



Universidade de Brasília
Faculdade de Direito – FD
Programa de Graduação em Direito

**MERCADO RELEVANTE E PODER DE MERCADO EM PLATAFORMAS
DIGITAIS DE PREÇO ZERO:**

Os desafios para a adequação de instrumentos tradicionais à economia digital

GABRIELA SILVA DE CARVALHO BRASIL GURGEL

Brasília-DF

2023

GABRIELA SILVA DE CARVALHO BRASIL GURGEL

**Mercado Relevante e Poder de Mercado em Plataformas Digitais de Preço Zero:
Os desafios para a adequação de instrumentos tradicionais à economia digital**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito pelo Programa de Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Orientadora: Professora Doutora ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO.

Brasília-DF

2023

BANCA EXAMINADORA

Professora Doutora **ANA DE OLIVEIRA FRAZÃO**
Orientadora

Professora Doutora **AMANDA ATHAYDE LINHARES MARTINS RIVERA**
Examinadora

Professora Doutora **LILIAN MANOELA MONTEIRO CINTRA DE MELO**
Examinadora

Brasília

2023

Gurgel, Gabriela Silva de C. B.

Mercado Relevante e Poder de Mercado em Plataformas Digitais: os desafios para a adequação de instrumentos tradicionais à economia digital/ Gabriela Silva de Carvalho Brasil Gurgel; orientador(a) Ana de Oliveira Frazão– Brasília, 2023.

90 f.: il. color.

Monografia (Graduação – Direito) – Universidade de Brasília, 2023.

1. Direito da Concorrência. 2. mercado relevante. 3. plataformas digitais. 4. poder de mercado. I. FRAZÃO, Ana de Oliveira, orient. II. Título.

AGRADECIMENTOS

Gostaria de agradecer, primeiramente, à professora Ana Frazão por ter gentilmente aceitado me orientar na elaboração desse trabalho tão significativo para minha jornada acadêmica, foi uma oportunidade de aprendizado sem igual!

Também não poderia deixar de agradecer à Amanda Athayde e Lilian Cintra de Melo, que aceitaram o convite para participar da minha Banca Examinadora. Era um grande objetivo, desde o começo da graduação, ter uma banca composta apenas por mulheres. Acredito que aprender essa matéria a partir de mentes femininas tão inspiradoras foi o fator mais decisivo para o meu interesse crescente no Direito Antitruste.

Dedico esse trabalho aos meus pais, Glenny e Renata, que sempre me incentivaram a correr atrás dos meus sonhos através dos estudos. Estar encerrando minha graduação cursada em uma universidade pública é o resultado de todo sacrifício e dedicação deles! Dedico esse trabalho, também, aos meus avós, tias e tios que sempre me apoiaram, mesmo de longe.

Aos meus amigos de antes da faculdade, que se fizeram presentes apesar da distância: Julia, Ítalo, Isaac, Cecilia, Raísla, Thayse e Clarice. E, aos amigos que fiz nessa aventura pelo Planalto Central, que deixaram o cotidiano mais leve e menos solitário: Marcos, Guilherme, Samuel e Jezebel. A amizade e carinho de vocês estão presentes nesse trabalho!

A UnB era um sonho distante 5 anos atrás no interior da Paraíba. Depois de tanto me deslumbrar, ensinar e proporcionar, agora, é uma parte indissociável de mim!

“Pela maior parte da História, 'anônimo' foi uma mulher”

(Virginia Woolf)

RESUMO

Essa monografia de final de curso se propõe a estudar os desafios enfrentados pelo Direito Antitruste ao lidar com economias digitais. Diante das características inovadoras das plataformas digitais – especialmente daquelas que contam com estratégia de preço zero - os instrumentos tradicionais do antitruste aparentam não serem mais compatíveis com uma análise concorrencial satisfatória. Por muito tempo, esses agentes ficaram à margem da regulação por suas supostas eficiências preponderantes decorrentes da gratuidade dos serviços ofertados. Nesse contexto, foram analisados, em especial, os institutos do mercado relevante e do poder de mercado e como suas metodologias foram designadas para mercados orientados pela existência de um preço positivo, o qual seria capaz de determinar o bem-estar dos consumidores. Ademais, foi feito um estudo comparativo entre as jurisdições nacional e internacionais para verificar, empiricamente, se, e quais, adaptações metodológicas já estão sendo praticadas pelas autoridades concorrenciais. Concluiu-se que, além de ser necessária a priorização da proteção do processo competitivo em si, é cediço que uma análise concorrencial fidedigna não deve se prender à rigidez dos institutos tradicionais, que representam tentativas imperfeitas de mensurar poder econômico, devendo-se adaptar às novas realidades.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Plataformas Digitais. Mercados de Preço Zero. Mercado Relevante. Poder de Mercado.

ABSTRACT

This paper aims to study the challenges faced by Competition Law when dealing with the digital economy. The innovative features of digital platforms – especially those that offer zero price service - reveal that the traditional methods are no longer compatible with a satisfactory assessment. For the last decades, these agents were out of the scope of the regulatory agencies due to their assumed efficiencies from the zero-price strategy. Thus, in this context, the relevant market and the market power institutes were analyzed closely to demonstrate how their methods were designed to fit only those markets that present a positive price. Besides, a comparative study was carried out to verify, empirically, if, and how, the national and international authorities are adapting to this new reality. The conclusion was that, beyond the need to prioritize the protection of the competitive process over the consumer's welfare, it is necessary to let go, when needed, of certain methods that represent nothing but an imperfect attempt to measure economic power, to be able to adapt to this new dynamic reality.

Keywords: Competition Law. Digital Platforms. Zero Price Markets. Relevant Market. Market Power.

LISTA DE GRÁFICOS, FIGURAS E ILUSTRAÇÕES

Gráfico 1 – O ponto de inflexão conforme Impacto x Ação.....	31
Ilustração 1 - Abordagem aos Dados em uma Análise Antitruste.....	41
Ilustração 2 – Panorama das Aquisições Bilionárias das <i>Big Techs</i>	47
Ilustração 3 – Ecossistema Meta e Oculus	57
Figura 1 - Análise de dominância nos mercados afetados pela operação Google/Fitbit	60

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	5
2. O ANTITRUSTE E AS PLATAFORMAS DIGITAIS	7
2.1. Das plataformas digitais	7
2.2. Plataformas de Preço-Zero	10
2.3. Breves considerações sobre a evolução da teoria antitruste	12
2.3.1. Possíveis metodologias para análise de mercados de preço zero	15
2.4. O Mercado Relevante	17
2.4.1. Definições e princípios	17
2.4.2. Metodologia tradicional	19
i. dimensão produto	19
ii. dimensão geográfica	20
2.5. Relação entre Plataformas Digitais e a delimitação de Mercado Relevante	21
3. DESAFIOS PARA A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE E AFERIÇÃO DE PODER DE MERCADO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS QUE CONTAM COM ESTRATÉGIA DE PREÇO ZERO	23
3.1. O impasse do <i>market share</i>	23
3.2. O teste SSNIP	24
3.3. Da Dinamicidade dos Mercados Digitais	25
3.4. A multiplicidade de lados	27
3.5. Efeitos de Rede, <i>Feedback Loops</i> , <i>Tipping Effect</i>	29
3.6. Ecossistemas digitais, o <i>multihoming</i> , e os custos de troca	33
3.7. Dados	37
3.7.1. Os dados como o custo das plataformas de preço zero	37
3.7.2. Os dados como contribuinte de poder de mercado	39
3.8. Questões tangenciais ao mercado relevante e poder de mercado	43
3.8.1. Gatekeepers	43
3.8.2. Cláusulas de <i>Most Favorable Nation</i> (“MFN”)	45
4. ANÁLISE DA ABORDAGEM INTERNACIONAL E NACIONAL SOBRE PODER DE MERCADO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS QUE UTILIZAM ESTRATÉGIA DE PREÇO ZERO	48
4.1. Análise das posições da Comissão Europeia e demais autoridades europeias	49
4.1.1. Caso AT.39740 – Google Search (Shopping)	50
4.1.2. Caso AT.40099 - Google Android	53

4.1.3.	Caso B6-22/16 - Uso indevido de dados pelo Facebook	54
4.1.4.	Caso A529 - JuicePass/Google	55
4.1.5.	Caso 19/0030 F - Google DoubleClick	56
4.1.6.	Decisão do CMA sobre a Aquisição da Giphy pelo Facebook	57
4.1.7.	Caso B6-55/20 - Facebook/Oculus	58
4.1.8.	Caso M.9660 - Google/Fitbit	59
4.1.9.	Casos AT.40703 e AT. 40462 - Amazon Buy Box e Amazon Marketplace	62
4.1.10.	Caso M.10262 – Meta/Kustomer	63
4.2.	Análise das posições das autoridades concorrenciais norte-americanas	65
4.2.1.	Ação Civil nº 20-3589 - Facebook	67
4.2.2.	Caso 1:21-md-03010-PKC - Google Digital Advertising	68
4.2.3.	Caso 4:20-cv-05640-YGR - Epic Games vs. Apple	69
4.3.	Análise da posição da autoridade brasileira de concorrência - CADE	70
4.3.1.	Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda / Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda)	71
4.3.2.	Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03 (E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda / Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda)	72
4.3.3.	Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19 (Cade Ex Officio / Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda)	73
4.3.4.	Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47 (Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda. e Associação Brasileira de Bares e Restaurantes – ABRASEL / iFood.com Agência de Restaurantes Online S. A.)	73
4.3.5.	Ato de Concentração nº 08012.006188/2011-33 (Microsoft Corporation, Skype Global S.A.R.L.	74
5.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	76
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	79

1. INTRODUÇÃO

A digitalização da economia revolucionou o modo de vida e de consumo da sociedade. No centro dessa nova ordem econômica, encontram-se as plataformas digitais, que desafiaram os modelos regulatórios já existentes. Para Tim Wu, o verdadeiro negócio de muitas dessas plataformas digitais é, na verdade, o de influenciar consciências, por meio de uma disputa pela atenção e pelo tempo das pessoas (2016, p.3), algo completamente fora do escopo das teorias antitruste tradicionais.

Os desafios que surgiram com as plataformas digitais impactam diretamente o antitruste, por implicarem no modo que o poder econômico passou a se comportar. Como será demonstrado neste trabalho, o primeiro desafio é o convencimento da necessidade da regulação concorrencial sobre esses agentes, já que, por muitos anos, as *Big Techs* ficaram imunes aos órgãos de controle, pelo seu caráter disruptivo, ausência de preço positivo, e supostas eficiências ao consumidor.

As novas correntes teóricas do antitruste começaram a endereçar que a análise concorrencial relacionada unicamente à redução de preços, ao desconsiderar a estrutura do mercado e do processo competitivo que dá origem ao poder econômico, restringe a intervenção ao momento em que uma empresa já adquiriu domínio suficiente para distorcer a concorrência (KHAN, 2017, p. 738).

No âmbito das concentrações econômicas, os desafios incluem, também, a avaliação das características das transações entre agentes atuantes no mercado digital, que demandam uma expertise técnica; e a necessidade de alteração dos critérios para notificação destas operações pelas autoridades concorrenciais. Os critérios se mostraram insuficientes ao observarmos que, entre 2009 e 2019, segundo a CB Insights, o Google, enquanto mantinha seu monopólio, adquiriu ou se fundiu com mais de 250 empresas¹.

No que concerne à repressão de condutas anticompetitivas nesses mercados, percebe-se que os métodos tradicionais de análise revelam certa obsolescência em face do dinamismo da era digital, pois é necessário considerar a exploração de *big data*, a possibilidade de *multihoming*, os efeitos cruzados entre os múltiplos lados da plataforma, e adequar, cuidadosamente, a análise de substitutibilidade diante do mercado em questão.

Entre essas metodologias, a definição de mercado relevante é um dos principais desafios para a análise antitruste em mercados digitais, uma vez que a substituíbilidade e a

¹ Disponível em: <https://www.cbinsights.com/research/google-biggest-acquisitions-infographic/>. Acesso em 17 de jan. de 2023.

diferença de preços assumem papéis secundários, sendo outros fatores mais decisivos para a escolha do consumidor, como a qualidade e diferenciação do produto.

Desse modo, o presente trabalho buscou responder à questão de se “o mercado relevante e poder de mercado ainda são instrumentos adequados para análises envolvendo plataformas digitais de preço zero?”. O objetivo da pesquisa foi, assim, esclarecer os novos conceitos que entraram em jogo, que correspondem às características das plataformas digitais, e explorá-los diante dos métodos tradicionais de análise antitruste.

A pesquisa conta com três partes. No primeiro capítulo, é tratado do conceito de plataformas digitais e como funcionam aquelas que utilizam de estratégia de preço zero. Em seguida, é realizado um breve histórico de como foram estabelecidos os métodos tradicionais de análise antitruste e o que estes representam, e porque estes seriam incompatíveis com a realidade vivida na economia digital. Ademais, ainda nesse capítulo, explica-se qual a relevância de uma delimitação de mercado relevante precisa e de uma aferição eficiente de existência de poder de mercado no exame concorrencial tradicional.

Na segunda parte, o foco é demonstrar quais são os desafios para a delimitação do mercado relevante e do poder de mercado nas plataformas digitais que contam com estratégia de preço zero, e porque essas incompatibilidades acabam por prejudicar a análise antitruste. Destaca-se que, no tocante aos dados pessoais, ponto de destaque da segunda parte do trabalho, não serão estudadas questões relacionadas à privacidade, focando somente nos aspectos concorrenciais do uso de dados em mercados digitais.

Por fim, no capítulo 4, busca-se traçar um panorama geral de como, na prática, o tema está sendo abordado e decidido. Foram analisadas tanto as propostas regulatórias das autoridades antitruste, quanto os casos já decididos por elas que envolvem algum agente que é uma plataforma digital que se utiliza da estratégia de preço zero. Logo, existe um estudo comparativo entre as posições assumidas em cada jurisdição sobre a questão.

Não foi o objetivo do trabalho lidar com todas as investigações e operações já analisadas pelas autoridades antitrustes, mas destacar algumas que trazem discussões interessantes sobre poder de mercado nos mercados digitais. A pesquisa, também, não busca propor uma solução definitiva ao problema do mercado relevante, mas fazer um estudo elucidativo, comparativo e crítico, sobre as incompatibilidades desse instituto com a realidade que se impõe. A pretensão, portanto, é de apontar como esses institutos tradicionais são tentativas parciais imperfeitas de mensurar algo que, como o poder econômico, é uma questão essencialmente de fato e de natureza dinâmica.

2. O ANTITRUSTE E AS PLATAFORMAS DIGITAIS

Neste primeiro momento, pretende-se explorar e delimitar os aspectos das plataformas digitais, enquanto fenômeno da modernidade que transformou as relações de consumo da sociedade (seção 2.1). Em seguida, parte-se para a análise das plataformas de preço zero, (seção 2.2) e para a contextualização das correntes antitruste que orientam a análise atualmente realizada pelas autoridades, e como essas falharam (seção 2.3). Por fim, destacar-se-á a relevância da definição de mercado relevante no processo cognitivo antitruste, para apresentar como a definição do mercado relevante em plataformas de preço zero é uma combinação repleta de incompatibilidades (seção 2.4).

2.1. Das plataformas digitais

Inicialmente, importante ressaltar que o próprio conceito de “plataforma” é rico peculiaridades que valem ser observadas sob a lente antitruste, inclusive, sua definição sequer possui consenso entre os pesquisadores. Ainda que sem consenso, é certo afirmar que as plataformas digitais representam um modelo de negócio que permite conexão entre produtores e consumidores, implicando em um mercado de múltiplos lados. Ou seja, uma plataforma digital possui, pelo menos, um lado em que disponibiliza produtos para consumidores/compradores, e outro lado em que busca atrair produtores e fornecedores dos produtos que pretende disponibilizar. Nesse sentido, a plataforma atua, de modo geral, como um intermediador dos lados do mercado.

Diante disso, Evans e Schmalensee descrevem o conceito econômico de mercado de múltiplos lados como um sistema negocial baseado na união de diferentes tipos de usuários e na facilitação de suas interações (2013, p. 1), assumindo as plataformas digitais o papel de catalisadores da interação dos vários agentes que nelas se fazem presentes, fenômeno que permite a redução de custos de transação (FONSECA, 2022, p. 30).

Apesar das plataformas não serem um modelo novo de negócios, elas atingiram escala e escopo inéditos a partir da digitalização da economia² (OCDE, 2018, p. 3), por exemplo, supermercados atuam como intermediadores de produtores de alimentos e consumidores.

Esse modelo rapidamente ganhou espaço nos mercados digitais e se diversificou. O relatório da OCDE de 2018 demonstra os diferentes tipos de plataforma. Uma das principais classificações diz respeito à diferença entre as plataformas que permitem a ocorrência de transações e aquelas que não. Dentre as que permitem transações, o momento em que elas

² Originalmente: “*Platforms are not a new business model, but rather an old one that has been rejuvenated by the sheer scale and scope of the participants in digital economy*”.

ocorrem também gera uma classificação (se cobrança de preço for pelo uso de um lado adicional da plataforma, ou se for por um uso mais pleno do lado já utilizado, como nas modalidades “*premium*”). Já dentre as plataformas que não admitem transações, estas podem ser de “*matching*” ou de “*audience providing*” (OCDE, 2018, p.10).

Nos mercados de “*matching*”, a plataforma vende a oportunidade de se encontrar um “*match*”, mas não de transacionar, como nos aplicativos de namoro e nas redes sociais, que podem ser remunerados via anúncios publicitários ou via taxas de assinatura (OCDE, 2018, p. 12-13). Já as plataformas de “*audience providing*”, ou fornecedoras de audiência, são determinadas por fornecerem para um grupo de usuários, por exemplo anunciantes, a audiência ou atenção de outro grupo de usuários, por exemplo, leitores. Embora possa haver um certo processo de correspondência envolvido, o efeito de rede indireto característico dessas plataformas é unidirecional, beneficiando os anunciantes (OCDE, 2018, p. 58).

Outra característica inerente aos mercados de plataformas digitais são os efeitos de rede, conhecidos como *network externalities*. Em grosso modo, os efeitos de rede, que serão melhor explorados no capítulo seguinte, referem-se ao aumento de utilidade de uma plataforma conforme seu número de usuários aumenta, instalando-se uma retroalimentação no mercado que contribui para um rápido crescimento da plataforma.

A partir disso, em relatório sobre mercados digitais, a Comissão Europeia defende que não é suficiente para um novo entrante oferecer melhor qualidade e/ou preço mais baixo do que os *players* já atuantes, também é necessário convencer os utilizadores dos demais *players* a coordenar, juntos, a migração para os seus próprios serviços, pois o serviço só ganha valor para o usuário se já estiver sendo utilizado por uma gama expressiva de pessoas. Os efeitos de rede são, portanto, capazes de impedir que uma plataforma superior substitua uma plataforma já estabelecida com número elevado de utilizadores³.

E esse fator, lucrativo para a plataforma, pode se tornar um cenário de *lock-in* para os consumidores, já que, para se beneficiar dos efeitos de uma rede já consolidada, os usuários precisam se manter em plataformas nas quais também estão os demais usuários com quem costumam interagir, fenômeno observado no uso das redes sociais (Twitter, TikTok, Facebook)⁴. É por isso que os efeitos de rede são tão importantes para a compreensão do

³ Competition Policy for the Digital Era. Europe Union, 2019, p.2. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 3 de dez. de 2022.

⁴ BAETA, Clara Barbosa. Plataformas Digitais de Preço Zero e seus Desafios à Análise Antitruste apud. SILVA, Leandro Novaes; TEIXEIRA, Luiz Felips Drummond. Mercados Digitais - O livro da disciplina. Belo Horizonte. Editora Expert, 2022, p.78.

funcionamento das plataformas digitais, por implantarem essa permanência de usuários em massa, mesmo que não ofereçam as melhores condições.

Mais uma característica singular das plataformas digitais, e incompatível com os modelos tradicionais, é a economia de escala. De acordo com o relatório da Comissão Europeia (2019. p. 20), o custo de produção é muito menor do que o número de clientes atendidos. Enquanto esse fato se reproduz em economias tradicionais, já que grandes fábricas costumam ser mais eficientes do que menores, o mundo digital leva esse fenômeno ao extremo, já que, uma vez estabelecido o canal, as informações podem ser transmitidas a um grande número de pessoas a um custo muito baixo. Em 30 de setembro de 2018, o Facebook, por exemplo, possuía 1 empregado para cada 65.000 usuários mensais⁵.

Portanto, uma vez que o efeito de rede faz com que a plataforma esteja sempre procurando e atraindo mais usuários, e os mantendo lá, a economia de escala faz com que isso não implique em um aumento proporcional em mão de obra ou inovação tecnológica, já que as plataformas costumam ser capazes de absorver um número crescente de usuários, visto os baixos custos marginais para tal.

Por fim, o escopo global das plataformas representa mais uma ruptura destas em relação aos mercados tradicionais, já que não são mais verificadas barreiras geográficas no ambiente virtual, via de regra, e elas podem ser utilizadas por usuários em qualquer lugar do mundo com acesso à internet.

São exatamente essas características que definem uma plataforma, ante uma ausência de definição propriamente dita. Katz e Sallet afirmam que, diante dessa ausência de consenso sobre uma única definição universal de plataforma, uma boa abordagem para fins antitruste é defini-la como a empresa que (i) atua como facilitador da interação de dois ou mais grupos de usuários, (ii) tem poder de mercado e pode definir preços distintos a cada lado, e (iii) conta com efeitos de rede ocorrendo em ao menos uma direção (KATZ, SALLET, 2018. p. 2150).

Portanto, ainda que não seja observada, nos relatórios de autoridades internacionais e dentre os doutrinadores da matéria, uma convergência sobre a definição de plataformas digitais, todos esses fatores únicos mencionados (múltiplos lados, efeitos de rede, economia de escala, abrangência global) contribuem para o consenso de que essas são distintas de mercados tradicionais, e, conseqüentemente, os usuais instrumentos de análise antitruste devem ser repensado, ou pelo menos adequados, para compreender essa nova realidade.

⁵ Disponível em: <<https://newsroom.fb.com/company-info/>>. Acesso em 18 de jan. de 2023.

2.2. Plataformas de Preço-Zero

Nesta seção, será demonstrado, então, como, a partir das características únicas das plataformas digitais, as que utilizam de estratégia de preço-zero, também conhecidas como *zero-price markets*, aparecem como agentes de relevância para o antitruste, mostrando-se paradigmáticos em uma busca por novos parâmetros de análise econômica.

Com a digitalização da economia e a criação de plataformas digitais, surgem as chamadas plataformas de preço zero. Esses agentes advêm do fenômeno da maior parte das plataformas digitais não cobrarem, monetariamente, pela entrada do consumidor em sua plataforma, sendo de livre acesso ao usuário em pelo menos um de seus múltiplos lados.

Contudo, essa denominação, “preço zero”, vem, muitas vezes, entre aspas, porque (i) é apenas o custo monetário que é zero; (ii) só não há preço em um/alguns dos múltiplos lados da plataforma; e (iii) existem outros custos em jogo mesmo nesses lados, como o de atenção e de dados dos usuários, adquiridos com o simples acesso, ou seja, não dependem da efetivação de alguma transação na plataforma.

Newman destaca que, ainda que esses mercados já existissem, como programas de rádio, televisão aberta, jornais distribuídos em semáforos e listas telefônicas, eles assumem um protagonismo na economia digital: sejam esses agentes de conteúdo criativo, software, funções de pesquisa, plataformas de mídia social, aplicativos móveis, reservas de viagens, sistemas de mapeamento e uma variedade de outros bens e serviços, o fato é que, agora, eles são amplamente acessíveis “de graça”, por via de plataforma digital (NEWMAN, 2015, p. 150). Como demonstração da força dessas plataformas, observa-se que, em 2022, quatro das cinco maiores empresas globais fornecem produtos e serviços de preço zero em mercados digitais⁶, sendo esses Apple, Microsoft, Google (Alphabet Inc.) e Amazon.

Logo, fica ainda mais claro que esse preço zero não é uma “caridade”, mas que possui uma grande racionalidade econômica por trás de sua execução, tendo em vista os resultados tão expressivos de empresas pioneiras nessa tecnologia. Essa racionalidade, segundo Newman, parte do pressuposto que, a longo prazo, os lucros serão obtidos de alguma maneira que não envolve a comercialização de tais produtos⁷ (NEWMAN, 2015, p. 154).

Nesse sentido, as formas mais comuns de organização desse racional podem ser classificadas em três modelos de negócio: (i) bens complementares, (ii) plataformas de dois

⁶ Apple, Microsoft, Saudi Arabian Oil, Alphabet e Amazon. PriceWaterhouseCoopers. *Global Top 100 companies by market capitalisation: May 2022 update*. 2018. Disponível em: <<https://www.pwc.com/gx/en/audit-services/publications/top100/pwc-global-top-100-companies-by-market-capitalisation-2022.pdf>> Acesso em: 9 de dez. de 2022.

⁷ No original em inglês: “To profitably offer products at a price of \$0 in the long term, a rational firm must intend to turn a profit in some manner not involving those products” (NEWMAN, 2015, p. 154).

ou múltiplos lados e (iii) versões premium ou profissionais dos produtos gratuitos (BELIZARIO, LORENZETTI *apud*. PEREIRA SILVA 2020, p. 153).

No primeiro, temos que o produto é de acesso gratuito, mas é complementar com um produto que exige contraprestação pecuniária, este oferecido pela mesma empresa, como no caso de uma plataforma de e-mails (gratuita) que oferece serviço de armazenagem na nuvem (pago). Nesse caso, o grau de complementaridade desses produtos vai impactar os resultados obtidos pela empresa. Por exemplo, se o produto gratuito conseguir ser plenamente utilizado sem provocar o consumidor a comprar o produto pago, ou se outras empresas oferecerem o produto pago que seja compatível com o seu produto gratuito, os retornos financeiros da empresa não serão satisfatórios.

No caso das plataformas de dois ou múltiplos lados, como já introduzido neste trabalho, apenas um/alguns dos lados serão de preço zero, e esse são compensados pelos lados pagos. A exemplo temos o iFood: seu lado gratuito é o que o consumidor acessa (download), e esse é compensado pelos lados pagos - os restaurantes e estabelecimentos que oferecem seus produtos no iFood precisam pagar taxas para permanecer lá.

Nesse âmbito, Rochet e Tirole (2006, p. 665), problematizam a definição e defendem que é necessário que o volume de transações entre os lados dependa da estrutura pela qual cada lado é monetizado – e não apenas da taxa total cobrada pela intermediação. Ou seja, a plataforma de preço zero tem que, estruturalmente, aproximar consumidores de vendedores, sendo essa relação mais determinante para a racionalidade do mercado do que as taxas cobradas por ela. Em outras palavras, a estrutura de preços importa e deve comportar os interesses de ambos os lados.

Portanto, em mercados de múltiplos lados, a intermediação da plataforma é responsável por ditar a dinâmica competitiva e a estrutura de incentivos aos quais estão submetidos os agentes.

O terceiro modelo de negócio, versão *premium* ou *pro*, é aquele no qual o produto gratuito é mais limitado e oferece menos funcionalidade, com o intuito de levar o consumidor a pagar pela versão premium, que apresenta mais vantagens. É o caso de serviços de *streaming*, como o Spotify: na versão gratuita, existem anúncios e não é possível escolher a ordem das músicas ou sequer baixá-las em seu aparelho; já na versão paga, não existem anúncios e é dado controle completo para o usuário navegar pelas músicas e podcasts da plataforma, podendo baixá-los do modo que desejar.

Portanto, nos três modelos, ainda que um serviço seja classificado como preço zero/gratuito, seu retorno ainda é positivo se o agente conseguir se beneficiar de

externalidades de rede positivas. Por isso, a partir desse momento, ao invés de denominá-las como plataformas de preço zero ou *zero-price markets*, será adotada a nomenclatura “Plataformas Digitais com Estratégia de Preço Zero”: primeiro, porque, na maior parte dos casos, a plataforma não é preço zero em sua totalidade; e, segundo, porque não se trata de uma caridade, se trata de uma política, e o termo “preço zero” não representa que os usuários não estão dando nada em troca do serviço utilizado. Ainda, essa denominação é importante para já sinalizar que esses agentes não devem escapar do escrutínio antitruste.

Qualquer que seja o objetivo principal da plataforma eletrônica, o fato é que ela tem como negócio subjacente a coleta e análise dos dados dos seus usuários, seja para utilizá-los em seu próprio favor, retroalimentando o seu sistema, seja para negociá-los com outros parceiros comerciais (FRAZÃO, 2018). E todas elas, segundo a autora, possuem poderes de conexão (*gatekeeper*), alavancagem (*leveraging*), extração e exploração de dados pessoais, comunicação, influência, manipulação, entre outros (FRAZÃO, 2019).

Todavia, o fato é que essa característica comum, de haver uma gratuidade em pelo menos um de seus lados, contraria, diretamente, o fator que orienta a análise antitruste tradicional - o preço, fazendo com que os mercados de preço zero sejam agentes interessantes e intrigantes para o Direito Antitruste, e abrem margem para questionamentos se seria o caso dessas teorias serem substituídas.

2.3. Breves considerações sobre a evolução da teoria antitruste

Para considerar as novas metodologias que se propõe a analisar os mercados de preço zero, cabe aqui uma rápida digressão sobre a teoria antitruste que conduziu as decisões concorrenciais ao longo das décadas, e como essa sempre foi guiada pela concepção de cada escola doutrinária do que deveria ser a maior preocupação do antitruste: a concentração de mercados ou o bem-estar do consumidor.

No século XIX, em meio ao desenvolvimento do capitalismo moderno, concentrações econômicas foram assumindo proporções inéditas, e sua potencialidade de causar distorções no funcionamento do mercado passou a ser observada de perto por estudiosos. Nesse contexto, a legislação antitruste moderna, pode-se dizer, é uma invenção norte-americana, uma vez que se adota a criação do *Sherman Act*, de 1890, como pontapé inicial das discussões sobre problemas jurídicos relacionados à disciplina do poder econômico (FORGIONI, 2014, p.65).

Com uma efervescência teórica, observou-se vários movimentos doutrinários, que na época eram concentrados nos Estados Unidos, como a Escola de Harvard dos anos 50, a qual

se baseava na Estrutura-Conduto-Desempenho (E-C-D), teoria que pressupunha que mercados monopolizados eram marcados por bloqueios à entrada e permitiam abusos de poder por esses agentes. Logo, as políticas antitruste elaboradas a partir desta abordagem se preocupavam, sobretudo, com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada (GAMA, 2005, p. 7).

Contudo, essa teoria foi combatida poucas décadas depois. Nos anos 70, os teóricos da Escola de Chicago invertem a lógica estruturalista até então utilizada, na medida em que defendem que a concentração não representaria, necessariamente, uma preocupação para a concorrência se estivesse garantindo eficiência econômica. São nesses termos que Bork inaugura o paradoxo do antitruste, no qual ele criticava a política antitruste, que deveria proteger o mercado, mas estava o prejudicando através de uma intervenção excessiva que também não beneficiaria o consumidor (BORK, 1978).

Um dos principais efeitos dessa mudança do paradigma de “preocupação com concentrações e abuso de poder econômico” para “bem-estar do consumidor e eficiência econômica” foi o estabelecimento da variante preço como métrica dominante para avaliar a concorrência (KHAN, 2017, p. 720).

Portanto, a teoria tradicionalmente referenciada no antitruste, demasiadamente influenciada pelos estudiosos da Escola de Chicago, estabeleceu o bem-estar do consumidor como fator primordial da análise antitruste⁸, e esse alcançado a partir da eficiência econômica, concretizada pela definição do menor preço possível ao consumidor. Assim, de acordo com Richard Posner, um de seus pioneiros, a Escola de Chicago tem como seu ponto básico que: “a lente adequada para enxergar os problemas do antitruste é a teoria do preço” (POSNER, 1979, p. 932).

Essa narrativa que passou a ser defendida pela Escola de Chicago, especialmente a partir da obra de Bork, de que o único objetivo do Direito Antitruste seria o bem-estar do consumidor, é evidentemente reducionista e se descola por completo dos próprios propósitos do Direito da Concorrência, já que culmina na concentração econômica e diminuição da efetiva concorrência.

Desse modo, esse modelo permitiu o surgimento de diversos impérios de concentração econômica, e os mercados digitais evidenciaram ainda mais suas falhas. Isso porque não é cabível uma análise puramente de preço quando o serviço prestado não envolve uma

⁸ “*The only goal that should guide interpretation of the antitrust laws is the welfare of consumers.*” (BORK, 1978.)

transação monetária, mas, muitas vezes, uma transação de dados, de atenção, e de outras variáveis que são priorizadas no mundo moderno para obtenção de lucro.

Além disso, por essas empresas não atuarem somente com base em transações monetárias, o faturamento anual e o *market share* dessas plataformas digitais com estratégia de preço zero não são capazes de refletir e medir, rigorosamente, a potencialidade de efeitos do agente em questão. Institutos consagrados pela teoria mais clássica e tradicional tornam-se obsoletos.

Os críticos convergem que a origem histórica da Escola de Chicago foi no contexto de reescrever o antitruste para eliminar os movimentos contra a concentração, domínio de poder econômico e acúmulo de poder político que ganhavam espaço nas décadas de 60 e 70 (FONSECA, 2022, p. 63).

Dessa forma, o que interessa para a presente pesquisa é demonstrar como as plataformas digitais com estratégia de preço zero se apresentam como incógnitas para o pensamento antitruste por suas características inovadoras. Essa inquietação é tanta que se percebe, a todo momento, o surgimento de novas correntes doutrinárias, que buscam a melhor solução para analisar eficientemente esses mercados, como os neo-brandesianos.

Os neo-brandesianos⁹ defendem uma aplicação mais rigorosa do antitruste para endereçar uma série de questões decorrentes da concentração e da falta de competição nos mercados. Dentre os problemas que os neo-brandesianos relacionam com a falta de competição estão a influência política das corporações e a desigualdade de renda (PENTAGNA, 2019, p. 5). Nesse sentido, essa corrente sugere uma completa mudança dos paradigmas utilizados para análise antitruste quando se tratando de mercados digitalizados.

Contudo, essa visão sofreu diversas críticas, como a de que seus estudiosos ignoravam teorias econômicas bem estabelecidas ao realizarem suas conclusões, além de serem alvo de grandes preocupações acerca da possível insegurança jurídica que se instauraria, já que estaria se propondo uma completa mudança de marco teórico para mercados extremamente recentes.

Essas críticas demonstram as dificuldades na superação do mainstream da Escola de Chicago, tanto pelo temor da substituição de metodologia rigorosa e transparente por um “mal definido conjunto de objetivos sociais”, quanto pela persistente desconfiança em relação ao Estado, de forma que seria melhor enfrentar as falhas de mercado do que as falhas estatais.

No entanto, Frazão destaca que as críticas não repelem propriamente o diagnóstico de que o velho Direito Antitruste já não dá mais conta do recado, apenas insistem no fato de que

⁹ O termo neo-brandeisiano refere-se ao jurista norte-americano Louis Brandeis, que foi um dos principais influenciadores do antitruste em seus primeiros anos.

ele ainda é melhor do que correr o risco de modificações que podem não resolver os problemas e ainda causar mais distorções e inseguranças. As novas posturas muitas vezes querem apenas mostrar que o Antitruste é também direito e, por essa razão, as metodologias econômicas precisam ser compatíveis com a racionalidade jurídica (FRAZÃO, 2020).

Por isso, ante a evidente falha da Escola de Chicago em promover uma concorrência efetiva, é necessário alterar o parâmetro que guia a análise antitruste. Nesse sentido, Steinbaum e Stucke propõem uma nova visão do Antitruste, a qual é compartilhada por este trabalho, que leve em consideração (i) a proteção dos indivíduos, compradores, consumidores, produtores e empregados; (ii) a preservação de oportunidades para competidores, a fim de que os agentes possam acessar os mercados sem coerção, interferências indevidas, exclusões ou discriminações por parte dos agentes mais fortes; (iii) a promoção da autonomia individual e do bem estar, o que pressupõe a proteção das liberdades individuais e da livre empresa; e (iv) a dispersão do poder privado, uma vez que o poder econômico normalmente se traduz em poder político (STEINBAUM, STUCKE, 2020).

Sendo assim, o objetivo principal do antitruste deixaria de ser o bem-estar do consumidor e passaria a ser a proteção do processo competitivo em si, o qual, para Tim Wu, dialoga diretamente com os compromissos originários do Direito Antitruste com a antimonopolização e com a descentralização do poder econômico. Ainda, o critério da tutela da competição seria mais fácil, seguro e estável do que o proposto do Chicago, pois a proteção do processo se limita a eliminar abusos, distorções e subversões, condutas cujo diagnóstico costuma ser mais óbvio do que saber se haverá ou não a maximização do bem-estar do consumidor (WU, 2018).

A conclusão dessa seção é, portanto, que a digitalização dos mercados impôs uma nova realidade para a análise antitruste, e que as características não monetárias e desviantes dos critérios clássicos de faturamento e poder de mercado das plataformas digitais com estratégia de preço zero causaram uma efervescência doutrinária sobre qual seria a solução regulatória para essas novas “armadilhas” do mercado - e, ainda que não haja resposta sobre qual doutrina seguir, é possível perceber que até as mais conservadoras concordam que a atual doutrina precisa ser modificada para ser suficiente para os novos desafios.

2.3.1. Possíveis metodologias para análise de mercados de preço zero

Diante da dificuldade de aplicação das teorias tradicionais aos mercados digitais, parte-se para a análise de possíveis metodologias aptas a oferecerem soluções a esses problemas, oferecidas pelas correntes supramencionadas.

A análise de modelos de negócio de preço zero, seja este de bens complementares, de mercados de diversos lados ou da oferta de produtos premium, deve levar em consideração todas as variáveis envolvidas (principalmente aquelas não relacionadas a preços). Dessa forma, uma das formas de se analisar concorrencialmente essas plataformas é pela métrica “preço ajustado pela qualidade”.

Segundo relatório da OCDE (2018b), embora a análise qualitativa não seja exclusiva a mercados de preço zero, é o principal parâmetro para sua avaliação concorrencial, uma vez que suas transações são sempre não-monetárias. A medida mais relevante na ótica dos consumidores seria a qualidade.

Essa análise qualitativa possui diversas dimensões, como (i) privacidade e política de dados, especialmente quando o modelo de negócios da plataforma se centraliza em torno da aquisição de dados; (ii) anúncios, relevante quando a plataforma se sustenta com os valores advindos de anunciantes; (iii) facilidade de troca e escolha em mercados complementares; (iv) outras dimensões como inovação, confiança, precisão dos resultados de busca, funcionalidade e personalização (OCDE, 2018b, p. 11-15).

Cada uma das dimensões da competição de qualidade descritas acima pode se tornar uma questão central em casos de concorrência envolvendo plataformas digitais com estratégia de preço zero. Isso inclui fusões e condutas de abusos de dominância. Contudo, mesmo um aumento da qualidade em uma dessas dimensões pode não significar um crescimento da plataforma, isso porque, como apontam estudos que reinterpretem a teoria do dano para mercados digitais:

[O efeito de preço zero] também sugere que outras dimensões da concorrência, como as várias dimensões da qualidade [...], podem ficar em segundo plano nas mentes dos consumidores em relação ao preço. Portanto, mesmo um pequeno aumento de preço que melhore drasticamente a qualidade [de um produto] pode não ser suficiente para que um novo agente conquiste participação de mercado. (OCDE, 2018b, p. 26)

Por fenômenos como esse, é comumente afirmado que mercados digitais possuem efeitos singulares. Como os efeitos de rede, que representam a maximização de eficiências a partir do aumento de usuários, e a elevada capacidade de absorção da demanda, tendo em vista esses agentes têm custos marginais irrisórios para ampliação da plataforma para atender a mais consumidores, ambos já mencionados neste trabalho.

Outrossim, para além de efeitos de rede e capacidade, tem-se o consumo excessivo de uma plataforma eletrônica de preço zero, que implica em, na transação não-monetária, os usuários cederem seu tempo, atenção e dados à plataforma também de maneira excessiva. E,

diferentemente do que ocorre em transações monetárias, em que o preço positivo e o lucro são um fim em si mesmos, os custos de transações não-monetárias podem ser apropriados pela plataforma e utilizados em outras transações com os demais lados do mercado (BAETA, 2022, p. 95).

Diante desses efeitos singulares, plataformas digitais com estratégia de preço zero implicam em desafios para todos os passos da análise antitruste, tanto em operações de aquisições quanto em condutas, e seu detalhamento pode ser objeto de um estudo mais alongado, já que, nessa ocasião, optou-se por fundamentar e demonstrar os empecilhos enfrentados pelas autoridades antitruste apenas em uma das fases da análise concorrencial: a primeira delas, a definição de mercado, e a verificação de poder de mercado.

2.4. O Mercado Relevante

2.4.1. Definições e princípios

A definição de mercado relevante é um dos aspectos mais importantes para efetivar a defesa da concorrência, já que uma definição acertada é o que possibilita delimitar os impactos gerados por uma aquisição, analisar a possível existência de abuso de poder de mercado, e verificar se houve externalidades negativas por infrações concorrenciais (BOTTESELLI, 2015, p.2).

Essa delimitação é, usualmente, a primeira etapa da análise antitruste, e, como ensina Motta, a definição do mercado relevante não é o objetivo final do processo de análise antitruste, mas um passo crucial a ser dado para analisar a possibilidade de exercício de poder de mercado pelas firmas envolvidas (MOTTA, 2004, p. 101).

Como defende Forgioni, a definição de mercado relevante é indispensável. Ainda segundo a autora, “a busca do mercado relevante passa pela identificação das relações (concretas, ainda que potenciais) de concorrência de que participa o agente econômico” (FORGIONI, 2014, p. 212-213 e 231).

De acordo com a Cartilha do CADE¹⁰, o mercado relevante é a unidade de análise para avaliação do poder de mercado, sendo responsável por delimitar fronteiras entre atividades empresariais em duas dimensões: a primeira, de produto; a segunda, geográfica. Sua premissa tradicional é definir um espaço em que não seja possível a substituição do produto por outro, seja em razão do produto não ter substitutos, seja porque não é possível obtê-lo (2016, p. 8).

¹⁰ Cartilha com os principais conceitos antitrustes elaborada pelo CADE. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 18 de jan. de 2023.

No Brasil, é estipulado que existe poder de mercado, um capaz de gerar preocupações à concorrência, se a empresa participante da operação ora analisada detém mais de 20% de participação no mercado¹¹.

Por outro lado, também é essencial, quando investigando a ocorrência de uma conduta anticoncorrencial, especialmente as unilaterais (visto que condutas coordenadas são as únicas que dispensam essa análise de mercado), considerar as condições do mercado em que se deu a infração para melhor verificação da existência do poder de mercado, além de ser um requisito da regra da razão que a empresa exerça posição dominante no mercado relevante para ter condições de gerar efeitos anticompetitivos sozinha.

Vale destacar, nesse momento, alguns dos princípios gerais da definição de mercado relevante, identificados no Guia de Mercado Relevante da Comissão Europeia, quais sejam: (i) fatos do processo, (ii) dimensões produto e área geográfica, (iii) restrições competitivas e (iv) transições estruturais esperadas.

Em primeiro lugar, a definição de mercado relevante deve ser norteadada pelos fatos do processo, ou *facts of the case*, que representa que a análise pode, e deve, deferir de setor para setor, além de depender do nível da cadeia de abastecimento e da localização geográfica em questão. Logo, o primeiro princípio é que a análise é casuística, como, inclusive, afirma o Tribunal da Associação Europeia de Comércio Livre, também conhecida como EFTA, “a definição de mercado deve ser realizada numa base caso a caso”¹².

Em seguida, verifica-se que a análise para definição de mercado envolve diversos parâmetros, considerados relevantes pelos consumidores, em ambas as dimensões deste, tanto de produto quanto de área geográfica, no período avaliado. *In verbis*:

Esses parâmetros podem incluir o preço do produto, mas também o seu nível de inovação, a sua qualidade em diversos aspetos — tais como, por exemplo, a sua durabilidade, sustentabilidade, o valor e a variedade de utilizações oferecidas pelo produto, a imagem veiculada ou a segurança e proteção da privacidade que confere —, bem como a sua disponibilidade, nomeadamente em termos de prazo de entrega, resiliência das cadeias de abastecimento, fiabilidade do fornecimento e custos de transporte. (COMISSÃO EUROPEIA, 2022, p. 7, (12))

¹¹ Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011, art. 36, § 2º: “*Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia*”.

¹² Tradução livre do original “*the market definition must be carried out on a case-by-case basis*”, parágrafo 97 do Acórdão do Tribunal da EFTA de 5 de maio de 2022 no processo E-12/20, Telenor e Telenor Norvege/Órgão de Fiscalização da EFTA.

Em terceiro lugar, observa-se as restrições concorrenciais, ou condicionalidades, sejam elas de dentro ou fora do mercado, imediatas ou não. E, em quarto lugar, tem-se as transições esperadas no mercado, quando o caso requer uma análise prospectiva. A Comissão destaca que essas transições estruturais esperadas não correspondem a possíveis entrantes, ou concorrência em potencial, na medida em que essas transições estruturais afetam a dinâmica geral de demanda e oferta em um mercado e, portanto, as reações gerais a mudanças nas condições de ofertas relativas. (COMISSÃO, 2022, p. 9, (16))

Com base nesses princípios, é realizada a atividade de identificação e definição de mercados relevantes. Passa-se, agora, a descrever quais são os métodos utilizados pelos órgãos antitrustes nessa atividade, realizada tanto na dimensão produto, quanto na dimensão geográfica.

2.4.2. Metodologia tradicional

i. dimensão produto

Como destacado pelo terceiro princípio, o órgão antitruste identifica, sistematicamente, quais são as restrições concorrenciais que a empresa enfrenta, a fim de delimitar em qual mercado relevante ela está inserida. De acordo com a Comissão Europeia, existem três principais métricas para tal: (i) a substituição pelo lado da demanda, (ii) a substituição pelo lado da oferta e (iii) a concorrência potencial.

A substituição pelo lado da demanda significa, sob a ótica do produto, observar produtos similares (sempre partindo do mais similar) ao em análise, e verificar se o consumidor deixaria de comprar esse produto em questão, caso ele sofresse um aumento de preço, para consumir o produto similar. Se sim, a análise segue para os demais produtos similares, observando se há substitutibilidade entre eles na visão do consumidor. Todos os produtos dotados dessa substitutibilidade serão incluídos no mercado relevante.

Para reconhecer se todos os produtos substituíveis já foram contemplados, é possível realizar o teste do monopolista hipotético, também conhecido como teste SSNIP (*small but significant and non-transitory increase in price*): esse teste objetiva verificar se seria rentável, para um monopolista hipotético do mercado relevante constituído pelos produtos substituíveis já considerados, aumentar o preço - de forma modesta, mas significativa, e não transitória (geralmente em uma taxa de 5% a 10%). Se for rentável, é porque todos os produtos do mercado relevante já foram apreendidos; se não, a procura por substitutos continua.

Na segunda métrica, a substituição pelo lado da oferta, é levada em consideração a ótica dos fornecedores. O que significa que mesmo que os produtos não sejam substitutos

entre si para o consumidor, eles são conexos para os fornecedores, que ao terem condições de produzirem um, automaticamente tem condições de produzir o outro.

Nesse sentido, se o fornecedor deve conseguir substituir a produção do produto em questão por outro em um curto prazo e usar o mesmo equipamento sem custos adicionais significativos para esses serem conexos, o que representa que os produtos concorrem relativamente entre si, e devem ser incluídos no mesmo mercado relevante. Logo, se a substituição da fabricação do produto implicar em custos ou riscos irre recuperáveis, não se deve alargar o mercado relevante com base nessa métrica.

Outro exemplo de substituição pelo lado da oferta é verificado no caso de licitações, no qual o poder público almeja a compra de um produto muito específico, que pode ter poucos substitutos. Nesse caso, a competição vai derivar da capacidade de outros fornecedores fabricarem um produto específico que corresponda às necessidades do cliente. Assim, quando os mesmos fornecedores podem e costumam responder com propostas às especificações de diferentes clientes, os produtos fabricados por encomenda podem ser incluídos no mesmo mercado do produto relevante (COMISSÃO, 2022, p. 17, (37)).

A terceira métrica, da concorrência potencial, seria utilizada, nos termos da Comissão Europeia, em casos em que fossem atestadas restrições concorrenciais mais remotas, que não cumpririam os critérios da substituição do lado da oferta em termos de imediatismo e eficácia, e passariam a requer uma análise de outros fatores, como das condições de entrada, que seriam, então, considerados durante a apreciação da concorrência como restrições decorrentes da concorrência potencial (COMISSÃO, 2022, p. 12, (25)).

Nessa linha, o TJUE esclareceu, no caso do Atlantic Container Line, que, apesar de serem métricas diferentes, a substituição do lado da oferta e a concorrência potencial se sobrepõe parcialmente, e sua distinção vai depender se a limitação à concorrência enfrentada pelo produto em questão é imediata ou remota¹³.

ii. dimensão geográfica

Os mercados geográficos podem variar entre uma dimensão local e uma dimensão mundial, dependendo de qual gama de consumidores possui acesso ao produto, e o enxerga como concorrente dos demais da mesma área. Nos termos do Guia da Comissão Europeia, “um ponto de partida comum é uma análise da localização dos clientes suscetíveis de serem afetados pelo comportamento ou a concentração em causa” (COMISSÃO, 2022, p.18, (40)).

¹³ Acórdão de 30 de setembro de 2003, Atlantic Container Line e o./Comissão, processos apensos T-191/98, T-212/98 a T-214/98, ECLI:EU:T:2003:245, n.º 834.

De acordo com as *Horizontal Merger Guidelines*¹⁴, o teste do monopolista hipotético, ou SSNIP, também é realizado na definição do mercado geográfico, de modo o teste passa a ser da seguinte forma: (1º passo) é estabelecido a área na qual os consumidores ali reagiriam a uma mudança de preço da firma analisada; (2º passo) questiona-se se, com a mudança de preço, os clientes passariam a consumir produtos produzidos em locais de produção fora da região; (3º passo) se isso resultasse em uma redução nas vendas grande o suficiente para que o aumento de preço não se mostrasse rentável, o mercado geográfico geográfica se revelaria muito estreito, e o teste continuaria com a adição das localidades mais próximas vistas como substitutas; (4º passo) se o aumento do preço fosse rentável, já que os consumidores não iriam, de forma significativa, buscar produtos fora daquela área, o mercado foi definido

O DOJ faz uma advertência quanto ao teste, caso um monopolista hipotético puder identificar e precificar de maneira diferente para compradores em certas áreas ("compradores-alvo") que não substituiriam seu produto caso este incorrer em aumento de preço, ele aplicaria preços discriminatórios, variando conforme a região, de forma a obter mais lucro.

Diante disso, as Agências devem considerar, em sua definição de mercado relevante geográfico, essas áreas geográficas adicionais, que representam, justamente, as localizações específicas de consumidores para os quais um monopolista hipotético imporá separadamente este aumento "pequeno, mas significativo e não transitório" no preço, por saber que essa gama de clientes não o substituiria.

2.5. Relação entre Plataformas Digitais e a delimitação de Mercado Relevante

Ao analisar os conceitos e métricas da definição de mercado relevante, ainda que rapidamente, fica claro que todos os seus pressupostos passam por noções atreladas ao preço e à substituíbilidade. Pois bem, como descrito tanto nas seções 2.1 e 2.2, as plataformas digitais com estratégia de preço zero não contam com a apresentação tradicional de transação monetária ao consumidor, e, também, como será explorado adiante, enfraquecem a noção de substituíbilidade entre produtos.

Nesse sentido, as métricas tradicionalmente utilizadas na identificação do mercado relevante não funcionam em mercados digitais. Tanto é essa incompatibilidade, que o Guia de Mercado Relevante atualmente utilizado pela Comissão Europeia – cuja elaboração remete ao

¹⁴ Documento do *Department of Justice* (DOJ), que se propõe a estabelecer os parâmetros utilizados pela agência antitruste americana em suas análises e julgamentos. Foi lançado em 1992 e revisado em 1997. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-0#12>>. Acesso em 11 de dez. de 2022.

ano de 1997 – foi revisado para se adaptar a esses mercados digitais, sendo a versão revisada publicada em novembro de 2022.

Além disso, o próprio CADE lançou um caderno em 2021 tratando sobre “atualização do debate sobre a definição de mercado relevante”, demonstrando a necessidade da atualização dessa metodologia (Caderno do Cade nº 006/2021).

Existem várias incongruências entre essas duas grandezas. Observa-se, por exemplo, que essas métricas foram pensadas para mercados de um lado, logo, quando as utilizando para analisar mercados de múltiplos lados, incorre-se em grandes riscos de sub ou superdimensionamento (EVANS, SCHMALENSEE, 2013, p. 21). Além do mais, como exposto, na economia digital, a tarefa de mensurar e estimar o poder econômico se complica, porque a ideia de substituíbilidade entre produtos e serviços torna-se mais fluida, ideia que é fundamental na delimitação de mercado relevante.

Outrossim, pelas características das plataformas digitais, como efeitos de rede e economias de escala, existe uma forte tendência a concentração nesses mercados, e, por isso, a autoridade antitruste deve tomar tanto cuidado quando verificando a existência de poder de mercado, o que passa a ser refletido em uma série de fenômenos dinâmicos que diferem das métricas tradicionais. No caso de mercados com tais características, caberia aos reguladores concorrenciais tentar assegurar ao menos uma competição potencial pelo mercado via a diminuição de barreiras à entrada (BRASIL, 2020, p. 17).

Passa-se, então, à apresentação mais aprofundada sobre essas incongruências enfrentadas pelas métricas de definição de mercado relevante, quando analisando uma plataforma digital com estratégia de preço zero.

3. DESAFIOS PARA A DEFINIÇÃO DE MERCADO RELEVANTE E AFERIÇÃO DE PODER DE MERCADO NAS PLATAFORMAS DIGITAIS QUE CONTAM COM ESTRATÉGIA DE PREÇO ZERO

Como demonstrado no capítulo anterior, muitas características dos mercados digitais já eram verificadas em mercados tradicionais, contudo, o que dificulta o exame da autoridade antitruste, no caso da definição do mercado relevante e verificação de poder de mercado, é o fato de que todas essas características estão juntas e em uma escala nunca antes mensurada.

Nesse segundo momento, partindo das definições e discussões inicialmente endereçadas, passa-se a uma demonstração mais aprofundada dos desafios para uma delimitação de um mercado relevante e aferição de poder de mercado em plataformas digitais, especialmente aquelas que contam com política de preço zero, buscando refletir se essas metodologias ainda são instrumentos adequados para a análise antitruste desses agentes.

3.1. O impasse do *market share*

O cálculo do *market share*, ou participação de mercado, é um instrumento quase unanimemente utilizado nas decisões que envolvem o direito antitruste, inclusive, como será comprovado no próximo capítulo, naquelas que tratam de mercados digitais. Saber se a empresa detém poder de mercado através do cálculo de *market share* representa quantificar a parcela de mercado ocupada pela empresa analisada em relação aos seus concorrentes, levando em consideração a estrutura geral do mercado, e se essa é suficiente para impactar negativamente o funcionamento da concorrência no mercado.

O cálculo de *market share* é importante para indicar se há falta de substitutos disponíveis para os consumidores, e se a empresa poderia mudar suas condições de operação - aumentando seus preços ou diminuindo a qualidade oferecida em seus serviços ou produtos - sem perder clientes, justamente por uma falta de opções diversas. Logo, a premissa em questão é que, pela grandeza da porcentagem do *market share*, seria possível aferir qual o nível de domínio da empresa sobre o mercado relevante em que está inserida - este, delimitado por instrumentos como o teste SSNIP, já demonstrado no capítulo anterior.

Contudo, é a estaticidade dessa porcentagem que torna o panorama fornecido por um *market share* incompleto, uma vez que esse dado indica apenas superficialmente e preliminarmente as limitações à substituição e não fornece quaisquer informações sobre o potencial de substituição do lado da oferta ou nova entrada (OCDE, 2018). Essa estaticidade pode não representar um erro de cenário em mercados tradicionais, que tendem a apresentar

mais estabilidade nas relações de dominância, mas suas limitações são realçadas quando em um contexto de plataformas digitais.

A dinamicidade das plataformas da economia digital, a qual será explorada em maior detalhe em seções futuras, é, portanto, um *deal breaker* para a utilização do *market share* como instrumento conclusivo para verificação de poder de mercado. Essa foi, inclusive, uma das conclusões do CADE ao definir mercado relevante no caso E-commerce x Google:

(...) Ademais, como visto na descrição dos mercados envolvidos na investigação, empresas de tecnologia atuam em um ambiente em que é possível criar e alterar produtos de forma muito rápida, **de modo que uma visão estática sobre participações de mercado pode se revelar errônea.** (BRASIL, 2020, § 155).

3.2. O teste SSNIP

Além de números estáticos não serem capazes de mensurar o poder de mercado possivelmente exercido por uma firma inserida nos mercados digitais, temos que a visão de substituíbilidade - que representa o cerne do teste SSNIP - nesses mercados também incorre em imprecisões.

O teste SSNIP, como já observado, trata de um método para delimitação do mercado relevante, no qual considera-se pequenas, mas significativas (geralmente uma taxa entre 5% e 10%), mudanças no preço e analisa-se se o consumidor trocava de produto.

Nesse sentido, a própria OCDE (2019, p. 89) alerta sobre os problemas com a utilização deste método de análise, uma vez que, em se tratando de mercados com diferenciação de produtos (produtos heterogêneos pertencentes a um mesmo mercado relevante), a análise através do SSNIP negligencia as informações sobre o seu grau de substituíbilidade.

No *draft* publicado da versão revisada do Guia de Definição de Mercado Relevante da Comissão Europeia, foi destacado que os elementos não relacionados ao preço passam a ser particularmente relevantes para a avaliação de substituição, os quais não participam do teste SSNIP. Dentre esses elementos não monetários, a Comissão enfoca em elementos como as funcionalidades do produto, uso pretendido pelo usuário, evidências de substituição hipotética, restrições competitivas com base em visões da indústria, barreiras ou custos de mudança/troca (*switching costs*), interoperabilidade com outros produtos e recursos de licenciamento (COMISSÃO EUROPEIA, 2022, p. 35, (98)).

A autoridade europeia sugere alternativas ao enquadramento do SSNIP, como a avaliação do comportamento de mudança dos clientes em resposta a uma pequena mas

significativa diminuição não transitória da qualidade (*Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality*, “SSNDQ”). Portanto, uma possível queda na qualidade seria o método adequado, substituindo a análise pautada no aumento de preço (sai o ‘P’, entra o ‘Q’).

Além disso, de acordo com Petit e Schrepel, a concorrência em mercados digitais tende a ocorrer, justamente, entre produtos não substitutos ou altamente imperfeitos. Em particular, a pressão competitiva pode ser exercida por produtos que dependem de infraestruturas tecnológicas diferentes ou que se baseiam em modelos de negócios distintos (PETIT e SCHREPEL. 2020. p. 1).

Essa característica, além de evidenciar a inaplicabilidade das métricas tradicionais, revelaria, segundo a argumentação dos autores, que a análise da concorrência em potencial também não seria apropriada para resolver o problema da falta de substitutibilidade. Isso porque a avaliação convencional da concorrência potencial determina se as empresas em outros mercados têm incentivos para redirecionar ativos para competir em substitutos quase perfeitos com firmas já estabelecidas (PETIT e SCHREPEL, 2020, p.2). Ou seja, ao considerar apenas possíveis pressões de substitutos quase perfeitos, a metodologia não considera as pressões que já são exercidas pelos produtos diferenciados.

Blockchain e inteligência artificial são um exemplo. A primeira é de tecnologia *bottom-up*, enquanto a segunda é *top-down*. No entanto, ambos exibem um grau semelhante de capacidade tecnológica para diminuir a disseminação de notícias falsas. Portanto, é necessário considerar a pressão competitiva exercida por produtos, serviços e negócios complementares e não substitutos quando analisando mercados digitais.

3.3. Da Dinamicidade dos Mercados Digitais

Como já introduzido, os mercados digitais e tecnológicos são extremamente dinâmicos e sujeitos a inovações capazes de criar novas demandas em um curto espaço de tempo. Por isso, obter uma baixa porcentagem de participação de mercado não implica na incapacidade de uma empresa gerar prejuízos à concorrência através da aquisição de uma *startup* que desenvolveu um novo algoritmo de coleta de dados, por exemplo.

A política antitruste foi delineada, em sua maior parte, para lidar com casos em que o poder de mercado é duradouro. De maneira oposta, o poder de mercado em mercados digitais pode vir a ser, por vezes, apenas uma recompensa temporária por inovação, o qual pode ser rapidamente contestado quando o concorrente conseguir uma inovação melhor (OCDE, 2022, p. 15). Sendo assim, é defendido na literatura antitruste que o poder de mercado em mercados

digitais é limitado por uma constante ameaça de entrada de inovação, e a constante necessidade de inovar ainda mais para manter sua posição (OXERA, 2018, p. 9).

Foi exatamente essa uma das conclusões da Comissão Europeia na decisão que aprovou a operação Facebook/Whatsapp, a qual não considerou alto *market share* como poder de mercado capaz de ser prejudicial à concorrência, uma vez que “novas entradas frequentes no mercado e ciclos curtos de inovação significam que altos *market shares* podem ser efêmeros”¹⁵ (COMISSÃO EUROPEIA, 2014, §99).

Diante desse cenário, é mais importante para a análise antitruste de plataformas digitais entender se existem barreiras à entrada, especialmente se essas são provocadas pelo agente em análise, do que se limitar a observar a porcentagem de participação de mercado. Nessas plataformas, as barreiras à entrada podem consistir em efeitos de rede, *feedback loops*, coleta e gerenciamento de dados, entre outros.

A natureza das barreiras à entrada e a expansão em mercados digitais pode, de fato, levar esses mercados a uma alta concentração - concentração que pode ter trocas e seus detentores em menos tempo do que em mercados de monopólios naturais. Por exemplo, não é provável que uma ferrovia seja rapidamente substituída por uma rival, enquanto nos mercados digitais, existe a sugestão de pode ser realmente possível que os mercados se inclinem para novos entrantes, talvez devido à natureza das barreiras à entrada nesses mercados - como os efeitos de rede (OECD, 2019).

Nesse sentido, delinea-se o seguinte raciocínio teórico: pela alta dinamicidade do mercado, enquanto as barreiras à entrada nos mercados digitais proporcionam que as empresas atuantes conquistem altos *market shares* em um curto espaço de tempo, o que não consegue ser previsto por uma porcentagem estática, essa dinamicidade também é capaz fazer esse mesmo agente perder participação rapidamente, depois que uma nova entrada consegue ter sucesso. Ou seja, teoricamente, o crescimento pode ser tão rápido quanto o declínio, ficando comprovada a natureza inevitavelmente dinâmica desses mercados. Diante disso, uma análise adequada teria que se concentrar em quão duradouro é o poder de mercado.

Contudo, reforça-se que a autoridade concorrencial deve ter atenção à possibilidade da empresa dominante implantar barreiras que não permitam novas entradas, o que provoca uma quebra nessa dinamicidade, e o mercado é levado ao monopólio. Isso porque, por mais que se

¹⁵ Traduzido livremente do original: “(99) ... *frequent market entry and short innovation cycles in which large market shares may turn out to be ephemeral. In such a dynamic context, the Commission takes the view that in this market high market shares are not necessarily indicative of market power and, therefore, of lasting damage to competition*”. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_396213_2_EN.pdf. Acesso em: 28 de jan. de 2023.

entenda que, no mundo virtual, a competição nos mercados é substituída pela competição pelos mercados, o que se tem visto é a inexistência de concorrência em nenhum desses dois planos, já que os grandes agentes estão exercendo suas posições dominantes, quando não monopolistas, de forma muito confortável e estável ao longo do tempo e ainda obstando a concorrência potencial por meio da aquisição de qualquer concorrente que, no futuro, possa contestar o seu poder (FRAZÃO, 2020).

3.4. A multiplicidade de lados

A multiplicidade de lados é verificada na grande maioria das plataformas digitais que utilizam estratégia de preço zero, já que o preço zero é utilizado em apenas um ou alguns dos lados das plataformas. Nesse caso, a utilização de metodologias tradicionais, como porcentagem de *market share*, pode corresponder apenas ao mercado relevante de um dos lados da plataforma, o que resulta em omissões e erros, especialmente quando o consumo de um lado é subsidiado pelo de outro - através de subsídios cruzados.

Nesse sentido, se em um teste do monopolista hipotético, por exemplo, se considera apenas os substitutos de um dos lados, tendo como constantes todos os outros lados apenas, não será captado o efeito conjunto da definição de preço que se tem em plataformas de múltiplos lados. Isso se deve ao fato de que, se há aumento de preço ou redução de qualidade de um lado da plataforma, reduzindo sua demanda, a demanda do outro lado será impactada também.

Exemplificando, no caso de serviços complementares, como o de armazenamento pago de nuvem em e-mails, se seu preço sofrer aumento, isso pode levar aos usuários do serviço gratuito e-mail a procurarem outras plataformas. Similarmente, quando tratando das plataformas de *premium*, se o lado pago da concorrente apresenta um preço significativamente menor ao da plataforma em uso, mesmo o usuário do lado gratuito da plataforma utilizada pode ser influenciado a trocar de empresa. Logo, na análise dos preços de plataformas de múltiplos lados, não se deve limitar o mercado relevante como apenas os dos lados que fornecem o serviço pago, visto que, na mesma plataforma coexistem usuários no lado gratuito que estão sujeitos a influência dos preços praticados. Esse exemplo se baseia numa análise objetiva de aumento de preço do lado pago das plataformas, o que, na maioria das vezes, não é o caso que chega às autoridades antitrustes, que têm que lidar com a completa ausência de preço positivo.

Desse modo, o principal questionamento que envolve a multiplicidade de dados de uma plataforma digital é: na dimensão produto, deve-se classificar todos os produtos

oferecidos por uma plataforma em um mesmo mercado relevante? ou é necessário separar um mercado relevante por cada lado da plataforma?

A OCDE adverte que a solução pode não ser considerar a plataforma como um todo como o mercado relevante, pois isso não capturaria a dinâmica competitiva de um mercado se algumas empresas não fossem ativas em todos os lados (2022, p. 8). Isso significa que, as empresas que não atuam em todos os lados poderiam apresentar um *market share* menor no mercado que considera toda a plataforma, e, simultaneamente, exercer poder de mercado nos lados específicos em que atuam.

Inclusive, a análise de um grande mercado de plataformas geral também poderia levar a erros, especialmente se as empresas estiverem em diferentes níveis de maturidade ou tiverem diferentes modelos, por exemplo: financiados por anúncios, venda de assinaturas premium ou empresas em estágio inicial que buscam apenas a presença de usuários, sem gerar receita ainda (Franck e Peitz, 2019). Como, inclusive, foi citado aqui, cada um desses tipos de plataforma tem uma dinâmica diferente entre seus lados, o que enfatiza a impossibilidade de agrupamento em uma única categoria.

Além disso, a abordagem mais generalista de plataforma falharia em capturar quaisquer diferenças importantes nas características do usuário (dentro de um lado da plataforma) que impulsionam a concorrência, como a heterogeneidade nos padrões de uso, o nível de atividade de cada usuário e a utilização, ou não, de *multihoming*.

A Comissão Europeia reconheceu a dificuldade de realizar um exame satisfatório quando lidando com a multiplicidade de lados de uma plataforma digital, e, no *draft* da versão revisada do Guia de Mercado Relevante esclareceu que:

Na presença de uma plataforma de múltiplos lados, a Comissão pode definir o **mercado relevante produto para os produtos oferecidos pela plataforma como um todo**, de modo que englobe todos (ou múltiplos) grupos de usuários, **ou**, pode definir **mercados de produto separados para os produtos oferecidos de cada lado da plataforma**. Dependendo do contexto fático do caso, pode ser mais apropriado definir mercados separados **onde há diferenças significativas nas possibilidades de substituição nos diferentes lados da plataforma**. Para apurar se tais diferenças existem, a Comissão pode levar em consideração fatores como se as empresas que oferecem produtos substituíveis para cada grupo de usuários diferem, o grau de diferenciação do produto em cada lado (ou a percepção de cada grupo de usuários disso), fatores comportamentais, como as decisões de *homing* de cada grupo de usuários e a natureza da plataforma (se é de transação ou de *matching*). Se mercados separados foram definidos para os produtos oferecidos por lados diferentes da plataforma, **efeitos de rede e pressões competitivas de outros lados**

da plataforma podem, ainda, serem considerados na análise concorrencial.
(tradução livre)¹⁶ (grifos próprios) (COMISSÃO EUROPEIA, 2022, p. 34, (95))

Ou seja, nesse documento, a Comissão se esquivava de firmar um posicionamento fixo, o que é adequado devido aos riscos e a pluralidade de circunstâncias de cada caso, mas esclarece estar ciente de todos os desdobramentos cruzados que ocorrem em plataformas de múltiplos lados, e defende que, entre outras, uma análise de substituição deveria ser feita para verificar se os produtos de diferentes lados devem, ou não, serem englobados no mesmo mercado relevante (quando falamos em dimensão produto).

Nessa questão, retoma-se ao entendimento de Petit e Schrepel de que produtos não substitutos entre si são capazes de exercer, e exercem, pressões competitivas uns sobre os outros, ao conseguirem, sob a ótica do consumidor, servir para fins semelhantes. Logo, é crucial basear a análise do mercado relevante de produto na visão do usuário, estudando como, e para que, ele utiliza a plataforma - como bem pontuado pela Comissão, ao mencionar as decisões de *homing* e a natureza da plataforma.

3.5. Efeitos de Rede, *Feedback Loops*, *Tipping Effect*

Como já conceituado, efeitos de rede podem ser diretos ou indiretos. Essa diferenciação está diretamente relacionada com os múltiplos lados de uma plataforma, e como os efeitos de rede se manifestam neles - de modo isolado (efeito de rede direto) ou de modo cruzado (efeito de rede indireto), como será lembrado a seguir.

Recapitulando, os efeitos de rede diretos ocorrem quando a utilidade de um usuário depende das decisões de outros usuários e todos esses usuários pertencem a um grupo. Esse efeito de rede direto pode ser positivo ou negativo.

Primeiramente, considerando os efeitos de rede diretos positivos, exemplos típicos são as redes de comunicação nas quais todos podem se comunicar com todos. Aqui, o benefício de um usuário depende significativamente das decisões de participação de outros usuários em potencial - e todos eles pertencem ao mesmo lado da plataforma. É o caso de aplicativos de mensagens instantâneas como WhatsApp e redes sociais. Já os efeitos de rede diretos negativos ocorrem quando os usuários sofrem com o aumento da participação de outros

¹⁶ Traduzido livremente do inglês: “To assess if such differences exist, the Commission may take into account factors such as whether the undertakings offering substitutable products for each user group differ, the degree of product differentiation on each side (or each user group’s perception thereof), behavioral factors such as the homing decisions of each user group and the nature of the platform (for instance whether it is a transaction or a matching platform). Where separate markets have been defined for the products offered on each side of the platform, network effects and constraints from the other side of the platform may still be taken into account in the competitive assessment.”

usuários, como em situações de sobrecarga da plataforma. Outro exemplo é o congestionamento de tráfego para usuários de um provedor de serviços de Internet (ISP) como o Facebook (FRANCK; PLEITZ, 2019, p. 13).

Por outro lado, os efeitos de rede indiretos correspondem à possibilidade da utilidade da plataforma para um usuário ser moldada pelas decisões de um grupo de usuários que interagem entre si e pertencem a um grupo diferente do dele. Esses efeitos são geralmente verificados em plataformas de *e-commerce*, nas quais os anunciantes e comerciantes têm mais a ganhar quando existe um maior grupo de usuários navegando na plataforma e consumindo produtos dela. Esses efeitos de rede indiretos também podem ser positivos ou negativos.

Os efeitos de rede indiretos positivos são identificados quando há resultados positivos a partir da mútua conexão de dois grupos por efeitos de rede entre grupos. Já os efeitos de rede indiretos negativos ocorrem quando um aumento de interações em um grupo leva a um decréscimo de usuários. Por exemplo, quando as plataformas ficam sobrecarregadas de anúncios, os usuários tendem a se desinteressar pelo acesso e navegação.

Contudo, Franck e Pleitz (2019, p. 14) advertem que não é toda plataforma que conecta usuários com anunciantes que resulta em efeitos de rede indiretos negativos. Especialmente no caso da publicidade customizada, a qual aumenta sua precisão com uma gama maior de usuários, é possível que o efeito indireto seja positivo no lado do usuário. Nesse cenário, então, mais usuários levam a um aumento na eficiência dos anúncios, o que pode beneficiar os usuários.

No *draft* da versão revisada do Guia de Mercado Relevante da Comissão Europeia, é expressamente mencionado que a autoridade leva em consideração os efeitos de rede indiretos entre grupos dos diferentes lados da plataforma quando definindo mercado relevante (COMISSÃO EUROPEIA, 2022, p. 34, (94)).

Os chamados *Feedback Effects* ou *Feedback Loops*, conforme definido pela OCDE, são processos de retroalimentação nos mercados digitais, nos quais uma mudança nas condições de um lado do mercado é amplificada, devido à coleta de dados ou efeitos de rede. Logo, esses *feedback effects* nada mais são do que os resultados dos efeitos de rede, que é justamente o que os amplia e os mantém atraindo mais usuários. Em outras palavras, quando se observa um efeito de rede direto positivo, como uma gama de usuários que começa a utilizar uma plataforma e isso atrai mais uma gama de usuários que está interessada em interagir com o primeiro grupo de pessoas, e assim por diante, o *feedback effect* é que permite que isso continue acontecendo em ciclo, em um verdadeiro efeito cascata.

Esses *feedbacks loops* tendem a ampliar os efeitos de rede, sejam eles diretos ou indiretos, contribuindo para a conquista de poder de mercado, diminuindo substitutos e aumentando barreiras à entrada. Eventualmente, diante dessa retroalimentação, os *feedback loops* podem resultar numa alta concentração de mercado, e é aí que torna-se necessário considerar a propensão dos mercados digitais ao *tipping*, ou ao *tipping effect*.

O *Tipping Effect* representa essa tendência à concentração nos mercados digitais, justamente pelos efeitos de rede e *feedback loops*. Nesse fenômeno tem-se, em um primeiro momento, um movimento de extrema competição, que se transforma em um longo período de estabilidade e baixa competição posteriormente, no qual o monopolista (que é o agente que se aproveita desses *feedback loops*) recebe os lucros de seu poder de mercado (BRASIL, 2020, p. 14).

Na economia, o *tipping* é o efeito bola de neve que entra em ação quando um produto cruza um ponto crítico de adoção do usuário, catapultando o fornecedor para longe da concorrência e em direção a um equilíbrio de monopólio. Mercados propensos a ter esse efeito *tipping* são aqueles com retornos crescentes de adoção do lado da demanda (efeitos de rede) (BELLOSO e PETIT, 2021). O rápido sucesso do Google, enquanto mecanismo de busca, é um exemplo disso.

Focar no efeito *tipping* permite o esclarecimento sobre algumas das dificuldades na aferição de poder de mercado em plataformas digitais. Empiricamente, em vez de se uma empresa tem poder sobre o preço ou controla uma parcela monopolista da produção, a investigação intelectual passa a consistir em perguntar se uma empresa ultrapassou o “ponto de inflexão” - *tipping point*.

O problema é que a análise convencional do antitruste se concentra em procurar pelo monopólio como evidência para o fenômeno de *tipping*, ou seja, a lente aplicada sobre a questão é a de “sem monopólio = sem *tipping*”. O que muitas vezes se perde nessa análise é que o *tipping* tem uma implicação comportamental. Em torno do ponto de inflexão, um efeito de bola de neve entra em ação: o vencedor registra o crescimento do usuário, sem ter que despender muito esforço. A oferta é “preguiçosa”. Esse efeito, por sua vez, surge porque a demanda é “pegajosa” (BELLOSO e PETIT, 2021).

A empresa vencedora pode aumentar o preço ou manter uma atitude lenta em relação à inovação, e ainda se beneficiar do que Jean Tirole chamou de “condições de demanda afortunadas” em relação aos serviços públicos (2015). A empresa que avança continua avançando cada vez mais, sem precisar se preocupar com a demanda, ecoando a clássica

afirmação de John Hicks de que “o melhor de todos os lucros do monopólio é uma vida tranquila”.

Com a atenção voltada para o comportamento inercial, ao invés de ações monopolistas, chega-se a se aproximar de um teste concreto de *tipping*. Indaga-se, “o que a empresa sob investigação está realmente fazendo para expandir a demanda?”. Se a resposta for “não muito”, o mercado provavelmente ultrapassou o ponto de inflexão. Se a resposta for que a empresa se esforça para aumentar a demanda, o mercado pode ainda não ter cruzado o ponto de inflexão. A questão então consiste em identificar pontos de dados sugestivos de esforço significativo (BELLOSO e PETIT, 2021).

Informações úteis sobre o grau de esforço podem ser encontradas tanto nos preços exercidos - quando aplicável - quanto nas despesas da empresa. Especificamente, pode-se observar as despesas incorridas para aumentar a demanda no curto prazo, como de marketing. Investimentos em criação de conteúdo visando atrair usuários sugerem que o mercado segue abaixo do ponto de inflexão.

Um exemplo é o mercado de distribuição de podcasts. O Spotify investiu, em 2020 e 2021, em ofertas de contratos exclusivos de milhões de dólares com nomes populares como Joe Rogan¹⁷, Príncipe Harry e Meghan Markle¹⁸, Barack Obama¹⁹, e Kim Kardashian²⁰. A Apple sinalizou a intenção de fazer acordos semelhantes²¹. Inclusive, após o fim do contrato de exclusividade do ex-presidente dos Estados Unidos e de sua esposa, Michelle Obama, com o Spotify, o casal exprimiu seu desejo por contratos que os permitam distribuir seus conteúdos em diversas plataformas.

Se os dados individuais da empresa demonstrarem uma descontinuidade clara em preços, propaganda de marketing ou gastos com criação de conteúdo na presença persistente de crescimento de usuários, há um sinal revelador de que o ponto de inflexão foi ultrapassado.

Além disso, é igualmente válido analisar dados organizacionais de grandes firmas digitais, e focar a investigação nos recursos gastos nos segmentos, divisões, unidades e equipes com envolvimento direto no produto, aplicação ou serviço em questão (BELLOSO e

¹⁷O contrato com o comediante foi de \$100 milhões, íntegra em: <https://www.wsj.com/articles/spotify-strikes-exclusive-podcast-deal-with-joe-rogan-11589913814>. Acesso em: 10 de jan. de 2023.

¹⁸O contrato com o casal foi de \$25 milhões, íntegra em: <https://pagesix.com/2020/12/15/meghan-markle-prince-harry-sign-deal-with-spotify-to-host-podcasts/>. Acesso em: 10 de jan. de 2023.

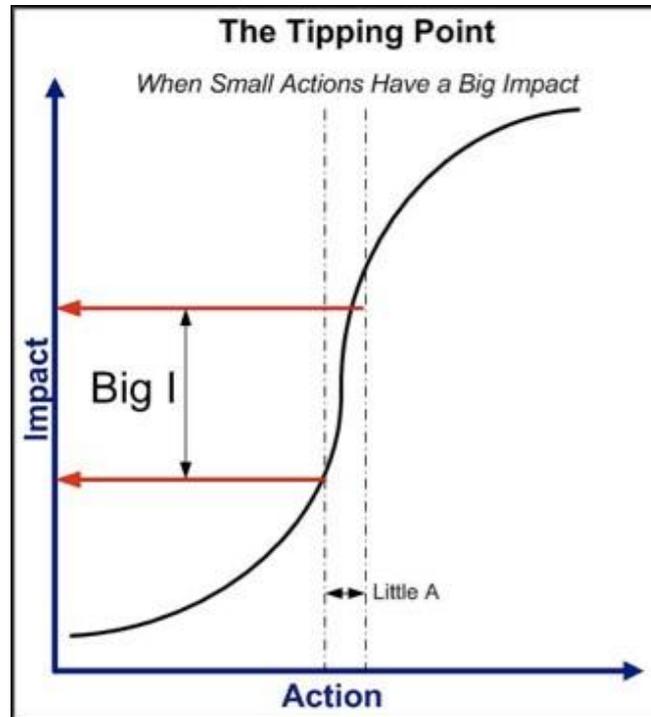
¹⁹O contrato foi estimado em \$25 milhões, íntegra em: <https://www.forbes.com/sites/korihale/2022/05/15/obamas-out-barack--michelle-ditch-spotify-for-podcast-freedom/?sh=2d47dcf32e2e>. Acesso em: 10 de jan. de 2023.

²⁰O contrato foi de \$1,26 milhão. íntegra em: <https://techcrunch.com/2022/10/03/spotify-kim-kardashian-podcast/>. Acesso em: 10 de jan. de 2023.

²¹Íntegra em: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2022-08-10/apple-aapl-ramps-up-in-house-podcasting-efforts-with-studio-deal#xj4y7vzkg>. Acesso em: 10 de jan. de 2023.

PETIT, 2021). Isso, por sua vez, permitiria uma compreensão mais refinada do grau de esforço de uma empresa em mercados propensos ao *Tipping*. O exposto pode ser simplificado pelo gráfico abaixo, de elaboração de Peter Wargent²²:

Gráfico 1 – O ponto de Inflexão conforme Impacto x Ação



Elaboração: Peter Wargent (2018).

No gráfico, é possível verificar que, no primeiro momento, é compatível o tamanho da ação com o impacto resultante, contudo, a partir do segundo momento (ponto de inflexão), temos que uma pequena ação (“*Little A*”) consegue, cada vez mais, gerar impactos maiores (“*Big I*”).

Portanto, nesta subseção foram recapitulados os efeitos de rede, e como esses, sendo diretos ou indiretos, detém um papel central nas tendências monopolistas dos mercados digitais, aliados com os *feedback loops*. Além disso, a partir dessa dinâmica, foi demonstrado como é possível analisar se o mercado já chegou ao ponto de alta concentração por uma firma sem ter que depender da identificação de um monopólio.

3.6. Ecossistemas digitais, o *multihoming*, e os custos de troca

Uma característica comum dos mercados digitais é o agrupamento de produtos que possuem conexões entre si (muitas vezes de utilidades complementares) para serem utilizados pelo consumidor, sejam todos oferecidos por uma única empresa ou por empresas diferentes.

²² Gráfico disponível em: <https://petewargent.com/2018/01/07/tipping-point/>. Acesso em: 18 de jan. de 2023.

Esses grupos são chamados de ecossistemas digitais. Tais agrupamentos podem ser exclusivos, ou seja, o único modo de ter acesso a qualquer um dos produtos é por meio da aquisição do produto no centro do ecossistema, ou podem ter conexões mais sutis, verificadas apenas pela concessão de descontos quando comprados juntos.

Esse modelo de negócios é vantajoso pois, do lado da oferta, permite que dados, conhecimento técnico, infraestrutura digital, e canais de venda já estabelecidos sejam compartilhados por vários produtos digitais, e, no lado da demanda, esses ecossistemas proporcionam ao consumidor uma única solução conveniente para diferentes necessidades. Para exemplificação, um ecossistema digital é a página inicial do Google: ainda que o produto central seja um provedor de busca, o usuário também se depara com um serviço de e-mails (Gmail), uma plataforma de vídeos (YouTube), uma plataforma de mapas e GPS (Google Maps), entre outros.

Nesse sentido, as autoridades concorrenciais já reconheceram que essa conexão entre produtos pode contribuir para poder de mercado. Primeiro, porque possibilita que o poder de mercado de um agente, especialmente o que ocupa o centro do ecossistema, se espalhe para outros mercados, já que existe um acesso facilitado a dados e a consumidores, constituindo uma vantagem competitiva. Ademais, esses *links* podem proteger o poder de mercado no mercado originário da firma incumbente (OCDE, 2022, p.16), podendo provocar um efeito *lock-in* de consumidores.

Portanto, mais um desafio da análise antitruste dos mercados digitais é ter que considerar todo o ecossistema em que o produto ou serviço analisado está inserido, para melhor apreender a quais pressões competitivas este está sujeito. Nesse sentido, as ligações entre os produtos interconectados podem afetar o grau de poder de mercado detido por uma empresa, em particular se houver limitações na interoperabilidade de produtos de diferentes ecossistemas.

Quando esses produtos são agrupados, novos entrantes enfrentam dificuldades à entrada, já que eles passam a precisar oferecer todos os produtos do ecossistema para serem capazes de competir dinamicamente - é como se o próprio mercado relevante se alargasse. Essas barreiras podem ser elevadas através da impossibilidade de *multihoming* e da elevação dos *switching costs*.

Ao apurar a existência de um agrupamento de produtos em um ecossistema digital, é essencial verificar se há ou não possibilidade de *multihoming*. *Multihoming* corresponde à capacidade dos usuários terem acesso a versões alternativas e simultâneas dos serviços prestados por uma plataforma. Nesse sentido, a tendência dos consumidores de engajarem em

multihoming, ao invés de *singlehoming*²³, em um determinado mercado, pode moldar as dinâmicas da concorrência verificada, já que, para consumir um novo produto, ele não precisaria deixar de consumir o anterior.

Logo, é uma estratégia das empresas limitarem, ao máximo, as possibilidades de *multihoming* de seus usuários, para que eles passem mais tempo e façam mais uso na sua própria plataforma. Existem algumas maneiras de limitar o *multihoming*, como privar os dados pessoais ou de reputação dos usuários, utilizar termos de uso anticompetitivos, criar barreiras técnicas à interoperabilidade e implantar venda-casada de serviços.

A forma mais eficaz de limitar o *multihoming* é justamente a elevação dos *switching costs*, ou custos de troca. Dessa forma, mesmo que o consumidor visualize outro concorrente como melhor e mais adequado para as suas necessidades, o “trabalho” que seria trocar de plataforma, o que inclui o tempo gasto para criar uma nova conta e aprender as funcionalidades da plataforma e a perda de históricos e contatos, por exemplo, faz com que ele permaneça na firma incumbente.

Considere-se o seguinte cenário: um usuário utiliza da plataforma de streaming Spotify há quatro anos, mas, pela inovação tecnológica do *dolby atmos*²⁴, decide mudar para a plataforma Apple Music (a qual, nota-se, pertence ao ecossistema digital dos produtos Apple). Ou seja, a primeira particularidade desse cenário é que se estaria considerando mudar de serviço não por causa do preço, mas por causa de uma inovação tecnológica, o que, como já exposto, é pertinente para as plataformas digitais. A segunda premissa é que não existe interoperabilidade entre as duas plataformas, logo, o usuário, com a troca completa, perde todas as suas *playlists* já feitas, todo seu histórico de busca, e suas recomendações personalizadas.

Essas possíveis perdas que ocorrem na troca de ecossistema devem ser evidenciadas pois, realmente, compõe um desincentivo para a mudança de serviço. Além disso, essas perdas auxiliam a desmistificar a tese defendida por partidários da análise antitruste neoclássica de que, como as plataformas consistem em serviços gratuitos (pelo menos em alguma medida), não existiriam custos de troca, e o concorrente estaria a um clique de distância, “*one click away*”, não sendo o consumidor submetido a prejuízos por essa escolha.

²³ *Singlehoming* é aquele modelo de negócio no qual o usuário só pode selecionar um produto digital, fazendo com que as empresas compitam pela parcela exclusiva de atividades do usuário. (OCDE, 2022, p. 12).

²⁴ O *Dolby Atmos* é uma tecnologia que aprimora o som surround, adicionando uma verticalização ao som espacial. Começou a estar disponível na Apple Music em 2021, sem custo adicional para os assinantes. Íntegra em: <https://www.apple.com/newsroom/2021/05/apple-music-announces-spatial-audio-and-lossless-audio/>. Acesso em: 9 de jan. de 2023.

É possível identificar esses custos de troca até nos efeitos de marca. Segundo um estudo trazido por Pollock, mecanismos de busca exatamente idênticos, porém rotulados como de marcas distintas, receberam uma diferença de 25% na sua classificação pelos participantes do estudo (POLLOCK, 2010, p. 18).

Considerando que esses custos de troca e as demais barreiras para *multihoming* sejam elevadas a ponto de se alcançar um cenário de *singlehoming*, o modo mais eficaz de atrair usuários para uma nova plataforma seria essa oferecendo todos os serviços complementares que os usuários tendem a utilizar em conjunto no ecossistema dominante - o que se apresenta como muito custoso, especialmente para um novo entrante.

O próprio CADE chamou esse fenômeno de “competição por ecossistemas”, e afirmou que, por isso, os mercados digitais apresentam uma tendência concentracionista, ou monopolista, já que uma plataforma concorrente precisaria oferecer todos os serviços cobertos pela incumbente para ser competitiva (BRASIL, 2020, p. 13).

Segundo a autoridade, o *multihoming* de usuários pode facilitar a entrada e a expansão de novos competidores no mercado, pois permite a diferenciação de serviços e acesso a consumidores e a dados. As plataformas estariam atentas quanto a isso e usualmente diminuem o *multihoming* e limitam a interoperabilidade quando tais plataformas atingem uma massa crítica que às garanta algum poder de mercado (BRASIL, 2020, p. 18).

No mesmo sentido concluiu a autoridade alemã, que observou que o *multihoming* pode diminuir o efeito *lock-in* dos consumidores e as barreiras à entrada, ainda que o mercado em análise seja do tipo “competição pelo mercado”, uma vez que os novos entrantes não precisam “roubar” usuários do incumbente para obter uma posição no mercado.

Todavia, ainda que a autoridade verifique a existência de *multihoming*, não se deve assumir esse fator como garantia de competição dinâmica. Um estudo conjunto das autoridades de concorrência alemã e francesa destaca que, em mercados que utilizam preço zero, mesmo com *multihoming*, novos entrantes podem enfrentar barreiras em atrair consumidores, já que há como utilizar preços menores como vantagem para atrair uma gama inicial de usuários, como acontece em mercados que contam com preço positivo (AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT, 2016, p. 30).

Portanto, uma avaliação assertiva e completa deve se dedicar a entender o contexto específico de *multihoming* em um mercado, mais do que sua mera existência. Isso porque, o mero potencial para *multihoming* provavelmente não será decisivo por si só, e um mercado com *singlehoming* pode simplesmente refletir uma falta de alternativas disponíveis para os consumidores, e não uma falta de oportunidade para *multihome*.

Nesse sentido, dentro desse cenário mencionado, deve-se estudar a extensão de tal *multihoming*: os consumidores simplesmente têm vários aplicativos concorrentes instalados em seus dispositivos móveis? Ou eles realmente usam vários aplicativos, conforme medido, por exemplo, por suas transações ou interações?

Tais questionamentos conseguem ajudar mensurar o impacto do *multihoming* nas interações dentro do mercado, e fazem com que a verificação de poder de mercado seja mais palpável à autoridade concorrencial, do que uma mera presunção sobre probabilidades de novos entrantes.

3.7. Dados

3.7.1. Os dados como o custo das plataformas de preço zero

Dados são usualmente chamados de "novo petróleo" ou de "nova moeda" do mundo digital. Sendo uma das principais forças que movem as *big techs*, os dados são um fator que não pode ser ignorado pelo direito concorrencial.

Um dos consensos já estabelecidos pelas autoridades concorrenciais mundiais na análise de mercados digitais é que a detenção de dados sobre os usuários e consumidores do mercado, geralmente, mas não só, representa um dos fatores que mais influencia o poder de mercado - especialmente aqueles de preço zero. Nestes, a coleta de dados busca compensar pela ausência de preço positivo, logo, Newman define que, na verdade, o custo pago pelo usuário é de informações (2014, p. 32-33).

A acumulação de dados por uma empresa incumbente é tida como uma barreira à entrada, especialmente por estar associada aos efeitos de rede e economias de escala. De acordo com Stucke, o emprego de big data, baseado no rápido processamento de um conjunto volumoso e variado de dados pessoais, favorece a obtenção de significativo poder econômico a esses agentes (STUCKE, 2018, p. 275).

Os dados são tão fundamentais para a dominância de um mercado que Stucke e Ezrachi chamam os agentes dominantes de "dado-opólios", os quais não exerceriam seu poder com a cobrança de preços mais altos aos consumidores - como os monopólios tradicionais, mas com a captura de volumes invasivos de dados pessoais e comportamentais, gerando distorções para além do valor pecuniário, afetando a privacidade, autonomia e, até mesmo, a democracia (EZRACHI, STUCKE, 2018, p. 7).

Esses "dado-opólios" apresentam diversas ameaças à concorrência, tanto porque podem empregar inovações que prejudiquem os usuários, ampliando a capacidade de rastreamento e de coleta de dados e reduzindo a privacidade, como porque podem impedir

inovações que ameacem seu poder os seus lucros (FRAZÃO, 2020, p. 63). Nessa segunda possibilidade, a assimetria de informações possibilita ao agente dominante identificar um possível concorrente antes que ele se torne uma ameaça e o adquiri-lo (as chamadas *killer acquisitions*).

Enquanto a firma incumbente não pode prevenir os potenciais concorrentes ou novos entrantes de coletarem informações como idade, gênero, profissão e localização dos usuários, ela pode não disponibilizar as informações específicas que são necessárias para competir de igual para igual no mercado. E é exatamente essa a tendência anticompetitiva desses mercados: isolar os dados fundamentais dos demais concorrentes, seja por direito intelectual, termos de privacidade, entre outros.

Baseados na crença que certos dados críticos podem ser uma fonte de poder de mercado, alguns doutrinadores expressaram preocupações de que a recusa em permitir que os concorrentes tenham acesso a esses dados pode ser anticompetitiva. Aqueles que compartilham dessa visão acreditam que o acesso aos dados pode ser essencial para competir no mercado e concluir que disponibilizar dados aos concorrentes pode ser um remédio adequado para garantir que a concorrência no mercado *downstream* seja robusta (NIGRO, 2017, p. 3).

Não obstante, é importante identificar que os dados do usuário obtidos pelas plataformas online são de vários tipos. Por um lado, os próprios usuários fornecem dados quando, por exemplo, criam um perfil, adicionam fotos e criam listas de amigos ou contatos em redes sociais. Mas também, fornecem dados ao realizarem consultas na caixa de pesquisa dos mecanismos de busca e nas plataformas de comércio eletrônico. Por outro lado, os fornecedores de plataformas online obtêm ou criam dados por meio da análise do comportamento e hábitos dos usuários, esses dados comportamentais são normalmente obtidos pelo uso dos “*cookies*”.

Além dos “dados voluntários” e os “dados comportamentais”, o Fórum Econômico Mundial distingue um terceiro tipo de dados: os chamados “dados inferidos” (“*inferred data*”) que podem ser derivados da análise dos outros dois tipos. Os dados inferidos são dados sobre indivíduos com base na análise de informações voluntárias e comportamentais (por exemplo, pontuações de crédito)²⁵.

²⁵ Íntegra do relatório em:

<https://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf>. p. 38. Acesso em: 18 de jan. de 2023.

A quantidade e a qualidade desses dados são um dos insumos mais valorizados na economia digital, visto que proporcionam melhorias de performance a todos os serviços oferecidos por uma plataforma. Por exemplo, no lado do usuário, quanto mais refinado forem os dados obtidos por uma plataforma, mais detalhado é perfil do usuário obtido pelo provedor de um mecanismo de busca, pela rede social ou por uma plataforma de e-commerce, o que a possibilita oferecer informações mais precisas aos anunciantes selecionarem seu público-alvo. Por sua vez, no lado dos anunciantes, estes se beneficiam de uma melhor especificidade do público alvo devido à maior probabilidade de que o produto anunciado seja realmente adquirido pelos usuários aos quais o anúncio é exibido (GRAEF, 2015, p.473).

Além disso, sob o modelo de publicidade *pay-per-click*, que é mais comumente empregado em plataformas, os anunciantes só pagam ao provedor quando um usuário realmente clica em um anúncio. Logo, com o público alvo mais refinado, aumentam as probabilidades de cliques, aumentando, diretamente, a receita da plataforma (GRAEF, 2015, p. 485).

Além de utilizar os dados como insumo de produção para aprimorar seus serviços do lado do usuário e do anunciante de sua plataforma, os provedores podem utilizar seus conjuntos de dados como uma receita adicional, caso eles os venderem como uma mercadoria ou matéria-prima material para terceiros (Shelanski, 2013, p. 1680). Por exemplo, o Twitter licencia dados para empresas que usam dados do Twitter para construir produtos, para analisar internamente ou para servir a outros propósitos. Ao contrário, Amazon, Facebook e Google esclarecem em suas políticas de privacidade que não vendem dados a terceiros²⁶.

3.7.2. Os dados como contribuinte de poder de mercado

Trazendo a questão para o cerne do presente trabalho, passa-se a verificar, então, como e em que nível os dados podem contribuir para o poder de mercado de cada firma. O primeiro questionamento a ser respondido é se a plataforma efetivamente monetiza esses dados, os vendendo para terceiros, ou se, diferentemente, apenas utiliza dos dados para melhorar seus serviços. No primeiro cenário, como é o caso do Twitter, pode-se argumentar que avaliando (i) por qual valor e em qual quantidade esses dados são vendidos; e (ii) quanto

²⁶ Respectivamente: Amazon.com Privacy Notice, Does Amazon.com Share the Information It Receives?, Disponível em: https://www.amazon.com/gp/help/customer/display.html?nodeId=468496#GUID-A2_C397AB-68FE-4592-B4A2-7550D73EEFD2__SECTION_3DF674DAB5B7439FB2A9B4465BC3E0AC; Facebook Help Centre, Does Facebook sell my information?, Disponível em: <https://www.facebook.com/help/152637448140583>; Google Privacy, Is Google using my data? What for?, Disponível em <https://support.google.com/googleforwork/answer/6056650?hl=en> (Todas acessadas 18 Jan. 2023).

desse retorno financeiro contribui para o sustento da plataforma, é possível apreender a importância dos dados para a obtenção e manutenção de poder de mercado.

Porém, o principal desafio na definição de mercado relevante reside no segundo cenário, que é o caso da maioria das plataformas, no qual os dados correspondem a um produto intermediário, que não é vendido ou trocado. Portanto, não há demanda e oferta específica para esses dados, de modo que a substitutibilidade dos dados não pode ser facilmente verificada, não sendo possível, conseqüentemente, identificar um mercado relevante específico (GRAEF, 2015, p. 490).

Nessas situações, em que os dados não são negociados como um produto autônomo e não existe um mercado de produto dados, seria particularmente relevante analisar as possibilidades de outras empresas recolherem informações semelhantes ou de novos entrantes serem capazes de coletar os dados necessários, colocando assim a empresa dominante sob pressão competitiva.

Diante dessa análise mais voltada para a competição potencial, algumas considerações devem ser feitas para melhor compreender em que medida a detenção de dados contribui para poder de mercado e se eles dão origem a uma barreira à entrada. A princípio, todas as respostas a serem analisadas irão depender das circunstâncias fáticas de cada caso. Por isso, não se pode estabelecer de praxe que os dados do usuário constituem o poder de mercado e uma barreira de entrada sem antes analisar o contexto que os envolve. Além de servir como uma barreira à entrada, é importante manter em mente que o acesso superior a dados pode permitir e exacerbar condutas anticompetitivas no ambiente dos mercados digitais.

Primeiramente, questiona-se o que é essencial para uma plataforma, se basta ter acesso a informações sobre eventos passados ou também há uma necessidade de coleta e processamento de dados em tempo real? Geralmente, é necessário que os algoritmos consigam se adaptar às novas tendências de busca utilizadas pelos usuários, combinando-as com seus padrões anteriores.

Nesse primeiro ponto já é possível notar uma vantagem competitiva das firmas dominantes. Por exemplo, para um provedor de pesquisa estabelecido, é mais fácil coletar informações atualizadas, porque já estabeleceu uma grande base de usuários recorrentes, o que lhe permite rapidamente adaptar-se às novas preferências dos usuários - tem-se, aqui, mais uma repercussão dos efeitos de rede. O Google se adapta mais rápido que o Bing, porque mais pessoas acessam o Google primeiro, logo, o Google recebe a nova informação antes.

Em segundo lugar, é preciso analisar qual o escopo dos dados que são efetivamente relevantes em um dado mercado, se é uma parte de uma base de dados maior, ou se é um

conjunto de várias bases de dados. Além disso, é recomendado entender a estrutura que cada empresa do mercado utiliza para obter e gerenciar esses dados - característica que pode diferir de empresa para empresa, e isso não significa que se estaria tratando de mercados diferentes. Por isso, definir os “dados relevantes” para alcançar o mercado relevante a ser analisado pode ser de difícil consideração (OCDE, 2022, p. 14).

Em um terceiro momento, deve-se entender a importância de ter acesso a esse tipo de dado para conseguir competir eficientemente no mercado: nesse mercado, existem outros tipos de dados que permitam o concorrente a competir normalmente? Existem terceiros comercializando *datasets* comparáveis, como agregadores de dados? E, sendo esse o caso, a qual preço?

Esse terceiro passo nada mais é do que uma análise de substituíbilidade. Ou seja, um conceito condutor nas análises de mercado relevante tradicional pode, e deve, ser utilizado quando buscando compreender melhor sobre os impactos dos dados em um mercado. Se não houver substitutos prontamente disponíveis negociados em no mercado por outros, a concorrência potencial é a única restrição à qual o titular dos dados pode estar sujeito.

Em uma decisão de 2012, que tinha por objeto analisar uma *joint venture* entre operadores móveis do Reino Unido, a Comissão Europeia considerou que havia dois tipos de dados, os coletados por dados móveis e os coletados online, e que esses tinham que ser consideradas complementares e não poderiam ser substituídas umas pelas outras, porque os dois serviços coletavam diferente diferentes tipos e quantidades de informações do consumidor²⁷.

Outras questões que podem ser relevantes para conseguir definir em qual medida essa gama de dados influencia a conquista e durabilidade de poder de mercado são: (i) qual a qualidade e veracidade dos dados obtidos? Eles são fornecidos pelos próprios usuários? Se sim, podem estar sujeitos a imprecisões; (ii) os dados da empresa incumbente são protegidos por propriedade intelectual?; e (iii) os dados são úteis num nível individual? Ou, para serem úteis, necessitam de uma determinada escala? Por exemplo, alguns algoritmos só refinam seus parâmetros com altos volumes de dados - especialmente em plataformas de buscas ou e-commerce (OCDE, 2022, p. 14-15). Nesse último caso, a firma dominante tem mais uma vantagem inegável frente aos entrantes, em termos da utilidade de seus dados, ainda que, porventura, a base de dados do entrante seja mais avançada em aspectos técnicos.

²⁷ 2 Case No COMP/M.6314 – Telefónica UK/Vodafone UK/Everything Everywhere/JV, 4 Sep. 2012, paras 199-203.

No mesmo caso que resultou na decisão da Comissão de 2012, durante a fase probatória, um participante do mercado afirmou que, nas informações coletadas por meio de dados móveis, a análise é mais pessoal, geolocalizada e pode ser cruzada o comportamento de ligações, que não pode ser oferecido pela análise de dados on-line. Embora a Comissão tenha deixado em aberto a definição precisa do mercado do produto, ao considerar essas características, concluiu que, possivelmente, havia mercados relevantes separados para serviços de dados on-line e de dados móveis²⁸.

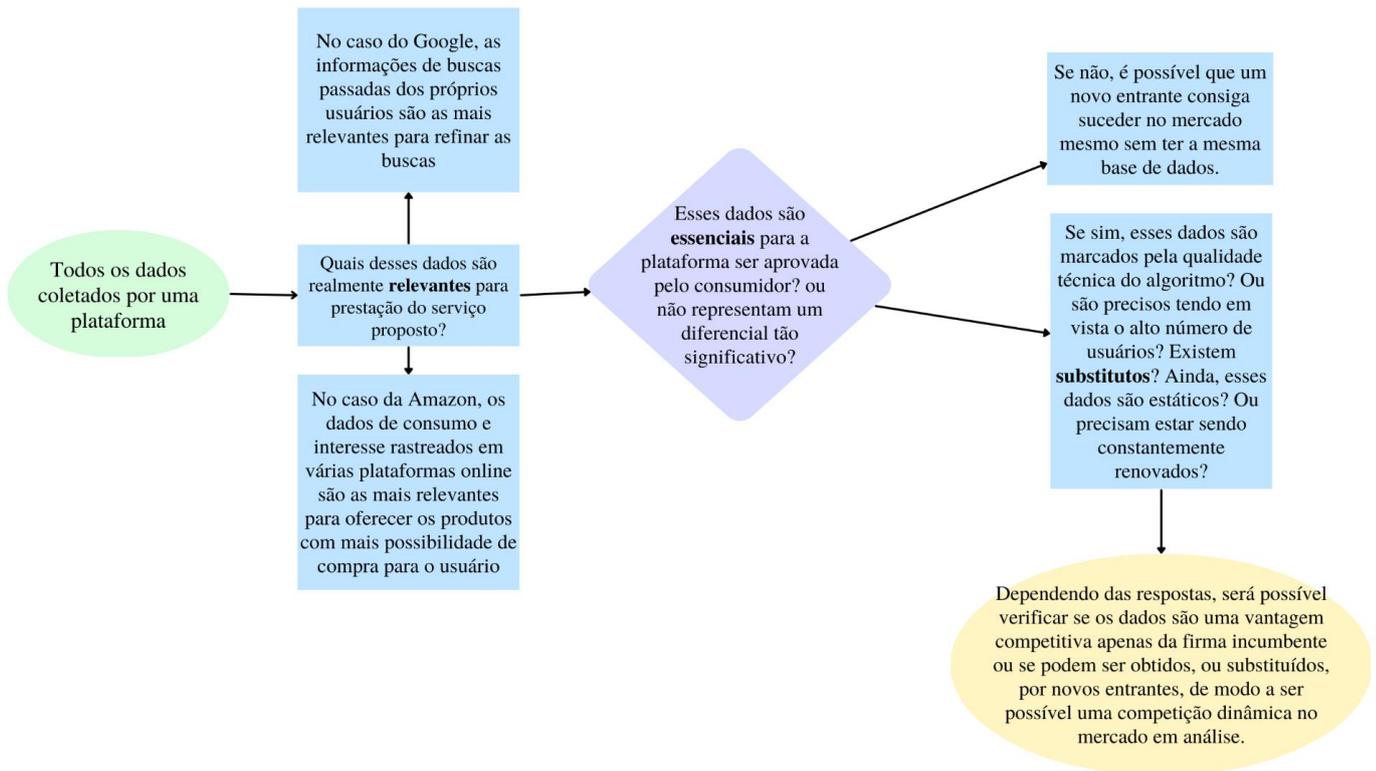
Graef defende, nessa senda, que fosse praticada segmentação entre dados offline e dados online, e, dentro do segundo, existisse uma subdivisão entre dados de pesquisa, dados de redes sociais e dados de e-commerce. Os dados que uma plataforma de busca detém consiste nas consultas que os usuários realizaram e quais os links posteriormente clicados para cada pesquisa. Já as informações coletadas por um provedor de rede social incluem informações de perfil compartilhadas por usuários e as interações nas quais os usuários engajaram na plataforma. Por fim, uma plataforma de e-commerce se utiliza de informações sobre o comportamento de compra dos usuários, que inclui seu carrinho de compras virtual e todos os itens os quais tenham visto, curtido ou avaliado (GRAEF, 2015, 497-498).

Em conclusão, para aferir o mercado relevante e a existência de poder de mercado dentro de um contexto digital que se utiliza de dados como propulsor de toda a atividade realizada, é necessário identificar quais são os dados necessários para fornecer serviços aos usuários e aos anunciantes /comerciantes. Desse modo, se leva em consideração os múltiplos lados do mercado: o lado em que acontece a coleta dos dados e o lado no qual esses dados são monetizados, ou aproveitados. Além disso, é recomendada a análise de substitutibilidade, natureza, tamanho e demais características dessas informações relevantes, observando, sempre, qual a funcionalidade do serviço oferecido está sendo proporcionada por esses dados.

É importante, sobretudo, compreender, desde o momento da definição do mercado relevante, que, quanto mais decisivo forem os dados para a manutenção de poder de mercado, mais as firmas incumbentes buscarão modos de protegê-los e segregá-los dos demais competidores. No mais, o esquema abaixo foi elaborado para facilitar a compreensão sobre as etapas da análise sobre os dados de uma plataforma digital, que deve ser realizada para melhor compreender seu poder de mercado:

Ilustração 1 - Abordagem aos Dados em uma Análise Antitruste

²⁸ idem.



Fonte: Elaboração da autora (2023).

3.8. Questões tangenciais ao mercado relevante e poder de mercado

3.8.1. Gatekeepers

Ainda que essa noção não se relacione diretamente com o mercado relevante e o poder de mercado, o fato da União Europeia ter concentrado sua proposta regulatória dos mercados digitais, o *Digital Markets Act* (“DMA”), nos chamados agentes *gatekeepers* provoca se essa nova figura não seria um substituto à análise de dominância dentro do exame concorrencial. Ou seja, se ao invés de verificar se a firma é dominante no mercado relevante em questão, indaga-se se não seria mais adequado questionar se a firma é uma *gatekeeper*, para apurar eventuais condutas anticompetitivas. E, se esse for o caso, quais as diferenças entre esses dois cenários.

Os *Gatekeepers* são os principais provedores de serviços digitais. Nos termos do DMA, esse agente presta serviços essenciais de plataforma, de forma consolidada, incluindo intermediação online, buscas online, redes sociais online, etc.

Conceituando, para ser um *gatekeeper*, segundo o art. 3º do DMA (2020, pp. 36–38), é preciso que a empresa (i) possua impacto significativo no mercado, obtendo um faturamento igual ou superior a EUR 6,5 bilhões nos últimos 3 anos; (ii) preste um serviço essencial de plataforma, verificado na detenção de mais de 45 milhões de usuários e mais de 10.000

usuários comerciais; e (iii) possua posição consolidada, sendo as duas outras condições observadas nos últimos três anos de exercício. A partir disso, a regulação propõe consequências para esses agentes, sendo estas (i) a responsabilidade especial de garantir a concorrência; (ii) cumprir prontamente obrigações e não se envolver em comportamentos desleais; e (iii) portar-se como *gatekeeper* ainda não tenha posição consolidada, mas que venha a ter no futuro (FONSECA, 2022, p. 94).

Ainda, de acordo com o art. 4º do DMA, a Comissão pode, a qualquer momento, independentemente de provocação, alterar ou revogar a decisão de considerar determinado agente um *gatekeeper*, inclusive se ocorrer uma alteração substancial do fato que o tornou *gatekeeper*.

Especialmente na seção que trata sobre as responsabilidades especiais dos *gatekeepers*, nota-se uma certa identidade com os agentes com alta participação no mercado. Os *gatekeepers* nada mais seriam do que os agentes que estão no ponto de inflexão dos grandes mercados digitais, e, para não perpetuar essa situação, colocam-se alguns limites para a empresa não poder isolar seus dados livremente ou aumentar as barreiras à entrada de forma discricionária, como em opções de *multihoming* ou custos para troca.

O próprio art. 5º do texto regulatório afirma que os *gatekeepers* devem se abster de combinar dados pessoais obtidos a partir dos serviços essenciais de plataforma com dados pessoais de qualquer outro serviço ou eles oferecido ou com dados pessoais provenientes de serviços prestados por terceiros.

No art. 6º, tem-se que os *gatekeepers* devem permitir que os usuários finais desinstalem quaisquer aplicações informáticas pré-instaladas nos seus serviços essenciais de plataforma, sem possibilidade de prejuízo. Ou seja, impõe-se o *multihoming*. Ainda nesse dispositivo, estabelece-se que o *gatekeeper* não pode classificar de forma mais favorável os próprios serviços e serviços complementares aos seus em detrimento aos produtos semelhantes de terceiros. Ficando, então, vedados à prática de auto favorecimento.

Sobre o auto favorecimento, é importante ressaltar que, enquanto as empresas não são obrigadas a atuar de forma neutra ou fornecer acesso a seus competidores, quando as plataformas possuem poder de mercado, este tipo de auto preferência de seus produtos em detrimento dos de terceiros pode ser danosa pois eleva barreiras à entrada e à expansão de concorrentes e pode levar a uma diminuição da qualidade e da inovação em diferentes mercados.

Da mesma forma, o artigo 6º do DMA estabelece aos *gatekeepers* a obrigatoriedade de proporcionar portabilidade dos dados gerados em decorrência das atividades dos usuários

comerciais e finais e, em particular, fornecer ferramentas aos usuários finais que permitam exercer o direito de portabilidade de dados, inclusive mediante a concessão de um acesso contínuo e em tempo real - o que diminui os custos de troca.

O que torna figura dos *gatekeepers* tão interessante é que ela implica em obrigações *per se* aos maiores agentes dos mercados digitais, de modo que não seria necessário uma análise de mercado relevante e poder de mercado para análise da operação/condução. Ainda que existam caminhos regulatórios alternativos, os critérios elaborados pela Comissão Europeia pretendem minimizar todas as chances de *underenforcement* (erro tipo 2) das *Big Techs*, e levam em conta todos os problemas mencionados nesse capítulo.

Ou seja, ainda que essas normas sejam restritas aos agentes com dominância estabilizada em mercados digitais, elas provocam reflexões de que se, para uma melhor fiscalização desses agentes, não seria melhor o abandono dos institutos tradicionais objetos do presente trabalho. Mercado relevante e poder de mercado não deixam de ser tentativas parciais e imperfeitas de mensurar algo que, como o poder econômico, é uma questão essencialmente de fato, cuja natureza dinâmica e plástica é de difícil apreensão (FRAZÃO, 2021, p. 193).

3.8.2. Cláusulas de *Most Favorable Nation* (“MFN”)

De acordo com o dicionário *Practice Law by Thomson Reuters*, as cláusulas MFN são previsões contratuais nas quais o “vendedor promete ao comprador que não oferecerá melhores condições a outro comprador antes de oferecer essas condições ou melhores condições ao primeiro comprador”²⁹.

No meio concorrencial, a título exemplificativo, os possíveis efeitos positivos das cláusulas MFN seriam verificados nas hipóteses de agentes econômicos que atuam em mercados que exigem altos investimentos de modo a possibilitar parcerias comerciais, oportunidade em que essa cláusula poderia proteger e incentivar melhores relações (BAKER; CHEVALIER, 2013) ou, ainda mais especificamente na hipótese de plataformas digitais, a intenção seria minimizar o custo de consumidores em pesquisa de melhores ofertas (GONZÁLEZ-DIAS; BENNET, 2015).

No caso de mercados digitais, isso pode se dar, por exemplo, pela apropriação dos investimentos de plataformas digitais para facilitar o acesso do consumidor a um determinado bem ou serviço - o consumidor utiliza a plataforma para localizar o bem (como por exemplo

²⁹ Disponível em: [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-382-3637?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/8-382-3637?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true). Acesso em 11 de jan. de 2023.

um hotel) mas não remunera a plataforma pelo serviço prestado, indo diretamente ao site do fornecedor para concretizar a compra por um preço mais baixo que desconta a taxa cobrada pela plataforma.

Quanto aos possíveis efeitos anticompetitivos advindos da utilização da cláusula MFN, esses foram sintetizados por Athayde, quais sejam (i) a facilitação à colusão explícita; (ii) a facilitação à colusão tácita; (iii) a elevação de barreiras à entrada/à expansão e fechamento de concorrentes; (iv) o aumento dos preços médios; (v) a facilitação à fixação de preços (mínimos) de revenda; e (vi) a redução das inovações (2017, p. 306).

O relatório da União Europeia sobre concorrência em plataformas digitais afirma que fortes efeitos de rede em mercados digitais, que aumentam o poder de mercado das empresas incumbentes, também aumentam o potencial anticompetitivo de MFNs e cláusulas similares. O relatório do Reino Unido também compartilha desta visão, indicando como MFNs podem diminuir a competição no mercado e encorajar o *singhoming* pelos consumidores, aumentando o poder de mercado das plataformas.

Uma MFN de plataforma exige que os provedores se abstenham de oferecer seus produtos ou serviços a preços mais baixos em outras plataformas. A plataforma fica, assim, segura de que nenhum outro distribuidor de internet irá cobrar um preço final menor, não porque ela trabalhou para garantir que tenha o menor custo, mas porque contratou para que os preços dos concorrentes não fossem mais baixos (BAKER, MORTON, 2018, p. 2178).

Quando a proibição se dá em relação a todo o mercado, estas MFNs são chamadas de amplas. Já quando a proibição se dá apenas em relação ao canal de venda controlado diretamente pelo fornecedor, as MFNs são chamadas de restritas. Em mercados que contam com forte competição entre plataformas, limitar apenas MFNs-amplas pode ser suficiente para garantir a competição. Porém, nos mercados em que a competição inter-plataformas for limitada, revela-se importante também vetar as MFNs-restritas que impedem diferenciação de preços dentro da plataforma, garantindo a competição intra-plataforma.

O caso mais notório de investigação concorrencial sobre as cláusulas de MFN foi no mercado de reserva online de hotéis, realizado por plataformas digitais como o booking.com. Em 2010, o antecessor da autoridade inglesa de concorrência “CMA” (*Competition and Markets Authority*), o OFT (*Office of Fair Trading*) lançou uma investigação sobre supostas restrições de preços no setor de reservas online de hotéis. A investigação analisou o uso da Booking.com e da Expedia de cláusulas de paridade de tarifa, ou *Most Favorable Nation* ('MFN'), que restringiam os hotéis de oferecer preços, termos e disponibilidade diferentes por meio de outros agentes de viagens on-line concorrentes.

Embora a investigação não se referisse especificamente a essas cláusulas, notou-se sua prevalência. Na época, investigações simultâneas estavam em andamento em toda a Europa, com foco nas cláusulas MFN. Em abril de 2015, as autoridades de concorrência francesa, italiana e sueca aceitaram formalmente compromissos vinculativos de várias agências de viagens online para evitar as cláusulas.

Seguindo seus compromissos com as autoridades europeias, Booking.com e Expedia removeram as cláusulas MFN de seus contratos comerciais no Reino Unido, e o CMA manteve um projeto de monitoramento contínuo em todo o setor e aumentou a conscientização do setor de viagens on-line sobre os compromissos firmados.

Diante disso, ainda que as cláusulas MFN não estejam no escopo do mercado relevante e poder de mercado, deve-se atentar para sua ocorrência quando analisando plataformas digitais, especialmente pela probabilidade de efeitos anticompetitivos que surgem a partir destas, a partir de um abuso de poder de mercado.

4. ANÁLISE DA ABORDAGEM INTERNACIONAL E NACIONAL SOBRE PODER DE MERCADO DAS PLATAFORMAS DIGITAIS QUE UTILIZAM ESTRATÉGIA DE PREÇO ZERO

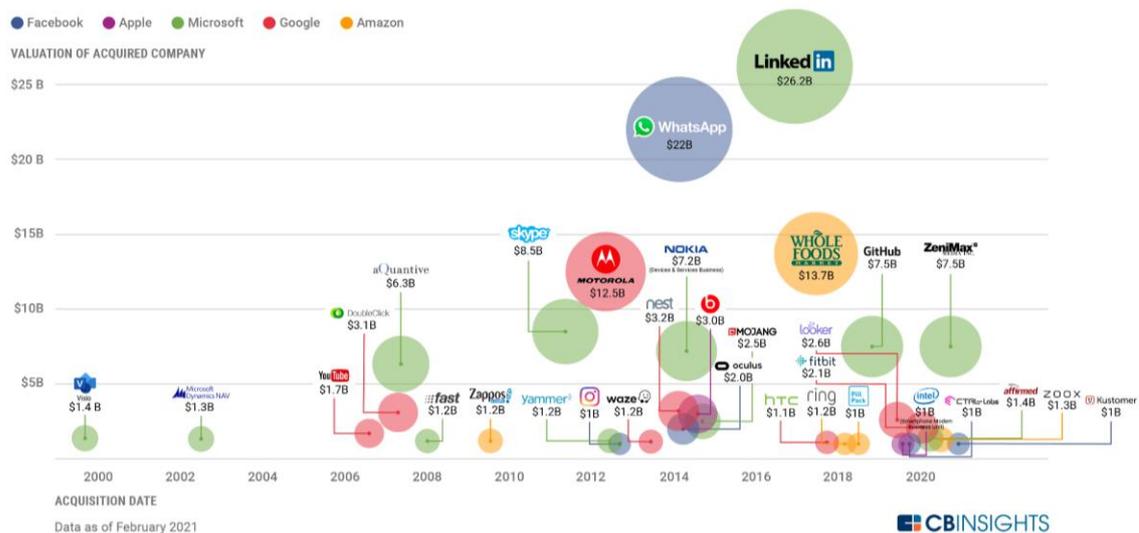
Uma vez estabelecidos os fatores próprios das plataformas digitais que adotam estratégia de preço zero, passa-se ao exame dos relatórios e casos em que as autoridades concorrenciais, de fato, se debruçaram sobre o tema. Entre as autoridades internacionais que produziram trabalhos e julgaram casos envolvendo as *big techs*, destaca-se as europeias (Seção 4.1) e americanas (Seção 4.2). Ao final, serão, também, estudadas as decisões do CADE que envolveram mercados digitais (Seção 4.3).

O foco deste estudo, retomando as inconsistências já levantadas nos capítulos anteriores sobre a metodologia tradicional da análise antitruste, é verificar como (e se) as autoridades estão realizando a adaptação dos conceitos tradicionais que se baseiam no preço e no bem-estar do consumidor para a realidade das plataformas digitais com estratégia de preço zero.

A análise pretende ser qualitativa, de modo que não serão analisadas todas as decisões já proferidas envolvendo plataformas digitais com estratégia de preço zero, como se verá mais especificamente em cada seção - pois, a depender da jurisdição, as particularidades de pesquisa eram diferentes. A relevância do caso para o objeto da pesquisa foi considerada na seleção.

Sobre as aquisições, cumpre destacar que, por muito tempo, não foram objeto de preocupações antitruste, e, mesmo quando eram notificadas, eram aprovadas sem maiores dificuldades. Em alguns casos, essas aquisições permitiram que a empresa dominante neutralizasse uma ameaça competitiva, em outros, a firma dominante acabou o descontinuou um produto subjacente, através das chamadas “*Killer Acquisitions*”. Abaixo, segue um panorama geral das aquisições bilionárias feitas, ao longo dos anos até fevereiro de 2021, pelas Big Techs, que compreendem Amazon, Apple, Facebook, Google e Microsoft - e, como restará demonstrado nas seções seguintes, muitas delas não foram objeto da apreciação antitruste.

Ilustração 2 - Panorama das Aquisições Bilionárias das Big Techs



Fonte: CBInsights (2021)³⁰.

Sobre as condutas anticompetitivas, foram observadas condutas de natureza unilateral, resultantes de um abuso de posição dominante para discriminar rivais e se aproveitar do seu avançado banco de dados para manter sua dominância no mercado. Nestas, o foco da análise reside em identificar quais os critérios utilizados na definição do mercado relevante, especialmente na dimensão produto, já que, na dimensão geográfica, a depender do serviço/produto em questão, é nacional ou global, e na verificação de poder de mercado.

4.1. Análise das posições da Comissão Europeia e demais autoridades europeias

Primeiramente, nesta seção, serão analisados onze casos (em dez seções), julgados tanto pela Comissão Europeia, como por outras autoridades nacionais, como a inglesa (CMA), alemã (Bundeskartellamt), italiana (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), e francesa (Autorité de la Concurrence). Na seleção dos casos, deu-se preferência àqueles que já possuíam decisão proferida (com exceção da seção 4.1.7, Caso B6-55/20 - Facebook/Oculus), e que a autoridade investigava condutas que representavam um abuso da posição dominante, ou avaliava operações que poderiam causar efeitos anticompetitivos nos mercados digitais.

As autoridades europeias podem ser consideradas pioneiras nessa regulação do antitruste nos mercados digitais. Como já explorado, por muito tempo, vigoraram algumas ideias de que a competição nos mercados digitais sempre seria dinâmica, que sempre haveria espaço e incentivo para inovação, e que a competição estaria a um clique de distância. Contudo, com a rápida solidificação de agentes dominantes em alguns mercados, a autoridade passou a se movimentar mais notoriamente para realizar investigações do que estava por trás

³⁰ Disponível em: <https://www.cbinsights.com/research/tech-giants-billion-dollar-acquisitions-infographic/>. Acesso em: 14 de jan. de 2023.

desses elevados poder de mercado, e, por muitas vezes, se deparou com ilícitos concorrenciais.

Eleanor Fox explica que o direito da concorrência aplicado na Europa vem ganhando uma abordagem mais econômica há quase duas décadas, afastando-se dos preceitos tradicionais da Escola de Chicago. Por essa razão, Fox ensina que, ao contrário das autoridades norte-americanas, as agências antitruste europeias não pressupõem que os mercados funcionam bem sozinhos ou se autorregulam, mas, pelo contrário, desconfiam da higidez de mercados concentrados, especialmente aqueles dominados por um único agente (2019).

Esse avanço é percebido não só nas investigações e procedimentos instaurados, mas nas propostas regulatórias que surgiram do continente, como tratado na seção 3.8, o DMA representou uma iniciativa inédita de regulação da concorrência nos setores digitalizados da economia. A estrutura da proposta regulatória do DMA tem quatro pilares: (i) uma lista fixa de serviços essenciais de plataforma; (ii) critérios quantitativos e qualitativos para definição de prestadores de serviços essenciais de plataforma como *gatekeepers*; (iii) obrigações que os *gatekeepers* deverão cumprir; (iv) a possibilidade de atualização dessas obrigações dos *gatekeepers*, na medida em que sejam identificadas novas práticas desleais e com probabilidade de prejudicar a concorrência (COMISSÃO EUROPEIA, 2020, p. 11). Desse modo, a Comissão pretende instaurar uma regulação que consiga se adaptar conforme as dominantes no mercado (e possíveis condutas ilícitas por elas praticadas) vão evoluindo.

Nos casos escolhidos pelos critérios já introduzidos na seção anterior (Seção 4), cinco foram envolvendo o Google, quatro envolvendo o Facebook, e dois envolvendo a Amazon (os dois foram tratados na mesma seção por terem sido apensados na mesma instrução pela Comissão Europeia). Foram 7 procedimentos investigativos e 4 processos de análise de aquisição.

Entre os procedimentos que buscaram apurar a existência de conduta ilícita, foi verificado que, em 3 casos, apurou-se a existência de auto favorecimento; em 2 casos, a conduta foi a de discriminação de rivais (através de recusa injustificada em contratar); e, em 2 casos, investigou-se o uso indevido de dados. Todas as condutas partem da premissa de abuso de posição dominante.

4.1.1. Caso AT.39740 – Google Search (Shopping)

A partir de uma reclamação feita por outros provedores de serviços de busca, foi instaurado o processo da Comissão Europeia contra o Google, em 2010, para apurar a ocorrência de tratamentos discriminatórios contra rivais nas pesquisas não pagas e patrocinadas feitas no Google. Além disso, foi investigada a conduta de auto favorecimento dos produtos e serviços Google em sua plataforma de buscas, em detrimentos de produtos e serviços de terceiros.

Na seção 5 da decisão se identifica a análise sobre o mercado relevante em questão, enquanto na seção 6 está localizada a discussão sobre eventual poder de mercado. Inicialmente, sobre a delimitação de mercado relevante nesse caso, temos que, no parágrafo 152, a autoridade destaca que o fato de um serviço ser prestado gratuitamente não impede que essa prestação não constitua uma atividade econômica para fins do direito concorrencial, esse é apenas um fator que tem que ser considerado na avaliação de dominância.

No parágrafo 154, a Comissão afirma que, para esse caso, o mercado relevante na dimensão produto é o mercado de serviços de pesquisas gerais (*market for general search services*) e o mercado de comparação de serviços de compras (*market for comparison shopping services*). Sobre o primeiro mercado, de serviços de pesquisas gerais, o órgão concluiu que seria um mercado separado por três razões (COMISSÃO EUROPEIA, 2017).

A primeira razão é que prestar serviço de busca geral constitui uma atividade econômica. A Comissão destaca que a natureza gratuita do serviço não interfere nessa característica, pois, ainda que os usuários não paguem pelo serviço, eles contribuem para a monetização do serviço concedendo dados a cada pesquisa. Também é destacado que ainda que, nesse mercado, a competição não ocorra por meio do preço, existem outros parâmetros que sustentam a competição entre as empresas que oferecem esse serviço, como a relevância e velocidade dos resultados apurados.

O segundo fator diz respeito à substituíbilidade limitada com outros serviços digitais, tanto no lado da demanda, quanto no lado da oferta. No lado da demanda, é afirmado que os consumidores não veem esses provedores de busca como substitutos nem para sites de conteúdo (já que possuem intuítos e funcionalidades completamente diferentes, enquanto o provedor de busca age como um meio para o consumidor achar o que procura, o site de conteúdo age como o fim para o consumidor), nem para sites de pesquisa especializados (já que os serviços de busca especializados não visam fornecer todas as informações relevantes possíveis resultados para consultas, eles se concentram em fornecer informações específicas, como sites de pesquisa de hotéis ou de restaurantes). Ainda, a Comissão destaca que, por

terem funcionalidades completamente distintas, os provedores de buscas gerais não são substitutos de redes sociais.

No lado da oferta, a substituíbilidade também é limitada porque, a fim de oferecer serviços de pesquisa geral, os provedores de outros serviços on-line deveriam ter que fazer investimentos significativos em termos de tempo e recursos, especialmente pelos custos iniciais associados ao desenvolvimento de algoritmos e os custos de rastreamento e indexação dos dados.

A terceira razão considerada é que essa conclusão, de se estabelecer um mercado relevante específico para provedores de serviços de buscas gerais, não muda se consideradas as buscas em dispositivos estáticos (computadores e laptops) ou dispositivos móveis (smartphones e tablets). A Comissão, então, argumenta que o mercado incluiria todos os dispositivos que têm acesso aos provedores de busca, porque, ainda que a interface do usuário seja diferente, a tecnologia é a mesma e é oferecida pelas mesmas empresas (nenhum site de pesquisa está disponível apenas para computadores ou apenas para tablets, uma vez na internet, podem ser acessados dos mais variados aparelhos).

Já em relação ao segundo mercado, o de comparação para serviços de compras, este representa um mercado individual pois (i) permite que usuários procurem por produtos e comparem seus preços e características pelas ofertas de vários varejistas on-line e de várias plataformas de *marketplace*; e (ii) proporcionam links que levam (diretamente ou por páginas intermediárias) para os sites desses comerciantes ou plataformas de *marketplace*. Logo, esses serviços não são intercambiáveis com mecanismos de busca, redes sociais, plataformas de compra, etc. (2017, §191-192).

Merece destaque a diferenciação feita pela Comissão entre o mercado de comparação de produtos com o de plataformas que atuam como *marketplaces* (ou seja, em uma só plataforma, oferecem produtos de variadas lojas). Segundo a autoridade, a principal distinção reside no fato que esses mecanismos de comparação não permitem que o usuário compre diretamente da plataforma³¹, mas que o usuário entre em sites de terceiros para acharem o produto desejado. (2017, §218) Essa diferença é confirmada pelo fato que o google permite que essas plataformas que atuam como *marketplaces* entrem nos resultados de suas pesquisas, mas não inclui outras plataformas de comparações de produtos.

³¹ Em seu site “Sobre o Google Shopping”, o Google indica que não vende produtos diretamente à compradores, ao invés disso, coleta informações sobre os produtos dos vendedores e torna esses produtos pesquisáveis para o usuário. “Nosso trabalho é encontrar o produto que você quer e te levar à loja que o vende”. Disponível em: <https://support.google.com/faqs/answer/2987537?hl=en#FAQ>. Acesso em: 19 de jan. de 2023.

Esta conclusão baseia-se na alta participação de mercado da Google, na existência de barreiras à expansão e entrada, a raridade de *multihoming* de usuários, e a existência de efeitos de marca. A conclusão mantém-se apesar do fato de que os serviços de pesquisa são oferecidos gratuitamente. (2017, §276)

Quando defendendo que o mercado nacional para serviços de pesquisas gerais é caracterizado por altas barreiras à entrada e à expansão, a Comissão evidencia que o estabelecimento de uma plataforma de buscas gerais exige muitos investimentos e o refinamento do algoritmo requer muitos usuários e um alto volume de buscas. Logo, as questões em volta desse mercado são de grande escala, e, por isso, menos propensas a possibilitar um novo entrante.

A Comissão também faz referência à existência de *feedback effects* positivos nos dois lados da plataforma (um lado sendo o de serviços de buscas gerais e o outro de anúncios de busca) e de efeitos de rede diretos e indiretos, os quais contribuem para criação de barreiras à entrada. Ademais, ao contrário do que afirma a Google, a Comissão conclui que, não obstante a capacidade técnica dos usuários de alternar entre diferentes serviços de pesquisa geral, apenas uma minoria de usuários usa o serviço de pesquisa geral do Google na Europa como seu serviço de pesquisa geral usa outros serviços de pesquisa geral (falta de “*multihoming*”).

Logo, nessa decisão, o mercado relevante foi definido com base na substitutibilidade. Sobre o poder de mercado, ainda que o *market share* tenha sido utilizado para definir a posição dominante do google, o que, pela ampla disparidade em relação aos concorrentes, se fez pertinente, foi amplamente considerada a existência de barreiras à entrada nos mercados relevantes, destacando fatores como (i) a multiplicidade de lados da plataforma; (ii) os efeitos de rede e os *feedback effects*; e (iii) a possibilidade e efetiva verificação de *multihoming*.

4.1.2. Caso AT.40099 - Google Android

Em 15 de abril de 2015, foi instaurado, de ofício, o processo AT. 40099 (Google Android), para investigar se o Google havia impedido o desenvolvimento e acesso ao mercado de sistemas operacionais móveis rivais (COMISSÃO EUROPEIA, 2018).

Em sua decisão, datada de julho de 2018, a Comissão Europeia conclui que os mercados do produto relevantes são: (i) o mercado de licenciamento de sistemas operacionais de dispositivos *smart*; (ii) o mercado de lojas de aplicativos Android; (iii) o mercado de prestação de serviços de busca geral; e (iv) o mercado de navegadores da web móveis não específicos do sistema operacional. (2018, §217) Foi utilizada uma análise de

substituibilidade, sob a ótica da demanda e da oferta, para delimitação e individualização dos mercados.

Na análise do exercício de posição dominante pelo Google, a Comissão se utilizou do elevado *market share*, altas barreiras à entrada e à expansão (altos investimentos de recursos e de tempo - investimentos realizados tanto no momento inicial de desenvolvimento da plataforma quanto em suas constantes atualizações); efeitos de rede; custos de troca entre sistemas operacionais; o ecossistema digital de aplicativos desfrutado pela Android; a existência de efeitos de marca.

4.1.3. Caso B6-22/16 - Uso indevido de dados pelo Facebook

Esse caso, diferentemente dos dois primeiros, foi instaurado pela autoridade concorrencial alemã, o Bundeskartellamt, contra o Facebook, em março de 2016, para apurar suposto uso ilegal dos dados de usuários, a partir de um abuso de posição dominante.

É interessante atentar para o fato de que, desde a entrada em vigor da 10ª emenda ao GWB (Lei de Concorrência da Alemanha) no início de 2021, novas regras sobre controle de abuso foram implementadas, permitindo que o Bundeskartellamt intervenha mais cedo e com mais eficácia contra as práticas de grandes corporações digitais. Desde então, a autoridade iniciou vários novos processos contra a Alphabet (ex-Google), Amazon, Meta (ex-Facebook) e Apple³².

No âmbito do processo administrativo, o Facebook apresentou um artigo sobre falta de dominância em 18 de novembro de 2016, no qual afirma, essencialmente, que o Facebook não apresenta posição dominante no mercado que seria o “mercado pela atenção” dos usuários da internet. Argumentou, também, que ainda que o mercado fosse de redes sociais, o Facebook não apresentaria dominância. Por fim, afirma que os custos são baixos e que os usuários praticam *multihoming* em larga escala, e que não há barreiras significativas à entrada no mercado.

A autoridade alemã concluiu, no entanto, que o mercado relevante seria o mercado nacional de redes sociais para usuários privados, sobre o qual o Facebook teria, sim, dominância. O órgão constatou a extensão do processamento dos dados dos usuários como um elemento de comprovação de poder de mercado, considerando que suas características são de preço zero.

³² Íntegra na seção de “*background information*” do portal da autoridade:

https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2022/23_11_2022_Facebook_Oculus.html. Acesso em 20 de jan. de 2023.

O Bundeskartellamt concluiu que a falta de transparência no processamento de dados é consideravelmente exacerbada pela dominância apresentada pelo Facebook, de modo que o poder de mercado possibilita o processamento de dados mesmo contra a vontade dos usuários, aumentando assim claramente a extensão em que os dados são processados. A principal vantagem competitiva do Facebook diante das demais firmas é, para a autoridade, os dados competitivamente relevantes já adquiridos e processados pela plataforma.

Na análise, ainda, foram considerados fatores como (i) os múltiplos lados da plataforma; (ii) efeitos de rede diretos na atração de usuários para a rede social; (iii) feedback effects; (iv) inexistência de *multihoming*³³; e (v) o fato de que mercado de redes sociais é um mercado propenso ao *tipping* que viu o Facebook emergindo como um monopolista ou quase-monopolista.

O *market share* da plataforma também foi considerado, e abordado de forma a identificar, do volume total de usuários, quais desses são realmente ativos na plataforma. Esse acesso diário à plataforma foi um fator de destaque na análise da posição dominante do Facebook, mais do que o mero volume total de usuários.

4.1.4. Caso A529 - JuicePass/Google

Em maio de 2019, a Autoridade Italiana de Concorrência, “ICA” ou “*Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*”, instaurou o processo A529 contra o Google com a finalidade de apurar eventual conduta de recusa injustificada a contratar, tendo em vista que o Google bloqueou o uso do aplicativo JuicePass, aplicativo que localiza estações de carregamento de carros elétricos na plataforma Android Auto. Logo, os usuários foram impedidos de, enquanto dirigiam, utilizarem o aplicativo de localização de centrais de abastecimento elétrico.

Na decisão, a autoridade identificou dois mercados relevantes produto no *upstream*, em linha com o que a Comissão Europeia decidiu no caso do Google Android, sendo eles: (i) o mercado mundial (excluindo a China) para o licenciamento de sistemas operacionais de aparelhos *smart*, onde o Google atua por meio do Android; e (ii) o mercado mundial (excluindo a China) para lojas de aplicativos Android, onde o Google atua por meio do Google Play.

³³ Nesse fator, o uso concomitante de redes sociais diferenciadas do Facebook como Youtube e Snapchat não relativizam seu poder de mercado. As redes que foram, de fato, consideradas pela como as que, se utilizadas junto com o Facebook pelos consumidores, demonstrariam a existência de multi-homing foram: Google+ e Jappy, principalmente, e potencialmente Stayfriends e Wize.Life (2021, § 459).

Além disso, o ICA enfatizou que, tendo em vista a importância dos produtos do Google para distribuição de aplicativos, o Google supostamente ocupa uma posição de “*gatekeeper*”, pois é um portal para os desenvolvedores de aplicativos alcançarem os usuários finais. O ICA baseou sua alegação no fato de que, para ser publicado no Android Auto, um aplicativo deve ser desenvolvido com base em ferramentas de programação específicas definidas e disponibilizadas exclusivamente pelo Google (AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 2021). Ou seja, o caso está diretamente relacionado com as noções trabalhadas de *multihoming*, interoperabilidade e ecossistemas digitais, especialmente no uso de limitações a esses fatores, pelo agente dominante, para impedir o sucesso de um entrante ou rival.

O ICA também se referiu - no nível *downstream* - a um "espaço competitivo", incluindo aplicativos de carregamento de veículos elétricos (como JuicePass) e aplicativos de navegação (como o Google Maps, que - ao contrário do JuicePass - está disponível no Android Auto, por ser do Google). Na visão do ICA, ambos os tipos de aplicativos oferecem serviços usados para carregamento de veículos elétricos e, portanto, competem entre si (embora os aplicativos como o JuicePass sejam especializados, enquanto os aplicativos de navegação têm uma abordagem generalista). Essa conclusão da autoridade italiana é importante por remeter a questões trabalhadas em capítulos anteriores, de que produtos diferenciados e pouco substituíveis acabam competindo entre si em mercados digitais.

Desse modo, a autoridade confirmou a posição de dominância do Google nos mercados apurados, e o decidiu pela condenação do Google pela conduta de recusa injustificada de contratar.

4.1.5. Caso 19/0030 F - Google DoubleClick

Em junho de 2019, a autoridade concorrencial francesa, a Autorité de la Concurrence, instaurou o processo 19/0030 F contra o Google, a partir de denúncia apresentada por grupos de mídia, por meio da qual se alegou que a empresa, no mercado de servidores de publicidade para editores de sites e aplicativos móveis, estava favorecendo seus próprios serviços de tecnologia de anúncios (AdX e DoubleClick for Publishers) em detrimento dos de terceiros, abusando de sua posição dominante.

Na dimensão produto, a autoridade francesa concluiu que o mercado relevante seria o de servidores de anúncios para editores de sites e aplicativos móveis. Esse mercado foi identificado a partir de três premissas, que resultaram de análises de substituíbilidade: (i) que o mercado de servidores de anúncios deve ser segmentado conforme esses servidores são

destinados a editores ou a anunciantes; (ii) que existe um mercado específico para o fornecimento de servidores de anúncios para publicidade gráfica, separados do mercado em que as SSPs (“*supply side platforms*”) atuam; (iii) que a oferta do servidor de anúncios para os editores de sites e aplicativos móveis é muito diferente daquela para as tecnologias emergentes de servidor de anúncios para televisores conectados. (2021, §263) Na dimensão geográfica, a autoridade concluiu que o mercado relevante abrangia toda a União Europeia.

Na verificação de poder de mercado, a autoridade francesa levou em consideração tanto o alto e duradouro poder de mercado do Google no mercado relevante, quanto as altas barreiras à entrada e à permanência no mercado, verificadas, inclusive, pelo fato que agentes com muitos recursos, como o Facebook, desistiram de desenvolver seu servidor próprio de anúncios para editores ou se retiraram do mercado (2021, §329).

Além disso, destacou-se, na decisão de 2021, os altos custos de troca e a impossibilidade de *multihome*. Além dos custos intrínsecos associados à mudança de servidores de anúncios, o risco de tal mudança também é significativo, especialmente por representar uma perda de acessos e interações, o que resulta em uma perda de receita para o editor. (2021, §333)

4.1.6. Decisão do CMA sobre a Aquisição da Giphy pelo Facebook

Em junho de 2020, a autoridade concorrencial do Reino Unido, a Competition and Markets Authority (CMA), iniciou uma investigação sobre possíveis efeitos anticoncorrenciais decorrentes da aquisição da Giphy pelo Facebook. A Giphy é um banco de dados e mecanismo de pesquisa online que permite aos usuários compartilhar GIFs e adesivos eletrônicos através do site ou aplicativo Giphy, ou por meio de redes sociais como Facebook, Instagram, Twitter e Snapchat.

O mercado relevante para a avaliação concorrencial foi definido, através de análises de substitutibilidade, no caso do GIPHY, como o de fornecimento de bibliotecas de GIF pesquisáveis em um escopo geográfico global (CMA, 2021, ponto 5.43). Para realizar a verificação de poder de mercado, foram analisadas (i) a existência de substitutos; (ii) a possibilidade de *multihoming* e os custos de troca; e (iii) a multiplicidade de lados do produto.

A autoridade inglesa concluiu que a aquisição resultou em uma diminuição substancial da concorrência no mercado apontado e, por isso, recomendou que o Facebook vendesse a GIPHY para um comprador adequado. Essa conclusão foi embasada em dois principais achados, sendo eles (i) o decréscimo na oferta de publicidade gráfica no Reino Unido devido à efeitos decorrentes de uma perda de concorrência dinâmica, e (ii) o decréscimo no

fornecimento de serviços de mídia social em todo o mundo (incluindo no Reino Unido) devido aos efeitos verticais resultantes da exclusão de insumos. (2021, §65)

4.1.7. Caso B6-55/20 - Facebook/Oculus

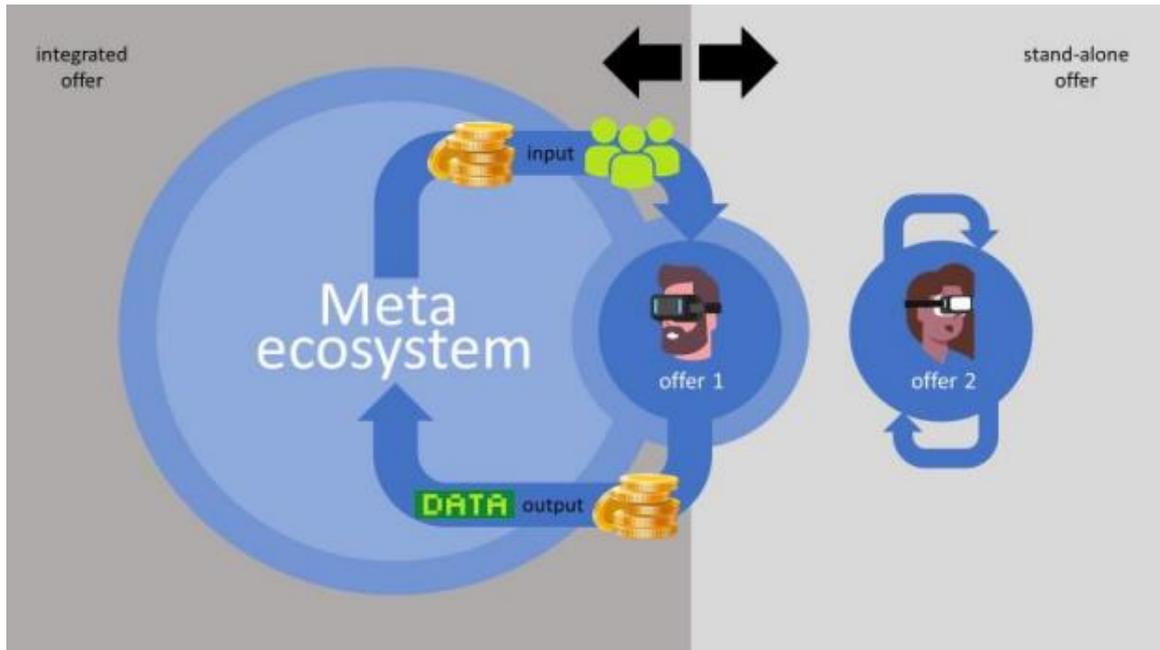
A Autoridade concorrencial alemã, o Bundeskartellamt, instaurou procedimento, em 2020, para apurar possíveis efeitos anticompetitivos na relação entre o Facebook e produtos de realidade virtual oferecidos pela empresa Oculus. A plataforma Oculus, que anteriormente funcionava separadamente do Facebook, passaria a ser oferecida como uma função adicional na rede social, sob o nome de Facebook Reality Labs. O uso dos óculos de realidade virtual seria, também, condicionado à criação ou à vinculação a uma conta no Facebook.

A decisão final ainda não foi proferida, sendo esse caso uma exceção perante os demais procedimentos já tratados neste capítulo. Contudo, sua menção é importante pelo seu foco na questão dos ecossistemas digitais, principalmente por esse caso envolver tanto a vinculação do uso de uma oferta ao uso de outra oferta (*bundle*), quanto o processamento de dados entre serviços. O Bundeskartellamt reforçou seu compromisso em prevenir medidas que expandam e fortaleçam o ecossistema de uma empresa de modo anticoncorrencial, ou seja, envolvendo mercados nos quais a empresa não é dominante por meio da aplicação de estratégias predatórias de preços, de acordos de exclusividade, ou de ofertas que são vinculadas ou agrupadas com outra oferta (como o caso em análise).

O dispositivo aplicado no caso, que corresponde à Seção 19^a (2) frase 1 número 3(a) do GWB, determina que a empresa não precisa ser dominante em qualquer um dos mercados afetados pela vinculação de ofertas para que essa conduta seja reprovada. Por isso, não é destacada a definição de mercado relevante e a dominância do Facebook, esse caso também representa uma exceção dentre os analisados por esse fator na análise.

Além disso, o escopo de aplicação do dispositivo legal é especificamente destinado a remediar além da clássica “alavancagem” de uma posição dominante. Essa visão é importante porque, como já demonstrado no capítulo anterior, ofertas agrupadas vinculam usuários cada vez mais próximos aos seus ecossistemas, limitando a concorrência fora dele. O potencial anticoncorrencial do caso foi ilustrado pela autoridade:

Ilustração 3 - Ecossistema Meta e Oculus



Fonte: Bundeskartellamt (2021).

O esquema do Bundeskartellamt demonstra que os dados recolhidos a partir do uso dos óculos VR seriam amplamente vinculados aos serviços da Meta, e como esta, em retorno, os fornece os próprios usuários ao Oculus, já que o serviço seria disponibilizado como uma função adicional do Facebook.

A investigação ainda está em andamento, contudo, a autoridade já prestou algumas informações no sentido de que a Meta já se disponibilizou em oferecer a possibilidade do usuário do Oculus criar uma conta Meta separada para utilizar o serviço, não sendo mais necessário a vinculação com uma conta no Facebook e que, ainda que a autoridade continue analisando como se dará a extensão do processamento dos dados entre as plataformas, até essa questão ser finalizada, a Meta manterá os dados dos usuários em um armazenamento diferente daquele dos seus demais serviços (GERMANY; BUNDESKARTELLAMT, 2022).

4.1.8. Caso M.9660 - Google/Fitbit

A Comissão Europeia aprovou, com restrições, a aquisição do Fitbit pelo Google. A Fitbit detém participação de mercado na Europa no segmento Smartwatch, mercado em que muitos concorrentes maiores estão presentes, tais como Apple, Garmin e Samsung. A aprovação foi condicionada ao cumprimento de uma série de compromissos assumidos pelo Google.

A aquisição foi amplamente noticiada pelos portais de notícias de todo mundo, e até mesmo tida como emblemática, pois representou a compra do Google de uma grande base de dados sobre saúde e atividade física, que são dados sensíveis, o que poderia possibilitar uma

otimização dos seus algoritmos já dominantes nesse mercado em que, aparentemente, a empresa não atuava antes. A qualidade dessa base de dados é refletida no valor da aquisição, que foi de US \$2.1 bilhões. Com isso, o Google somaria os dados comportamentais que já possui dos seus usuários, com os dados biológicos. De acordo com Ana Frazão, a soma dessa nova vigilância “por baixo da pele” (dados biológicos) com a já dominada vigilância “por cima da pele” (dados comportamentais) urge por uma regulação não só concorrencial, mas de proteção de dados (IDEC, 2020).

No segmento de mercado relevante, onze mercados relevantes foram considerados: dispositivos acessórios para pulso, sistemas operacionais, lojas de aplicativos, serviços de busca, serviços de anúncios online, serviços Ad Tech, aplicativos de saúde e de fitness, serviços de pagamento para dispositivos móveis, saúde digital, outros aplicativos e serviços digitais. No entanto, a análise se limitou a verificar as sobreposições horizontais e verticais existentes e os *market shares* resultantes das operações, ficando de fora análises sobre efeitos de rede e compartilhamento de dados entre as plataformas que se associariam.

Desse modo, a análise foi concentrada na tabela abaixo:

Figura 1 - Análise de dominância nos mercados afetados pela operação

Relevant market	Overlap with combined market share above 20%	Individual market share above 30%	Affected market
Wrist-worn wearable devices			
Fitness trackers			
With or without GPS connectivity	No	Fitbit's market share >30%	Yes (vertical, conglomerate)
Smartwatches			
With or without GPS connectivity	No	No	Yes (vertical, conglomerate)
With or without cellular connectivity	No	No	Yes (vertical, conglomerate)
Full or basic smartwatches	No	No	Yes (vertical, conglomerate)
Operating Systems (OSs)			
Licensable OSs for smart mobile devices	No	Google's market share >30%	Yes (conglomerate)
Licensable OSs for wrist-worn wearable devices ²⁵⁹	No	Google's market share >30%	Yes (vertical)
App Stores			
App stores for a given OS platform of smart mobile devices (Android App stores)	No	Google's market share >30%	Yes (vertical)
App stores for a given OS platform of wrist-worn wearable devices (Wear OS)	No	Google's market share >30%	Yes (vertical)
App stores for a given OS platform of wrist-worn wearable devices (Fitbit App Gallery)	No	Fitbit's market share >30%	Yes (vertical)
General Search Services	No	Google's market share >30%	Yes (horizontal (data), vertical)
Online Advertising Services			
Online Search Advertising Services	No	Google's market share >30%	Yes (horizontal (data))

Relevant market	Overlap with combined market share above 20%	Individual market share above 30%	Affected market
Online Display Advertising Services	No	Google's market share >30%	Yes (horizontal (data))
Online Display Advertising Off-Social Networks	No	Google's market share >30%	Yes (horizontal (data))
Ad Tech Services			
SSP Services	No	Google's market share >30%	Yes (horizontal (data))
DSP services	No	Google's market share >30%	Yes (horizontal (data))
Search ad network services and display ad network services	No	Google's market share >30%	Yes (horizontal (data))
Ad server services	No	Google's market share >30%	Yes (horizontal (data))
Analytics services	No	Google's market share >30%	Yes (horizontal (data))
Health and Fitness Apps	No	No	Yes (vertical)
Mobile Payment Services Proximity/offline mobile payment services	Combined market share >20%	No	Yes (horizontal, vertical)
Navigation Apps	No	Google's market share >30%	Yes (vertical)
Virtual Assistants	No	Google's market share >30%	Yes (vertical)
Digital Music Distribution	No	No	Yes (vertical)
Digital Translation	No	Google's market share >30%	Yes (vertical)
Digital healthcare			
Cloud and data analytics services	No	No	No (Commission assessed horizontal (data) and vertical)

Fonte: Comissão Europeia (2020)

No primeiro mercado, é interessante destacar que a Comissão Europeia considerou que os acessórios de pulso constituem um mercado de produto separado de outros tipos de dispositivos acessórios (2020, §74). A avaliação foi feita a partir de uma análise de sustentabilidade pelas óticas da demanda e da oferta (que se repetiu nos demais mercados). Pela demanda, a maioria dos consultados indicaram que usuários não consideram outros acessórios de dedo, ouvido e olho substitutos de acessórios de pulso, como *smartwatches* e *fitness trackers* (esses dois de pulso, sim, foram considerados substitutos pelos consultados). (2020, §75)

Pela oferta, apenas metade dos entrevistados indicou que fornecedores de outros dispositivos acessórios poderiam desenvolver e começar a oferecer aos consumidores dispositivos portáteis usados no pulso a curto prazo e sem incorrer em custos significativos por meio de investimentos. Os entrevistados destacaram que as barreiras à entrada na oferta de *smartwatches* foram particularmente elevadas (2020, §76).

Com efeito, a aprovação foi alvo de diversas preocupações concorrenciais, especialmente nos mercados de publicidade digital, saúde digital e privacidade de dados. Diante disso, foi instalada uma investigação complementar, na qual a Comissão Europeia concluiu que o Google deveria garantir o cumprimento das disposições e princípios da lei de proteção de dados europeia (“GDPR”), que prevê que o processamento de dados pessoais

relativos à saúde é proibido a menos que haja consentimento explícito do usuário (FONSECA, 2022, p. 132-133).

4.1.9. Casos AT.40703 e AT. 40462 - Amazon Buy Box e Amazon Marketplace

Diferentemente dos demais casos já explorados, as investigações contra a Amazon instauradas pela Comissão Europeia para apurar condutas anticompetitivas da Amazon de abuso de posição dominante, em 2020, acabaram em acordo, firmado em dezembro de 2022.

No caso AT.40703, da Amazon Buy Box, a hipótese investigada era se Amazon havia abusado da sua posição dominante, em violação do artigo 102 do Tratado, ao favorecer artificialmente as suas próprias ofertas de venda a varejo e as ofertas dos vendedores que propõem os respectivos produtos através das plataformas da Amazon que utilizam os seus serviços logísticos e de entrega (sendo vendedores Buy Box), em detrimento de outros vendedores e consumidores da plataforma.

A Buy Box apresenta de forma destacada a oferta de um produto específico por um comerciante e permite que os clientes acrescentem esse produto diretamente nos seus carrinhos de compras. Ser vencedor da Buy Box é crucial, uma vez que a grande maioria dos consumidores apenas vê a Buy Box e só compra os produtos apresentados na Buy Box, o que realça a desigualdade de condições e critérios da plataforma.

Nesse caso, no acordo firmado, a Amazon se comprometeu em aplicar condições e critérios não discriminatórios para efeitos de identificação da oferta apresentada na Buy Box (“oferta especial”). Estas condições e estes critérios abrangeriam todos os parâmetros e ponderações aplicáveis, a fim de garantir condições de concorrência equitativas entre vendedores em relação à Buy Box.

Já investigação do caso AT.40462 abordou um possível abuso de sua posição dominante da Amazon enquanto prestadora de serviços da plataforma a vendedores (*marketplace*), ao basear-se, sistematicamente, em grandes quantidades de dados não públicos que obtém em resultado das atividades de vendedores terceiros na sua plataforma, em benefício da própria atividade de varejo da Amazon, que concorre diretamente com esses vendedores.

A investigação preliminar se baseou na posição dominante (no acesso aos dados dos consumidores) da Amazon como suporte para que ela adotasse conduta de auto favorecimento. Esse caso se torna relevante para a presente pesquisa pois realizou uma análise sobre os dados envolvidos, especialmente os de terceiros - obtidos pela plataforma, mas

utilizados nos seus próprios produtos de forma anticompetitiva, detalhando sua relevância para a conduta identificada e para a elevação de barreiras à entrada.

Diante disso, no acordo firmado, a empresa se comprometeu a não utilizar dados de vendedores terceiros, quer através dos sistemas automatizados da Amazon, quer através dos seus empregados; tanto para fins de venda de produtos de marca, como para fins de venda dos seus produtos com marca própria. Os dados pertinentes abrangem dados agregados, individuais, anonimizados e pessoais, em bruto ou tratados (COMISSÃO EUROPEIA, 2022).

4.1.10. Caso M.10262 – Meta/Kustomer

Em 2021, a Comissão Europeia instaurou processo para investigar possíveis efeitos anticompetitivos advindos da aquisição da Kustomer pelo Facebook. A preocupação surgiu do fato de que, com a aquisição, o Facebook tem um significativo aumento da quantidade de dados disponíveis para personalização da publicidade exibida em suas plataformas. Similar ao caso da Oculus, o Facebook ganharia em dados, nesse caso, do padrão de compra de seus usuários.

Desse modo, a operação poderia permitir que a empresa fortaleça ainda mais sua posição no mercado de publicidade de exibição online. Além disso, a operação também pode incentivar o Facebook a parar de fornecer aos concorrentes da Kustomer acesso aos seus serviços de mensagens, reduzindo a concorrência no mercado de fornecimento de software de Gerenciamento de Relacionamento com o Cliente (CRM). Essas estratégias de exclusão poderiam levar a preços mais altos, qualidade inferior e menos inovação para as empresas e, em última instância, para os consumidores (FONSECA, 2022, p. 140).

Para a avaliação da Operação, a Comissão se baseou nos seguintes negócios que representam as atividades das Partes: (i) A Kustomer atua no fornecimento de softwares de CRM; (ii) A Meta (anteriormente Facebook) atua no fornecimento de canais de comunicação B2C³⁴, e (iii) Meta oferece publicidade online (COMISSÃO EUROPEIA, 2021, §61).

No fornecimento de softwares de CRM, para efeitos desta decisão, a Comissão concluiu que a questão de saber se existem mercados separados para o fornecimento de serviços ao consumidor e para suporte de software de CRM, ou se fazem parte do mercado

³⁴ B2C (ou B-to-C) significa *business-to-consumer* e descreve uma transação comercial entre uma empresa e um cliente individual que também é o consumidor final. Este tipo de relação comercial é visto em contraste com as relações comerciais entre empresas – B2B (*business-to-business*).

geral de fornecimento de software CRM, pode ser deixada em aberto, mas destaca que as soluções CPaaS não fazem parte de qualquer um desses mercados³⁵.

Na segunda atividade, de canais de comunicação B2C, a Comissão realiza a sua avaliação com base num mercado geral de serviços de comunicação B2C, mas considerando, também, dentro desse mercado, tanto o mercado intermediário plausível para serviços assíncronos de comunicação B2C, bem como o mercado mais restrito plausível para os serviços de mensagens OTT (“*Over The Top*”³⁶) B2C.

No último segmento, de publicidade online, a Comissão considera o mercado de fornecimento de serviços de publicidade gráfica on-line. Ainda, realça como não relevante a questão de apurar se esse mercado deve ser subdividido entre os anúncios que são exibidos (i) nas redes sociais dentro/fora das redes sociais, (ii) em vídeo/não em vídeo e (iii) em celular/computador, por não impactar o resultado da análise concorrencial no caso.

Na verificação de poder de mercado, foram utilizados os *market shares* de ambas as empresas. No primeiro mercado, em que a Kustomer atua, a Comissão concluiu que, ainda que a empresa estivesse crescendo, ainda representava uma escala muito pequena no mercado relevante, com baixos *market shares* (sempre na faixa de 0-5%), tanto na escala da UE, quanto na escala global (2021, §174).

No mercado geral de serviços de comunicação B2C, a Meta não possui *market share* expressivo, pois compete com telefone e e-mail, e no mercado intermediário de serviços assíncronos de comunicação B2C, a empresa também tem *market shares* bem pequenos, pois ainda compete com e-mail. Contudo, no mercado mais restrito para os serviços de mensagens OTT B2C, a Meta apresentou aumento considerável de *market share*, tanto na União Europeia quando globalmente, (em 2020, chegou a 40-50% em ambos os escopos), sendo o maior player desse mercado potencial.

No terceiro mercado, e suas possíveis subdivisões, a Meta é dominante. Na análise, que também foi guiada exclusivamente pelos *market shares* da empresa, a Comissão destacou que, além de exibir as publicidades em suas plataformas, a Meta também fornece exibição de anúncios para terceiros, por meio de seu serviço de intermediação. Embora as receitas

³⁵ Nos seus testes de mercado, A Comissão apurou que, enquanto o CPaaS normalmente se concentra em facilitar a comunicação entre clientes e uma organização, o gerenciamento dos registros dos clientes e composição da experiência dos clientes normalmente faz parte da competência do CRM. (2021, §78).

³⁶ A expressão OTT é habitualmente empregada para aludir a aplicativos e serviços que são acessíveis online e que funcionam em redes de operadoras que oferecem serviços de acesso à internet. Os serviços OTT são disponibilizados diretamente pelo prestador para o usuário final, utilizando a rede da operadora e sem a necessidade de negociações de transmissão entre o prestador de serviços OTT e as operadoras (BRASIL, 2020) <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>

associadas sejam compartilhadas entre a Meta e aqueles editores terceirizados, a empresa tem um papel decisivo na determinação da alocação dos anúncios que fornece a terceiro - o que constitui um agravante em sua posição dominante (especialmente porque essa receita não foi incluída no cálculo de *market share* deste mercado relevante).

A autoridade europeia chegou à conclusão de que é provável que, com a operação, a Meta tenha a capacidade e o incentivo de excluir provedores concorrentes de serviços ao cliente e de suporte ao software de atendimento ao cliente por restringir ou degradar o acesso da API³⁷ a seus canais de mensagens. Nesse sentido, se a Meta realizasse tal estratégia de fechamento de mercado, há uma forte probabilidade de que os efeitos anticompetitivos seriam significativos.

Mesmo diante desse cenário, a Comissão aprovou a operação, mas impôs a condição da Meta permitir acesso irrestrito de concorrentes ao serviço oferecido pela startup de atendimento ao cliente. No geral, a operação foi analisada à luz de critérios tradicionais, sem maiores considerações sobre a natureza *gatekeeper* da Meta, assim como as demais características das plataformas digitais. Em maio, foi noticiada que a Kustomer passaria a atuar no Brasil³⁸

Sobre os dados, a Comissão concluiu que a potencial acumulação de dados como resultado da operação não daria origem a um aumento significativo das barreiras à entrada e expansão no mercado de serviços de publicidade ou qualquer segmento deles. Além disso, a Comissão apurou que os concorrentes neste mercado ainda teriam acesso aos dados de clientes empresariais da Kustomer ou, alternativamente, podem obter acesso a conjuntos de dados semelhantes através, por exemplo, de parcerias com outros fornecedores de software de CRM (2021, §585).

4.2. Análise das posições das autoridades concorrenciais norte-americanas

A história americana converge com a não interferência no poder econômico. Nigro, inclusive, ressalta que, nos Estados Unidos, antitruste é *enforcement* (fiscalização), e não regulação. Contudo, não obstante de tudo já exposto sobre a Escola de Chicago na Seção 2.3 e das considerações feitas na Seção 4.1, em julho de 2022, foi publicado o relatório “*Investigation of Competition in Digital Markets*”.

³⁷ API é a abreviação para *Application Programming Interface* (ou Interface de Programação de Aplicação).

³⁸ Íntegra da notícia disponível em: <https://www.websia.com.br/noticias/recem-adquirida-pela-meta-kustomer-vai-operar-no-brasil>. Acesso em: 19 de jan. de 2023.

Esse documento é importante porque marca uma posição diferente da observada até então pelas autoridades concorrenciais americanas, as quais, como mencionado pelo próprio relatório, sempre foram coniventes com as aquisições e práticas das gigantes dos mercados digitais. Juntas, as maiores empresas de tecnologia adquiriram centenas de empresas nos últimos dez anos, muitas delas que eliminaram potenciais competidores, e nenhuma delas foi bloqueada pelos fiscalizadores americanos do antitruste (UNITED STATES, 2022, p. 29).

O relatório estabelece quais os mercados digitais mais relevantes para as autoridades antitruste, sendo estes: buscas online, comércio online, mídias sociais, lojas de aplicativos para dispositivos móveis, sistemas operacionais para dispositivos móveis, mapeamento digital, computação em nuvem, assistentes de voz, navegadores de internet e propaganda digital. O relatório também determina os principais agentes que devem estar no centro de qualquer proposta regulatória: Facebook, Google, Amazon e Apple.

Uma proposta do relatório que dialoga com o objeto da pesquisa ora realizada é a sugestão de alteração do *Clayton Act* para proibir não apenas as concentrações que “possam diminuir a competição ou tendam a aumentar poder de mercado”, mas todas que possam “criar trustes, conspirações e monopólios em fase incipiente e antes de sua consumação” (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2022, p. 333). Ou seja, se estaria propondo uma ampliação do que é concebido como anticompetitivo, como tentativa de abarcar, de modo eficaz, os mercados que contam com serviços dinâmicos de preço zero.

Além disso, cumpre destacar que o relatório sugere a extensão interpretativa do *Sherman Act* para expressamente proibir o abuso de poder de mercado. Ademais, recomendou-se a criação da presunção relativa e refutável, portanto, de que uma participação de mercado de 30% ou mais denota poder de mercado de um fornecedor ou vendedor, ao passo que uma participação de mercado igual ou superior a 25% constituiria poder de mercado de um tomador de serviço ou comprador (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2022, p. 335). Logo, o relatório não estaria propondo uma nova regulação, como o DMA, mas a ampliação dos critérios já existentes na legislação americana.

No mais, existem diversos projetos de lei tramitando no Congresso Americano que visam regular os mercados digitais, como o Projeto de Lei H.R. 3825, “*Ending Platform Monopolies Act*”, Projeto de Lei S. 2992, “*American Choice and Innovation Online Act*”, o Projeto de Lei H.R. 3826, “*Platform Competition and Opportunity Act*”, e o Projeto de Lei S. 228, “*Merger Filing Fee Modernization*” (FONSECA, 2022, p. 155).

Ainda que a área legislativa esteja evoluindo, ainda são poucas as investigações instauradas contra as *Big Techs* pelas autoridades concorrenciais americanas - a *Federal*

Trade Commission (“FTC”) e o *Department of Justice* (“DOJ”). Foram identificadas algumas investigações conduzidas pelas autoridades americanas contra as *Big Techs*, sendo os principais alvos das investigações Amazon, Facebook e Google. Contudo, a maioria permanece em andamento. Logo, em apenas três casos existem decisões preliminares, que aguardam julgamento final, nas quais a análise de mercado relevante e poder de mercado serão abordadas.

Dos três casos que serão objeto de estudo, um é contra o Facebook, um é contra o Google, e o último é contra a Apple. Ademais, o caso contra o Facebook trata-se de análise de operações de aquisição realizadas pela empresa, já os casos contra o Google e Apple investigam possíveis abusos de posição dominante.

4.2.1. Ação Civil nº 20-3589 - Facebook

A FTC processou o Facebook, alegando que a empresa estaria mantendo ilegalmente seu monopólio de rede social pessoal ao longo de anos de condutas anticompetitiva. A denúncia alega que o Facebook se envolveu em uma estratégia sistemática – incluindo a aquisição do rival Instagram em 2012, a aquisição do aplicativo de mensagens móveis WhatsApp em 2014 e a imposição de condições anticompetitivas aos desenvolvedores de software – para eliminar ameaças a seu monopólio.

A denúncia também contestava o uso de informações coletadas de usuários da rede social, disponíveis em escala e quantidade incomparáveis, para manter seu monopólio, prejudicando anunciantes, usuários e plataformas concorrentes. Por fim, questionava-se o modelo de concessão de *application programming interface* (API), ferramenta utilizada para se fazer anúncios pelo Facebook.

Em julho de 2021, foi concedida procedência ao pedido de arquivamento da ação feita pelo Facebook. Contudo, foi feita uma emenda à ação inicial em agosto do mesmo ano, tendo em novembro de 2021 a publicação da decisão que, em resposta a novo pedido de arquivamento, autorizou o prosseguimento das investigações. É essa decisão que se analisa a seguir.

Na decisão, observa-se o argumento de que o mercado de serviços de redes sociais pessoais tem seu poder de mercado medido por três métricas: tempo gasto utilizando a plataforma, número de usuários ativos diariamente e número de usuários ativos mensalmente. O Facebook teria *market share* elevado nessas três métricas - acima de 60% (USA, 2021).

Foi realçado que, embora o Facebook não cobre dos usuários um preço nominal por usando seus serviços da rede social, ele veicula anúncios e gera quase todos os seus receitas e

lucros ao fazê-lo. Assim, o poder de monopólio duradouro do Facebook sobre os usuários é um fator significativo que origina seus enormes lucros (UNITED STATES, 2021, p. 13)

Ainda, na decisão liminar, foram destacados os dados pessoais e a privacidade como fatores de atenção para as aquisições realizadas, já que o Facebook passaria a coletar dados não somente a partir do uso de sua plataforma, mas do uso de outras duas gigantes redes sociais.

4.2.2. Caso 1:21-md-03010-PKC - Google Digital Advertising

Em dezembro de 2020, um grupo de procuradores-gerais estaduais, liderados pelo Texas, ajuizou ação contra o Google por supostas práticas anticompetitivas no mercado de anúncios de busca (UNITED STATES, 2020). A denúncia apontou violações nas seções 1 e 2 do *Sherman Act* e a ação antitruste se concentrou nos múltiplos papéis desempenhados pelo Google na compra e venda de anúncios gráficos em sites comerciais e impressões em aplicativos móveis.

A decisão tomada em setembro de 2022 foi em relação ao pedido da Google de arquivamento da ação, a qual só foi acatada em relação a uma das três acusações, a de que o contrato de oferta de rede do Google com o Facebook equivaleria a uma restrição ilegal de comércio em violação da seção 1 do *Sherman Act*. Nas outras duas acusações, o procedimento continua, quais sejam: (i) de que o Google usou seu poder de mercado no mercado de troca de anúncios para coagir editores a licenciar seus servidores de edição de anúncios, resultando em uma oferta de venda casada; e (ii) de que há uma tentativa de monopólio nos mercados nacionais de servidores de edição de anúncios, trocas de anúncios e ferramentas de compra de anúncios para pequenos anunciantes (UNITED STATES, 2022, p. 3).

Os mercados relevantes na dimensão produto foram os de servidores edição de anúncios; troca de anúncios (que correspondem a *marketplaces* de leilões em tempo real que combinam vários compradores e vários vendedores em uma base de impressão por impressão), ferramentas de compra de anúncios para anunciantes grandes, ferramentas de compra de anúncios para anunciante pequenos, ferramentas de mediação *in-app*, redes *in-app* (são responsáveis por comprarem impressões de exibição no aplicativo de desenvolvedores e vendê-los para anunciantes, contudo, não há alegação da participação de mercado, apenas que nele repercutiram efeitos anticompetitivos da conduta). Os mercados foram identificados como mercados próprios separados pela demonstração dos concorrentes em cada um deles.

Sobre o poder de mercado, é considerado que o *market share* pode ser utilizado para medi-lo, contudo, é destacado que a participação de mercado por si só é insuficiente para

demonstrar poder de mercado, devendo o autor demonstrar que o comportamento contestado poderia prejudicar a concorrência em mercado, como a inerente natureza anticompetitiva do comportamento do réu ou a estrutura do mercado (UNITED STATES, 2022, p. 30).

No entanto, pelo menos nesta decisão preliminar, ainda não foram feitas considerações sobre a posição do Google enquanto *gatekeeper*, nem aos possíveis efeitos de marca, de rede, a natureza e extensão dos dados dos mercados afetados, entre outras questões já levantadas no presente trabalho.

4.2.3. Caso 4:20-cv-05640-YGR - Epic Games vs. Apple

A empresa de jogos digitais Epic Games, proprietária do jogo Fortnite, denunciou a Apple por ter uma comissão abusiva de pagamento por download dos jogos. A empresa teve seu jogo retirado da plataforma App Store após uma atualização do jogo que criou uma plataforma de pagamento fora da Google e App Stores, driblando a comissão de 30% da Apple e do Google, recebidas com a realização de todas as compras em seus sistemas. Para incentivar o uso desta opção de pagamento foram concedidos descontos aos usuários que pagassem diretamente para a Epic Games.

Na decisão de setembro de 2021, o tribunal considerou que o mercado relevante era o de transações de jogos digitais para dispositivos móveis, não os jogos em geral e nem os sistemas operacionais da Apple relacionados à App Store. A Epic Games cita a natureza das restrições como prova do poder de mercado da Apple. A Apple usa meios técnicos e contratuais para restringir a distribuição de aplicativos, impedindo tecnicamente, que aplicativos não autorizados sejam baixados no iPhone.

Também foi considerado que, pelo aparente baixo investimento da Apple em propriedade intelectual específica da App Store, as margens operacionais extraordinariamente altas são evidências do poder de mercado. Sobre barreiras à entrada, o Tribunal afirmou que o cenário ainda era repleto de incertezas, mas que é possível assumir que as barreiras à entrada são atualmente relativamente altas, mas vem diminuindo e podem ser menores no futuro.

O julgamento concluiu que a Apple estava envolvida em conduta anticompetitiva sob as Leis de concorrência da Califórnia. O Tribunal conclui que as disposições *anti-steering* da Apple ocultam informações críticas dos consumidores e sufocam ilegalmente suas escolhas (UNITED STATES, 2021, p. 179).

A decisão foi para impedir que a Apple proibisse desenvolvedores de fornecer links ou outras comunicações que desviem os usuários das compras dentro do aplicativo da Apple, e

determinar a alteração das políticas e vendas da App Store e diminuir seu controle sobre as compras no aplicativo. O processo segue em andamento.

4.3. Análise da posição da autoridade brasileira de concorrência - CADE

Já no Brasil, observa-se um cenário misto das duas jurisdições já analisadas, isso porque, ainda que muitos processos administrativos e atos de concentração envolvendo plataformas digitais tenham sido investigados e apreciados pelo CADE, poucas foram as penalidades ou restrições aplicadas.

No cenário regulatório, ainda não há qualquer alteração normativa ou proposta, por parte do CADE, de uma regulação diferenciada para esses mercados, como o DMA europeu. No entanto, por parte do Congresso Nacional, em novembro de 2022, foi proposto o Projeto de Lei (“PL”) nº 2.768, que dispõe sobre a organização, o funcionamento e a operação das plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro (BRASIL, 2022).

No art. 9º do PL, os operadores das plataformas digitais serão considerados detentores de poder de controle de acesso essencial quando auferirem receita operacional anual igual ou superior a R\$ 70 milhões com a oferta de serviços ao público brasileiro. O art. 10º, de modo similar ao DMA, impõe obrigações aos operadores detentores de poder de controle de acesso essencial, entre elas, estão o dever de transparência e a obrigação de não recusar a provisão de acesso à plataforma digital a usuários profissionais. O destaque para a proposta está na atribuição à Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) de fiscalizar, disciplinar e até mesmo de aplicar sanções a aplicações *over-the-top*.

Por parte da autoridade antitruste, no entanto, cumpre destacar que foram realizados importantes trabalhos internos, o primeiro foi o Documento de Trabalho nº 005/2020 “Concorrência em Mercados Digitais”, de 2020, que analisa as conclusões dos relatórios internacionais já realizados sobre o tema, já citado ao longo deste trabalho; e o segundo foi o Caderno do Cade de Mercados de Plataformas Digitais, de 2021. Esse último aborda todas as investigações e atos de concentração examinados pelo CADE até 2021.

No que tange o primeiro documento, sobre mercado relevante e poder de mercado, este destacou que as autoridades não devem focar apenas nos mercados de atuação principal das plataformas, mas também em mercados adjacentes. Isso porque, startups dificilmente atuarão nos mercados dominados pelas grandes plataformas digitais, mas em mercados a ele relacionados (BRASIL, 2020, p. 116).

Já no segundo, são apresentados alguns dados empíricos: foram 143 operações analisadas e decididas pelo CADE até novembro de 2015 envolvendo agentes digitais, sendo

o setor de publicidade online o mais recorrente (35% dos casos), e 97,9% desses foram aprovados sem restrições, enquanto o restante foi aprovado com restrições, e um caso foi arquivado por desistência das partes (BRASIL, 2021, p. 21).

Na seara de condutas anticompetitivas envolvendo mercados digitais, foram 16 investigações, com 10 processos já julgados. Desses, nenhuma condenação foi imposta. Em 9 casos decidiu-se pela absolvição das condutas e em 1 caso houve celebração de Termo de Cessação de Conduta (BRASIL, 2021, p. 102).

A seguir, serão analisadas cinco decisões, sendo três procedimentos administrativos, um inquérito administrativo e um ato de concentração. Dos quatro procedimentos investigatórios e sancionatórios, três decisões foram tomadas em 2020 nos processos que investigavam condutas do Google (que envolvem condutas de discriminação de rivais e auto favorecimento), e uma medida preventiva foi proferida contra o iFood. Já o ato de concentração corresponde à aquisição do Skype pela Microsoft.

4.3.1. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda / Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda)

Em 2011, foi recebida a denúncia de E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia, que alegou que o Google Buscas estaria inadequadamente privilegiando os seus próprios sites temáticos nos resultados da busca orgânica. Em 2013, o Google teria passado a posicionar de maneira fixa, no topo ou na lateral da página, os resultados do Google Shopping, por meio de anúncios com imagens.

No voto do Relator, o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, são feitas as seguintes observações sobre a estrutura do mercado antes de realizar a delimitação do mercado relevante: (i) o fato do objeto tratar de bens diferenciados; (ii) o fato da plataforma ter múltiplos lados; e (iii) o segmento tecnológico de informações ser amplo e com diversas interrelações (2020, §106). O Relator, inclusive, se aprofunda na natureza das plataformas digitais, citando as notas técnicas produzidas pelo Departamento de Estudos Econômicos (“DEE” e pela Superintendência-Geral (“SG”), para diferenciar aquelas transacionais e aquelas de *matching* (BRASIL, 2020).

Foi considerado um grau de substituíbilidade entre os serviços prestados pelo Google e por *sites* de comparação de preço, e os serviços prestados pelo Google e pelos varejistas e *marketplaces*. Nesse contexto, foi considerada a existência de dois mercados relevantes na dimensão produto: (i) mercado de buscadores genéricos e (ii) mercado de comparadores de

preço (busca temática – comparação de preços), os quais, segundo o Relator, devem ser analisados sob a ótica dos usuários (2020, §129 e 130).

No tocante ao poder de mercado, foram considerados a alta participação de mercado da Google, sempre maior que 90% nos anos anteriores ao julgamento; a multiplicidade de lados, e a necessidade de que o poder se manifeste em ambos os lados; os efeitos de rede (diretos e indiretos); e a possibilidade de *multihoming* (BRASIL, 2020).

A conclusão da decisão foi que existiam eficiências e que não era possível verificar manipulação de algoritmos da busca orgânica do Google no mercado brasileiro, nem a relação do aumento do valor do custo por clique (“CPC”) com alguma conduta anticoncorrencial do Google.

4.3.2. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03 (E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda / Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda)

O Processo Administrativo 08700.009082/2013-03 foi originado da mesma denúncia do caso anterior, na alegação de que o Google estaria privilegiando o seu site de comparação de preços, o Google Shopping, verticalmente relacionado com seu site de busca, em detrimento dos demais comparadores de preço. Desse modo, a empresa realizando a conduta de *scraping*, ao se valer de sua posição privilegiada no mercado *upstream* de busca online para alavancar sua posição no mercado *downstream* de sites de comparação de preços.

O mercado relevante foi detalhadamente delimitado no voto da Relatora, Conselheira Polyanna Vilanova, análise acolhida no voto-vista que preponderou na decisão do Tribunal, da Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira. Nessa oportunidade, foram consideradas a interdependência dos múltiplos lados da plataforma, incluindo a existência de efeitos cruzados entre esses lados e efeitos de rede diretos e indiretos. Dessa forma, na dimensão produto, ficou estabelecido que os sites de busca universal compõem mercado relevante distinto de sites de busca temática, sendo que ambos podem estar verticalmente relacionados – como é do Google como buscador universal e o Google Shopping como serviço de busca temática para comparação de preços (BRASIL, 2020, §56).

No voto da Relatora para aferição de poder de mercado, foi utilizado apenas o *market share*, que em muito superavam os 20% exigidos pela Lei concorrencial brasileira. No entanto, no voto que restou vencedor foram feitas algumas observações interessantes, como a que, mesmo considerando o *market share* esmagador da Google, “a aferição pode se dar pela verificação da contestabilidade da empresa incumbente nos últimos anos frente à inovação de

outros *players*. Deve-se considerar, assim, não apenas um cenário estático, mas também a dinâmica do mercado e os seus efeitos de longo-prazo” (BRASIL, 2020, §81).

Logo, o poder de mercado foi apurado a partir da verificação de que a participação de mercado não só era elevada, mas também era duradoura, perdurando pelos 8 anos em que se deram as investigações, sem ser contestado.

4.3.3. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19 (Cade Ex Officio / Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda)

Em 2013, a Microsoft, responsável pelo serviço de buscas on-line Bing e pela plataforma de busca patrocinada Bing Ads, protocolou representação junto ao Cade requerendo a instauração de processo administrativo para investigar supostas infrações cometidas pelo Google Inc., responsáveis pelo serviço de buscas na Internet Google Buscas e pela plataforma de busca patrocinada Google AdWords.

Foi alegado pela Microsoft que o Google estaria impedindo a portabilidade cruzada de dados entre plataformas e a otimização de campanhas por meio do documento “Temos e Condições da API do Adword”, o que restringiria a capacidade dos anunciantes utilizarem outras plataformas rivais simultaneamente, correspondendo a um abuso de posição dominante no mercado de busca patrocinada.

Ainda que o Relator, o Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, faça ressalvas sobre a existência de mercados diferentes para a dimensão on-line e off-line desse serviço, estabelece a dimensão produto do mercado relevante como o mercado de busca patrocinada (2020, §83). No poder de mercado, foi considerado que existem particularidades nos mercados digital e multidimensionais, mas o *market share* acima de 90% foi tido como suficiente para a aferição de poder de mercado (BRASIL, 2020, §95).

A conclusão foi que as cláusulas dos Termos e Condições não impediam o *multihoming*, e todas as restrições existentes eram plausíveis e racionais. A instrução também permitiu concluir que as plataformas de busca, agentes essenciais no mercado de dois lados de buscas patrocinadas, oferecem elas próprias ferramentas de otimização e sincronização de anúncios, compatibilizando-os entre as funcionalidades de cada plataforma. Então, o *multihoming* não é só permitido, como é incentivado pelos sites de busca (BRASIL, 2020, §284). Por isso, o processo foi arquivado.

4.3.4. Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47 (Rappi Brasil Intermediação de Negócios Ltda. e Associação Brasileira de Bares e

Restaurantes – ABRASEL / iFood.com Agência de Restaurantes Online S. A.)

Em 2020, o Rappi Brasil Intermediações de Negócios Ltda. apresentou denúncia contra o iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A. pela celebração de contratos de exclusividade junto a restaurantes parceiros. O iFood também estaria oferecendo fortes incentivos à adesão da exclusividade, se utilizando de estratégias de discriminação (FONSECA, 2022, p. 195). Em março de 2021, a Superintendência-Geral proferiu medida preventiva.

Na seção de probabilidade de direito da medida preventiva, foi determinado que o iFood apresentava posição dominante no mercado de plataformas digitais de delivery, visualizada em um *market share* em torno de 85%. Sobre essa dominância, foram feitas algumas considerações, como a de que o iFood desfruta da “vantagem do pioneiro”, já que foi a primeira empresa a explorar, no Brasil, o mercado de serviço de entrega/pedido de comidas em restaurantes como uma plataforma online. Além disso, por tratar-se de uma plataforma de múltiplos lados em um mercado digital, desfruta de efeitos de rede e há preocupações concorrenciais concernentes a fenômenos como *tipping* (BRASIL, 2021, § 29-31).

Ainda que a rivalidade do mercado seja crescente, ela é incipiente, e ainda que a concentração pudesse ser um efeito natural das características do mercado de plataformas digitais, o fato é que ela pode ser potencializada por práticas restritivas à concorrência tendentes ao fechamento do mercado, dentre as quais pode figurar a imposição de cláusulas de exclusividade (BRASIL, 2021, §36).

Percebe-se da decisão da Superintendência-Geral, portanto, que a autoridade se atentou às nuances dos mercados digitais, levando em consideração diversas de suas especificidades para a tomada de decisões nada triviais, como é o caso das excepcionais medidas preventivas (FONSECA, 2022, p. 197).

4.3.5. Ato de Concentração nº 08012.006188/2011-33 (Microsoft Corporation, Skype Global S.A.R.L.)

A operação consistiu na aquisição, pela Microsoft, por intermédio de sua subsidiária Microsoft International, de 100% das ações ordinárias em circulação do Skype. Na dimensão produto, ficou estabelecido que o mercado relevante era o mercado de comunicadores de voz, texto e vídeo para usuário individual, destinados ao consumidor ou IMs (*instant messengers*) (BRASIL, 2013, §34). O mercado geográfico foi definido como global (BRASIL, 2013, §35).

Como os produtos da Microsoft (sistema operacional) e do Skype (comunicadores destinados ao consumidor) são complementares, haja vista que o comunicador utiliza o sistema operacional como insumo, a operação notificada enseja a ocorrência de integração vertical entre as Requerentes.

Contudo, a operação foi aprovada tendo em vista que a Microsoft continuará oferecendo os serviços do Skype e os seus próprios serviços de forma independente. Ademais, destaca-se que um ponto fundamental para a aprovação da operação foi que as requerentes informaram que a Microsoft também asseguraria que terceiros pudessem oferecer serviços que possuíssem interoperabilidade com os disponibilizados pelo Skype e pela Microsoft (BRASIL, 2013, §39).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas do antitruste foram criadas e desenvolvidas para mercados tradicionais e unilaterais, de forma que a sua aplicação mecânica em mercados digitais não é adequada à proteção da concorrência e dos consumidores. Essa incompatibilidade é resultado de uma série de particularidades das plataformas digitais (cuja própria definição ainda é controversa), que são as protagonistas desses mercados. Mesmo que muitas dessas características já existissem em mercados tradicionais, nunca eram encontradas juntas e em uma escala tão imensurável.

A tarefa de fiscalização das plataformas digitais se torna desafiadora por elas estarem inseridas em um meio extremamente dinâmico movido por inovação; contarem com efeitos de rede, diretos e indiretos; possuírem múltiplos lados interdependentes; poderem criar um ecossistema digital e influenciar outros mercados adjacentes; contarem com uma coleta e processamento de dados pessoais extremamente eficaz; e, principalmente, oferecerem, muitas vezes, uma estratégia de preço zero em algum dos lados.

Essa estratégia de preço zero representa a maior incompatibilidade com as normas do antitruste, já que, em tese, a expansão desses negócios sempre representaria eficiências para os consumidores, por não haver preço positivo. Destaca-se que, para haver uma regulação eficiente dessas plataformas, os parâmetros eleitos pela Escola de Chicago têm que ser superados, de modo que o enfoque da análise antitruste seja o próprio processo competitivo – priorizando a prevenção e a remediação de abusos de posição dominante e concentrações econômicas.

Isso porque, essas empresas supostamente inalcançáveis pela regulação rapidamente se estabilizam - alcançam o ponto de inflexão -, graças aos efeitos de rede, e firmam monopólios que as tornam capazes de utilizar de inúmeras estratégias anticompetitivas para manter sua posição, o que prejudica o consumidor, que deixa de desfrutar de inovações que poderiam surgir no mercado e de opções alternativas (que, vale destacar, ainda surgem, mas são adquiridas pelas gigantes antes mesmo de se tornarem rivais).

Abordou-se a delimitação do mercado relevante e a aferição do poder de mercado como objetos de pesquisa porque essas etapas estão enraizadas na análise antitruste como essenciais para aprovação de operações e investigações de condutas unilaterais, como as praticadas pelas monopolistas digitais. Nesse sentido, verificou-se que essas etapas possuem desafios próprios na era digital, como a falta de substituíbilidade entre os produtos concorrentes, e os efeitos cruzados entre os múltiplos lados da plataforma a serem

considerados quando observando oferta e demanda, as quais provocam reflexões sobre se esses instrumentos ainda seriam adequados para a realidade tecnológica.

Caso a autoridade opte por registrar a definição de mercado, é recomendado que ela considere diferentes cenários, evitando a escolha de limites muito rígidos para circunscrever a dinâmica competitiva. O foco da análise antitruste deve ser, portanto, a rivalidade (efetiva e potencial) e os efeitos da prática investigada.

Assim, a análise concorrencial deve focar nas condições de concorrência, utilizando a definição de mercado relevante quando esta etapa configurar um instrumento realmente útil, capaz de oferecer uma melhor compreensão da rivalidade enfrentada pela empresa examinada.

Por fim, buscou-se analisar as abordagens teóricas e empíricas das autoridades internacionais e do CADE sobre as grandes plataformas digitais que se utilizam de plataformas de preço zero, e a conclusão foi um tanto quanto diferente para cada uma das jurisdições.

Em primeiro lugar, nota-se uma urgência nas autoridades europeias em fiscalizar todas as operações e supostas condutas realizadas pelas *Big Techs*, sendo a única jurisdição que já aplicou multas e bloqueou aquisições. Ainda, uma quantidade significativa de relatórios e projetos de legislação foram elaborados pelas autoridades nacionais e pela Comissão Europeia, destacando-se o *Digital Markets Act*, o DMA, que pretende imputar aos *Gatekeepers* uma série de obrigações e compromissos com a concorrência. Contudo, não são raras as decisões desse órgão que continuam por basear a definição de mercado relevante apenas na substituíbilidade e a análise de poder de mercado apenas no *market share*.

Na autoridade americana, notou-se que, por muito tempo, vigorou uma preocupação de que o antitruste bloquearia a inovação tecnológica e retiraria os incentivos do mercado. Contudo, nos anos recentes, notou-se uma brusca variação de posicionamento, e é possível apontar para a posse de Lina Khan como presidente da *Federal Trade Commission* em 2021 como um dos fatores que influenciaram essa mudança de posição. Atualmente, as autoridades antitruste americanas também buscam por mudanças regulatórias no *Sherman e Clayton Act* para abarcar a realidade digital, além de instaurarem mais investigações e submeterem mais operações das grandes empresas ao escrutínio antitruste.

Já no Brasil, a proposta de lei específica não veio pela autoridade de concorrência, mas pela Câmara, e ainda tem um longo caminho para tramitar até possível aprovação. O CADE, por sua vez, elaborou importantes relatórios que demonstram que a autoridade está alinhada com as problemáticas do tema e com o posicionamento das autoridades

internacionais. Em seus julgados, ainda que considerações sobre as características das plataformas digitais que contam com estratégia de preço zero sejam realizadas, a conclusão tende a resultar em “aprovação sem restrições” ou no “arquivamento do procedimento”. Contudo, a medida preventiva imposta ao iFood pode representar que, mesmo fazendo uso dos instrumentos tradicionais, a autoridade esteja comprometida a fiscalizar mais de perto as plataformas digitais que utilizam de estratégia de preço zero.

Por fim, conclui-se que, ainda que não haja uma obrigação *per se* imposta por lei, com uma análise que se desprenda da obrigatoriedade do uso de instrumentos tradicionais e que tenha como parâmetros as características dos mercados digitais para focar nas condições travadas no processo competitivo, é possível obter uma redução dos riscos de falsos-positivo ou falsos-negativo, e uma regulação mais eficiente e menos permissiva com o poder econômico.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATHAYDE**, Amanda. *Antitruste, varejo e infrações à ordem econômica*. São Paulo: Singular, 2017.
- BAETA**, Clara Barbosa. *Plataformas Digitais de Preço Zero e seus Desafios à Análise Antitruste* apud. SILVA, Leandro Novaes; TEIXEIRA, Luiz Felips Drummond. *Mercados Digitais - O livro da disciplina*. Belo Horizonte. Editora Expert, 2022.
- BAKER**, Jonathan B.; **CHEVALIER**, Judith A. *The Competitive Consequences of Most-Favored-Nation Provisions*. Antitrust Magazine, Vol. 27, No. 2, 2013, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2251165>. Acesso em: 29 de jan. de 2023
- BAKER**, Jonathan B.; **MORTON**, Fiona S. *Antitrust Enforcement Against Platform MFNs*. The Yale Law Journal June 2018 Volume 127, N. 8. Disponível em: <https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/10338/JonathanBBakerFionaScottM.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 18 de jan. de 2023.
- BELIZARIO**, Antônio B.; **LORENZETTI**, Marcela. *Zero-Price Markets e seus desafios para a análise concorrencial*. in. *Defesa da concorrência em plataformas digitais [recurso eletrônico]* / Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo: FGV Direito SP, 2020.
- BORK**, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, Nova York: Basic Books, 1978.
- BOTTESELLI**, Ettore. *DELIMITAÇÃO DE MERCADO RELEVANTE: PRODUTOS DIFERENCIADOS, ANÁLISE QUANTITATIVA E QUALITATIVA*. 2015. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/5/2015_05_0487_0501.pdf>. Acesso em: 18 de jan. de 2023.
- BRASIL**. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei nº 2.768, de 10 de novembro de 2022. Dispõe sobre a organização, o funcionamento e a operação das plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro e dá outras providências*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2337417>. Acesso em: 15 jan. 2023.
- BRASIL**. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. *Mercados de plataformas digitais: Cadernos do Cade*. Brasília, DF: Cade, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudoseconomicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2022.
- BRASIL**. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. *Documento de trabalho no 005/2020. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Cade, 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documentode-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatoriosespecializados.pdf>. Acesso em: 1 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. *Nota técnica 34/2018/DEE/CADE. Processo 08012.010483/2011-94.* Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yODP3s4Xkowv9qF35FkSAM2hxXtRYnrpkhxBAKRhUpTIm_kb0guWVNihPtzC9415xikED6rDoAPiQUYFTrqj2ZO. Acesso em 14 de jan. 2023.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. *Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47.* Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskj7ohC8yMfhLoDBLddZVrmdOt8c3LPSxt7mjJINDP4CmRWZBpVoSFY3Hk1Npz2YHS4Gxoje_h3aiZev-QyhVk4RFga3empH3JScztI1. Acesso em: 20 jan. 2023.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade. Voto do Conselheiro Relator Elvino de Carvalho Mendonça. *Ato de Concentração 08012.006188/2011-33. 2013.* Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPpV0TKsyDP8WsrPQjXJoGcOhYgs152DmwMuRFGSzc_3YJmJ_1goflBLKJNfIkIVu2Z1KdvNjLSFAaAIVuitoP. Acesso em 19 de jan. 2023.

BUNDESKARTELLAMT; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. *Competition Law and Data.* 2016.

DUNNE, Niamh, *Competition Law and Economic Regulation: Making and Managing Markets,* Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2015.

EUROPEAN COMMISSION. *REGULAMENTO (UE) 2022/1925 DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO, relativo à disputa e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais).* 2022. Disponível em: < <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925&from=EN>>. Acesso em 18 de jan. de 2023.

EUROPEAN COMMISSION. *Draft revised Market Definition Notice.* Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_6528. Acesso em: 14 dez. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *AT.39740 - Google Search (Shopping).* 27 jun. 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf. Acesso em: 30 dez. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *AT.40099 – Google Android.* 18 jul. 2018. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf. Acesso em: 30 dez. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *AT.40462 Amazon Marketplace.* 2020. Disponível em:
https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_4046.
 Acesso em: 30 dez. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *AT.40703 Amazon - Buy Box.* 2020. Disponível em:
https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_4070.
 Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. M.9660 – *GOOGLE/FITBIT.* 17 dez. 2020.
 Disponível em:
https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202120/m9660_3314_3.pdf. Acesso
 em: 30 dez. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *M.10262 – META/KUSTOMER.* 27 jan. 2022. Disponível em:
https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_10262.
 Acesso em: 30 dez. 2022.

EVANS, David S.; SHMALENSSEE, Richard. *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses.* In: **BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel.** *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics, Volume 1,* Chicago: Oxford University Press, 2013.

FONSECA JÚNIOR, Marco Antônio. *A política antitruste brasileira e sua capacidade de enfrentamento dos mercados digitais: uma proposta de regulação concorrencial das plataformas digitais.* Dissertação de mestrado de Marco Antônio Fonseca Júnior; orientador Amanda Linhares Martins Rivera Athayde. Brasília, 2022.

FRANCE; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. 19/0030 F. 7 jun. 2021a. Disponível em: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/attachments/2021-07/21-d-11_ven.pdf. Acesso em: 30 dez. 2022.

FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo Gamba (Org.). *Empresa, mercado e tecnologia.* 1. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. v. 1.

FRAZÃO, Ana; MENDONCA, Luisa. Plataformas Digitais e o negócio de dados: Necessário diálogo entre o Direito da Concorrência e a Regulação de Dados. *Revista Direito Público*, v. 17, p. 58-81, 2020.

FRAZÃO, Ana. Um Direito Antitruste para o século XXI A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado A proteção da concorrência como um processo Partes I-XVI. *JOTA*, 18 nov. 2020.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 7. ed. rev. e atual, 2014.

FOX, Eleanor. *Platforms, Power, and the Antitrust Challenge: A Modest Proposal to Narrow the U.S.–Europe Divide.* 98 *Neb. L. Rev.* 297, 2019.

FRANCK, Jean-Uwe; PEITZ, Martin *Market Definition and Market Power in the Platform Economy.* 2019. Disponível em: <https://cerre.eu/wpcontent/>

uploads/2020/05/report_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf. Acesso em: 18 de jan. de 2023.

GAMA, Marina Moreira da. *A teoria antitruste no brasil: fundamentos e estado da arte* / Marina Moreira da Gama. - Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2005.

GERMANY; BUNDESKARTELLAMT. B6-22/16. 6 fev. 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=B727CA393EFC293FFD7D0E8269A1594D.2_cid371?__blob=publicationFile&v=4. Acesso em: 30 dez. 2022

GERMANY; BUNDESKARTELLAMT. Bundeskartellamt examines linkage between Oculus and the Facebook network. Official website of the Bundeskartellamt. 2020. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/1012_2020_Facebook_Oculus.html;jsessionid=D7B384941315BD5DE66E986C370EF3C9.2_cid381?nn=3591568. Acesso em: 30 mar. 2022.

GRAEF, Inge. Market Definition and Market Power in Data: The Case of Online Platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, n. 4, p. 473–505, 2015.

GONZÁLEZ-DÍAZ, Francisco Enrique; **BENNETT**, Matthew. *The law and economics of most-favoured nation clauses*. *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 3, 2015.

ICA. Decision of April 27, 2021, No. 29645, Case A529, *Google/compatibilità app Enel X Italia con sistema Android Auto*. Disponível em: <https://www.clearyantitrustwatch.com/2021/04/the-ica-fines-google-e102-million-for-an-alleged-refusal-to-publish-enel-xs-app-for-electric-vehicle-charging-on-android-auto/>. Acesso em: 19 de jan. 2023.

KATZ, Michael L.; **SALLET**, Jonathan. *Multisided Platforms and Antitrust Enforcement*. *Yale Law Journal* 2018. Disponível no SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3131933>. Acesso em 18 de jan. de 2023

KHAN, Lina. *Amazon's antitrust paradox*. 126 *Yale Law Journal*, 2017. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyyeh.pdf>. Acesso em: 18 de jan. de 2023.

MOTTA, M. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge: Cambridge University Press. 2004. doi:10.1017/CBO9780511804038.

NEWMAN, John M. *Antitrust in Digital Markets*, 72 *Vanderbilt Law Review* 1497 (2019) Disponível em: <https://scholarship.law.vanderbilt.edu/vlr/vol72/iss5/2>. Acesso em: 18 de jan. de 2023.

OECD. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. OECD, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>. Acesso em: 2 jan. de 2023.

OECD. *Quality Considerations in Digital Zero-Price Markets.* Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/quality-considerations-in-the-zero-price-economy.html. Acesso em: 1 de fev. de 2023.

OECD. OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age. 2022. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-handbook-on-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>. Acesso em 18 de jan. de 2023.

OECD. *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy, OECD Competition Policy Roundtable Background Note.* 2022. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/the-evolving-concept-of-market-power-in-the-digital-economy-2022.pdf. Acesso em: 18 de jan. de 2023.

OECD. Competition for the Market: Background note by the Secretariat. 2019. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2019\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2019)7/en/pdf). Acesso em: 18 de jan. de 2023.

OXERA. *Market power in digital platforms,* 2018 https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/oxera/oxera_market_power_in_digital_markets.pdf. Acesso em 18 de jan. de 2023.

PENTAGNA, Arthur Pinto. *O antitruste na economia atual: uma discussão a partir dos questionamentos levantados pelo Neo-brandesianos.* 2019. Disponível em: <https://hdl.handle.net/1884/63106>. Acesso em: 18 de jan. de 2023.

PETIT, Nicolas; **SCHREPEL,** Thibault. Resposta ao aviso de definição de mercado da Comissão Europeia. 2020. Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12325-Direito-da-concorrenca-da-UE-aviso-de-definicao-do-mercado-avaliacao-/F519594_pt>. Acesso em: 19 de jan. de 2023.

POLLOCK, Rufus. Is Google the Next Microsoft: Competition, Welfare and Regulation in Online Search. *Review of Network Economics: Vol. 9: Iss. 4, Article 4,* 2010.

POSNER, Richard A. *The Chicago School of Antitrust Analysis,* 127 U. Pa. L. Rev. 925. 1979. <Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/15>. Acesso em 18 de jan. de 2023.

RENZETTI, Bruno Polonio; **BUENO;** Carolina Destailleur G. B.; **PAIXÃO,** Raíssa Leite de Freitas. *Mercados Digitais: Alguns Conceitos* in. *Defesa da concorrência em plataformas digitais* [recurso eletrônico] / Caio Mário da Silva Pereira Neto (organização) - São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

ROCHET, J.C. e **TIROLE,** J. *Two-Sided Markets: A Progress Report.* The RAND Journal of Economics. Vol. 37, No. 3, 2006, p. 665.

SHAPIRO, Carl. *Antitrust: what went wrong and how to fix it.* Antitrust Magazine, [S.l.], v. 35, n. 5, pp. 33–45, 2021. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/fixingantitrust.pdf>. Acesso em: 30 dez. 2022.

SILVA, Leandro Novais. **TEIXEIRA,** Luiz Felipe Drummond (Org.). *Mercados Digitais - O livro da disciplina - Belo Horizonte -Editora Expert - Maio de 2022.*

STEINBAUM, Marshall; **STUCKE**, Maurice E. The Effective Competition Standard: A New Standard for Antitrust, *University of Chicago Law Review*: Vol. 87: Iss. 2, Article 11. 2020. Disponível em: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol87/iss2/11>>. Acesso em: 27 de jan. de 2023.

STUCKE, Maurice E. *Should we be concerned about data-opolies? Georgetown Law Technology Review*, [S. 1.], v. 2.2, pp. 275–324. 2018. Disponível em: <https://georgetownlawtechreview.org/should-we-be-concerned-about-dataopolies/GLTR-07-2018/>. Acesso em: 15 dez. 2022.

TIROLE, Jean. "Market Failures and Public Policy." 2015. *American Economic Review*, 105 (6): 1665-82

UNITED STATES. Civil Action No 20-3589 (JEB) James E. Boasberg, 28 jun. 2021. Disponível em: https://www.docketalarm.com/cases/District_Of_Columbia_District_Court/1--20-cv-03589/STATE_OF_NEW_YORK_et_al_v._FACEBOOK_INC/137/. Acesso em: 30 dez. 2022.

U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. Investigation of the competition in digital markets: majority staff report and recommendations by the Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law. United States: U.S. House of Representatives, 2020. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519. Acesso em: 20 jan. 2023.

UNITED STATES. 1:20-CV-03010. 2020. Disponível em: https://search.justice.gov/search?affiliate=justice&sort_by=&query=1%3A20-cv-03010. Acesso em: 20 jan. 2023.

UNITED STATES. 4:20-cv-05640-YGR. 10 set. 2021d. Disponível em: <https://cand.uscourts.gov/wp-content/uploads/cases-of-interest/epic-games-vapple/Epic-v.-Apple-20-cv-05640-YGR-Dkt-812-Order.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2023

WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside out heads*. Nova Iorque: Knopf, 2016.

WU, Tim. *After consumer welfare, now what? The protection of competition standard in practice*. The Journal of the Competition Policy International, 2018. Columbia Public Law Research Paper No. 14-608. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173>. Acesso em: 27 de jan. de 2023.