XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL, GLOBALIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA

MARCOS LEITE GARCIA

IARA PEREIRA RIBEIRO

Copyright © 2022 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - UNIVEM/FMU – São Paulo
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio – Rio de Janeiro
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR – Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade – UNIMAR/FEPODI – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara – ESDHC – Minas Gerais
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho – Ceará
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS – Sergipe
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR – São Paulo
Secretarias
Relações Institucionais:
Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes – UNB – Distrito Federal
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – São Paulo
Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo
Comunicação:
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali – Rio Grande do Sul
Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB – Paraíba
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC – Santa Catarina
Relações Internacionais para o Continente Americano:
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM – Rio Grande do Sul
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes:
Prof. Dr. José Barroso Filho – ENAJUM
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Eventos:
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec – Minas Gerais
Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC – Paraná
Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS – Mato Grosso do Sul

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UMICAP – Pernambuco

D597

Desenvolvimento Econômico Sustentável, Globalização e Transformações na Ordem social e Econômica [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Iara Pereira Ribeiro; Marcos Leite Garcia – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-579-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Desenvolvimento Econômico. 3. Globalização. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

CONPEDI

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO SUSTENTÁVEL, GLOBALIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM SOCIAL E ECONÔMICA

Apresentação

No primeiro evento presencial após os anos de restrições sanitária em razão da pandemia do Covid-19, o XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI realizado nos dias 13 e 14 de outubro de 2022, na cidade de Santiago, no Chile, foi marcado pela alegria do reencontro e pela oportunidade de debater pesquisas que se debruçaram na análise crítica da situação atual e na sinalização de caminhos que congregue o desenvolvimento e a justiça social. Os artigos apresentados no GT Desenvolvimento Econômico Sustentável, Globalização e Transformações na Ordem Social e Econômica I versaram sobre a Agenda 2030 da ONU, sobre os desafios da regulação setorial em geração de energia, saneamento, cabotagem, resíduos sólidos, propriedade intelectual, mídia digital e grandes conglomerados e sobre a atenção com a desindustrialização e a reflexão crítica em relação aos incentivos ao desenvolvimento empresarial para exigir o compromisso com os direitos humanos, com o incentivo ao trabalho, à educação e à democracia para a superação das desigualdades sociais, como, por exemplo, o uso de técnicas para uma linguagem mais acessível. As relações de consumo também foram objetos de análises com artigos sobre superendividamento, cláusulas abusivas nos contratos de plano de saúde, caso fortuito e força maior no CDC e ajuizamento de ações contra contratos bancários.

A DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE NO AMBIENTE DIGITAL A PARTIR DA COMPETIÇÃO POR ATENÇÃO E DADOS

THE RELEVANT MARKET DELIMITATION IN DIGITAL ENVIRONMENT BASED ON COMPETITION FOR ATTENTION AND DATA

Isabella Triebess [1]
Oksandro Osdival Gonçalves [2]

Resumo

O artigo visa estudar a importância da delimitação do mercado relevante no ambiente digital. A partir da sua correta demarcação é possível aferir o poder de mercado dos agentes e garantir o equilíbrio nas relações, que é precisamente o propósito das leis antitruste. Para tanto, faz-se necessário compreender a migração do enfoque principal da competitividade no ambiente digital. Uma análise atenta das estratégias de mercado aponta que os agentes econômicos disputam mais pela atenção dos usuários, do que pela escolha. Assim, diante da dificuldade de delimitar o mercado relevante no ambiente digital por meio de parâmetros tradicionais, procurou-se demonstrar a necessidade de flexibilizar as fronteiras e ampliar as perspectivas de análise. Para tanto, foi proposta a complementariedade das abordagens, de forma a acrescentar aos parâmetros tradicionais a ideia de competitividade focada em atenção e coleta de dados como alternativa em potencial para casos em que hajam práticas de preço zero ou multiplicidade de agentes e serviços.

Palavras-chave: Antitruste, Mercados digitais, Mercado relevante, Competição por atenção, Competição por dados

Abstract/Resumen/Résumé

The article aims to study the importance of defining the relevant market in the digital environment. From its correct delimitation, it is possible to assess the market power of the agents and guarantee balance in trades, which is precisely the purpose of the antitrust laws. Therefore, it is necessary to understand the migration of the main focus of competitiveness in the digital environment. A careful analyze of market strategies points to economic agents competing more for users' attention than for choice. Thus, faced with the difficulty of establishing relevant market in digital environment through traditional tools, the research sought to demonstrate the need to make borders more flexible and expand the perspectives of analysis. Therefore, the paper proposed a complementarity between approaches, in order to add to the traditional parameters the idea of competitiveness focused on attention and data

---

[1] Mestranda em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC /PR).

[2] Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor dos cursos de Graduação e Pós-Graduação da PUC-PR.

collection as a potential alternative for cases where there are zero price practices or multiplicity of agents and services.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Antitrust, Digital markets, Relevant market, Competition for attention, Competition for data

1. INTRODUÇÃO

Para avaliação de uma conduta potencialmente anticompetitiva deve-se identificar o mercado relevante envolvido. Muitas vezes as partes utilizam os próprios limites do mercado como defesa. Assim, a correta delimitação do mercado relevante é uma importante etapa para aferir o poder de mercado dos agentes e garantir o equilíbrio nas relações.

O objetivo da demarcação não é somente identificar em o segmento da atividade econômica, mas também qual o seu escopo. O problema surge quando se busca definir o escopo no ambiente digital. Isso porque o dinamismo é inerente do setor. Para tanto, o presente trabalho procurou identificar quais os principais aspectos responsáveis por flexibilizar as fronteiras dos mercados distintos e como delimitá-las considerando justamente essa maleabilidade dos produtos e serviços *online.*

Ocorre que, a maleabilidade funciona como uma via de mão dupla, na medida que ela se aplica tanto às plataformas consolidadas como aos novos *players* de mercado. Analisou-se a questão, de modo indutivo, a partir do aumento do grau de substitutibilidade dos produtos que levou os agentes a implementar estratégias que objetivam (i) diversificar e expandir a quantidade de serviços oferecidos na mesma plataforma e (ii) impor altos custos de mudança - *switching costs* – com a finalidade de fidelizar o usuário.

Isso fica claro ao mapear as atividades dos agentes, como a Google, por exemplo, que oferece ferramentas de buscas (*core business)*, correio eletrônico (*Gmail*), espaço para armazenagem de documentos (*Google Drive*), mapa de navegação (*Google Maps*), plataforma para vídeo chamada (*Meet*), plataforma para *upload* de vídeos (*Youtube*), aluguel de filmes e séries (*Google Play*), entre outros serviços. Ter todos esses serviços em um único *login*, devidamente interconectados, com histórico de busca e reputação consolidada, apresenta-se com uma praticidade para o usuário. E isso não foi feito à toa.

Esta proposta leva à formulação de vários questionamentos: Estes serviços são concorrentes? Seria possível qualificar a Google como concorrente no mesmo mercado relevante que a LinkedIn ou Twitter? Em primeira análise, parecem ser mercados distintos. Será essa diversificação em inúmeros setores não seria uma estratégia de poder de mercado? Para responder a estas questões é necessário analisar o mercado das plataformas digitais sob outra perspectiva ao considerar aspectos relativos à atenção do usuário e informações coletadas.

É possível identificar uma migração do enfoque principal, no qual as plataformas passam a competir mais pela atenção do usuário, do que pela escolha. Isto decorre da característica de correspondência dos mercados digitais, decorrente do cruzamento de

informações otimizadas e coletadas a partir do acesso e navegação que resultam em escolhas excelentes ao usuário (*matching markets*).

Assim, esse movimento sugere que os agentes estão no mercado disputando pela atenção do usuário, ao disponibilizar serviços "gratuitos" na forma de plataformas, que parecem ser seu *core business*, quando, na verdade, são ferramentas para obter atenção e dados dos usuários. Estes serão, posteriormente, revendidos para outros agentes econômicos a fim de obter receita.

Ao analisar a questão sob esta ótica, é possível estreitar a base de produtos e serviços *online*, incluindo publicidade, como semelhantes. Essa percepção pode ser uma alternativa em potencial para auxiliar no exame de casos antitruste no ambiente digital, principalmente quando os agentes empregam práticas de preço zero, que impossibilita a aplicação do teste monopolista hipotético.

Nesse sentido, a revisão bibliográfica realizada aponta que compreender o mercado relevante apenas pela substituição funcional pode levar a "falsos-negativos" que reduzem o grau de competitividade do setor. Por outro lado, considerar todos os agentes digitais como integrantes do mesmo mercado poderia levar a "falsos-positivos".

O presente trabalho propõe, então, uma abordagem complementar à tradicionalmente aplicada, para considerar, também, a competitividade baseada em atenção e dados. Essa opção se deu justamente pela dificuldade de realizar a delimitação assertiva do mercado relevante no ambiente digital somente por meio dos parâmetros tradicionais. Certo de que, a garantia do equilíbrio nas relações de mercado vai além da correta delimitação do mercado relevante, no entanto, entende-se que essa etapa é o ponto de partida de qualquer análise antitruste no mercado digital.

2. DEFININDO MERCADO RELEVANTE

A importância de delimitar o "mercado" é compreendida logo nas primeiras etapas do processo antitruste, quando se limita o escopo das relações concorrenciais discutidas no caso para, então, seguir à análise da questão (FORGIONI, 2021, p. 220). A essência da demarcação é, de forma geral, simplificar a análise. O mapeamento do mercado busca compreender as dinâmicas da operação, isto é, o grau de substitutibilidade dos produtos os serviços em questão e em que medida os consumidores podem desviar destes para outros similares (FRAZÃO, 2017, p. 139-140), ou seja, definir a área efetiva de competição (WERDEN, 2012, p. 5).

Não existe uma fórmula aplicável a todos os casos, tampouco é possível apurar limites absolutamente perfeitos, a demarcação acontece pela análise conjugada de aspectos geográficos e aspectos materiais (FORGIONI, 2021, p. 222). Werden (2012, p. 5-7) explica que a delimitação do mercado permite identificar quais produtos poderiam ser classificados como substitutos próximos a ponto de gerar pressão competitiva.

Em se tratando de ambiente digital, a identificação de substitutos próximos se mostra ainda mais complexa, pois o mercado é marcado por intensa dinamicidade e neutralidade geográfica (FRAZÃO, 2017, p. 145). O CADE afirma, na revisão de relatórios acerca de mercados digitais, que as constantes expansões e adaptações de funcionalidades nas plataformas dificultam o recorte claro, defendendo a ideia de atribuir um único mercado relevante para todo o ecossistema digital como alternativa para o futuro (BRASIL, 2020, p. 19).

Na direção oposta, Evans afirma que a definição do mercado é um passo importante para análise antitruste e não deveria ser abandonada (EVANS, 2010, p. 37). Para além da simplificação, a demarcação permite, também, definir a extensão do poder de mercado do agente. O principal erro, no entanto, é aplicar abordagens mecânicas e rígidas aos mercados digitais (EVANS; MARISCAL, 2013, p. 2-3). As fronteiras entre mercados digitais distintos são, claramente, mais flexíveis, o que levanta a questão: como identificar precisamente o mercado relevante quando a empresa fornece serviços diferentes, não concorrentes entre si, que "[...] não satisfazem a definição econômica tradicional de um único mercado?"[1] (HOVENKAMP, 2021c, tradução nossa).

Para os autores Evans e Mariscal (2013, p. 5) essa análise deveria compreender tanto conceitos gerais e específicos do ambiente digital, tais como: (i) substitutibilidade da demanda: qual a probabilidade dos usuários migrarem de plataforma; (ii) custos de mudanças (*switching costs*): custos gerais envolvidos na troca de uma plataforma por outra; (iii) identificação de *multi-homing:* utilização de várias plataformas; (iv) substitutibilidade da oferta: probabilidade de plataformas concorrentes ofertarem serviços capazes de incorporar eventual aumento de demanda; (v) entrada de novos concorrentes: dificuldade de ingresso de novos concorrentes; (vi) inovação: averiguar se a velocidade do desenvolvimento de novos produtos pode oferecer risco ao poder de mercado ou criar pressão competitiva relevante; (vii) poder de compra: grau de poder dos compradores sobre os fornecedores; (viii) produtos complementares: identificação do risco à demanda complementar em caso de mudança no comportamento por um dos lados da plataforma; (ix) regulação: grau de interferência.

---

[1] "[…] that do not satisfy the traditional economic definition of a single "market?"

Trata-se, então, de identificar as "restrições competitivas que são relevantes para o assunto em questão"[2] (EVANS, 2010, p. 7, tradução nossa) e não propriamente em caracterizar o mercado de forma rígida e precisa. O desafio é definir de que forma abordar exatamente essas questões. No caso do *multi-homing*[3], por exemplo, quantas plataformas deveriam ser utilizadas pelo usuário para que seja verificada a presença desse efeito? Nesse sentido, algumas autoridades vêm propondo examinar a questão a partir de parâmetros alternativos, como, quantidade de usuários, número de visualizações, número interações ocorridas e tempo gasto da plataforma (BRASIL, 2020, p. 20).

É importante ter em mente que, sem adaptações na metodologia, efeitos específicos oriundos da interação entre plataformas digitais multifacetadas podem restar alheios ao exame. O primeiro deles é em relação ao *feedback* positivo entre demanda e oferta por conta dos efeitos de rede, isto é, considerando os diversos lados de uma plataforma digital, o aumento de preços para um lado (lado A) pode influenciar a demanda do outro lado (lado B). Nesse sentido, temos a plataforma como espaço de interação entre restaurantes (lado A) e o consumidor final (lado B). Eventual aumento de preços para o lado A, acabaria reduzindo o número de usuários tipo A cadastrados, que migrariam para outra plataforma com preços mais baixos. Uma vez que os consumidores utilizam a plataforma para interagir com o máximo de restaurantes possível, a redução de usuários tipo A acarretaria na redução de usuários tipo B, ainda que nenhuma alteração de preço fosse imputada para este lado da demanda (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 18).

Neste cenário, a aplicação do teste monopolista hipotético que considera somente o possível aumento de preços ao consumidor, de forma linear, não seria medida eficiente para avaliar os impactos (SAITO, 2016, p. 15).

Isso leva à segunda particularidade, a política de prática de preços zero implementada por diversos agentes no mercado digital. Essa prática consiste no acesso a custo zero por parte do consumidor, que é subsidiado pela publicidade alocada na plataforma por outros agentes (LERNER, 2014, p. 10). Trata-se de política tão amplamente utilizada que "sete das dez maiores companhias globais oferecem produtos e serviços com preço zero em mercados digitais" (OECD, 2018, p. 4, tradução nossa)[4]. Novamente, se aplicado o teste monopolista

---

[2] "[…] evaluating the competitive constraints on the party at issue."

[3] Chama-se de *multi-homing* a utilização de várias plataformas diferentes pelo mesmo indivíduo. Vale tanto para o lado do consumidor, como para o lado do profissional, por exemplo um motorista que dirige para Uber, Lift e 99Pop. De modo geral, as plataformas tentam desestimular ao máximo essa prática, pois a alternância entre plataformas sugere que o usuário não se fidelizou. (PARKER; VAN ALSTYNE; CHOUDARY, 2018, p. 319).

[4] "[…] seven of the ten largest global companies provide zero-price products and services in digital markets."

hipotético para exame de ato de concentração nesse segmento, o resultado será invariavelmente negativo.

Por fim, o modelo de negócios digitais é fortemente baseado na coleta, processamento e exploração de dados, que são obtidos pelo acesso direto dos usuários ou por meio de aquisições estratégicas (STUCKE; GRUNE, 2016, p. 5). Os agentes utilizam as informações coletadas para proteger sua posição de dominância no mercado, induzir comportamentos aos consumidores e prever tendências (STUCKE; GRUNE, 2016, p. 8). Com essas previsões é possível determinar o rumo das inovações e realizar novas aquisições estratégicas antes que as plataformas de pequeno porte possam representar uma ameaça concorrencial (FRAZÃO; SANTOS, 2020, p. 63).

Como apontado por Hovenkamp (2021a, p. 1957, tradução nossa): "A lei antitruste precisa tratar os mercados de plataforma digital pelo que são: mercados que têm algumas características únicas, mas ainda assim são suscetíveis a análises antitruste específicas de fatos"[5]. A presença da tecnologia já neutralizou, de modo geral, a questão geográfica. Resta, assim, o aspecto material das negociações, que deve ser analisado sob uma visão mais dinâmica, levando em consideração que a competição no mercado digital é marcada principalmente por atenção e por dados (EVANS; STUCKE; GRUNE, 2013, p. 1-2, 2016, p. 5).

3. AGENTES DIGITAIS E OS EFEITOS NA ECONOMIA

O mercado de plataformas é caracterizado pela pluralidade de agentes econômicos (*multi-sided*) desempenhando papéis não lineares - os agentes podem ser consumidores, produtores ou os dois. Há uma interação maior entre os *players* e a plataforma é responsável por aproximar as interações dos agentes, tanto do lado da oferta, como da demanda (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 2).

A multiplicidade de agentes e seus efeitos de rede operam com certa proporcionalidade na economia. O desequilíbrio de um lado, impacta no outro. Os autores Evans e Schmalensee (2013, p. 4-5) expuseram o seguinte caso: alguns anos atrás a única forma de realizar uma reserva de mesa em determinado restaurante era ligando para o local e solicitando um horário, caso não fosse possível realizar a reserva, repetia-se o processo com outro restaurante. Surge, então, a plataforma OpenTable, cuja principal atividade é promover reservas em restaurantes por meio da *internet*. Ela iniciou suas atividades desenvolvendo um

[5] "Antitrust law needs to treat digital-platform markets for what they are: markets that have some unique characteristics, but markets nonetheless susceptible to fact-specific antitrust analysis."

software de gerenciamento de mesas para restaurantes (*one-sided model*) e expandiu para uma plataforma de integração entre o cliente e o restaurante (*multi-sided plataforms*), disponibilizando um sistema de busca e reservas de mesas totalmente *online*.

Assim, para que a OpenTable pudesse prestar os seus serviços ela precisava de um significativo número de restaurantes e usuários cadastrados. Tanto os consumidores se beneficiam pelo uso da plataforma, como os restaurantes. Essa particularidade do "benefício mútuo" é classificada como uma externalidade de uso (SAITO, 2016, p. 70).

Os restaurantes pagam taxa para efetuar cadastro no sistema, os consumidores não. Dessa forma, as taxas de associação são negativas aos consumidores (preço zero) e positivas para os restaurantes. Por outro lado, é provável que sejam exibidas publicidades na plataforma (dos próprios restaurantes ou outros agentes). Essa publicidade subsidia o acesso a custo zero, mas ao mesmo tempo cria externalidades negativas de uso para os consumidores, que, ao acessar a plataforma, são bombardeados de anúncios (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 8).

As relações digitais produzem também efeitos de rede. Shapiro e Varian (1999, p. 13, tradução nossa) definem que "Quando o valor do produto para um usuário depende de quantos outros usuários existem, os economistas dizem que este produto exibe externalidades de rede, ou efeitos de rede"[6].

Estes efeitos são externalidades poderosas às plataformas, que operam como propulsores de novos usuários e possíveis barreiras à concorrência, muito embora isso seja controvertido. Hovenkamp (2021b, p. 13) aponta que, assim como os efeitos de rede podem funcionar eventualmente como barreiras, podem também impulsionar, na mesma proporção, a alavancagem de novos participantes no mercado.

Outra característica particular desse sistema é a economia de escala *do lado da demanda* (SHAPIRO; VARIAN, 1999, p. 14). Há uma significativa diferença quando se inverte o lado. No século XX haviam muitas empresas, principalmente as consideradas monopolistas, que empregavam o conceito de economia de escala *do lado do fornecimento* para majoração de lucro, como a Ford, AT&T, GE, entre outras. Neste caso, quanto maior a empresa, mais capacidade produtiva ela detém, mais baixos são os custos de produção e, consequentemente, maiores são os lucros (PARKER; VAN ALSTYNE; CHOUDARY, 2018, p. 28). Trata-se de uma curva inversamente proporcional e quem determina a sua amplitude é o fornecedor.

A economia de escala *do lado da demanda* é gerada pela popularidade da plataforma sob a visão do usuário, quanto mais atração a plataforma consegue gerar, mais os

---

[6] "When the value of a product to one user depends on how many other users there are, economists say that this product exhibits network externalities, or network effects."

usuários impulsionam esse efeito (PARKER; VAN ALSTYNE; CHOUDARY, 2018, p. 29). Esse aspecto pode acarretar efeitos nocivos à sociedade e à concorrência, os quais eram incomuns até o advento da *internet*. Não propriamente pela prática em si, mas pela proporção. Tim Wu afirma o verdadeiro negócio das plataformas se tornou a disputa de atenção dos usuários e como influenciar as pessoas a permanecer mais tempo nas plataformas (WU, 2016, p. 3).

Essas características dão aos agentes do mercado digital três importantes poderes: poder de alavancagem, poder de exploração de dados pessoais e poder de comunicação[7] (FRAZÃO, 2019, p. 185). Muitos economistas inicialmente visualizavam esse evento como "um vinho velho em garrafas nova" (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 4, tradução nossa)[8] para o direito concorrencial, no entanto, as implicações ao mercado em virtude desses novos elementos sugerem o contrário, o vinho parece ser, de fato, novo. Para tanto, é preciso compreender como se dá o poder de mercado no ambiente digital, conforme ponto a seguir desenvolvido.

4. PODER DE MERCADO NO AMBIENTE DIGITAL

O grande objetivo do direito antitruste, no fim do dia, é garantir o equilíbrio no ambiente de negociações. Isso porque competição é um ato inerentemente não cooperativo, os agentes mais fortes possuem incentivos para aproveitar da sua situação favorável em detrimento dos agentes menores (GREENFIELD, 2014, p. 527). Inclusive, a economia comportamental defende que o efeito dotação[9] presente nas interações entre as partes é tão evidente a ponto de alterar as previsões feitas pelo Teorema de Coase em relação à eficiência das trocas privadas no mercado (KOROBKIN, 2014, p. 329). Essas fricções naturais reforçam, ainda mais, a importância do direito concorrencial para garantir o equilíbrio.

Por causa dos citados efeitos, não é possível calcular o poder de mercado de um lado sem considerar os impactos da interação do outro lado (HOVENKAMP, 2021a, p. 1958).

---

[7] O poder de alavancagem é quando uma empresa utiliza seu domínio consolidado em um ramo de atividade para estabelecer dominância em outra; poder de exploração de dados pessoais é visualizado quando uma empresa coleta diversos dados e os utiliza para exercer melhorias em seu sistema, projetar inovações ou realizar previsões mercadológicas (em tese, quanto mais dados, melhores seriam os resultados); e poder de comunicação é referente a capacidade das plataformas de influenciar as pessoas por meio de sutis estratégias empregadas no algoritmo do sistema. Os dois primeiros serão aprofundados posteriormente neste trabalho, o último citado, não. Para aprofundamento em poderes de comunicação, ver: *The Attention Merchants*: the epic scramble to get inside our heads e *The Master Switch*: The Rise and Fall of Information Empires, ambos por Tim Wu.

[8] "[…] old wine in new bottles"

[9] Efeito dotação é um viés presente na percepção dos sujeitos ao atribuir mais valor aos bens ou direitos detidos por ele próprio do que àqueles em posse de outrem (KOROBKIN, 2014, p. 301).

Vejamos, se a Uber decidir expandir escala, ela poderia reduzir suas taxas para adquirir mais usuários – isso causaria desequilíbrio aos efeitos de redes já demonstrados – ou ela poderia expandir seus serviços para o segmento de *delivery*. Não só poderia, como fez. Constituiu a UberEats, que utiliza a mesma tecnologia, sistema e motorista da Uber tradicional (HOVENKAMP, 2021b, p. 15). Como resultado dessa estratégia, tem-se o aumento de usuários e a manutenção dos custos, sem repelir os motoristas.

Isso é ruim? Depende. Para citar Hovenkamp (2021c, tradução nossa) mais uma vez, "Como identificar monopólio se o negócio de uma empresa envolve um grande número de serviços não concorrentes [...]?"[10]. Essa estratégia aumenta o poder econômico, que, por si só, não é prejudicial. No entanto, chama atenção técnicas antigamente tidas como "inócuas". Frazão e Santos (2020, p. 65) denominam esse evento como "onda de integrações verticais"[11]. As empresas utilizam o domínio já consolidado em uma linha de atividade (Uber – transporte) para estabelecer dominância em outra adjacente (UberEats - *delivery*) ou utilizam de uma linha de atividade para prejudicar os rivais de outra - exclusão de concorrente.

As integrações horizontais impactam diretamente no *market share* da empresa, as integrações verticais não (KAHN, 2017, p. 734). Isso não significa que o poder de mercado da empresa não esteja crescendo a cada operação[12]. Essa junção de diversas atividades diferentes e não competitivas entre si se denomina de *cluster markets*. Consiste em aproveitar a estrutura física ou virtual existente para melhorar qualidade, diminuir custos ou atrair mais consumidores (HOVENKAMP, 2021b, p. 4-6).

Assim, analisar cada mercado separadamente não é possível considerar uma posição dominante à empresa, mas ao observar o quadro todo, o escopo de atuação torna-se tão grande que a empresa é capaz de influenciar diretamente no funcionamento de preços do mercado – a Amazon é o exemplo clássico de conglomerado que, entre 2008 a 2018, realizou mais de 60 aquisições nos mais diferenciados ramos, como a Whole Foods Market (rede de supermercado), em 2017, e a Zappos (varejista online de calçados e vestuário), em 2009 (ARGENTESI et al, 2019, p. 17).

---

[10] "How do you identify monopoly if a firm's business involves a large number of non-competing services […]?"

[11] Concentrações horizontais consistem no agrupamento de empresas que são rivais diretas, atuando no mesmo mercado de produto ou serviço. Dessa operação decorre uma sobreposição de atividades. Outra possibilidade de concentração seria na modalidade vertical, na qual o agente incorpora para si uma das etapas produtivas do seu *core business*. Nesse caso as empresas não são rivais diretas, como, por exemplo, uma fabricante de carros que compra uma empresa produtora de pneus.

[12] Destaca-se que estes conceitos não se confundem, "A delimitação do mercado continua a ser essencial na avaliação do poder de mercado, mesmo que o *market share* não seja utilizado. Os tribunais reconhecem que "uma participação de mercado muito grande não estabelece poder de mercado" por si só porque a durabilidade do controle sobre o preço é crucial". (WERDEN, 2012, p. 3, tradução nossa)

Para ser classificado como tal, devem ser identificados dois quesitos fundamentais no aproveitamento de estruturas: (i) percepção de vantagens pela utilização da estrutura; e (ii) aumento da dificuldade competitiva (HOVENKAMP, 2021b, p. 5). O primeiro diz respeito a forma direta que a empresa se beneficia dessa estrutura, seja pela percepção de vantagens por parte dos usuários, que abrem mão, inconscientemente ou não, de alternar entre plataformas (*multi-homing*) para se fidelizar a somente uma, ou pela economia nos custos operacionais, ao utilizar de uma estrutura pré-existente para fornecer dois ou mais serviços distintos.

O segundo é relacionado aos efeitos concorrenciais da estratégia. Assim, não basta agrupar atividade, essa ação deve impactar diretamente na concorrência, caso contrário seria anticoncorrencial um mercado vender itens de decoração, por exemplo. Hovenkamp (2021b, p. 7) explica que a organização estrutural deve impactar na redução de custos à empresa (custos operacionais) ou ao consumidor (*switching costs*) a ponto de tornar inviável a competição.

É importante destacar que, conglomerados não são proibidos ou ilegais, eles tão somente impactam no poder de mercado do agente econômico, exigindo que as autoridades antitruste flexibilizem as fronteiras do mercado relevante para obter resultados assertivos ao examinar atos de concentração ou julgar condutas anticompetitivas.

A partir do agrupamento de recursos digitais, as plataformas são capazes de coletar grandes quantidades de dados e utilizá-los para induzir comportamentos aos consumidores, conhecidos vieses comportamentais, "para solidificar sua posição dominante" (BRASIL, 2020, p. 31). A exploração dessas vulnerabilidades cognitivas pode ser realizada por meio de estabelecimento de cláusulas padrões[13] ou gratificações a curto prazo, na forma de pontos ou créditos financeiros (BRASIL, 2020, p. 33).

Por outro lado, Lerner (2014, p. 6) argumenta que a história da *internet* é repleta de casos de plataformas dominantes que foram desbancadas por novos *players.* Para o autor, o mercado digital é marcado pela inovação e mudanças tecnológicas, assim qualquer posição dominante seria meramente passageira.

Um estudo jurisprudencial, utilizando a terminologia "plataformas digitais", foi realizado na base de processos do CADE, e após análise de vinte atos de concentração, verificou-se que todos eles foram aprovados sem qualquer restrição (KIRA; COUTINHO,

[13] De acordo com esse estudo, o CADE constatou que o retorno pelo uso de estratégias que explorassem os vieses comportamentais dos consumidores é altamente positivo às empresas, citando, como exemplo, o caso da Google que paga bilhões de dólares por ano para ser o sistema de busca padrão nos aparelhos da Apple. Por conta disto, o *market share* da Google em buscas por meio de mobiles (97%) é maior do que de desktops (86%).

2021, p. 105). Dentre os casos analisados constavam a aquisição do Linkedin pela Microsoft, da NS2 pela Magazine Luiza, da Vevo pela Google, entre outros.

O referido estudo concluiu que, muito embora as autoridades tenham se atentado para as particularidades dos agentes no mercado em questão (digital), inclusive indagando se a teoria vigente seria o ferramental adequado para análise de tais atos, as métricas adotadas para decisão final foram pautadas nos parâmetros tradicionais de concentração de mercados físicos (KIRA; COUTINHO, 2021, p. 97-98).

Antes mesmo de utilizar teorias modernas para verificação das condutas ou atos nos processos concorrenciais, também importantes, faz-se necessário delimitar corretamente o mercado relevante, que constitui a primeira etapa para qualquer processo concorrencial. A demarcação incorreta pode acarretar em resultados "falsos-negativos" ou "falsos-positivos" independente de quão precisamente sejam analisados os atos posteriores.

5. AS FRONTEIRAS MENOS RÍGIDAS ENTRE MERCADOS DISTINTOS

No processo concorrencial, o preço é um parâmetro muito utilizado para fins antitruste. Como ele é possível definir o valor social de algum bem e os possíveis impactos no bem-estar da sociedade (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 43), tratando-se, assim, de uma métrica fácil de trabalhar e apurar. No ambiente digital esse parâmetro pode, por vezes, obscurecer a análise, a depender da estratégia de preços do agente. É possível que uma plataforma de *streaming* que forneça serviços a um preço inferior com presença de anúncios na plataforma, e outra plataforma de *streaming* a um preço mais elevado, sem anúncios.

No entanto, não há nada que obste a utilização de outros parâmetros para além do preço ou até em complemento a ele. A presença de múltiplos lados e a prática de preços zero dificultam a análise de receitas e não reflete todas as vantagens realmente auferidas pela plataforma, isso porque o "[...] benefício social da plataforma simplesmente não é visível nos preços"[14], afirma o relatório de Competition Policy For The Digital Era da União Europeia, elaborado por Crémer, Montjoye e Schweitzer (2019, p. 43).

A necessidade de considerarmos novos parâmetros advém da interação entre a (i) ausência de base fungível para análise objetiva (NEWMAN, 2015, p. 179) e (ii) fornecimento de serviços gratuitos, serviços gratuitos e complementares pagos (versões *free* e *premium*) (SAITO, 2016, p. 127) ou, ainda, serviços com diferentes valores imputados para cada lado da demanda. Neste caso, se delimitarmos o mercado com base no valor, seriam desconsiderados

[14] "[…] the social benefit of the platform is simply not visible from the prices."

totalmente os serviços gratuitos, por outro lado, se considerarmos o volume e não somente o preço, estaríamos desconsiderando a diferença de qualidade entre os dois serviços ou a fonte de pagamento - diferentes agentes (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 43).

A partir dessa particularidade, surge a necessidade de ampliarmos as perspectivas de análise. Inicialmente, é importante definir qual lado da plataforma será examinado. Denota-se relevante importância para essa distinção, pois, apurações de mercado apontam que o Facebook detém 60% do mercado de mídias sociais, mas somente 22% do mercado de publicidade digital (HOVENKAMP, 2021a, p. 1963). Acerca desta característica, a Comissão Europeia já analisou o caso Facebook/WhatsApp sob essa perspectiva, considerando a plataforma como prestadora de serviços de comunicação e rede social de um lado, e do outro, como publicidade *online* (GRAEF, 2015, p. 491).

Ademais, a organização atual da economia digital confere aos dados importante papel na dinâmica das plataformas. Os agentes precisam de uma ampla base de usuários para coletar dados, que após são revendidos a serviços publicitários rentáveis. Com essa receita é possível investir em ferramentas para obter popularidade e atrair mais usuários e mais receita. Denomina-se esse fenômeno de "loop do feedback" (LERNER, 2014, p. 3). A respeito de tal relevância, alguns doutrinadores[15] defendem que a coleta de dados dos usuários pelas empresas, por si só, já configura (i) redução de qualidade e (ii) aumento dos preços não monetários, elementos que justificariam a intervenção antitruste.

Assim, levanta-se a possibilidade de mensurar o mercado relevante também em consideração à quantidade de dados processados. A dificuldade dessa consideração, contudo, paira na qualidade essencialmente abstrata dos dados. Dados coletados precisam passar por um adequado processamento para que seja possível extrair informações úteis, nesse sentido "a aferição da capacidade de processamento de um agente econômico e o seu valor é um parâmetro qualitativo e de difícil delimitação" (FRAZÃO; SANTOS, 2020, p. 72).

Ainda em relação a essa questão, a Comissão Europeia definiu que a "[...] lei de concorrência só permite a definição de um mercado de dados caso a informação seja efetivamente negociada" (GRAEF, 2015, p. 490, tradução nossa)[16]. Acerca disto Graef (2015, p. 490) elucida que se não houver transação econômica envolvendo efetivamente a questão dos

---

[15] Kira e Coutinho defendem esse argumento no trabalho *Ajustando as lente*s: novas teorias do dano para plataformas digitais (2021), Ana Frazão e Luiza Santos também argumentam neste sentido em *Plataformas digitais e o negócio de dados*: necessário diálogo entre o direito concorrência e a regulação de dados (2020) e o documento elaborado pelo CADE também dedica um capítulo sobre efeitos não-preço e privacidade nas páginas 40 a 50 (*Concorrência em mercados digitais*: uma revisão dos relatórios especializados, 2020).

[16] "Current competition law standards only allow for the definition of a market for data in case the information is actually traded."

dados entre agentes (plataforma, usuários ou terceiros), não é possível considerá-los para fins de definição do mercado. A atual concepção econômica considera o ato de coletar dados como um "[...] efeito colateral ou um subproduto do uso dessas plataformas, em vez de um fornecimento de um produto pelos usuários em troca de poder empregar funcionalidades de pesquisa ou redes sociais" (GRAEF, 2015, p. 490, tradução nossa)[17].

Isso não quer dizer que os dados não constituem elementos importantes na análise de condutas anticompetitivas ou na definição de poder de mercado. E mais, considerando as atuais práticas de apuração do mercado relevante por todos os lados envolvidos (usuários e fornecedores), o percentual atribuído à publicidade *online* tem ligação direta com a quantidade de dados detidos pela plataforma, contudo, para fins específicos de demarcação do mercado relevante, não é possível considerar dados de forma específica.

A análise também passa pela verificação da possibilidade de substitutibilidade do produto ou serviço ou o grau de elasticidade cruzada de preços. Nesse sentido é importante ressaltar a diferença entre uma classificação meramente doutrinária e a percepção do consumidor. Embora os produtos possam ser similares, isto é, classificados como homogêneos, a percepção do consumidor pode atribuir características heterogêneas a eles (SAITO, 2016, p. 125), ao considerarem elementos de caráter subjetivo no processo de avaliação, tais como, qualidade da plataforma, histórico consolidado, reputação construída em rede, adaptabilidade, atendimento ou serviços complementares em geral.

O relatório da Comissão Europeia denomina isso de ecossistema digital e as estratégias de *lock-in* empregadas pelas plataformas (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 47-48). Esse fenômeno decorre do exponencial implemento de funcionalidades nas plataformas para fidelizar o usuário, justamente pelo fato de que em ambientes digitais a especialização do mercado é reduzida (SAITO, 2016, p. 141). Nichos altamente especializados são dificilmente substituíveis, em comparação com nichos genéricos que adereçam a um público médio (EVANS, 2013, p. 32).

No entanto, como as plataformas digitais podem customizar seu *display* conforme o comportamento verificado pela exploração de dados, isso contribui para neutralizar o efeito da generalização. Um fornecedor de fertilizantes e adubo, por exemplo, vincularia propaganda do seu produto a uma revista de casa e jardim ou agrícola, mas na *internet*, é possível vincular em qualquer plataforma e encarregar o algoritmo de direcionar o anúncio conforme a relevância

---

17 "[...] the provision of data seems to be a side effect or a by-product of the use of these platforms rather than a supply of a product by users in exchange for being able to employ search or social networking functionalities."

verificada (SAITO, 2016, p. 141-142). No lado dos usuários, diversas funcionalidades são disponibilizadas na plataforma com a finalidade de aumentar o escopo de atuação. Assim, as plataformas não estão se tornando mais específicas, estão se tornando mais amplas. Essa é uma forma de mitigar o alto grau de substitutibilidade dos serviços prestados.

Para melhor compreender a questão de substitutibilidade no mercado digital, Evans (2013, p. 6-10) analisou 50 empresas dominantes de mercado entre o período de 2002 a 2012, utilizando como métrica o tempo despendido em cada uma delas. Das empresas listadas no *ranking* "Top U.S. 50" em 2002, somente 46% das empresas dominantes (ou seja, 23) ainda estava nessa lista em 2007 e somente 26% (ou seja, 13) ainda estavam em 2012.

Todas essas questões apontam a dificuldade em aplicar métricas fixas e matemáticas à delimitação de mercado relevante em economias de plataforma multifacetadas. Essa complexidade enseja a necessidade de flexibilizarmos as fronteiras do mercado em razão (i) das particularidades dos agentes e (ii) das particularidades das estratégias empregas no ambiente digital. Ainda com essas ponderações, a Comissão Europeia entende que "No mundo digital, é inserto se podemos identificar mercados bem definidos" (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 46, tradução nossa)[18].

Por estas e outras razões, Ana Frazão (2021, informação verbal) ressalta que, visando obter exame antitruste assertivo e seguro tanto em relação aos agentes econômicos envolvidos, quanto para os consumidores, o direito concorrencial do século XXI deve ampliar a lente de perspectivas da regulação, não restringir[19].

6. AMPLIANDO AS PERSPECTIVAS: COMPETITIVIDADE FOCADA EM ATENÇÃO E INFORMAÇÃO

Em um mercado regional com quatro postos de gasolina, por exemplo, em um raio de cinco quilômetros, todos eles concorrendo em condições similares, o escopo da disputa no mercado será por um propósito: a escolha do consumidor (HOVENKAMP, 2021b, p. 3). Ele não precisa dos quatro, precisa de somente um. Assim, é neste equilíbrio que os concorrentes lançam mão das melhores estratégias comercias para conquistar a escolha.

No caso de plataformas digitais, essa concepção altera sutilmente, visto que a própria essência das plataformas consiste em aproximar os dois lados da demanda de forma eficiente, fazendo isso com base em algoritmos que conhecem muito sobre o usuário. Estudos

---

18 "In the digital world, it is less clear that we can identify well-defined markets."

19 Entrevista realizada no WIA Podcast episódio 1: Antitruste para o Século XXI. Entrevistada: Ana Frazão. Entrevistadoras: Luísa Faria e Thaiane Abreu. WIA Podcast, Spotify, 11 feb. 2021.

recentes apontam que 150 “curtidas” são suficientes para que o algoritmo saiba mais sobre o comportamento do usuário que seu o próprio companheiro (FRAZÃO, 2019, p. 186). Com todo esse conhecimento, é possível deduzir que o processo de escolha deixa de ser “inteiramente” do usuário e passa a ser do sistema.

Ao analisar esse arranjo, a Comissão Europeia entendeu que estamos lidando, basicamente, com um mercado de correspondência (*matching markets*) (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 46). Se a escolha é feita pelo cruzamento de informações otimizadas no espaço digital de *Big Data*, o que resta, então, é a disputa pela atenção do usuário. É claro que a disputa pela atenção sempre existiu, ela precede a escolha, mas é possível visualizar aqui uma sutil, porém significativa, mudança no escopo. Até porque, o algoritmo é capaz de fazer escolhas excelentes por nós a todo tempo, sugerindo rotas, músicas, filmes, restaurantes, etc.

Evans (2013, p. 2) propõe a ideia de disputa por atenção, ao introduzir o conceito de atenção como tempo dispendido pelos usuários acessando as plataformas. Nesta proposta, os motores de buscas, redes sociais, plataformas de comércio seriam meros meios de obter atenção, para obter dados e, finalmente, obter receita por publicidade. Se os serviços são, na verdade, ferramentas, “isso resulta em considerar a busca por atenção como constante em muitos mercados estreitando a base de produtos e serviços – incluindo publicidade - como semelhantes” (EVANS, 2013, p. 2, tradução nossa)[20].

Nesse mesmo sentido, Newman (2015, p. 165) aponta a prática do preço zero como principal responsável por essa estrutura, ao disponibilizar serviços “sem custos” aos usuários, mas cobrar deles informação (dados) e atenção. A partir dessa proposição, a atenção passa a ser o produto das plataformas, pois é a partir da revenda da atenção para outros agentes – publicidade – que a verdadeira receita dos agentes digitais provém.

Isso explica muito sobre as estratégias utilizadas pelos agentes no mercado digital: aquisições estratégicas, expansão de funcionalidades e formações de *cluster markets,* com o propósito de reduzir o alto grau de substitutibilidade e coletar dados, permitindo previsões mais acuradas e indução do comportamento dos usuários.

Newman defende que dados e atenção formam elementos possíveis de efetivas trocas por serviços, e que isso constitui uma relação de mercado no qual o custo passa a ser não-monetário. “As transações possibilitadas pela troca de atenção e informações permitem

[20] “That results from viewing attention seeking as consisting of many markets drawn narrowly based on products and services — including advertising formats—as similar.”

ganhos econômicos com o comércio" (NEWMAN, 2015, p. 173, tradução nossa)[21], concluindo ainda que os mercados marcados por práticas de preço zero apresentam um excelente ambiente para desenvolvimento e fomento do poder de mercado – que é precisamente a disfunção de mercado que o antitruste pretende corrigir.

Podemos compreender, então, que o problema não é a prática do preço-zero, inclusive estudos aponta que os usuários entendem essa relação como economicamente benéfica[22] (NEWMAN, 2015, p. 167), o problema surge ao delimitar erroneamente o mercado digital ou considerar de forma equivocada os verdadeiros produtos das plataformas, permitido, assim, atos de concentrações ou condutas potencialmente anticompetitivas.

Por meio de uma analogia com propagandas em rádios, Newman (2015, p. 175) verificou a tendência dos ouvintes de alterar a estação quando as emissoras passam a vincular muitos anúncios. Esse movimento sugere que os usuários migrarão de plataforma, sempre que possível, se identificarem altos custos de atenção, porém essa capacidade é mitigada em ambientes extremamente concentrados ou quando houver altos custos de troca (*switching costs)*, assim "reduzir o número de concorrentes no mercado limita a capacidade dos consumidores de fazê-lo" (NEWMAN, 2015, p. 175, tradução nossa)[23].

Considerando que, estamos diante de *matching markets,* capazes de realizar correspondências de vontade satisfatórias para os usuários – impactando diretamente no quesito escolha - e os preços são zero – impactando diretamente no quesito custo -, a atenção e os dados realmente performam como protagonistas no cenário digital. Se admitirmos esse aspecto na definição do mercado relevante, poderíamos considerar que a plataforma Facebook (interação social) compete, de certa forma, com a plataforma Pinterest (exposição e gerenciamento de imagens), muito embora seus serviços sejam diferentes. Isso decorre do fato de que ambas prestam serviços no ambiente digital a custo zero para usuários, constituindo receita basicamente de anúncios baseados em comportamento e preferências.

Como demonstrado por Evans (2013, p. 6-10) no estudo sobre atenção nas plataformas digitais, as posições de dominância alteraram entre si de forma rápida, no entanto, a entrada e saída de um novo agente digital no "Top 50" não significava a entrada e saída de um novo *produto* ou *serviço*, pois as características se mantinham as mesmas: *matching markets*

---

21 "The transactions made possible by the exchange of attention and information allow economic gains from trade."

22 Evidente que os usuários não estão cientes de todas as implicações do fornecimento de seus dados ao realizar tal afirmação pura e simplesmente, mas é importante considerar como uma percepção válida para fins de análise.

23 "Reducing the number of competitors in the market limits customers' ability to do so."

a preço zero. Nesse sentido, a título de exemplificação, o surgimento de automóveis anos atrás impactou diretamente na venda das outras formas de deslocamento, mas "isso dificilmente mostra que carros e carruagens puxadas por cavalos devam ser tratados como o mesmo mercado de produto" (NEWMAN, 2015, p. 176, tradução nossa)[24].

Isso pode nos ajudar a conceber a questão do mercado relevante de uma forma diferente, muito embora as ferramentas digitais sejam distintas, o produto de fato é o mesmo, a atenção dos usuários. Com base nessa acepção, Newman considera equivocado tratar todos os agentes do mercado digital a preço zero como um único mercado, visto que existem evidentes diferenciações (NEWMAN, 2015, p. 176). Para tanto, propõe que aspectos como atenção e dados sejam considerados na delimitação do mercado relevante. Como demonstrado, dados não aceitos como elementos diretos, mas a concentração de dados influencia diretamente na concentração de atenção e também podem ser utilizados para avaliação de outros aspectos do exame, como redução de qualidade (KIRA; COUTINHO, 2021, p. 88-89).

Nessa mesma direção, Graef propõe que a ampliação do mercado relevante para considerar "uma forma de concorrência potencial em que os provedores de plataformas online também competem em um mercado de dados que podem ser implantados para melhorar a qualidade e a relevância de seus serviços" (GRAEF, 2015, p. 492, tradução nossa)[25]. A Comissão Europeia, por outro lado, sugere conferir mais ênfase à identificação futura de possíveis condutas anticompetitivas e às teorias do dano, do que na delimitação do mercado relevante em si (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019, p. 46).

Essas evidências sugerem que compreender o mercado relevante "[...] olhando apenas para a substituição funcional entre os produtos" (EVANS, 2013, p. 43, tradução nossa)[26] pode levar a "falsos-negativos" que reduzem o grau de competitividade do setor. No entanto, considerar todos os agentes digitais como integrantes do mesmo mercado poderia levar a "falsos-positivos". Assim, o exame do mercado deveria partir de uma abordagem conjunta entre parâmetro tradicionais e específicos, inerentes às dinâmicas flexíveis do ambiente digital, tais como, competição por atenção (tempo dos usuários), custos de informação (coleta de dados), grau de substitutibilidade e avaliação dos *switching costs* (adaptabilidade, histórico digital, "reputação" digital, etc).

---

24 "but that hardly shows that cars and horse-drawn carriages should be treated as the same product market."

25 "[…] a form of potential competition into consideration whereby online platform providers also compete in a market for data that can be deployed for improving the quality and relevance of their services."

26 "[…] by looking purely at functional substitution among products."

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo procurou demonstrar como a delimitação do mercado relevante é importante para a análise antitruste e a dificuldade de fazê-la nos mercados digitais. O estudo partiu da compreensão da flexibilização das fronteiras dos mercados distintos decorrente da implementação de estratégias para mitigação do alto grau de substitutibilidade no ambiente digital.

A revisão literária que embasou o presente trabalho identificou como principais estratégias de redução destes efeitos a (i) diversificação e expansão de serviços oferecidos na mesma plataforma e (ii) imposição de altos custos de mudança - *switching costs* – com a finalidade de fidelizar o usuário. Tudo isso com o propósito de reter a atenção do usuário e coletar seus dados, para, então, revendê-los a outros agentes e obter receita a partir da operação.

Ao realizar o cruzamento de informações otimizadas por meio *Big Data*, o espaço digital é capaz de realizar correspondências excelentes de escolha, restando, assim, a disputa entre as plataformas por atenção e dados. Partindo da premissa que as plataformas de serviços "gratuitos" em geral são, na verdade, meios para obter seu real produto, atenção e dados, é possível estreitar as atividades econômicas no ambiente digital. Assim, o trabalho propõe uma abordagem alternativa e complementar para considerar, também, a competitividade baseada em atenção e dados, numa tentativa de apontar métricas menos abstratas para tratar dos mercados digitais, especialmente nos casos em que os agentes fornecem serviços a preço zero.

A dificuldade desta abordagem paira no grau de relevância que se deve atribuir aos dados e à estimativa de tempo *online* em plataformas em relação às demais questões analisadas ao delimitar o mercado, como pluralidade de agentes no mercado, qualidade do serviço, preços monetários e não-monetários, evidências de poder de mercado, identificação de estratégias anticompetitivas e avaliação de *switching costs.* Isso porque, considerar o mercado digital como único, sem analisar aspectos específicos, pode levar a "falsos-positivos" que são tão prejudiciais ao mercado como "falsos-negativos".

Ainda, a presente proposta não se apresenta como solução eficaz para o caso de aquisições de pequenas empresas com alto potencial inovativo por grandes agentes, visando aniquilar a concorrência futura ou uma inovação indesejada (*killer acquisitions).* Muitas vezes nem mesmo a empresa incorporada sabe do seu próprio potencial, que somente é possível apurar por meio de uma grande quantidade de dados. Assim, faz-se necessário desenvolver teorias mais práticas para auxiliar as autoridades antitruste na previsão dos possíveis cenários digitais.

O processo de desenvolvimento e inovação na sociedade decorre de conceder os certos incentivos aos mercados, assim, não podemos olhar para o mundo digital de forma muito ampla, nem muito restrita, e, sim, diferente, tal como ele é.

8. REFERÊNCIAS

ARGENTESI, Elena; BUCCIROSSI, Paolo; CALVANO, Emilio; DUSO, Tomaso; MARRAZZO, Alessia; NAVA, Salvatore. *Merger Policy in Digital Markets:* An Ex-Post Assessment. DIW Berlin, German Institute for Economic Research. Berlim, 2019. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=3507256. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Concorrência em mercados digitais*: uma revisão dos relatórios especializados. Documento de Trabalho nº 005, 2020. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf. Acesso em: 09 ago. 2022.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy For The Digital*. Research Report European Commission, Directorate-General for Competition, European Commission, 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf. Acesso em: 12 ago. 2022.

EVANS, David S. *Attention to Rivalry among Online Platforms and Its Implications for Antitrust Analysis*. Coase-Sandor Institute for Law & Economics Working Paper No. 627, 2013. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/68/. Acesso em: 12 jul. 2022.

EVANS, David S. Lightening Up Market Definition. *Research Handbook on the Economics of Antitrust Law*, ed. Einer Elhauge. New York: Edward Elgar, 2010. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1599270. Acesso em: 09 ago. 2022.

EVANS, David S., Attention Rivalry Among Online Platforms. *Journal of Competition Law & Economics*, University of Chicago, nº 627, 2013. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2195340. Acesso em: 12 ago. 2022.

EVANS, David S.; MARISCAL, Elisa V. *Market Definition Analysis in Latin America with Applications to Internet-Based Industries*. SSRN, 2013. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2285400. Acesso em: 07 ago. 2022.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Business. *National Bureau of Economic Research,* JEL, 2013. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w18783/w18783.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2021.

FRAZÃO, Ana. *Big Data,* Plataformas Digitais e Principais Impactos sobre o Direito da Concorrência. *Empresa, Mercado e Tecnologia*. Coord.: Ana Frazão e Angelo Gamba Prata de Carvalho. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

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

FRAZÃO, Ana. SANTOS, Luiza M. S. Belo. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito concorrência e a regulação de dados. *Revista de Direito Público*, vol. 17, n. 93, 2020. Disponível em: https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695. Acesso em: 12 jul. 2022.

GRAEF, Inge. Market Definition and Market Power in Data: the case of online platforms. *World Competition: Law and Economics Review*, v. 38, nº 4, 2015. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2657732 Acesso em: 12 ago. 2022.

GREENFIELD, Kent. The End of Contractarianism?: Behavioral Economics and the Law of Corporations. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Ed. Eyal Zamir e Doron Teichman, Oxford University Press, 2014. Disponível em: https://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780199945474.001.0001/oxfordhb-9780199945474-e-020. Acesso em 14 jul. 2022.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and Plataform Monopoly. *The Yale Law Journal*, v. 130, nº 8, 2021. Disponível em: https://www.yalelawjournal.org/article/antitrust-and-platform-monopoly. Acesso em: 12 jul. 2022.

HOVENKAMP, Herbert. Digital Cluster Markets. *Pennsylvania Carey Law School: Legal Scholarship Repository*. 2021. Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3302&context=faculty_scholarship. Acesso em: 20 jul. 2022.

HOVENKAMP, Herbert. Identifying the Market In the Facebook Antitrust Case. *Promarket*, Chicaco Booth, 2021. Disponível em: https://www.promarket.org/2021/04/27/cluster-market-ftc-facebook-antitrust-case/. Acesso em: 07 ago. 2022.

KAHN, Lina. Amazons Antitrust Paradox. *Yale Law Journal*, 2017, vol. 126.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. *Revista de Defesa da Concorrência, Brasília*, v. 9, n. 1, 2021. Disponível em: https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia/article/view/734. Acesso em: 4 jul. 2022.

KOROBKIN, Russell. Wrestling with the Endowment Effect, or How to Do Law and Economics Without the Coase Theorem. *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Ed. Eyal Zamir e Doron Teichman, Oxford University Press, 2014. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2289574. Acesso em 14 jul. 2022.

LERNER, Andres V. *The Role of 'Big Data' in Online Platform Competition*. SSRN Electronic Journal, 2014. Disponível em: https://awa2015.concurrences.com/IMG/pdf/big.pdf. Acesso em: 11 jul. 2022.

NEWMAN, John. *Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations*. University of Pennsylvania Law Review, v. 164, nº 151, 2015. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2474874. Acesso em: 12 ago. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT – OECD. *Quality considerations in digital zero-price markets.* OECD, 2018. Disponível em: https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)14/en/pdf. Acesso em 13 jul. 2022.

PARKER, Geoffrey G. VAN ALSTYNE, Marshall W., CHOUDARY, Sangeet Paul. *Plataforma*: a revolução da estratégia. Trad. Bruno Alexander e Lizandra M. Almeida. Rio de Janeiro: Alta Books, 2018.

SAITO, Leandro. *Antitruste e novos negócios na Internet.* Condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico? Universidade de São Paulo – USP, 2016, p, 15. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22072016-130405/pt-br.php>. Acesso em: 04 jul. 2022.

SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. *Information Rules:* a strategic guide to the network economy. Cambridge: Harvard Business School Press, 1999.

STUCKE, Maurice E.; GRUNE, Allen P. *Big Data and Competition Policy*. Oxford University Press, 2016. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2849074. Acesso em: 12 jul. 2022.

WERDEN, Gregory J. *Why (Ever) Define Markets?* An Answer to Professor Kaplow. SSRN, 2012. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2004655. Acesso em: 07 ago. 2022.

WIA Podcast 1: *Antitruste para o Século XXI*. Entrevistada: Ana Frazão. Entrevistadoras: Luísa Faria e Thaiane Abreu. WIA Podcast, Spotify, 11 feb. 2021. Disponível em: https://open.spotify.com/episode/13DfatOeX0srjWDNup4owg?si=6EUISLWhTB2CGhkg4QGX7w&nd=1. Acesso em: 11 ago. 2022.

WU, Tim. *The Attention Merchants*: the epic scramble to get inside our heads. Nova Iorque: Knopf, 2016.