. Disponível em: <https://publicpolicy.googleblog.com/2009/05/googles-approach-to-competition.html>. Acesso em: 7 set. 2020.

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

INÁCIO, Gabriel Felipe Nami. *Abuso de poder econômico em mercados digitais: a decisão do CADE no caso do Google Shopping*. 2020. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2020.

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

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

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

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

- MANDRESCU, Daniel. The SSNIP Test and Zero-Pricing Strategies. *Eur. Competition & Reg. L. Rev.*, [S. I.], v. 2, p. 244, 2018.
- NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: applications. *Washington University Law Review*, [S. I.], v. 94, p. 49, 2016.
- NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, [S. I.], p. 149-206, 2015.
- NEWMAN, Nathan. The Costs of Lost Privacy: Consumer Harm and Rising Economic Inequality in the Age of Google (September 24, 2013). *William Mitchell Law Review*, [S. I.], v. 40, issue 2, 2014. Disponível em: SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2310146> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2310146>. Acesso em: 9 set. 2020.
- OCDE. Externalities. *Glossary of Statistical Terms*. 2002. Disponível em: <https://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3215>. Acesso em: 21 jun. 2020.
- OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background note by the Secretariat*. 2016. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>. Acesso em: 6 set. 2020.
- OCDE. *Exploring the Economics of Personal Data: a survey of methodologies for measuring monetary value*. 2013. Disponível em: http://edshare.soton.ac.uk/15267/3/OECD_2013.pdf Acesso em: 10 set. 2020.
- OCDE. *Policy Roundtables: Refusals to Deal*. 2007. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/43644518.pdf>. Acesso em: 10 set. 2020.
- OCDE. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>. Acesso em: 5 set. 2020.
- PRESS, Gil. 12 Big Data Definitions: What's Yours? *Forbes*, [S. I.], 3 set. 2014. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/gilpress/2014/09/03/12-big-data-definitions-whats-yours/#16fd76b113ae>. Acesso em: 2 set. 2020.
- ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Two-sided markets: a progress report. *Rand Journal of Economics*, [S. I.], v. 37, n. 3, p. 645-667, 2006.
- SEARCH Engine Market Share United States Of America. 1 ago. 2020. Gráfico. Disponível em: <https://gs.statcounter.com/search-engine-market-share/all/united-states-of-america>. Acesso em: 5 set. 2020.
- SHAMPANIER, Kristina; MAZAR, Nina; ARIELY, Dan. Zero as a special price: The true value of free products. *Marketing science*, [S. I.], v. 26, n. 6, p. 742-757, 2007.
- SHELANSKI, Howard; KNOX, Samantha; DHILLA, Arif. Network effects and efficiencies in multi-sided markets. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*, p. 189-198, 2018.
- STATISTA. *Market capitalization of the largest U.S. internet companies as of September 2019*. 2020. Disponível em: <http://https://www.statista.com/statistics/209331/largest-us-internet-companies-by-market-cap/>. Acesso em: 20 jun. 2020.
- SILVEIRA, Paula Farani de Azevedo; SANTOS, Bruno Droghetti Magalhães. Os efeitos do preço zero sobre o consumidor de plataformas digitais. In: MAIOLINO, Isabela; TIMM, Luciano Benetti. *Direito do Consumidor: novas tendências e perspectiva comparada*. Brasília: Singular, 2019. p. 159-184.
- STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*, [S. I.], set. 2019. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em: 19 ago. 2020.
- STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big Data and Competition Policy*. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/308970973_Big_Data_and_Competition_Policy. Acesso em: 19 ago. 2020.
- WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law*. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- WILLIAMSON, Oliver E. Predatory pricing: A strategic and welfare analysis. *The Yale Law Journal*, [S. I.], v. 87, n. 2, p. 284-340, 1977.

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

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

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

Dados do processo editorial

- Recebido em: 31/05/2021
- Controle preliminar e verificação de plágio: 31/05/2021
- Avaliação 1: 08/09/2021
- Avaliação 2: 22/10/2021
- Decisão editorial preliminar: 29/10/2021
- Retorno rodada de correções: 03/11/2021
- Decisão editorial/aprovado: 21/11/2021

Equipe editorial envolvida

- Editor-chefe: 1 (SHZF)
- Editor-assistente: 1 (ASR)
- Revisores: 2