

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
ANDRIELLY DA SILVA GONSALVES

PARÂMETROS DE ANÁLISE UTILIZADOS PELO CADE NO JULGAMENTO DOS
“CASOS GOOGLE”

SÃO PAULO
2024

ANDRIELLY DA SILVA GONSALVES

Nº USP 11262852

PARÂMETROS DE ANÁLISE UTILIZADOS PELO CADE NO JULGAMENTO DOS
“CASOS GOOGLE”

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de
Láurea”) apresentado ao Departamento de Direito
Econômico, Financeiro e Tributário (DEF), como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Doutor José Maria Arruda
de Andrade

SÃO PAULO

2024

ANDRIELLY DA SILVA GONSALVES

Nº USP 11262852

PARÂMETROS DE ANÁLISE UTILIZADOS PELO CADE NO JULGAMENTO DOS
“CASOS GOOGLE”

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de
Láurea”) apresentado ao Departamento de Direito
Econômico, Financeiro e Tributário (DEF), como
requisito parcial para a obtenção do título de
Bacharel em Direito.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Doutor José Maria Arruda de Andrade
(orientador)

A definir

*Aos meus pais, Inacia e João, que sempre
me apoiaram nessa longa jornada de estudos.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço aos meus pais, Inacia e João, por me ensinarem a importância da educação e sempre acreditarem em mim. Sem vocês nada disso seria possível.

A toda minha família, pelo carinho e incentivo.

Às minhas Professoras e Professores, agradeço pelos ensinamentos e por lutarem por uma educação pública de qualidade e acessível a todos.

Às minhas amigas e amigos da Faculdade: Julia Lazarini, Eduardo, Lorenzo, Vanessa, Carol, Gabrielle, Luciana, Beatriz e Julia Lee. Obrigada pelo companheirismo nesses anos de graduação e por terem feito da São Francisco um lugar acolhedor.

Ao Cursinho Arcadas, por ter sido minha porta de entrada na Universidade Pública. Agradeço a toda equipe e alunos que tive o privilégio de conhecer, vocês me fizeram acreditar nessa possibilidade. Que a educação popular de qualidade perpetue transformando a vida de outros jovens da periferia e possa sempre servir como um instrumento de formação, luta e resistência.

À Universidade de São Paulo, por ter sido um marco na minha vida. Agradeço por todas as oportunidades já concedidas e pelas outras que virão. Luto para que mais pessoas da periferia ocupem esse lugar que é nosso por natureza.

RESUMO

O presente trabalho propõe-se a sistematizar e analisar criticamente os principais parâmetros de análise utilizados pelo Cade no julgamento dos casos Google. O objetivo consiste em explorar a suficiência do ferramental antitruste tradicional para o controle de condutas unilaterais abusivas envolvendo mercados digitais, partindo-se da premissa de insuficiência dos parâmetros analíticos vigentes diante da dinamicidade e singularidades das plataformas digitais. De início, explora-se brevemente as infrações à ordem econômica com ênfase no uso e abuso de posição dominante e no método de julgamento desse ilícito por efeitos. Em um segundo momento, analisa-se as principais características das plataformas digitais, modelo de negócio do Google buscas, seguido de breve resumo dos precedentes estudados nesta pesquisa. Posteriormente, elabora-se um estudo comparativo dos critérios de análise empregados em cada caso para, em seguida, analisar criticamente a suficiência e adequação dos parâmetros utilizados para a identificação e apuração de ilícitos concorrenciais nos mercados digitais.

Palavras-chaves: mercados digitais; plataformas digitais; parâmetros de análise; abuso de posição dominante; Google.

ABSTRACT

The present paper aims to systematize and critically analyze the main analytical parameters used by CADE in judging Google-related cases. The objective is to explore the sufficiency of traditional antitrust tools for controlling abusive unilateral conduct in digital markets, based on the premise that the current analytical parameters are insufficient given the dynamism and unique characteristics of digital platforms. First, the paper briefly explores antitrust violations, with an emphasis on the use and abuse of dominant position and the effects-based judgment method. Second, it examines the main characteristics of digital platforms, the Google search business model, followed by a summary of the precedents studied in this paper. Next, a comparative study of the analytical criteria applied in each case is conducted to then critically analyze the sufficiency and suitability of the parameters used for identifying and assessing competitive infractions in digital markets.

Keywords: digital markets; digital platforms; analytical parameters; abuse of dominant position; Google.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. METODOLOGIA DE PESQUISA E COMPOSIÇÃO DA AMOSTRA	12
2. CONSIDERAÇÕES SOBRE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE	15
2.1. Breves considerações sobre infrações à ordem econômica	15
2.2. Posição dominante: caracterização e abuso	20
2.3. Regra da Razão	24
3. PLATAFORMAS DIGITAIS.....	27
3.1. Principais características.....	27
3.1.1. Mercados de preço zero	28
3.1.2. Mercados de múltiplos lados	31
3.1.3. Mercados de atenção e o protagonismo dos dados pessoais	35
3.2. A plataforma em análise: resumo dos “Casos Google”	36
3.2.1. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03 (“Google Scraping”)	37
3.2.2. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19 (“Google AdWords”)	38
3.2.3. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (“Google Shopping”)	40
4. CRITÉRIOS DE ANÁLISE UTILIZADOS NOS CASOS GOOGLE	42
4.1. Mercado Relevante	42
4.2. Posição dominante	44
4.3. Análise de efeitos.....	46
4.4. Eficiências	52
5. PARÂMETROS DE ANÁLISE ANTITRUSTE DESATUALIZADOS PARA OS MERCADOS DIGITAIS?.....	53
CONCLUSÃO.....	65
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	67

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem direcionado maior foco de sua atuação para o controle de condutas unilaterais, especialmente no tocante ao abuso de posição dominante. De acordo com o Anuário Cade 2023, das 63 investigações instauradas pela Autarquia no ano passado, 37 tratam sobre conduta unilateral definida pelo Conselho como “prática abusiva cometida por um agente que possui posição dominante no mercado em que atua”.¹ No entanto, essa conduta não se limita aos mercados tradicionais, podendo ser verificada inclusive em mercados digitais. Nesse sentido, a prática de abuso de posição dominante por agentes como plataformas digitais pode ensejar desafios à autoridade, uma vez que os parâmetros tradicionais de análise antitruste utilizados em mercados “analógicos” podem se mostrar insuficientes ou desatualizados diante da dinamicidade e particularidades da economia digital.

Conforme o Caderno “Mercados de Plataformas Digitais”, de 1995 a 2023, foram iniciadas 23 investigações por indícios de condutas anticompetitivas envolvendo plataformas digitais. Naquela oportunidade, 9 investigações encontravam-se em instrução, 11 restaram arquivadas e 3 foram arquivadas em razão de assinatura do Termo de Cessação de Conduta (TCC). Acordos de exclusividade e abuso de posição dominante ganharam destaque como as principais condutas apuradas, mas somente a partir de 2015 a autoridade passou a julgar os casos, alcançando o maior número de decisões em 2019 e o maior número de instauração de processos em 2021.² No ano passado, três novas investigações referentes à temática foram instauradas - e, em duas dessas, o Conselho apurará o abuso de posição dominante pelas *Big Techs*.³

Evidencia-se, portanto, o maior escrutínio da Autarquia com relação à prática em comento no âmbito dos mercados digitais. Diante disso, o presente trabalho propõe-se a

¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Anuário Cade 2023**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/anuarios-do-cade/Anuario-Cade-2023.pdf>.

Acesso em: 06 out. 2024.

² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Mercados de Plataformas Digitais**. Edição Revista e Atualizada. Brasília, 2023. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 06 out. 2024.

³ **Cade abre investigação contra Google e Meta para apurar abuso de posição dominante nas discussões sobre o PL das Fake News**. Brasília, 02 mai. 2023. CADE. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-abre-investigacao-contra-google-e-meta-para-apurar-abuso-de-posicao-dominante-nas-discussoes-sobre-o-pl-das-fake-news>. Acesso em: 26 mai. 2023. OLIVON, Beatriz. **A pedido do Mercado Livre, Cade investigará a Apple**. Brasília, 18 jan. 2023. Valor Econômico. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2023/01/18/a-pedido-do-mercado-livre-cade-investigara-a-apple.ghml>. Acesso em: 26 mai. 2023.

esquematizar e analisar criticamente os principais parâmetros de análise antitruste empregados pelo Cade no julgamento de abuso de posição dominante pelas plataformas digitais, especificamente a plataforma de buscas do Google. O objetivo consiste em explorar a suficiência das premissas clássicas do Direito Concorrencial e do instrumental tradicional de análise para a construção de decisões eficientes em processos envolvendo mercados digitais, capazes de assegurar a concorrência e bem-estar do consumidor no mundo cibernético. Assume-se, como hipótese preliminar, a insuficiência da mera importação dos parâmetros clássicos desenvolvidos em um contexto de mercados de um único lado à nova realidade das plataformas de múltiplos lados. Por isso, entende-se pela necessidade de formação de uma jurisprudência atualizada em consonância com as peculiaridades desses novos mercados, com vistas a auxiliar a autoridade na identificação de condutas abusivas na nova realidade digital.

A despeito disso, o potencial lesivo do abuso de posição dominante à economia deve ser analisado com cautela, pois deter posição dominante não é um ilícito *per se* frente ao ordenamento jurídico brasileiro – pelo contrário, quando adquirida pelos próprios méritos do agente, fundada na qualidade e eficiência de seu produto, deriva naturalmente da concorrência e não constitui infração à ordem econômica (art. 36, §1º da Lei nº 12.529/2011 – “Lei de Defesa da Concorrência” ou “LDC”).⁴ O problema ocorre quando a posição dominante deixa de ser uma mera vantagem competitiva e se verifica um “*ab-uso*”, isto é, um uso disfuncional do poder de mercado, que deve ser sopesado juntamente com as eficiências decorrentes do caso concreto, à luz da regra da razão. Dessa forma, a intervenção do órgão antitruste percorre um caminho estreito entre a repressão de práticas anticompetitivas e a intervenção capaz de impedir a inovação e resultar em ineficiências.

Justamente em razão da ambiguidade dos efeitos gerados, a jurisprudência do Cade adota a regra da razão como técnica de interpretação e análise da conduta em comento, o que demanda uma ponderação de efeitos entre as restrições e eficiências decorrentes do caso concreto. Em suma, verifica-se o cumprimento de três principais etapas para a avaliação do abuso de posição dominante: (i) definição do mercado relevante; (ii) constatação de existência de posição dominante (ou poder de mercado) do agente investigado; e (iii) análise dos efeitos da conduta, sejam estes reais ou potenciais, em que há verificação de efeitos deletérios à

⁴ BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm.

concorrência e possíveis eficiências geradas no caso concreto capazes de afastar a tipificação do ilícito.⁵

Entretanto, mesmo com tais etapas delimitadas, a análise da conduta pode ser desafiada pela linha tênue entre uso e abuso de poder econômico, sobretudo em uma realidade com assimetria de informações. Isso porque, o uso pelo agente de sua posição dominante para alcançar determinados fins pode configurar, em realidade, uma conduta pró-competitiva ou inerente à dinâmica do setor, como a geração de inovação.⁶ Por outro lado, esses agentes podem atuar de forma discricionária e manipulada diante de suas características *sui generis*, distorcendo o ambiente concorrencial e favorecendo seus próprios interesses, sob a noção de que as ferramentas tradicionais do antitruste serão insuficientes para penalizar sua conduta.

Tendo em vista o exposto acima, justifica-se a importância deste trabalho, consistente em trazer mais clareza e criticidade às decisões do Cade, a partir da sistematização e análise dos parâmetros empregados pelo Conselho nos precedentes mapeados. Isso porque, embora o abuso de posição dominante por plataformas digitais tenha recebido maior atenção da autoridade nos últimos anos, verifica-se a inadequação da mera importação do método de julgamento tradicional para os mercados digitais, insuficiente para coibir práticas deletérias à concorrência na realidade virtual.

Para tanto, o desenvolvimento do trabalho é pautado sobretudo na avaliação jurisprudencial dos três grandes casos julgados pela autoridade envolvendo o Google (Google Scraping, Google AdWords e Google Shopping), de maneira a examinar os elementos considerados na verificação e apuração da conduta pelo Tribunal do Cade. Após o estudo conjunto dos critérios utilizados nos três casos, será feita uma reflexão crítica das decisões com o auxílio de importantes produções acadêmicas acerca do que se observou dos parâmetros empregados, em comparação ao que se esperava no julgamento de condutas envolvendo plataformas digitais. Não se objetiva, contudo, esgotar o tema ou sugerir novos parâmetros para esse tipo de julgamento, busca-se apenas construir uma crítica sobre os problemas identificados a serem trabalhados pelas autoridades antitruste e regulatória em face dessas novas dinâmicas.

⁵ MARTINS, C. S.; SOARES MIRANDA DOS SANTOS, L. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 164-176, 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/498>. Acesso em: 27 mai. 2023.

⁶ FRAZÃO, Ana. **Plataformas Digitais e os Desafios para Regulação Jurídica**. In: PARENTONI, L. Direito, Tecnologia e Inovação. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 635-665.

1. METODOLOGIA DE PESQUISA E COMPOSIÇÃO DA AMOSTRA

Com o objetivo de compilar, sistematizar e analisar os critérios empreendidos pelo Cade na avaliação de supostas práticas de abuso de posição dominante pelas plataformas digitais, a proposta do presente trabalho é norteada pela análise jurisprudencial de processos administrativos transitados em julgado no órgão antitruste, o que foi estruturado em duas etapas: (i) seleção da amostra⁷ e (ii) análise dos elementos de decisão.

Primeiramente, explica-se que se trata da análise de “supostas” ou potenciais condutas, uma vez que não necessariamente a Autarquia entendeu pela suficiência de acervo probatório que comprovasse a materialidade do exercício abusivo do poder de mercado. Ou seja, apesar da investigação ter sido voltada para a apuração da referida conduta, a autoridade não verificou sua materialização na prática. Ainda, a pesquisa somente considerou precedentes cuja conduta foi tipificada pelo Cade como abuso de posição dominante praticado por plataformas digitais, descartando-se outros ilícitos concorrenciais por fugir do escopo do trabalho. Além disso, buscando uma análise mais completa e eficiente das decisões, apenas foram considerados processos administrativos transitados em julgados, descartando-se os demais procedimentos administrativos.

Diante disso, o primeiro passo para instrumentalização da pesquisa jurisprudencial foi a delimitação da amostra, a partir de critérios temático, temporal e por natureza do procedimento. Partindo disso, as buscas foram realizadas por meio do Sistema de Busca de Jurisprudência do CADE,⁸ cotejando-se com os processos previamente listados no Caderno “Mercados de Plataformas Digitais” do Cade (referente à edição de 2021, única disponível à época da pesquisa).⁹ Os termos utilizados para o mapeamento dos precedentes foram: “abuso de posição dominante”, “plataformas digitais” e “processo administrativo”.

Nesse sentido, o primeiro recorte jurisprudencial utilizado foi o temporal, selecionando todos os casos de abuso de posição dominante por plataformas digitais disponíveis no banco de jurisprudência do Cade até o momento da pesquisa (realizada em 26 de maio de 2023). Explica-se que foi considerado um amplo critério temporal (entre 2011 e maio/2023), pois conforme

⁷ “Em pesquisas de jurisprudência, entretanto, é comum verificar a expressão “amostra” para designar o total de julgados a ser analisado.” QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Pesquisa em direito – métodos, técnicas e temas**. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro digital formato Kindle. Acesso em: 06 out. 2024. Não paginado.

⁸ Sistema de Busca de Jurisprudência disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>.

⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Mercados de Plataformas Digitais**. Brasília, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 26 mai. 2023.

estatísticas elaboradas pelo próprio Conselho, apenas em 2011 foi instaurado o primeiro processo envolvendo condutas anticompetitivas nos mercados digitais, sendo que somente a partir de 2015 a autoridade passou a julgar esses casos.¹⁰

Considerando a disponibilidade de tais informações, em seguida o mapeamento foi filtrado com os casos que evoluíram para processo administrativo, pois estes se configuram como aqueles em que o Cade encontrou evidências suficientemente robustas para ensejar análise mais aprofundada, passando pelo crivo da Superintendência-Geral do Cade (SG/Cade) e do Tribunal do Conselho. Por isso, foram considerados apenas os casos de condenação e arquivamento com decisão de mérito, descartando-se aqueles ainda em instrução ou arquivados com negociação de Termo de Compromisso e Cessação (TCC).

Portanto, não estão englobados no conjunto-base da pesquisa as condutas investigadas sob a forma de averiguação preliminar, procedimento preparatório, inquérito administrativo, dentre outros procedimentos. Isso porque, sendo o objetivo do presente trabalho compilar, sistematizar e avaliar criticamente os critérios de análise utilizados pela autoridade para o julgamento final dos casos de abuso de posição dominante praticado em mercados digitais, a utilização metodológica de processos ainda em curso seria insuficiente ou incompleta considerando a finalidade da pesquisa.

Através da devida delimitação da pesquisa de jurisprudência, com base nos critérios definidos e justificados acima, foi composta uma amostra de decisões que não à toa, dizem respeito aos três grandes e emblemáticos casos do Google julgados pelo Cade (em conjunto “casos Google”), objeto das primeiras discussões de ilícitos concorrenciais nos mercados digitais. Apesar da incipiente jurisprudência sobre o tema, ainda em processo de evolução e amadurecimento, sua análise neste momento já se mostra importante, pois o que já foi construído até agora servirá como base para o futuro julgamento de casos semelhantes recentemente instaurados pelo órgão antitruste, com tendência de crescimento diante da dinamicidade e potencialidade do mundo digital.

O resultado, portanto, culminou em 3 processos administrativos que compõem a amostra final da pesquisa (“Amostra”), tabelados abaixo e devidamente detalhados no Capítulo 3.2.

¹⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Mercados de Plataformas Digitais**. Edição Revista e Atualizada. Brasília, 2023. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 06 out. 2024.

Tabela 1- Amostra

Processo Administrativo nº	Partes	Resumo da conduta investigada	Decisão final
08700.009082/2013-03 “Caso Google Scraping”	Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. (“E-Commerce”) Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (em conjunto, “Google”)	Trata-se de processo administrativo instaurado <i>ex officio</i> pela SG/Cade para apurar suposto abuso de posição dominante do Google através da prática de scraping, consistente na coleta indevida de <i>reviews</i> fornecidos por usuários do site do Buscapé em benefício do comparador de preço da Representada, o Google Shopping.	Em 19 de junho de 2019, o Plenário, por unanimidade, determinou o arquivamento do processo, entendendo pela ausência de elementos probatórios suficientes para comprovação da conduta, nos termos do voto da Conselheira-Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova.
08700.005694/2013-19 “Caso Google AdWords”	Representante: Cade <i>ex officio</i> Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (em conjunto, “Google”)	Trata-se de processo administrativo instaurado a partir de representação da Microsoft em face do Google, com vistas a apurar suposto abuso da posição dominante do AdWords no mercado de busca patrocinada.	Em 19 de junho de 2019, o Plenário, por unanimidade, determinou do arquivamento do caso, diante da não tipificação das condutas descritas, nos termos do voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia.
08012.010483/2011-94 “Caso Google Shopping”	Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. (“E-Commerce”) Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (em conjunto, “Google”)	Trata-se de processo administrativo instaurado a partir de representação da E-Commerce, com o objetivo de apurar suposto abuso de posição dominante do Google, consistente no posicionamento privilegiado do Google Shopping nos primeiros resultados das “buscas orgânicas” da plataforma, em desfavor de seus concorrentes.	Em 26 de junho de 2019, o Relator Oscar Bandeira votou pelo arquivamento do caso, acompanhado pela Conselheira Polyanna Vilanova. Vencidos os Conselheiros Paulo Burnier, João Paulo de Resende e Paula Farani que votaram pela condenação do Google. O Presidente do Conselho, Alexandre Barreto de Souza, fez uso do voto de qualidade determinando o arquivamento do caso, nos termos do voto do Conselheiro-Relator.

No tocante à segunda etapa da pesquisa, a metodologia do presente trabalho para o estudo da amostra será pautada na *análise de elementos de decisão*,¹¹ que consiste no exame da

¹¹ QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Pesquisa em direito – métodos, técnicas e temas**. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro digital formato Kindle. Acesso em: 27 mai. 2023. Não paginado.

argumentação e metodologia utilizadas pelo órgão julgador na fundamentação de suas decisões, em conjunto com análise crítica dos elementos provindos destas. Diante disso, os documentos utilizados na pesquisa não estão limitados à decisão final do Tribunal do Cade, mas também serão analisadas todas as manifestações que contribuíram para a totalidade da análise do órgão, como pareceres e notas técnicas e, sobretudo, o voto vencedor que serviu de base para a decisão do Plenário e divergências exaradas no(s) voto(s) vencido(s).

Posteriormente, será feita uma reflexão crítica com o auxílio de importantes produções acadêmicas sobre o que se observou no julgamento dos casos Google e o que se esperava da autoridade concorrencial no âmbito de controle de condutas nos mercados digitais. Mais uma vez, ressalta-se que o enfoque está na argumentação e metodologia utilizadas pelo Cade como um todo, de maneira a sistematizar os critérios utilizados, por meio do exame conjunto e integrado dos precedentes. E, para tal, embora os julgados sejam a principal fonte da pesquisa, também são utilizados referenciais teóricos com o intuito de contextualizar as informações abordadas e explicar a tecnicidade de alguns termos.

2. CONSIDERAÇÕES SOBRE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

2.1. Breves considerações sobre infrações à ordem econômica

A Constituição Federal, em seu artigo 170, *caput*, prevê a livre iniciativa como fundamento da ordem econômica brasileira. Mais especificamente, o inciso IV¹² desse dispositivo legal estabelece a livre concorrência como um dos princípios norteadores da atividade econômica, refletindo a escolha do Estado pela economia de mercado enquanto forma de organização da economia nacional.

Nesse sentido, o princípio da livre iniciativa permite o exercício de qualquer atividade econômica pelos indivíduos e pessoas jurídicas, desde que atendidos, quando necessários, os requisitos previstos em lei (artigo 170, parágrafo único).¹³ Por seu turno, o princípio da livre concorrência assegura a disputa entre agentes econômicos no mercado, facilitada na ausência de regras estatais injustificadamente restritivas, de acordos anticompetitivos estabelecidos entre

¹² CRFB/88: “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: IV - livre concorrência.”

¹³ CRFB/88: Art. 170, “Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.”

os próprios agentes, de operações com demasiada concentração econômica ou de práticas abusivas pelos sujeitos detentores de poder econômico.¹⁴

Destaca-se que o ordenamento jurídico brasileiro adota o sistema de “concorrência-meio”, na medida em que a legislação nacional não protege a concorrência enquanto fim em si mesma, somente quando essa for instrumento para alcançar determinado objetivo juridicamente tutelado, como o bem-estar do consumidor, o desenvolvimento tecnológico, menores preços e maior qualidade dos produtos e serviços. Assim, como regra, o Estado deve se abster de intervir na regulação econômica, exceto quando verificadas falhas das condições de livre concorrência ou para evitá-las.¹⁵

Diante disso, é possível dar como lícito alguns atos que minimizem a competição nos mercados, desde que compensados pela geração de eficiências econômicas, e penalizar aqueles que destoam das garantias salvaguardadas pelo antitruste. A disciplina jurídica dessa matéria está prevista na Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, responsável por estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) composto, atualmente, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça.

No exercício de suas funções, o Cade possui três eixos de atuação: (i) a função preventiva, desempenhada na análise de atos de concentração submetidos à autoridade antes de sua consumação; (ii) a função repressiva, consistente na investigação de potenciais infrações à ordem econômica e aplicação de sanções às condutas que, de forma ilícita, provocam desequilíbrios injustificados no cenário concorrencial; e (iii) a função educativa ou *advocacy*, responsável por contribuir para a instrução e disseminação de informações sobre a defesa concorrência.¹⁶

No âmbito do controle repressivo de condutas, reprime-se atos sob qualquer forma manifestados, que *tenham por objeto ou possam produzir os efeitos* elencados no artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência, ainda que tais efeitos não sejam propriamente concretizados.¹⁷

¹⁴ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

¹⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Cartilha do CADE**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 09 out. 2024.

¹⁷ Lei nº 12.529/2011: “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II -

Nesse sentido, observa-se que a legislação brasileira optou por uma tipificação aberta, baseada na definição do ilícito por objeto ou por efeitos anticoncorrenciais, sejam eles reais ou potenciais, sem, contudo, apresentar um rol exaustivo das infrações à ordem econômica.¹⁸ Mais à frente, em seu parágrafo 3º, o artigo apresenta uma lista exemplificativa de práticas nocivas à concorrência, de modo a nortear a atuação do Cade.

Diferentemente da experiência internacional, Forgioni destaca que o referido artigo engloba, ao mesmo tempo, acordos e concentrações entre empresas, bem como o domínio de mercado e o abuso de posição dominante, bastando a verificação de algum dos efeitos do *caput* para que o ato constitua violação à ordem econômica.¹⁹ Esse método adotado poupa o intérprete brasileiro de “esforços hermenêuticos” para a caracterização de determinada prática como atentatória ao ambiente concorrencialmente saudável, como ocorre em outras jurisdições.²⁰

A esse respeito, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) veda acordos entre empresas que possam prejudicar o comércio entre os Estados-membros e a concorrência no mercado interno (art. 101) e, paralelamente, coíbe o abuso de posição dominante quando prejudicial às relações comerciais (art. 102), exemplificando em ambos as práticas vedadas. De forma semelhante, a legislação concorrencial estadunidense (“Sherman Act”) estabelece em dois dispositivos separados a vedação a acordos anticoncorrenciais entre empresas (art. 1º) e à dominação do mercado (art. 2º). Contudo, o Sherman Act se limita a definir, aberta e abstratamente, práticas com teor anticompetitivo que deverão ser punidas.

Para elucidar o desafio decorrente da divisão entre “acordo” e “abuso” observada em ambas as legislações internacionais, Forgioni exemplifica com o caso de venda casada, citada pelo TFUE como prática restritiva tanto no âmbito dos acordos (art. 101), quanto no âmbito do abuso de posição dominante (art. 102), o que demanda esforços do intérprete na subsunção do fato à norma. Enquanto na realidade brasileira, a mera verificação da venda casada (prevista no inc. XVIII do §3º do art. 36 da LDC) com a incidência de um dos efeitos do artigo 36, *caput* da LDC, é suficiente para ser considerada contrária à ordem econômica.²¹

Por conseguinte, fica claro que pouco importa a forma de manifestação do ato na prática, basta a verificação, ainda que potencial, de efeitos anticompetitivos decorrentes da conduta.

dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.”

¹⁸ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

¹⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 10ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 140.

²⁰ Ibidem.

²¹ Idem, p. 141.

Isso exige a autoridade concorrencial e os próprios agentes de mercado do esforço interpretativo para enquadrar determinadas condutas às tipificações previstas na legislação. Tendo em vista a importância atribuída pelo sistema brasileiro aos efeitos delimitados na Lei de Defesa da Concorrência, justifica-se as breves reflexões que serão feitas sobre o tema.

A doutrina nacional usualmente classifica os ilícitos concorrenciais em (i) prática coordenada entre diferentes empresas, consistente em acordos que fixam variáveis de mercado, e (ii) prática unilateral de uma única empresa, ainda que vise prioritariamente outro fim, acaba por potencial ou efetivamente produzir efeitos lesivos à concorrência e aos consumidores. As condutas ainda podem ser diferenciadas com base na posição das empresas dentro da cadeia produtiva, qual seja: (i) condutas horizontais ocorrem entre concorrentes atuantes no mesmo nível da cadeia produtiva e mercado relevante ou (ii) condutas verticais envolvendo empresas de diferentes elos da cadeia de produção e distribuição, como fornecedores e distribuidores.²²

Conforme previamente mencionado, o artigo 36 faz menção às condutas ilícitas por objeto (violações que têm por objetivo restringir a concorrência) e às condutas ilícitas por efeito (práticas que têm como efeito real ou potencial a restrição da concorrência). Em relação ao primeiro grupo, estabelece-se uma presunção de ilicitude com a mera ocorrência da conduta, dispensando, *a priori*, a avaliação de seus efeitos. Já para o segundo grupo, faz-se necessário demonstrar a verificação de efeitos anticoncorrenciais oriundos da prática para configuração de ilicitude.²³

Em decorrência das especificidades dos elementos para caracterização da conduta como ilícito, a prática concorrencial adota métodos de análise distintos para julgamento das condutas de cada grupo. Esses métodos são denominados análise de ilícitos *per se* e análise de ilícitos segundo a regra da razão.

Os ilícitos por objetos são analisados pelo método *per se*, abordagem que permite ao órgão antitruste, com base na presunção de ilicitude, transferir ao agente investigado o ônus probatório de licitude da sua conduta. Para tanto, deve ser elaborada uma “defesa baseada em eficiências”,²⁴ a fim de demonstrar ganhos de eficiência, redução de custos e outros benefícios gerados pela prática capazes de compensar seu teor anticompetitivo.

²² NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Editora Saraiva, São Paulo, 2016. p. 92.

²³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo (SEI 0031259). 2013. fls. 666-718.

²⁴ *Ibidem*.

Por seu turno, os ilícitos por efeitos são julgados à luz da regra da razão, a qual afasta a presunção de ilegalidade da prática e analisa os resultados materializados no caso concreto, com o objetivo de sopesar as eficiências econômicas geradas em detrimento dos efeitos deletérios à concorrência para potencial afastamento da ilicitude. O racional aqui consiste na preocupação da autoridade em avaliar os efeitos pró-competitivos previamente visados pelo agente, em comparação aos danos causados aos bens concorrencialmente tutelados. Por se tratar de um dos principais objetos de estudo desta pesquisa, a regra da razão será explorada no Capítulo 2.3.

Chama-se atenção para a irrelevância de elementos volitivos na caracterização das infrações à ordem econômica, por essas terem como base o regime de responsabilidade objetiva. Conforme previsto no *caput* do artigo 36, as violações por objeto ou efeitos “*independem de culpa*”, de modo que a análise deverá levar em conta os elementos concretos da conduta, sem considerar eventuais intenções dos agentes envolvidos.²⁵ Essa regra conta com uma exceção disposta no artigo 37, III da LDC, cuja sanção aplicada à pessoa física que exerça cargo de administração depende da comprovação de sua culpa ou dolo, demonstrando a adoção do regime de responsabilidade subjetiva nesses casos.

Ante o exposto, conclui-se que a classificação das violações feita pela literatura em categorias distintas permite a avaliação de seus contornos e objetivos, auxiliando a autoridade concorrencial na escolha do método mais adequado para seu julgamento e tomada de decisão. Além disso, nota-se outro afastamento da técnica legislativa brasileira daquela adotada nos Estados Unidos e na Europa, uma vez que nessas jurisdições existe a preocupação de caracterização da posição dominante do agente econômico para que sua conduta seja considerada abusiva, ao passo que na realidade brasileira, basta “a existência de determinados objetivos ou a produção de um dos efeitos”²⁶ previstos no art. 36, *caput*, da LDC para a constituição do ilícito.

A despeito disso, as condutas unilaterais só ganham contornos problemáticos à concorrência quando praticadas por agentes econômicos com posição dominante. Não à toa, Forgioni destacou a importância dessa diferenciação para fins de argumentação quanto à existência de infração à ordem econômica, dado que um *player* com diminuto poder de mercado não é apto a praticar atos que distorçam a livre iniciativa ou a livre concorrência,²⁷ enquanto aquele com elevado poder de mercado reúne condições para alterar artificialmente as variáveis

²⁵ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Editora Saraiva, São Paulo, 2016. p. 99.

²⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 10ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p.141.

²⁷ *Ibidem*.

econômicas. Dada sua relevância e por se tratar da conduta apurada nos precedentes mapeados nesta pesquisa, o próximo capítulo explorará as discussões em torno do uso e abuso de posição dominante por uma empresa.

2.2. Posição dominante: caracterização e abuso

Conforme ensina a Professora Paula Forgioni, ocorre posição dominante quando a empresa atua com independência e indiferença à existência ou comportamento de outros agentes econômicos,²⁸ ciente de que não haverá resposta eficaz de concorrentes aos seus atos. Nesse sentido, os pequenos agentes estão inseridos numa relação de sujeição ao comportamento da empresa dominante. Forgioni esclarece que a posição dominante não depende da ausência absoluta de concorrência no mercado, mas se caracteriza pela capacidade do “monopolista” não ser significativamente influenciado pela concorrência existente.²⁹

Em termos práticos, Caio Mário Neto e Casagrande explicam que em um mercado de concorrência perfeita, nenhum agente econômico é capaz de individualmente influenciar as condições de preços ou quantidades de equilíbrio. Nesse cenário, todos os ofertantes e demandantes são tomadores de preços, pois tomam o preço de equilíbrio como um dado externo e definem suas estratégias com base nesse parâmetro.³⁰

Já em mercados altamente concentrados, um único agente econômico ou um grupo restrito de agentes consegue exercer influência sobre os preços e quantidades de equilíbrio. Esse agente (ou grupo) possui “poder de mercado”, conferindo-lhe capacidade para atuar com indiferença a seus concorrentes, cobrando preços acima da média observada em um mercado competitivo.³¹

Aqui cabe a diferenciação entre posição dominante e poder de mercado. Poder de mercado (expressão comumente usada como sinônimo de “poder econômico”) é a capacidade da empresa manter seus preços acima do nível competitivo de mercado sem perder clientes como consequência direta. Em um cenário onde nenhuma empresa possui poder de mercado, não há incentivos para que qualquer uma delas imponha preços superiores à média observada, pois os consumidores naturalmente migrariam para concorrentes com preços mais atrativos.³²

²⁸ Idem, p. 270.

²⁹ Ibidem.

³⁰ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Editora Saraiva, São Paulo, 2016. p. 135.

³¹ Idem, p. 136.

³² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Cartilha do CADE**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 13 out. 2024.

Importa esclarecer que a posição dominante é pressuposto para a existência de poder de mercado, pois para que o agente possua poder de mercado, ele deve possuir antes posição dominante. Embora o inverso não seja verdadeiro, já que “somente a existência de posição dominante não é fator suficiente para que a empresa tenha tal capacidade de aumento unilateral de preços.”³³ Fato é que o agente apenas será capaz de aumentar unilateralmente os preços quando deter, dentre outras variáveis, posição dominante.

Ante o exposto, a legislação concorrencial se preocupa em coibir práticas unilaterais de agentes detentores de poder de mercado que possam distorcer a concorrência. Nos termos do §2º do artigo 36 da Lei de Defesa da Concorrência,³⁴ a constatação de posição dominante pode ser feita a partir de dois critérios: (i) subjetivo, considerando a capacidade do agente alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou (ii) objetivo, considerando a participação de mercado do agente.

O primeiro critério identifica posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas detém poder suficiente para unilateral ou coordenadamente alterar as condições de mercado e, de forma independente, é capaz de adotar comportamentos tipicamente monopolistas, como o aumento de preços, diminuição da qualidade do produto final, além de influenciar as práticas de seus concorrentes.

O segundo critério presume posição dominante quando o *player* controlar 20% ou mais do mercado relevante, facultando ao Cade a alteração desse percentual para setores específicos da economia. O racional que explica a adoção do *market share* nessa situação se relaciona com o fato de que empresas de pequeno porte não são capazes de, unilateralmente, alterar o cenário competitivo.³⁵ Isso porque, ainda que um agente de pequeno porte tome medidas visando o fechamento de mercado e a exclusão de rivais, é improvável que sua prática cause impactos ao mercado em que está inserido.

Justamente por isso as condutas unilaterais não são consideradas ilícitas por objeto, pois sua ocorrência não implica automaticamente dano à concorrência. É necessário que gere algum dos efeitos previstos em lei, o que geralmente não ocorre nos casos de agentes com ínfimo

³³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Cartilha do CADE**. Brasília: CADE, 2016. p. 9. Disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>: Acesso em: 13 out. 2024

³⁴ Lei nº 12.529/2011: 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.”

³⁵ NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Editora Saraiva, São Paulo, 2016. p. 137.

poder de mercado. Da mesma forma, é possível verificar exceções nas quais empresas com elevado *market share* é incapaz de alterar, por si só, o cenário competitivo. Geralmente, isso ocorre na presença de mercados contestáveis, ausência de barreiras à entrada e evidente rivalidade entre os agentes daquele mercado. Nesses cenários, o critério objetivo deve ser flexibilizado, pois o agente não detém, na prática, posição dominante. Portanto, o parâmetro objetivo possui presunção relativa (*iuris tantum*) passível de ser afastada pela autoridade caso verifique que, apesar de elevada participação de mercado, a empresa não reúne capacidade de alterar unilateralmente as condições de competição.³⁶

Todavia, cumpre ressaltar que o ordenamento jurídico brasileiro não condena o simples fato do agente deter posição dominante. Pelo contrário, a conquista de mercado por meio legítimos e pelos próprios méritos do agente econômico é entendida como consequência natural da concorrência e não constitui infração à ordem econômica, nos termos do artigo 36, §1º da Lei nº 12.529/2011.³⁷ Por causa disso, condutas unilaterais que visam a conquista de mercado podem ser entendidas como pró-competitivas.

O exercício abusivo de poder econômico do agente se configura mediante a constatação de determinadas características estruturais e fatores como a existência de barreiras a novos entrantes, a ausência de contestabilidade do mercado, impossibilidade de importações ou ainda a baixa efetividade de competição entre a empresa dominante e seus concorrentes. Novamente, a mera existência de posição dominante ou poder de mercado não é suficiente para ensejar uma repressão concorrencial, mas sim o seu abuso.

Embora expressamente vedado, a Lei nº 12.529/2011 não define o conceito de abuso de posição dominante, sendo apenas mencionado no tipo amplo do inciso IV do artigo 36, em que há necessidade de consideração dos efeitos potenciais ou efetivamente produzidos no mercado para sua caracterização. Encontra-se na lista do parágrafo §3º do mesmo dispositivo legal alguns exemplos dessa violação na prática – como a conduta de dificultar o acesso de novos entrantes (inciso III), venda casada (inciso XVIII) e outros – sempre analisados conjuntamente com os efeitos previstos no *caput*.

A Lei de Defesa da Concorrência também não define parâmetros objetivos para estabelecer o limite entre detenção e abuso do poder econômico, ficando a cargo da Autoridade adotar

³⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 10ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 285.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm.

técnicas de interpretação, como a regra da razão, para dar concretude à norma.³⁸ Trata-se, contudo, de importante delimitação, pois o agente pode se valer de sua posição dominante para alcançar fins legítimos, como a geração de inovação e desenvolvimento tecnológico. Por outro lado, poderá usá-la como ferramenta para distorcer a concorrência e eliminar rivais, afetando, em último, o bem-estar do consumidor, conduta condenada pela autoridade antitruste.

A fim de traçar um limite entre essa linha tênue, Forgioni explica que será verificado uso disfuncional apenas quando o agente econômico prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente seus lucros. Entretanto, nem toda restrição à concorrência é sinônimo de domínio ilícito de mercado, pois quando derivada de vantagem competitiva resultante de processo natural fundado na eficiência do agente em detrimento de seus concorrentes, é compreendida como exercício normal (e legal) da posição dominante.³⁹ Nesse sentido, é possível interpretar o critério das eficiências como o limite entre uso e abuso: “se há maior eficiência, nada se deve punir.”⁴⁰

Conforme leciona o Professor Calixto, a eficiência é excludente absoluta da ilicitude. “O poder no mercado, mesmo existente, é incapaz de caracterizar a figura ilícita da dominação dos mercados quando obtido em função de maior eficiência.”⁴¹ Em virtude disso, a teoria dos preços ganha relevância, cuja visão é de que a proteção ao consumidor está exclusivamente relacionada à produção de eficiências verificadas na oferta de baixo preço dos produtos ou serviços e na ausência de barreiras à entrada de novos agentes.⁴²

Apesar dessa noção, fato é que a teoria do preço isoladamente não é suficiente para identificar o exercício de poder de mercado. Conforme já mencionado e apontado pelo próprio Cade, faz-se necessária a investigação de outras variáveis, como eventuais barreiras à entrada, efetividade da competição e possibilidade de reação dos concorrentes ao aumentos de preço da firma dominante.⁴³

Em suma, para avaliar a relevância dos ganhos de eficiências decorrentes do caso concreto, o Cade sedimentou em sua jurisprudência a observância da regra da razão. Trata-se do principal método de análise das condutas unilaterais (divergente do método *per se*), que envolve um

³⁸ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

³⁹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 10ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 148.

⁴⁰ Idem, p. 275.

⁴¹ FILHO, Calixto S. **Direito Concorrencial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. p.186.

⁴² MELLO, Ana Frazão Vieira de. **Direito da concorrência, 1ª edição**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2017. E-book.

⁴³ CADE. **Cartilha do CADE**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 24 out. 2024.

juízo pragmático do ilícito concorrencial do ponto de vista socioeconômico.⁴⁴ Tendo em vista a importância do assunto para a compreensão dos precedentes objetos desta pesquisa, a regra da razão será estudada no próximo tópico.

2.3. Regra da Razão

A regra da razão consiste em técnica de interpretação adotada pela autoridade antitruste para a análise de ilícitos concorrenciais por efeito, permitindo o exame mais aprofundado e individualizado do caso concreto. Nesse contexto, a eficácia restritiva do ato supostamente abusivo é confrontada com seus efeitos futuros no mercado relevante, de modo que se traduzidos em fatores promotores da concorrência, serão considerados pró-competitivos e a prática passará a ser razoável, mantendo sua validade e eficácia.⁴⁵ Cumpre destacar que nos casos de ilícitos por efeitos, os fatos são insuficientes para caracterizar a ilegalidade da conduta, razão pela qual a análise é baseada nos efeitos lesivos (potenciais ou reais) de tais práticas, mediante consultas e testes de mercado. Os fatos estão “às claras”, dispensando-se a comprovação de sua ocorrência e concentrando os esforços nas eventuais distorções ao regular funcionamento de mercado e nos impactos ao bem-estar do consumidor causados pelo ato abusivo.⁴⁶

Reside, aqui, a preocupação da autoridade em ponderar as eficiências econômicas oriundas da conduta em detrimento dos efeitos negativos à concorrência, a fim de avaliar se estamos diante de uma exclusão de ilicitude ou de uma efetiva infração à ordem econômica. Nesse sentido, a regra da razão torna flexível a análise do ato do agente econômico, afastando-se da perspectiva legal restrita em direção à avaliação concreta do mercado, sobretudo diante dos aspectos econômico e social.⁴⁷ Com efeito, o prejuízo eventualmente suportado pelo concorrente difere do prejuízo à concorrência em si, porquanto os ganhos de eficiência que trazem benefícios ao consumidor têm relevância para a análise concorrencial e devem ser suportados pelos rivais.

⁴⁴ LOEVINGER, Lee. The rule of reason in antitrust law. In: ANNUAL MEETING, 1961. Missouri. **Proceedings** [...]. Missouri: Virginia Law Review, 1961. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25750148>. Acesso em: 25 out. 2024.

⁴⁵ FIGUEIREDO, Leonardo V. **Direito Econômico**. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. p. 190.

⁴⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo (SEI 0031259). 2013. fls. 666-718.

⁴⁷ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 10ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 203-204.

Hovenkamp explica que esse método simplifica e limita as ocasiões em que se faz necessária a análise detalhada dos efeitos prós e anticompetitivos de uma conduta, de modo que somente é aplicada quando houver verdadeiro risco de prejuízo ao mercado e aos consumidores.⁴⁸ Ainda, chama-se atenção para a importância desse *standard* geral de análise, pois a conduta somente será caracterizada como ilícita se seus efeitos anticoncorrenciais forem devidamente comprovados e as eficiências compensatórias não forem suficientes para contrabalanceá-los. Nota-se que é a verificação dos efeitos nocivos, concretos ou potenciais, ao mercado que motiva a sanção pela prática de abuso de poder econômico.⁴⁹

Baseando-se nesse instituto de hermenêutica decorrente da experiência estadunidense, o Cade analisa as infrações por efeitos sopesando as eficiências compensatórias em face dos efeitos lesivos decorrentes da conduta do agente. Para tanto, o julgador perfaz uma sequência de observações que considera três grandes etapas: (i) definição do mercado relevante; (ii) constatação de existência de posição dominante (ou poder de mercado) do agente investigado; e (iii) análise dos efeitos da conduta, sejam estes reais ou potenciais⁵⁰ – aqui analisa-se tanto os efeitos nocivos, quanto as possíveis eficiências geradas no caso concreto capazes de afastar a condenação do ilícito. Foi justamente esse caminho percorrido pelo Conselho no julgamento dos precedentes mapeados nesta pesquisa.

Primeiramente, a análise do Conselho inicia com a definição do mercado relevante, sob a dimensão produto e geográfica, no qual a conduta está inserida. O mercado relevante pode ser entendido como o universo em que perpassa a conduta tida como lesiva à livre concorrência, além de que sua delimitação é “pressuposto de incidência da Lei Antitruste.”⁵¹ Em outras palavras, é onde “se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado.”⁵² Importa esclarecer que esse conceito busca definir um espaço em que não é possível a substituição do produto por outro, seja porque inexistem substitutos daquele bem ou porque não é possível obtê-lo de outra forma.

⁴⁸ HOVENKAMP, Herbert J. **The rule of reason**. Legal Scholarship Repository: Pennsylvania, 2018. p. 114. Disponível em: <https://bit.ly/48giuTD>. Acesso em: 25 out. 2024.

⁴⁹ GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito antitruste**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2016. E-book. p. 61.

⁵⁰ MARTINS, C. S.; SOARES MIRANDA DOS SANTOS, L. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 164-176, 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/498>. Acesso em: 25 out. 2024.

⁵¹ GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito antitruste**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2016. E-book. p. 106.

⁵² FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 10ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 222.

Para sua delimitação, o Cade comumente faz uso do teste do “monopolista hipotético”. Neste, o mercado relevante é definido como o menor conjunto de produtos e menor área geográfica em que o produto é fabricado ou vendido, de forma que o monopolista possa impor um “pequeno, mas significativo e não transitório” aumento de preços, sem que os consumidores optem por outro produto ou compre-o em outra região.⁵³ Em outras palavras, examina-se a substituíbilidade dos bens envolvidos. Conforme explica Ana Frazão, o racional consiste saber em que medida os consumidores desviariam sua demanda para produtos substituíveis em um cenário de aumento de preços.⁵⁴ Adicionalmente, é possível o emprego de testes que considerem a elasticidade-preço da demanda ou, ainda, os hábitos de consumo e as características da oferta, a presença de apelo publicitário, identificação do público-alvo, bem como as particularidades dos locais de oferta e consumo.⁵⁵

Após essa etapa, o Cade apura a participação de mercado do agente econômico por meio de algum dos critérios anteriormente mencionados, a fim de constatar se há posição dominante. Aqui a autoridade pode adotar o critério objetivo previsto no artigo 36, § 2º da Lei nº 12.529/2011, que estabelece presunção relativa de dominância a partir do controle de 20% do mercado, ou o critério subjetivo considerando a capacidade do agente alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado. Na hipótese em que a participação de mercado for consideravelmente elevada, então o primeiro requisito para a existência de poder de mercado pode ser considerado atendido.⁵⁶ Embora configure condição necessária, a existência de posição dominante verificada no elevado *share* não é suficiente para que a empresa aumente unilateralmente os preços.

Cabe assinalar a relevância da definição do mercado relevante, que, em rigor, deve anteceder à verificação do poder de mercado, já que a avaliação da capacidade de controle sobre o mercado depende de sua delimitação. Outrossim, a constatação de substancial *market share* reforça a possibilidade do *player* deter poder de mercado, permitindo o avanço da análise antitruste para verificar se o agente está atuando por meios legítimos fundados em sua vantagem competitiva ou se de fato há abuso de posição dominante.

⁵³ CADE. **Cartilha do CADE**. Brasília: CADE, 2016. p. 8. Disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>; Acesso em: 25 out. 2024

⁵⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017. E-book. pp. 139-140.

⁵⁵ GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito antitruste**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2016. E-book. p. 107.

⁵⁶ Idem, p. 108.

Por fim, a terceira etapa avalia os efeitos decorrentes da prática sobre a concorrência, sejam estes reais ou potenciais. Nesse momento, o Cade analisa se a conduta tende a prejudicar e distorcer a concorrência, considerando o impacto no preço, na qualidade, na inovação e no bem-estar dos consumidores. Paralelamente a isso, a autoridade examina as possíveis justificativas e eficiências econômicas advindas do ato, como o ganho de bem-estar econômico que não poderia ser gerado à sociedade de outro modo, introdução de novas tecnologias que corroborem com processos produtivos mais eficientes e menos custosos, entre outros.

Assim, identificado um suposto ilícito concorrencial praticado por um agente com poder de mercado, a autoridade antitruste avaliará as eficiências compensatórias oriundas da prática e, através de um juízo de ponderação, analisará se os prejuízos são compensados com ganhos de eficiência. Portanto, se os efeitos pró-competitivos superarem os efeitos anticompetitivos, não há condenação, caso contrário, a autoridade poderá aplicar alguma das penalidades previstas na Lei nº 12.529/2011.

3. PLATAFORMAS DIGITAIS

3.1. Principais características

Era comum pensar a prática de infrações à ordem econômica em mercados tradicionais tangíveis à realidade do consumidor, como o mercado de cervejas, cimento, combustíveis, entre outros casos paradigmáticos julgados pelo Cade. Mais recorrente ainda era pensar a prática dessas violações por empresas do mundo físico com modelos de negócio parecidos, em geral, sem um conjunto de características que as distinguissem do padrão tradicional observado. No entanto, esse cenário sofre alterações a partir de 2011 com a instauração da primeira investigação para apurar conduta anticompetitiva no segmento de mercado identificado pelo Cade como o de “plataformas digitais”.⁵⁷

O adjetivo “digital” traz consigo uma gama de peculiaridades antes não observadas pela autoridade concorrencial, de modo que a técnica e ferramental antitruste até então consolidados são desafiados pelas singularidades desse novo grupo. Isso porque, os mercados digitais possuem particularidades próprias que os distinguem dos mercados tradicionais em termos de

⁵⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Mercados de Plataformas Digitais**. Edição Revista e Atualizada. Brasília, 2023. p. 164. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 26 out. 2024.

funcionamento e modelo de negócio. Dessa forma, os parágrafos abaixo se dedicam a analisar as principais características das chamadas plataformas digitais (sem a pretensão de esgotar o tema), um dos principais modelos desses mercados de tecnologia e critério temático escolhido para a composição da amostra jurisprudencial deste trabalho, o que explica a necessidade de se debruçar sobre o tema.

De início, cumpre mencionar que não há um consenso sobre o conceito de plataformas digitais. As autoridades concorrenciais francesa e alemã definem como “intermediárias que conectam dois ou mais grupos de usuários e se beneficiam de efeitos de rede diretos e indiretos”.⁵⁸ Para a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), trata-se de serviço digital que facilita as interações entre dois ou mais conjuntos distintos e interdependentes de usuários (empresas ou indivíduos) que interagem por meio da Internet.⁵⁹ Esta última foi a definição adotada pelo Cade em seu estudo sobre o tema⁶⁰ e servirá de base para este trabalho. O seu escopo exclui negócios como comércio eletrônico direto para o consumidor (“B2C”) e streaming de conteúdo sem anúncios, pois esses atendem apenas um conjunto de clientes. No entanto, inclui negócios como comércio eletrônico B2C de terceiros e streaming de conteúdo com suporte de anúncios, pois esses serviços envolvem dois ou mais conjuntos separados de usuários.

3.1.1. Mercados de preço zero

O avanço das relações econômicas em mercados digitais trouxe consigo a expansão em variedade e quantidade dos mercados de preço zero, consistentes na oferta de produtos e serviços sem necessidade de pagamento de um valor monetário pelo usuário. Exemplos disso são os buscadores de pesquisa, redes sociais e aplicativos diversos. Apesar de não representarem uma novidade ao consumidor, a economia digital ampliou e remodelou novos mercados com características próprias e amplo escopo.⁶¹

⁵⁸ AUTORITE DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. p. 2-5. Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2023.

⁵⁹ OCDE. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**. Paris: OECD Publishing, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. Acesso em: 27 mai. 2023.

⁶⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Mercados de Plataformas Digitais**. Edição Revista e Atualizada. Brasília, 2023. p. 10. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 26 out. 2024.

⁶¹ OCDE. **Quality considerations in digital zero-price markets. Background note by the Secretariat**. OECD, 28 nov. 2018. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/quality-considerations-in-the-zero-price-economy.htm>. Acesso em 27 out. 2024.

A aparente gratuidade dos serviços não implica um modelo de negócios sem rendimentos. A esse respeito, Newman explica que os mercados de preço zero comportam modelos sustentáveis, cujas empresas atuantes com fins lucrativos geram receita oferecendo outro produto inter-relacionado ao produto gratuito.⁶² Segundo o autor, existem três principais estratégias que permitem essa sustentabilidade: produtos complementares, plataformas multilaterais e estratégia “*fremium*”.⁶³ Na primeira, o produto oferecido gratuitamente possui um complementar pago. Exemplo disso é o software iTunes da Apple (gratuito) que estimula a compra de músicas digitais na iTunes Store (pagas). Na segunda, lados distintos interagem entre si intermediados por uma plataforma com serviço gratuito para um dos lados e pago para o outro. Redes sociais e o Google buscas exemplificam esse modelo ao oferecer acesso gratuito aos usuários e obter rendimentos vendendo espaço publicitário a anunciantes.

Na terceira, a versão básica do produto é gratuita, enquanto a versão *premium*, com mais recursos e qualidade, é paga. Essa opção pode obter ganhos de receita mediante publicidade de produtos de terceiros ou da versão paga do próprio serviço. O Spotify ilustra bem essa abordagem, pois conta com uma versão gratuita com limitação de recursos e presença de anúncios tanto de sua versão paga, quanto de diversos outros produtos, e uma versão “*premium*” livre de propagandas e com a funcionalidade de todos os recursos disponíveis.

Esse importante debate cruza a fronteira do antitruste dividindo posicionamentos sobre a incidência ou não do escrutínio concorrencial nos mercados de preço zero. Alguns autores sustentam que esses modelos de negócios não poderiam ser submetidos ao crivo da autoridade concorrencial, já que a ausência de preços apontaria a inexistência de um “mercado”.⁶⁴ Newman exemplifica com a visão de Robert Bork, jurista americano com importantes contribuições sobre o Sherman Act, o qual entende que não seria possível sustentar representações concorrenciais contra o Google, porque os mecanismos de busca da empresa são gratuitos e os usuários podem optar por uma ferramenta de busca alternativa apenas com um clique.⁶⁵

Por outro lado, para Evans o argumento de que bens a preço zero não seriam “vendidos” é economicamente insustentável, pois as empresas ainda precisam decidir quando ofertar o

⁶² NEWMAN, John M. Antitrust in Zero-price Markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 149, p. 154, 2015.

⁶³ Idem, pp. 155-157.

⁶⁴ KERSTING, Christian; DWORSCHAK, Sebastian. **Does Google Hold a Dominant Market Position? – Addressing the (Minor) Significance of High Online User Shares**. Ifo Schnelldienst, 12 set. 2014, p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2495300>. Acesso em: 27 out. 2024. Apud NEWMAN, John M. Antitrust in Zero-price Markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 149, 2015.

⁶⁵ BORK, R. H. Antitrust and Google, *Chicago Tribune*, v. 1, n. 1, 2012. Apud NEWMAN, John M. Antitrust in Zero-price Markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, n. 149, 2015.

produto a um preço zero e os consumidores ainda decidem quando demandá-los, já que geralmente gastam algum tipo de recurso para obter e consumir esses produtos gratuitos.⁶⁶ Além disso, como observa Newman, os bens e serviços não seriam realmente gratuitos devido à existência de algum tipo de custo aos consumidores, como a atenção e informação do usuário trocadas pelo serviço “gratuito”,⁶⁷ garantindo ganhos econômicos para as plataformas, sobretudo aquelas com modelo de publicidade.

Em vista disso, é claramente possível argumentar que modelos de negócio de preço zero também se constituem como mercados e, portanto, estão sujeitos à análise antitruste. Inclusive o Cade caminha nesse sentido, o que se verifica nos precedentes da Amostra, em que, apesar do serviço de busca do Google ser oferecido a custo monetário zero, isso não impediu a autoridade antitruste de delimitar os mercados relevantes e apurar a existência de conduta anticoncorrencial em cada um deles. Trata-se de entendimento importante que permite o controle de estruturas e condutas nesse âmbito, visto que o não reconhecimento de um mercado excluiria o fenômeno de serviços digitais alegadamente gratuitos do escrutínio concorrencial e, por conseguinte, não haveria análise de dano anticompetitivo nesse segmento.

Ademais, é importante que se reconheça a possibilidade de existência de danos em mercados de preço zero. Newman já alertou sobre esse ponto ao explicar que a análise antitruste é prejudicada pela dificuldade de seus operadores conceberem mercados de preço zero como relevantes do ponto de vista concorrencial, sugerindo como possível explicação o fato de que há ênfase excessiva atribuída à teoria do preço (“*price theory*”).⁶⁸ Nesse contexto, o ferramental clássico antitruste como o teste do monopolista hipotético pode se mostrar insuficiente ou até mesmo inadequado para a identificação e apuração de condutas anticompetitivas em mercados digitais, por assumirem facetas diversas daquelas tradicionalmente conhecidas. Ainda, uma análise concorrencial centrada na métrica do preço pode ser insuficiente e desatualizada para a identificação de ilícitos em uma estrutura de preço zero,⁶⁹ em que outros recursos são oferecidos como troca.

⁶⁶ EVANS, David S., The Antitrust Economics of Free. **Competition Policy International**, v. 7, n. 1, p. 14, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1813193>. Acesso em: 27 out. 2024.

⁶⁷ NEWMAN, John M. Antitrust in Zero-price Markets: Foundations. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 164, n. 149, pp. 172-173, 2015.

⁶⁸ Idem, p. 190.

⁶⁹ EVANS, David S; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. **National Bureau of Economic Research**, 2013, pp. 1–72. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w18783/w18783.pdf. Acesso em: 27 out. 2024.

Para além disso, diferentemente dos mercados tradicionais, o parâmetro de qualidade do serviço ou produto é de difícil avaliação pelo consumidor mesmo após sua aquisição e uso, posto que não é possível quantificar o aumento do preço do serviço – já que é gratuito – e o juízo de qualidade pode requerer conhecimento técnico sobre o funcionamento de ferramentas digitais. Exemplo disso são os mecanismos de busca, como a ferramenta de pesquisa do Google, cuja qualidade é dificilmente avaliada pelos usuários, que não conseguem prever os resultados que serão gerados e, em geral, não realizam comparações entre diferentes buscadores.⁷⁰ Outra característica desses mercados é a assimetria de informação, porquanto o tratamento dos dados coletados e o funcionamento dos códigos e algoritmos permanece restrito às empresas e é de difícil compreensão pelos consumidores.

Fato é que, uma vez entendidos como objeto de análise antitruste, faz-se necessário investigar como se dá a competição nos mercados de preço zero e a configuração do abuso de poder econômico dentro dessa realidade, considerando suas particularidades, ainda que essas tornem a tarefa do operador mais complexa. Somente através desse processo será possível desenvolver ou adaptar ferramentas de análise concorrencial adequadas para a economia digital.

3.1.2. Mercados de múltiplos lados

O crescimento da economia digital foi acelerado com o surgimento dos mercados multilaterais, alguns dos quais adquiriram alcance global rapidamente. Também denominados como “mercados de dois lados”, “mercados multilaterais” ou “plataformas multilaterais”, esses modelos operam como plataformas responsáveis por facilitar a interação entre diferentes grupos com demandas interdependentes entre si, de modo que a receita da plataforma é distribuída desigualmente entre os usuários.⁷¹

Um exemplo desse mercado são os buscadores de pesquisa que reúnem e facilitam interações entre grupos distintos com interesses complementares. A plataforma opera basicamente em três lados: de um lado, estão os usuários que utilizam o buscador para encontrar informações, produtos ou serviços de seu interesse. Trata-se da base de consumidores, cujo engajamento e número de acessos aumenta o valor do buscador para os demais grupos. De outro lado, estão os anunciantes que pagam pela exibição de seus produtos ou serviços na página de

⁷⁰ PASQUALE, Frank. Paradoxes of Digital Antitrust: Why the FTC Failed to Explain Its Inaction on Search Bias. *Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series*, jul. 2013, p. 18. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/misc/Pasquale.pdf>. Acesso em: 28 out. 2024.

⁷¹ WRIGHT, Julian. One-sided logic in two-sided markets. *Review of Network Economics*, v. 3, n. 1, pp. 44-64, 2004. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.2202/1446-9022.1042/html>. Acesso em: 28 out. 2024.

resultados do buscador. O racional consiste no fato de atingir um público segmentado que, através das buscas, já demonstrou interesse em temas específicos. Já o outro lado é composto pela própria plataforma de busca (exemplo do Google e Bing), responsável por organizar, classificar e exibir os resultados de pesquisa, sendo que sua monetização decorre principalmente dos anunciantes que comprem espaços publicitários. Assim, o papel do buscador é justamente intermediar a relação entre esses grupos, funcionando como um mercado de múltiplos lados, em que o êxito de um grupo depende da presença e atividade do(s) outro(s) grupo(s).

Nota-se duas características recorrentes que permitem a definição dos mercados de múltiplos lados, são elas: interação entre lados distintos intermediada por uma plataforma e a presença de externalidades ou efeitos de redes.⁷² Conforme já explicado, a primeira envolve a interação entre grupos diferentes facilitada pela plataforma, sendo fundamental que esses agentes consigam interagir entre si direta ou indiretamente para que se trate de um mercado multilateral. Ainda, essa interação deve ser capaz de reduzir custos de transação para os dois ou mais lados.⁷³

Já os efeitos ou externalidades de rede ocorrem quando as ações de um dos lados da plataforma, ou até mesmo a própria plataforma, afetam ainda que indiretamente o outro lado ou o funcionamento da plataforma em si. Esses efeitos de rede podem ser diretos ou indiretos. Os efeitos de rede diretos ocorrem quando a utilidade da plataforma para os usuários depende do número de usuários do mesmo lado. Ou seja, na medida em que “a base de usuários no mesmo lado cresce a utilidade da plataforma cresce”.⁷⁴ Exemplo disso são as redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, já que o valor desses negócios aumenta conforme mais pessoas os aderem, facilitando a comunicação em um único espaço.

Em contraste, os efeitos indiretos ocorrem quando um lado da plataforma se beneficia com o aumento de usuários do outro lado da plataforma e, possivelmente, vice-versa. Logo, se a plataforma oferece um serviço melhor em um lado, aumentará a demanda por esse serviço no

⁷² SHELANSKI, Howard; KNOX, Samantha; DHILLA, Arif. Network effects and efficiencies in multi-sided markets. In: OCDE. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, 2018, pp. 189-198. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/a013f740-en>. Acesso em: 28 out. 2024.

⁷³ EVANS, David S; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. **National Bureau of Economic Research**, 2013, p. 8. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w18783/w18783.pdf. Acesso em: 28 out. 2024;

⁷⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Mercados de Plataformas Digitais**. Edição Revista e Atualizada. Brasília, 2023. p. 12. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

outro lado do mercado.⁷⁵ Por exemplo, quantos mais usuários utilizam o buscador do Google, maior é o incentivo para anunciantes comprarem espaços publicitários, haja vista o maior alcance de potenciais clientes. Isso melhora a experiência dos consumidores, com anúncios relevantes e segmentados alinhados com suas intenções de buscas, gerando um ciclo positivo de efeitos de redes indiretos, cuja presença de mais anunciantes atrai mais usuários, e vice-versa.

Sob a ótica estrutural, há quem subdivida os mercados de múltiplos lados em plataformas baseadas em serviços e as baseadas em subsídios.⁷⁶ As primeiras oferecem um produto ou serviço para seus usuários, como o Uber e Airbnb. As segundas operam de forma que um dos lados indiretamente financia os custos de outro, sem fornecer um serviço adicional para atrair os usuários. Nessas plataformas subsidiadas, há geralmente três grupos principais: financiadores, fornecedores e usuários. O próprio Google e mídias recentes (Facebook, Instagram e Twitter), seguem esse modelo subsidiado de operação. Em suma, os subsidiários normalmente não conquistam usuários por conta própria, de modo que o oferecimento de serviços é necessário para atraí-los para esse mercado.⁷⁷

O Cade define essa última opção como subsídio cruzado, consistente em estratégia utilizada pelas plataformas para alcançar um tamanho suficiente que permita explorar a dinâmica de mercado de múltiplos lados, devido às estruturas de preços. Esse modelo ocorre quando uma empresa subsidia parcial ou integralmente um dos lados do mercado para obter êxito em outro. Por exemplo, os sites de busca oferecem seu serviço gratuitamente para alcançar notável base de usuários, tornando-se, assim, mais atraente para anunciantes que monetizam a plataforma. Em alguns casos, não há um subsídio propriamente dito, mas uma precificação assimétrica atribuída para cada conjunto de usuários.⁷⁸

Diante disso, é possível notar que as externalidades verificadas em plataformas digitais impactam na demanda de cada lado, pois essa não depende apenas do preço, mas também leva em consideração outras métricas de tamanho e qualidade de cada um dos agentes atendidos pela plataforma. Conforme destacado por Evans e Schmalensee, os lados desse mercado são

⁷⁵ Idem, p. 13.

⁷⁶ SHELANSKI, Howard; KNOX, Samantha; DHILLA, Arif. Network effects and efficiencies in multi-sided markets. In: OCDE. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, 2018, p. 190. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/a013f740-en>. Acesso em: 28 out. 2024.

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Mercados de Plataformas Digitais**. Edição Revista e Atualizada. Brasília, 2023. p. 13. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

complementos da demanda.⁷⁹ Nesse sentido, os modelos econômicos tradicionalmente adotados na análise antitruste podem se mostrar insuficientes ao não considerar as interdependências presente nos mercados digitais, limitando-se ao fator preço.⁸⁰

Em geral, ao apurar uma conduta, a autoridade concorrencial baseia sua análise em modelos econômicos que consideram que a demanda responde diretamente ao preço, como em mercados de produtos físicos. No entanto, para plataformas multilaterais, esses modelos podem falhar em captar a complexidade das interdependências, levando a conclusões imprecisas.⁸¹ Para ilustrar, em uma rede social, se o número de usuários de um lado diminui (como criadores de conteúdo), os usuários do outro lado (consumidores) podem também reduzir seu uso, gerando uma queda de receita para a plataforma. Portanto, é essencial considerar essas externalidades e a dependência mútua na análise da demanda para capturar melhor o comportamento de mercado.

Os efeitos de rede indiretos também podem gerar economias de escala do lado da demanda que levem ao monopólio e, em último caso, à criação de barreiras à entrada.⁸² Nessa linha, à medida que uma plataforma ganha mais conteúdo, torna-se mais atraente para novos usuários, que, por sua vez, incentivam a criação de mais conteúdo. Com uma base sólida de usuário de um dos lados, a plataforma poderia atingir uma economia de escala, em que os custos médios de produção diminuiriam e o valor percebido pelo usuário aumentaria, favorecendo o crescimento acelerado de uma única empresa, resultando no fenômeno conhecido como “*winner-takes-all*” ou “o vencedor leva tudo”. Por causa dessa dinâmica, novas empresas têm dificuldades para substituir as dominantes do mercado, ainda que sejam mais eficientes ou inovadores.⁸³

Desse modo, ao atingir esse patamar de economia de escala, a plataforma cria um significativa barreira de entrada para concorrentes, reforçada pelo controle dos dados que consolidam sua posição no mercado.⁸⁴ Com base na essencialidade dos efeitos de escala para os modelos de mercados de múltiplos lados e sua contribuição para a manutenção da posição

⁷⁹ EVANS, David S; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. **National Bureau of Economic Research**, 2013, p. 9. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w18783/w18783.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

⁸⁰ Ibidem.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Idem, p. 13.

⁸³ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 1, pp. 82-103, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/rdc.v9i1.734>. Acesso em: 28 out. 2024.

⁸⁴ KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, 2017, p. 785. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 28 out. 2024.

dominante do agente, Lina Khan argumenta que a análise antitruste deve reconhecer que a estratégia de expansão agressiva às custas de lucros é altamente racional e precisa ser considerada quando o controle de condutas e estruturas ocorrer em mercados digitais. Khan defende a revisão dos parâmetros de análise antitruste com vistas a refletir a dinâmica das plataformas online.⁸⁵

Pelo exposto, conclui-se que os mercados de múltiplos lados, assim como os mercados de preços zeros, possui características singulares não compreendidas pelo ferramental tradicional de análise antitruste. Conforme já mencionado, a demanda dos mercados de múltiplos lados não depende apenas do fator preço, devendo ser consideradas as interdependências dos diferentes grupos de usuários e os efeitos de rede e de escala capazes de criar barreiras a novos entrantes. Do contrário, essas empresas se aproveitarão desses meios para violarem a ordem econômica, sem sofrer qualquer questionamento ou contenção pela autoridade concorrencial, baseada em parâmetros de análise insuficientes ou desatualizados.

3.1.3. Mercados de atenção e o protagonismo dos dados pessoais

A economia digital também foi amplamente impactada pelos mercados de atenção, é possível afirmar que a atenção humana se tornou um recurso valioso e limitado em oferta. Não à toa Tim Wu destaca que empresas como o Facebook e Google dependem quase exclusivamente dos mercados de atenção como estratégia de negócio.⁸⁶ Conforme explica o autor, esses mercados consistem em negócios que dependem da revenda de atenção para obterem receitas. As empresas inseridas nesse modelo são denominadas pelo autor como “*Attention Brokers*” e têm por finalidade atrair atenção humana oferecendo algo ao público (entretenimento, notícias e semelhantes) e, em seguida, revender essa atenção para anunciantes em troca de dinheiro.

O Instagram, Facebook, mecanismos de busca como o Google ou Bing e canais de televisão são exemplos de *Attention Brokers*,⁸⁷ porquanto essas empresas reúnem o público geral e os anunciantes que buscam atenção daquele. Nessa esteira, o problema surge quando a autoridade concorrencial não considera essa particularidade em sua tomada de decisão. A métrica de concorrência aqui é a atenção, medida pelo tempo gasto pelo usuário em suas

⁸⁵ Idem, pp. 782-290.

⁸⁶ WU, Tim. Blind spot: The attention economy and the law. *Antitrust Law Journal*, v. 82, n. 3, 2019, p. 771. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2029. Acesso em: 28 out. 2024.

⁸⁷ Idem, p. 772.

plataformas⁸⁸ e, como já foi dito, trata-se de um recurso limitado alvo de competição entre as firmas operantes nos mercados digitais.

Fato é que o sucesso dessa dinâmica depende, em regra, do controle e tratamento de dados dos usuários obtidos pela plataforma, geralmente utilizados como meio de consolidação do poder econômico desses agentes por meio da exploração das preferências e comportamentos dos consumidores. Nesse sentido, os dados pessoais coletados pela plataforma são convertidos em informações, permitindo às empresas o tratamento desse insumo para maximizar o engajamento de seus negócios sem qualquer controle pelos seus titulares (os próprios usuários), e são geralmente utilizados para o aumento de receita daquele serviço. Acerca disso, há quem defenda que os dados não constituem barreira à entrada no mercado, por se tratar de insumo não-exclusivo, não-rival e disponíveis para todos os agentes do mercado.⁸⁹ Essa é o posicionamento do ex-Conselheiro do Cade, Oscar Bandeira Maia, ao expor que os dados pessoais não constituem barreiras à entrada e não são essenciais ao mercado de comparadores de preço, conforme será melhor explicado no Capítulo 4.3 desta pesquisa.

Por outro lado, autores como Rubinfeld e Gal defendem que a importância dos dados – principalmente para a monetização da plataforma – cria incentivos para as empresas competirem pela oferta de produtos ou serviços, para obterem acesso às informações pessoais de seus usuários.⁹⁰ Defendem, ainda, que o controle desse insumo pode consolidar o poder econômico dos *players* e criar barreiras artificiais para reforçar ilicitamente sua vantagem competitiva.⁹¹ O protagonismo desse novo insumo para a consolidação de poder econômico das plataformas digitais, contudo, não parece ser suficientemente explorado pelo Cade.

3.2. A plataforma em análise: resumo dos “Casos Google”

À luz dos critérios e metodologia detalhada no Capítulo 1, a pesquisa jurisprudencial do Cade culminou em 3 processos administrativos da plataforma Google, que compõem a amostra final deste trabalho. Para melhor compreensão da análise dos parâmetros feita no capítulo seguinte, faz-se necessário um breve resumo dos casos mapeados, seguindo a ordem cronológica dos julgamentos pelo Tribunal do Conselho.

⁸⁸ Idem, p. 773.

⁸⁹ TUCKER, Darren S.; WELLFORD, Hill B. Big Mistakes Regarding Big Data. *Antitrust Source*, v. 2973, p. 4, dez. 2014.

⁹⁰ RUBINFELD, Daniel L. & GAL, Michal. Access Barriers to Big Data. *Arizona Law Review*, v. 59, n. 339. 2017, p. 39.

⁹¹ Idem, pp. 33-34.

3.2.1. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03 (“Google Scraping”)

Trata-se de processo administrativo instaurado *ex officio* pela SG/Cade, em 10 de outubro de 2013, a partir da denúncia da E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. (“E-Commerce”) contra o Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (em conjunto “Google” ou “Representada”) no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (“Google Shopping”). Naquela oportunidade, a empresa proprietária dos domínios Buscapé e Bondfaro denunciou o Google, dentre outras condutas, pela prática de *scraping* (“raspagem”) em relação ao site do Buscapé.

Diante da natureza das condutas relatadas e vislumbrados indícios de violações à ordem econômica, a SG/Cade decidiu instaurar dois processos administrativos distintos: este em comento e o Google Shopping (detalhado no tópico 3.2.3 abaixo). A prática alegada consistiria na coleta indevida e automatizada pela Representada de *reviews* fornecidos por usuários do site do Buscapé em benefício do Google Shopping, ferramenta de comparação de preço do Google. Em seu voto, a Conselheira-Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova explicou que a conduta está relacionada ao processo de *crawling*, consistente no rastreamento de websites da internet automaticamente por meio de *spiders/bots*.⁹² De acordo com a E-Commerce, as supostas condutas foram praticadas no mercado de sites de buscas online com o condão de alavancar a posição dominante do Google no mercado de busca genérica para o seu serviço de comparação de preços.⁹³ A Conselheira-Relatora destacou que a representação se refere a práticas passadas de raspagem, “mas com menções ao presente e possíveis condutas futuras, diante do poder de mercado detido pelo Google”.⁹⁴ Trata-se, em sua perspectiva, de preocupação de que o Google pratique ilícitos concorrenciais no futuro “simplesmente pela sua possibilidade”.⁹⁵

Para demonstrar a conduta, o Google apresentou uma Ata Notarial, lavrada em 22 de novembro de 2011, evidenciando a existência de avaliações do Buscapé/Bondfaro no *Google Product Search*, versão estadunidense do Google Shopping. Entretanto, contestou a acusação alegando se tratar de um incidente isolado, consistente em uma falha técnica posteriormente corrigida, e argumentando que as investigações internacionais não indicam efeitos anticoncorrenciais no Brasil. Na visão da E-Commerce, contudo, trata-se de prática oportunista

⁹² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto da Conselheira-Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova (SEI 0527547). 2019. § 29.

⁹³ Idem, § 5.

⁹⁴ Idem, § 72.

⁹⁵ Idem, § 73.

capaz de gerar efeitos anticompetitivos, sobretudo diante da alegação de que os websites no mercado de comparadores dependeriam do Google Busca.⁹⁶

A SG/Cade, a Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade (“ProCade”) e o Ministério Público Federal junto ao Cade (“MPF/Cade”) recomendaram o arquivamento do processo. Mais especificamente, a SG/Cade entendeu pela ausência de provas de que a prática tenha efetivamente visado ou gerado efeitos anticompetitivos concretos no Brasil, vez que somente foi juntado aos autos um único exemplar de utilização de *reviews* do Buscapé no site do Google Shopping estadunidense.⁹⁷ Considerou, ainda, que o usuário brasileiro não teria incentivo para comparar preços praticados no mercado norte-americano, do mesmo modo que um consumidor de lá não se beneficiaria de avaliações de lojas atuantes no Brasil.⁹⁸ Na 1ª Sessão Extraordinária de Julgamento (SEJ), ocorrida em 19 de junho de 2019, o Plenário, por unanimidade, arquivou o processo, nos termos do voto da Conselheira-Relatora.⁹⁹

3.2.2. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19 (“Google AdWords”)

Trata-se de processo administrativo instaurado em 28 de junho de 2013, a partir da representação da Microsoft Corporation (“Microsoft” ou “Representante”), responsável pelo serviço de buscas na Internet Bing e pela plataforma de busca patrocinada Bing Ads, em face das empresas Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (em conjunto “Google” ou “Representada”), responsáveis pelo serviço de buscas na Internet Google Search e pela plataforma de busca patrocinada Google AdWords (“AdWords”).

De acordo com a Microsoft, o Google estaria restringindo a capacidade de anunciantes usarem plataformas de busca patrocinada concorrentes do AdWords ao impedir a portabilidade cruzada de dados e a otimização de campanhas, com base no contrato “Termos e Condições da API do AdWords”.¹⁰⁰ Em outra oportunidade, a Microsoft alegou que os Termos e Condições da API (*application programming interface*) do AdWords (doravante “T&C do AdWords”) impediam o *multihoming*, isto é, a sincronização e otimização de dados de campanhas de uma plataforma (Google) para outra (Bing, por exemplo).¹⁰¹

⁹⁶ Idem, §6.

⁹⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Nota Técnica nº 15/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE (SEI 0475654).

⁹⁸ Ibidem.

⁹⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Certidão de Julgamento (SEI 0629583). 2019.

¹⁰⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0628841). 2019. § 5.

¹⁰¹ Idem, § 60.

Em razão disso, a empresa imputou ao Google abuso de posição dominante (art. 36, IV da Lei 12.529/11) no mercado de busca patrocinada, por limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado (art. 36, §3º, III da Lei 12.529/11) e por criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços (art. 36, §3º, IV da Lei 12.529/11).

Em setembro de 2013, a Microsoft aditou sua Representação devido à atualização dos termos e condições mencionados, os quais tiveram cláusulas alegadamente consideradas prejudiciais à concorrência retiradas e outras também consideradas prejudiciais pela Representante adicionadas. A empresa alegou que as alterações continuaram impedindo a interoperabilidade entre o AdWords e plataformas concorrentes e não tratou dos problemas contestados.¹⁰² Em outubro de 2013, o Cade instaurou o processo, passando a figurar *ex officio* no polo ativo, devido à desistência da disputa pela Microsoft em atenção a um acordo firmado pela empresa com o Google.

Antes de partir para o mérito do caso, cumpre elucidar alguns termos técnicos tratados no precedente. O AdWords consiste em anúncios textuais exibidos, em regra, no início da ferramenta de pesquisa do Google. Conforme explicado pelo Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia, os anunciantes possuem duas opções para confeccionar essas propagandas textuais: (i) programar a publicidade diretamente no AdWords ou (ii) utilizar um software otimizador/sincronizador desenvolvido por terceiro (como agências de publicidades ou empresas especializadas) ou pelo próprio anunciante, capaz de criar anúncios para serem divulgados por diversas plataformas (Bing, Yahoo, Google) a partir de um único local (uma única interface).¹⁰³

O objeto do processo compreende a segunda opção, cuja relação entre as partes é regida pelo conjunto de regras presente no T&C do AdWords (atual “Políticas da API do Google AdWords”). Nessa hipótese, para que seja possível a divulgação de anúncios na plataforma do Google, o anunciante precisa licenciar a API do AdWords para o desenvolvimento de software compatível com tal plataforma. A API nada mais é do que a “forma de conexão direta com os servidores de um site”, é exatamente ela que possibilita a “criação de sistemas por outras pessoas que não a detentora da plataforma, mas que rodem no sistema operacional dela”.¹⁰⁴

¹⁰² Idem, §§ 3-4.

¹⁰³ Idem, § 35.

¹⁰⁴ Idem, § 40.

Em outras palavras, a API é a ponte de acesso ou canal de comunicação entre o software alternativo e o do Google. Para melhor desempenho e rentabilidade, os softwares de anúncios precisam licenciar APIs de diferentes plataformas (por exemplo, Google, Bing e Yahoo) com vistas a desenvolver um produto eficiente que centralize as propagandas veiculadas em diversos lugares em uma única interface. Cada licenciamento é regido por termos e valores próprios padrões, semelhantes aos contratos de adesão, e são especificamente algumas dessas previsões contratuais entre o Google e os desenvolvedores que acessam o AdWords e simultaneamente outras plataformas de anúncios o objeto da lide em comento.

Ainda, o Relator compreendeu a possibilidade de *multihoming* no caso concreto de duas formas: (i) criação e otimização das campanhas em um único *software*, na mesma interface simultaneamente; ou (ii) a possibilidade de anúncios com o mesmo teor rodando em mais de uma plataforma ao mesmo tempo.¹⁰⁵ Segundo a Microsoft, o impedimento dessa utilização simultânea pelo Google configuraria abuso de posição dominante.

A SG/Cade, juntamente com a ProCade e o MPF/Cade opinaram pelo arquivamento do processo, alegando inexistência de indícios suficientes de infração à ordem econômica pelas Representadas. Mais especificamente, a SG/Cade argumentou que os termos não teriam condições de provocar efeitos anticompetitivos no Brasil, o que ainda não estava suficientemente claro à época da instauração do processo.¹⁰⁶ Na 1ª Sessão Extraordinária de Julgamento (SEJ), ocorrida em 19 de junho de 2019, o Conselheiro-Relator votou pelo arquivamento do caso, em razão da não tipificação das condutas descritas, entendimento seguido por todo Plenário.¹⁰⁷

3.2.3. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (“Google Shopping”)

Trata-se de processo administrativo instaurado em 10 de outubro de 2013, a partir da representação formulada pela E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. (“E-Commerce” ou “Representante”), responsável pelos sítios eletrônicos (doravante “*site*” ou “*sites*”) de comparação de preço Buscapé e Bondfaro, em face das empresas Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (em conjunto “Google” ou “Representada”). Segundo a Representante, o buscador do Google estaria posicionando privilegiadamente o Google

¹⁰⁵ Idem, § 59.

¹⁰⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Nota Técnica nº 16/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE (SEI 0475816).

¹⁰⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Certidão de Julgamento (SEI 0629545). 2019.

Shopping, site temático próprio da Representada, nos primeiros resultados das “buscas orgânicas” da plataforma, em desfavor de seus concorrentes.¹⁰⁸

A E-Commerce também alegou que a prática ensejou a perda de audiência, cliques e receitas dos comparadores de preços rivais, resultando em preços maiores para o consumidor final e prejuízos aos concorrentes.¹⁰⁹ Apesar das mudanças e atualizações verificadas no funcionamento do Google Buscas que, conseqüentemente, alteraram a forma de execução da conduta, as violações imputadas à Representada foram assim resumidas pelo Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia:

- (i) Práticas discriminatórias em face dos sites de comparação de preços, subdivididas em não concessão de acesso aos PLAs (fotos e *sub-links*) e discriminação de posicionamento, com favorecimento ao Google Shopping em posições destacadas do seu resultado orgânico;
- (ii) Venda casada, com efeitos de abuso de posição dominante e tentativa de monopolização do mercado;
- (iii) Inovação predatória, relacionada inclusive ao funcionamento dos algoritmos que realizam o ranqueamento dos resultados na página do Google.¹¹⁰

De início, cumpre mencionar que o buscador do Google funciona através de algoritmos que indexam e classificam páginas da web, com a finalidade de oferecer aos usuários os resultados mais relevantes e direcionados a partir dos comandos pesquisados. Existem dois tipos principais de resultados nas buscas: (i) orgânicos – resultados gratuitos que aparecem naturalmente nas buscas sem que os sites paguem por essa posição; e (ii) patrocinados ou temáticos – consistentes nos (ii.a) anúncios textuais (AdWords) pagos por empresas, exibidos principalmente no topo ou na lateral da página e sinalizados como “Patrocinado” ou “Anúncio” e nos (ii.b) “*Product Listing Ads*” (“PLAs”), anúncios específicos de produtos exibidos em formato de bloco visual, com imagem, nome do varejista e preço cobrado pelo vendedor. Esse formato facilita a comparação visual dos produtos e preços dos diferentes fornecedores. Ambos os modelos são monetizados na lógica Custo por Clique (CPC), em que o valor depende do resultado de um leilão de segundo preço.¹¹¹

Ainda, o Google utiliza dados contextuais, históricos e de localização para adaptar os resultados a cada usuário, de modo que as buscas podem ser temáticas (com destaque para notícias, imagens, vídeos, mapas e shopping – incluindo os resultados dos PLAs) e

¹⁰⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. § 3.

¹⁰⁹ Ibidem.

¹¹⁰ Idem, § 598.

¹¹¹ Idem, § 59.

personalizadas, dependendo do histórico de navegação e interesses do usuário. Conforme apontado pelo Conselheiro-Relator, o Google Shopping (ou PLAs) é o nome atribuído às soluções de busca por produtos do Google,¹¹² implementada no Brasil em 2012 em substituição ao *Product Universal*, ferramenta que permitia a comparação das buscas gratuitamente de acordo com a relevância entre resultados orgânicos e temáticos sem qualquer distinção. Já os PLAs passaram a cobrar pelo anúncio de produtos de varejistas disponibilizados em posição privilegiada. As condutas imputadas ao Google pela E-Commerce variaram de acordo com o lapso temporal de ambas as ferramentas.

De acordo com a SG/Cade, não foi possível comprovar os prejuízos alegados e foi reconhecido a constante inovação visada pela empresa e o oferecimento de experiências favoráveis aos usuários, opinando pelo arquivamento do processo.¹¹³ Nessa mesma linha entendeu a ProCade e o MPF/Cade. Na 145ª Sessão Ordinária de Julgamento (SOJ), ocorrida em 26 de junho de 2019, o Relator votou pelo arquivamento, acompanhado pela Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova, enquanto os Conselheiros Paulo Burnier da Silveira, João Paulo de Resende, Paula Azevedo votaram pela condenação do Google. O Presidente do Conselho, Alexandre Barreto de Souza, fez uso do voto de qualidade determinando o arquivamento do caso, nos termos do voto do Conselheiro-Relator.¹¹⁴

4. CRITÉRIOS DE ANÁLISE UTILIZADOS NOS CASOS GOOGLE

A partir da análise dos elementos de decisão e considerando a adoção da Regra da Razão no julgamento dos precedentes mapeados, chegou-se ao conjunto dos seguintes parâmetros empregados pelo Cade na apuração de suposto abuso de posição dominante pela plataforma Google: mercado relevante, posição dominante, análise de efeitos e eficiências. A síntese dos critérios utilizados é apresentada abaixo.¹¹⁵

4.1. Mercado Relevante

¹¹² Idem, § 69.

¹¹³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE (SEI 0549416).

¹¹⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Certidão de Julgamento (SEI 0632068). 2019.

¹¹⁵ A respeito disso, ressalta-se que não se objetiva esgotar os fundamentos utilizados em cada tópico, mas identificar os principais argumentos que conduziram às conclusões obtidas e às divergências na análise antitruste.

No caso Google Scraping, a Conselheira-Relatora Polyanna destacou que a definição de mercado relevante na economia digital não é trivial, sobretudo por se tratar de setor dinâmico, com constante inovação e desenvolvimento tecnológico. Ressaltou que referida dificuldade é acentuada no caso concreto por envolver plataformas de múltiplos lados. Diante disso, concordou com a conclusão da SG/Cade e definiu, na dimensão produto, dois mercados relevantes por entender que ambos compõem mercados distintos, embora possam estar verticalmente relacionados, qual seja: (i) busca universal e (ii) busca temática. Quanto à dimensão geográfica, entendeu razoável considerar os mercados analisados como nacionais, sob fundamento de que os buscadores atuam de forma a obter volume de buscas suficiente para prever o comportamento dos usuários da região.¹¹⁶

No caso Google AdWords, o mercado relevante foi definido na dimensão produto como buscas patrocinadas e considerado de forma ampla, isto é, sem segmentações entre mercado publicitário online e off-line. Entretanto, o Relator chamou atenção para o viés conservador dessa definição suscitado pela própria SG/Cade, haja vista as peculiaridades da publicidade online e sua efetiva concorrência com outros produtos online e off-line, bem como as diferenças entre a experiência da busca em celulares e em computadores *desktop*. Por isso, trouxe ressalvas para a adoção de diferentes definições em casos futuros, se melhor atenderem aos objetivos do Cade. Na dimensão geográfica, definiu o mercado como nacional, em razão dos serviços ofertados serem considerados de alcance do público nacional brasileiro.¹¹⁷

No precedente Google Shopping, o Conselheiro-Relator destacou a importância da definição do mercado relevante, ressaltando que em casos que compreendem mercados dinâmicos como o atual, referida definição pode servir como um guia na análise da conduta, mas não impede que a autoridade adote uma abordagem flexível no escopo delimitado, evitando uma visão excessivamente rígida que desconsidere aspectos importantes do mercado. Em sua análise pessoal, entendeu que não há distinção clara entre busca temática e busca geral, há apenas a pesquisa de termo pelo usuário e resultados devolvidos pelo Google. Para ele, isso indicaria uma inexistência de segmentação, contudo, por economia processual e considerando

¹¹⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto da Conselheira-Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova (SEI 0527547). 2019. §§ 56-58.

¹¹⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0628841). 2019. §§ 77-84.

a proteção dos interesses concorrenciais, seguiu a definição proposta pela SG/Cade e DEE/Cade.¹¹⁸

Nessa linha, definiu dois mercados relevantes na dimensão produto: (i) buscadores genéricos e (ii) comparadores de preço. Reforçou que ambos os mercados devem ser estudados na perspectiva dos usuários e dos anunciantes. No aspecto geográfico, definiu os mercados a nível nacional, sob justificativa de que os usuários não pesquisam ou pesquisariam em uma ferramenta de busca com interface exibida em outro idioma.¹¹⁹ Contrariamente, em seu voto-vista, o Conselheiro João Paulo Resende alinhado à experiência europeia identificou três mercados relevantes: (i) mercado de busca orgânica (horizontal), (ii) mercado de busca temática (vertical) e (iii) mercado de compras online.¹²⁰ Destacou que ao se observar apenas os comparadores de preço, sem incluir os *marketplaces*, a análise muda significativamente.¹²¹

4.2. Posição dominante

No caso Google Scraping, a Conselheira-Relatora destacou a necessidade de analisar primeiramente se a conduta teria o condão de gerar impactos negativos à concorrência com base na posição dominante do agente. Nesse sentido, destacou que a análise antitruste tem por foco a possibilidade do Google alavancar artificialmente seu poder econômico no mercado de busca universal (*upstream*) para o mercado de busca temática (*downstream*), especificamente o de comparação de preços (Google Shopping). Assim, considerou essencial avaliar se a Representada dispõe de poder de mercado e, para tanto, baseou-se no critério objetivo para mensurar a participação de mercado da empresa.¹²²

Em sua análise, a Conselheira-Relatora concluiu pela existência de poder econômico do Google no mercado nacional de busca universal, vez que os valores apurados superaram consideravelmente a participação de 20% prevista na lei antitruste. Entendeu que o *market share* da empresa lhe confere vantagens e influência capazes de afetar os mercados verticalmente relacionados, somado a outros fatores como possíveis efeitos de rede que garantiriam ao Google a capacidade de atuar com independência e indiferença em relação aos

¹¹⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. §§ 119-125.

¹¹⁹ Idem, §§ 128-132.

¹²⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vista do Conselheiro João Paulo de Resende (SEI 0632473). 2019. § 5.

¹²¹ Idem, § 57.

¹²² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto da Conselheira-Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova (SEI 0527547). 2019. §§ 59-60.

seus concorrentes no mercado,¹²³ referindo-se aqui ao critério subjetivo para constatação de posição dominante, embora não tenha se debruçado na discussão de barreiras à entrada em mercados digitais e outros elementos imprescindíveis para caracterização de poder econômico pela via subjetiva. Concluiu pela possibilidade de infração à ordem econômica pelo Google com base em sua alta participação de mercado, partindo para a análise da materialidade da conduta.

Para constatar a posição dominante no caso Google AdWords, o Relator utilizou o critério objetivo de participação de mercado previsto na lei, ressaltando que essa definição não é absoluta em razão da necessidade de sopesar outras características. No caso, entendeu pela existência do poder de mercado do Google, uma vez que à época (entre 2013 e 2019) detinha *market share* de 96,17% somente no Brasil,¹²⁴ ou seja, muito acima dos 20% estabelecido em lei. Com isso, concluiu pela clara posição dominante do Google, o que, em sua visão, possibilita alteração unilateral das condições de mercado pelas ações da empresa, julgando necessária a continuação da análise.

Baseando-se no mesmo critério, o Conselheiro-Relator concluiu pela existência de poder de mercado do Google no caso Shopping devido seu elevado *share* próximo de 90% à época. No entanto, elucidou que diante das peculiaridades dos mercados de múltiplos lados, como é o caso do Google, a participação de mercado não é a melhor *proxy* para aferir poder de mercado. Isso porque, diferentemente da lógica tradicional, o produto transacionado é a informação (bem imaterial), de modo que firmas pequenas poderiam facilmente expandir sua oferta no ramo.¹²⁵ No caso dos buscadores, considerou outros parâmetros como a possibilidade do agente piorar a qualidade do seu serviço de busca sem, com isso, perder receitas; e os efeitos de rede responsáveis por contribuir com a potencialização do poder de mercado.¹²⁶

De acordo com o Relator, o valor gerado pelo lado dos usuários (face “gratuita”) decorre de uma externalidade de rede indireta, pois quanto maior número de usuários, maior é a atratividade dos anunciantes (lado monetizado) para anunciar no Google.¹²⁷ Apontou que a grande relevância do buscador para seus usuários potencializa o poder de mercado no lado dos anunciantes em virtude dos efeitos de rede indiretos, gerando um feedback positivo entre ambos

¹²³ Idem, §§ 62-63.

¹²⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0628841). 2019. § 89.

¹²⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. §§ 142-144.

¹²⁶ Idem, §§ 145-146.

¹²⁷ Idem, § 151.

os lados e a plataforma e, por conseguinte, reforçando o poder de mercado da Representada. Outra vantagem competitiva identificada chama-se “clique qualificado”, consistente na elevada taxa de conversão em compra dos anúncios vinculados à plataforma. Tendo isso em vista, afastou a alegação da Representada sobre a concorrência estar a um clique de distância (*one click away*) e concluiu pela posição dominante do Google no mercado de buscas gerais seguindo com a análise das condutas imputadas.¹²⁸

Por outro lado, o Conselheiro Resende apontou três razões para a verificação de poder de mercado do Google no caso em comento: seu processamento de mais de 95% das buscas orgânicas no Brasil; seu funcionamento como porta de entrada para outros domínios na internet e sua capacidade de impulsionar o seu próprio comparador de preços – o Google Shopping.¹²⁹ Destacou ainda que o domínio de mercado da plataforma não decorreria apenas dos potenciais lucros financeiros, mas também da possibilidade de capturar informações dos usuários, pois quanto mais informações extraída melhor o aprimoramento do mecanismo de busca e mais distante o Google fica de seus concorrentes, robustecendo seu poder de mercado.¹³⁰

4.3. Análise de efeitos

Inicialmente, no caso Google Scraping, a Conselheira-Relatora esclareceu que “o ordenamento jurídico antitruste nacional não prevê a possibilidade de configuração de infração contra a ordem econômica por atos futuros”.¹³¹ Assim, não se condena agentes por condutas sem verificação de dano concorrencial, seja concreto ou presumido através dos efeitos potenciais da conduta, no mercado analisado. Justamente por isso, a mera possibilidade futura não configura preocupações anticoncorrenciais considerando o juízo *ex post* feito pela autoridade e atualmente previsto na Lei de Defesa da Concorrência brasileira.

À luz do quanto alegado pela E-Commerce e diante do conjunto probatório constituído, a Relatora destacou que, em ocasiões isoladas, avaliações coletadas do site do Buscapé, especificamente da loja Magazine Luiza, foram copiadas no site do Google Shopping estadunidense. Entretanto, entendeu que esse único episódio é insuficiente para configurar um ilícito concorrencial, diante da falta de sistematização na coleta e divulgação de *reviews*. Ainda, o conteúdo foi imediatamente retirado do ar pelo Google, o que na visão da Relatora

¹²⁸ Idem, §§ 158-160.

¹²⁹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vista do Conselheiro João Paulo de Resende (SEI 0632473). 2019. §§ 20-23.

¹³⁰ Idem, § 27.

¹³¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto da Conselheira-Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova (SEI 0527547). 2019. § 74.

corroboraria com a narrativa da empresa de que a disponibilização ocorrera por uma falha técnica, corrigida assim que identificada.¹³²

Soma-se a isso o fato de que os concorrentes oficiados no âmbito da instrução processual informaram não terem sido alvo da prática em comento. O fato das avaliações terem sido publicadas somente no *Google Product Search* (domínio estadunidense) e a ausência de provas suficientes para verificação da prática de *scraping* no território brasileiro levaram a Relatora concluir pela irracionalidade da verificação da conduta para afetar o mercado nacional e inexistência de prática anticompetitiva.¹³³ Nesse contexto, dispensou a análise de eficiências e votou pelo arquivamento do processo, opinião acompanhada unanimemente pelo Plenário.

A fim de valorar eventuais efeitos decorrentes da conduta, no caso Google AdWords, o Relator perquiriu se houve prática abusiva pela Representada, através da análise do teor de todas as cláusulas contestadas pela Microsoft. Com isso, concluiu que em nenhuma delas foi possível verificar previsão contratual anticoncorrencial, o que por si só justificaria o encerramento do caso, mesmo assim optou pela análise de possíveis efeitos concretos.¹³⁴ Para analisar eventuais restrições ao *multihoming* de um lado da plataforma (anunciantes), julgou importante observar mudanças de comportamento dos usuários do outro lado da plataforma de buscas.

O Relator apontou como motivos para a escolha econômica do Google Buscas pelos anunciantes a performance e alcance das propagandas veiculadas e a quantidade de usuários da plataforma – fenômeno entendido pela SG/Cade como externalidade indireta, pois a utilidade para um dos lados é diretamente proporcional ao aumento de novos integrantes do outro lado, o que explica o baixo custo-benefício para anunciar em plataformas rivais –, compreendidos pelo julgador como competição no mérito.¹³⁵ Afastou o argumento da Microsoft sobre a necessidade de cooperação do Google com seus concorrentes, vez que o caso seria de impedimento à criação de condições artificiais para manutenção de poder econômico.¹³⁶ Também entendeu que o *multihoming* feito via API do Google AdWords não constitui *essential facility*, considerando que essa sincronização é possibilitada por outras formas, sem entraves ou excessiva onerosidade imposta pelos T&C do AdWords aos agentes, o que, na sua visão, restou

¹³² Idem, §§ 109-111.

¹³³ Idem, §§ 112-115.

¹³⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0628841). 2019. §§ 207-208.

¹³⁵ Idem, §§ 212-215.

¹³⁶ Idem, § 218.

comprovado pela instrução da SG/Cade baseada nas repostas apresentadas pelos anunciantes do Google e Bing, além de agências de publicidade.¹³⁷

Em suma, o Relator concluiu que “não houve caracterização de efeitos negativos relacionados à impossibilidade de veiculação de propagandas em diferentes plataformas de busca”,¹³⁸ bem como não houve impactos negativos à capacidade e à decisão dos usuários de utilizarem mais de uma plataforma para suas campanhas publicitárias, mesmo aquelas associadas aos termos contestados.¹³⁹ Ademais, apontou pela ausência de indicativos de que os termos contribuíram na redução de participação de mercado da Microsoft nesse segmento publicitário a ponto de perder anunciantes.¹⁴⁰ Diante disso, dispensou a análise de eficiências e votou pelo arquivamento do processo, acompanhado unanimemente pelo Plenário.

No caso Google Shopping, o Relator descartou qualquer tipo de sanção pela não verificação das condutas imputadas de bloqueio de acesso a um bem essencial (*essential facility*). Para ele o PLA ou buscador não consistiriam em infraestrutura essencial, por entender que há uma limitação considerável de espaço na plataforma para que abrigue todos os interessados e pela evidente substitutibilidade entre ambos e os serviços oferecidos online e offline.¹⁴¹ Na sua visão, os dados não seriam barreiras à entrada e não são essenciais ao mercado de comparadores de preço e, ainda que fossem, considerou-os insumos não-rivais e não-exclusivos, por entender que são de fácil acesso aos concorrentes.¹⁴²

Apontou a forma de exploração do *Big Data* como critério distintivo do sucesso de uma empresa e destacou que os dados geram mais eficiências aos consumidores beneficiados pela especialização e personalização dos serviços utilizados, mediante a técnica de *profiling*.¹⁴³ Em sentido contrário, a Conselheira Paula Farani entendeu que a apuração da potencialidade lesiva da prática independe da constatação de que a página do Google é uma infraestrutura essencial, visto que a possibilidade de fechamento do mercado decorre da vedação ao alcance da massa crítica de usuários e anunciantes aos comparadores de preço.¹⁴⁴

¹³⁷ Idem, §§ 219-222.

¹³⁸ Idem, § 242.

¹³⁹ Idem, § 256.

¹⁴⁰ Idem, § 258.

¹⁴¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. § 249.

¹⁴² Idem, § 273.

¹⁴³ Idem, §§ 273-275.

¹⁴⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vogal da Conselheira Paula Farani de Azevedo (SEI nº 0644436). 2019. §§ 136-137.

Ainda, o Relator não verificou as condutas alegadas de venda casada e falta de transparência/publicidade enganosa, e esclareceu que outras tipificações alegadas pela E-Commerce não puderam ser verificadas por se confundirem com os próprios efeitos, quais sejam: neutralidade do algoritmo e inovação predatória.¹⁴⁵ Por isso, tais efeitos foram apurados no âmbito da análise de efeitos, juntamente com a conduta de posicionamento privilegiado dos PLAs (cuja materialização restou comprovada, na visão do Tribunal) e recusa de venda (ainda que não caracterizada, o Relator entendeu que possui interconexão com o alegado tratamento discriminatório e por isso seguiu para a avaliação de eficiências compensatórias). Antes de propriamente partir para o exame dos efeitos identificados no caso Google Shopping, cumpre destacar os principais apontamentos sobre o posicionamento privilegiado.

Segundo o Relator, a alegação de posicionamento privilegiado dos PLAs baseou-se na tese de alavancagem, em que o Google estaria utilizando sua posição dominante no mercado *upstream* (buscas gerais) para impulsionar um novo produto no mercado *downstream* (comparadores de preço).¹⁴⁶ Acerca disso, o DEE/Cade definiu tal prática como “discriminação de posicionamento” consistente na aparição do Google Shopping em posições de destaque nos resultados da busca orgânica de sua plataforma.¹⁴⁷ Para a E-Commerce, essa conduta ensejaria redução de visibilidade dos comparadores rivais pela impossibilidade de utilizarem anúncios com foto (PLAs), responsáveis pelo maior engajamento dos usuários.¹⁴⁸

Referida conduta imputada foi confirmada pelo Conselheiro-Relator, que entendeu pela sua comprovação, até mesmo considerando os critérios diferentes de ranqueamento. Isso porque, conforme explicado pelo Google, os resultados de anúncios não são submetidos aos mesmos critérios de ranqueamento dos resultados orgânicos, vez que os primeiros consideram *quality score* e valor pago no sistema CPC.¹⁴⁹ Diante disso, partiu para a análise de efeitos anticompetitivos e evidências compensatórias ou justificativas para a ação, mencionando que tais exames considerariam as teorias do dano *tying* e *vertical foreclosure*.¹⁵⁰

À luz da teoria de fechamento de mercado, o Google possuiria posição dominante em um mercado verticalmente integrado (buscas gerais) e recusaria o acesso aos concorrentes a esses

¹⁴⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. § 379.

¹⁴⁶ Idem, § 347.

¹⁴⁷ Idem, § 348.

¹⁴⁸ Idem, § 349.

¹⁴⁹ Idem, §§ 311 e 351.

¹⁵⁰ Idem, § 352.

insumos, ao passo que favoreceria seus próprios serviços.¹⁵¹ Enquanto a interpretação com base na teoria de *tying*, sugeriria que o Google estaria “amarrando” o seu serviço de *shopping* (comparador de preços) com os resultados orgânicos sempre que a busca do consumidor fosse relacionada a produtos.¹⁵² Nesse contexto, o Relator destacou que os efeitos líquidos devem ser computados para os diversos lados do mercado, são eles: os usuários finais, os *marketplaces* e os comparadores de preço.¹⁵³ Ressaltou ainda a possibilidade de que limitações a um lado gerem eficiências ao outro lado da plataforma, dinâmica a ser considerada na ponderação de efeitos.¹⁵⁴

Nessa esteira, reconheceu a duração expressiva das condutas imputadas com lapso temporal de 8 anos, suficientes para vislumbrar efeitos negativos consubstanciados em preços mais elevados, menor leque de escolha, redução da qualidade e de inovação, inclusive para os usuários finais.¹⁵⁵ Em relação aos efeitos elencados pela E-Commerce, o Relator afastou a tese de menor visibilidade nos resultados orgânicos do Google, por entender que os comparadores continuaram aparecendo nas primeiras páginas da busca gratuita sem quedas significativas após o lançamento dos PLAs, tampouco do Product Universal, antigo comparador do Google.¹⁵⁶ Também afastou o argumento de redução de tráfego orgânico decorrente da página de resultados do Google, o qual se manteve no mesmo patamar por um tempo e sofreu estagnação acompanhada do crescimento significativo do tráfego para *marketplaces*, em virtude, na sua visão, da preferência dos usuários.¹⁵⁷ Com isso partiu para a análise de eficiências.

Divergentemente, o Conselheiro Paulo Resende constatou que a introdução da Unidade Comercial (seção posicionada no topo ou lateral do buscador com diversos anúncios com fotos, ou seja, o conjunto de PLAs) em posicionamento privilegiado foi responsável pela alavancagem do Google Shopping, aumentando a participação do Google no mercado de comparadores, ao passo que os links de rivais foram relegados a posições menos visíveis.¹⁵⁸ Outro efeito negativo apontado pelo Conselheiro foi o aumento dos custos atribuídos aos concorrentes do Google Shopping (exemplo do Buscapé ou Bondfaro) – a despeito do declínio de participação de mercado que sofreram – por terem que gastar mais recursos para comprar posições vantajosas vendidas pelo próprio Google, ainda que inferiores a do seu próprio comparador.¹⁵⁹ Para os

¹⁵¹ Idem, § 383.

¹⁵² Idem, § 385.

¹⁵³ Idem, § 392.

¹⁵⁴ Idem, § 398.

¹⁵⁵ Idem, § 400.

¹⁵⁶ Idem, § 406.

¹⁵⁷ Idem, §§ 432-436.

¹⁵⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vista do Conselheiro João Paulo de Resende (SEI 0632473). 2019. §§ 52-56.

¹⁵⁹ Idem, § 60.

consumidores, os efeitos negativos da conduta consistiram em maior tempo gasto com pesquisa e comparação de produtos, caso não optem pelo serviço do Google e queiram comparar preços por conta própria, ou no aumento de preço generalizado dos produtos, caso utilizem o Shopping.¹⁶⁰

Nesse mesmo sentido, o Conselheiro Paulo Burnier ressaltou que a mera potencialidade dos efeitos anticompetitivos no caso concreto é suficiente para verificar a infração à ordem econômica.¹⁶¹ Compreendeu que o Google funcionaria como porta de entrada na internet (*internet gateway*), de modo que estaria se aproveitando de sua posição dominante no mercado *upstream* de buscas orgânicas para alavancar e estabelecer dominância no mercado *downstream* de comparadores de preços, destacando que nessas situações há risco de aumento de poder de mercado sem concorrência no mérito, resultando em menos alternativas aos consumidores no mercado de buscadores de preços e maior dependência à dominância do Google dentro do seu ecossistema digital.¹⁶²

Para Burnier, no contexto particular da economia digital, as autoridades concorrenciais serão instadas a decidirem em cenários de incertezas, apontando que os efeitos exclusionários do precedente são evidentes, ao passo que os benefícios da suposta inovação não são de fácil mensuração.¹⁶³ Sobre isso, alertou que “essa dimensão precisa ser internalizada na prática das autoridades da concorrência, sob pena da contínua maior dominância dos grandes *players* da economia digital.”¹⁶⁴

Ainda sobre as divergências do Plenário, a Conselheira Paula Farani constatou a lesividade da conduta de restrição de acesso aos PLAs pelos comparadores de preço e da prática de posicionamento privilegiado (*self-preferencing*) do Google ao priorizar seu próprio produto, associando a saída de número significativo de rivais ao crescimento acelerado do Google Shopping.¹⁶⁵ Ademais, defendeu a existência de nexo de causalidade entre a conduta praticada pela plataforma e os efeitos anticompetitivos materializados no mercado, considerando a ausência de outros fatores que contribuíram com a queda de participação de mercado a saída dos agentes atuantes nesse segmento.¹⁶⁶

¹⁶⁰ Idem, §§ 65-65.

¹⁶¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier (SEI 0632417). 2019. § 19.

¹⁶² Idem, §§ 22-24.

¹⁶³ Idem, § 29.

¹⁶⁴ Idem, § 35.

¹⁶⁵ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vogal da Conselheira Paula Farani (SEI 0644436). 2019. § 193.

¹⁶⁶ Idem, § 197.

4.4. Eficiências

No caso Google Shopping, a análise de eficiências feita pelo Conselheiro-Relator considerou os possíveis impactos do lançamento dos PLAs sobre o bem-estar dos usuários, varejistas e anunciantes, analisando eventual melhora na experiência de buscas e aumento da taxa de vendas. Conceitualmente, definiu inovação pró-competitiva como aquela que resulta em aumento de bem-estar do consumidor, seja na melhoria da qualidade do produto ou redução dos custos de produção. Por outro lado, a inovação consistirá em ilícito antitruste se gerar prejuízos à concorrência e reduzir o bem-estar dos consumidores, não se confundindo com danos aos concorrentes que devem ser suportados.¹⁶⁷

Nessa esteira, o Relator identificou eficiências materializadas na melhoria da experiência do usuário, vez que o lançamento do Google Shopping aprimorou a qualidade dos resultados de busca, oferecendo respostas mais rápidas e relevantes, confirmando a preferência dos usuários mediante testes internos que apontaram pela melhora significativa do serviço após lançamento da ferramenta.¹⁶⁸ Na visão do Conselheiro, a racionalidade legítima de inovação do Google restou comprovada, afastando a tese de que tenha atuado para prejudicar concorrentes. Inclusive, destacou que o Bing e Yahoo! implementaram alterações semelhantes ressaltando a atratividade do produto desenvolvido.¹⁶⁹

Além disso, apontou que a inovação ensejou vantagens aos anunciantes, já que os PLAs demandam informações mais precisas e atualizadas sobre os produtos, resultando em taxas de conversão de cliques em compras mais altas e reduzindo o tempo para o usuário finalizar uma compra, destacando que tais eficiências não ocorreriam se os PLAs também fossem oferecidos para comparadores de preço.¹⁷⁰ Identificou as mudanças na página do Google como inovação geradora de maiores alternativas aos usuários sem limitar o acesso a outras plataformas e como resposta ao crescimento dos *marketplaces* pré-existentes à época, tratando-se de aprimoramento da plataforma de buscas para concorrer com esses agentes econômicos e manter sua relevância no mercado.¹⁷¹ Assim, a verificação de eficiências e a falta de comprovação de efeitos deletérios decorrentes das condutas imputadas ao Google, na visão do Relator, motivou-o a votar pelo arquivamento do processo, seguido pela maioria do Plenário.

¹⁶⁷ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. § 503-504.

¹⁶⁸ Idem, § 507-508.

¹⁶⁹ Idem, § 516.

¹⁷⁰ Idem, § 524.

¹⁷¹ Idem, § 611.

Em sentido contrário, o Conselheiro Paulo Burnier reconheceu que qualquer eficiência alegada pelo Google é de difícil mensuração, de sorte que caberia à Representada comprovar sua alegação de inovação pró-competitiva compensatória dos efeitos exclusionários da prática. Para o Conselheiro, a inovação consistente na forma de oferecer o produto não se trata de um novo produto, apenas de uma diferenciação na forma de oferta ao mercado, sendo insuficiente para sopesar os potenciais efeitos negativos verificados,¹⁷² votando pela condenação da empresa por violação à ordem econômica.

5. PARÂMETROS DE ANÁLISE ANTITRUSTE DESATUALIZADOS PARA OS MERCADOS DIGITAIS?

O estudo realizado dos precedentes permitiu concluir que, a despeito das peculiaridades das plataformas, a análise do Cade adotou como método o teste tradicional do monopolista hipotético e utilizou como métrica essencial o preço, que, conforme visto ao longo deste trabalho, sequer pode existir em mercados digitais. Na visão de Coutinho e Kira, referido teste pode conduzir a uma delimitação imprecisa do mercado relevante e ser ineficaz quando os produtos ou serviços são oferecidos a preço zero, comumente observado no mercado de plataformas digitais,¹⁷³ como é o caso dos buscadores do Google para o lado dos usuários.

Explica-se que as ferramentas tradicionais empregadas foram originalmente desenvolvidas com base na economia de negócios de um único lado, de modo que não se aplicam igualmente aos mercados multilaterais, cujas peculiaridades requerem a observação dos múltiplos lados da plataforma, e não reconheceram o fornecimento a preço zero de um produto ou serviço (a exemplo da informação) como uma transação econômica.¹⁷⁴

No caso Google Shopping, por exemplo, observou-se uma divergência na delimitação do mercado relevante envolvido, referente à inclusão ou não dos *marketplaces* (varejistas) dentro da definição de mercado e a forma de análise da pressão competitiva que eles exercem sobre os buscadores de preço. A despeito de concordarem pela inexistência de substituíbilidade perfeita entre *marketplaces* e buscadores de preço, o Relator manteve a definição proposta pela SG/Cade

¹⁷² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier (SEI 0632417). 2019. §§ 32-33

¹⁷³ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 9, n. 1, pp. 82-103, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/rdc.v9i1.734>. Acesso em: 06 nov. 2024.

¹⁷⁴ EVANS, David S., Two-Sided Market Definition. *ABA Section of Antitrust Law*, Market Definition in Antitrust: Theory and Case Studies, Forthcoming, 11 nov. 2009. pp. 2-4. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1396751>. Acesso em: 06 nov. 2024.

incluindo-os em um único mercado de comparadores de preço, enquanto o Conselheiro João Paulo Resende seguiu o quanto observado na Comissão Europeia, separando o mercado de compras online do mercado de comparadores de preços. Isso levou a conclusões distintas sobre os efeitos anticompetitivos da conduta, vez que Resende entendeu pela verificação de infração à ordem econômica e votou pela condenação do Google, enquanto o Relator opinou pelo arquivamento do processo.

Resta claro, portanto, a complexidade da discussão sobre delimitação de mercado relevante na economia digital, desafiada pela natureza multifacetada das plataformas digitais, em que a autoridade deve decidir se os múltiplos lados integram um único mercado ou correspondem a diferentes mercados relevantes,¹⁷⁵ sendo que a escolha feita tem o potencial de interferir nas fases subsequentes de análise da conduta. Acerca disso, a OCDE recomenda às autoridades uma avaliação de intensidade dos efeitos de rede cruzados antes da delimitação do mercado, sendo que nos casos de evidente magnitude, faz-se necessário considerar todos os lados da plataforma.¹⁷⁶ Deve-se, ainda, avaliar cuidadosa e integralmente, como um ecossistema digital, as pressões competitivas decorrentes dos múltiplos lados e de plataformas concorrentes que não necessariamente sejam substitutos perfeitos.¹⁷⁷

Em relação à verificação de posição dominante, a ênfase na métrica do preço pode, na visão de Lina Khan, postergar a intervenção antitruste em mercados digitais até que o poder de mercado já esteja sendo exercido indesejável e ativamente,¹⁷⁸ repercutindo no bem-estar do consumidor pela oferta de produtos com menor qualidade ou maiores preços, pela redução da inovação e leque de escolhas.¹⁷⁹ No caso Google Shopping, o Relator acertadamente reconheceu que, em se tratando de plataformas, “a possível desconsideração das múltiplas conexões entre os diferentes grupos de consumidores, bem como entre os produtos e serviços

¹⁷⁵ OCDE. **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms**. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2024.

¹⁷⁶ Idem, p. 10.

¹⁷⁷ FERNANDES, Victor Oliveira. **Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste**. 2021. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2021.tde-26092022-121026>. Acesso em: 06 nov. 2024.

¹⁷⁸ KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, 2017, p. 738. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 06 nov. 2024.

¹⁷⁹ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 1, p. 82-103, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/rdc.v9i1.734>. Acesso em: 06 nov. 2024.

oferecidos pode eventualmente induzir a aferição distorcida do poder de mercado detido pela empresa.”¹⁸⁰

Explica-se: quando o *player* cobra um preço elevado, isso pode indicar que ele possui poder de mercado, consistente na capacidade de aumentar unilateralmente os preços sem perder consumidores. No caso de plataforma digitais, em que o serviço é oferecido gratuitamente – a exemplo dos serviços de buscas e comparadores de preços para o lado dos usuários – não há preço direto a ser analisado, eliminando uma ferramenta clássica do antitruste. Isso poderia indicar erroneamente que o Google não tem poder de mercado em ambos os segmentos.

Nessas situações, a doutrina entende ainda ser possível discutir poder de mercado, desde que se considere as interações e subsídios cruzados entre os múltiplos lados, alertando para a complexidade da avaliação.¹⁸¹ Nota-se que o Relator Bandeira Maia caminhou no mesmo sentido, ao considerar a possibilidade da plataforma praticar preços inferiores ao custo marginal em um de seus lados, “levando a uma conclusão de falso negativo para o poder de mercado”, ou custo superior do outro lado resultando em um falso positivo.¹⁸²

No âmbito da análise de efeitos, a autoridade concorrencial encontra dificuldade na identificação do aumento de preço em mercados de custo monetário zero, refletindo na avaliação do poder econômico e na verificação de danos aos consumidores. A despeito dos serviços serem oferecidos a “preço zero”, os consumidores pagam com seus dados pessoais e informações geradas através de suas interações com a plataforma.¹⁸³ O fornecimento desses dados são usados para gerar receitas por meio dos usuários do outro lado da plataforma, a exemplo dos anunciantes que compram espaços publicitários visando o alcance dos usuários através de propagandas personalizadas.

Nesse sentido, Khan entende que o controle de uma plataforma sobre os dados pode consolidar sua posição e facilitar a entrada desses *players* em mercados relacionados com mais facilidade, atuando como verdadeira barreira de entrada.¹⁸⁴ Ademais, Coutinho e Kira defendem que essa interpretação permite a aplicação analógica da cobrança excessiva nesses mercados,

¹⁸⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. § 146.

¹⁸¹ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 1, pp. 82-103, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/rdc.v9i1.734>. Acesso em: 06 nov. 2024.

¹⁸² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. § 146.

¹⁸³ GAL, Michal S.; RUBINFELD, Daniel L. The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement. **Antitrust Law Journal**, v. 80, n. 3, p. 521–562, 2016.

¹⁸⁴ KHAN, Lina M. **Amazon's Antitrust Paradox**. Yale Law Journal, v. 126, n. 3, 2016, p. 785. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>. Acesso em: 06 nov. 2024.

pois, “se o aumento injustificado de preços por uma empresa pode ser considerado um dano a consumidores, a coleta excessiva de dados pode ser por extensão considerada um problema concorrencial.”¹⁸⁵

Apesar do notório papel dos dados nesse modelo de negócio, no caso Google Shopping, o Conselheiro-Relator questionou a relevância do *big data* para o mercado de comparadores de preço, por entender que a principal característica desse mercado consiste no fornecimento de diversas opções confiáveis de produtos aos usuários e não necessariamente de resultados personalizados.¹⁸⁶ Em vista disso, concluiu que o domínio de expressivo banco de dados não representaria barreira à entrada e não seria possível a compreensão desse insumo como uma *essential facility*. Em outras palavras, o Relator desconsiderou a importância já consolidada do tratamento de dados pelas plataformas na análise de condutas anticompetitivas nos mercados de compradores de preço.

Fato é que o Google estabelece “uma correlação entre palavras buscadas pelo usuário à publicidade direcionada”,¹⁸⁷ com base no comportamento dos usuários traduzido pelos dados, gerando maior receita publicitária para a empresa em detrimento de seus concorrentes. Diferentemente do quanto alegado pelo Relator, a concentração de dados pelo Google em decorrência do seu mercado de buscas beneficiou-o para alavancar sua ferramenta de comparadores de preço em detrimento de seus rivais, evidenciando verdadeira barreira à entrada para comparadores concorrentes, o que não foi adequadamente avaliado pelo Cade.

Depreendeu-se que a discussão sobre *essential facility* também repercute nos mercados digitais. Trata-se de uma infraestrutura essencial sem a qual os agentes econômicos não conseguem competir no mercado sem acesso a ela. Sobre isso, a doutrina e jurisprudência entendem que o controlador do insumo essencial deve estabelecer regras justas e neutras para o acesso, dirimindo a discriminação entre os *players* que precisam da infraestrutura para competirem, principalmente nos casos em que o detentor compete em mercados verticalmente relacionados.¹⁸⁸ Esse conceito está relacionado com a possibilidade dos consumidores

¹⁸⁵ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 1, pp. 82-103, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/rdc.v9i1.734>. Acesso em: 06 nov. 2024.

¹⁸⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. § 270.

¹⁸⁷ BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. (reimpr.). Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 20.

¹⁸⁸ NASCIMENTO, Rodrigo Zingales Oller do; LUCARINI, Giovana. Caso Google Shopping e a Análise de Efeitos In: BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro. **Jurisprudência do Cade Comentada**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/jurisprudencia-do-cadecomentada/1250396092>. Acesso em: 09 nov. 2024.

escolherem diferentes opções disponíveis, o que depende da diversidade de concorrentes no mercado¹⁸⁹ viabilizada pelo acesso a esse insumo.

No caso Google Shopping, o Relator entendeu que os PLAs e o próprio buscador do Google não constituem *essential facility*, sob argumento de que há na plataforma “limitação considerável de espaço” para “abrigar a todos os possíveis interessados”, além de considerar “evidente substitutibilidade” entre ambas as ferramentas (PLAs e buscador em si) e outros serviços oferecidos no mercado.¹⁹⁰ Contudo, Nascimento e Lucarini entendem que essa limitação de capacidade não deve ser lida como fator primordial para o não enquadramento do insumo como infraestrutura essencial.¹⁹¹ Sobre isso, conforme visto neste trabalho, a doutrina entende que o insumo essencial nos mercados digitais são os dados pessoais, cujo acesso é evidentemente facilitado por uma ferramenta de pesquisa em que o usuário exprime detalhadamente suas preferências com vistas a obter resultados mais precisos, de modo que o Google buscas poderia sim operar como uma infraestrutura essencial. Todavia, conforme já explorado acima, o Relator desconsiderou o tratamento de dados pelas plataformas em sua análise, ativo primordial na esfera da economia digital.

Também deve ser considerada a redução da escolha nos mercados digitais como ônus atribuído ao consumidor. Um exemplo disso são os altos custos de mudanças (*switching costs*) ou dificuldades impostas pelas plataformas digitais com tendências monopolistas, de modo a desincentivar os usuários a migrarem para alternativas concorrentes.¹⁹² Na visão de Coutinho e Kira, esses elevados custos e a magnitude que agem como barreiras à entrada podem ser mitigados por ferramentas e padrões que assegurem maior compatibilidade entre diferentes plataformas e serviços (a exemplo da interoperabilidade ou portabilidade de dados), caso os consumidores optarem por mais de uma plataforma para acessar o mesmo serviço, o denominado “*multi-homing*”.¹⁹³

¹⁸⁹ Ibidem.

¹⁹⁰ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. § 249.

¹⁹¹ NASCIMENTO, Rodrigo Zingales Oller do; LUCARINI, Giovana. Caso Google Shopping e a Análise de Efeitos In: BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro. **Jurisprudência do Cade Comentada**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/jurisprudencia-do-cadecomentada/1250396092>. Acesso em: 09 nov. 2024.

¹⁹² COYLE, Diane. Practical competition policy implications of digital platform economics. **Benett Institute for Public Policy Working Paper no: 01/2018**, mar. 2018, p. 16.

¹⁹³ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 1, p. 89, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/rdc.v9i1.734>. Acesso em: 09 nov. 2024.

No caso Google AdWords, o Conselheiro-Relator afirmou genericamente que as restrições ao *multi-homing* previstas no T&C do AdWords eram justificáveis,¹⁹⁴ e entendeu suficiente a existência de *softwares* de otimização de outras empresas responsáveis por possibilitarem a confecção simultânea de campanhas publicitárias no AdWords e plataformas concorrentes.¹⁹⁵ Em breves termos, indaga-se se ao dificultar o gerenciamento simultâneo das campanhas, o Google impôs dificuldades para que seus rivais, a exemplo do Bing, acessassem os consumidores¹⁹⁶ ou prejudicou a possibilidade de inovação pelos concorrentes restringindo o acesso aos dados dos usuários finais que divulgam anúncios publicitários em seu buscador.¹⁹⁷

A estrutura interconectada dos mercados digitais possibilita, ainda, que uma plataforma atue como intermediária para diferentes lados e ao mesmo tempo concorra com esses grupos.¹⁹⁸ Esse fenômeno requer atenção da autoridade antitruste, sobretudo quando a empresa detém posição dominante, vez que poderá priorizar seus próprios serviços e produto em detrimento de concorrentes dependentes da sua intermediação. Essa prática, descrita como *self-preferencing*, pode ser de difícil percepção pela autoridade antitruste quando realizada por plataformas digitais, visto que sua materialização é sutil e relacionada ao uso de algoritmos ou outros métodos de difícil identificação pelos consumidores,¹⁹⁹ em que o poder econômico da empresa – muitas vezes representado pelo domínio maciço de dados – no mercado a montante é usado para alavancar sua posição no mercado a jusante.

Tendo isso em vista, no caso Google Shopping, a decisão do Cade não definiu precisamente os contornos do abuso de posição dominante por autopreferência. O Relator associou o “posicionamento privilegiado” (sem menção ao termo “*self-preferencing*”) à redução de visibilidade dos resultados dos comparadores concorrentes nas primeiras posições da busca orgânica, afastando-se da lógica do que seria a conduta de alavancagem em comento.²⁰⁰ O voto

¹⁹⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0628841). 2019. § 123.

¹⁹⁵ Idem, § 115.

¹⁹⁶ FERNANDES, Victor Oliveira. **Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste**. 2021. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 287. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2021.tde-26092022-121026>. Acesso em: 06 nov. 2024.

¹⁹⁷ Idem, p. 288.

¹⁹⁸ KHAN, Lina. The separation of platforms and commerce. **Columbia Law Review**, v. 119, n. 4, p. 973- 1098, 2019. Disponível em: <https://columbialawreview.org/content/the-separation-of-platforms-and-commerce/>. Acesso em: 06 nov. 2024.

¹⁹⁹ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 1, pp. 82-103, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/rdc.v9i1.734>. Acesso em: 06 nov. 2024.

²⁰⁰ FERNANDES, Victor Oliveira. **Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste**. 2021. Tese (Doutorado em Direito

analisou a produção de efeitos anticompetitivos a partir de duas teorias do dano (restrição vertical e *tying*), concluindo pela inexistência de efeitos deletérios em ambas as hipóteses.

Por outro lado, a Conselheira Paula Farani reconheceu que por meio da prática de *self-prefencing*, o Google estaria alavancando sua posição dominante do mercado de buscas para o Shopping, minando a visibilidade e relevância de seus concorrentes, razão pela qual concluiu pela condenação da empresa. Na visão do atual Conselheiro Victor Fernandes, a linha divisória entre as posições divergentes do Tribunal à época se assentou na alocação do ônus probatório de demonstração dos efeitos anticoncorrenciais da conduta.²⁰¹ Para ele, o Relator atribuiu elevado ônus da prova ao Cade, enquanto os Conselheiros Paulo Burnier e Paula Farani reconheceram a necessidade de inverter o ônus da prova para a demonstração de efeitos da prática.

Disso, observa-se que a falta de parametrização atualizada e padrão probatório para a análise de condutas como autopreferência em mercados digitais pode gerar danos à concorrência e aos consumidores. No caso em comento, é possível argumentar que o posicionamento privilegiado do Google Shopping no mercado de buscas consistiu em uma visível estratégia de alavancagem do comparador da empresa no mercado de buscadores, resultado na redução do tráfego dos comparadores rivais obrigados a repensarem seu modelo de negócio.

Outra particularidade da economia dinâmica dos mercados digitais consiste na possibilidade da apropriação indevida de conteúdo de terceiro pelo agente dominante diminuir os incentivos à inovação no setor.²⁰² Na explicação do atual Conselheiro Victor Fernandes, a exploração indevida do valor econômico de uma informação compromete duplamente os incentivos à inovação no mercado: o próprio agente dominante não empreenderá esforços para inovar, considerando a apropriação da inovação de seu rival sem incorrer em custos, da mesma forma que os rivais não terão incentivos para fomentar a inovação de suas atividades, pois parte dos ganhos será indevidamente partilhada com a empresa dominante.²⁰³

No entanto, em nenhum momento esse nexo causal foi estabelecido no julgamento do caso Google Scraping. Apesar de concluir pelo arquivamento do processo, a Conselheira Paula Farani reconheceu que as avaliações feitas pelos usuários no site do Buscapé podem ser

Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 306. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2021.tde-26092022-121026>. Acesso em: 06 nov. 2024.

²⁰¹ Idem, p. 307.

²⁰² Idem, p. 282.

²⁰³ Idem, p. 310.

classificadas como ativos concorrencialmente relevantes por agregarem valor ao serviço ofertado e maior utilidade aos usuários.²⁰⁴ Assim, a coleta indevida de *reviews* disponíveis na página do Buscapé em benefício do Google Shopping pode ter diminuído o incentivo à inovação de conteúdos e serviços nesse mercado, o que não foi considerado pela autoridade antitruste, por entender pela inexistência de materialidade da conduta e desconsiderar o parâmetro de inovação fortemente presente nos negócios das plataformas digitais.

Por fim, no âmbito da análise de eficiências, a autoridade deve observar se a inovação decorrente da conduta possui teor anticompetitivo e não é capaz de compensar os danos causados. A ideia de inovação anticompetitiva pode parecer contraditória, considerando a noção tradicional de que a inovação de produtos e serviços gera eficiências dinâmicas dignas da tutela antitruste²⁰⁵ e beneficia o consumidor que desfrutará de um serviço inovador e mais eficiente. Contudo, a preocupação surge quando novos produtos ou mudanças consideráveis nos produtos existentes são introduzidas no mercado pelo agente dominante, que através da exploração econômica da sua própria inovação prejudica ou limita a concorrência sem gerar eficiências compensatórias.²⁰⁶

Nesse sentido, ocorre prejuízo à concorrência quando a inovação introduzida pela empresa dominante cria dificuldades para o desenvolvimento de concorrentes e fornecedores, configurando verdadeiro abuso de posição dominante. Ressalta-se que eventuais limitações ao processo competitivo advindas da inovação não se confundem com uma mera conquista natural de mercado fundada no mérito no agente,²⁰⁷ isto é, não se trata de excludente de ilicitude da prática.

O Conselheiro Victor Fernandes entende que as particularidades dos mercados digitais requerem novos pressupostos para abordagem dessa estratégia anticompetitiva, diferentes

²⁰⁴ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-vista da Conselheira Paula Farani (SEI nº 0632620). 2019. § 91.

²⁰⁵ DEVLIN, A.; JACOBS, M. Anticompetitive innovation and the quality of invention. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 27, n. 1, pp. 8–9.

²⁰⁶ AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. J. **Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1978. p. 776a. Apud FERNANDES, Victor Oliveira. **Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste**. 2021. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. pp. 292-293. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2021.tde-26092022-121026>. Acesso em: 06 nov. 2024.

²⁰⁷ FERNANDES, Victor Oliveira. **Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste**. 2021. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. pp. 292-293. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2021.tde-26092022-121026>. Acesso em: 06 nov. 2024.

daqueles empregados em mercados tradicionais.²⁰⁸ Acerca disso, explica que a inovação anticompetitiva em mercados digitais não só impede o consumo simultâneo de bens complementares, mas também visa limitar ou eliminar a interoperabilidade entre *softwares* ou *hardwares*,²⁰⁹ o que deve ser levado em conta pela análise antitruste. Um exemplo disso são as alterações de *design* das plataformas digitais oriundas de mudanças no código dos *softwares* fundamentais para o funcionamento do produto ou serviço digital.²¹⁰ Deve-se considerar, também, a capacidade das plataformas em descontinuar a oferta do produto obsoleto de forma imediata e permanentemente, sem necessidade do tempo de acomodação comumente observada nos mercados “analógicos”, podendo impedir o consumidor de escolher entre a versão anterior ou optar pela nova que está sendo oferecida.²¹¹

À luz disso, em vez de automaticamente atrelar a inovação introduzida por uma plataforma digital à noção de eficiência compensatória, a autoridade antitruste deve examinar as possíveis repercussões da prática – como a alteração nos códigos de *software* – sobre os incentivos à inovação nos mercados adjacentes. Humberto Cunha critica a preocupação excessiva ou sistemática retração da autoridade antitruste, fundada na escola Schumpeteriana, que a leva a legitimar práticas anticompetitivas para não prejudicar o processo de inovação, ainda que se trate de estratégia com “nítidos efeitos exclusionários”.²¹²

No caso Google Shopping, a SG/Cade reconheceu a lesividade potencial da recusa em disponibilizar os PLAs aos comparadores de preços rivais, como o Buscapé e Bondfaro, e entendeu pela ausência de justificativa econômica razoável para legitimar a prática, porquanto os comparadores perderiam visibilidade e receita, os *marketplaces* dependeriam de um mercado altamente concentrado pelo Google mediante sua ferramenta de comparação de preços e, por sua vez, os usuários sofreriam redução de oferta do serviço.²¹³ Apesar disso, a SG “optou simplesmente pela posição de retração” com vistas a não prejudicar o “ímpeto inovador” dos

²⁰⁸ Idem, p. 293.

²⁰⁹ Idem, p. 294.

²¹⁰ ARSDALE, S. van; VENZKE, C. Predatory innovation in software markets. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 29, n. 1, pp. 246–249, 2015.

²¹¹ FERNANDES, Victor Oliveira. **Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste**. 2021. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. p. 295. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2021.tde-26092022-121026>. Acesso em: 06 nov. 2024.

²¹² CUNHA DOS SANTOS, Humberto. A concorrência dinâmica das plataformas digitais: o respeito à inovação sem desprestigiar a preservação da competição na economia digital – reflexões a partir do caso “Google Shopping”. **Revista do IBRAC**, [S. l.], n. 1, 2023. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/97>. p. 304. Acesso em: 11 nov. 2024.

²¹³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE (SEI 0549416).

agentes econômicos.²¹⁴ Ao entender que a inovação de *design* do Google Shopping resultaria em efeitos positivos líquidos aos consumidores, o bloco do Tribunal que deliberou pelo arquivamento se afastou de uma análise adequada e atualizada aos mercados digitais sobre o suposto exercício abusivo de posição dominante do Google.²¹⁵

Ainda nessa linha, discorda-se do argumento do Conselheiro-Relator de que a redução do número de comparadores de preço decorreu da maior relevância adquirida pelos *marketplaces*.²¹⁶ Isso porque ao impedir o acesso da ferramenta Google Shopping pelos comparadores de preço e, ao mesmo tempo, desenhar um *layout* que favorecia seu próprio comparador localizando-o em posições de destaque, é possível afirmar que a conduta do Google gerou efeitos excludentes e impôs uma modificação de formatação forçada aos comparadores de preços concorrentes,²¹⁷ não se tratando de uma inovação em que o ônus deve ser suportado pelos rivais. Parece assistir mais razão o voto divergente do Conselheiro Resende, o qual entendeu que o favorecimento de *layout* do Google foi responsável por praticamente eliminar as condições de concorrência por outros agentes econômicos, os quais tiveram seu custo médio elevado e declínio de participação de mercado.²¹⁸

Para Resende, os efeitos negativos também chegaram na esfera do consumidor reduzido à duas opções: o serviço do Google ou visitar “dezena de lojas virtuais que podem ou não ter os mesmos produtos e anunciantes”,²¹⁹ esta última demandando tempo e esforço mitigados em um cenário competitivo. Nessa mesma esteira, o Conselheiro Paulo Burnier, votou pela condenação da conduta de alavancagem do Google, trilhando um debate mais próximo entre a defesa da concorrência e o tipo de inovação passível de tutela pelo Direito Concorrencial.

Em suma, o estudo dos casos da Amostra relevou que a análise antitruste conduzida pelo Cade no julgamento de suposto abuso de posição dominante do Google adotou métricas e parâmetros tradicionais sem quaisquer adaptações às particularidades dessa importante

²¹⁴ CUNHA DOS SANTOS, Humberto. A concorrência dinâmica das plataformas digitais: o respeito à inovação sem desprestigiar a preservação da competição na economia digital – reflexões a partir do caso “Google Shopping”. **Revista do IBRAC**, [S. l.], n. 1, 2023. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/97>. p. 308. Acesso em: 11 nov. 2024.

²¹⁵ Idem, p. 306.

²¹⁶ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019. § 499.

²¹⁷ CUNHA DOS SANTOS, Humberto. A concorrência dinâmica das plataformas digitais: o respeito à inovação sem desprestigiar a preservação da competição na economia digital – reflexões a partir do caso “Google Shopping”. **Revista do IBRAC**, [S. l.], n. 1, 2023. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/97>. p. 304. Acesso em: 11 nov. 2024.

²¹⁸ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vista do Conselheiro João Paulo de Resende (SEI 0632473). 2019. § 63.

²¹⁹ Idem, § 66.

plataforma digital. Em geral, notou-se que as fases de análise foram perquiridas com o ferramental clássico do antitruste, desafiado pela natureza multifacetada das plataformas digitais e desatualizado para mercados em que os dados são a nova moeda. Na visão de Coutinho e Kira, o Cade adotou postura cautelosa na identificação de efeitos anticompetitivos sem a elaboração de “novas teorias do dano aderentes às características de mercados digitais.”²²⁰

Por fim, indaga-se em que medida a falta de parâmetros atualizados para essa nova realidade dinâmica pode ter impedido o Cade de enxergar potenciais danos na análise de condutas envolvendo grandes e influentes plataformas digitais, sobretudo o Google que teve seu monopólio recentemente reconhecido pela própria justiça estadunidense.²²¹ Ressalta-se, mais uma vez, que essas inadequações das ferramentas clássicas de análise podem legitimar a ocorrência de infrações à ordem econômica nesses mercados *sui generis*, com efeitos negativos aos usuários e à própria concorrência, sem qualquer sanção. Com base nisso, alerta-se para a necessidade de atualização das ferramentas de análise antitruste, capazes de abordar as peculiaridades dos mercados digitais e conferir uma intervenção eficiente da autoridade para coibir os ilícitos concorrenciais, o que deve ser pensado conjuntamente pelas autoridades concorrencial e regulatória.

A respeito disso, é possível observar uma movimentação crescente na agenda legislativa brasileira sobre a regulação econômica das plataformas digitais. O Projeto de Lei nº 2768/2022,²²² em andamento na Câmara do Deputados, apresenta uma proposta de regulação *ex ante* com influências do *Digital Markets Act* (DMA) da União Europeia. Embora seja alvo de críticas pela vagueza de critérios e imprecisão sobre os objetivos visados, trata-se de um reconhecimento da insuficiência e descompasso das ferramentas regulatórias atualmente vigentes com a dinamicidade dos mercados digitais. Nesse mesmo sentido, em janeiro desse ano, o Ministério da Fazenda abriu a Tomada de Subsídios SRE/MF nº 1/202 para coletar contribuições da sociedade civil sobre os aspectos econômicos e concorrenciais das plataformas digitais para aprimoramentos regulatórios.

²²⁰ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 1, pp. 82-103, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/rdc.v9i1.734>. Acesso em: 11 nov. 2024.

²²¹ MCCABE, David. ‘Google Is a Monopolist,’ Judge Rules in Landmark Antitrust Case. **The New York Times**, 05 ago. 2024. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2024/08/05/technology/google-antitrust-ruling.html>. Acesso em: 11 nov. 2024.

²²² BRASIL. Projeto de Lei nº 2768, de 2022. Dispõe sobre a organização, o funcionamento e a operação das plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro e dá outras providências. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2337417>. Acesso em: 11 nov. 2024.

O relatório divulgado com a consolidação dos resultados apresentou duas grandes propostas para o desenho de um modelo regulatório *ex ante*: a primeira considera a necessidade de inclusões de novas previsões na Lei nº 12.529/2011 para a regulação de “plataformas com relevância sistêmica”, reconhecidas como “agentes de grande porte que controlam ecossistemas complexos com efeitos de rede acentuados”.²²³ Já a segunda prevê a necessidade de reforço institucional do Cade e ajuste do ferramental antitruste infralegal para o controle de condutas e estruturas no âmbito dos mercados digitais.²²⁴ A medida representa um ponto de inflexão no cenário brasileiro por reconhecer a importância das plataformas digitais para a economia brasileira e, ao mesmo tempo, a necessidade de elaboração de ferramentas para a promoção da concorrência considerando as características únicas desses grandes agentes econômicos. Apesar de se tratar de um estudo teórico, a iniciativa recebeu ampla aderência de instituições, empresas e do próprio Cade, e conta com expectativas promissoras de implementações futuras.

²²³ **Ministério da Fazenda apresenta propostas para aprimorar a defesa da concorrência no ambiente de plataformas digitais.** Brasília, 10 out. 2024. Ministério da Fazenda. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2024/outubro/ministerio-da-fazenda-apresenta-propostas-para-aprimorar-a-defesa-da-concorrenca-no-ambiente-de-plataformas-digitais>. Acesso em: 11 nov. 2024.

²²⁴ Ibidem.

CONCLUSÃO

O presente trabalho tinha por objetivo explorar a suficiência das premissas clássicas do Direito Concorrencial e do instrumental de análise antitruste tradicional para a tomada de decisões em processos envolvendo mercados digitais, capazes de tutelar a concorrência e o bem-estar dos consumidores nessa nova realidade. A pesquisa assumiu como hipótese a inadequação da mera importação dos parâmetros clássicos para o controle de condutas em mercados multilaterais, por se mostrar desatualizada e incapaz de compreender as características únicas das plataformas digitais.

Apesar da amadurecida doutrina sobre as particularidades desses novos modelos de negócios digitais, através do exame dos casos Google, observou-se que essas novas discussões ainda não foram incorporadas de forma consistente e sistemática na jurisprudência nacional. Verificou-se que a autoridade enfrenta dificuldades para a apuração de condutas anticompetitivas nos mercados digitais, seja pela conclusão de inexistência de ilícito a partir de provas produzidas nos casos concretos ou pela ausência de efeitos negativos à concorrência decorrentes dessas supostas práticas, findando seu julgamento na fase de análise de efeito, como ocorrera nos casos Google Scraping e Google AdWords. Além disso, a autoridade parece enfrentar dificuldades para a delimitação entre vantagem competitiva e abuso de posição dominante das plataformas digitais. No âmbito de análise das eficiências, o Cade adota uma postura retraída ao quase que automaticamente atrelar o fenômeno inovação à noção de eficiências compensatórias, sem qualquer juízo acerca do teor anticompetitivo daquela inovação, como se observou nos votos que concluíram pelo arquivamento do caso Google Shopping.

A partir da pesquisa jurisprudencial e doutrinária deste trabalho, é possível afirmar que o emprego de teorias do dano e parâmetros de análise tradicionais se revelam desatualizados e insuficientes para a identificação de riscos ocultos e ilícitos concorrenciais facilitados pelas singularidades dos mercados digitais (como a ausência da métrica do preço, fortes efeitos de rede, subsídios cruzados, mercados de atenção e exploração intensiva de dados pessoais capaz de constituir barreiras à entrada a novos concorrentes), não compreendidas pelo ferramental analítico vigente e por teorias centradas no preço que não consideram a relevância econômica da exploração do *Big Data*. Disso decorrem análises e decisões imprecisas, capazes de consolidar ainda mais o poder econômico das *Big Techs* e legitimar infrações à ordem econômica pela ausência de intervenção sancionatória.

Atualmente, observa-se uma movimentação promissora nas agendas antitruste e regulatória brasileira. Sobre isso, o Cade já reconheceu a importância de adaptação do seu ferramental analítico e aparenta envidar constantes esforços para a compreensão do funcionamento e estrutura desses mercados, sobretudo através de contribuições acadêmicas e participação na elaboração da Tomada de Subsídios do Ministério da Fazenda para a regulação econômica *ex ante* das plataformas digitais. Através da compreensão das relações econômicas digitais e seus impactos à sociedade, entende-se que é possível a construção de ferramentas e modelo regulatório atualizado para a manutenção de um ambiente concorrencialmente saudável no mundo cibernético.

Por fim, acredita-se que ainda há muito a ser explorado e colocado em prática nos recentes casos sob instrução do Cade envolvendo plataformas digitais, sobretudo no que diz respeito à tendência de concentração verificada em mercados digitais, consolidação de poder econômico dessas plataformas pela exploração intensiva de dados pessoais e os impactos das inovações introduzidas na economia por esses agentes. A autoridade concorrencial deve se propor a aprender com os acertos e erros da experiência internacional, considerando as particularidades nacionais e o arcabouço legislativo em seu favor, para que a intervenção antitruste (*ex ante* ou *ex post*) seja efetiva sem, com isso, desincentivar a inovação ou frear a importância já reconhecida das plataformas digitais para a economia brasileira.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. J. **Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application**. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1978. p. 776a. Apud FERNANDES, Victor Oliveira. **Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste**. 2021. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. pp. 292-293. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2021.tde-26092022-121026>. Acesso em: 06 nov. 2024.

ARSDALE, S. van; VENZKE, C. Predatory innovation in software markets. **Harvard Journal of Law & Technology**, v. 29, n. 1, pp. 246–249, 2015.

AUTORITE DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. **Competition Law and Data**. p. 2-5. Disponível em: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/reportcompetitionlawanddatafinal.pdf>. Acesso em: 27 mai. 2023.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BIONI, Bruno Ricardo. **Proteção de dados pessoais: a função e os limites do consentimento**. 2. ed. (reimpr.). Rio de Janeiro: Forense, 2019.

BORK, R. H. Antitrust and Google, **Chicago Tribune**, v. 1, n. 1, 2012. Apud NEWMAN, John M. Antitrust in Zero-price Markets: Foundations. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 164, n. 149, 2015.

BRASIL. **Lei nº 12.529**, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm.

BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. **Anuário Cade 2023**. Brasília, 2023. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/anuarios-do-cade/Anuario-Cade-2023.pdf>. Acesso em: 06 out. 2024.

_____. **Cartilha do CADE**. Brasília: CADE, 2016. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/cartilha-do-cade.pdf>. Acesso em: 09 out. 2024.

_____. **Mercados de Plataformas Digitais**. Edição Revista e Atualizada. Brasília, 2023. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 06 out. 2024.

_____. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Nota Técnica nº 16/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE (SEI 0475816).

_____. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Certidão de Julgamento (SEI 0629545). 2019.

_____. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0628841). 2019.

_____. Processo Administrativo nº 08012.006923/2002-18. Voto-vista do Conselheiro Marcos Paulo Verissimo (SEI 0031259). 2013.

_____. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Certidão de Julgamento (SEI 0629583). 2019.

_____. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Nota Técnica nº 15/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE (SEI 0475654).

_____. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto da Conselheira-Relatora Polyanna Ferreira Silva Vilanova (SEI 0527547). 2019.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE (SEI 0549416).

_____. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Certidão de Julgamento (SEI 0632068). 2019.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia (SEI 0632170). 2019.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vista do Conselheiro João Paulo de Resende (SEI 0632473). 2019.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vogal da Conselheira Paula Farani de Azevedo (SEI nº 0644436). 2019.

_____. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier (SEI 0632417). 2019.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 2768**, de 2022. Dispõe sobre a organização, o funcionamento e a operação das plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro e dá outras providências.

Disponível

em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2337417>.

Acesso em: 11 nov. 2024.

COYLE, Diane. Practical competition policy implications of digital platform economics. **Benett Institute for Public Policy Working Paper no: 01/2018**, mar. 2018, p. 16.

CUNHA DOS SANTOS, Humberto. A concorrência dinâmica das plataformas digitais: o respeito à inovação sem desprestigiar a preservação da competição na economia digital – reflexões a partir do caso “Google Shopping”. **Revista do IBRAC**, [S. l.], n. 1, 2023. Disponível em: <https://revista.ibrac.org.br/index.php/revista/article/view/97>. pp. 296–317. Acesso em: 11 nov. 2024.

DEVLIN, A.; JACOBS, M. Anticompetitive innovation and the quality of invention. **Berkeley Technology Law Journal**, v. 27, n. 1, pp. 8–9.

EVANS, David S., The Antitrust Economics of Free. **Competition Policy International**, v. 7, n. 1, 2011. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1813193>. Acesso em: 27 out. 2024.

_____, Two-Sided Market Definition. **ABA Section of Antitrust Law**, Market Definition in Antitrust: Theory and Case Studies, Forthcoming, 11 nov. 2009. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=1396751>. Acesso em: 06 nov. 2024.

EVANS, David S; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses. **National Bureau of Economic Research**, 2013. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w18783/w18783.pdf. Acesso em: 27 out. 2024.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação**: perspectivas a partir das teorias de concorrência dinâmica do antitruste. 2021. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/T.2.2021.tde-26092022-121026>. Acesso em: 06 nov. 2024.

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

FILHO, Calixto S. **Direito Concorrencial**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 10ª edição. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

FRAZÃO, Ana. **Plataformas Digitais e os Desafios para Regulação Jurídica**. In: PARENTONI, L. Direito, Tecnologia e Inovação. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito antitruste**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2016. E-book.

GAL, Michal S.; RUBINFELD, Daniel L. The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement. **Antitrust Law Journal**, v. 80, n. 3, p. 521–562, 2016.

HOVENKAMP, Herbert J. **The rule of reason**. Legal Scholarship Repository: Pennsylvania, 2018. p. 114. Disponível em: <https://bit.ly/48giuTD>. Acesso em: 25 out. 2024.

KERSTING, Christian; DWORSCHAK, Sebastian. **Does Google Hold a Dominant Market Position? – Addressing the (Minor) Significance of High Online User Shares**. Ifo Schnelldienst, 12 set. 2014, p. 2. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2495300>. Acesso em: 27 out. 2024. Apud NEWMAN, John M. Antitrust in Zero-price Markets: Foundations. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 164, n. 149, 2015.

KHAN, Lina M. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, v. 126, n. 3, 2017, pp. 710-805. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/pdf/e.710.Khan.805_zuvfyyeh.pdf. Acesso em: 28 out. 2024.

_____. The separation of platforms and commerce. **Columbia Law Review**, v. 119, n. 4, pp. 973- 1098, 2019. Disponível em: <https://columbialawreview.org/content/the-separation-of-platforms-and-commerce/>. Acesso em: 06 nov. 2024.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, v. 9, n. 1, jun. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.52896/rdc.v9i1.734>. Acesso em: 28 out. 2024.

LOEVINGER, Lee. The rule of reason in antitrust law. In: ANNUAL MEETING, 1961. Missouri. **Proceedings** [...]. Missouri: Virginia Law Review, 1961. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/25750148>. Acesso em: 25 out. 2024.

MARTINS, C. S.; SOARES MIRANDA DOS SANTOS, L. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, pp. 164-176, 2020. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/498>. Acesso em: 27 mai. 2023.

MCCABE, David. ‘Google Is a Monopolist,’ Judge Rules in Landmark Antitrust Case. **The New York Times**, 05 ago. 2024. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2024/08/05/technology/google-antitrust-ruling.html>. Acesso em: 11 nov. 2024.

MELLO, Ana Frazão Vieira de. **Direito da concorrência, 1ª edição**. Rio de Janeiro: Saraiva Jur, 2017. E-book.

NASCIMENTO, Rodrigo Zingales Oller do; LUCARINI, Giovana. Caso Google Shopping e a Análise de Efeitos In: BAGNOLI, Vicente; CRISTOFARO, Pedro. **Jurisprudência do Cade Comentada**. São Paulo (SP): Editora Revista dos Tribunais. 2020. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/doutrina/jurisprudencia-do-cadecomentada/1250396092>. Acesso em: 09 nov. 2024.

NETO, Caio Mário S. P.; CASAGRANDE, Paulo L.; **Direito Concorrencial: Doutrina, Jurisprudência e Legislação**. Editora Saraiva, São Paulo, 2016.

NEWMAN, John M. Antitrust in Zero-price Markets: Foundations. **University of Pennsylvania Law Review**, v. 164, n. 149, 2015.

OCDE. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**. Paris: OECD Publishing, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. Acesso em: 27 mai. 2023.

_____. **Quality considerations in digital zero-price markets. Background note by the Secretariat**. OECD, 28 nov. 2018. Disponível em: <http://www.oecd.org/daf/competition/quality-considerations-in-the-zero-price-economy.htm>. Acesso em 27 out. 2024.

_____. **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms**. Paris: OECD Publishing, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2024.

PASQUALE, Frank. Paradoxes of Digital Antitrust: Why the FTC Failed to Explain Its Inaction on Search Bias. **Harvard Journal of Law & Technology Occasional Paper Series**, jul. 2013. Disponível em: <https://jolt.law.harvard.edu/assets/misc/Pasquale.pdf>. Acesso em: 28 out. 2024.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo; FEFERBAUM, Marina. **Pesquisa em direito – métodos, técnicas e temas**. São Paulo: Saraiva, 2019. Livro digital formato Kindle. Acesso em: 06 out. 2024. Não paginado.

RUBINFELD, Daniel L. & GAL, Michal. Access Barriers to Big Data. **Arizona Law Review**, v. 59, n. 339. 2017.

SHELANSKI, Howard; KNOX, Samantha; DHILLA, Arif. Network effects and efficiencies in multi-sided markets. In: OCDE. **Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms**, 2018, pp. 189-198. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/a013f740-en>. Acesso em: 28 out. 2024.

TUCKER, Darren S.; WELLFORD, Hill B. Big Mistakes Regarding Big Data. **Antitrust Source**, v. 2973, dez. 2014.

WRIGHT, Julian. One-sided logic in two-sided markets. **Review of Network Economics**, v. 3, n. 1, pp. 44-64, 2004. Disponível em: <https://www.degruyter.com/document/doi/10.2202/1446-9022.1042/html>. Acesso em: 28 out. 2024.

WU, Tim. Blind spot: The attention economy and the law. **Antitrust Law Journal**, v. 82, n. 3, 2019. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2029. Acesso em: 28 out. 2024.