

Big data e concorrência

Principais impactos sobre a análise concorrencial
(Parte 3)

Ana Frazão

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

Nos dois primeiros artigos desta série, buscou-se mostrar os principais parâmetros e pressupostos que devem permear as reflexões a respeito dos aspectos concorrenciais do *big data* e as dificuldades que o tema impõe à metodologia antitruste. Neste terceiro e último artigo, procurar-se-á mapear algumas das preocupações que já se vislumbram no cenário atual.

A primeira grande preocupação decorre do fato de que a utilização do *big data* por grandes plataformas já possibilitou um crescimento extraordinário de muitas delas, que adquiriram tamanha posição dominante que são hoje popularmente conhecidas como gigantes ou titãs da internet. Por essa razão, após um período de certa inação das autoridades antitruste, a recente multa de 2,7 bilhões de dólares aplicada contra o Google pela União Europeia¹ pode ser o prenúncio de novos tempos.

Como bem resume a *The Economist*², longe de apenas competirem em um mercado, as plataformas gigantes tornam-se crescentemente o próprio mercado. Daí o receio justificável de que usem o seu poder para proteger e aumentar ainda mais a sua dominância, mesmo em detrimento dos consumidores, especialmente diante do crescimento das barreiras para a entrada nos mercados.

Prossegue a reportagem mostrando a necessidade de se ter muito cuidado com as concentrações e com o tratamento dos dados pessoais dos usuários, considerados a verdadeira moeda do ambiente digital. No que diz respeito à primeira questão, a preocupação é com atos de concentração que podem neutralizar ameaças competitivas de longo prazo, aspecto que, se tivesse

¹ Ver: SCOTT, Mark. Google fined record \$2.7 billion in E.U. antitrust ruling. *The New York Times*. 27 jun. 2017.

² THE ECONOMIST. The new titans. And how to tame them. 20 jan. 2018.

sido considerado na época, provavelmente poderia ter evitado a aquisição do Whatsapp pelo Facebook ou do Waze pelo Google. Já no que diz respeito aos dados, a ideia é assegurar aos usuários maior controle sobre suas informações, inclusive para o fim de torná-las disponíveis em tempo real, caso assim desejarem, para outras empresas.

Outro ponto explorado é o de que se deveria cogitar de instrumentos de compartilhamento ou cessão de dados das grandes plataformas com as demais empresas, especialmente as concorrentes, ainda que de forma remunerada. Ocorre que tal solução, como já se viu no primeiro artigo desta série, além das dificuldades práticas para a sua implementação, pode não ter resultados eficazes caso as adquirentes não tenham a devida capacidade para analisar e interpretar os dados de forma competitiva.

Endossando as mesmas preocupações, artigo também recente do *Wall Street Journal*³ acentua a dominância das grandes plataformas nos Estados Unidos, onde a Alphabet, controladora da Google, tem 89% do mercado de buscas, 95% de jovens adultos usam o Facebook e a Amazon responde por 75% das vendas de livros online. Nesse cenário, as empresas que não são monopolistas são duopolistas: Google e Facebook absorvem 63% do gasto online no ano passado, Google e Apple proveem 99% dos sistemas operacionais de celulares, enquanto Apple e Microsoft ofertam 95% dos sistemas operacionais de computadores. O nível de preocupações concorrenciais chegou a tal ponto que, segundo a reportagem, muito se vem falando sobre a quebra de tais empresas, a exemplo do que já ocorreu com a Standard Oil e com a AT&T.

É nesse contexto que ganha força o alerta de Roger McNamee⁴ que, retomando as preocupações já endereçadas por Marc Andreessen em 2011, considera que os gigantes da internet estão engolindo a economia mundial. Aponta o autor para os dois principais tipos de riscos: (i) os relacionados aos usuários, considerando que plataformas como Facebook, Google, Amazon, Alibaba e Tencent usaram técnicas comuns em propaganda e cassinos para promover o vício psicológico; e (ii) os geopolíticos, considerando os danos que as informações falsas ou enviesadas podem causar na esfera política, de que os casos Brexit e eleição presidencial norte-americana de 2016 são exemplos.

³ IP, Greg. The antitrust case against Facebook, Google and Amazon. *The Wall Street Journal*. 16 jan. 2018.

⁴ MCNAMEE, Roger. Viciados e traficantes nas mídias sociais. *Valor Econômico*. 29 jan. 2018.

Segundo o autor, mais do que o risco concorrencial, o que está sob ameaça é a própria democracia, diante da crescente perda do debate público, uma vez que os filtros utilizados pelas plataformas, para o fim de dar aos usuários apenas o que eles querem, têm o efeito de polarizar as populações, deixando os usuários suscetíveis a manipulações de todos os tipos e destruindo a legitimidade das instituições democráticas.

Todas essas questões mostram como a ausência de uma regulação jurídica adequada para o *big data* e as plataformas digitais é preocupante. Embora a experiência mostre ser possível a existência de rivalidade entre plataformas em determinados segmentos – vendas de imóveis, atividades de turismo e sites de namoro, por exemplo –, não é esta a regra quando se trata dos gigantes. Na verdade, como explica Jean Tirole⁵, o modelo de negócios das plataformas é propenso à formação de monopólios naturais em razão dos efeitos de rede e das economias de escala.

Daí a necessidade de envidar esforços para se saber qual é o ponto de equilíbrio entre os benefícios que decorrem do crescimento e agigantamento de tais plataformas – notadamente as economias de escala e os efeitos de rede indiretos⁶ – e os riscos e danos à concorrência e aos consumidores, especialmente quando analisados no médio e no longo prazo.

Nesse balanceamento, há que se considerar igualmente que os benefícios que os consumidores normalmente usufruem de várias plataformas a "preço zero" não são propriamente gratuitos, já que a moeda de pagamento são os dados pessoais. Aliás, parte considerável do sucesso de muitas plataformas decorre precisamente do *big data*, ou seja, da ampla e maciça utilização dos dados pessoais dos usuários, sem o conhecimento e consentimento informado destes.

⁵ TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. Princeton: Princeton University Press, 2017. p. 398.

⁶ Segundo Evans and Schmalensee (Markets with two-sided platforms. *Issues in competition law and policy*. v. 667, 2008), estes são os maiores benefícios decorrentes da concentração de poder adquirida pelas plataformas. Por essa razão, sustentam Haucapp e Heimeshoff (Google, Facebook, Amazon, eBay: is the internet driving competition or market monopolization? *International economics and economic policy*. v. 11, n. 1-2, pp. 49-61, fev. 2014. pp. 51-52) que, no tocante às plataformas digitais, a concentração deve se vista de modo diverso e mais condescendente do que é vista em relação aos negócios reais, já que o tamanho das plataformas é indispensável para que atinjam uma utilização eficiente e a concorrência pode levar à perda de eficiência por meio dos efeitos indiretos. Acreditam os autores, portanto, que tais estruturas, exatamente em razão dos efeitos de rede, tendem a ser eficientes, assim como observam que não é claro como a concentração de mercado e os benefícios do consumidor são relacionados nessas plataformas nem se tais mercados são naturalmente convergentes para um monopólio.

Logo, por mais que os problemas expostos possam exigir soluções regulatórias específicas para a questão dos dados pessoais, é inequívoco que existe um espaço considerável para que o Direito da Concorrência possa assumir o seu papel como um dos principais e mais estratégicos instrumentos para lidar com as referidas preocupações.

É claro que a aplicação do Direito Concorrencial a tais questões está eivada de dificuldades, a começar com a necessidade da própria adaptação da metodologia antitruste, como já se viu no segundo artigo desta série. Entretanto, apesar dos desafios, a análise antitruste deverá tentar superá-los sempre por meio da análise conjunta e dinâmica dos pontos de partida que caracterizam tais mercados: dados, algoritmos, plataformas, privacidade e captura intelectual.

Vale lembrar que, em se tratando de plataformas, a compreensão da racionalidade dos mercados de dois lados e da dinâmica entre os dois é fundamental para evitar falsos diagnósticos de preços predatórios ou de preços excessivos, o que poderia ocorrer se o exame dos preços levasse em consideração apenas um dos lados do mercado.

Também é imprescindível a reflexão sobre os efeitos de rede⁷ e sobre o real poder dos algoritmos, bem como das repercussões de algumas variáveis competitivas importantes, tais como a diferenciação de produtos ou serviços e a heterogeneidade de usuários⁸.

Acresce que, diante da vastidão e da complexidade das questões a serem consideradas, há de se adotar uma postura estratégica para selecionar os casos que mais devem despertar a atenção e o cuidado das autoridades antitruste. Além das aquisições, Tim Wu⁹ destaca, dentre outros, os comportamentos excludentes, que dificultam a entrada e barram a inovação externa.

⁷ Evans e Schmalensee (Op. cit.) mostram que os efeitos de rede precisam ser mais bem estudados. Dentre os argumentos apresentados, estão: (i) superioridade dos efeitos indiretos; (ii) efeitos de rede decorrem da obtenção dos usuários certos, não apenas de mais usuários; (iii) efeitos de rede podem trabalhar em reverso – um sai e vários querem sair. O objetivo principal dos autores, assim, é mostrar a necessidade de parâmetros para a avaliação desses efeitos.

⁸ Nesse sentido, Haucapp e Heimeshoff (Op. cit., pp. 51-53) mostram que vários pontos precisam ser levados em consideração: (i) restrições de capacidade, já que, enquanto estruturas físicas, como shopping centers, são fisicamente limitados, isso não acontece necessariamente com as plataformas; (ii) limitação do espaço para propaganda, pois o excesso de publicidade é percebido como incômodo pelo usuário; e (iii) a diferenciação de produtos e serviços e heterogeneidade das preferências dos usuários, o que pode atenuar os efeitos da concentração.

⁹ WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*. v. 78, pp. 313-328, 2012.

Certamente que uma das prioridades nessa seara deve ser o controle de estruturas. Em se tratando de mercados movidos ou influenciados pelo *big data*, mesmo aquisições pequenas podem ser concorrencialmente problemáticas, especialmente se realizadas por plataformas gigantes e tendo por objeto empresas que, a médio ou longo prazo, poderiam ser importantes rivais. Não se pode esquecer que os recursos do *big data* possibilitam àqueles que deles se utilizam mapear entradas e o crescimento de novos rivais com muita rapidez, a fim de criar estratégias anticompetitivas, seja para adquiri-los, seja para aniquilá-los.

Obviamente que, para endereçar tais preocupações, o critério de notificação baseado no faturamento das duas partes é manifestamente inidôneo. Seria necessário, pois, buscar novos parâmetros, tais como o valor da operação ou a própria envergadura do adquirente, vista obviamente não apenas a partir dos critérios tradicionais, mas sobretudo a partir do poder decorrente do *big data* e do *big analytics*.

No Brasil, enquanto não realizada uma reforma legislativa, o CADE poderia perfeitamente se valer da sua competência prevista no artigo 88, § 7º, da Lei n. 12.529/2011, já que a lei lhe confere considerável discricionariedade para conhecer de operações que não atendam aos requisitos legais.

Uma vez sob escrutínio das autoridades antitruste, a análise de operações nos *data-driven markets* deveria priorizar, além das entradas, o potencial de rivalidade futura entre as partes. Diante da dinamicidade de tais mercados, as prognoses e cenários futuros não podem ser limitados ao presente. Basta lembrarmos o exemplo do Instagram, que, de plataforma de compartilhamento de fotografias, logo se tornou rede social muito próxima ao Facebook.

No que diz respeito às condutas, as possibilidades de práticas unilaterais expropriatórias de consumidores são grandes. Stucke e Grunes¹⁰ mostram que a extração de riqueza dos consumidores pode ocorrer em diversos níveis, a saber: (i) coleta de dados; (ii) coleta de conteúdos; (iii) anúncios comportamentais e discriminação; (iv) extração de dados de outros websites. Daí a conclusão dos autores de que, enquanto para bens homogêneos, um cenário provável é o de colusão, para bens diferenciados, o cenário provável é de discriminação

¹⁰ STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. pp. 237-241.

comportamental, a fim de extrair do consumidor, com base no que se conhece dele, tudo o que for possível.

Acrescenta-se, ainda, a possibilidade que tais agentes têm de moldar e manipular as mentes dos seus usuários, cujas consequências ultrapassam as questões concorrenciais e se interpenetram com os valores fundamentais das sociedades democráticas. Daí ter se alertado, desde o primeiro artigo desta série, para a importância da proteção dos dados pessoais dos usuários e para os riscos de captura intelectual.

Também em relação às práticas ilícitas contra concorrentes, são inúmeras as possibilidades. Como já se adiantou, o *big data* e o *big analytics* possibilitam o monitoramento não apenas de entradas mas de iniciativas e estratégias dos concorrentes. Stucke e Grunes¹¹ citam como exemplo a situação de um supermercado que, por meio de dados da geolocalização do usuário, sabe que este está se dirigindo a um supermercado rival e pode enviar a ele uma publicidade instantânea com descontos seletivos para atraí-lo.

Além disso, as grandes plataformas podem facilmente praticar vários atos abusivos contra os que dela dependem, assim como discriminação de concorrentes não integrados. Toda a celeuma relacionada à já referida multa do Google refere-se ao último tipo de conduta, já que a plataforma foi acusada de beneficiar seu próprio serviço - Google Shopping - em detrimento dos concorrentes.

Já no que diz respeito a condutas colusivas, a precificação por algoritmos faz com que o cartel seja uma possibilidade de fácil implementação. Isso traz repercussões não apenas sobre necessidade de maior transparência e *accountability* dos algoritmos, como também sobre a revisão dos próprios parâmetros de constatação do cartel, readequando-os para a nova realidade.

Com efeito, em um cenário como este, exigir que, além do paralelismo, estejam comprovados os chamados *plus factors* poderia levar à irresponsabilidade organizada dos agentes. Por outro lado, partindo da premissa de que a responsabilidade objetiva tem várias limitações para o direito

¹¹ STUCKE; GRUNES, Op. cit., p. 237.

punitivo¹², o mero paralelismo também não poderia ser suficiente para a constatação da prática.

Assim, no esforço de se buscar outros parâmetros para a constatação do cartel, uma seara a ser percorrida é a da violação do dever de cuidado ou de monitoramento dos agentes que optaram pela precificação por algoritmos.

Nesse sentido, é perfeitamente razoável que seja considerada pelo menos culposa a conduta do agente que se utiliza, voluntariamente e sem os cuidados devidos, de mecanismos de precificação que podem levar a práticas concertadas. Seja porque o agente implementou um algoritmo sem saber minimamente como ele age - violação ao dever de diligência por tomar decisão não informada -, seja porque não adotou as providências necessárias para, a partir do monitoramento dos resultados práticos da utilização dos algoritmos, evitar a colusão - violação ao dever de diligência por ausência de controle de risco -, é possível se falar em ato ilícito, ainda que não doloso.

Na verdade, a transferência de decisões e estratégias empresariais das mais relevantes para máquinas e algoritmos, incluindo obviamente a questão da precificação, não pode acontecer sem a assunção das devidas responsabilidades e controle de riscos. Por essa razão, o cumprimento ou não do dever de cuidado pode ser importantes critérios para a diferenciação entre as práticas lícitas e as ilícitas.

Conclui-se, portanto, que os riscos concorrenciais decorrentes do *big data*, especialmente diante do protagonismo crescente das grandes plataformas, são reais. Por mais que o enfrentamento do problema envolva questões de alta complexidade, já está mais do que na hora de pensar sobre como o Direito da Concorrência pode e deve se adaptar diante desse novo cenário.

Publicado em 7 de Fevereiro de 2018 no Portal Jota.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/big-data-e-impactos-sobre-analise-concorrencial-2-07022018>

¹² FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. pp. 261-267.