



EMPRESA, MERCADO E TECNOLOGIA

Ana Frazão
Angelo Gamba Prata de Carvalho

Coordenadores



FORUM

BIG DATA, PLATAFORMAS DIGITAIS E PRINCIPAIS IMPACTOS SOBRE O DIREITO DA CONCORRÊNCIA

ANA FRAZÃO

I Introdução

Embora a importância crescente dos dados na economia tenha repercussões sobre praticamente todas as searas jurídicas, não há dúvidas de que o Direito da Concorrência é uma das mais afetadas, já que, no contexto da chamada *data driven economy*, são os dados e a utilização deles os verdadeiros vetores da atividade econômica e das condições concorrenciais.

Não é exagerada a afirmação de Alec Ross¹ de que as escolhas sobre como vamos gerenciar e administrar os dados na atualidade serão tão importantes quanto as decisões sobre o gerenciamento da terra durante a era agrícola ou da indústria durante a era industrial.

É diante desse cenário que o presente artigo pretende tratar de algumas das repercussões essenciais do *big data* sobre o Direito da Concorrência, demonstrando como os novos fenômenos alteram e modificam a própria noção de poder econômico, exigindo adaptações na metodologia antitruste e novas reflexões sobre o próprio escopo da competição e do controle do poder econômico.

II Os impactos concorrenciais dos dados e dos algoritmos

Para a compreensão da repercussão da economia movida a dados sobre o Direito da Concorrência, é necessário compreender a importância dos dados. Nesse sentido, não é exagero dizer que os dados são o novo petróleo.² Mais do que um insumo ou uma moeda, os dados correspondem a grandes fontes de poder na medida em que podem ser convertidos em informações úteis para os mais diversos propósitos.

¹ ROSS, Alec. *The industries of the future*. New York: Simon & Schuster, 2016.

² THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 15 nov. 2018.

Os dados precisam, portanto, ser processados e trabalhados para que possam gerar valor. Se tal constatação não afasta a importância dos dados isolados ou “crus”, tem o importante papel de realçar o fato de que o mero acesso a dados, sem a possibilidade efetiva e eficiente de transformá-los em informação, pode ser insuficiente para resolver diversos problemas competitivos.

Daí a progressiva importância que se dá ao *big analytics*, ou seja, à possibilidade de extrair, a partir dos dados, correlações, diagnósticos, padrões, inferências e associações. Para tal objetivo, é grande a importância dos algoritmos responsáveis por tal processamento. Não é sem razão que dois dos famosos “4 Vs”,³ que são os critérios de avaliação do *big data* – velocidade, variedade, volume e valor –, referem-se claramente ao *big analytics*: a velocidade e o valor. Com efeito, de nada adianta ter grande e diversificado volume de dados se não for possível transformá-los rapidamente em informação útil.

Isso não quer dizer, repita-se, que os meros dados sejam irrelevantes, tal como sustenta o Google, ao reiterar que o importante é a sua receita – os seus algoritmos – e não propriamente os ingredientes nela utilizados – os dados.⁴ Na verdade, assim como não há como se fazer uma boa receita sem bons ingredientes, de nada adianta ter bons ingredientes sem saber o que fazer com eles ou sem ter condições de atribuir-lhes uma destinação útil, rápida e eficaz.

Daí por que, para efeitos concorrenciais, ainda que os dados pudessem ser vistos como ativos baratos e de fácil obtenção, até mesmo em razão da sua ubiquidade, o grande problema seria saber como os dados acessados por diferentes agentes econômicos poderiam ser convertidos em informação e, numa etapa posterior, em poder econômico.

Logo, os dados, por um lado, e a capacidade de processá-los para convertê-los em informações úteis, por outro, guardam entre si uma relação dinâmica de interdependência, em que um só faz sentido diante do outro, já que a geração de valor depende do acesso simultâneo aos dois recursos.

Consequentemente, nem os dados nem a capacidade de processamento podem ser isolados na análise concorrencial. Esse ponto é importante porque, embora muito se tenha falado recentemente sobre os dados como uma *essential facility*,⁵ é forçoso reconhecer que de nada adianta ter acesso aos dados se não há condições de transformá-los, de forma competitiva, em informações úteis.

Isso certamente causa e causará diversos problemas concorrenciais, até porque o acesso a dados não é algo simples. Por se tratar de bens imateriais, o raciocínio a ser empregado, na hipótese de se considerá-los como *essential facilities*, não pode ser o mesmo que o utilizado em questões que dizem respeito a infraestruturas físicas. Assim, não é trivial nem mesmo delimitar o que vem a ser o acesso a dados, pois isso depende

³ HASHEM, Ibrahim *et al.* The rise of “big data” on cloud computing: review and open research issues. *Information systems*, v. 47, p. 98-115, 2015.

⁴ Nesse sentido, ver entrevista do Economista-Chefe do Google Hal Varian: ALAM, Asif. Entrevista com o Economista Chefe do Google, suas grandes apostas, sucesso e parceria. *Thomson Reuters*. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/corporacoes/blog/entrevista-com-o-economista-chefe-do-google-suas-grandes-apostas-sucessos-e-parcerias.html>.

⁵ De acordo com a jurisprudência norte-americana, a doutrina da *essential facility* diz respeito às situações nas quais um monopolista que controle infraestrutura essencial a outros concorrentes deve fornecer, caso isto seja possível, acesso sob condições razoáveis, sendo exemplo clássico o das ferrovias. Ver: LIPSKY, Abbott; SIDAK, J. Gregory. *Essential facilities*. *Stanford law review*. v. 51, p. 1188-1248, 1998-1999.

de premissas prévias sobre os tipos de dados envolvidos, a forma como deveriam ser disponibilizados (agregados ou não, organizados ou não) ou atualizados.

Veja-se que tais aspectos são fundamentais para que se possa garantir eventual direito de acesso, inclusive para o fim de monitoramento pelas autoridades antitruste. Entretanto, já se viu que o mero acesso a dados pode ser insuficiente para resolver problemas concorrenciais, especialmente quando os agentes econômicos detêm diferentes capacidades de processamento de dados, tanto em termos de qualidade como em termos de velocidade.

A depender do desnível entre os agentes econômicos, a capacidade de acesso e de processamento de dados pode se transformar em verdadeira barreira de acesso ou permanência em determinados mercados. Tal aspecto é ainda mais preocupante diante da falta de transparência e *accountability* em relação aos algoritmos, o que dificulta ou impede que se saiba como eles utilizam os dados e para que fins.⁶

III O poder das plataformas digitais e suas repercussões sobre o Direito da Concorrência

Os desafios que os dados e os algoritmos apresentam para o Direito da Concorrência são potencializados pelas plataformas digitais, que são os modelos de negócios adotados por vários dos principais coletores e processadores de dados, de que são exemplos Facebook e Google, caracterizados por mercados de dois ou mais lados em que a plataforma exerce o papel de conexão e *matchmaking*, dentre inúmeros outros.⁷

Tais modelos de negócio apresentam diversas características que tornam a competição nos mercados muito difícil, tais como a dinâmica *the winner takes it all* – o ganhador leva tudo –, a existência de mercados de múltiplos lados onde os consumidores estão normalmente no lado gratuito,⁸ os efeitos indiretos de rede e a vasta acumulação de dados por apenas um pequeno número de *players*. Daí inclusive a tendência de serem monopólios virtuais.⁹

Como a utilização dos dados na atualidade vem ocorrendo com um grande protagonismo das plataformas digitais, a atuação destas apresenta um duplo efeito no plano concorrencial: (i) criação de dinâmica concorrencial própria sobre a utilização e processamento dos dados no seu âmbito, o que impossibilita ou torna consideravelmente difícil a concorrência no mercado de dados e o processamento fora delas e (ii) e o fomento da crescente dependência dos demais agentes econômicos em relação aos seus serviços.

⁶ FRAZÃO, Ana. Dados, estatísticas e algoritmos. *Jota*. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dados-estatisticas-e-algoritmos-28062017>; FRAZÃO, Ana. Premissas para a reflexão sobre a regulação da tecnologia. *Jota*. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/premissas-para-a-reflexao-sobre-a-regulacao-da-tecnologia-16112017>.

⁷ Para mais informações sobre as plataformas digitais, ver FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica. In: PARENTONI, Leonardo. *Direito, tecnologia e inovação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 635-670.

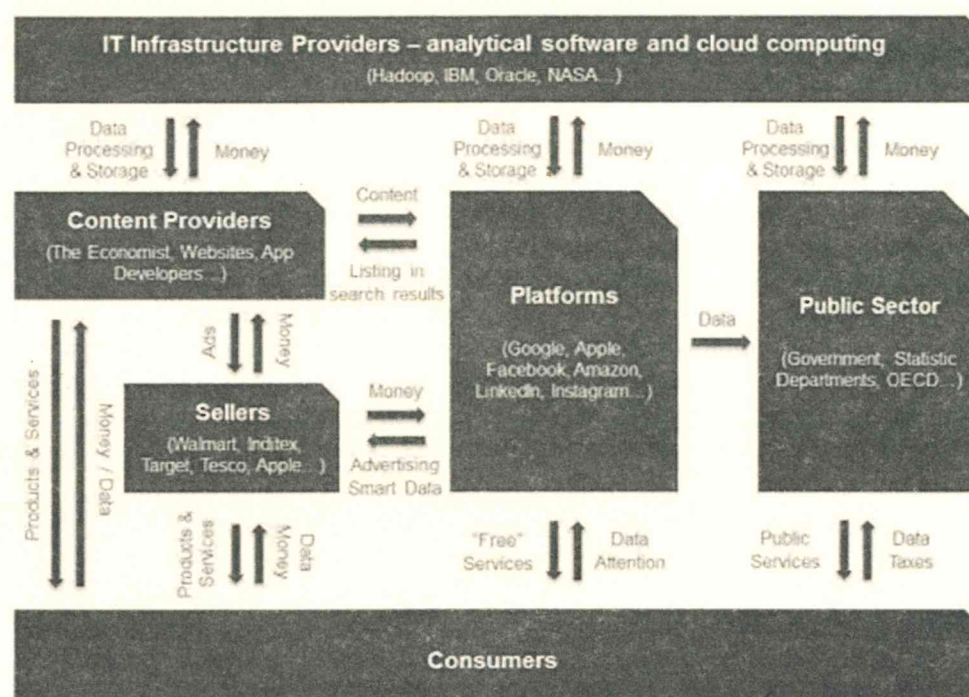
⁸ Fala-se em gratuito no sentido de que o usuário não precisa pagar pelos serviços em dinheiro, embora acabe pagando com os seus dados pessoais.

⁹ FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e repercussões concorrenciais. *Jota*. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/plataformas-digitais-e-repercussoes-concorrenciais-09082017>.

A interação entre todos esses fatores é tão intensa que Ezrachi e Stucke¹⁰ afirmam que o surgimento de algoritmos, do *big data* e de superplataformas irá acabar com a concorrência, tal como nós a conhecemos hoje. Por essa razão, acaba sendo difícil falar em economia movida a dados sem falar também nas plataformas digitais.

Para entender melhor o protagonismo e o significado desse modelo de negócios, é importante tratar das suas diversas esferas de poder. Embora não seja fácil a sistematização do assunto, tentar-se-á aqui apresentar um esboço dos principais tipos de poder de que gozam as plataformas.¹¹

O primeiro deles é o *poder de conexão* (*gatekeeper power*), uma vez que as plataformas se propõem a colocar em contato agentes econômicos, consumidores e mesmo governos, muitas vezes sendo a única real opção para tornar todas essas interações possíveis. Interessante representação gráfica, constante de relatório da OCDE,¹² mostra a centralidade das plataformas no ecossistema do *big data*:



¹⁰ EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press. 2016. p. 233.

¹¹ Alguns dos desdobramentos do poder das plataformas que serão apresentados neste artigo, especialmente os poderes de conexão, alavancagem e extração de dados, são bem trabalhados em: KHAN, Lina. What makes tech platforms so powerful? In: *Digital Platforms and Concentration*. Disponível em: <https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.

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

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, ainda mais diante do fato de que as plataformas são capazes de extrair vantagens de todos os usuários que dependam da sua infraestrutura, inclusive para efeitos de limitar a possibilidade de determinados agentes econômicos buscarem seus usuários de forma independente.

Outra importante dimensão das plataformas é o *poder de alavancagem*, (*leveraging power*), uma vez que não servem apenas como infraestruturas de conexão. É normal que integrem os mesmos mercados de vários dos seus usuários, circunstância que pode dar ensejo a que privilegiem os interesses próprios sobre os dos usuários. Dessa maneira, o problema de conglomerado¹³ passa a ganhar um novo contorno, inclusive no que diz respeito às preocupações decorrentes do aumento do poder financeiro (*deep pocket*) e dos riscos de fechamento de mercado.

As plataformas têm também o *poder de extração e exploração de dados pessoais*, uma vez que podem monitorar cuidadosamente os seus usuários e, por meio das interações e pegadas digitais destes, inferir grande soma de informação sobre eles, compreendendo-os melhor do que si próprios e podendo obter grandes vantagens em virtude desse conhecimento.

Outra importante dimensão de grandeza é a que decorre do *poder de comunicação*, especialmente no contexto atual, bem traduzido por Herbert Simon,¹⁴ quando afirma que a riqueza de informação cria uma pobreza de atenção. Nesse sentido, as plataformas podem filtrar, selecionar e ordenar a informação que será dirigida aos seus usuários. Mais do que isso, podem moldar a informação de acordo com os seus interesses, por meio de diversas alternativas, tais como *agenda setting*, *framing*, dentre outras.¹⁵

Tal poder é potencializado ainda diante de dois importantes fatores: (i) o número cada vez maior de usuários que se informa exclusiva ou principalmente por meio das plataformas¹⁶ e (ii) a possibilidade de ser canalizado para persuadir as pessoas, com o que deriva para o *poder de influência e de manipulação*.

Com efeito, por meio dos dados coletados dos usuários, as plataformas acumulam um grande poder econômico, o qual pode ser utilizado em detrimento de uma série de

¹³ Para entender melhor os riscos concorrenciais dos conglomerados, ver FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 120.

¹⁴ SIMON, Herbert. Designing organizations for an information-rich world. In: GREENBERGER, M. *Computers, communications and the public interest*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1971.

¹⁵ Para a melhor compreensão do poder de comunicação e suas diversas estratégias, ver CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

¹⁶ SHEARER, Elisa; GOTTFRIED, Jeffrey. News use across social media platforms 2017. *Pew research center*. Disponível em: <http://www.journalism.org/2017/09/07/news-use-across-social-media-platforms-2017/>. Acesso em: 18 nov. 2018.

direitos destes mesmos usuários, tais como privacidade, autodeterminação informativa e mesmo identidade e cidadania.¹⁷

Por essa razão, a utilização maciça de dados pessoais coloca os titulares de dados sob um triplo risco: (i) a coleta em si dos dados, o que já seria preocupante; (ii) a utilização dos dados para a construção de informações, perfis, classificações e julgamentos a seu respeito, que podem ser utilizados para fins comerciais diversos; e (iii) a utilização dessas informações para manipular os próprios titulares, para os fins mais diversos, inclusive políticos.

Apenas para se ter uma dimensão do risco mencionado, em recente entrevista, o professor Martin Hilbert¹⁸ afirma que, com 150 “curtidas”, determinados algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que o seu companheiro e que, com 250 “curtidas”, os algoritmos podem saber mais sobre uma pessoa do que ela própria.

Todo esse conhecimento ainda pode ser utilizado para, associado ao poder da comunicação, hoje também embasado nos estudos da biologia, neurociência e psicologia, manipular as pessoas, bem como tentar modificar suas crenças e opiniões.¹⁹ Daí a afirmação de Tim Wu²⁰ de que o verdadeiro negócio de muitas plataformas é influenciar consciências. Têm-se aí todas as condições para exercer aquela que, segundo Castells,²¹ é a forma mais fundamental de poder: a habilidade de moldar a mente humana.

E não se trata de meras especulações ou receios injustificados. Dentre as inúmeras pesquisas sobre o tema, vale ressaltar o importante trabalho de Robert Epstein,²² que, a partir de pesquisa empírica, demonstra os efeitos do que chama de *search engine manipulation effect* (SEME) e *search engine suggestion effect* (SESE).

Por fim, as plataformas ainda conseguem acumular uma significativa dimensão de poder político, já que podem usar o seu poder de manipulação para interferir em processos políticos e mesmo no resultado de eleições. Em recente palestra proferida no Stigler Center, Luigi Zingales²³ resumiu essa dimensão de poder de uma maneira bem simples: ao contrário dos demais agentes econômicos, que sempre puderam oferecer dinheiro para os agentes políticos, as plataformas podem também oferecer diretamente votos.

As recentes suspeitas de manipulação do resultado de eleições, como no caso do Brexit, Donald Trump e mesmo Jair Bolsonaro no Brasil, ajudam a compreender a dimensão de poder político que pode ser exercida, direta ou indiretamente – por meio de seus parceiros comerciais – pelas plataformas digitais. Isso sem contar as inúmeras outras formas de influência política, tais como *lobby*, captura de agências reguladoras e mesmo de pesquisas e resultados acadêmicos, dentre outros.

¹⁷ Sobre os riscos das plataformas digitais sobre os direitos da personalidade, ver FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

¹⁸ LISSARDY, Gerardo. ‘Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída’, afirma guru do ‘big data’. BBC. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>.

¹⁹ FRAZÃO, Ana. Premissas para a reflexão sobre a regulação da tecnologia. Jota. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/premissas-para-a-reflexao-sobre-a-regulacao-da-tecnologia-16112017>.

²⁰ WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016.

²¹ CASTELLS, Op. cit.

²² EPSTEIN, Robert; ROBERTSON, Ronald E. The search engine manipulation effect (SEME) and its possible impact on the outcomes of elections. PNAS. Disponível em: https://papers-gamma.link/static/memory/pdfs/9-Epstein_Search_Engine_Manipulation_Effect_2015.pdf. Acesso em: 18 nov. 2018.

²³ ZINGALES, Luigi. Digital plataformas and concentration. In: STIGLER CENTER. 2018 *antitrust and competition conference*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=O_pxLvKQBE8. Acesso em: 20 nov. 2018.

Dessa maneira, é inequívoco que o poder acumulado pelas plataformas digitais vai muito além das definições mais tradicionais de poder econômico, normalmente centradas na capacidade de aumentar preços de produtos ou serviços ou reduzir ofertas. A variedade, a extensão e o impacto do poder econômico das plataformas são de tal grau que muitos já as colocam em patamar semelhante ao dos Estados (*net states*).²⁴

Vale ressaltar que, não obstante as inúmeras inovações e benefícios que justificaram a expansão das plataformas, pelo menos parte do poder de muitas delas foi conquistada de forma ilícita, como resultado da exploração indevida dos dados dos usuários, muitas vezes sem o consentimento ou até mesmo sem a ciência destes.

Logo, para compreender e controlar eventuais excessos de tais agentes, a análise concorrencial precisará compreender a real extensão do poder que exercem, bem como refletir sobre as suas metodologias e propósitos, sem o que não terá nenhuma chance de contê-los.

IV O Direito da Concorrência diante dos desafios gerados pela economia movida a dados

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 multa de 2,7 bilhões de dólares aplicada contra o Google pela União Europeia²⁵ pode ser o prenúncio de novos tempos.

Como bem resume *The Economist*,²⁶ longe de apenas competirem em um mercado, as plataformas gigantes tornaram-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 possam neutralizar ameaças competitivas de longo prazo, aspecto que, se tivesse 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.

Endossando as mesmas preocupações, artigo do *Wall Street Journal*²⁷ 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

²⁴ WICHOWSKI, Alexis. Net states rule the world; we need to recognize their power. *Wired*, Disponível em: <https://www.wired.com/story/net-states-rule-the-world-we-need-to-recognize-their-power/>. Acesso em: 20 nov. 2018.

²⁵ Ver: SCOTT, Mark. Google fined record \$2.7 billion in E.U. antitrust ruling. *The New York Times*, 27 jun. 2017.

²⁶ THE ECONOMIST. The new titans. And how to tame them. 20 jan. 2018.

²⁷ IP, Greg. The antitrust case against Facebook, Google and Amazon. *The Wall Street Journal*. 16 jan. 2018.

a Amazon responde por 75% das vendas de livros on-line. Nesse cenário, as empresas que não são monopolistas são duopolistas: Google e Facebook absorveram 63% do gasto on-line 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 McNamee,²⁸ 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.²⁹

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 Tirole,³⁰ 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 envia esforços para 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 indiretos³¹ – 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.

²⁸ MCNAMEE, Roger. Viciados e traficantes nas mídias sociais. *Valor Econômico*. 29 jan. 2018.

²⁹ 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.

³⁰ TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. Princeton: Princeton University Press, 2017. p. 398.

³¹ 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, p. 49-61, fev. 2014. p. 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, é inequívoco que existe importante espaço 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.

Todavia, para isso, o Direito da Concorrência precisará superar, definitivamente, o ranço da Escola de Chicago, que tanto confinou os seus propósitos a questões de eficiência econômica, vistas por ótica extremamente restritiva. Foi isso que levou a uma verdadeira despolitização ou mesmo desconstitucionalização do Direito da Concorrência, nas palavras, respectivamente, de Eleanor Fox³² e Fernando Schuartz.³³ Na verdade, o que verdadeiramente ocorreu foi uma desjuridicização do Direito da Concorrência, que passou a ser uma mera metodologia econômica.

Se é certo que a questão das dimensões da personalidade dos usuários – tais como privacidade, autodeterminação e identidade – pode e deve ser endereçada também por outras áreas jurídicas que não apenas o Direito da Concorrência – como o Direito do Consumidor e o Direito Civil –, é igualmente certo que não pode ser afastada do foco de preocupações do primeiro. Afinal, o bem-estar do consumidor não pode ficar restrito à sua proteção contra o aumento de preços, devendo igualmente abranger outras esferas de proteção, dentre as quais a preservação da sua individualidade, identidade e cidadania.

Ademais, nada justificaria a retração do Direito da Concorrência diante desse desafio porque o seu foco é precisamente o controle do poder econômico, motivo pelo qual não poderá se desincumbir da sua tarefa sem identificar em que medida a utilização de dados pessoais dos usuários, decorrente ou não de violações aos seus direitos de personalidade – já que pode haver casos em que a coleta de dados seja lícita –, se converte em poder econômico.

Dessa maneira, não se trata de ampliar, de forma indesejável, o objeto do Direito da Concorrência ou de flexibilizar excessivamente as suas finalidades, mas tão somente de endereçar a circunstância de que o manejo dos dados é uma eficiente fonte de aquisição, consolidação e exercício do poder econômico.

Não obstante, os desafios gerados pela economia movida a dados impõem também que o Direito da Concorrência resgate o seu compromisso de proteger o processo competitivo em si, pois a análise concorrencial exclusiva ou prioritariamente focada no aumento de preços é insuficiente para endereçar as novas questões concorrenciais. Como bem aponta Lina Khan,³⁴ a postura convencional centrada nos preços não leva em consideração, com a devida atenção, preocupações fundamentais, tais como o bloqueio da competição potencial, a desaceleração da inovação, a perda de qualidade da concorrência, a estagnação da indústria, dentre outros.

Não é sem razão que, a partir do exemplo da Amazon, Lina Khan mostra como a estratégia de buscar crescimento sobre lucros e integrar negócios dificilmente poderia ser vista como prática anticompetitiva à luz da metodologia tradicional do antitruste, focada apenas nos benefícios que decorrem dos preços baixos para o consumidor.

³² FOX, Eleanor M. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; BERGH, Roger van dan. *Post-Chicago developments in antitrust law*. Cornwall: Edward Elgar, 2002. p. 76-77.

³³ SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009. p. 327.

³⁴ KHAN, Lina. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, n. 3, p. 564-907, jan. 2017.

Já a mesma questão, vista sob a perspectiva da competição dinâmica, enseja importantes discussões sobre práticas predatórias e os efeitos anticompetitivos a médio e a longo prazo de tais estratégias.

Tais aspectos são ainda mais relevantes quando se verifica que o controle do poder econômico é ainda mais necessário quando este transcende claramente a órbita econômica e acaba gerando consequências diretas igualmente na vida social e política.

Por essa razão, diante de plataformas digitais, há que se cogitar de novas abordagens para a análise concorrencial, bem como de medidas específicas para conter as diversas dimensões do seu poder, tais como obrigações de neutralidade para evitar abusos no poder de conexão, medidas que impeçam ou limitem a entrada em certas linhas de negócio ou que requeiram a separação entre negócios, para limitar o poder de alavancagem, dentre outras.

V *Big data* e importantes riscos concorrenciais já mapeados no âmbito do controle de estruturas e do controle de condutas

É claro que a aplicação do Direito Concorrencial às questões suscitadas pelo *big data* e pelas plataformas está eivada de dificuldades. Em se tratando das plataformas, por exemplo, é fundamental compreender a racionalidade dos mercados de dois lados e a dinâmica entre os dois, a fim de 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 maior reflexão sobre os efeitos de rede³⁵ 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 usuários.³⁶

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 Wu³⁷ destaca, dentre outros, os comportamentos excludentes, que dificultam a entrada e barram a inovação externa.

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

³⁵ 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.

³⁶ Nesse sentido, Haucapp e Heimeshoff (*Op. cit.*, p. 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.

³⁷ WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v. 78, p. 313-328, 2012.

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.

Logo, especial atenção precisa ser dirigida à concorrência potencial e as estratégias das grandes plataformas diante de entrantes e *start-ups*, até porque a única alternativa provavelmente viável para contestar o poder dos grandes agentes vem de pequenos negócios que podem implementar destruições criativas³⁸ ou mesmo disrupções. É por essa razão que atos de concentração nesse setor precisam ser submetidos a um rígido escrutínio, no qual os benefícios das complementariedades que são normalmente apontados como as razões para tais operações sejam rigorosamente sopesados com os riscos de se aniquilar a concorrência potencial.

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 nº 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, a concorrência potencial, ou seja, a possibilidade e a probabilidade 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 Grunes³⁹ 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 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.

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 também de iniciativas e estratégias dos

³⁸ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism & democracy*. Londres: Routledge, 2003.

³⁹ STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016. p. 237-241.

concorrentes. Stucke e Grunes⁴⁰ citam como exemplo a situação de um supermercado que, por meio de dados da geolocalização, sabe que determinado usuário está se dirigindo a um supermercado rival e pode enviar para ele 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 implementação viável. Isso traz repercussões não apenas sobre a 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 punitivo,⁴¹ 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 importante critério 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 ajustar ao novo cenário.

⁴⁰ STUCKE; GRUNES, *Op. cit.*, p. 237.

⁴¹ FRAZÃO, *Op. cit.*, 2017, p. 261-267.

VI Necessárias adaptações da metodologia antitruste

A partir do momento em que se reconhece que o poder econômico é algo mais amplo do que a capacidade de aumentar preços ou reduzir ofertas, há que se entender que outros aspectos devem ser analisados, com a consequente adaptação da metodologia antitruste.

Viu-se também ser necessário ampliar a análise antitruste para examinar o processo competitivo em si, considerando o fato de que, em mercados digitais, a dinâmica competitiva é normalmente voltada para a *competição pelos mercados* em detrimento da *competição nos mercados*. Acresce que a fixação no preço, como já se demonstrou, também marginaliza questões como a competição potencial, a inovação, a qualidade, a diversidade, o crescimento da indústria, dentre outros.

Todas essas reflexões repercutem naturalmente na metodologia antitruste, impondo que sejam encontrados novos horizontes que possibilitem a identificação e a mensuração do poder econômico decorrente da crescente utilização dos dados, especialmente quando isto é feito por meio de plataformas digitais.

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.⁴²

Entretanto, na economia movida a dados, 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.

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 preços.⁴³ 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

⁴² FRAZÃO, *Op. cit.*, p. 29-70.

⁴³ COMISSÃO EUROPEIA. Caso 397/49. Disponível em: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740.

mercados, muitos dos quais apresentam vários lados, tão importante quanto segmentar esses mercados é compreendê-los a partir de suas conexões funcionais, sem o que não se entenderá adequadamente a dinâmica competitiva que surge a partir deles.⁴⁴ Dessa maneira, a análise concorrencial encontrará o desafio adicional de achar mecanismos para não isolar os mercados selecionados, integrando-os com os outros mercados interconectados em todas as etapas da sua análise.

Diante de mercados de dois ou múltiplos lados, ainda se terá a dificuldade adicional de saber se cada um dos lados pode ser considerado um mercado relevante apartado ou não, bem como, na hipótese de segmentação, deveria ser analisada a dinâmica e a interdependência entre eles. Foi exatamente esse o cerne das discussões do julgamento recente da Suprema Corte Americana no caso *American Express*,⁴⁵ em que houve grande controvérsia em torno do referido critério.

Diante desse cenário, critérios tradicionais de avaliação de poder econômico – como o faturamento, volume de vendas ou participações de mercado – podem não ser suficientes ou mesmo fidedignos na economia movida a dados, 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 como indicadores de poder econômico. Dentre eles, podem ser mencionados:

- Volume e demais características dos dados à disposição de determinado agente econômico;
- Capacidade de processamento dos dados, bem como de reunir, controlar e gerenciar dados e informações;
- Capacidade de conexão e grau de dependência ou necessidade dos diversos usuários envolvidos;
- Capacidade de alavancagem e de extrair benefícios da integração de vários negócios;
- Incentivos para privilegiar seus próprios serviços sobre os serviços dos usuários;
- Capacidade de fechamento de mercados;
- Capacidade de influenciar usuários;
- Grau de proteção dos dados pessoais dos usuários, bem como o grau de transparência em relação à política de dados pessoais;
- Grau de transparência e *accountability* em relação aos algoritmos utilizados nos negócios;
- Extensão com que o negócio de dados é exercido, inclusive para fins de se saber se compartilham dados com outros agentes e para que efeitos;
- Possibilidade de portabilidade dos dados pessoais dos usuários;
- Diante de adoção de legislações sobre dados pessoais, avaliação das vantagens competitivas acumuladas anteriormente;
- Estratégias e recursos utilizados em publicidade, *marketing* e captação de usuários em todos os mercados envolvidos;

⁴⁴ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 59-61.

⁴⁵ *Ohio v. American Express Co.*, 585 U.S. (2018).

- Ritmo e estratégia de crescimento, expansão, investimento e diversificação;
- Ritmo e estratégia de inovação;
- Ritmo do crescimento do valor de mercado e do aumento do valor das ações;
- Verbas gastas em *lobby* e patrocínio de estudos e pesquisas.

É certo que a maior parte dos indicadores apontados não é avaliada e muito menos quantificada de forma simples. Entretanto, não se trata de nenhum desafio propriamente novo para o Direito da Concorrência, já que a avaliação e a quantificação de eficiências também sempre foram sujeitas a inúmeras controvérsias, mesmo à luz da metodologia tradicional de Chicago.

O que é preciso compreender é que, por trás de cada um desses critérios, há uma miríade de reflexões a serem feitas, bem como novos indicadores que podem ser a partir deles utilizados. Um bom exemplo seria verificar a relação entre a capacidade de influência de determinada plataforma a partir do tempo médio dispendido pelos usuários nela. Afinal, se, como afirma Tim Wu,⁴⁶ a atenção realmente se tornou uma das principais *commodities* da nossa época, quanto maior o tempo em que o usuário permanece *on-line* na plataforma, maior o tempo que esta dispõe não apenas para coletar os dados dele, como também para submetê-lo à publicidade e a outras formas de exploração comercial.⁴⁷

Outro interessante exemplo diz respeito à evolução do valor das ações das referidas plataformas, o que costuma refletir a própria percepção do mercado a respeito do valor das potencialidades e dos riscos do negócio em questão. Certamente faz sentido considerar que, do ponto de vista do mercado, empresas como Alphabet (Google), Facebook e Amazon, longe de estarem sendo vistas como negócios de alto risco, estão sendo consideradas pelos investidores a partir da perspectiva de que suas posições dominantes são sustentáveis e aptas a lhes gerar lucros próximos aos de monopólio.

Na avaliação da posição dominante das referidas plataformas, também é muito importante se valer de estudos empíricos que mostram as reações dos consumidores. Nesse sentido, não são poucos os estudos que comprovam 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. Assim como o já mencionado estudo de Robert Epstein sobre o poder de manipulação de mecanismos de busca, novos estudos empíricos precisam ser feitos tanto para mensurar o poder de tais agentes como para identificar as reações e os comportamentos dos usuários diante de tal poder.

Torna-se ainda 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, Mises⁴⁸ já dizia que, em mercados competitivos, são os consumidores e não as empresas que devem ser supremos.

⁴⁶ WU, Op. cit., 2016.

⁴⁷ KAUSHIK, Avinash. *Web analytics 2.0: the art of online accountability & Science of customer centricity*. Indianapolis: Wiley, 2010. p. 44-51.

⁴⁸ MISES, Ludwig von. *Human action: a treatise on economics*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 1998.

O próprio contexto mais amplo em que tais agentes atuam pode conceder importantes aportes para a análise concorrencial. Segundo Stucke e Grunes,⁴⁹ em 2016, a Casa Branca teve relatório do seu *Council of Economic Advisers (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 extraindo 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*,⁵⁰ que insiste na concentração cada vez maior dos mercados, incluindo os da economia real. Stucke e Grunes⁵¹ 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 buscar critérios por meio dos quais se entenda minimamente o poder dos algoritmos, os quais, como já se viu,⁵² 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 se entenda minimamente o respectivo processo, sem o que a regulação jurídica pode se tornar inócua.

Não é sem razão que relatório da OCDE⁵³ 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 não apenas para se avaliar o poder econômico que decorre dos dados, como também para assegurar a transparência nessa seara, por meio de incentivos para o *disclosure* espontâneo por parte das empresas e, conforme o caso, até mesmo a imposição, por autoridades reguladoras ou concorrenciais, de acesso a tais mecanismos.

⁴⁹ STUCKE; GRUNES, *Op. cit.*, p. 240.

⁵⁰ 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>.

⁵¹ STUCKE; GRUNES, *Op. cit.*, p. 240-241.

⁵² FRAZÃO, Ana. Dados, estatísticas e algoritmos. *Jota*. Disponível em: <https://www.jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dados-estatisticas-e-algoritmos-28062017>.

⁵³ 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>.

VII Considerações finais

Diante dos efeitos concorrenciais dos dados, algoritmos e plataformas, não pode haver dúvidas de que os problemas concorrenciais decorrentes da economia movida a dados são reais e graves. Daí a necessidade de se refletir sobre os pontos explorados no presente artigo, resistindo aos movimentos de captura intelectual que procuram sustentar o contrário.

Como alertam Stucke e Grunes,⁵⁴ 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 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, bem como resgatar o papel do Direito da Concorrência com a proteção do processo competitivo, da diversidade, qualidade e inovação, bem como da tutela do consumidor não apenas pelo critério do menor preço, mas pelo critério do seu bem-estar visto sob perspectiva mais ampla, que abranja obviamente seus direitos de personalidade e autodeterminação.

Referências

ALAM, Asif. Entrevista com o Economista Chefe do Google, suas grandes apostas, sucesso e parceria. *Thomson Reuters*. Disponível em: <https://www.thomsonreuters.com.br/pt/corporacoes/blog/entrevista-com-o-economista-chefe-do-google-suas-grandes-apostas-sucessos-e-parcerias.html>.

CASTELLS, Manuel. *O poder da comunicação*. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

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

EPSTEIN, Robert; ROBERTSON, Ronald E. The search engine manipulation effect (SEME) and its possible impact on the outcomes of elections. *PNAS*. Disponível em: https://papers-gamma.link/static/memory/pdfs/9-Epstein_Search_Engine_Manipulation_Effect_2015.pdf. Acesso em: 18 nov. 2018.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Ricard. Markets with two-sided platforms. *Issues in competition law and policy*, v. 667, 2008.

⁵⁴ STUCKE; GRUNES, *Op. cit.*

- EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice. *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2016.
- FOX, Eleanor M. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; BERGH, Roger van dan. *Post-Chicago developments in antitrust law*. Cornwall: Edward Elgar, 2002.
- FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais, big data e riscos para os direitos da personalidade. In: TEPEDINO, Gustavo; MENEZES, Joyceane Bezerra. *Autonomia privada, liberdade existencial e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Fórum, 2019.
- FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e os desafios para a regulação jurídica. In: PARENTONI, Leonardo. *Direito, tecnologia e inovação*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.
- FRAZÃO, Ana. Plataformas digitais e repercussões concorrenciais. *Jota*. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/plataformas-digitais-e-repercussoes-concorrenciais-09082017>.
- FRAZÃO, Ana. Dados, estatísticas e algoritmos. *Jota*. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/dados-estatisticas-e-algoritmos-28062017>.
- FRAZÃO, Ana. Premissas para a reflexão sobre a regulação da tecnologia. *Jota*. Disponível em: <https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/premissas-para-a-reflexao-sobre-a-regulacao-da-tecnologia-16112017>.
- HASHEM, Ibrahim *et al.* The rise of "big data" on cloud computing: review and open research issues. *Information systems*, v. 47, p. 98-115, 2015.
- HAUCAPP, J.; HEIMESHOF, U. Google, Facebook, Amazon, eBay: is the internet driving competition or market monopolization? *International economics and economic policy*. v. 11, n. 1-2, p. 49-61, fev. 2014. Disponível em: <https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- IP, Greg. The antitrust case against Facebook, Google and Amazon. *The Wall Street Journal*, 16 jan. 2018.
- KHAN, Lina. What makes tech platforms so powerful? In: *Digital Platforms and Concentration*. Disponível em: <https://promarket.org/wp-content/uploads/2018/04/Digital-Platforms-and-Concentration.pdf>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- KHAN, Lina. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, v. 126, n. 3, p. 564-907, jan. 2017.
- KAUSHIK, Avinash. *Web analytics 2.0: the art of online accountability & Science of customer centricity*. Indianapolis: Wiley, 2010.
- LIPSKY, Abbott; SIDAK, J. Gregory. Essential facilities. *Stanford law review*, v. 51, p. 1188-1248, 1998-1999.
- LISSARDY, Gerardo. 'Despreparada para a era digital, a democracia está sendo destruída', afirma guru do 'big data'. *BBC*. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/geral-39535650>.
- MCNAMEE, Roger. Viciados e traficantes nas mídias sociais. *Valor Econômico*, 29 jan. 2018.
- MISES, Ludwig von. *Human action: a treatise on economics*. Auburn: Ludwig von Mises Institute, 1998.
- 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>.
- OCDE. Big data: bringing competition policy to the digital era. *Background note by the Secretariat*. 29-30 nov. 2016.
- ROSS, Alec. *The industries of the future*. New York: Simon & Schuster, 2016.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009.
- SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism & democracy*. Londres: Routledge, 2003.
- SCOTT, Mark. Google fined record \$2.7 billion in E.U. antitrust ruling. *The New York Times*. 27 jun. 2017.
- SHEARER, Elisa; GOTTFRIED, Jeffrey. News use across social media platforms 2017. *Pew research center*. Disponível em: <http://www.journalism.org/2017/09/07/news-use-across-social-media-platforms-2017/>. Acesso em: 18 nov. 2018.

- SIMON, Herbert. Designing organizations for an information-rich world. In: GREENBERGER, M. *Computers, communications and the public interest*. Baltimore: The John Hopkins Press, 1971.
- STUCKE, Maurice; GRUNES, Allen. *Big data and competition policy*. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- 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>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- THE ECONOMIST. The new titans. And how to tame them. <https://www.economist.com/leaders/2018/01/18/how-to-tame-the-tech-titans>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- THE ECONOMIST. The world's most valuable resource is no longer oil, but data. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 15 nov. 2018.
- TIROLE, Jean. *Economics for the common good*. Princeton: Princeton University Press, 2017.
- WICHOWSKI, Alexis. Net states rule the world; we need to recognize their power. *Wired*. Disponível em: <https://www.wired.com/story/net-states-rule-the-world-we-need-to-recognize-their-power/>. Acesso em: 20 nov. 2018.
- WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v. 78, p. 313-328, 2012.
- WU, Tim. *The attention merchants: the epic scramble to get inside our heads*. New York: Knopf, 2016.
- ZINGALES, Luigi. Digital platforms and concentration. In: STIGLER CENTER. *2018 antitrust and competition conference*. Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=O_pxLvKQBE8. Acesso em: 20 nov. 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FRAZÃO, Ana. *Big data, plataformas digitais e principais impactos sobre o direito da concorrência*. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Empresa, mercado e tecnologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2019. p. 181-199. ISBN 978-85-450-0659-6.
