

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”

Humberto Cunha dos Santos

Resumo: O artigo discute como deve ser promovida a defesa da concorrência em conciliação com o processo de inovação tecnológica no âmbito da concorrência dinâmica das plataformas digitais, valendo-se, para tanto, de considerações suscitadas a partir da análise do julgamento do caso “Google Shopping”, concluído pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) em junho de 2019. São feitas considerações gerais sobre os desafios trazidos pelas plataformas digitais e pela forma de aplicação diferenciada do antitruste nesse meio, segundo a perspectiva schumpeteriana, a fim de ressaltar a importância da conciliação entre o antitruste e a inovação. Ao analisar o julgamento do caso “Google Shopping”, conclui-se que o Cade adotou postura excessiva de retração para evitar incorrer em erro de tipo I e assim não prejudicar a inovação. Conclui-se, contudo, que essa postura pode não ser a mais adequada para a proteção da concorrência na economia digital, legitimando inovações com propósitos exclusionários.

Palavras-chave: plataformas digitais. Concorrência dinâmica. Inovação. Google shopping. Economia digital

Keywords: *Digital platform. Dynamic competition. Innovation. Google shopping. Digital economy.*

1. Identificação do problema e a relevância do tema

Por força de voto de minerva que desempatou posicionamento dividido do colegiado, o Tribunal Administrativo do Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (Cade) concluiu, em sessão ocorrida em 26 de junho de 2019, que o Google não praticou infração à ordem econômica no design atribuído à sua plataforma, a partir da criação do “Google Shopping”, bem como na prática de recusa de disponibilização de anúncios com fotos às plataformas rivais comparadoras de preços.

O caso se mostra particularmente relevante ao antitruste por envolver, primeiramente, a análise de mérito do Cade sobre alegação de fechamento de mercado decorrente de conduta unilateral, tema que não conta com amplo repositório institucional¹. Além disso, a análise empreendida pelo órgão nacional de defesa da concorrência envolveu importantes considerações sobre a dinâmica concorrencial das plataformas digitais, as quais, certamente, servirão de balizamento para discussões futuras, dado o crescimento e importância desse segmento no mundo contemporâneo, o que deve gerar, por consequência, aumento de litígios.

A partir, portanto, da discussão de particularidades envolvidas no julgamento do caso concreto, busca-se suscitar reflexão sobre como deve ser promovida a defesa da concorrência em conciliação com o processo de inovação tecnológica. O precedente eleito também se mostra especialmente relevante por envolver debate sobre exercício abusivo de posição dominante. Casos com esse objeto são particularmente sensíveis ao meio jurídico, pois sinalizam entendimentos de conformação de práticas competitivas que podem ser percebidas como lícitas ou ilícitas a depender da concepção que a autoridade de defesa da concorrência tenha sobre o que caracteriza um processo competitivo justo. Marcos Paulo Veríssimo (2015, p. 348) bem delimita o quadrante jurídico que envolve a análise sobre condutas unilaterais:

As condutas unilaterais, de seu turno, em geral são expressões genuínas da própria agressividade empresarial em um contexto de mercado. Sua eventual punição pelo direito da concorrência depende, em outras palavras, de um contexto específico, em que a posição

¹ No relatório da OCDE que subsidiou a adesão do Brasil como membro permanente daquela instituição, é destacada a escassez de casos que envolvem a análise de mérito sobre abuso de posição dominante pelo CADE, havendo menção expressa ao caso ora analisado. Destaca o relatório: “Desde a entrada em vigor da nova Lei de Defesa da Concorrência, as atividades do Cade contra abuso de posição dominante têm sido escassas. (...) Para além das limitações de recurso, também tem faltado no Cade a expertise analítica necessária para conduzir a rigorosa análise quantitativa exigida em casos complexos de conduta unilateral. OCDE (2019), *Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil*, p.85-86. Disponível em www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm Acesso em 05 de setembro de 2019.

dominante do agente, aliada às condições de mercado e à natureza da conduta adotada, pode fazer que esse tipo de ação competitiva acabe impactando negativamente a concorrência, com efeitos deletérios para a sociedade.

Antes, contudo, de avançar na análise do caso concreto, mostra-se fundamental reservar algumas linhas sobre os desafios trazidos pelas plataformas digitais ao antitruste, destacando considerações sobre esse modelo de negócio e a compreensão sobre a concorrência dinâmica verificável nesse meio. Após, serão destacados alguns aspectos reputados mais relevantes na análise do caso “Google Shopping”, e, na sequência, apresentadas breves conclusões extraídas da riqueza da discussão do caso eleito.

2. As plataformas digitais

As plataformas digitais têm sido os principais instrumentos viabilizadores da chamada economia digital. Caracterizam-se por permitir a reunião de diferentes tipos de agentes num determinado ambiente, facilitando a celebração das trocas, com a percepção de incremento de bem-estar por todos os envolvidos na transação (EVANS, 2013).

Ganhos de conveniência, comodidades e percepção de aumento de bem-estar ajudam a compreender a relevância das plataformas digitais no mundo contemporâneo. Evans (2016, p.5) ressalta que a origem das plataformas é remota. Um shopping center pode ser assim compreendido ao propiciar um local onde lados diferentes se encontrarão (compradores de um lado e vendedores lojistas do outro) com o objetivo de permitir as transações. O mesmo pode ser estendido à lógica de compreensão de um jornal ou revista, onde se tem o lado dos anunciantes, o dos provedores de conteúdo e o dos leitores, todos reunidos no corpo do jornal ou da revista. O que é propriamente novo na economia digital é o incremento que as novas tecnologias conferiram a esse modelo de negócio, o qual vem acompanhado de uma intensa velocidade no surgimento e desaparecimento de diversas plataformas, revolucionando não somente indústrias tradicionais, mas também aquelas relativamente recentes (EVANS e SCHMALEENSE, 2016). As plataformas de *streaming*, por exemplo, conferiram feição diversa

ao mercado audiovisual e, hoje, representam mais de 54% do mercado mundial da música, sendo a principal fonte de receitas do setor.²

Além de perplexidades trazidas no fator temporal, a dimensão espaço é também impactada pelas práticas nesse meio, visto que, usualmente, as noções e limites que caracterizam os conceitos físicos se mostram de pouca serventia nesse ambiente. As plataformas digitais dão origem à criação de ecossistemas próprios, que serão mais ou menos abertos, a depender do mercado relevante considerado, de estratégias empresariais e de práticas observadas nos diversos lados, a envolver, em muitos casos, complexidades decorrentes de comportamentos enviesados dos usuários (CHISHOLM e JUNG, 2015).

A OECD (2017), por sua vez, busca distinguir as plataformas entre transacionais e não transacionais, de acordo com os objetivos propostos por cada uma delas. As plataformas transacionais seriam aquelas que intermedeiam relações entre dois ou mais lados do mercado, como aplicativos de transporte, hospedagem e cartões de crédito. Já as não transacionais, como as redes sociais e as plataformas de buscas, possuiriam monetização voltada apenas a um dos lados, usualmente por meio da comercialização de espaço de publicidade. No outro lado, o objetivo seria voltado a atrair atenção e a utilização do meio pelo usuário. Quanto maior a relevância e utilização da plataforma pelo lado da atenção, maior será a possibilidade de se auferir ganhos do lado monetizável, mediante comercialização de produtos e espaços customizados, voltados aos anunciantes.

Ainda que não se possa delimitar um conjunto obrigatório de atributos a todas plataformas digitais, a concorrência nesse meio costuma apresentar (i) mercados de múltiplos lados, com estratégias de subsídios cruzados entre os lados envolvidos; (ii) ofertas de preço zero a um dos lados da plataforma, sem aspectos monetários, mas com implicações na qualidade, inovação e escolha do consumidor, o que dificulta a correta caracterização de mercado relevante, bem como a identificação mais acurada da teoria do dano envolvida numa eventual conduta unilateral exclusionária; (iii) efeitos de rede diretos e indiretos que interferem na dinâmica de competição; (iv)

² Segundo GLOBAL MUSIC REPORT. *Annual state of the industry*. 2018. Disponível em: <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2018.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2019.

densas economias de escala e de escopo, com intensiva utilização de dados (*big data*) e tecnologias com potencialidade de ensejar condutas exclusionárias (via obtenção ou retenção de dados ou mesmo impedindo o acesso à plataforma a concorrentes com certos perfis tecnológicos), em ambiente transfronteiriço que caracteriza o espaço virtual da internet.

Toda essa dinâmica ocorre com práticas, sob a perspectiva da oferta, que se voltam muito mais à conquista de um segmento de mercado como um todo (“*winner takes all*”) que propriamente à competição dentro do mercado. E, vista do lado da demanda, observam-se vários comportamentos enviesados decorrentes do uso de tecnologias que se apresentam, em muitos casos, como mecanismos de *lock in* e de altos custos de substituição, elevando as barreiras à competição nesses mercados.

Esse cenário desafiador ao antitruste pode ser sintetizado pelo Memorando de Entendimento Comum, publicado no último 5 de junho deste ano, em que as autoridades de defesa da concorrência dos países pertencentes ao G-7 reconhecem e expressam a necessidade de adaptação do ferramental de análise do antitruste para lidar com a realidade trazida pela economia digital.³

É preciso, contudo, observar que, tal como salientam Diogo Coutinho e Beatriz Kira (2018), as “plataformas de internet não se encaixam perfeitamente nas abordagens antitruste tidas como canônicas ou puras.” A transposição de conceitos clássicos da economia real para o mundo digital deve ser feita, portanto, com redobrado cuidado e com agir parcimonioso, visto que, além de diferenciações substanciais entre os segmentos, a competição das plataformas digitais costuma se dar num caráter mais dinâmico, fortemente orientada pelo processo de inovação tecnológica, o que exige que o antitruste se apresente capaz de dialogar com outras áreas que se

³ “*The digital economy has transformed the way many goods and services are produced and sold. Those changes have reshaped industries, generated investment and innovation, promoted transparency for consumers, created new business, opportunities, and reduced the costs of goods and services throughout the economy. (...) Along with its benefits, the digital economy also presents challenges for competition enforcers as they seek to maintain an environment that fosters innovation, supports robust competition and promotes consumer welfare. (...)*” Disponível em: www.autoritedelaconurrence.fr/doc/g7_common_understanding.pdf Acesso em 25 de julho de 2019.

preocupam com a propriedade intelectual e os direitos subjacentes a esse ramo.

A plataforma Google, assim como outras plataformas digitais, não possui, por exemplo, os mesmos atributos de uma infraestrutura física indispensável que possibilite a extensão da teoria da “*essencial facility*” para determinar o acesso obrigatório ao seu mecanismo de busca por outros concorrentes.

A utilização da plataforma remete o usuário a um ecossistema próprio, compreendido, enquanto conceito da economia digital, como sendo “*a number of firms – competitors and complementors – that work together to create a new market and produce goods and services of value to customers*”, tal como descrevem as autoridades de defesa da concorrência da França e do Reino Unido (CMA, 2014, p.6).

Se os mesmos critérios de buscas forem utilizados, por exemplo, na plataforma “DuckDuckGo”, verificar-se-á que os resultados e sua forma de apresentação serão bem distintos daqueles apresentados pelo Google, auxiliando a compreender a formatação de *design* que cada plataforma encerra.

A proteção ao design e demais formas de exteriorização da inovação se mostram, portanto, extremamente importantes na forma de promoção da defesa da concorrência nesse meio, devendo ser reservadas algumas breves linhas sobre esse tema.⁴

3. O antitruste em mercados intensivos em inovação

A economia digital vem sendo tratada como um mercado intensivo em inovação (EVANS e SCHMALENSEE, 2001). Além dos mercados tecnológicos, alguns outros mercados mais tradicionais, como o

⁴ Nesse sentido, parece exagerada a afirmação da Conselheira Paula Farani em desconsiderar a inovação na plataforma “Google Shopping”: “Ademais, não entendo que o Google Shopping tenha apresentado qualquer inovação. A inovação de fato existente consiste na experiência de busca introduzida pelo *Universal Search*. No entanto, a Unidade Comercial, o PLA e a plataforma Google Shopping não introduziram qualquer elemento de novidade que já não existissem em outras plataformas.” (SEI 0644436).

farmacêutico, estão abrangidos nesse recorte. O que caracteriza fundamentalmente essa segmentação é o papel preponderante exercido pela inovação na regência de funcionamento desses mercados, aferível a partir dos expressivos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) requeridos.

Nesses mercados, por vezes chamados disruptivos, a percepção de compreensão das práticas e estruturas tem reclamado uma abordagem do antitruste diferente da tradicionalmente adotada. Defende-se uma percepção mais dinâmica, capaz de compreender e abranger os ciclos necessários a propiciar o processo de inovação.

Esse recorte tem sido dado pela chamada escola Schumpeteriana, com um olhar mais protetivo às inovações que dirigem a economia contemporânea. Segundo Katz e Shelanski (2005, p.11), de acordo com esse referencial, as duas variáveis principais na abordagem tradicional do antitruste que deveriam mudar seriam (i) o abandono do enfoque de curto prazo, incapaz de abranger os ciclos de inovação, e (ii) a mudança da aferição das condições de competição que, ao invés de estar embasada na definição de produto e participação de mercado, deveria se voltar para capacidade de investimentos em P&D.

Segundo Schumpeter (1942), a inovação não ocorre de forma estática, mas em razão de contínuas “ondas de tecnologia” que, em determinados momentos, provocam mudanças varredouras nos ofertantes e em seus produtos. Nisso residiria boa parte do mérito do que chamara de processo de “destruição criativa”, pois permitiria o aumento do bem-estar coletivo pela superação ou eliminação de ofertantes e produtos considerados obsoletos com o passar dos tempos, em um contínuo processo de melhoria e aperfeiçoamento de práticas, algo inerente ao sistema capitalista.

Esse referencial, aplicado ao antitruste, traz algumas implicações de ordem geral. Em primeiro lugar, ressalta o risco que uma visão de curto prazo poderia trazer na interrupção nos ciclos de inovação. Sem conseguir visualizar toda a extensão do processo de P&D dos agentes econômicos e da dinâmica concorrencial desses mercados, uma decisão antitruste que interfira em variáveis de curto prazo poderia trazer uma troca intertemporal de reduzido ganho.

A fim de mitigar esse risco, Schmalensee e Evans (2001) propõem atitudes de precaução ou sistemática retração de aplicação do antitruste aos mercados intensivos em inovação, visto que, mesmo diante de mercados densamente concentrados, a competição nesses mercados continuaria a

ocorrer, pois, em muitos deles, a competição seria orientada pela conquista do mercado como um todo, através de contínuos esforços de investimento em inovação, ao invés da competição no mercado. O voto do Presidente do Cade, no caso em discussão, traz passagens que incorporam claramente essa forma de compreensão do tema.⁵

Hovenkamp (2008, p.3), contudo, chama atenção para a desafiadora missão do antitruste em conseguir minimamente dimensionar, *ex ante*, os possíveis ganhos que seriam obtidos a partir da simples preservação do curso natural do processo de inovação. Trata-se de terreno densamente incerto, desconhecido pelos próprios agentes econômicos, em que a complexidade do processo de descoberta leva a recompensar, não raras vezes, o próprio fortuito em face do que seriam os resultados previamente esperados pelo racional ensejador dos investimentos.

Ademais, a inovação também pode ser direcionada para excluir rivais e não necessariamente para melhorar a qualidade dos bens e serviços ofertados. Schrepel (2018, p. 22) tem advertido para a necessidade do antitruste incorporar a noção de “inovação predatória”, consistente num conjunto de práticas que, “sob a aparência de inovação real, são estratégias anticompetitivas alimentadas para eliminar competição sem beneficiar os consumidores.”

Ainda nessa linha, Tim Wu (2012, p.4) aduz que o preço da exclusão de rivais tem um papel determinante no processo de inovação. Se o preço para excluir um concorrente for baixo, é bem provável que o processo de inovação caminhe em desenvolver técnicas voltadas para tanto, já que inovação e exclusão são respostas alternativas à competição atual ou futura

⁵ “É preciso ter atenção nesse tipo de caso ora em comento. Isso porque a verificação do (abuso de) poder de mercado na Nova Economia não é necessariamente igual aos mercados mais estabelecidos, porque se trata de um contexto dinâmico de inovações constantes. Investe-se em inovação tecnológica com o objetivo de criar novas plataformas e competir por novos mercados, que podem ser substituídos em pouco tempo. Nesse sentido, a intervenção antitruste da maneira tradicional – quando equivocada ou imprecisa – pode vir a causar efeitos inibidores nessa inovação, minando a perspectiva de ganhos dos consumidores. Argumentam alguns autores, assim, que o *framework* do custo dos erros seria uma boa forma de garantir a parcimônia na Nova Economia.” (SEI 0632233).

nesses mercados. É por essa razão que o autor defende que um dos papéis do antitruste nesses mercados seria justamente de tornar a exclusão mais cara, estimulando assim que a inovação seja orientada para, de fato, melhorar produtos e serviços e não para excluir rivais.

Ao se refletir, portanto, sobre qual tipo de inovação se busca para reger o dinamismo de funcionamento da economia digital, deve-se destacar que a precaução excessiva ou sistemática retração de aplicação do antitruste, proposta pela escola Schumpeteriana, levará o antitruste simplesmente a legitimar, senão todas, boa parte das práticas entabuladas nesses mercados, sob um receio excessivo de não prejudicar o processo de inovação, mesmo que seja algo totalmente imprevisível ou com nítidos efeitos exclusionários, o que não parece ser a melhor postura a ser adotada, especialmente quando envolve discussão sobre abuso de posição dominante.

De todo modo, mesmo os autores que lidam com a abordagem dinâmica reconhecem, nas palavras de Ginsburg e Wright (2012, p.5), que estaríamos atualmente em um “estado gestacional” de análise do tema, ou, como McGowan (2001, p. 731) assinala: “sabemos ainda pouco sobre as práticas e estrutura adequada de mercado para incentivar a inovação”, o que realça o momento propício para o aprofundamento de discussões com essa temática.

Como se passa a discutir na sequência, é possível perceber que todas as áreas do Cade envolvidas na discussão do caso “Google Shopping” enfrentaram o difícil *trade-off* colocado sob o receio de não interromper um processo inovador desconhecido e incorrer em erro do Tipo I (intervenção errônea – falso positivo) ou abdicar de uma necessária intervenção antitruste capaz de corrigir abusos do agente dominante, o que ensejaria erro de Tipo II (ausência de intervenção necessária – falso negativo).

Esse dilema é expressamente mencionado no voto da Conselheira Paula Farani, tendo a Conselheira apresentado a postura corajosa de propor que a autoridade antitruste não se exima de “intervir e fiscalizar” quando entender necessário, pois “as boas práticas ainda estão sendo construídas” na economia digital e “nesse caminho, erros do tipo 1 e 2 serão cometidos inevitavelmente”. O Conselheiro Paulo Burnier, de forma similar, ao abrir a divergência em favor da condenação do Google, sinalizara que o caso concreto envolvia o desafio de se decidir em “cenários de incertezas”. Passemos, portanto, à discussão mais pormenorizada de alguns aspectos do caso.

4. O caso “Google Shopping”

O caso “Google Shopping” iniciou-se mediante representação da empresa E-Commerce Medias Group, então detentora das plataformas de comparação de preços “Busca-pé” e “Bondfaro”⁶, contra condutas atribuídas às empresas Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. (“Google”), segundo a qual o Google estaria, em resumo, manipulando o resultado de suas buscas para privilegiar seus próprios produtos e impedindo que plataformas concorrentes de comparação de preços pudessem ter visibilidade destacada nos resultados de pesquisas ao negar-lhes a disponibilização de anúncios com fotos, o que seria reservado apenas a varejistas e *marketplaces*.

Ao acatar a representação formulada e determinar a instauração de Processo Administrativo, a Superintendência-Geral do Cade (SG) instruiu o processo (Nota Técnica nº 349/2013) com duplo enfoque: (i) primeiramente, voltado a investigar se o Google estaria privilegiando sua própria plataforma de busca temática – o “Google Shopping” – nos resultados de busca, o que caracterizaria a “busca enviesada” ou “*search bias*” e (ii) concomitantemente, investigou a prática de recusa a ofertar anúncios com fotos (*Product Listing Ads* – PLAs) aos comparadores de preços, com análise das razões apresentadas pelo Google para justificar essa conduta, o que poderia ensejar tratamento discriminatório injustificado.

O Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE) emitiu denso posicionamento técnico (Nota Técnica nº 34/2018) pelo qual concluiu que, no mérito, as condutas praticadas pelo Google consistiram em inovações pró-competitivas no aprimoramento do serviço de busca oferecido pela plataforma, não havendo que se falar em infração à ordem econômica. Trouxe ponderação de efeitos líquidos para justificar, sob o jugo da regra da razão, a eficiência econômica das condutas discutidas no caso.

Os pareceres jurídicos emitidos tanto pela Procuradoria Federal Especializada junto ao Cade, quanto pelo Ministério Público Federal, acompanharam o posicionamento exarado pela SG em sua Nota Técnica

⁶ Posteriormente, conforme notificação de ato de concentração apresentado ao CADE em 24/05/2019, Processo nº 08700.002703/2019-13, a Mosaico Negócios de Internet S.A., titular da plataforma “Zoom”, adquiriu a totalidade do capital votante do Buscapé, concentrando numa mesma empresa a titularidade das plataformas Buscapé e Zoom.

conclusiva (nº 51/2018), a favor do arquivamento do processo por inexistência de indícios suficientes para caracterizar a ocorrência das infrações investigadas.

Perante o Tribunal Administrativo do Cade, o julgamento se dividiu em dois blocos. O bloco que se posicionou pelo arquivamento do processo foi formado pelos votos do Conselheiro-Relator, Maurício Bandeira, Conselheira Polyanna Vilanova e pelo Presidente do Cade, Alexandre Barreto. Já o bloco divergente contou com os votos dos Conselheiros Paulo Burnier, João Paulo de Resende e Paula Farani. Em razão da composição plenária não contar com seu quórum legal pleno, e, em face do empate de votação verificado, o Presidente do Cade se valeu da prerrogativa do voto de qualidade (art. 10, II, da Lei nº 12.529/11) para decidir o posicionamento final do órgão pelo arquivamento do processo.

Boa parte dos documentos produzidos no processo se destinam a bem caracterizar os mercados relevantes considerados, ressaltando a intensa dinâmica na forma de disponibilização do serviço de buscas oferecido pela plataforma Google.

Ainda que a delimitação do mercado relevante não consista num fim em si mesmo, como destaca Carlton (2007, p.7), sua definição continua a ser o foco em muitos casos de aplicação antitruste e, no caso concreto, sua discussão ganha uma importância adicional: o referencial de caracterização material e geográfico, encerrado nessa ferramenta de análise, ainda não foi suficientemente concebido para lidar com as variáveis dinâmicas trazidas pelas plataformas digitais.

Estudo recente da Comissão Europeia destaca que um dos maiores desafios postos pela economia digital se refere justamente à definição do mercado relevante, mas também assinala que, mais importante que bem defini-lo, seria a ênfase a ser reservada na caracterização da teoria do dano e na identificação de estratégias anticompetitivas.⁷

⁷ *“In the digital world, market boundaries might not be as clear as in the “old economy”. They may change very quickly. Furthermore, in the case of multisided platforms, the interdependence of the “sides” becomes a crucial part of the analysis whereas the traditional role of market definition has been to isolate problems. Therefore, we argue that, in digital markets, we should put less emphasis on analysis of market definition, and more emphasis on theories of harm and identification of anti-competitive strategies. (...)”* Disponível

O mercado relevante definido pelas áreas técnicas do Cade e o proposto pelo Conselheiro Relator foi pela consideração da segmentação em dois mercados de abrangência nacional: (i) mercado de buscadores genéricos e (ii) mercado de comparadores de preço (busca temática – comparação de preços). Com exceção do Presidente do Cade⁸, os demais membros do Tribunal Administrativo do Cade adotaram essa mesma segmentação, com um ou outro pequeno ajuste, sem considerar que varejistas, *marketplaces* e comparadores de preços concorreriam diretamente com o Google por um só mercado de buscas.

Com essa definição de mercados relevantes, e tomada as atribuições do Cade e sua jurisprudência, esperava-se que a instrução do processo se voltasse a analisar a racionalidade dos efeitos gerados pela inovação na dimensão prejudicial à concorrência, a partir de discussão sobre capacidade e incentivos que o Google teria para usar o poder detido no mercado a montante (buscador geral) no mercado a jusante (buscador temático), fazendo a análise interdependente entre esses dois mercados, com vistas, justamente, a bem delimitar a teoria do dano e a caracterização de estratégias anticompetitivas.

Esses componentes, um de dimensão mais econômica e outro mais jurídica, aliados a uma reflexão sobre o que se mostraria lícito a um agente econômico praticar para manter a posição privilegiada que já detém,

em: <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em 17 de setembro de 2019.

⁸ Apesar do voto do Presidente do CADE fazer menção de incorporação, ao final do julgamento, das conclusões do Conselheiro Relator, seu tópico sobre mercado relevante parece conter definição distinta da adotada pelos demais membros do Tribunal, pois afirma que “sobre a definição de mercado relevante, como já dito à exaustão, a CE definiu, como distintos, os mercados de busca geral e de sites de comparação de preços. A definição proposta pela CE, nesse aspecto, é contrária àquela entendendo mais adequada ao caso em tela, a partir das análises efetuadas no âmbito da SG e do DEE, que é a definição de mercado relevante incluindo mecanismos de busca, sites de comparação de preços e *marketplaces* ou a interação competitiva entre *marketplaces* e sites de comparação de preços (ou seja, concluiu-se que no Brasil o crescimento dos *marketplaces* afetou a posição competitiva dos sites de comparação de preços, cenário bastante diferente ao referido no continente europeu quando da condenação do Google Shopping).”

conformariam um razoável referencial de análise para lidar com os casos de condutas unilaterais em plataformas digitais.

A instrução do caso concreto revelou, contudo, que se discutiu em demasia a caracterização dos mercados relevantes, mas pouco se debateu sobre estratégias anticompetitivas associadas à inovação. Houve, por exemplo, muito espaço para discussão volitiva sobre o que fora buscado pelo Google na implementação de suas inovações. Entretanto, para efeitos de caracterização da infração, não se mostraria necessário adentrar nesse terreno. O art. 36 da Lei nº 12.529/11 vale-se da expressão “independentemente de culpa” para caracterização de infração à ordem econômica. A análise sobre os efeitos se mostraria mais relevante que a de motivação das práticas para compreensão de estratégias anticompetitivas, permitindo-se aclarar a teoria do dano envolvida nas condutas.

Do mesmo modo, verificou-se que se deu muita ênfase ao fato de o Google se valer de testes prévios para validação de suas inovações. É de se perquirir se testes prévios na implementação de uma inovação se mostram capazes de imunizar os potenciais efeitos anticoncorrenciais exclusionários. Ou, nas reflexões trazidas por Tim Wu, se a realização desses testes não seria uma opção cômoda e pouco dispendiosa para se buscar legitimar a implementação de inovações com nítidos efeitos exclusionários, inserindo-a como um dos elementos da estratégia anticompetitiva.

Ademais, ao analisar a segunda parte da acusação de discriminação de condutas, vê-se que a SG reconheceu a potencialidade lesiva na recusa em disponibilizar o anúncio com fotos aos comparadores de preços rivais do Google, não havendo, no entendimento da própria Superintendência, justificativa econômica razoável para legitimar essa prática, com concordância sobre a potencialidade danosa dessa conduta, já que as plataformas de comparação de preço perderiam “visibilidade, tráfego e renda”, com possibilidade de ensejar danos aos consumidores por redução de oferta e impactos aos varejistas na concentração do mercado. Mas, ao invés de propor a condenação ou o ajuste dessa conduta para proteção da concorrência, a partir de uma caracterização específica de teoria do dano, a SG optou simplesmente pela posição de retração, apregoada pela perspectiva Schumpeteriana, para não prejudicar o “ímpeto inovador” dos agentes econômicos.⁹

⁹ “357. (...) Diferenciar uma inovação pró-competitiva de uma inovação anticompetitiva em mercados com essas características requer muito cuidado,

Ao admitir que a inovação de design do “Google Shopping” traria necessariamente efeitos positivos líquidos aos usuários, conclusão taxativamente apresentada pelo DEE e possivelmente incorporada pelo bloco que deliberou pelo arquivamento, vê-se que esse conjunto de votos evitou incorrer em erro do Tipo I¹⁰, e, talvez por essa razão, tenha se eximido de fazer uma análise mais acurada sobre eventual caracterização de exercício abusivo de posição dominante pelo Google.

Saliente-se que as conclusões apresentadas pelo DEE se mostram muito taxativas para um cenário repleto de incertezas. Admitir que todas as inovações praticadas pelo Google possuem caráter pró-competitivo demandaria uma análise muito mais aprofundada sobre diversas premissas contidas na Nota Técnica nº 34/2018. Dentre outras, a afirmação de que os usuários teriam validado as inovações praticadas pelo Google exigiria mais elementos empíricos, ou, mesmo admitir que houve “sinalização de que os consumidores se tornaram relativamente mais receptivos aos *marketplaces*” deveria restar ancorado em referenciais comportamentais, dada a insuficiência explicativa das premissas racionais neoclássicas para compreensão da dinâmica de troca nesses mercados.

Se for considerado, por exemplo, que a visibilidade é fator determinante no ranking dos resultados de busca, e se os comparadores de preços não conseguiam ter visibilidade destacada na plataforma Google porque, primeiramente, o layout da plataforma já favorecia a própria plataforma “Google Shopping” e o detentor de posição dominante não facultava anúncios com fotos a esses rivais, a tendência de modificação da

pois, em ambos os casos, competidores podem ser prejudicados, mas uma intervenção indevida pode provocar o efeito colateral adicional de reduzir o ímpeto inovador dos agentes econômicos.”

¹⁰ O voto da Conselheira Polyanna Vilanova conclui, por exemplo, que: “ao tratar da análise de efeitos das condutas imputadas às Representadas, é necessário observar, antes de tudo, que concluir que o posicionamento dos resultados de compras do Google na página de resultados do mecanismo de busca consistiria em uma situação de abuso de posição dominante poderia inibir ao invés de proteger a concorrência e a inovação, uma vez que este Conselho estaria, de certa forma, protegendo os competidores de uma inovação de *design* de produto que poderia ser considerada pró-competitiva.” (SEI 0629773)

formatação dos comparadores de preços para *marketplaces* pode não ter sido pela escolha efetiva dos usuários, mas uma decorrência dos efeitos excludentes das condutas praticadas pelo Google. Parece assistir mais razão ao Conselheiro João Paulo de Resende sobre o favorecimento de layout que o Google conferiu à sua própria plataforma comparativa, praticamente eliminando condições de concorrência por outros *players*.¹¹

Já o bloco que votou pela ocorrência de infração, a partir do voto divergente do Conselheiro Paulo Burnier, identificou como teoria de dano o abuso do poder de alavancagem detido pelo Google, com sua transposição indevida do mercado de buscas em geral para o de buscas temáticas, conferindo um olhar repressivo a essa conduta, em linha mais próxima com reflexões e orientações da Comunidade Europeia sobre a “responsabilidade particular” que recai sobre a empresa em posição dominante (art. 82 do Tratado da Comunidade Europeia), permitindo um debate mais próximo entre a preservação da concorrência e o tipo de inovação que deveria merecer tutela pelo antitruste.

5. Conclusões

Com uma legislação dotada de termos semanticamente abertos, sempre sujeitos a interminável discussão sobre quais objetivos devem ser maximizados pelo antitruste, casos como o “Google Shopping” sinalizam à sociedade como a política pública de defesa da concorrência é interpretada e aplicada pelo principal órgão encarregado de implementá-la.

A rica instrução do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 permitiu perceber como a plataforma de busca do Google sofreu intensa modificação em curto intervalo de tempo, havendo pouca identidade no formato dos resultados das buscas por ocasião do julgamento do processo com os então “dez *links* azuis” de 2001.

¹¹ “Em outras palavras, o que alavanca o Google Shopping é a introdução do *toolbelt* (direcionando ao Google Shopping no topo da página), do *header* (link também direcionando ao Google Shopping acima dos PLA) e da seta “ver tudo”. Ao fazer isso, o Google está distribuindo pelas melhores posições da página de busca *links* para seu próprio comparador de preços, sendo que *links* de concorrentes são relegados a posições menos visíveis, longe das imagens e abaixo na posição da página.”

E, durante toda a investigação do caso no Cade, ao longo de oito anos, restou constatada que a participação de mercado do Google sempre foi típica de um monopolista, detendo mais de 90% de *share* enquanto buscador universal. Esse alto percentual de dominação de mercado, perdurando por tanto tempo, contrasta com a intensa dinâmica concorrencial que vem caracterizando a economia digital.

Kenneth Arrow (1962), há algumas décadas, já assinalava que um monopolista usualmente tem pouco a ganhar com a inovação que consideráramos atualmente com caráter disruptivo, pois ele já domina o mercado.

Não há dúvidas que os contínuos esforços de inovação do Google geram ganhos de conveniência, comodidades e percepção de aumento de bem-estar aos consumidores e anunciantes e auxiliam a compreender, em certa medida, a predileção pelo uso de suas plataformas. Não podemos, contudo, nos afiançar somente nesse referencial explicativo.

As plataformas de busca têm sua dinâmica orientada por um conjunto de dados e variáveis que, sob o pretexto de buscar o melhor tratamento para a informação, também podem gerar a exclusão indevida de concorrentes, desvirtuando a competição por mérito. Há inovações que não se voltam a melhorar produtos e serviços, com nítidos propósitos anticompetitivos, aferíveis não pela discussão volitiva das razões que levaram à sua implementação, mas sim da análise de seus efeitos.

Nos termos de denso estudo coordenado por Fiona Scott Morton (GEORGE J. STIGLER CENTER, 2019, p.4), as novas complexidades e considerações trazidas pelas plataformas digitais remetem-nos a um cenário único de combinação de forças econômicas a exigir novas análises e novas políticas públicas tanto pelo antitruste como pela regulação.

A preocupação demasiada em não se incorrer em erro de Tipo I não permitirá muito avanço nessa discussão e, sob pretexto de não prejudicar a inovação, o Cade pode deixar de promover a defesa efetiva da concorrência.

6. Referências bibliográficas

ARROW, Kenneth J. *Economic welfare and the allocation of resources for invention*, In *The Rate and Direction of Economic Activities: Economic and Social Factors*, 609. Richard Nelson ed., 1962.

BANIA, Konstantina. *The role of consumer data in the enforcement of EU competition law*. *European Competition Journal*, 14, 38–80, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/17441056.2018.1429555>. Acesso em 27 de julho de 2019.

BOGUS, Carl T. *The new road to serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust*, 49, *University of Michigan Journal of Law Reform*, 2015.

BORK, Robert. **Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy**. 65 *Columbia L. Rev.* 365, 1965.

CARLTON, Dennis W. *Market definition: use and abuse*. *Competition Policy International*, vol.3, nº 1, 2007. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=987061>. Acesso em 27 de julho de 2019.

CHISHOLM, Alex.; JUNG, Nelson. *Platform regulation — ex-ante versus ex-post intervention: evolving our antitrust tools and practices to meet the challenges of the digital economy*, 11 (1), 2015. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Platform-regulation.pdf>. Acesso em 28 de julho de 2019.

COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY – CMA. *The Economics of Open and Closed Systems*. Dezembro de 2014. Disponível em: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/387718/The_economics_of_open_and_closed_systems.pdf. Acesso em 11 de setembro de 2019.

COUTINHO, Diogo R.; KIRA, Beatriz. *Vinhos novos em garrafas velhas*. Portal Jota. Disponível em <https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/vinhos-novos-em-garrafas-velhas-02072018>. Acesso em 26 de julho de 2019.

CRÉMER, Jacques et al. *Competition Policy for the digital era*. 2019. Disponível em:

<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>. Acesso em 27 de julho de 2019.

DORSEY, Elyse et al. *Hipster antitrust meets public choice economics: the consumer welfare standard, rule of law and rent-seeking*. Competition policy international antitrust chronical, abril de 2018.

EVANS, David S. *Antitrust issues raised by the emerging global internet economy*. Northwestern University Law Review Colloquy, 2008, 102: 285-306.

EVANS, David S. *The consensus among economists on multisided platforms and its implications for excluding evidence that ignores it*. 2013. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=2249817>. Acesso em 27 de julho de 2019.

EVANS, David S. *Multisided platforms, dynamic competition and the assesment of market power for internet-based firms*. University of Chicago Law School, 2016.

EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. *The antitrust analysis of multi-sided platform businesses*. National Bureau Of Economic Research. MA, Cambridge, 2013.

EVANS, David S.; SCHMALENSSEE, Richard. *Matchmakers: the new economics of multisided platforms*. Boston, MA: Harvard Business School Press, 2016.

EVANS, David. S.; MARISCAL, E. V. *Market definition analysis in Latin America with applications to internetbased industries*. 2013.

EZRACHI, A.; STUCKE, Maurice. *Virtual competition*. Oxford University Press, 2016.

FARRELL, J.; KLEMPERE, P. *Coordination and lock-in: competition with switching costs and network effects*. In Handbook of Industrial Organization. Vol. 3, pp. 1967–2072, Elsevier, 2007. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S1573-448X\(06\)03031-7](https://doi.org/10.1016/S1573-448X(06)03031-7). Acesso em 28 de julho de 2019.

FIDELIS, Andressa Lin.; ORTAÇ, Zeynep. *Data-driven mergers: a call for further integration of dynamic effects into competition analysis*. 2017.

Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/0ce4/5469241cf59b9ecfcfe145e7c0447d29aff2.pdf> Acesso em 26 de julho de 2019.

FURMAN, Jason et al. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. HM Treasury, March 2019. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competitionreport-of-the-digital-competition-expert-panel>. Acesso em 27 de julho de 2019.

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

FRAZÃO, Ana. *Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos de personalidade*. In: Gustavo Tepedino; Joyceane Menezes. (Org.). *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Forum, 2018, v. 1, p. 333-349.

FRAZÃO, Ana. *Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica*. In: Leonardo Parentoni. (Org.). *Direito, tecnologia e inovação*. Belo Horizonte: D'Placido, 2018, v. 1, p. 635-670.

G-7. *Common Understanding of G7 Competition Authorities on Competition and the Digital Economy*. Paris, Junho de 2019. Disponível em: www.autoritedelaconcurrence.fr/doc/g7_common_understanding.pdf. Acesso em 25 de julho de 2019.

GEORGE J. STIGLER CENTER FOR THE STUDY OF THE ECONOMY AND THE STATE. *Committee for the study of digital platforms*. MORTON, Fiona Scott (coord). Report. Maio de 2019.

GLOBAL MUSIC REPORT. *Annual state of the industry*. 2018. Disponível em: <https://www.ifpi.org/downloads/GMR2018.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2019.

GINSBURG, Douglas H.; WRIGHT, Joshua D. *Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions*. 78 *Antitrust Law Journal* n° 1. American Bar Association. 2012.

GOLDSMITH, J. L.; WU, Tim. *Who controls the Internet? illusions of a borderless world*. New York: Oxford University Press, 2006.

HAUCAP, J.; STÜHMEIER, T. *Competition and antitrust in internet markets*. Düsseldorf: DICE, 2015. Disponível em: http://www.dice.hhu.de/fileadmin/redaktion/Fakultaeten/Wirtschaftswissenschaftliche_Fakultaet/DICE/Discussion_Paper/199_Haucap_Stuehmeier.pdf. Acesso em 28 de julho de 2019.

HEARN, Denise; TEPPER, Jonathan. *The myth of Capitalism: monopolies and the Death of Competition*. Wiley, 2018.

HEYER, Ken. *A world of uncertainty: economics and the globalization of antitrust*. Antitrust law journal. V. 72, n.2, p.375-422, 2005.

HOVENKAMP, Herbert. *Schumpeterian Competition and Antitrust*. University of Iowa Legal Studies Research Paper Number 08-43, October, 2008.

HOVENKAMP, Herbert. *Antitrust and the movement of technology*. University of Pennsylvania Law School. Penn Law legal scholarship repository, 2012.

KATZ, Michael L. SHELANSKI, Howard A. “Schumpeterian” *Competition and antitrust policy in high-tech markets*. Competition, Vol. 14, 2005.

KHAN, Lina M. *Amazon’s antitrust paradox*. The Yale Law Journal. n° 126:710, 2017.

KWOKA, J. E.; WHITE, L. J. *The antitrust revolution: Economics, competition, and policy*. New York: Oxford University Press, 2014.

MAVROIDIS, P. C.; NEVEN, D. J. *Politique de la concurrence et gouvernance globale: ça se discute*. Reflets et perspectives de la vie économique. LV (3), 33, 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.3917/rpve.553.0033>. Acesso em 28 de julho de 2019.

McGOWAN, David. *Innovation, uncertainty, and stability in antitrust law*. 16, Berkley Technology Law Journal, 2001.

MOTTA, Massimo; VASCONCELOS, Helder. *Exclusionary pricing in a two-sided market*. CEPR Discussion Paper No. 9164, 2012.

MURRAY, Andrew. *Information technology law. The law and society*. Second edition. Oxford: Oxford University Press. 2013.

OCDE. Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. 2019, Disponível em www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-andpolicy-brazil-2019.htm Acesso em 05 de setembro de 2019.

OECD. *Competition Committee*. 2009

OECD. *Market definition in multi-sided markets*. 2017.

PETIT, Nicolas. *Innovation competition, unilateral effects and merger control policy*. ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program, 2018, Disponível em <https://laweconcenter.org/wp-content/uploads/2018/06/ICLE-Policy-ICLE-2018.pdf>. Acesso em 26 de julho de 2019.

REEVES, A. P.; STUCKE, Maurice. *Behavioral Antitrust*. Indiana Law Journal, 86, 2011.

SCHREPEL, Thibault. *Predatory innovation: the definite need for legal recognition*. SMU Science and Technology Law Review, 2018.

SCHREPEL, Thibault. *Antitrust without romance*. Paris 1, Pantheon Sorbonne, Maio de 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3395001. Acesso em 28 de julho de 2019.

SHAPIRO, C. *Competition policy in the information economy*. In E. Hope (Ed.), *Competition Policy Analysis*, Vol. 25, 2000. Disponível em: <https://doi.org/10.4324/9780203183229.ch8>. Acesso em 28 de julho de 2019.

STUCKE, Maurice E. *Reconsidering antitrust's goals*. 53, Boston College Law Review, 551, 2012.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Debunking the myths over big data and antitrust*. The University of Tennessee College of Law. Research paper n° 276, Setembro de 2015.

STUCKE, Maurice E.; GRUNES, Allen P. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. *As condutas unilaterais e o mecanismo de consultas administrativas ao Cade*. In: A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência. CARVALHO, Vinicius Marques de (org.) São Paulo: Singular, 2015.

WEI, H.; GUIZHEN, H. Relevant market definition and market dominance identification. 11 (1), 10, 2015.

WU, Tim. Hearing on digital economy, 2012, OECD.

WU, Tim. Attention markets & the law, 2017a.

WU, Tim. The attention merchants: the epic struggle to get inside our heads. London: Atlantic Books, 2017b.

WU, Tim. Blind spot: the attention economy and the law. Antitrust Law Journal, 38, 2018a.

WU, Tim. The curse of bigness: antitrust in the New Gilded Age. Columbia global reports, 2018b.

WU, Tim. After consumer welfare, now what? The 'protection of competition' standard in practice. The Journal of the Competition Policy International. Columbia Public Law Research Paper No. 14-608, 2018c.