

Big data e concorrência

Principais impactos sobre a análise concorrencial
(Parte 2)

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

No primeiro artigo desta série, foram estabelecidas algumas das premissas básicas para a avaliação dos impactos do *big data* sobre a análise concorrencial¹. Nesta segunda parte, mostrar-se-á como as mencionadas premissas e as preocupações concorrenciais que lhes são inerentes impõem necessárias adaptações da metodologia antitruste, a fim de encontrar novos horizontes que possibilitem a identificação e a mensuração do poder econômico decorrente da crescente utilização dos dados.

Verdade seja dita que a compreensão do poder econômico, sobretudo em termos quantitativos, sempre foi o maior desafio do Direito da Concorrência, independentemente do mercado, segmento ou atividade econômica sob exame. Mesmo os critérios tradicionais da análise antitruste, como o mercado relevante e o *market share*, não deixam de ser *proxies* ou tentativas parciais e imperfeitas de mensurar algo que, como o poder econômico, é uma questão essencialmente de fato, cuja natureza dinâmica e plástica é de difícil apreensão por meio de indicadores formais e objetivos.

Entretanto, na *data-driven economy*, as dificuldades para a identificação e estimação do poder econômico ficam ainda maiores. Uma das razões é o fato de que a ideia de substituíbilidade entre produtos e serviços, tão importante para a identificação do mercado relevante, torna-se mais fluida. Em muitos casos, além das eventuais zonas de sobreposição, há fundadas dúvidas sobre que produtos ou serviços, apesar de não idênticos, são funcionalmente semelhantes a ponto de integrarem o mesmo mercado relevante.

¹ FRAZÃO, Ana. Big data e impactos sobre a análise concorrencial: Direito da Concorrência é um dos mais afetados pela importância dos dados. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-a-analise-concorrencial-29112017>>.

Apenas a título de ilustração, vale mencionar a decisão da União Europeia que condenou o Google por abuso de posição dominante no mercado de buscas para favorecer o seu comparador de preços². Uma discussão preliminar é saber se serviços semelhantes que, assim como é o caso do Facebook, também oferecem buscas poderiam ser considerados integrantes do mesmo mercado relevante.

Veja-se que a questão não é trivial e pode influenciar de forma drástica o resultado da análise concorrencial. Como a estimativa das participações de mercado depende da prévia identificação do mercado relevante, é inequívoco que as dificuldades para a delimitação deste comprometerão necessariamente o prosseguimento da análise antitruste pela metodologia tradicional.

Por outro lado, mesmo com a determinação do mercado relevante, a análise concorrencial terá que considerar que, diante da tecnologia e da crescente interconexão entre mercados, muitos dos quais apresentam vários lados, tão importante quanto segmentar esses mercados é compreendê-los a partir de suas ligações funcionais, sem o que não se entenderá adequadamente a dinâmica competitiva que surge a partir deles³. Dessa maneira, a análise concorrencial encontrará o desafio adicional de encontrar mecanismos para não isolar os mercados selecionados, integrando-os com os outros mercados interconectados em todas as etapas da sua análise.

Ademais, mesmo no âmbito de cada um dos mercados relevantes envolvidos, é de extrema complexidade a estimação do poder dos agentes. Critérios como o faturamento ou o volume de vendas, tradicionalmente utilizados para tais fins, podem não ser suficientes ou mesmo fidedignos na *data-driven economy*, principalmente diante da necessidade de avaliar o poder potencial dos agentes, cujo exercício deve ser objeto de prognoses em cenários de curto e longo prazo.

Assim, abrem-se discussões sobre que outros critérios poderiam ou deveriam ser considerados na análise concorrencial. Dentre eles, podem ser mencionados o volume de dados à disposição de determinado agente econômico, bem como a sua capacidade de processamento. Todavia, somente o

² COMISSÃO EUROPEIA. Caso 39749. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740>

³ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 59-61.

volume está sujeito a uma métrica objetiva, a qual, mesmo assim, pode não ser um preciso indicador de poder econômico. Afinal, os dados importam na medida em que podem ser convertidos em informações úteis, o que mostra a interdependência entre os dados e o seu processamento.

Já no que se refere ao processamento de dados, é de extrema dificuldade a aferição das capacidades de cada agente econômico, bem como de seu respectivo valor, uma vez que tal exame é necessariamente qualitativo e as eventuais participações de mercado precisam ser avaliadas não apenas de forma estática, mas também a partir de suas causas. Em outras palavras, é importante saber se a participação de mercado de determinado agente decorre da preferência ou da dependência/necessidade tanto dos adquirentes de dados, como dos ofertantes de dados, isto é, os usuários e consumidores, estejam eles conscientes ou não de sua posição.

Apesar de todas as dificuldades para a mensuração apontada, alguns parâmetros já vêm sendo apresentados. O Google, por exemplo, já teve a oportunidade de indicar que os dados de uma pessoa valem em torno de 720 dólares por ano⁴. Mesmo que essa conta seja subestimada e não necessariamente reflita o potencial desses dados de gerar informações úteis, pode oferecer uma referência mínima do ativo que está sob exame.

Outro importante indicador de poder econômico é oferecido por Tim Wu⁵, ao mostrar que a atenção virou uma das principais *commodities* da nossa época, de forma que o poder de uma plataforma poderia ser avaliado a partir do tempo que os consumidores gastam nela. A razão é simples: quanto maior o tempo em que o usuário permanece *online* na plataforma, maior o tempo que esta dispõe para coletar os dados dele e ainda para submetê-lo à publicidade e a outras formas de exploração comercial⁶.

No artigo anterior, viu-se também que, quanto maior o tempo gasto em plataformas, maiores as chances de que “os mercadores da atenção”, para se utilizar da expressão de Tim Wu, possam influenciar ou manipular os usuários para diversos fins, comerciais ou não, tornando a sua situação ainda mais

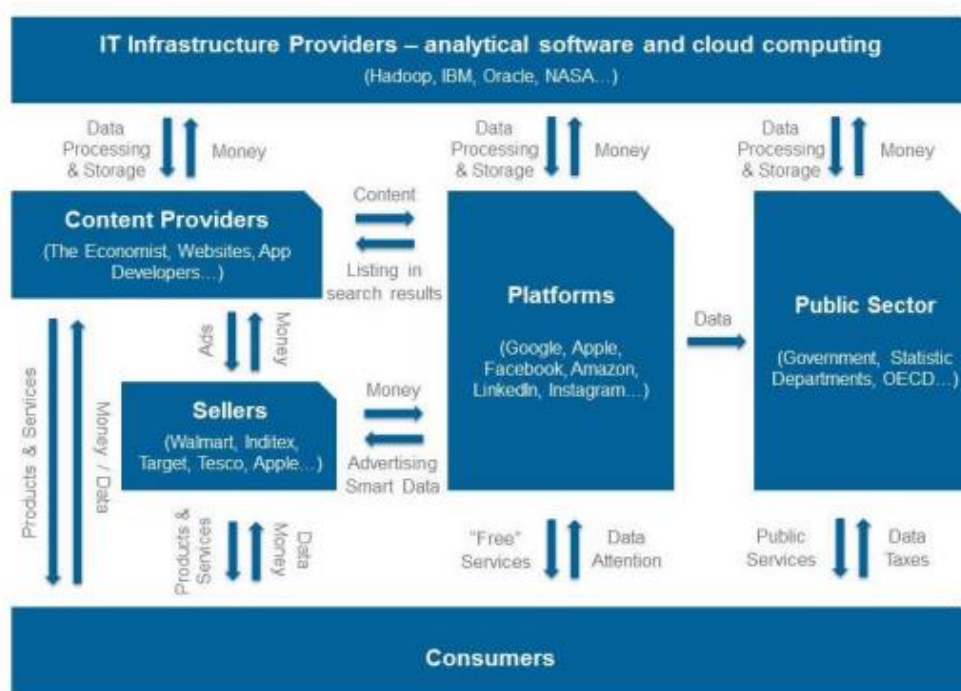
⁴ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2017. p. 235.

⁵ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. Nova Iorque: Alfred A. Knopf, 2016.

⁶ KAUSHIK, Avinash. *Web analytics 2.0: the art of online accountability & Science of customer centricity*. Indianapolis: Wiley, 2010. pp. 44-51.

vulnerável. Assim, estimar a quantidade de tempo/atenção dos inúmeros usuários pode ser interessante *proxy* para entender a posição dominante de determinado agente.

Tal aspecto está obviamente ligado à questão das plataformas e à dinâmica concorrencial por elas criada, o que já foi tratado no artigo anterior. Todavia, para reforçar o papel desse modelo de negócios, recorre-se a interessante representação gráfica, constante de relatório da OCDE⁷, sobre o que seria o ecossistema do *big data*:



Como se pode observar, as plataformas vêm ocupando progressivamente papel central na economia digital, exercendo sofisticada e complexa intermediação entre provedores de conteúdo, vendedores de produtos e serviços, provedores de infraestrutura de TI, consumidores e mesmo o governo.

As plataformas são, portanto, os centros de uma complexa teia de relações empresariais e não empresariais, cujo poder precisa ser adequadamente compreendido diante desse contexto de interconexão, bem como dos seus relevantes efeitos de rede. Dessa maneira, o número de conexões, bem como a sua variedade e sofisticação, precisam ser considerados pela autoridade antitruste.

⁷ OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background note by the Secretariat*. 29-30 nov. 2016. p. 12.

Importante referência do poder econômico daí decorrente é a própria percepção do mercado a respeito do valor de tais potencialidades e do risco dos negócios a elas subjacentes. Nesse sentido, indicadores econômicos mostram que empresas como Alphabet (Google), Facebook e Amazon não estão sendo analisadas por investidores como se fossem negócios de alto risco, mas como se sua posição dominante fosse sustentável e suas características de acumulação de dados e de efeitos de rede lhes permitisse eventualmente alcançar lucros de monopólio.

Além de indicadores econômicos, que se refletem sobretudo no valor de mercado de tais negócios, bem como no número e no valor das operações a eles inerentes, é importante também verificar as possibilidades de estimar o poder de tais agentes a partir do seu grau de influência sobre consumidores.

Com efeito, não são poucos os estudos que mostram como muitas das plataformas podem alterar, facilmente, o estado de humor ou as opiniões dos usuários ou mesmo serem instrumentos de propagação de ideias para os mais diferentes efeitos, inclusive para o fim de modificar o resultado de eleições. Novos estudos da neurociência e da psicologia reforçam a vulnerabilidade dos consumidores, diante da racionalidade limitada, da ambiguidade das preferências individuais, das limitações do livre arbítrio e de fenômenos como a ilusão da memória e as dinâmicas de grupo.

Conseqüentemente, tentar entender a extensão do poder econômico que decorre da possibilidade de exploração dessas características, ainda mais quando a elas são acrescentados fatores como a dependência dos consumidores em relação a determinados serviços, é algo fundamental. Apesar das dificuldades, torna-se necessário saber o quanto as empresas investem em *lobby*, publicidade e *marketing*, bem como quais são as suas estratégias de persuasão e influência de usuários. Afinal, Mises⁸ já dizia que, em mercados competitivos, são os consumidores e não as empresas que devem ser supremos.

O próprio contexto mais amplo em que tais agentes atuam pode conceder importantes aportes para a análise concorrencial. Segundo Stucke e Grunes⁹, em 2016, a Casa Branca teve relatório do seu Council of Economic Advisers

⁸ MISES, Ludwig von. *Human action: a treatise on economics*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 1998.

⁹ STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 240.

(CEA Reports), destacando um cenário preocupante: declínio da competição nos Estados Unidos desde a década de 70, entradas decrescendo em muitos setores, indústrias mais concentradas, lucros crescentes nas mãos de poucas empresas. O alerta fundamental do relatório é de que a falta de concorrência tem impacto inclusive no aumento da desigualdade, uma vez que poucas empresas poderosas estão extraíndo grandes lucros de trabalhadores, vendedores e consumidores. Além disso, demonstra-se que está se tornando cada vez mais difícil para novas firmas entrarem nos mercados e para trabalhadores mudarem de emprego.

Tal constatação é confirmada por muitas outras percepções, tais como as da *The Economist*¹⁰, que insiste na concentração cada vez maior dos mercados, incluindo os da economia real. Stucke e Grunes¹¹ ainda alertam para o fato de que o *big data* pode estar estabelecendo outra forma de desigualdade, ao dividir o mundo entre aqueles que sabem e aqueles que não sabem, abrindo margem para vários cenários de discriminação comportamental, em que as vítimas podem ser exatamente os mais pobres da sociedade. Logo, é inequívoco que tais preocupações precisam permear a análise concorrencial.

Por fim, ainda é preciso entender o poder dos algoritmos, os quais, como já se viu¹², fazem previsões e inferências a partir de dados sem que se saiba ao certo como, a partir de determinados *inputs*, surgem os *outputs*. A falta de transparência e *accountability* dificulta consideravelmente a análise concorrencial, já que não se sabe como e para que fins os dados estão sendo utilizados. Mesmo eventuais regressões para se entender o que é feito apresentam suas limitações naturais.

Daí muitos já se referirem aos algoritmos como verdadeiras caixas-pretas, em relação às quais, ainda que a neutralidade seja uma meta impossível, a transparência, além de possível, seria uma necessidade imperiosa. A partir do momento em que se delega a sistemas de inteligência artificial a tomada de decisões que não são objetivas, mas envolvem igualmente julgamentos morais e jurídicos, é indispensável que entenda minimamente o respectivo processo, sem o que a regulação jurídica pode se tornar inócua.

¹⁰ THE ECONOMIST. Business in America. The problem with profits. <https://www.economist.com/news/leaders/21695392-big-firms-united-states-have-never-had-it-so-good-time-more-competition-problem>

¹¹ STUCKE; GRUNES, Op. cit., pp. 240-241.

¹² FRAZÃO, Ana. Dados, estatísticas e algoritmos. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dados-estatisticas-e-algoritmos-28062017>> .

Não é sem razão que relatório da OCDE¹³ mostra que recentes debates vêm trazendo interessantes questões sobre a necessidade de transparência, *accountability* e *auditability* em relação a algoritmos, os quais são provavelmente a mais importante chave para a compreensão do poder econômico que decorre dos dados. Dessa maneira, há que se pensar em alternativas para assegurar a transparência, que vão desde os incentivos para o *disclosure* espontâneo por parte das empresas, até mesmo a imposição, por autoridades reguladoras ou concorrenciais, de acesso a tais mecanismos.

Todas as questões ora mencionadas procuram mostrar que, diante dos efeitos concorrenciais dos dados, algoritmos e plataformas, não pode haver dúvidas de que os problemas concorrenciais decorrentes da *data-driven economy* são reais e graves. Daí a necessidade de se resistir aos movimentos de captura intelectual que procuram sustentar o contrário, com base muitas vezes em mitos, como alertam Stucke e Grunes¹⁴.

Nos termos da advertência dos autores, há que se reconhecer que (i) as ferramentas do antitruste nem sempre endereçam as preocupações inerentes ao *big data*; (ii) as forças do mercado atualmente não são suficientes para resolver as questões privadas nem as concorrenciais decorrentes da utilização dos dados; (iii) tudo leva a crer que as chamadas *data-driven online industries* estão sujeitas a efeitos de rede e têm poucas barreiras à entrada; (iv) os dados têm importante significado competitivo; (v) autoridades antitruste precisam se preocupar com concorrência em *data-driven markets*, pois a concorrência nem sempre vem de diferentes fontes e os eventuais benefícios dos consumidores, por meio de bens e serviços gratuitos, podem não ser suficientes para compensar os riscos concorrenciais; e (vi) os consumidores que usam bens e serviços gratuitos não necessariamente sabem ou estão dispostos a abrir mão da sua privacidade.

Diante desse contexto, torna-se inequívoca a necessidade de adaptação e atualização da metodologia antitruste para que se possa compreender e captar, dentro do possível, as características dessa nova dinâmica competitiva, identificando as fontes e a extensão do poder econômico daí resultante. Para

¹³ OCDE. *Algorithms and collusion: competition policy in the digital age*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>>.

¹⁴ Op.cit.

isso, é necessário ampliar o rol de critérios e parâmetros utilizados na análise tradicional, cujos instrumentos nem sempre serão idôneos para compreender as novas conjunturas.

Como se verá no próximo artigo da série, tal postura será fundamental para a análise concorrencial, especialmente no que se refere às entradas e à rivalidade, bem como para endereçar algumas das principais preocupações no controle de estruturas e de condutas.

Publicado em 13 de Dezembro de 2017 no portal Jota.

Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-analise-concorrencial-13122017>>.