

A DELIMITAÇÃO DO MERCADO RELEVANTE NA COMPETIÇÃO POR PREÇO ZERO

Isabella Triebess¹

Oksandro Gonçalves²

Resumo: O artigo investiga as dinâmicas das relações nos mercados digitais para propor adaptações ao método de delimitação do mercado relevante. Partindo da compreensão da multilateralidade das plataformas digitais, observou-se a presença de efeitos de rede cruzados, destacando a necessidade de considerar os vários lados das relações antes da delimitação do mercado. Isso decorre da impossibilidade de captar certos efeitos quando a observação for linear. É necessário atentar à distribuição de ônus e benefícios dentro da estrutura da plataforma a fim de verificar situações de *hold up* ou cobranças excessivas. A delimitação por mercados múltiplos é, então, uma alternativa que segrega as atividades digitais em diferentes mercados para, posteriormente, investigar a interdependência entre eles. Além disso, é possível delimitar o mercado com base no valor da inovação quando o caso envolver grandes conglomerados em que a clara distinção do mercado é comprometida pelas diferentes fontes de poder. Nestes casos, indica-se distinguir a inovação entre incrementais ou diferenciadas. Na etapa subsequente, o tradicional teste SSNIP, foram analisadas propostas que visam adaptar a identificação de aumentos hipotéticos de cobrança, considerando custos de atenção e coleta de dados pessoais. A pesquisa utilizou o método dedutivo e revisão bibliográfica nacional e internacional

¹ Mestre em Direito Econômico na Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada.

² Professor titular da PUC-PR nos cursos de Graduação e Pós-Graduação. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor pela PUC-SP. Mestre pela PUC-PR. Advogado.

para compilar tais alternativas.

Palavras-Chave: Antitruste; mercados digitais; mercado relevante; competição por atenção e dados; teste SSNIP.

Abstract: The article investigated the dynamics of relationships in digital markets in order to propose adaptations to the relevant market delimitation method. Based on an understanding of the multilateral nature of digital platforms, the presence of cross-network effects was observed, highlighting the need to consider the various sides of relationships before delimiting the market. This stems from the impossibility of capturing certain effects when the observation is linear. It is necessary to pay attention to the distribution of burdens and benefits within the platform structure in order to check for situations of hold-up or excessive charges. The delimitation by multiple markets is then an alternative that segregates the activities typed into different markets and then investigates the interdependence between them. In addition, it is possible to delimit the market based on the value of the innovation when the case involves large conglomerates in which the clear distinction of the market is compromised by the different sources of power. In these cases, it is advisable to distinguish between incremental and differentiated innovations. In the subsequent stage, the traditional SSNIP test, proposals were analyzed which aim to adapt the identification of hypothetical increases in charges, taking into account the costs of attention and personal data collection. The research used the deductive method and a national and international literature review to compile these alternatives.

Keywords: antitrust; digital markets; relevant market; competition for attention and data; SSNIP test.

Sumário: 1. Introdução; 2. Definindo Mercado Relevante; 3.

Mercados digitais e os efeitos cruzados; 4. Métodos de delimitação envolvendo plataformas multilaterais; 5. O poder de mercado e o foco na inovação; 6. Ampliando as perspectivas: competitividade focada em atenção e dados; 7. Considerações finais; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO



mercados digitais são, em geral, mercados que operam pelo sistema de preço zero ou sistema de cobrança cruzada³. Diversas atividades são encontradas nestes moldes, como varejo, comunicações instantâneas, redes sociais, lojas de aplicativos, etc. Ainda que nem todas atividades sejam puramente digitais – *marketplaces*, por exemplo, intermediam negociações de bens físicos –, a operação utiliza o racional do sistema de preço zero típico de mercados digitais (integralmente ou em serviços adjacentes da plataforma principal, como no caso da Amazon, em serviços de *streaming*, armazenamento em nuvem ou sites de avaliações).

A aparente gratuidade dos serviços digitais pode, então, assumir várias formas: a) fornecimento de uma versão incipiente gratuita para cobrar a versão *premium* posterior – tal como LinkedIn Business, Adobe e Spotify; b) a oferta conjunta entre um serviço pago e outro não – a Microsoft comercializava seu sistema operacional juntamente com a versão gratuita do navegador; c) a gratuidade pode ser temporária para obter inserção de mercado – Amazon concedeu descontos e frete grátis por um longo tempo com objetivo de obter escala; e, por fim, d) tem-se a clássica permuta de serviços por dados e atenção, amplamente utilizado por redes sociais ou jornais gratuitos que buscam

³ Vale destacar que, por “Mercados Digitais”, quer-se referir a agentes que atuam por meio de estruturas digitais, certo que, cada mercado específico compreendido dentro deste grande gênero tem suas particularidades.

angariar a atenção para anúncios e dados para estratégias comerciais.

Essa lógica deriva de uma adaptação da antiga prática de comercialização de bens acessórios moldados para produtos principais que eram fornecidos a preços abaixo do custo. Com isso, visava-se, na verdade, cobrar mais pelos acessórios.

Além disto, a *internet* foi desenvolvida anos atrás a partir da ideia de livre acesso para difusão de informação. Ocorre que, com o desenvolvimento das tecnologias, muitas atividades econômicas passaram para o sistema virtual, a *internet* deixou de ser um espaço de simples interação e troca de conteúdo para se tornar *locus* econômico, inviabilizando a gratuidade generalizada no sentido literal. Para não romper com o elo firmado entre provedores e usuários, as plataformas passaram a vincular anúncios que subsidiavam a operação.

As plataformas fornecem os serviços digitais ao público, os usuários podem acessar tais serviços livres de cobranças monetárias, entregando, em contrapartida, seus dados, e os publicitários vinculam anúncios nos “espaços” digitais. A presença dos usuários chama atenção dos publicitários para dentro da plataforma e os dados são utilizados para direcionar os anúncios conforme as preferências identificadas.

O sistema confere claros benefícios aos usuários, uma vez que permite maior interação e troca de informação pela democratização do acesso, além de fomentar a disputa por qualidade já que o preço deixa de ser parâmetro principal para competição.

Entretanto, o preço possui papel importante na economia e no direito concorrencial. No primeiro, ele representa o elemento de comunicação entre as expectativas da oferta e da demanda, justamente pela formação a partir de uma série de tentativas e erros até atingir ponto de equilíbrio. Assim, a ausência de preços prejudica a comunicação entre as partes, ainda que aumente a quantidade de consumidores dentro da Curva de

Demanda.

No segundo, ele é utilizado como parâmetro de avaliação no importante teste antitruste conhecido por SSNIP (*small but significant and non-transitory increase in price*⁴). Aplica-se o teste para determinar se um aumento "pequeno, mas significativo no preço" seria capaz de gerar uma resposta migratória dos consumidores a outro produto ou serviço similar dentro do mesmo mercado relevante.

Assim, o sistema de preço zero apresenta um desafio considerável para a análise moderna. Se o preço é o denominador utilizado para medir o esforço da demanda para pagar menos e o esforço da oferta para receber mais, quando ele for inexistente, faz-se necessário medir a eficiência do mercado (análise econômica) e o grau de substitutibilidade (análise concorrencial) por métodos alternativos.

Focando especificamente no segundo problema, o presente artigo busca investigar alternativas para mensuração do mercado relevante diante da ausência de preço em mercados digitais. Para responder a problemática, o artigo parte inicialmente de uma breve compreensão da técnica tradicional de mensuração (seção 2), a fim de elucidar sua importância para a análise antitruste. Em seguida analisa as dinâmicas competitivas existentes nos mercados digitais, destacando a presença de efeitos cruzados (seção 3). Tal compreensão dos efeitos guiará a análise subsequente de possibilidades para adaptação do método em atenção à multilateralidade das plataformas (seção 4), onde serão elucidadas duas abordagens: (i) delimitação por mercado único e (ii) mercados múltiplos. Ainda, existe a questão da atuação conglomeral dos agentes digitais que dificulta a definição de mercado pelas fontes de poder dispersas em diferentes atividades. Assim, mesmo que o trabalho não tenha por objetivo analisar estruturas

⁴ Em português: pequeno, mas significativo aumento não transitório no preço. Este teste também é conhecido por teste do monopolista hipotético para avaliar a possibilidade de aumento de preços após a realização de uma operação de concentração.

conglomeradas, é dedicada uma seção ao tema da delimitação do mercado com foco na inovação (seção 5). Por fim, a última seção antes das considerações finais é dedicada à reflexão de pontos focais alternativos para mensuração de pressão competitiva dentro do mercado (seção 6).

A ausência de preços nas relações mudou o foco da disputa por melhores custos-benefícios para captação de atenção. Com isso, mercados digitais se tornaram, em grande parte, mercados de correspondência (*matching markets*), nos quais a tarefa da plataforma é aproximar o usuário dos seus desejos objetivando maior engajamento com anúncios ou mais tempo de atividade *online*. Tal movimento sugere que os serviços aparentes das plataformas (*core business*) são, na verdade, ferramentas para obter atenção e dados dos usuários.

Entretanto, nem todos os serviços são iguais. A variação decorre da própria atividade executada, da quantidade de lados que a plataforma conecta, sua importância dentre os usuários e a distribuição de cobranças. A partir disto, a delimitação do mercado relevante precisa incorporar parâmetros diferentes conforme a dinâmica efetivamente identificada.

De toda forma, quando um serviço reduz a qualidade sem reduzir proporcionalmente o preço, diz-se que este serviço aumentou o preço em relação à qualidade. Assim, como muitos serviços digitais são adquiridos através de “trocas”, é possível considerar o custo da contraprestação, seja pela captura de atenção ou pela coleta de dados, ou avaliar as mudanças na qualidade como um indicativo. As hipóteses são menos objetivas que a perspectiva fornecida pela avaliação em moeda, entretanto, o aperfeiçoamento é possível. Trata-se de técnica em fase incipiente, repetidas aplicações podem elevar o nível de precisão no futuro.

Existem até mesmo dúvidas quanto à manutenção da prática em mercados digitais. É, de fato, uma questão a ser refletida. Essa reflexão não desqualifica a pesquisa, pelo menos no atual

momento, uma vez que a delimitação ainda é importante e recorrente. Para constatar a relevância da prática, o termo “Relevant Market” foi consultado em dois processos de ampla repercussão concorrencial: a judicialização pela FTC do ato de concentração entre *Meta/Within* e o caso *Epic Games Inc. vs. Apple Inc* (ambos em cortes americanas), gerando 121 e 63 correspondências, respectivamente, somente na decisão final de cada processo. Resta assim a inegável atualidade da discussão que objetiva compreender e aprimorar a delimitação do mercado relevante em estruturas digitais, fazendo isto pelo método dedutivo e ampla revisão bibliográfica nacional e internacional.

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 verificação de pressão competitiva ou análise de condutas (FORGIONI, 2021, p. 220). A essência da demarcação é restringir a análise para simplificar e aperfeiçoar a verificação dos fatos.

O mapeamento do mercado busca compreender as dinâmicas da operação, em especial, em que medida os consumidores podem desviar de um produto ou serviços⁵ para outros similares (grau de substitutibilidade) (FRAZÃO, 2017, p. 139-140). Em outras palavras, consiste em definir a área efetiva de competição (WERDEN, 2012, p. 5).

Para isso, são verificadas as características dos produtos, se homogêneos (*commodities*, água, produtos de limpeza, etc.) ou heterogêneos (industrializados, tecnologias, equipamentos, etc.), e a elasticidade da demanda (essencialidade do produto e grau de substitutibilidade em razão do preço, qualidade e

⁵ Para evitar repetição, por vezes serão referenciados produtos e serviços simplesmente por “produtos” ou “produtos digitais”.

logística).

Quanto mais diversificado for o mercado, mais difícil tende a ser a análise, porque os consumidores podem possuir preferências específicas que dificultam a identificação das diferenças e semelhanças nos produtos. Em que medida uma bolsa pode ser considerada substituta para uma mochila, *nécessaire*, pasta executiva, sacola de pano, bolsa de mão, mala etc. Neste ponto, Werden (2012, p. 10-11, tradução nossa) explica que:

Um mercado restrito, confinado aos substitutos que a maioria dos consumidores considera como mais próximos, poderia omitir substitutos aos quais alguns consumidores recorreriam facilmente. Mas um mercado amplo, incluindo também esses substitutos, não conseguiria isolar as principais forças competitivas. Consequentemente, o mercado pode ser muito pequeno ou muito grande, mas talvez nunca seja perfeito⁶.

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 materiais a ponto de constatar a pressão competitiva (FORGIONI, 2021, p. 222).

A questão da elasticidade concentra em si análises de poder de mercado e essencialidade do produto. Quando um produto é essencial, em regra, as pessoas não desviam do consumo diante do aumento de preços justamente pela impossibilidade de fazê-lo (exemplo: água). Se o produto for menos essencial, como iogurte, eventual aumento de preços pode fazer com que os consumidores desistam da compra ou troquem por outros derivados de leite.

Mercados, no entanto, são mutáveis. Preços podem transitóriamente subir ou descer sem que se considere falha de mercado. Se um agente econômico elevar o preço de um produto em

⁶ No original: "A narrow market, confined to substitutes most consumers find closest, could omit substitutes to which some consumers would quite readily turn. But a broad market, including those substitutes as well, would fail to isolate the major competitive forces. Hence, the market can be too small or too large but perhaps never just right".

10% e isso acarretar na diminuição da quantidade demandada em 10% ou mais, diz-se que este produto é elástico (MAC-KAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 101). Agora, se a substituição não for possível ou for de difícil execução pelo consumidor, o produtor pode cobrar preços mais altos, capturando o excedente que seria do consumidor na ausência da falha de mercado.

Quando a curva de demanda (determina o desejo dos consumidores) encontra a curva de oferta (determina a capacidade de produção), o mercado atinge situação de equilíbrio competitivo e os excedentes do consumidor e produtor são equivalentes. Nessa situação, preço e quantidade estão em equilíbrio.

Assim, a delimitação do mercado tem importância fundamental na análise concorrencial por isolar o produto e seus alternativos (substitutibilidade), permitindo avaliar a) o grau de concentração (quantos agentes o mercado possui⁷); b) o poder de mercado de cada agente; c) os eventuais motivos para oscilação nos preços.

Por exemplo, duas fabricantes de bolsas na cidade X

⁷ O *Herfindahl Hirschman Index* – HHI é um indicador de concentração que mensura a participação das empresas em determinado mercado. Cada participação apurada (*market share*) é elevada ao quadrado para se obter o valor de HHI. Assim, se estivermos diante de um mercado com 3 agentes com *market share* de 25%, um com 15% e outro 10%, o resultado seria um índice HHI de 2200 (FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 146-147). No exemplo, o cálculo consiste na seguinte operação: Agente 1: $25\% \times 25\% = 0,0625$; Agente 2: $25\% \times 25\% = 0,0625$; Agente 3: $25\% \times 25\% = 0,0625$; Agente 4: $15\% \times 15\% = 0,0225$; e Agente 5: $10\% \times 10\% = 0,01$. Agora, soma-se todos os quadrados: $0,0625 + 0,0625 + 0,0625 + 0,0225 + 0,01 = 0,22$. O resultado é um HHI de 0,22 ou 2200 ($0,22 \times 100^2 = 2200$). A utilização parâmetros objetivos facilita o trabalho das autoridades na ponderação dos possíveis efeitos pós-operações de concentração. Caso, após a operação, o número obtido for inferior a 1.000, o mercado é considerado pouco concentrado. De 1.000 a 1.800, o mercado é considerado moderadamente concentrado. E valores superiores a 1.800 são considerados como mercados altamente concentrados (FORGIONI, Paula. *Os fundamentos do antitruste*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 11ª ed., 2021, p. 433). Atualmente, no entanto, economista entendem que um HHI de 1.500 é relativo a mercados desconcentrados, enquadrando-se o valor de 2200 na faixa intermediária de concentração moderada (SHA-PIRO, Carl. *Antitrust in a time of populism*. *International Journal of Industrial Organization*, vol. 61, 2018, p. 729).

decidem celebrar contrato de aquisição, sendo uma delas dominante naquele mercado. Na ocasião, a autoridade inicia avaliação delimitando o nicho de mercado: indústria de produção e varejo de bolsas. São identificadas outras empresas com produtos similares na cidade X e proximidades. Finalizada a análise, é possível constatar qual o grau de concentração deste segmento na cidade X. Caso existam nove empresas estáveis, dificilmente a empresa adquirente terá capacidade de controlar preços. A situação seria totalmente diferente se houvesse apenas duas. A interpretação quanto às mudanças no preço deriva da compreensão quanto à situação de mercado.

Se o mercado não for delimitado, a avaliação da concentração corre grandes chances de imprecisão. Qual é o nicho de mercado sob análise? Qual é a área considerada, local, regional, nacional? Quais produtos são substitutos próximos? Logo, o Mercado Relevante é uma ferramenta de análise, não um fim em si mesmo, e por isso admite adaptações. Se a análise exigir uma visão mais ampla do mercado, então é possível aumentar o escopo, seja para englobar mais atividades ou para ampliar a área de atuação.

Cada jurisdição confere ênfase em diferentes fatores analíticos. Os EUA utilizam o *Horizontal Mergers Guidelines*, de 2010⁸ com ênfase no teste SSNIP, já a Europa prefere analisar relações comerciais em vez de focar em poder de mercado, conforme prevê o art. 101 do TFEU. O Brasil utiliza as diretrizes do Guia para análise de Atos de Concentração de 2016 que também adota o teste SSNIP⁹ para demarcar o Mercado Relevante (FORGIONI, 2021, p. 238-243).

⁸ Atualmente o guia de fusões americano está em fase de atualização, justamente para adaptar as diretrizes às mudanças tecnológicas e econômicas (HOVENKAMP, 2023).

⁹ “Em linha com a prática internacional, o Cade privilegia a definição do MR pelo lado da demanda e entende que ponderações da substitutibilidade sob a ótica da oferta são complementares na análise dos impactos da operação” (BRASIL, 2016, p. 17).

Seja qual for a metodologia aplicada, a análise deve considerar as seguintes variáveis: (i) o fato dos participantes da operação serem competidores próximos ou não; (ii) o *status* da empresa adquirida, se é uma aposta de inovação – competição dinâmica - ou mais um agente da competição estática; (iii) se a aquisição envolve competidor potencial; (iv) se o mercado é de produtos ou serviços homogêneos ou heterogêneos; (v) a possibilidade de discriminação de usuários; (vi) os custos de mudança; (vii) elementos de liderança tecnológica; (viii) o controle de marcas, patentes e outros direitos de exclusividade; e (ix) o efeito portfólio (FRAZÃO, 2017, p. 136).

Em mercados digitais a análise se mostra mais complexa, pela intensa dinamicidade e neutralidade geográfica (FRAZÃO, 2017, p. 145). O CADE afirma que as constantes expansões e adaptações de funcionalidades nas plataformas dificultam o recorte claro, defendendo a possibilidade de mercado relevante único quando a análise versar sobre estruturas conglomeradas, como os ecossistemas digitais (BRASIL, 2020, p. 19).

Em contraste, Evans (2010, p. 37) afirma que a definição do mercado é um passo importante e não deveria ser abandonada mesmo diante das dificuldades. O principal erro nestes casos é aplicar abordagens mecânicas e rígidas às maleáveis estruturas digitais (EVANS; MARISCAL, 2013, p. 2-3). As fronteiras entre mercados distintos são mais flexíveis e a operação geralmente conta maior diversidade de produtos, o que levanta a questão: como identificar o mercado relevante quando a empresa fornece diferentes serviços não concorrentes entre si?

Para Evans e Mariscal (2013, p. 5), a análise deve compreender conceitos gerais e específicos dos mercados digitais: (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) *multi-homing*: utilização de várias plataformas; (iv) substitutibilidade da oferta: probabilidade de plataformas

incorporarem eventual aumento de demanda; (v) entrada de novos concorrentes: análise de barreiras; (vi) inovação: perspectiva de novos produtos gera pressão competitiva ao incumbente; (vii) poder de compra: poder dos compradores sobre os fornecedores; (viii) produtos complementares: quais mercados adjacentes serão considerados na análise; (ix) regulação: grau de interferência estatal.

Trata-se, então, de identificar as “restrições competitivas que são relevantes para o assunto em questão”¹⁰ (EVANS, 2010, p. 7, tradução nossa) e não propriamente em caracterizar o mercado de forma rígida e precisa. O desafio, claro, é mais prático do que teórico. No caso do *multi-homing*, por exemplo, quantas plataformas são necessárias para caracterizar alternância? Ou, qual a recorrência do uso para que se configure alternância?

Não existem respostas fáceis. O objetivo deve ser acumular evidências. Apenas o *multi-homing* não será capaz de informar tudo sobre o mercado analisado. Somente recentemente foi possível analisar julgados e contrastá-los com doutrina acumulada sobre o tema. Assim, neste “início”, cada caso será realmente único, entretanto, cada vez mais as autoridades, doutrinadores e tribunais têm se especializado sobre a questão a ponto de definir parâmetros mais robustos para a avaliação.

Até o momento, existe certo consenso sobre dois principais pontos: o primeiro passo é definir pela abordagem de mercado único ou múltiplo para cada um dos lados, em seguida, realizar adaptações ao teste do monopolista hipotético em razão da ausência de preços (FERNANDES, 2022, p. 241). Antes de aprofundar nos métodos de delimitação, é relevante discorrer sobre os efeitos cruzados e suas implicações nos mercados digitais.

3. MERCADOS DIGITAIS E OS EFEITOS CRUZADOS

¹⁰ No original: “[...] evaluating the competitive constraints on the party at issue.”

Mercados digitais são caracterizados pela pluralidade de agentes econômicos (*multi-sided*) desempenhando papéis não lineares: os agentes podem ser consumidores, fornecedores, anunciantes, desenvolvedores, entre outros. Há uma interação maior entre os *players* e a plataforma é responsável por aproximar a interação dos agentes, tanto do lado da oferta, como da demanda (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 2).

Shapiro e Varian (1999, p. 13) explicam que o valor de uma plataforma está diretamente ligado ao número de conexões que ela é capaz de gerar, sendo que, sob a perspectiva do usuário, quanto maior for a plataforma, mais conexões serão possíveis a partir do mesmo acesso.

A plataforma centraliza e balanceia as relações, sendo que, o desequilíbrio de um lado, pode impactar nos outros. Para entender a dinâmica, elucida-se com o seguinte caso. Em tempos passados as reservas de mesas em restaurantes eram feitas por ligação direta ao local (mercado de um lado: consumidor e restaurante); surge, então, a OpenTable, cuja principal atividade é promover reservas em restaurantes, ela fornece plataforma de integração entre o cliente e o restaurante (vários lados: consumidor, restaurante, plataforma e eventuais publicitários), disponibilizando sistema de busca e reservas totalmente *online* (EVANS; SCHMALENSEE, 2013, p. 4-5)

Para operar, a OpenTable precisa de significativo número de restaurantes (usuários A) e usuários (usuários B) cadastrados. Tanto os consumidores, como os restaurantes se beneficiam pelo uso da plataforma, sendo que, normalmente os restaurantes pagam taxa de cadastro, os usuários não. Na existência de publicitários (usuários C), anúncios são vinculados na plataforma, de modo que, a plataforma é capaz de gerar mais receita e os publicitários obtêm maior visibilidade.

Hipoteticamente, se a OpenTable decide aumentar as taxas dos restaurantes, os usuários tipo “A”, descontentes, podem migrar da plataforma, impactando os usuários “B” ainda que

nenhuma política tenha sido direcionada a eles. Ainda, se a OpenTeble decide aumentar receita vinculando mais anúncios (cobrando mais dos usuários “C”), os usuários “B” podem desaproveitar a poluição visual e migrar para outra plataforma, impactando, por fim, os usuários “A” ainda que nenhuma nova taxa tenha sido vinculada a estes.

As políticas destinadas a um lado podem impactar no outro, assim como a presença em larga escala de usuários (tipo “B” por exemplo), pode incentivar a entrada nos outros lados (restaurante “A”, e publicitários “C”). Estes são os chamados efeitos de rede cruzados (PARKER; VAN ALSTYNE; CHOUDARY, 2018, p. 39). 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 todos os impactos possíveis (SAITO, 2016, p. 15).

Logo, a escolha sobre a delimitação do mercado definirá a forma como serão analisados os preços na dinâmica da plataforma. No caso *Ohio vs. AmEx*, o governo avaliou a legalidade de cláusula que aumentava as taxas aos comerciantes, isto é, onerava somente um dos lados. A Suprema Corte Americana considerou o mercado de atuação da AmEx como único e singular, o que resultou na impossibilidade de comprovar efeitos anticompetitivos a todos os lados da relação (comerciantes e consumidores), resultando no arquivamento sem condenação (FERNANDES, 2022, p. 243-244).

Ao considerar todos os lados como único, a corte deixou de ponderar sobre o real impacto dos efeitos cruzados. Essa compreensão é de suma importância para delimitação do mercado relevante em estruturas digitais.

Salvo raras exceções, é a presença de usuários do tipo “B” que atrai os demais. Nesta lógica, constata-se que usuários “B” geram efeitos de rede *mais benéficos* à plataforma. Logo, a plataforma possui incentivos para impor maiores custos ao lado cujos efeitos de rede são *menos expressivos*, como os

comerciantes. Isso fica claro no caso da AmEx que, pelo aumento unilateral das taxas aos comerciantes, visava proteger os efeitos de rede que lhe são mais benéficos: a base de usuários “B”.

Diante desta configuração, as autoridades devem prestar atenção na distribuição dos ônus e benefícios dentro da plataforma, a fim de verificar possíveis cobranças excessivas ou situações de *hold up* (TIROLE, 2020, p. 23-24). Isso, entretanto, não será fácil se a delimitação do mercado for tomada de forma única.

Isso não torna a abordagem do mercado único errada, mas, por ela, aumenta-se o risco de desconsiderar fatores relevantes, ao negligenciar a pressão que um dos lados pode exercer no outro, ou subestimar o poder de mercado que é variável a depender do nível efetivo de *multi-homing* exercido – por exemplo, se o mercado tender ao *single-homing*, a plataforma tem mais capacidade de aumentar os preços somente a um dos lados, já que os usuários não demonstram inclinação à alternância (FERNANDES, 2022, p. 245).

Sendo assim, para uma definição mais precisa do mercado relevante no âmbito de plataformas digitais os efeitos de rede cruzados precisam ser avaliados porque o excesso de pressão sobre um dos lados da relação pode impactar o outro configurando uma externalidade negativa importante, fruto da interdependência entre os diversos lados envolvidos.

4. MÉTODOS DE DELIMITAÇÃO ENVOLVENDO PLATAFORMAS MULTILATERAIS

Para contemplar as diferenças na prestação de serviços digitais, suponhamos o seguinte caso de três plataformas distintas: a plataforma X compra direitos de reprodução de filmes e cobra monetariamente dos usuários que desejam assisti-los. A plataforma Y compra os mesmos direitos, não cobra dos

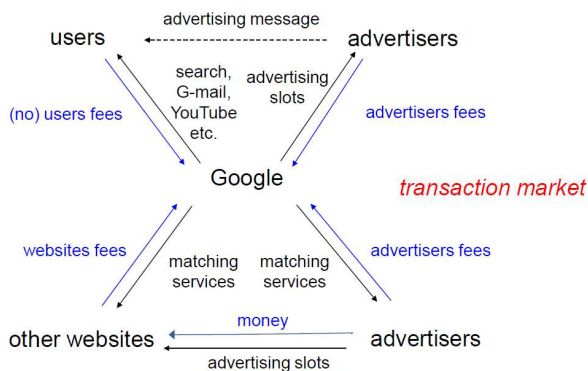
usuários, mas vincula diversos anúncios. A plataforma Z desenvolveu um sistema para hospedar filmes que são disponibilizados por terceiros com direitos de reprodução, não cobra dos usuários e vincula anúncios. Adicionalmente, alguma plataforma pode firmar parcerias com produtoras ou anunciantes ou pode ser parte de um grande conglomerado.

É fácil ver como cada caso exige uma abordagem diferente, apesar de todas as três atuarem no mesmo mercado aparente: transmissão de filmes, séries ou vídeos.

Para captar as possíveis implicações dentro do sistema da plataforma, Filistrucchi *et al* (2013, p. 28-29) propõem a divisão das plataformas em (i) plataformas transacionais bilaterais e (ii) plataformas não-transacionais. O primeiro seriam plataformas intermediadoras de relações entre dois grupos, que cobram pela adesão (de um grupo ou mais) e/ou pelas transações realizadas, tais como Amazon, Uber, Mercado Livre e PayPal - plataformas de *marketplace* e pagamento normalmente se encaixam nesta categoria. O segundo seriam plataformas que não realizam transações diretas entre grupos, mas os atraem mutuamente, como é o caso de mídias sócias, jornais, TVs e outros mercados custeados pelos anúncios de publicidade vinculados.

Ainda, as plataformas podem ser do tipo complexas, compreendendo ambas as categorias, como é o caso da Google:

Figura 1 – Google como mercado transacional e não-transacional



Fonte: FILISTRUCCHI *et al*, 2013, p. 17.

De acordo com Filistrucchi *et al* (2013, p. 10), plataformas consideradas transacionais bilaterais deveriam ser definidas a partir de um único mercado porque apenas reúnem as partes, mas não define as transações; já as do tipo não-transacionais devem ser delimitadas em mercados distintos, mas inter-relacionados.

Diferentemente, Fernandes (2022, p. 248) é defensor da abordagem de múltiplos mercados no sentido de “segregar cada um dos lados da plataforma e avaliar cuidadosamente as fontes de pressão competitiva vindas de outros modelos de negócios bilaterais ou mesmo de mercados unilaterais”.

Tal posicionamento vai ao encontro das recomendações da OCDE (2018, p. 56) para utilizar a abordagem de mercados múltiplos seguida de investigação quanto à *interdependência* entre os lados. Tal forma avaliativa permitiria compreender a intensidade dos efeitos cruzados.

Aplicações derivadas desta lógica já foram feitas na prática. A Comissão Europeia, ao analisar o caso *Facebook/WhatsApp*, constatou que o Facebook detém 60% do mercado de mídias sociais, mas somente 22% do mercado de publicidade digital (HOVENKAMP, 2021a, p. 1963). Neste caso, se a opção adotada fosse conforme a teoria de Filistrucchi *et al* para plataformas transacionais bilaterais, a autoridade incorreria no mesmo problema do caso *Ohio vs. AmEx*, a aferição do teste SSNIP seria com base na soma de todos os preços pagos pelas partes e não isoladamente em cada um dos lados.

A divisão em múltiplos mercados não será verdadeira para todos os casos. A OCDE explica que tal abordagem deve ser aplicada quando o método fizer sentido para a correta avaliação da operação (OCDE, 2018, p. 10). Se o caso envolver estrutura digital ampla e diversificada, avaliar todos os lados pode ser custoso ou até mesmo infrutífero. A sugestão é identificar quais lados são efetivamente relevantes para avaliação ou apenas considerar como mercado único. Isso porque, podem existir

lados simplesmente pouco relevantes à análise. Além disto, em estruturas com grandes quantidades de intersecções, o impacto dos efeitos cruzados pode restar diluído entre os vários lados, ao passo que, em estruturas menores, os efeitos cruzados podem ser maiores. A análise individual do caso revela a necessidade de incluir todos, alguns lados, ou considerar somente um único mercado.

A Comissão Europeia (EUROPEAN UNION, 2024) incorporou este racional em seu recente comunicado sobre definição de Mercado Relevante (*Commission Notice on the definition of the relevant market for the purposes of Union competition law*), reservando a prerrogativa de definir um ou mais mercados como descrito no item 95 do documento:

Na presença de plataformas multilaterais, a Comissão pode definir um mercado de produtos relevante para os produtos oferecidos por uma plataforma no seu conjunto, de uma forma que englobe todos os grupos de utilizadores (ou vários), ou pode definir mercados de produtos relevantes distintos (embora inter-relacionados) para os produtos oferecidos em cada lado da plataforma. Dependendo dos factos do processo, pode ser mais apropriado definir mercados distintos quando existam diferenças significativas nas possibilidades de substituição nos diferentes lados da plataforma.

Em linha com a tendência internacional, o CADE aderiu à aplicação do método de múltiplos mercados nos dois grandes casos de repercussão em mercados digitais, *Google Scraping*¹¹ e *Google Shopping*¹². Em ambos a autarquia analisou minuciosamente a competição antes de delimitar o mercado, que, ao final, resultou na segregação em mercado de buscas e de anúncios (para o primeiro caso); e mercado de buscas e *marketplace* (para o segundo caso).

Ainda, no caso *Google Shopping*, o CADE observou a

¹¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Processo Administrativo 08700.009082/2013-03 (Google Scraping)*.

¹² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Google Shopping)*.

experiência do usuário e o perfil das informações buscada para identificar o mercado, concluindo pela existência de certa pressão competitiva entre as partes envolvidas: há “algum grau de substituição entre os serviços prestados pelo Google e pelos varejistas e *marketplaces*” (BRASIL, 2011, p. 28¹³), no entanto, em virtude da diferenciação e amplitude dos resultados fornecidos pelo Google, “poderia existir – em princípio – certa dependência dos sites de comparação de preço em relação a ele” (BRASIL, 2011, p. 31¹⁴). Neste caso fica claro como o CADE optou pela delimitação em mercados distintos com a ponderação sobre efeitos cruzados.

Um exemplo na direção oposta, foi a decisão da Comissão Europeia (EUROPEAN COMMISSION, 2016) ao considerar um único mercado relevante no ato de concentração *Microsoft/LinkedIn*. A questão central consistia em investigar os impactos no mercado de “redes sociais profissionais”, em especial, investigando três áreas do mercado: (i) os profissionais; (ii) soluções de software; e (iii) publicidade.

Por fim, como métodos alternativos arguidos pela doutrina, tem-se a sugestão de Gautier e Lamesch para análise a partir dos usuários e Hovenkamp de delimitação direta do mercado. Tratam-se de exercícios teóricos sem aplicação prática que se saiba, mas que servem para melhor compreender as dinâmicas existentes dentro dos mercados digitais.

Gautier e Lamesch (2020, p 7-8) propõem definição partindo do agrupamento dos usuários envolvidos para análise posterior do caso. Os autores sugerem segregação em seis grandes grupos: a) anunciantes; b) negócios (produtividade); c) comerciantes (vendas); d) criadores de conteúdo; e) consumidores; f) plataformas. Na etapa subsequente seriam atribuídos os principais produtos utilizados por cada um dos grupos e a análise

¹³ Página 28 da Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE, do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Google Shopping).

¹⁴ Página 31 da Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE, do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Google Shopping).

partiria desta separação.

Já Hovenkamp (2021, p. 1958) propõe a delimitação do mercado relevante pelo método direto¹⁵, partindo do poder observável da plataforma. Se a delimitação do mercado relevante serve para definir a capacidade do agente de alterar o funcionamento da competição, seria possível realizar o processo na via inversa. Neste caso, a delimitação ainda existiria, ela apenas iniciaria de outro ponto de partida.

O interessante sobre a lógica de Hovenkamp é a sua perspectiva de complementariedade entre plataformas digitais e o mundo físico¹⁶. Para o autor, plataformas digitais podem competir em alguns segmentos com agentes físicos e isso é notável também na questão do mercado relevante. Definir “publicidade digital” como um mercado autônomo significa excluir todos os outros tipos de publicidade que competem com a digital. Entretanto, definir simplesmente por “publicidade” também seria equivocado pela conotação de que toda publicidade compete como substituta próxima (HOVENKAMP, 2021a, p. 1961).

Esse problema é visto no caso *Epic Games Inc. vs. Apple Inc.*, quando a requerente alega que a Apple detém monopólio do mercado de aplicativos em iOS (sistema operacional da Apple) (US, 2021a, p. 7). Em sua defesa, a Apple alega que o mercado relevante deve considerar todas as plataformas onde os jogos são disponíveis, como outros sistemas operacionais, PlayStation, Xbox, Nitendo, PCs, consoles, entre outros (US, 2021b,

¹⁵ As propostas anteriormente apresentadas partiam do método indireto, isto é, delimita-se o Mercado Relevante para investigar o poder de mercado. O método direto parte do poder de mercado observável para então delimitar o Mercado Relevante.

¹⁶ Essa visão fica clara em diversos momentos do texto, como, por exemplo, quando ele diz que: “Online firms such as Carvana.com compete nationally in the sale of used cars with thousands of small brick-and-mortar dealers, many of whom have an internet presence themselves. Among the largest online sellers, some also have an even larger brickand-mortar presence, and typically in highly competitive markets. As of 2020, this was true of seven out of the top ten online sellers of merchandise, including Walmart, Home Depot, Best Buy, Target, and Costco” (HOVENKAMP, 2021a, p. 1973).

p. 154-155).

Logo, para Hovenkamp (2021a, p. 1961), a mensuração direta seria uma saída para o problema porque o método admite nuances do tipo “o percentual no qual as empresas alteram as suas compras em resposta a uma alteração de preço que afeta um tipo de publicidade, mas não o outro”¹⁷. Essa avaliação seria feita a partir dos dados apresentados no caso concreto.

O autor pondera ainda sobre os efeitos cruzados e destaca que o aumento de preços cobrados pela Uber, por exemplo, pode não ser uma simples manifestação de poder de mercado, e, sim, uma carência de motorista (HOVENKAMP, 2021, p. 1962).

Para tanto, a pergunta capaz de instruir a análise é “a plataforma, ao considerar a ameaça competitiva, veria ameaças competitivas diferentes para cada lado?”¹⁸ (CRÉMER; SCHWEITZER, 2019, p. 46). Seguindo com o exemplo da Uber, seria possível alocar a empresa nas seguintes categorias de serviços: a) comunicações: redes e transmissão de informação; b) produtos de soluções ao consumidor; e c) software. Diante da proposta de poder aparente de Hovenkamp, quais destes serviços são passíveis de ameaça competitiva a Uber? A princípio somente o segundo. Embora a Uber seja de fato uma empresa de software que recolhe informações (classificações “a” e “c”), a pressão percebida por ela ocorre somente no segmento de transporte de passageiros (classificação “b”).

Agora, elaborando um pouco mais o exercício mental, se a Uber integrar publicidade na plataforma, exigindo que os usuários visualizem 10 segundos de anúncio antes de completar a solicitação, a pressão concorrencial poderia considerar também a classificação “a”, pois, neste caso, ela competiria por receitas publicitárias.

Assim, seja qual for a metodologia aplicada, a melhor

¹⁷ No original: “[...] the rate at which firms change their purchases in response to a price change that affects one type of advertising but not the other”

¹⁸ No original: “[...] would the platform, when considering the competitive threat, see different competitive threats on both sides?”

forma de cumprir com os objetivos da prática é prestar especial atenção na forma como cada grupo de usuários enxerga a existência de substitutos em relação à plataforma analisada.

5. O PODER DE MERCADO E O FOCO NA INOVAÇÃO

A delimitação do mercado relevante serve para apurar o grau de competitividade entre os *players*, verificando, ao final, se algum deles se destaca de maneira muito superior aos dos demais a ponto de prejudicar o andamento da competitividade – diz-se que tal agente é detentor de poder de mercado¹⁹.

Essa tarefa, contudo, deve ser executada em mercados digitais sob as lentes da competição dinâmica que diverge da competição estática tradicional. Nesta última, o vigor competitivo é alicerçado na presença de vários agentes detentores de poder distribuído que disputam entre si pelo menor preço de saída ou o menor custo de operação. Na competição dinâmica isso não é uma verdade.

É característico da competição dinâmica alto custo de entrada e baixo custo de operação, propensão ao estreitamento pela presença de poucos agentes e considerável poder de mercado (STIGLER CENTER, 2019, p. 35). Por isso, em mercados digitais, fatores como crescimento, expansão e escala são prioridade, até mesmo sobre os lucros (PETIT, TEECE, 2021, p. 1183). Os efeitos de rede dependem da expansão até o ponto de *critical*

¹⁹ Nos termos da Lei 12.529/11: “Art. 36, §2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia” (BRASIL, 2011). A conquista do mercado em razão da maior eficiência é totalmente legítima perante a legislação, não consubstanciando qualquer espécie de infração à ordem econômica, sendo, inclusive, elemento central da livre-concorrência na economia de mercado (KLEIN; DOMINGUES; TAJ RA, 2023, p. 33).

*mass*²⁰, sob pena de risco da própria sobrevivência. Trata-se de uma necessidade, assim como de uma estratégia.

Por causa dos citados efeitos e a expansão das atividades para áreas adjacentes, é difícil calcular o poder de mercado sem observar o quadro geral. Suponha-se que a Uber decida expandir suas atividades, ela poderia expandir o próprio serviços já prestado ou ela poderia expandir para outro segmento, valendo-se da estrutura e *know-how* do primeiro para desenvolver o segundo. Não só poderia, como o fez. Constituiu a UberEats, que utiliza a mesma tecnologia, sistema e motorista da Uber tradicional (HOVENKAMP, 2021b, p. 15). Como resultado, houve a planejada expansão com redução dos custos iniciais e reforço dos efeitos de rede.

Isso é ruim? De maneira alguma, mas alguns pontos devem ser considerados sobre a questão no momento da delimitação do mercado relevante.

A estratégia realmente contribui para o poder de mercado pela formação de conglomerados que conferem poder de alavancagem em mercados secundários já implícito da descrição anterior: a empresa utiliza o domínio consolidado em uma linha de atividade (Uber – transporte) para inserção em outra linha adjacente (UberEats - *delivery*) (FRAZÃO; SANTOS, 2020, p. 65).

Naturalmente, isso dificulta a consolidação da concorrência pela concentração de valor dentro da estrutura da plataforma ao mesmo tempo que mitiga a possibilidade de *multi-homing* - os usuários deixam de incorrer em custos de mudança²¹

²⁰ Em razão do alto grau de maleabilidade nos serviços digitais prestados, as plataformas buscam agregar o maior número de pessoas no menor espaço de tempo possível. Ao alcançar quantidade razoável de usuários, os agentes atingem o ponto de inflexão (*network rigidity*) onde as incertezas e instabilidades mercadológicas são menores por conta da rigidez conferida pela base de usuários (*critical mass*) (PETIT, 2020, p. 78-79).

²¹ Custos de mudança ou *switching costs* são gastos que o usuário precisa incorrer para trocar de plataforma, geralmente relacionados ao tempo de aprendizado e cadastramento investido na plataforma vigente, sendo que a mudança obrigaria passar por todo esse processo novamente (STIGLER CENTER, 2019, p. 105-106.).

(TRIEBESS; GONÇALVES; EFING, 2023, p. 7). Por exemplo, a Google, cuja atividade principal é buscas *online*, também oferta outros serviços como e-mail, que servem de “portas” de entrada a novos usuários e de reforço aos efeitos de rede já constituídos. Aos usuários, a prática é benéfica uma vez que podem utilizar todos os serviços a partir de um único *login*.

Ademais, a formação é importante para o agrupamento de recursos e conhecimento que são essenciais ao desenvolvimento de inovações em mercados voláteis e dinâmicos, como os digitais. O processo de inovação requer ativos (dados, por exemplo), uma arquitetura que permita observação e orquestramento eficiente destes ativos (o conglomerado), além de algoritmos e gestão empresarial (JACOBIDES; CENNAMO; GAWER, 2018, p. 2270).

A receita existe, mas não é fácil. Primeiro que, nada impede a vitória no mercado sem um destes elementos. Christensen (2012, p. 292), por exemplo, defende que o sucesso deriva mais da atuação empresarial do que da capacidade tecnológica propriamente. Além disto, a relação entre liderança de mercado e oportunidades tecnológicas está longe de ser clara (PETIT; TEECE, 2021, p. 1174). Plataformas líderes podem ser desbancadas por entrantes eficientes, mesmo com todas as estratégias de estabilidade.

Nesse sentido, Sidak e Teece (2009, p. 619) esclarecem, “uma análise antitruste que favoreça a concorrência dinâmica sobre a estática colocaria menos peso na avaliação da participação e na mensuração do poder de mercado e mais peso na avaliação da inovação e do nível de capacidades empresariais”²².

Em situações como estas que a concentração de fontes de poder (como usuários, dados, algoritmos, etc.) pode levar ao desenvolvimento de inovações da mesma forma que o próprio

²² No original: “A framework for antitrust analysis that favors dynamic over static competition would place less weight on market share and concentration in the assessment of market power and more weight on assessing innovation and enterprise-level capabilities”

desenvolvimento de inovações pode ensejar na concentração de poder, faz sentido, então, colocar a inovação no foco da delimitação.

Para fazer isso, Fernandes²³ (2022, p. 278- 282) indica a diferenciação entre inovações incrementais e diferenciadas²⁴. Neste último, a inovação é vista como força principal da competição no mercado relevante, de modo a observar o mercado em atenção a possíveis restrições ou prejuízos a inovação em questão. Já no primeiro caso (incrementais), não seria necessária a delimitação de um novo mercado com foco específico na inovação, uma vez que este tipo tende a aprimorar produtos existente, impactando somente na elasticidade da demanda dos produtos já ofertados.

O autor elabora tal metodologia em atenção à verificada força de substitutibilidade imperfeita na competição entre plataformas (FERNANDES, 2022, p. 281). Isso fica claro ao observar como alguns serviços são diferenciados, mas, ao mesmo tempo, sobrepostos: Google, buscas gerais; SkyScanner, buscas para voos; Amazon, buscas para produtos; Booking, buscas para hotéis, e assim por diante.

Assim, a autoridade pode delimitar o mercado relevante partindo do cenário de similaridades entre os serviços identificados, no entanto, considerando a clara disparidade entre grandes conglomerados, como a Google, e pequenos provedores de busca específicos, é possível também criar cenário para o mercado relevante a partir daquilo que realmente importa em mercados digitais: o valor da inovação.

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

²³ O autor explora essa diferenciação em atenção especificamente para análise de condutas, entretanto, nada impede utilizar a mesma lógica para controle de estruturas, colocando, assim, a inovação com o produto do mercado relevante.

²⁴ Inovações incrementais agregam valor a um produto já existente, ao passo que, inovações radicais ou diferenciadas criam produtos novos.

Na seção 4 foi argumentado que a definição do mercado relevante em ambientes digitais implicaria em considerar a existência dos vários lados de uma plataforma. Assim, a delimitação é possível a partir de duas perspectivas: do mercado único ou de mercados distintos. Ainda, na seção 5, foi acrescentada a perspectiva da delimitação a partir do valor da inovação diante de conglomerados digitais, o que permitiria melhor apreensão do poder de mercado. Agora, investiga-se a etapa subsequente à delimitação, a apuração do grau de pressão competitiva.

Esta análise é tradicionalmente operacionalizada pelo teste SSNIP, mas, porque os preços são geralmente nulos aos usuários em mercados digitais, existe a necessidade de adaptações. Mesmo sob a lógica do bem-estar ao consumidor, a impossibilidade de elevar preços (porque nulos) não justifica o abandono da investigação. Os agentes deixam de exigir cobranças monetárias dos usuários para coletar seus dados ou atenção. Esse entendimento estabilizou razoável consenso na doutrina, conforme trabalhos elaborados por Newman²⁵, Rubinfeld e Gal²⁶, Stucke e Grunes²⁷ e Evans²⁸.

Resolve-se, portanto, a ausência do preço pelo conceito de contraprestação não-monetária, que pode ser baseado tanto em dados, como em atenção. Se uma plataforma reduzir a qualidade dos seus serviços sem a proporcional redução do preço, diz-se que a plataforma elevou o preço em relação à qualidade, podendo configurar o aumento de 5-10% nos “preços” - aumento hipotético que o teste SSNIP busca identificar para coibir

²⁵ NEWMAN, John. Antitrust in Zero-Price Markets: Applications. *Washington University Law Review*, v. 94, nº 1, 2016.

²⁶ RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal. The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement. *Antitrust Law Journal*, vol. 80, nº 401, 2016.

²⁷ STUCKE, Maurice E. Should We Be Concerned About Data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, nº 275, 2018.

²⁸ 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.

(BRASIL, 2016, p. 17). Ou, alternativamente, poderia configurar a infração do inciso III, do artigo 36 da Lei da Concorrência (aumento arbitrário dos lucros pelo excesso de cobrança).

Assim, como primeira alternativa à figura do preço, Newman (2016, p. 69) traz a ideia de aumento de custos no SSNIC (*small but significant and non-transitory increase in costs*). A abordagem busca analisar o aumento de custos aos usuários, tanto em questão de dados como atenção.

De modo similar, Eben (2018, p. 233) aborda a questão especificamente a partir dos dados pessoais transacionáveis (*tradeable personal data* - TPD). Para ela, mesmo que não seja possível mensurar com precisão do valor dos dados, é possível utilizar a quantidade de dados que os usuários estariam razoavelmente dispostos a fornecer como uma indicação de escolha entre produtos similares. Nesse sentido, em vez de avaliar o aumento de preços, as autoridades avaliariam a coleta de *TPDs*.

O tribunal alemão condenou o Facebook por coleta excessiva, ao estimar uma quantidade razoável de dados para custear os serviços recebidos e entendeu que a plataforma cobrou mais do que seria normal esperar (BUNDESKARTELLAMT, 2019). A condenação é um exemplo prático da teoria de Eben. Ainda assim, não se nega as dificuldades da abordagem, uma vez que existem evidências quanto ao desconhecimento geral dos usuários sobre a forma de cobrança em dados (LIANOS, 2019, p. 90). Se os usuários não estão plenamente cientes do formato de cobrança, a alternância entre serviços dificilmente pode ser compreendida com uma rejeição ao aumento de cobrança em dados. É muito mais provável que isso ocorra por outros motivos, como qualidade, modernidade ou popularidade do que em relação à percepção de privacidade ou coleta excessiva.

Wu (2019, p 772) apresenta outra adaptação do teste focado em custos de atenção, denominando-o de *attentional small but significant and non-transitory increase in price* (A-SSNIP). Para o autor, existem duas formas de obter atenção a partir do

processo que ele denomina de “decisão de atenção” (*attentional decision*).

Ao utilizar plataformas digitais, os usuários podem deliberadamente entregar a sua atenção ou tê-la capturada, a distinção reside no mecanismo cerebral que é internamente ativado diante da exposição à informação: “existe um mecanismo involuntário, localizado nas partes inferiores do cérebro, e um mecanismo voluntário, cujo funcionamento depende das partes superiores do cérebro”²⁹ (WU, 2019, p. 782, tradução nossa). De modo que, a primeira forma de obtenção ocorre por um processo consciente de entrega, já na segunda forma a atenção é capturada por gatilhos (como movimentos, cores brilhantes, sons) que atai a atenção de maneira automática, como um reflexo, e, portanto, não pode ser considerada consensual.

Considerando que a competição em mercados digitais é preponderantemente baseada na captura de atenção, a teoria parece ser uma boa forma de compreender o real custo do usuário. Em raciocínio similar, Evans (2013, p. 2) propõe a ideia de disputa por atenção, ao introduzir a proposta de que os serviços preponderantes (ou aparentes) das plataformas seriam, na verdade, *meios* para obter atenção e dados.

Este raciocínio permite visualizar plataformas como substitutas a partir da perspectiva do consumidor. Por exemplo, ainda que se adote a abordagem de mercados múltiplos para delimitação, ao considerar o mercado de anúncios como autônomo, isso apenas auxilia na perspectiva dos anunciantes, uma vez que eles percebem plataformas como Instagram e Google como substitutas próximas para fins de publicidade. Não significa que os usuários percebem a similaridade da mesma forma. Para eles, são plataformas distintas com serviços distintos. Nessa linha de raciocínio, seria possível trocar o valor do teste para custos de

²⁹ No original: “There is an involuntary mechanism, located in the lower parts of the brain, and a voluntary mechanism, whose operation relies on the upper parts of the brain”.

atenção a fim de avaliar os impactos da concentração ou conduta nos custos reais dos usuários.

Newman (2015, p. 165) destaca, nesta atual estrutura de preço zero, a atenção passa a ser o produto das plataformas, pois é a partir da sua revenda a outros agentes – publicitários – que a verdadeira receita dos agentes digitais é proveniente. Os ouvintes ou telespectadores demonstram natural tendência a mudar de canal na TV ou estação no rádio quando passam perceber muitos anúncios; por analogia, é de se estimar que os usuários migrarão de plataforma sempre que identificarem altos custos de atenção. Essa capacidade, no entanto, é mitigada em ambientes concentrados ou quando forem identificados altos custos de troca. Assim, condutas ou atos de concentração que resultem na redução do número de participantes dentro do mercado relevante limitam a capacidade de troca dos usuários (NEWMAN, 2015, p. 175) e, por isso, a correta mensuração dos custos importa, mesmo diante de ambientes de preço zero.

Por fim, como última abordagem, Gal e Rubinfeld (2019, p. 551) desenvolvem a ideia de deterioração à qualidade no teste SSNDQ (*small but significant and non-transitory decrease in quality*). Se os serviços são efetivamente custeados pelos dados ou atenção a redução de qualidade, sem a correspondente redução de coleta seria, na prática, um aumento injustificado no preço.

O maior problema destas teorias é consolidar definição para funcionalidades coletoras de atenção não-consensual ou estimar quantidade “razoável” de dados a fim de construir embasamento sólido para casos de excesso de coleta ou decréscimo de qualidade em 5-10%. Apesar da complexidade, a proposta merece maiores investigações tendo em vista as recentes evidências de redução do bem-estar subjetivo do usuário (percepção de felicidade) pela implementação de funcionalidades propositalmente viciantes (ROSENQUIST; MORTON; WEINSTEIN, 2022, p. 444).

Como ressalta o CADE no debate sobre a definição do Mercado Relevante: “O teste SSNIP do TMH é pensado para mercados que já existem e já estão estabelecidos” (BRASIL, 2021, p. 51). Estes testes não foram concebidos para aplicação em mercados de constante mutação e evolução, entretanto, as mesmas tecnologias responsáveis por tais avanços servem também para modernizar as autoridades e suas equipes técnicas. O Departamento Econômico do CADE, por exemplo, é capaz de elaborar projeções de mercado mais precisas com programas mais modernos e a grande quantidade de dados disponíveis. Considerando que, bastam 150 “curtidas” para que um algoritmo saiba mais sobre o comportamento do usuário que seu próprio companheiro (FRAZÃO, 2019, p. 186), nada impede a utilização destes dados para gerar projeções sobre efeitos cruzados entre os diferentes lados ou elasticidade do produto, questões que hoje ainda estão em amadurecimento juntamente com a evolução dos mercados.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da importância da prática de delimitação do mercado relevante para análises concorrenciais, o presente artigo procurou investigar as dinâmicas das relações em mercados digitais, a fim de propor adaptações ao método. O estudo partiu da compreensão da multilateralidade das plataformas digitais para constatar a presença de efeitos de rede cruzados. Essa observação demonstra a necessidade de ponderar sobre os vários lados existentes nas relações com plataformas digitais antes de proceder com a delimitação do mercado.

Essa necessidade decorre da dificuldade de captar certos efeitos da conduta ou ato de concentração se a observação for realizada de maneira linear e segmentada. A presença de usuários pode gerar fortes efeitos de atração, de mesma forma que a migração de alguns pode desencadear efeito totalmente oposto,

de evasão. Diante desta formação, as autoridades devem estar atentas à distribuição dos ônus e benefícios dentro da plataforma, a fim de verificar possíveis cobranças excessivas ou situações de *hold up*.

Fazer isso a partir da delimitação única do mercado é consideravelmente mais difícil. Por isso que boa parte das autoridades internacionais, assim como o CADE, aplicam a delimitação por mercados múltiplos com investigação quanto à *interdependência* entres os lados. Claro que, isso não será verdadeiro para todos os casos. Tal abordagem deve ser aplicada quando fizer sentido para a correta avaliação da operação. Em alguns casos, a análise de todos os lados pode ser pouco relevante ou demasiadamente custosa. Assim, a investigação individual revelará a necessidade de incluir todos, alguns lados, ou considerar o mercado como um todo.

Adicionalmente, é possível delimitar o mercado a partir do que realmente importa em mercados dinâmicos, como os digitais, o valor da inovação. Tal visão pode auxiliar na definição do mercado quando o caso envolver grandes conglomerados digitais, os quais dificultam a distinção do mercado pelas diferentes e esparsas fontes de poder, como usuários, dados, algoritmos, estrutura, etc. Para proteger o “certo” tipo de inovação, indica-se diferenciar inovações incrementais das inovações diferenciadas. O primeiro tipo apenas agrega valor ao produto ou estrutura já existente, ao passo que, para o último, a inovação seria vista como força principal da competição no mercado relevante em razão da sua distinta capacidade de criar ou reconfigurar. Esta ensejaria nova delimitação do mercado a fim de captar possíveis restrições ou prejuízos.

Por fim, visualizando plataformas digitais e seus serviços “gratuitos” como *meios* para obtenção de atenção e dados dos usuários, a redução na qualidade sem a correspondente redução de coleta seria, na prática, um aumento injustificado da cobrança. Assim, foram propostas alterações ao tradicional teste

SSNIP para aprimorar a identificação de eventuais aumentos hipotéticos de 5-10% na cobrança, dentre as quais, considerou-se: a) SSNIC (*small but significant and non-transitory increase in costs*); b) quantidade de coleta de dados pessoais transacionáveis (*tradable personal data - TPD*); c) A-SSNIP (*attentional small but significant and non-transitory increase in price*); e d) SSNDQ (*small but significant and non-transitory decrease in quality*).

A parte difícil da implementação de tais abordagens recai sobre a sua abstração, quanto seria uma coleta “razoável” ou como identificar claramente custos de atenção não-consensual. Para que se possa construir uma teoria sólida de coleta excessiva, alguns critérios objetivos precisam ser definidos. A dificuldade não diminui o valor das contribuições propostas. É imperioso seguir investigando. Por exemplo, maior compreensão sobre o valor dos dados na economia digital pode agregar muito para a delimitação do mercado digital. Além disto, unir direito concorrencial à economia comportamental pode auxiliar na avaliação de capturas de atenção por funcionalidades. Em tempos de constante evolução e avanços tecnológicos, a solução pode estar a “um clique” de distância.



8. REFERÊNCIAS

- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Atualização do debate sobre a definição de mercado relevante*. Doc. de Trabalho nº 006. Ministério da Justiça, 2021.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Documento de

- Trabalho nº 005. Ministério da Justiça, 2020.
- BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Guia para análise de atos de concentração horizontal*. Ministério da Justiça, 2016.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Processo Administrativo 08700.009082/2013-03 (Google Scraping)*.
- BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE. *Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (Google Shopping)*.
- BUNDESKARTELLAMT. *Bundeskartellamt prohibits Facebook from combining user data from different sources*. Bundeskartellamt, 2019. Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/07_02_2019_Facebook.html. Acesso em: 08 nov. 2023.
- CHRISTENSEN, Clayton. *O Dilema da Inovação*. São Paulo: M. Books do Brasil, 2012.
- 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.
- EBEN, Magali. Market Definition and Free Online Services: The Prospect of Personal Data as Price. *A Journal of Law and Policy for the Information Society*, v. 14, nº 2, 2018.
- EUROPEAN COMMISSION. *Mergers: Commission approves acquisition of LinkedIn by Microsoft, subject to conditions*. EUROPEAN COMMISSION, 2016. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_16_4284. Acesso em: 23 abr. 2024.
- EUROPEAN UNION. Commission Notice on the definition of

- the relevant market for the purposes of Union competition law. *Official Journal of the European Union*, 2024. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AC_202401645. Acesso em: 23 abr. 2024.
- 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*, 2013. Disponível em: https://www.nber.org/system/files/working_papers/w18783/w18783.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.
- FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abusos de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.
- FILISTRUCCHI, Lapo; GERADIN, Damien; VAN DAMME, Eric; AFFELDT, Pauline. Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice. *Tilburg Law School Research Paper*, nº 09, 2013. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2240850>. Acesso em: 08 nov. 2023.

- 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.
- GAL, Michal, RUBINFELD, Daniel. Data Standardization. *New York University Law Review*, Vol. 94, 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3326377. Acesso em: 31 out. 2023
- GAUTIER, Axel; LAMESCH, Joe. Mergers in the Digital Economy. *Cesifo Working Paper*, nº 8056, 2020. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3529012>. Acesso em: 28 jul. 2023.
- HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and Platform 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. Herbert Hovenkamp: Competitive Harm and the 2023 Draft Merger Guidelines. *Promarket*, Chicago Booth Stigler Center, 2023. Disponível em: <https://www.promarket.org/2023/07/27/herbert->

- hovenkamp-competitive-harm-and-the-2023-draft-merger-guidelines/. Acesso em: 08 nov. 2023
- JACOBIDES, Michael G.; CENNAMO, Carmelo; GAWER, Annabelle. Towards a theory of ecosystems. *Strategic Management Journal*, 2018.
- KLEIN, Vinicius; DOMINGUES, Juliana; TAJ RA, Gabriel. Antitruste no Metaverso: economia comportamental e o bem-estar do consumidor. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 11, n. 2, 2023.
- LIANOS, Ioannis. Competition Law for the Digital Era: A Complex Systems' Perspective. *Centre for Law, Economics and Society (CLES)*, 2019.
- MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise Econômica do Direito*. E-book. São Paulo: Grupo GEN, 2015.
- NEWMAN, John. Antitrust in Zero-Price Markets: Applications. *Washington University Law Review*, v. 94, nº 1, 2016.
- NEWMAN, John. Antitrust in Zero-Price Markets: Foundations. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 164, nº 151, 2015.
- OCDE. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. Paris: OECD, 2018.
- 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.
- PETIT, Nicolas. *Big Tech & the Digital Economy*. Oxford University Press. 2020.
- PETIT, Nicolas; TEECE, David J. Innovating Big Tech firms and competition policy: favoring dynamic over static competition. *Industrial and Corporate Change*, v. 30, 2021.
- ROSENQUIST, James N.; MORTON, Fiona S.; WEINSTEIN, Samuel N. Addictive Technology and Its Implications

- for Antitrust Enforcement. *New Carolina Law Review*, v. 100, nº 2, 2022.
- RUBINFELD, Daniel L.; GAL, Michal. The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement. *Antitrust Law Journal*, vol. 80, nº 401, 2016. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=2529425>. Acesso em: 12 ago. 2022.
- SAITO, Leandro. *Antitruste e novos negócios na Internet. Conduas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico?* Universidade de São Paulo – USP, 2016. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-22072016-130405/pt-br.php>. Acesso em: 04 jul. 2022.
- SHAPIRO, Carl. Antitrust in a time of populism. *International Journal of Industrial Organization*, vol. 61, 2018.
- SHAPIRO, Carl; VARIAN, Hal R. *Information Rules: a strategic guide to the network economy*. Cambridge: Harvard Business School Press, 1999.
- SIDAK, J. Gregory; TEECE, David. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 5, nº 4, 2009. Disponível em: <https://academic.oup.com/jcle/article/5/4/581/755200>. Acesso em: 22 maio 2023.
- STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Stigler Committee, 2019.
- STUCKE, Maurice E. Should We Be Concerned About Datapopolies? *Georgetown Law Technology Review*, nº 275, 2018. Disponível em: <https://georgetownlawtechreview.org/wp-content/uploads/2018/07/2.2-Stucke-pp-275-324.pdf>. Acesso em: 15 jul. 2022.
- TIROLE, Jean. Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age. *Inequalities in the Twenty-First-Century*, IFS Deaton Review, 2020.
- TRIEBESS, Isabella; GONÇALVES, Oksandro; EFING,

Antônio Carlos. As distorções no processo decisório do consumidor ante a digitalização dos mercados. *Revista Civilística*, vol. 12, n. 2, 2023. Disponível em: <http://civilistica.com/as-distorcoes-no-processo-decisorio/>.

Acesso em: 16 out. 2023.

US. DISTRICT COURT – CALIFORNIA. *Case 4:20-cv-05640-YGR*. Document nº 407, Epic Games, Inc. Proposed Findings of Fact and Conclusions of Law, 2021. Disponível em: <https://cand.uscourts.gov/cases-e-filing/cases-of-interest/epic-games-inc-v-apple-inc/>.

Acesso em: 08 nov. 2023.

US. DISTRICT COURT – CALIFORNIA. *Case 4:20-cv-05640-YGR*. Document nº 410, Apple Inc.’s Proposed Findings of Fact and Conclusions of Law, 2021. Disponível em: <https://cand.uscourts.gov/cases-e-filing/cases-of-interest/epic-games-inc-v-apple-inc/>. Acesso em: 08 nov. 2023.

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.

WU, Tim. Blind Spot: The Attention Economy and the Law. *Antitrust Law Journal*, 2019.