

Partindo desse quadro esquemático, no próximo item deste Capítulo, examinaremos as principais categorias de condutas unilaterais que têm sido objeto de investigação por parte das autoridades antitruste contra plataformas digitais. Esse quadro servirá, portanto, para que avaliemos de forma crítica como as alegações relacionadas à inovação podem ser tratadas nessas investigações. Consoante definido na Introdução, teremos especial interesse em analisar como o CADE lidou com essas alegações nos casos julgados contra o *Google*.

3. Aplicação da moldura de análise antitruste proposta às categorias selecionadas de abuso de posição dominante em plataformas digitais

Uma das principais dificuldades relacionadas ao tratamento de abuso de posição dominante em plataformas digitais parece ser a ausência de consensos semânticos sólidos em torno das categorias jurídicas de condutas unilaterais de natureza exclusionárias. Apenas para citar alguns exemplos, um estudo recente da OCDE⁹⁵ buscou sistematizar as modalidades de abuso em tipos “tradicionais” – *e.g.* recusa de contratar, preço predatório, compressão de margem, exclusividade etc. – e “novas formas de abuso nos mercados digitais” – *e.g.* as práticas de *free riding* forçado e autopreferência.

No mesmo sentido, outros autores como MAŁOBEŹKA-SZWAST⁹⁶, sistematizam as condutas de exclusão relacionadas a dados (*data-driven exclusionary practices*), ora fazendo referência às modalidades tradicionais de exclusão, ora propondo novas categorias. Em contrapartida, estudos como os de KIRKWOOD⁹⁷ preferem segregar as modalidades de exclusão das plataformas em exclusões relacionadas a mercados principais e a mercados complementares.

Essa carência de consensos semânticos revela-se problemática para um estudo estruturado do abuso de posição dominante em plataformas digitais não porque a categorização das condutas seja em si relevante. É amplamente cediço que as infrações à ordem econômica no direito concorrencial brasileiro independem de forma específica. Contudo, a multiplicidade de expressões inovadoras que têm sido utilizadas para descrever essas condutas frequentemente fazem com que se tenha pouca clareza sobre qual seria a teoria do dano aplicável e qual teste jurídico deveria orientar a avaliação de efeitos. Exemplo emblemático disso são as discussões sobre autopreferência, rótulo que ora é utilizado para definir uma categoria jurídica de conduta⁹⁸, ora é empregado como teoria do dano em si⁹⁹.

95. OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020.

96. MAŁOBEŹKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Uniwersytet Warszawski, 2019. pp. 223-277.

97. KIRKWOOD, J. B. Tech giant exclusion. *SSRN Electronic Journal*, pp. 1–52, 2021.

98. OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 54.

Considerados tais obstáculos, neste item, faremos um esforço de segregar quatro categorias jurídicas de condutas de exclusão em plataformas digitais, quais sejam (i) apropriação de conteúdo de terceiros; (ii) impedimentos ao uso de múltiplas plataformas; (iii) inovação anticompetitiva; e (iv) autopreferência. Para cada uma delas, nossos objetivos serão (i) delimitar os contornos da materialidade da conduta; (ii) examinar o seu enquadramento no disposto no art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011; (iii) discutir as possíveis teorias do dano relacionadas a inovação aplicáveis; e (iv) definir os testes jurídicos que poderão ser utilizados para avaliação dos efeitos sobre a inovação.

Ao realizar esse exercício, faremos também uma análise crítica das decisões do CADE, com a finalidade de responder à pergunta de pesquisa lançada nesta obra, qual seja, se o CADE empregou teorias de concorrência dinâmica ao julgar as condutas anticompetitivas relacionadas às plataformas digitais nos processos administrativos selecionados.

3.1. Apropriação de conteúdo de terceiros, free rider forçado ou scraping

A primeira categoria de abuso de posição dominante por exclusão em mercados digitais a ser discutida neste Capítulo consiste na apropriação de conteúdo de terceiros (*misappropriating third-party content*)¹⁰⁰, também conhecida como efeito carona forçado (*forced free riding*)¹⁰¹ ou, ainda, raspagem de conteúdo (*content scraping*)¹⁰². Para os fins desta pesquisa, será utilizada preferencialmente a primeira dessas terminologias, tendo em vista que a expressão “efeito carona forçado” desnecessariamente confunde a forma da conduta em si com os seus possíveis efeitos verticais, enquanto a expressão *scraping* pode ser confundida com a atividade de raspagem regularmente feita por *crawlers* em plataformas de buscas *online*¹⁰³.

99. CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019, p. 7.

100. EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*, 2020. pp. 83–84.

101. OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 53; e SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1699, 2013a.

102. KHAN, L. The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 1, p. 999, 2019; EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Digitalisation and its impact on innovation. *European Commission Research and Innovation Paper Series: Working Paper 2020/07*, p. 61, 2020; e MAŁOBEĆKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Uniwersytet Warszawski, 2019. pp. 263–265.

103. A nomenclatura *scraping* é especialmente inoportuna porque sugere equivocadamente que a prática em questão só aconteceria no mercado de buscas *online*. Além disso, como discutido no item 1.3 do Capítulo 5, o uso de *softwares* chamados de *crawlers*, que

As preocupações com esse tipo de prática surgiram no início da década passada nas investigações abertas contra o *Google* nos EUA¹⁰⁴ e na Europa¹⁰⁵. Em ambas as jurisdições, a empresa era acusada de, a partir de 2012, impor aos editores de *websites* uma cláusula contratual que conferia uma espécie de consentimento geral que autorizava o *Google* a usar *feeds* de dados gerados nesses *websites* para personalizar a oferta nos seus próprios serviços de buscas verticais – e.g. *Google Shopping*, *Google Flights*, *Google Locals* etc.

No contexto norte-americano, algumas plataformas concorrentes nos mercados de buscas verticais – e.g. *TripAdvisor* e *Yelp* – acusavam o *Google* de indevidamente utilizar, nas suas páginas do *Google Flights* e do *Google Locals*, informações de *ratings* e *reviews* que haviam sido obtidas e organizadas por aquelas plataformas concorrentes¹⁰⁶. Diante das reclamações de uso indevido dessas informações, o *Google* chegou a excluir o *Yelp* dos seus resultados da sua pesquisa universal em retaliação às denúncias¹⁰⁷. Em 2013, contudo, o *Google* celebrou um acordo com a autoridade antitruste norte-americana, pelo qual se comprometeu a rever as suas condições contratuais e a conferir aos *websites* a opção de não terem seus conteúdos exibidos nas páginas dos buscadores verticais do *Google* (cláusula de *opt out*)¹⁰⁸.

No contexto europeu, a prática de *scraping* foi incluída no bojo de uma investigação mais ampla contra o *Google* no mercado de buscas em geral, porém a Comissão Europeia rejeitou uma proposta de acordo que apresentava termos

“raspam” o conteúdo na internet para depois indexá-los, é uma parte importante da oferta regular de plataformas de buscas *online*. Essa impropriedade técnica no uso da expressão *scraping* foi reconhecida, aliás, no voto-vista da Conselheira Paula Azevedo no caso *Google Scraping*. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-vista da Conselheira Paula Azevedo (SEI nº 063262). 2019. § 111 – § 112).

104. EUA. FTC. *Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo Wall Street Journal (somente páginas pares disponíveis)*. [s.l.: s.n.], 2012, p. 31 (“*staff has investigated whether Google has ‘scraped’ – or appropriated-the content of rival vertical websites in order improve its own vertical properties so as to maintain, preserve, or enhance Google’s monopoly power in the markets for search and search advertising*”).
105. UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Commission seeks feedback on commitments offered by Google to address competition concerns: questions and answers*, abr. 2013 (“*the second competition concern relates to the way Google uses without consent content from competing specialised search services in its own offerings*”).
106. EUA. FTC. *Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo Wall Street Journal*. [s.l.: s.n.], 2012, p. 32.
107. STERLING, G. *Yelp unlikely to come back to Google Places*. *Search Engine Land*, 2020.
108. EUA. FTC. *Commitments letter from Google Inc. to Chairman Leibowitz*. *Google Inc., File No. 111-0163*, 2012 (“*within 90 days, Google will make available a web-based notice form that provides website owners with the option to opt out from display on Google’s Covered Webpages1 of content from their website that has been crawled by Google*”).

similares ao compromisso assumido nos EUA¹⁰⁹. Não está claro se a autoridade ainda abrirá uma investigação específica pela prática de apropriação de conteúdo de terceiros no futuro.

As investigações norte-americana e europeia deram origem a desdobramentos no Brasil. Em 2013, a partir de representação formulada pela *E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda.*, que controlava os *websites* de comparação de preços *Buscapé* e *Bondfaro*, o CADE instaurou um processo administrativo contra o *Google* para apurar a apropriação de conteúdo de terceiros¹¹⁰.

Em julho de 2019, o Conselho arquivou o processo por entender que não haviam sido colhidas provas suficientes da materialidade da conduta. No julgamento pelo Tribunal do CADE, a autarquia concluiu que o único evento de utilização de conteúdos de *websites* de terceiros efetivamente demonstrado no processo consistiu no uso de um *review* do site *Magazine Luiza*, que teria aparecido nos resultados de buscas da página do *Google Shopping* nos EUA, o que seria insuficiente para configurar um ilícito concorrencial¹¹¹. O *Google* reconheceu nos autos esse fato e justificou ter se tratado de uma ocorrência isolada devido a falhas técnicas¹¹².

Após uma instrução complementar, o Tribunal também determinou que fosse instaurado um novo processo administrativo, atualmente em andamento, diante de indícios de que, no período de 2011 a 2012, o *Google* poderia ter utilizado indevidamente conteúdos de portais de notícias em seu buscador *Google News*¹¹³.

Apesar de esses casos de apropriação de conteúdo de terceiros envolverem o mercado de buscas *online*, em outros mercados digitais, práticas semelhantes também têm suscitado preocupações das autoridades antitruste estrangeiras. A Comissão Europeia¹¹⁴ e o *Bundeskartellamt*¹¹⁵, por exemplo, abriram investigações

109. MAŁOBEĆKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Uniwersytet Warszawski, 2019, p. 264.

110. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0090-82/2013-03.

111. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0090-82/2013-03. Voto-relator da Conselheira Polyana Vilanova (SEI nº 0527547). 2019. § 109.

112. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0090-82/2013-03. Voto-relator da Conselheira Polyana Vilanova (SEI nº 0527547). 2019. § 84 – § 85.

113. Trata-se do Processo Administrativo nº 08700.003498/2019-03, atualmente em instrução perante a Superintendência-Geral do CADE.

114. UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. Antitrust: Commission sends statement of objections to Amazon for the use of non-public independent seller data and opens second investigation into its e-commerce business practices. *Press release*, nov. 2020.

115. As investigações pela conduta de uso de informações de terceiros foram abertas pelo *Bundeskartellamt* no final de 2018. Em julho de 2019, porém, a *Amazon* alterou os termos e as condições gerais da sua plataforma para endereçar as preocupações da autoridade

contra a *Amazon* para apurar se a empresa tem se apropriado indevidamente dos dados fornecidos por varejistas e compradores no seu *marketplace* com a finalidade de calibrar as ofertas de varejo nos produtos de marca própria da *Amazon*¹¹⁶.

Nos EUA, após a publicação de uma reportagem polêmica do *Wall Street Journal* denunciando que funcionários dessa empresa teriam admitido a manipulação de dados para favorecer as vendas de produtos próprios, o Congresso norte-americano convocou o *CEO* da empresa para prestar esclarecimentos¹¹⁷, o que também ensejou novas propostas legislativas que visam a diretamente proibir o uso não autorizado de dados dos varejistas pelos *marketplaces*¹¹⁸. Diante dos novos casos, há hoje um intenso debate na doutrina sobre o enquadramento do uso de informações de terceiros pela *Amazon* como uma conduta exclusivas¹¹⁹.

alemã e, diante disso, a agência antitruste decidiu suspender o processo. ALEMANHA. BUDESKARTELLAMT. Amazon ändert weltweit seine Geschäftsbedingungen für Händler auf seinen Markt- plätzen – Bundeskartellamt stellt Missbrauchsverfahren ein, pp. 1–12, jul. 2019. A despeito disso, hoje ainda existem duas investigações contra a *Amazon* em curso na Alemanha, conforme explicado recentemente pela autoridade. ALEMANHA. BUDESKARTELLAMT. *Proceedings against Amazon based on new rules for large digital companies (Section 19a GWB)*. Press release, 2021.

116. Apesar de haver diferenças significativas em relação à conduta de *scraping* do *Google*, o uso de dados dos varejistas pela *Amazon* também é comumente examinado na literatura sob os mesmos rótulos de *free rider forçado* ou *cópia de produtos rivais*. A esse respeito, cf. VEZZOSO, S. Amazon and the law of the jungle. *CPI Antitrust Chronicle: Multi-sided Markets and Consumer Harm*, p. 5, dez. 2018; KIRKWOOD, J. B. Tech giant exclusion. *SSRN Electronic Journal*, pp. 18–23, 2021; e OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 53.
117. No âmbito das investigações movidas pelo Comitê Judiciário do Congresso norte-americano, o *CEO* Jeff Bezos prestou esclarecimentos sobre o uso indevido de informações de terceiros por parte da *Amazon* após o *The Wall Street Journal* ter publicado uma matéria em que funcionários da empresa admitiram que utilizavam dados colhidos dos anunciantes para informar suas decisões de ofertar determinados produtos com sua marca própria concorrendo com os varejistas. Sobre esse ponto, cf. EUA. U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. SUBCOMMITTEE ON ANTITRUST. *Investigation of competition in digital markets. Majority Staff Report and Recommendations*. [s.l.: s.n.], 2020. pp. 277–278.
118. Tais preocupações foram refletidas nas propostas legislativas apresentadas em junho de 2020 ao Congresso Norte-Americano, em especial na proposta de Lei da Inovação e das Escolhas na Internet (*American Choice and Innovation Online Act*), que pretende vedar o uso de dados de varejistas pelo *marketplace* da *Amazon*.
119. Para uma análise com foco no direito comunitário europeu, cf. REVERDIN, V. M. K. Abuse of dominance in digital markets: can Amazon's collection and use of third-party sellers' data constitute an abuse of a dominant position under the legal standards developed by the European courts for article 102 TFEU? *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 12, n. 3, pp. 181–199, 2021 (discute como essa conduta pode ser examinada a partir dos testes legais desenvolvidos na jurisprudência da Comissão Europeia para as práticas de recusa de contratar, *margin squeeze* e autopreferência).

Partindo dessa contextualização, importa-nos discutir, no âmbito do direito concorrencial brasileiro, como a conduta pode constituir um abuso de posição dominante e, principalmente, se e como o CADE poderia ter examinado essa prática a partir das preocupações relacionadas à inovação no Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03.

Do ponto de vista legal, não parece haver maiores dificuldades em se entender que a apropriação de conteúdo de terceiros pode ser considerada uma infração à ordem econômica nos termos do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011. Embora saibamos que o rol de condutas previsto no § 3º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência não é taxativo, de forma didática, é possível aproximar a conduta de apropriação de conteúdo de terceiros à prática de açambarcar propriedade de um terceiro, nos termos do inciso XIV desse dispositivo¹²⁰.

No julgamento do Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03, o CADE aplicou o mesmo entendimento firmado em outros precedentes para entender que havia dois mercados relevantes: um mercado de buscas universais e um mercado vertical de comparação de preços. A partir dessa definição de mercado relevante, concluiu-se que o *Google* detinha posição dominante naquele primeiro mercado¹²¹.

O uso não autorizado de informações e de conteúdo de terceiros pode, de diferentes formas, limitar a concorrência entre plataformas digitais. Faz-se necessário, porém, definir com maior precisão (i) no que consiste a conduta investigada, (ii) quais teorias do dano podem ser utilizadas para avaliação dos seus efeitos e, principalmente, (iii) como se poderia analisar os possíveis efeitos da prática sobre a inovação.

Para os fins de delimitar os contornos da materialidade da prática, podemos conceituar que a apropriação de conteúdo de terceiros ocorre quando uma plataforma digital obtém informações geradas em páginas de terceiros – via de regra, plataformas concorrentes – e, sem o consentimento ou contra a vontade do agente que produziu as informações, explora-as, como se fossem suas, para aprimorar a oferta de produtos e serviços próprios.

Para além dos exemplos mencionados anteriormente que envolvem o *Google* e a *Amazon*, a conduta em discussão será configurada sempre que a plataforma digital dominante praticar uma “cópia” ou uma “imitação”¹²² do conteúdo criado pelo terceiro com finalidade comercial. Essa conduta poderia se configurar caso,

120. BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 36, § 3º: “XIV – açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia”.

121. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, p. 113, 2021.

122. KIRKWOOD, J. B. Tech giant exclusion. *SSRN Electronic Journal*, pp. 18–19, 2021 (trata a apropriação de conteúdos de terceiros como verdadeiras “cópias” de produtos rivais).

em um mercado de buscas vertical de comparação de preços de passagens, uma plataforma dominante parasse de investir na melhoria dos seus algoritmos e começasse a simplesmente copiar os resultados de preços e passagens que aparecem nos resultados de uma página concorrente.

Justamente por haver uma forte relação entre a apropriação de conteúdo de terceiro e essas noções de cópia ou imitação, há autores que defendem que as imputações feitas às plataformas digitais não deveriam ser objeto de preocupação do direito antitruste e, sim, do direito de propriedade intelectual¹²³.

Nesse sentido, no julgamento do Processo Administrativo nº 08700.0090/82/2013-03, uma das alegações de defesa da representada era de que o CADE não poderia punir a conduta, uma vez que havia sido proferida uma sentença judicial reconhecendo que as informações copiadas da página do *Buscapé* não seriam protegidas por direitos autorais¹²⁴. O CADE, no entanto, afastou sumariamente esse argumento, observando que a autarquia deveria julgar a conduta sob a ótica da tutela da livre concorrência, que consiste em um direito coletivo¹²⁵.

Apenas para afastar qualquer dúvida sobre esse ponto, é importante ressaltar que a apropriação de conteúdo de terceiros pode se configurar mesmo quando o agente dominante obtém esse conteúdo de uma maneira formalmente legítima, porém abusiva, em razão da sua posição dominante¹²⁶. No caso do *Google*, por exemplo, antes de firmar o acordo com a FTC, a empresa colhia os *reviews* e comentários de *websites* como o *Yelp* e o *TripAdvisor* com base em uma autorização contratual imposta unilateralmente¹²⁷. Contudo, se o agente econômico não tiver outra opção senão aceitar essa autorização contratual genérica, a infração antitruste poderá se configurar, na medida em que a imposição dessa autorização contratual poderá ser vista como forma de manifestação do poder de mercado.

123. COLOMO, P. I. Restrictions on innovation in EU competition law. *LSE Law, Society and Economy Working Papers 22/2015*, v. 41, n. 2, pp. 16–17, 2015 (alega que tratar a apropriação de conteúdos de terceiros como um problema antitruste envolveria reconhecer o direito da concorrência como uma ferramenta autônoma para a proteção da inovação). Em sentido oposto, cf. KIVINIEMI, H. *Web-scraping as a competition law offence*. 64 f. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito e Tecnologia) – Universidade de Tilburg, Holanda, 2019 (defende que “web-scraping has reached a level where competition law has a reason to intervene”).

124. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0090-82/2013-03. Voto-relator da Conselheira Polyana Vilanova (SEI nº 0527547). 2019. § 87.

125. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0090-82/2013-03. Voto-relator da Conselheira Polyana Vilanova (SEI nº 0527547). 2019. § 95.

126. EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Digitalisation and its impact on innovation. *European Commission Research and Innovation Paper Series: Working Paper 2020/07*, p. 61, 2020.

127. EUA. FTC. *Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo Wall Street Journal*. [s.l.: s.n.], 2012, p. 32 (“much of Google’s vertical content is currently obtained through feeds from various websites, pursuant to free licenses from those sites for Google to use that data”).

No julgamento do Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03, consoante mencionado, o CADE determinou o arquivamento da conduta por entender que não havia sido atestada a materialidade da prática de *scraping*. A despeito disso, entendemos relevante aprofundar a discussão, em tese, sobre quais seriam as teorias do dano aplicáveis relacionadas à inovação e qual teste jurídico poderia ter sido utilizado pelo Conselho.

Do ponto de vista da teoria do dano, compreendemos que há duas abordagens gerais que estão disponíveis para o tratamento da conduta: (i) uma relacionada aos seus efeitos verticais e (ii) outra relacionada aos seus efeitos restritivos da inovação. Embora essas duas abordagens sejam frequentemente tratadas de forma não dissociada nos diversos estudos sobre o tema¹²⁸, entendemos ser importante diferenciá-las para que possamos avançar na fixação dos testes jurídicos aplicáveis.

O primeiro gênero de teoria do dano enxerga a apropriação de conteúdo de terceiros como uma forma de restringir a concorrência em mercados verticalmente relacionados, o que atrairia as perspectivas tradicionais de fechamento de mercado (*market foreclosure*) ou de aumento de custos dos rivais (*raising rival costs*). Nos casos mencionados que envolvem o *Google* e a *Amazon*, por exemplo, seria possível pensar que as referidas plataformas estariam se valendo da sua posição dominante nos seus respectivos mercados *upstream* – mercados de buscas *online* gerais e de *marketplace* – para melhorar seus resultados em um mercado *downstream* – mercados de buscas verticais e mercado de varejo. Mesmo que não tenha avançado nessa análise em razão da ausência de materialidade da conduta, percebemos que o CADE fixou como teoria do dano aplicável à investigação de *scraping* a ideia de alavancagem anticompetitiva¹²⁹.

-
128. Essa natureza dúplice dos danos advindos dessa conduta é afirmada em GERADIN, D. What should EU competition policy do to address the concerns raised by the digital platforms' market power? *TILEC Discussion Paper*, v. 1, p. 53, dez. 2018 (“while in the case of *Yelp scraping* could be seen as a form of vertical foreclosure harming a downstream competitor, innovation can also be discouraged when a platform takes advantage of the content produced by businesses that are not direct competitors (e.g., news publishers) as scraping produces the same innovation-suppressing effect”). No mesmo sentido, cf. SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, pp. 1700–1701, 2013; e OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 53 (“while the precise form of conduct, and thus overall effects, will be different (particularly since it may affect downstream firms' innovation incentives”); e VESALA, J. Protecting innovation from unfair practices. In: *The roles of innovation in competition law analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018, p. 66.
129. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03. Voto-vista da Conselheira Paula Azevedo (SEI nº 0632620). 2019. § 48 – § 56 (invoca “uma teoria de alavancagem (*leveraging*) do poder econômico no mercado *upstream* (buscas) para o mercado *downstream* (busca temática de compras)”).

Ao nosso ver, porém, não é adequado estabelecer *links* diretos entre a apropriação de conteúdo de terceiros e as teorias do dano de alavancagem. Pois, de acordo com o conceito aqui proposto, uma apropriação de conteúdo de terceiros nas plataformas digitais pode ocorrer mesmo quando o agente que pratica essa conduta não atua de forma verticalizada.

A rigor, pode haver outras formas pelas quais um agente econômico obtém indevidamente os conteúdos de terceiros para, em seguida, empregá-los de forma anticompetitiva na sua concorrência direta com a plataforma que produziu aquela informação. A esse exemplo, em vez de “raspar” as informações dos terceiros a partir das suas tecnologias de *crawler* empregadas no mercado de buscas *online*, o *Google* poderia ter obtido os conteúdos e as informações das plataformas verticais concorrentes por meio de contratos com *data brokers*.

Assim, a atuação da plataforma no mercado *upstream* é apenas uma dentre as diversas formas que a plataforma dominante pode utilizar para obter o conteúdo ou a informação do terceiro. Para facilitar a nossa análise, a exploração de conteúdo de terceiros que resulta necessariamente da atuação verticalizada das plataformas será tratada nesta pesquisa na categoria de autopreferência¹³⁰.

Uma segunda abordagem de teoria de dano aplicável, de maior interesse para nós, conjectura a possibilidade de a apropriação de conteúdo de terceiros restringir a inovação. Nesse segundo cenário, a conduta pode ser analisada a partir das lentes das teorias de concorrência dinâmica discutidas nesta obra.

Na realidade, dentre as práticas abusivas discutidas neste trabalho, esta talvez seja a que mais claramente coloca em risco a inovação nos mercados digitais. A propósito, os riscos de a prática de *scraping* prejudicar a inovação foram intensamente debatidos na investigação aberta contra o *Google* nos EUA¹³¹. Documentos da investigação vazados na imprensa norte-americana mostram que o *Bureau of Competition* da FTC, ao recomendar a condenação, observou que “o efeito natural e provável da conduta do *Google* é a diminuição dos incentivos dos rivais a investirem e a desenvolverem conteúdos novos e inovadores, já que as empresas não podem capturar totalmente os benefícios das suas inovações” (tradução livre)¹³². Embora a investigação tenha sido encerrada por acordo, na decisão de arquivamento, três Conselheiros da FTC reconheceram que havia evidências no sentido de que a conduta do *Google* teria diminuído os incentivos dos rivais de inovar¹³³.

130. Vide item 3.4 deste Capítulo.

131. EZRACHI, A.; STUCKE, M. E. Digitalisation and its impact on innovation. *European Commission Research and Innovation Paper Series: Working Paper 2020/07*, pp. 61–62, 2020.

132. EUA. FTC. *Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo Wall Street Journal*. [s.l.: s.n.], 2012, p. 40.

133. EUA. FTC. *Statement of the Federal Trade Commission regarding Google's Search practices in the matter of Google Inc. FTC File Number 111-0163*. 2013, p. 3. (“the Commission considered whether this conduct could have diminished the incentive of Google's rivals to invest

A despeito disso, no âmbito do Processo Administrativo nº 08700.0090 82/2013-03, parece-nos que, nem na fase de instrução, nem na fase de julgamento, cogitou-se a possibilidade de a conduta ser investigada sob a lente dessa teoria do dano de inovação.

Revisitando as teorias do dano de concorrência dinâmica discutidas no Capítulo 4, é possível compreender a utilização indevida dos conteúdos e das informações geradas por concorrentes relacionadas às oportunidades de inovação ao violar duplamente os princípios da contestabilidade e da apropriabilidade¹³⁴. Sob a ótica da contestabilidade, o uso indevido de informações e conteúdos pelo agente dominante restringe a concorrência que favorece o processo de inovação. Em contrapartida, sob a ótica da apropriabilidade, a prática restringe a capacidade de as empresas concorrentes captarem os benefícios da inovação, o que, portanto, diminui os incentivos à inovação no do mercado.

De fato, se uma plataforma dominante explora indevidamente o valor econômico de uma informação produzida por um concorrente, a decorrência é um comprometimento total dos incentivos à inovação no mercado: nem o agente dominante terá incentivo de investir em atividades de P&D, tendo em vista que poderá se apropriar dos benefícios da inovação sem ter de incorrer em custos, nem os rivais terão incentivos para continuar suas atividades inovadoras, dado que não usufruirão plenamente dos ganhos econômicos dessa inovação¹³⁵.

Sob o aspecto da definição de mercado relevante, mesmo que essa fase não seja determinante, entendemos que a conduta discutida tem o potencial de impedir a inovação no próprio mercado relevante em que atuam o agente que pratica a conduta e os seus respectivos rivais, qual seja, o mercado de comparadores de preço no contexto investigado no Processo Administrativo nº 08700.009082/2013-03.

Como ressaltado no Capítulo 5, a concorrência dinâmica entre plataformas digitais pode ser apreendida a partir da concorrência entre os produtos e serviços existentes submetidos a alto grau de diferenciação ou a pressões de concorrência potencial¹³⁶. Embora a atuação verticalizada da plataforma no âmbito de mercados

in bringing new and innovative content and services (...) Chairman Leibowitz, Commissioner Brill and Commissioner Ramirez found the record evidence to support strong concerns about Google's conduct in this regard").

134. Vide item 3.1 do Capítulo 4.

135. SHELANSKI, H. Information, innovation, and competition policy for the internet. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 161, n. 6, p. 1700, 2013; e VESALA, J. Protecting innovation from unfair practices. In: *The roles of innovation in competition law analysis*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2018. pp. 65–66; e MAŁOBEŹKA-SZWAST, I. *Role of big data in assessing abuse of a dominant position by data-driven online platforms under EU competition law*. 2019. Tese (Doutorado em Direito) – Uniwersytet Warszawski, 2019. p. 265.

136. Isso não quer dizer que a conduta não possa ter por efeito a restrição de inovações que dão origem a novos produtos e serviços no longo prazo. Contudo, dado que as definições de

adjacentes possa ser uma maneira de materialização da conduta, o que define o seu potencial de ilicitude são os seus efeitos horizontais sobre a disputa por inovação no mercado relevante atual.

Alguns exemplos podem ajudar a compreender essa restrição da concorrência por inovação sob tal perspectiva horizontal. No caso dos mercados de buscas *online*, sejam de buscas genéricas ou de buscas temáticas, os *players* não concorrem diretamente no fator preço, porém disputam, em dimensões de qualidade e inovação, pela relevância dos resultados de buscas especializadas.

Como reconhecido pelo próprio CADE, sobretudo as avaliações feitas pelos usuários “podem ser classificadas como ativos concorrencialmente relevantes, uma vez que agregam valor ao serviço ofertado e uma maior utilidade aos usuários”¹³⁷. Assim, ao empregar indevidamente os *reviews* e *rankings* de páginas como o *Buscapé*, *Zoom* ou *Bondfaro*, o *Google Shopping* pode ter restringido diretamente a disputa pelo desenvolvimento de conteúdos e serviços inovadores nesse mercado. Trata-se de uma restrição horizontal da concorrência em um fator não relacionado a preço.

Aplicando à conduta as presunções fixadas no item 2.1 deste Capítulo, podemos compreender que a prática investigada é presumidamente atentatória à inovação por violar a presunção de ilicitude n° 3¹³⁸. Como dito, a apropriação de conteúdo de terceiros reduz a possibilidade de os rivais se apropriarem dos lucros de suas inovações, seja em um mercado atual, seja em um mercado adjacente. Assim, do ponto de vista dos *standards* de comprovação de efeitos abordados no item 2.4, é possível compreender que a conduta é *prima facie* ilegal, uma vez que não há espaço de alegação de eficiência relacionada à inovação.

Assim, estabelecidas essas premissas, concluímos parcialmente que o CADE não implementou uma análise de conduta unilateral com foco em inovação no julgamento do Processo Administrativo n° 08700.009082/2013-03, seja porque entendeu que não havia elementos de materialidade da conduta, seja porque não levantou a hipótese de ela poder ser acessada partir de uma teoria do dano de concorrência dinâmica.

3.2. Impedimentos ao uso de múltiplas plataformas

A segunda categoria de abuso de posição dominante em mercados digitais discutida refere-se à prática de impedimento ao uso de múltiplas plataformas ou,

mercados relevantes não devem ser apreendidas de maneira estaque, essas consequências podem eventualmente ser examinadas a partir do prisma da concorrência potencial.

137. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo n° 08700.009082/2013-03. Voto-vista da Conselheira Paula Azevedo (SEI n° 0632620). 2019. § 91.

138. *Presunção de ilicitude n° 3*: é presumidamente ilícita a conduta praticada pelo agente dominante que, de qualquer forma, reduz a possibilidade de os rivais se apropriarem dos lucros de suas inovações, seja em um mercado atual, seja em um mercado adjacente ou futuro.

ainda, restrição ao *multi-homing*¹³⁹. Embora essas práticas também sejam tratadas como restrições à interoperabilidade, convencionamos, para fins didáticos, que esta última expressão assume contornos fáticos próprios. Pois, enquanto o uso de múltiplas plataformas ou *multi-homing* corresponde à possibilidade de o próprio usuário acessar simultaneamente mais de um serviço, a interoperabilidade, por sua vez, é um aspecto técnico que diz respeito à compatibilidade tecnológica entre dois ou mais sistemas, o qual permite que os seus usuários processem informações entre eles¹⁴⁰.

O impedimento ao uso de múltiplas plataformas ou restrição ao *multi-homing* se configura quando uma plataforma detentora de posição dominante impõe dificuldades para que os consumidores transacionem, de forma simultânea, com a plataforma dominante e outras plataformas concorrentes. Nos mercados digitais, tais impedimentos comumente se concretizam por meio de restrições contratuais ou mesmo técnicas à portabilidade de dados de uma plataforma para a outra¹⁴¹.

As restrições ao *multi-homing* passaram a ser debatidas na comunidade antitruste principalmente a partir da abertura da investigação contra o *Google* pela FTC em 2010. À época, uma das condutas do *Google* apurada pela agência envolvia a imposição de restrições à portabilidade de dados utilizados nas campanhas publicitárias impulsionadas na sua plataforma do *AdWords*¹⁴². De forma mais específica, alegava-se que os termos e as condições de licenciamento do *Application Programming Interfaces* (API) do *AdWords* limitavam a concorrência no mercado de anúncios *online*, uma vez que impediam que desenvolvedores de *softwares* independentes oferecessem ferramentas que pudessem facilitar o gerenciamento de múltiplas campanhas publicitárias simultaneamente no *AdWords* e em outras plataformas concorrentes, como o *Bing* ou o *Yahoo*¹⁴³.

139. NAZZINI, R. Google and the (ever-stretching) boundaries of article 102 TFUE. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 6, n. 5, p. 2, 2015; BANIA, K. The role of consumer data in the enforcement of EU competition law. *European Competition Journal*, v. 14, n. 1, p. 57, 2018.

140. HOVENKAMP, H. J. Antitrust and platform monopoly. *The Yale Law Journal*, v. 130, n. 1, p. 1952, 2021.

141. Nesse sentido, cf. FURMAN, J. *et. al.* *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. pp. 36–37 (destaca as múltiplas formas de restrição à portabilidade de dados); RUBINFELD, D. L.; GAL, M. S. Access barriers to big data. *Arizona Law Review*, v. 59, n. 1, p. 366, 2017 (aborda as restrições à portabilidade como barreiras tecnológicas ou comportamentais); e OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 38.

142. GILBERT, R. J. U.S. Federal Trade Commission Investigation of Google Search (2013). *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 2, 2017.

143. GILBERT, Richard J. U.S. Federal Trade Commission Investigation of Google Search (2013). *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 3, 2017 (“the restriction prevented an advertiser from using software that was developed or used by a third party (but not the advertiser itself) to

A partir da leitura do memorando do *Bureau of Competition* da FTC vazado na imprensa em 2021, verifica-se que a área técnica da agência concluiu que essas restrições violavam a seção 2 do Sherman Act, haja vista que (i) limitavam a capacidade de os anunciantes fazerem o uso de seus próprios dados e (ii) comprometiam a inovação ao aumentar os custos de transação entre anunciantes e empresas terceirizadas¹⁴⁴. De toda sorte, a FTC considerou que essas preocupações teriam sido atendidas pela proposta de acordo apresentada pelo *Google* em 2013, pelo qual a empresa se comprometeu a deixar de aplicar as cláusulas contratuais que impediam os clientes do *application programming interfaces* do *AdWords* de desenvolver ferramentas de gerenciamento de múltiplas campanhas¹⁴⁵. Na União Europeia, embora a Comissão tenha demonstrado preocupações com a prática, não foi instaurada nenhuma investigação específica envolvendo as restrições no *application programming interfaces* do *AdWords*¹⁴⁶.

Da mesma forma como ocorreu com as investigações relacionadas à prática de apropriação de conteúdo de terceiros, o CADE abriu uma investigação específica para apurar as restrições de *multi-homing* no *application programming interfaces* do *AdWords*, autuada sob o Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19¹⁴⁷. Os principais riscos anticoncorrenciais suscitados na investigação diziam respeito (i) à impossibilidade de outros concorrentes terem acesso à forma de monetização no mercado de buscas patrocinadas e (ii) à imposição ou não de preços abusivos a anunciantes¹⁴⁸.

O Tribunal do CADE examinou as cláusulas vigentes no contrato de licenciamento do *application programming interfaces* do *AdWords* adaptadas após o acordo firmado com a FTC e concluiu que as condições contratuais vigentes não

‘multi-home’ by comingling data and porting its software to manage ad campaigns for Google and also for other search engines, such as Bing or Yahoo!”).

144. EUA. FTC. Memorando da FTC relacionado ao Caso 111-0163: Documento não oficial publicado pelo *Wall Street Journal*. [s.l.: s.n.], 2012, p. iii. (“these restrictions should be condemned under Section 2 because they limit the ability of advertisers to make use of their own data, and as such, have induced innovation and increased transaction costs among advertisers and third-party businesses, and also degraded the quality of Google’s rivals in search and search advertising. Google’s proffered efficiency justification for these restrictions appears to be pretextual”).

145. Vide: *item II – Adwords API terms and conditions* (EUA. FTC. Commitments letter from Google Inc. to Chairman Leibowitz. *Google Inc.*, File No. 111-0163, 2012).

146. MÄIHÄNIEMI, B. *Competition law and big data: imposing access to information in digital markets*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020, p. 178.

147. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19.

148. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 75.

apresentariam natureza “propriamente anticoncorrencial”¹⁴⁹, que as restrições impostas seriam justificadas¹⁵⁰ e representariam simples “competição pelo mérito”¹⁵¹.

Partindo dessa contextualização, importa-nos discutir, no âmbito do direito concorrencial brasileiro, como a conduta poderia constituir um abuso de posição dominante e, principalmente, se e como o CADE poderia ter examinado essa prática a partir das preocupações relacionadas à inovação no citado Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Nesse caso, embora mais uma vez a investigação tenha sido arquivada por ausência de materialidade da conduta, parece-nos que, aqui, o CADE suscita uma análise de eficiências, ao referenciar, mesmo que de forma genérica, que as restrições ao *multi-homing* previstas nas cláusulas remanescentes dos contratos de licenciamento do *application programming interfaces* do *AdWords* seriam “justificadas”¹⁵².

No plano legal, a imposição de restrições ao uso de múltiplas plataformas pode caracterizar infração à ordem econômica, amoldando-se aos exemplos previstos no rol não taxativo do art. 36, § 3º, incisos III e IV, da Lei nº 12.529, de 2011¹⁵³. Embora a adoção de cláusulas contratuais que vedam em absoluto o uso de plataformas concorrentes não seja prática comum na maioria dos mercados digitais, é possível que as plataformas dominantes restrinjam o *multi-homing* adotando comportamentos indiretos, tais como a implementação de barreiras tecnológicas à livre transferência de dados de uma plataforma para a outra, a vinculação do uso de dados a serviços complementares no ecossistema da plataforma ou, ainda, a conferência benefícios aos usuários que adotam o comportamento *single-homing*.

A estratégia comercial em questão guarda bastante similaridade com outras práticas unilaterais tradicionalmente investigadas pelas autoridades antitruste, como os contratos de exclusividade¹⁵⁴, a fidelização de clientes¹⁵⁵ ou mesmo a

149. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 207.

150. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 123.

151. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 215.

152. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 123.

153. BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 36: “III – limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado. IV – criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços”.

154. OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 38.

recusa de contratar¹⁵⁶. Nesse aspecto, seria natural endereçar a racionalidade econômica dessa conduta sob a ótica das teorias do dano de restrições verticais de fechamento de mercado (*market foreclosure*) ou o aumento de custos de rivais (*raising rival costs*).

Há, todavia, particularidades importantes do modelo de plataformas que modificam ou, pelo menos, intensificam a lógica econômica exclusionária presente. Quando tais restrições são impostas por agentes dominantes, é possível que o comportamento habitual dos consumidores no mercado deixe de ser o uso de múltiplas plataformas (*multi-homing*) e passe a se concentrar no uso de apenas uma plataforma (*single-homing*). Essa mudança pode aumentar sensivelmente os riscos de aprisionamento do mercado (*tipping*), na medida em que o *multi-homing* é o principal fator que mitiga a força dos efeitos de rede¹⁵⁷.

A demonstração da detenção de posição dominante também é condição necessária da infração. No caso investigado pelo CADE, a autarquia definiu o mercado relevante de buscas patrocinadas, embora o voto-relator tenha feito a ressalva de que talvez essa definição não fosse a mais adequada, por eventualmente desconsiderar a pressão competitiva imposta por outras formas de publicidade *online*¹⁵⁸.

Do ponto de vista dos possíveis danos resultantes da prática, o Tribunal entendeu que os efeitos das restrições ao *multi-homing* se relacionariam “(i) à possibilidade ou impossibilidade de outros concorrentes também terem acesso à forma de monetização no mercado de buscas patrocinadas, qual seja, a venda de anúncios; (ii) à imposição ou não de preços abusivos a anunciantes, ou a qualquer outra conduta que os impedissem de veicular propagandas em diversas plataformas”¹⁵⁹. Considerando que, nesta pesquisa, estamos tratando apenas das condutas unilaterais sob a perspectiva de exclusão, a alegação de preços abusivos será por nós desconsiderada.

155. KATZ, M. L. Exclusionary conduct in multi-sided markets. In: OCDE. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. Paris: OECD Publishing, 2018. pp. 101–130; pp. 114–115.

156. MÄIHÄNIEMI, B. *Competition law and big data: imposing access to information in digital markets*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2020, p. 184; e KATZ, M. L. Multisided platforms, big data, and a little antitrust policy. *Review of Industrial Organization*, v. 54, n. 4, p. 702, 2019.

157. HOVENKAMP, H. J. Antitrust and platform monopoly. *The Yale Law Journal*, v. 130, n. 1, pp. 1976–1977, 2021; e SCHWEITZER, H. *et. al.* Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen. *Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) – Projekt Nr. 66-17*, pp. 59–60, 2018.

158. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 83.

159. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 75.

Da leitura do voto-relator no Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19, não é possível ter clareza sobre qual teoria do dano de exclusão foi considerada. O mencionado voto cingiu-se a dizer que seria necessário “perquirir se houve alguma prática abusiva por parte da representada”¹⁶⁰. Em outra passagem, considerou-se que o fato de ser possível tecnicamente que terceiros criassem *softwares* de otimização que viabilizariam o gerenciamento simultâneo de campanhas publicitárias na plataforma do *AdWords* e em plataformas concorrentes – *e.g. Ad-Bing* –, na visão do relator, “já seria suficiente para descaracterizar a alegação inicial da *Microsoft*”¹⁶¹. Ao nosso ver, essa afirmação sugere que a conduta só poderia ser ilícita se a mudança nos termos e nas condições do *application programming interfaces* do *AdWords* constituíssem uma espécie de *essential facility*, o que flerta com um teste jurídico que exige padrões mais rígidos de demonstração do dano, como o requisito da indispensabilidade definido na jurisprudência do direito europeu¹⁶².

De todo modo, para o que interessa ao nosso exercício, é legítimo indagar se a conduta de vedação ao uso de múltiplas plataformas atrai alguma das teorias do dano de concorrência dinâmica descritas no Capítulo 4. Entendemos que, abstraindo das discussões sobre demonstração da materialidade da conduta, a prática pode ser investigada sob alguns dos enfoques de, pelo menos, duas daquelas teorias do dano.

Em primeiro lugar, sob o enfoque da teoria do dano de restrições a oportunidades de disrupção, poder-se-ia cogitar que, ao dificultar o gerenciamento simultâneo de campanhas publicitárias veiculadas no *AdWords* e em plataformas concorrentes, o *Google* poderia estar impondo dificuldades para que as plataformas concorrentes acessassem consumidores *low-end* que ou tivessem interessados em veicular campanhas simultâneas a partir de apenas uma ferramenta de gerenciamento ou mesmo estivessem interessados em migrar as suas campanhas publicitárias para o *AdBing*. Nesse caso, poderíamos cogitar que a conduta do *Google* poderia “prejudicar as oportunidades de disrupção com o intuito de proteger sua dominância” (tradução livre)¹⁶³.

O aprofundamento dessa teoria do dano, no entanto, exigiria que tivéssemos mais dados sobre o comportamento do mercado, em especial, sobre se as estratégias de plataformas concorrentes do *AdWords* têm algum potencial de endereçar consumidores *low-end*, por meio de cobranças de preços mais módicos

160. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 95.

161. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.005694/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 115.

162. Sobre o tema, cf. DUNNE, N. Dispensing with indispensability. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 16, n. 1, pp. 74–115, 2020.

163. STREEL, A.; LAROUCHE, P. Disruptive innovation and competition policy enforcement. *OECD Working Paper DAF/COMP/GF*, p. 7, 2015.

pelos anúncios patrocinados. Diante da ausência desses dados na versão pública divulgada pelo CADE, não prosseguiremos nessa análise.

Uma segunda teoria do dano aplicável envolveria cogitar que o *Google* prejudicou as oportunidades de inovação por parte dos concorrentes ao restringir o acesso a ativos-chave de inovação, em especial os dados dos usuários finais que veiculam suas campanhas publicitárias naquele buscador. Essa teoria do dano não pode ser simplesmente equiparada a uma recusa de contratar, havendo argumentos significativos na literatura para se entender que os *thresholds* de imposição de acesso compulsório a ativos relevantes de inovação podem ser mais baixos do que aqueles tradicionalmente pensados para recusas de contratar em geral¹⁶⁴.

A partir das teorias do dano, poderíamos avançar na investigação sobre quais presunções fixadas no item 2.1 deste Capítulo se aplicariam às práticas de impedimento ao uso de múltiplas plataformas. Ao nosso ver, essa categoria de abuso poderia atrair a incidência da presunção de ilicitude nº 1¹⁶⁵. Pois, na investigação em tela, há apenas um mercado relevante afetado pela prática – justamente o mercado relevante de buscas patrocinadas – como definido no voto-relator.

Tendo em vista que o *Google* detém posição dominante nesse mercado, a sua conduta pode ser reputada presumidamente ilícita se ela for capaz de reforçar essa sua posição dominante prévia. Nesse caso, a diminuição da rivalidade no mercado de buscas patrocinadas presumidamente implicará uma diminuição dos incentivos à inovação por parte tanto dos rivais quanto do próprio incumbente. Mesmo que essa presunção seja menos forte em relação a uma eventual inovação sustentável, ela é forte quanto às inovações drásticas.

Partindo dessa presunção, o padrão probatório a ser utilizado seria o da avaliação de mudanças na estrutura de mercado. Se comprovado, por exemplo, que a prática aumentou a participação de mercado do *Google*, que, no período anterior à conduta, era de 90%, poderíamos presumir que os incentivos à inovação foram negativamente afetados no mercado. A ausência de informações sobre a evolução das participações de mercado no período da conduta, no entanto, impede que avancemos nessa avaliação.

Por fim, quanto à possibilidade de apresentação de justificativas, diferentemente do que se passa em relação à conduta de apropriação de conteúdo de terceiros, entendemos que o padrão probatório aplicável à conduta de vedação ao *multi-homing* deve estar mais aberto a defesas. Repisando as considerações feitas no item 2.2, entendemos que o *Google* poderia demonstrar que os termos e as condições de uso do *application programming interfaces* do *AdWords* eram inevitáveis para manter o funcionamento da plataforma e alguma qualidade do serviço.

164. Vide item 3.2.3. do Capítulo 4.

165. *Presunção de ilicitude nº 1*: é presumidamente ilícita a conduta de agente econômico que, de qualquer forma, cria ou reforça a sua posição dominante prévia em um mercado relevante atual.

Em conformidade com o que foi mencionado, esse tipo de análise foi feito no voto-relator de forma, ao nosso ver, meramente superficial¹⁶⁶. Nesse sentido, o voto-relator observou que, de acordo com o alegado pelo *Google* no processo, os termos de condições do *application programming interfaces* do *AdWords* teriam por finalidade combater aquilo que se chama de problema do mínimo denominador comum. Segundo a representada, se o *AdWords* utilizasse campos que inserção das informações para as campanhas publicitárias que permitissem o simples “copia” e “cola”, poderia haver “um incentivo dos *softwares* de nivelar por baixo, ou padronizar seus campos de entrada de dados de maneira a refletir apenas aqueles campos comuns a todas as plataformas, deixando de evidenciar, portanto, as diferenças e supostas vantagens de uma plataforma sobre a outra”¹⁶⁷.

A partir da apreciação desse argumento de defesa, o voto-relator argumentou que, se as condições de uso do *AdWords* praticadas não estivessem vigentes “ter-se-ia um desincentivo à inovação, com possíveis reflexos negativos à própria geração de eficiências pelas plataformas de anúncios”¹⁶⁸. Essa passagem demonstra uma abertura à recepção de argumentos de defesa relacionados à inovação. Em especial, a justificativa apresentada poderia ser enquadrada na percepção de que a prática era necessária para manter os incentivos à apropriabilidade. Todavia, o CADE acabou não se aprofundando nesse tipo de análise.

Temos dúvidas, porém, sobre se as alegações oferecidas pela representada realmente satisfazem um ônus argumentativo mínimo de justificativa qual fixamos no item 2.2 deste Capítulo. Para serem específicas, ter-se-ia que demonstrar como cada uma das cláusulas do termo de condições de uso do *AdWords* teria o condão de aumentar as chances de apropriabilidade. Novamente, porém, não nos parece ser possível continuar nessa avaliação a partir das informações disponíveis nas versões públicas dos votos.

3.3. Inovação anticompetitiva

A terceira categoria de conduta anticompetitiva aqui examinada pode ser enquadrada nas etiquetas de “inovação anticompetitiva”¹⁶⁹, “inovação preda-

166. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 123 – § 125.

167. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 123.

168. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056-94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019. § 125.

169. GILBERT, R. Holding innovation to an antitrust standard. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, pp. 47–77, 2007 (utiliza-se a expressão para se referir, genericamente, a

tória”¹⁷⁰, ou “mudança anticompetitiva de *design* de produtos”¹⁷¹. Pelos motivos que serão expostos em seguida, será adotada a primeira dessas terminologias. As preocupações com essas estratégias anticompetitivas partem do pressuposto de um agente econômico poder prejudicar a concorrência ao introduzir no mercado novos produtos ou mudanças relevantes nos produtos existentes¹⁷².

O debate sobre se uma empresa poderia violar a legislação antitruste ao introduzir uma inovação se iniciou no direito norte-americano nas décadas de 1960 e 1970¹⁷³. Nos casos *IBM*¹⁷⁴ e *Kodak*¹⁷⁵, essas empresas, que eram líderes nos seus respectivos mercados de sistemas de computador e fabricação de máquinas fotográficas, foram acusadas de lançar produtos novos – como *CPUs* e câmeras fotográficas – que empregavam padrões técnicos incompatíveis com aqueles utilizados em produtos periféricos – e.g. fitas, discos, impressoras e filmes fotográficos – fabricados por produtores independentes.

-
- alegações de que características de produtos existentes geraram incompatibilidade com produtos complementares); e AUDRETSCH, D. B.; BAUMOL, W. J.; BURKE, A. E. Competition policy in dynamic markets. *International Journal of Industrial Organization*, v. 19, n. 5, p. 631, 2001.
170. SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, p. 22, 2018 (propõe o enquadramento das inovações predatórias como uma categoria jurídica autônoma, assim entendidas como “*the alteration of one or more technical elements of a product to limit or eliminate competition*”); JACOBSON, J.; SHER, S.; HOLMAN, E. Predatory innovation: an analysis of *Allied Orthopedic v. Tyco* in the context of section 2 jurisprudence. *Loyola Consumer Law Review*, v. 23, n. 1, p. 1, 2010 (“*where a product redesign is meant to impede competition, entrench a dominant firm’s position in the market, or artificially change the structure of the market so as to make it more difficult for new entrants to succeed*”); e SIDAK, J. G. Debunking predatory innovation. *Columbia Law Review*, v. 83, n. 1, pp. 1121–1149, 1983.
171. HOVENKAMP, H. Antitrust and the design of production. *Cornell Law Review*, v. 103, n. 5, p. 1157, 2018 (“*firms redesign their production in order to increase or preserve their market share in the face of changing competition or consumer taste, both of which are often driven by changes in technology*”); e NEWMAN, J. M. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 4, n. 2, p. 683, 2013 (“*a firm, dominant in one product market, designed a new version of that product so as to maximize interoperability with its own complementary product(s), essentially requiring customers to buy the two together*”).
172. AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. J. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1978, p. 776a. (“*a dominant firm may alter its product to the detriment of smaller rivals, particularly those making complementary product*”).
173. SIDAK, J. G. Debunking predatory innovation. *Columbia Law Review*, v. 83, n. 1, pp. 1121–1122, 1983.
174. EUA. CORTE SUPERIOR DO NOVO CIRCUITO. *California Computer Prods. V. IBM (Cal-Comp)*, 613 F.2d 727.
175. EUA. CORTE SUPERIOR DO SEGUNDO DISTRITO. *Berkey Photo, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 603 F.2d 263, 287. 1979.

Nesses primeiros casos, os Tribunais norte-americanos demonstraram uma notável preocupação com os riscos de a intervenção antitruste restringir os incentivos dos agentes dominantes a inovar¹⁷⁶. Isso levou as Cortes a adotarem testes jurídicos que se preocupavam mais em examinar a natureza e a funcionalidade da inovação do que propriamente os seus efeitos negativos sobre a concorrência. Nessa etapa inicial da jurisprudência, assentou-se que, mesmo que uma inovação pudesse violar a seção 2 do *Sherman Act*, a conduta somente seria considerada ilícita se o réu demonstrasse que o produto da inovação seria minimamente superior ao que o antecedeu e o seu *design* fosse percebido como de maior qualidade¹⁷⁷. Esse regime inicial, portanto, aproximava-se de uma regra *per se* de licitude¹⁷⁸.

Nos anos 1990 e 2000, as discussões em torno do tema voltaram a ganhar projeção nos casos que envolviam a *Microsoft* e a *Intel*, abordados no Capítulo 3¹⁷⁹. Partindo desses precedentes, a literatura contemporânea majoritariamente passou a considerar que as acusações de inovações anticompetitivas devem ser analisadas sob teorias do dano de venda casada (*technological tying*), de fechamento de mercado (*market foreclosure*) ou de alavancagem anticompetitiva (*leverage*)¹⁸⁰.

Considerando essa forma de tratamento pelas autoridades antitruste, entendemos recomendável evitar a expressão “inovação predatória”, até mesmo porque os mecanismos tradicionais de predação envolvem uma lógica de compensação de perdas de curto prazo bastante distinta das racionalidades econômicas de venda casada, fechamento de mercado ou alavancagem.

Do ponto de vista conceitual, há algumas dificuldades aparentes em se delimitar o que seria uma inovação anticompetitiva. Isso se deve, em primeiro lugar, à própria natureza incerta e aberta do conceito de inovação, comumente empregado, de forma bastante ampla, para designar quaisquer produtos ou processos produtivos novos ou simplesmente melhorados. Em segundo lugar, a ideia de uma inovação em si poder ser objeto de preocupação antitruste enseja um contrassenso

176. NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, p. 716, 2012.

177. DEVLIN, A.; JACOBS, M. Anticompetitive innovation and the quality of invention. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 27, n. 1, pp. 11–12, 2012; e AREEDA, P. E.; HOVENKAMP, H. J. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer, 1978, p. 776 (ressalta-se o critério utilizado no caso *Berkey Photo*: “unconstrained consumer acceptance means that the particular innovation is desirable and establishes product superiority”).

178. SIDA, J. G. Debunking predatory innovation. *Columbia Law Review*, v. 83, n. 1, p. 1122, 1983.

179. Vide item 1 do Capítulo 3.

180. HOVENKAMP, H. Antitrust and the design of production. *Cornell Law Review*, v. 103, n. 5, p. 1194, 2018.

ao menos aparente, dada a histórica compreensão de que novos produtos e serviços geram eficiências dinâmicas que o antitruste deve proteger¹⁸¹.

Examinando a literatura correlata, compreendemos que há duas formas possíveis de enxergar a violação antitruste. De um lado, alguns autores entendem que as inovações anticompetitivas seriam, a rigor, uma não inovação, ou seja, a lei antitruste deveria punir estratégias comerciais que se valem de uma mudança técnica superficial ou mínima no *design* de um produto para esconder o seu real objetivo de excluir rivais¹⁸². Por trás dessa definição, portanto, há uma ideia de que aquilo introduzido de “novo” no produto não passa de um mero artifício ou engodo.

Por outro lado, há autores que compreendem que as inovações anticompetitivas são inovações legítimas, no entanto, os seus benefícios econômicos pró-competitivos devem ser sopesados *vis a vis* os seus efeitos de exclusão¹⁸³. Haveria aqui, portanto, uma lógica de balanceamento que deveria ser aplicada à inovação como um todo, ponderando-se qual seria o seu efeito líquido.

Ao nosso ver, essas duas abordagens confundem a identificação da categoria jurídica com a discussão sobre qual teste jurídico seria aplicável às alegações de inovações anticompetitivas. Ao se afirmar que somente serão consideradas ilícitas as inovações “artificiais” ou “enganosas”, a autoridade antitruste pode chegar à conclusão se há ou não um elemento de artificialidade de diversas maneiras, como por meio de um teste de *sham*¹⁸⁴. Por outro lado, é possível que se compreenda que mesmo uma inovação legítima tem efeitos ambíguos sobre o excedente do consumidor, o que demandaria algum teste de balanceamento¹⁸⁵.

181. DEVLIN, A.; JACOBS, M. Anticompetitive innovation and the quality of invention. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 27, n. 1, pp. 8–9.

182. Nesse sentido, cf. SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, p. 22, 2018 (“*predatory innovation describes all practices that, under the guise of real innovations, are anticompetitive strategies aimed at eliminating competition without benefiting consumers*”).

183. Essa parece ser a opinião majoritária, cf. ORDOVER, J. A.; WILLIG, R. D. An economic definition of predation: pricing and product innovation. *The Yale Law Journal*, v. 91, n. 1, p. 8, 1981 (“*even genuine innovations—new products that in some ways are superior to existing products in the eyes of both engineers and consumers—are in some circumstances anticompetitive*”). No mesmo sentido, cf. HOVENKAMP, H. Antitrust and the design of production. *Cornell Law Review*, v. 103, n. 5, pp. 1155–1209, 2018; e JACOBSON, J.; SHER, S.; HOLMAN, E. Predatory innovation: an analysis of Allied Orthopedic v. Tyco in the Context of section 2 Jurisprudence. *Loyola Consumer Law Review*, v. 23, n. 1, p. 1, 2010.

184. GILBERT, R. Holding innovation to an antitrust standard. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, pp. 61–62, 2007 (“*If innovation always makes economic sense, then the no economic sense test is similar to a test of whether the innovation is a sham*”).

185. SCHREPEL, T. The “enhanced no economic sense” test: experimenting with predatory innovation. *NYU Journal of Intellectual Property and Entertainment Law*, v. 7, n. 2, pp. 57–58, 2018.

Assim, por ora, apenas para fins de estabilização da categoria jurídica, define-se que a inovação anticompetitiva se configura quando, ao introduzir um novo produto ou serviço em determinado mercado, o agente dominante consegue, a partir da exploração econômica da própria inovação, prejudicar ou limitar a concorrência sem gerar eficiências compensadoras.

Esse prejuízo à concorrência ocorre quando o agente dominante, ao lançar a sua inovação, cria dificuldades para o desenvolvimento de empresas concorrentes ou mesmo de fornecedores (art. 36, *caput*, inciso IV, da Lei nº 12.529, de 2011). As limitações geradas pela inovação ao processo competitivo, é claro, não se confundem com uma mera conquista natural de mercado do agente dominante fundada em uma concorrência pelo mérito (art. 36, § 2º, da Lei nº 12.529, de 2011).

Para os fins desta tese, porém, é importante considerar que o debate histórico sobre inovações anticompetitivas como ilícitos tem sido revisitado de forma profunda no contexto da economia digital. Diversos autores contemporâneos têm sustentado que as plataformas digitais podem prejudicar a concorrência ao realizarem mudanças nos códigos de *softwares* dos seus produtos que impedem a atuação de desenvolvedores independentes de produtos ou serviços complementares¹⁸⁶.

Alguns exemplos nesse sentido seriam as mudanças nos códigos de *softwares* realizadas na última década em aplicativos e *hardwares* vendidos pelas *big techs*, tais como (i) a decisão da *Apple*, no lançamento de uma atualização de *software* do *iTunes Music Store*, de proibir a reprodução de arquivos de áudios não protegidos por *softwares* de gerenciamento de direitos digitais de terceiros¹⁸⁷; (ii) a decisão do *Google*, em 2010, de impedir a exportação automática de dados de usuários para o *Facebook*; e (iii) a atitude do *Facebook*, em 2012, de, após adquirir o *Instagram*, impedir os seus usuários de postarem fotos no *Twitter*¹⁸⁸.

A prática de inovações anticompetitivas como categoria normativa de ilícito antitruste assume especificidades marcantes no contexto de mercados digitais. Tais especificidades, ao nosso ver, fazem com que os pressupostos que devem ser adotados pelas autoridades antitruste para o tratamento dessa categoria de abuso de posição dominante sejam distintos daqueles tradicionalmente utilizados nas investigações envolvendo inovações em mercados de produtos “físicos”. Essas

186. SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, p. 22, 2018 (define-se a inovação predatória como “the modification of a technological platform and the technical design of a product—which are aimed at removing the compatibility of third party technologies with those of a dominant firm, or at impairing competing technologies operations”); e NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, p. 683, 2012.

187. NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, pp. 697–703, 2012.

188. SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, pp. 51–52, 2018.

diferenças se projetam sobre (i) os contornos de materialidade da conduta; (ii) os seus potenciais efeitos econômicos de exclusão; e, principalmente, (iii) os seus potenciais efeitos sobre os incentivos à inovação.

Do ponto de vista da materialidade da conduta, verifica-se que, nos casos clássicos de mudança anticompetitiva de *design* de produtos discutidos nas jurisdições estrangeiras – como nos precedentes *IBM* e *Kodak* –, a preocupação das autoridades antitruste dizia respeito mais propriamente às incompatibilidades de funcionamento introduzidas entre um produto principal ofertado pelo agente dominante e os produtos complementares. Tais incompatibilidades, por assim dizer “físicas”, envolviam o uso de novos padrões de conexão de *hardwares*, como entradas e *plugs*. Elas prejudicavam ou inviabilizam o uso conjunto de dois produtos pelo consumidor final.

Por outro lado, no contexto dos mercados digitais, existe uma ligeira diferença no núcleo da prática anticompetitiva. Para além de impedir o simples consumo simultâneo de dois ou mais bens complementares, as práticas de inovação anticompetitiva nos mercados digitais têm como foco principal limitar ou a eliminar a interoperabilidade entre *softwares* ou *hardwares*¹⁸⁹. A interoperabilidade é um conceito mais amplo do que a compatibilidade. Ela envolve a capacidade técnica de dois ou mais *softwares* trocarem informações e processarem as informações intercambiadas, de forma que um mesmo *input*, em termos de informação, possa ser processado sob as mesmas condições técnicas por um *software* ou por outro¹⁹⁰.

As restrições à interoperabilidade por meio de alterações de *design* das plataformas digitais podem ser levadas a partir de mudanças no código dos *softwares* que servem de base ao funcionamento do produto ou serviço digital¹⁹¹. Há diversas maneiras, tais como a partir (i) da redefinição da classificação das informações exibidas ao usuário; (ii) da fixação de opções *default*; (iii) da mudança dos sistemas de

189. COLOMO, P. I. Product design and business models in EU antitrust law. *SSRN Electronic Journal*, v. 1, n. 1, p. 10, 2021 (“in digital markets, this second scenario [product design modifications] tends to be assessed through the lenses of the concept of interoperability”); e NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, p. 684, 2012 (“[in the ‘New Economy’] the focus is on the destruction of interoperability between a dominant firm’s products and those of its rivals”).

190. OCDE. *The digital economy*. Paris: OECD Publishing, 2012, p. 11 (“interoperability relates to the interconnection and interaction between elements of software and hardware”); e HOVENKAMP, H. Antitrust and the movement of technology. *George Mason Law Review*, v. 19, n. 5, p. 1123, 2012 (explica que, para haver interoperabilidade, “products must be designed in such a way that they can interconnect with one another, or else they must be compatible with a common set of inputs”).

191. ARSDALE, S. van; VENZKE, C. Predatory innovation in software markets. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n. 1, pp. 246–249, 2015.

recomendação¹⁹²; e, principalmente, (iv) das alterações dos termos e das condições de acesso aos *application programming interfaces* que definem os protocolos que permitam o acesso de terceiros aos dados controlados pela plataforma¹⁹³.

A avaliação da racionalidade econômica da conduta de exclusão no caso de invocações anticompetitivas em plataformas digitais tende a ser muito distinta daquela feita nos setores tradicionais. Em primeiro lugar, o custo de redesenhar os códigos dos *softwares* e redistribuir as suas novas versões no mercado tende a ser bastante inferior nos mercados digitais, o que reforça o incentivo do agente dominante em fazê-lo¹⁹⁴. Considerando que os referidos redesenhos podem lançados a partir de simples atualizações automáticas dos *softwares*, o próprio custo de adesão do consumidor à nova versão tende a ser significativamente mais baixo¹⁹⁵.

Em segundo lugar, diferentemente do que ocorre nos mercados físicos em que as substituições de uma versão do produto requerem um tempo de acomodação maior, por meio das mudanças de *design* nos códigos de *softwares*, as plataformas digitais são capazes de descontinuar a oferta das versões anteriores do produto de forma imediata e permanente¹⁹⁶. Em muitos casos, isso pode impedir que o consumidor exerça sua escolha entre continuar usando uma versão anterior ou migrar para uma versão nova que eventualmente seja incompatível com os produtos complementares de terceiros.

Essas especificidades do meio digital demanda um refinamento da compreensão dos possíveis efeitos anticompetitivos dessa conduta sobre a inovação. Ao contrário do que ocorre nos casos tradicionais, os possíveis efeitos anticompetitivos da inovação anticompetitiva em mercados digitais não se limitam a um eventual fechamento de mercado ou a uma alavancagem anticompetitiva de um mercado para outro. Pois, conforme abordado no Capítulo 5¹⁹⁷, a organização das plataformas digitais em ecossistemas digitais faz com que algumas delas aca-

192. CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019, p. 61.

193. SHARMA, C. Concentrated digital markets, restrictive APIs, and the fight for internet interoperability. *The University of Memphis Law Review*, v. 50, n. 1, p. 445, 2019.

194. NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, pp. 705–707, 2012.

195. NEWMAN, J. Anticompetitive product design in the new economy. *Florida State University Law Review*, v. 39, n. 3, pp. 708–710, 2012.

196. ARSDALE, S. van; VENZKE, C. Predatory innovation in software markets. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 29, n. 1, p. 273, 2015 (destaca que essa eliminação das versões anteriores pode acontecer, por exemplo, quando as atualizações do produto substituem ou modificam a versão anterior e não são oferecidos suportes ou licenças simultâneas para as duas versões).

197. Vide item 3.2 do Capítulo 5.

bem servindo como blocos de construção tecnológicos sobre os quais outros inovadores conseguem desenvolver produtos e serviços complementares¹⁹⁸.

Assim, uma análise antitruste preocupada com a inovação deve investigar quais são as possíveis repercussões de uma eventual mudança nos códigos do *software* da plataforma sobre os incentivos à inovação nos mercados adjacentes. Essas repercussões tendem a ser ambíguas. De um lado, a implementação de poucos ou de nenhum requisito de interoperabilidade, ao tornar o ecossistema aberto, favorece a inovação por parte de terceiros independentes que desenvolvem produtos digitais complementares a partir da infraestrutura comum de *software* da plataforma¹⁹⁹.

De outro lado, porém, há possíveis eficiências integrativas²⁰⁰ associadas aos ecossistemas fechados, principalmente o afastamento dos riscos de efeito carona e a manutenção do nível de qualidade dos serviços²⁰¹, fatores que podem interferir na análise de apropriabilidade.

A prática de inovação anticompetitiva, nos termos previamente propostos, pode ser enquadrada, de alguma maneira, em duas das três teorias do dano de concorrência dinâmica discutidas no Capítulo 4. Quanto à aplicação dos princípios de contestabilidade e apropriabilidade, a conduta pode violar a lógica da contestabilidade, na medida em que a expectativa dos concorrentes de proteger as suas vendas atuais pode ser afetada pela introdução de um novo modelo de produto ou serviço por parte do agente dominante. Essa teoria do dano será especialmente aplicável quando a inovação anticompetitiva for introduzida no mesmo mercado

198. WU, T. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, p. 312, 2012 (“*Platforms are critical to innovation because they vastly cheapen market entry for a large number of firms [the developers], creating ultra-low-cost market entry*”); e EVANS, D. S.; SCHMALENSEE, R. *Matchmakers: the new economics of multisided platforms*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016, p. 47.

199. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; CMA. *The economics of open and closed systems*. Londres: 2014, p. 16; e SCHREPEL, T. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, v. 21, n. 1, pp. 39–40, 2018 (“*most of the North American doctrine on predatory innovation advocates the pro-competitive aspect of open platforms, underlining that they allow a greater diversity of products*”).

200. O conceito de eficiências integrativas é utilizado por Farrell e Weiser para descrever as eficiências que surgem da integração de agente econômico dominante em mercados complementares na internet. Dentre essas eficiências, os autores sugerem que a integração pode favorecer a inovação, ao tornar mais fácil a adaptação das interfaces, processo que seria lento se ocorresse a partir de padrões de interoperabilidade abertos (“*hand-in-glove coordination between the platform sponsor and one or more complementors can accelerate innovation*”). (FARRELL, J.; WEISER, P. J. Modularity, vertical integration and open access policies towards a convergence of antitrust and regulation in the internet age. *Harvard Journal of Law & Technology*, v. 17, n. 1, pp. 97–99, 2003).

201. AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; CMA. *The economics of open and closed systems*. Londres: 2014. pp. 27-28.

relevante atual em que opera o concorrente que enfrentará dificuldades de comercializar os seus produtos após a modificação do *design* tecnológico operado pela empresa dominante.

Por outro lado, sob a perspectiva de restrição de acesso a recursos-chave de inovação, pode-se presumir que a inovação anticompetitiva, ao reduzir a interoperabilidade, elimina ou restringe o acesso de terceiros a *inputs* necessários ao processo inovador. Essa teoria do dano mostra-se especialmente aplicável no âmbito de mercados relevantes adjacentes de produtos e serviços complementares ao produto principal melhorado pela inovação.

Poderíamos pensar como exemplo o caso já referenciado do *Facebook*, que, em 2012, passou a impedir os usuários do *Instagram* de compartilharem as suas fotos no *Twitter*. Essa situação fática é compatível com a teoria do dano de que o *Instagram* pode ter restringido o acesso dos seus usuários ao *Twitter*, plataforma concorrente no mesmo mercado relevante atual de redes sociais. Em relação à teoria do dano de restrição às oportunidades de disrupção, a prática de inovação anticompetitiva pode ser utilizada para privar um agente econômico da capacidade de criar uma interface entre o seu produto e uma rede de valor existente.

Para os fins de exame das decisões do CADE selecionadas, verificamos que a conduta de inovação anticompetitiva foi tratada no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94, em que se investigou a suposta prática de favorecimento da exibição dos resultados do buscador *Google Shopping* nos resultados de buscas universais do *Google*.

É importante notar, porém, que, nesse caso, as etiquetas ou os rótulos das condutas anticompetitivas investigadas foram empregadas de forma um pouco confusa, gerando algumas sobreposições. O voto-relator do Conselheiro Maurício Bandeira Maia implementou um roteiro de análise que dividiu as acusações feitas em relação ao *Google* nas seguintes categorias: (i) condutas exclusionárias, entendidas como bloqueio de acesso a um bem essencial, recusa de vendas, tratamento discriminatório, venda casada; (ii) inovação predatória; e (iii) posicionamento privilegiado²⁰².

De certo modo, porém, tais acusações têm a mesma base fática, qual seja, o lançamento do *product listing ads*, *software* de exibição de resultados na página do *Google* implementado no Brasil em 2012.

O *product listing ads* corresponde a uma atualização do *universal search* ou *product universal*, ferramenta de exibição de resultados lançada pelo *Google* em 2008, que apresentava, na sua página de resultados gerais, uma área destinada a resultados temáticos de produtos com imagens, preços e *links* para *websites* de

202. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 177.

comerciantes em que os produtos poderiam ser adquiridos²⁰³. A imagem a seguir ilustra a forma de exibição dos resultados durante o período de funcionamento do *universal search*:

Figura 18 – Exibição de resultados temáticos na página do *Google* com o *product universal*

The image shows a Google search interface with the search term 'Câmera digital'. The search results are displayed in a grid-like format. On the left, there is a navigation menu with options: Tudo, Imagens, Vídeos, Notícias, Shopping, and Mais. The main content area is divided into several sections:

- Search Results:** A box titled 'Resultados de compra para câmera digital' containing three product listings:
 - Câmera Digital S2800 14MP com LCD 3 com Zoom Óptico:** R\$ 499 – 13 lojas
 - Câmera Digital GE X500 Preta c/16MP, LCD 2,7, Zoom..:** ★★★★★ 100 Comentários – R\$ 449 – 13 lojas
 - Câmera Digital Sony DSC W570/V 16.1 Megapixels + Cartão...:** R\$ 400 – 14 lojas
- Advertisements:** Several ads are displayed, including:
 - Câmera Digital Canon | Americanas.com.br:** A partir de R\$ 224,10 em até 12x c/ 10% off + 5% no Boleto. Aproveite
 - Câmeras Digitais Aqui | Shoptime.com.br:** Câmeras Digitais com descontos em até 12x Sem Juros. Aproveite Agora!
 - Câmera Digital – Cine e Foto – Magazine Luiza:** Câmera Digital com os melhores preços e condições você encontra aqui no site do Magazine Luiza
 - Ofertas Câmera Digital:** Aproveite as ofertas especiais de Câmera Digital aqui no Bonfaro
 - Câmera Digital é Aqui:** A partir de R\$ 99. Aproveite Encontre o Menor Preço no Zoom
 - Câmera Digital em Oferta:** Câmera Digital a partir de R\$ 134,10
 - Câmeras Cyber-shot Sony:** Compre direto da fábrica e aproveite a promoção. Loja Oficial.

Fonte: elaboração própria a partir de BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE, p. 23²⁰⁴.

À época de sua introdução no Brasil, em 2011, o sistema do *universal search* ou *product universal* exibia resultados temáticos de produtos como um serviço gratuito a terceiros²⁰⁵. A rigor, na página de exibição de resultados gerais, o *Google* apenas cobrava dos anunciantes pelos resultados do *AdWords* que apareciam na parte superior e eram indicados explicitamente como resultados de busca patrocinada²⁰⁶.

No ano seguinte, o *Google* procedeu a uma atualização do *universal search* no Brasil, que corresponde ao lançamento do *product listing ads*. Por meio dele, o

203. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE, p. 21.

204. A imagem é meramente ilustrativa e não corresponde a um resultado real de pesquisa na página do *Google*.

205. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE, p. 22 (“Os resultados no *Product Universal* eram ranqueados para a exibição na SERP de acordo com sua relevância e utilidade perante a consulta feita pelo usuário”).

206. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE, p. 23.

Google utilizava informações fornecidas pelos varejistas – e.g. código identificador do produto, nome, descrição, preço etc.) para exibir ofertas de produtos com imagens e links, de forma parecida com aquela empregada no *universal search*. O *product listing ads* exibia as informações correspondentes aos resultados das buscas que pudessem dizer respeito a produtos na parte lateral ou na parte superior, dando maior destaque às imagens²⁰⁷, tal como ilustra a figura a seguir:

Figura 19 – Exibição de resultados temáticos na página do Google com o *product universal*

The image shows a Google search interface for 'Geladeira'. The search bar contains the word 'Geladeira' and a magnifying glass icon. Below the search bar, there are navigation links: 'Todas', 'Shopping', 'Imagens', 'Notícias', 'Mapas', 'Mais', 'Configurações', and 'Ferramentas'. The search results indicate 'Aproximadamente 33.000.000 resultados (8,52 segundos)'. There are three text-based advertisements on the left, each with a title, a link, and a brief description. On the right, there are two columns of product listings under the heading 'Ver geladeira'. The first column is titled 'Patrocinados' and shows three refrigerator models with their respective prices and retailers. The second column shows three more refrigerator models. At the bottom right, there is a link that says '-> Mais no Google'.

Fonte: elaboração própria a partir de BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 61²⁰⁸.

Diferentemente do que ocorria no *product universal*, nos *product listing ads*, os resultados de ofertas dos produtos eram “ranqueados” com base em dois critérios: (i) pagamento dos varejistas por cada clique (no modelo custo por clique), cujos valores eram definidos em um leilão de segundo preço; e (ii) desempenho da qualidade do anúncio veiculado, medido pelo sistema de *quality scores*²⁰⁹.

207. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 57 – § 59.

208. A imagem é meramente ilustrativa e não corresponde a um resultado real de pesquisa na página do Google.

209. Esses critérios de exibição são bem explicados na Nota Técnica do Departamento de Estudos Econômicos: “Assim, para ter um anúncio de texto colocado na página de busca do

Além de ter implementado os critérios para exibição dos anúncios, o *product listing ads*, ao menos nas suas primeiras versões, inseriu dois *links* que redirecionavam os usuários para uma página do *Google Shopping* que continha os resultados referentes ao produto anteriormente pesquisado no *Google*. A figura a seguir ilustra o posicionamento desses *links*. Nessa figura, se o usuário clicasse nas fotos dos produtos, seria redirecionado para a página dos próprios varejistas (*Magazine Luiza*, *Carrefour* etc.) Por outro lado, se o usuário clicasse, por exemplo, no link “ver geladeira” ou no link “mais no *Google*”, seria exibida uma página do *Google Shopping* na qual seriam listados todos os resultados desse buscador vertical²¹⁰.

Figura 20 – Exibição de resultados temáticos na página do *Google* com o *product listing ads*



Fonte: elaboração própria a partir de BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 61²¹¹.

Google, o anunciante precisa participar do leilão *AdWords* e fazer lances para as diferentes palavras-chave que lhe interessam (ex.: ‘iphone’) ou para conjuntos dela (ex.: ‘compra iphone 10’). Tomemos, por exemplo, o termo ‘compra iphone 10’. Num leilão tradicional, ganharia o maior lance. Simplificadamente, no leilão *AdWords*, ganha aquele que obtiver a maior pontuação, considerando tanto o valor de seu lance (*CPC Bid*) quanto a qualidade de seu anúncio (medidos por *Quality Scores*). O lance equivale ao maior valor que o anunciante está disposto a pagar por um clique. O valor efetivo (*CPC efetivo*) que o anunciante paga, contudo, corresponde ao menor valor necessário para que ele ainda se mantenha à frente do seguinte colocado”. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE (SEI nº 0546890), p. 70.

210. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE. pp. 29-30.

A partir da análise do *Product Listing Ads* (PLA), tanto a Superintendência-Geral quanto o Tribunal do CADE apreciaram se a introdução desse *software* configuraria a prática de inovação predatória. Consoante assentado no voto-relator, ao menos em tese, essa conduta estaria ligada “às alterações feitas pelo *Google* na forma de apresentação dos seus resultados de busca”, na medida em que “essas inovações estariam prejudicando a propagada de neutralidade do mecanismo de busca do *Google*”²¹².

Algumas pistas importantes sobre a forma de tratamento dessa prática no direito concorrencial brasileiro podem ser extraídas da Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE e do voto-vencedor do caso.

Em relação à delimitação conceitual da infração à ordem econômica, parece-nos que o CADE encampou a compreensão de que essa conduta não diz respeito propriamente a uma falsa inovação ou a uma inovação enganosa como sugerido por parte da literatura, mas a uma inovação que, embora legítima, pode gerar efeitos ambíguos em termos de benefícios aos usuários. Tal posição fica evidente a partir das afirmações feitas na Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE, no sentido de que as inovações podem “prejudicar os usuários em alguns aspectos e beneficiá-los em outros”²¹³. No mesmo sentido, o voto-relator ponderou que “o direito da concorrência se preocupa inclusive se a inovação é benéfica para a sociedade, o que frequentemente pode ser verificado mediante o estudo das eficiências para o consumidor”²¹⁴.

Quanto à forma de manifestação dessa prática, a Superintendência-Geral do CADE destacou o fato de a prática da inovação predatória gerar limitações de integração entre o produto da firma concorrente e o da plataforma dominante²¹⁵. Essa ideia é bastante próxima àquela que defendemos anteriormente, no sentido de a conduta ora investigada caracterizar-se por restrição ou impedimento de interoperabilidade entre plataformas digitais.

Há pouca clareza, porém, no teste jurídico que o CADE entende ser aplicável à conduta. Apesar de tratar a inovação predatória como uma prática anticompetitiva

211. A imagem é meramente ilustrativa e não corresponde a um resultado real de pesquisa na página do *Google*.

212. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 57 – § 59.

213. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE, p. 76.

214. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 339.

215. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGA2/SGA1/SG/CADE, p. 76.

autônoma, a Nota Técnica da Superintendência-Geral do CADE sugeriu que essa conduta deveria ser avaliada sob os mesmos *standards* utilizados para a prática de recusa de venda²¹⁶. No mesmo sentido, o voto-relator ponderou que a avaliação dos potenciais efeitos negativos da prática de inovação predatória no caso deveriam ser realizadas a partir das seguintes perguntas: “a) houve diminuição de tráfego originário da busca orgânica para os comparadores de preço? b) o CPC dos *AdWords* contratados pelos comparadores de preço aumentou? c) houve manipulação dos algoritmos?”²¹⁷.

Essas passagens sugerem que o CADE teria considerado, para avaliação da prática de inovação anticompetitiva, a mesma análise de efeitos baseada na regra da razão que o Tribunal aplicou às demais acusações de (i) condutas exclusionárias, entendidas como bloqueio de acesso a um bem essencial, recusa de vendas, tratamento discriminatório, venda casada; e (ii) posicionamento privilegiado²¹⁸. Por uma questão didática, os resultados de tal análise serão abordados no tópico seguinte deste Capítulo, relativo à conduta de autopreferência.

De todo modo, para uma reflexão crítica da decisão do CADE, seria importante discutir mais a fundo qual seria o teste jurídico aplicável à conduta de inovação anticompetitiva no direito concorrencial brasileiro.

Uma opção interessante foi sugerida em importante parecer de lavra do professor Paulo Furquim de Azevedo juntado aos do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Nesse estudo, o autor sugere que a configuração do ilícito antitruste dependeria da comprovação de “a) que há efeito significativo da inovação (seja uma inovação relevante); b) que estes efeitos resultem em menor pressão competitiva para o contínuo esforço de inovação e redução de preços e c) que a redução da concorrência esteja associada, mesmo que dinamicamente, a uma perda de bem-estar do consumidor”²¹⁹. Ao nosso ver, o teste proposto pelo autor é mais sofisticado do que a simples análise feita pela regra da razão, na medida em que reúne elementos do próprio *no-economic sense test* e do teste de *sham*.

Todavia, tanto na análise desenvolvida pelo CADE quanto pelo parecerista, enfrentam-se notáveis impasses de mensuração desses efeitos. Consoante

216. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 193.

217. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 343.

218. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 177.

219. AZEVEDO, P. F. de. *Parecer Econômico. Análise de Conduta do Google: inovação pró-competitiva ou ilícito antitruste.*, 2015, p. 9-10.

abordado nesta obra, há profundas dificuldades de em se medir o benefício gerado pela inovação, dado que os componentes das eficiências dinâmicas não se restringem à simples diminuição de custo e aumento da qualidade de produtos atuais²²⁰, que dificilmente poderiam ser superadas no caso *Google Shopping*, por exemplo, por uma simples análise de desvios de cliques.

Ao nosso ver, considerada a proximidade das condutas de inovação anticompetitiva e autopreferência no contexto dos mercados digitais, é relevante buscar teste jurídicos aplicáveis indistintamente a essas duas categorias. Esse ponto será discutido no item a seguir.

3.4. *Autopreferência, alavancagem abusiva ou tratamento diferenciado*

A maioria das investigações antitruste por condutas unilaterais instauradas em face de plataformas digitais nas jurisdições estrangeiras na última década envolvem acusações de que *big techs* como o *Google*, a *Amazon* e a *Apple* estariam violando as leis de defesa da concorrência ao adotarem estratégias que lhes permitiriam transferir ou alavancar a sua posição dominante de um mercado para outro dentro dos seus ecossistemas digitais²²¹.

Esse raciocínio assumiu centralidade inicialmente na decisão da Comissão Europeia no caso *Google Shopping*²²². Em linhas gerais, a autoridade concluiu que o *Google* teria utilizado a sua posição dominante no mercado de buscas geral para “posicionar, de forma mais favorável, o seu próprio serviço de comparação de preço (*Google Shopping*) nas páginas de resultados gerais do *Google*” (tradução livre)²²³. Essa conduta foi tratada como uma forma de abuso de poder econômico que não se confundiria com uma mera recusa passiva de contratar²²⁴. Para que

220. GILBERT, R. Holding innovation to an antitrust standard. *Competition Policy International*, v. 3, n. 1, p. 55, 2007 (“a total ROR test for innovation should account for spillover benefits and costs in the present and the future, is very complex to perform, and requires courts to assess the values of innovations, which they are not in a position to do”).

221. ROBERTSON, V. H. S. E. Antitrust law and digital markets: a guide to the European competition law experience in the digital economy. *SSRN Electronic Journal*, pp. 14–16, 2020; e ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU intervention standard for digital platforms. *EUI Working Papers RSCAS 2020/14*, v. 1, n. 1, p. 10; 15–17, 2020. No âmbito do direito norte-americano, cf. HANLEY, D. A. How self-preferencing can violate section 2 of the Sherman Act. *CPI Antitrust Chronicle June*, v. 1, n. 1, pp. 1–2, 2021.

222. UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Caso AT.39740: Google Search (Shopping)*. Bruxelas: 2017.

223. UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Caso AT.39740: Google Search (Shopping)*. Bruxelas: 2017. pp. 1–215. § 650 (“more favourable positioning and display by Google, in its general search results pages, of its own comparison shopping service compared to comparison shopping services”).

224. UNIÃO EUROPEIA. COMISSÃO EUROPEIA. *Caso AT.39740: Google Search (Shopping)*. Bruxelas: 2017. pp. 1–215. § 650 (“conduct does not concern a passive refusal by Google

a infração fosse configurada, entendeu-se que seria necessário demonstrar a existência de dois mercados relacionados, a detenção de posição dominante por parte do agente em um dos mercados e a existência de uma conduta pela qual a empresa dominante em um mercado trataria os seus produtos de forma mais favorável²²⁵.

Sobretudo após a decisão da Comissão Europeia, a doutrina passou a discutir intensamente se existiria no Direito Comunitário Europeu uma nova forma de abuso de posição dominante específica para os mercados digitais²²⁶. Diversas ex-

to give competing comparison shopping services access to a proportion of its general search results pages”).

225. O raciocínio desenvolvido pela Comissão Europeia pode ser enquadrado de diferentes maneiras como condutas de recusa de acessar uma infraestrutura essencial, discriminação anticompetitiva ou, ainda, venda casada. Embora a decisão não tenha fincado de forma específica nenhuma das teorias do dano, desde o início das investigações, a doutrina tentava vincular a análise da conduta com teorias do dano tradicionais de abusos de exclusão. Nesse sentido, cf. AKMAN, P. The theory of abuse in Google Search: a positive and normative assessment under EU competition law. *Journal of Law, Technology & Policy*, v. 9, n. 2, pp. 301–374, 2017 (discute-se o caso a partir das categorias de recusa de fornecimento de infraestrutura essencial, discriminação vertical e venda casada); e LIANOS, I.; MOTCHENKOVA, E. Market dominance and search quality in the search engine market. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 9, n. 2, pp. 433–441, 2013 (contempla os riscos de fechamento de mercado por meio de alavancagem de posição dominante).
226. VESTERDORF, B. Theories of self-preferencing and duty to deal: two sides of the same coin? *Competition Law & Policy Debate*, v. 1, n. 1, pp. 4–9, 2015 (defende que a alegação de que o Google violaria a lei antitruste ao privilegiar o seu comparador de preços não encontra respaldo na tradição jurisprudencial e que “any alleged ‘favouring’ by the dominant undertaking of its own services cannot be considered to be abusive for the purposes of Article 102”); PETIT, N. Theories of self-preferencing under article 102 TFEU: a reply to Vesterdorf. *Competition Law & Policy Debate 1 CLPD*, v. 1, pp. 1–18, 2014 (contrapondo-se ao primeiro texto, o autor defende ser possível extrair da tradição europeia uma proibição de autopreferência mesmo fora da caixa da teoria de *essential facilities*); e NAZZINI, R. Google and the (ever-stretching) boundaries of article 102 TFEU. *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 6, n. 5, pp. 301–314, 2015 (sustenta que as acusações de favorecimento do comparador de preços do Google não seriam facilmente enquadradas nas categorias estabelecidas na jurisprudência para abuso de posição dominante e que a eventual criação de uma nova categoria demandaria uma explicação casuística da autoridade antitruste). Mais recentemente, após a prolação da decisão, cf. HOPNER, T. Duty to treat downstream rivals equally: (merely) a natural remedy to Google’s monopoly leveraging abuse. *European Competition and Regulatory Law Review*, v. 1, n. 3, pp. 208–222, 2017 (sustenta que a conduta do Google violava uma regra geral de proibição de alavancagem de poder de mercado que poderia ser extraída dos casos de *bundling*, venda casada, compressão de margens e recusa de contratar); CARO, A. Leveraging market power online: the Google Shopping case. *Competition Law Journal*, v. 17, n. 1, pp. 49–56, 2018 (cogita as possíveis implicações da teoria de autopreferência utilizada pela Comissão Europeia sobre as investigações em mercados digitais); e, mais recentemente, DE SOUSA, P. C. What shall we do about self-preferencing? *CPI Antitrust Chronicle*, n. 1, pp. 1–10, jun. 2020 (alega ser difícil estabelecer uma violação antitruste por autopreferência, dado que não

pressões foram propostas na literatura desde então para descrever esse suposto novo abuso de posição dominante, sendo as mais comuns as designações de “autopreferência”²²⁷, “alavancagem abusiva”²²⁸ ou “tratamento diferenciado”²²⁹.

No momento atual do debate acadêmico, parece-nos que essas denominações são utilizadas como um grande guarda-chuva que engloba diversas condutas abusivas heterogêneas – e.g. recusa de contratar, discriminação vertical e venda casada – cujo único ponto comum reside na possibilidade de transferência de posição dominante entre distintos mercados em um ecossistema digital. Por essa razão, utilizaremos indistintamente a expressão “autopreferência”.

A identificação desse rótulo, no entanto, diz muito pouco sobre o aspecto substantivo dessa modalidade de abuso. Não é por outro motivo que muitos autores têm criticado que a autopreferência não possui critérios claros de verificação²³⁰. Isso ocorre principalmente por que a decisão da Comissão Europeia não teria articulado de forma explícita qual teoria do dano foi empregada e qual teste jurídico foi utilizado para verificar a infração ao art. 102 do TFUE²³¹.

Para os fins específicos desta pesquisa, importa discutir como essa categoria de autopreferência se compatibiliza com o quadro analítico de abuso de posição

existe um dever geral de não favorecer os produtos próprios e chama atenção para o fato de muitas soluções que têm sido pensadas para lidar com o problema da autopreferência hoje desbordam do campo antitruste e assumem uma natureza quase-regulatória).

227. COLOMO, P. I. Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles. *World Competition*, v. 43, n. 4, pp. 417–419, 2020 (“[self-preferencing] refers to an instance in which an integrated firm favours its affiliates at the expense of rivals”); DUNNE, N. Dispensing with indispensability. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 16, n. 1, pp. 99–100, 2020.

228. OCDE. *Abuse of dominance in digital markets*. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 54 (“abusive leveraging (or discriminatory leveraging) theories of harm focus on ways in which a firm can use (or leverage) its dominant position in one market to favour its products in a related market”).

229. GRAEF, I. Differentiated treatment in platform-to-business relations: EU competition law and economic dependence. *Yearbook of European Law*, v. 0, n. 0, pp. 1–52, 2019.

230. COLOMO, P. I. Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles. *World Competition*, v. 43, n. 4, pp. 417–446, 2020 (“self-preferencing may be misleading as a legal category insofar as it may obscure the true issues underpinning a case and may lead to the use of the same legal test for the assessment of practices that are fundamentally different”).

231. No direito comunitário europeu, a literatura majoritária parece buscar parâmetros para avaliação das acusações de autopreferência na doutrina tradicional de indispensabilidade formada a partir de investigações de recusa de contratar nos famosos casos *Bronner* e *Magill*. Dessa maneira, o prejuízo à concorrência que seria derivado de uma conduta de autopreferência estaria relacionado a um bloqueio ou impedimento da concorrência em um mercado *downstream*. Nesse sentido, cf. DUNNE, N. Dispensing with indispensability. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 16, n. 1, pp. 99–100, 2020; e GRAEF, I. Differentiated treatment in platform-to-business relations: EU competition law and economic dependence. *Yearbook of European Law*, v. 0, n. 0, pp. 1–52, 2019.

dominante definido na Lei de Defesa da Concorrência e, mais especificamente, como ela pode ser examinada a partir das teorias do dano de concorrência dinâmica. Conceitualmente, a conduta descrita parece dialogar com os exemplos de infrações à ordem econômica listados nos incisos de X a XIII do § 3º do art. 36 da Lei nº 12.529, de 2011²³². Ao nosso ver, porém, mais importante do que saber se existe ou não uma categoria legal autônoma de abuso de posição dominante, é compreender como devem ser empregados os critérios legais para a checagem dessa infração à ordem econômica.

A resposta não se torna clara a partir de um exame da jurisprudência recente do CADE em mercados digitais. A decisão do Conselho no caso *Google Shopping* não foi capaz de definir com precisão os contornos desse abuso por exclusão. As divergências sobre o significado da categoria jurídica de autopreferência e sobre quais são as teorias do dano aplicáveis a essa prática são tão profundas que talvez sejam determinantes para explicar as divisões de entendimento entre os votos dos Conselheiros que determinaram o seu arquivamento e a sua condenação.

Como mencionado no tópico anterior deste capítulo, o voto-relator do Conselheiro Maurício Bandeira Maia implementou um roteiro de análise dividindo as acusações nas seguintes categorias: (i) condutas exclusionárias, entendidas como bloqueio de acesso a um bem essencial, recusa de vendas, tratamento discriminatório, venda casada; (ii) inovação predatória; e (iii) posicionamento privilegiado²³³.

No âmbito dessa última categoria, o voto-relator entendeu que deveria se investigar se o *Google* teria aproveitado da sua posição dominante no mercado relevante de buscas gerais “para conseguir impulsionar um novo produto em outro mercado relevante, qual seja, o de comparação de preços (busca temática)”²³⁴. O próprio relator associou a acusação de posicionamento privilegiado àquilo que a

232. BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Art. 36, § 3º: “(...) X – discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII – dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII – destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los (...)”.

233. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 177.

234. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 347.

Nota Técnica do Departamento de Estudos Econômicos chamou de “discriminação de posicionamento”²³⁵. A prática investigada envolveria, portanto, a redução da visibilidade dos resultados dos rivais do *Google Shopping* nas primeiras posições dos resultados de buscas orgânicas do *Google*.

A uma primeira vista, poderia parecer que essa linha de investigação rotulada de “posicionamento privilegiado” referir-se-ia justamente à conduta de autopreferência nos termos da jurisprudência europeia. Contudo, ao nosso ver, o enquadramento de posicionamento privilegiado se afastou bastante dessa lógica no voto-relator. Na decisão europeia, a autopreferência foi tratada como uma categoria de abuso autônoma justamente para esclarecer que não se aplicam a ela os requisitos de indispensabilidade ou de *essential facilities*, tradicionalmente empregados na configuração de condutas unilaterais.

Nesse sentido, o *Relatório dos Especialistas da Comissão Europeia* afirma que, embora a autopreferência não seja *per se* ilícita, na medida em que se verifica que as plataformas gozam de um poder de mercado especial, elas devem suportar o ônus de demonstrar que a autopreferência não gera efeitos de exclusão de longo prazo²³⁶. Ou seja, para a verificação dessa prática, não seria necessário enquadrar a plataforma como uma infraestrutura essencial e nem seria necessário provar os efeitos, uma vez que se trabalharia aqui com uma lógica de ônus probatório invertido.

Retomando a análise do voto-relator no Processo Administrativo, verifica-se que, após concluir que havia sido demonstrada a materialidade da conduta de posicionamento privilegiado, o voto-relator fez referência às teorias do dano de venda casada (*tying*) e de fechamento vertical (*vertical foreclosure*) para balizar o exame dos efeitos anticompetitivos²³⁷. No entanto, ao invocar essas teorias, o ônus probatório de demonstração dos efeitos assumido pelo CADE tornou-se claramente mais elevado do que aquele utilizado pela Comissão Europeia.

Nos votos divergentes, uma compreensão diversa acerca do significado jurídico da autopreferência ficou bastante clara. O voto do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira expressamente diferenciou a teoria de autopreferência – no voto referida como “teoria de alavancagem de poder de mercado na era digital” –, observando que “a plataforma *Google* não é indispensável no sentido tradicional utilizado

235. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 348.

236. CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019, p. 7.

237. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 352.

pela teoria de essential facilities, mas funciona como uma espécie de internet gateway com efeitos que merecem atenção especial do direito da concorrência”²³⁸.

No mesmo sentido, refletindo a necessidade de inverter o ônus probatório para a demonstração dos efeitos, o voto da Conselheira Paula Farani considerou que o teste jurídico da conduta de autopreferência envolveriam basicamente, (i) verificar que o *Google* possui posição dominante no mercado de buscas genéricas; (ii) verificar a materialidade da conduta de autopreferência; em seguida “(iii) verificar a existência de justificativa econômica legítima; e, (iv) no caso em que haja justificativa legítima, verificar se haveria alternativa menos restritiva da concorrência”²³⁹.

Em síntese, portanto, a linha que dividiu as posições de condenação e arquivamento do processo administrativo se assenta, principalmente, em diferentes visões de como deve ser alocado o ônus probatório de demonstração dos efeitos da conduta unilateral.

Quanto ao exame da autopreferência a partir do enfoque de concorrência dinâmica, ao nosso ver, a decisão do CADE no caso *Google Shopping* não aprofundou adequadamente a discussão sobre prejuízos à inovação, exceto naquilo que diz respeito à apreciação da categoria de inovação predatória²⁴⁰. A única referência mais expressa à questão da inovação constou do voto-relator, no ponto em que este observou que, no caso em tela, a verificação de um falso positivo “teria um alto efeito nocivo à concorrência por se tratar de uma inovação, o que repercutiria negativamente em um setor altamente pulsante em nossos dias”²⁴¹. Conforme já explicado, entendemos que a discussão sobre riscos de falsos positivos e falsos negativos é, de certo modo, inoportuna quando feita sob alegações genéricas. A nossa compreensão consignada nesta pesquisa estabelece que a avaliação dos riscos é tecnicamente mais bem trabalhada nas discussões sobre regimes de presunção de ilicitude e padrões de ônus probatórios, consoante debatido nos itens anteriores deste Capítulo.

A despeito da inexistência de considerações mais profundas sobre inovação nos votos do CADE, desenvolveremos o exercício de examinar como as práticas imputadas na investigação do *Google Shopping* no Brasil poderiam ser enquadradas na moldura de análise antitruste proposta nesta obra.

238. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-vogal do Conselheiro Paulo Burnier da Silveira (SEI nº 0632417). 2019. § 22.

239. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-vogal da Conselheira Paula Azevedo de Azevedo Silveira (SEI nº 0644436). 2019. § 143.

240. Vide item 3.3 deste Capítulo.

241. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 577.

Sob o aspecto das teorias do dano de concorrência dinâmica fixadas no Capítulo 4, seria possível acessar a conduta sob duas óticas. Em primeiro lugar, poderia se considerar que a introdução dos PLA diminuiu a contestabilidade no mercado de comparadores de preços. Em segundo lugar, poderíamos cogitar a utilização da teoria do dano de negativa de acesso a recursos-chave para inovação em mercados de produtos complementares. De início, esclarece-se que a conduta em questão estaria afetando “(i) o mercado de busca genérica, no qual o *Google* deteria uma inegável posição dominante; e (ii) o mercado de *websites* de comparação de preço, em que haveria competição, muito embora dependente do tráfego proveniente da busca genérica”²⁴². O voto-relator concluiu que o *Google* possui posição dominante em ambos os mercados.

Haveria pouca dificuldade de se enquadrar esses mercados como mercados dinâmicos. Além de ser notável que os serviços ofertados pelos comparadores tenham se estabilizado como um mercado autônomo a partir de um processo de diferenciação em relação aos próprios serviços de buscas genéricas no final da década de 1990²⁴³, no Brasil, nas duas últimas décadas, houve alterações significativas nas posições de liderança nesse mercado, sobretudo a partir da entrada do *Google Shopping*²⁴⁴.

Nesse mercado, *websites* como o *Google Shopping*, *Zoom*, *Buscapé* e *Bondfaro* competem em fatores não relacionados a preços, em especial na capacidade dessas plataformas de exibirem resultados relevantes de buscas por produtos a partir das fontes de buscas dos usuários e das informações fornecidas por eles. A disputa pelo desenvolvimento de melhores tecnologias de *web-crawling* e de “ranqueamento” pode ser vista como uma projeção da concorrência entre produtos atuais diferenciados.

Além disso, pode-se considerar que os *players* atuantes nesse mercado sofrem pressões de competidores que estão fora do mercado relevante, ou ao menos na sua fronteira. Na análise de atos de concentração mais recentes, o CADE vem identificando uma tendência de uso, para comparação de preços de produtos na internet, de outras plataformas, como a própria ferramenta de busca genérica do *Google*, além de redes sociais como *Facebook* e *Instagram*, e *marketplaces* como *Amazon*, *Mercado Livre* e *OLX*, que têm passado a exercer alguma pressão competitiva sobre *players* como *Buscapé*, *Bondfaro* e *Zoom*²⁴⁵.

242. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 102.

243. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, pp. 85–86, 2021.

244. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, pp. 85–86, 2021.

245. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, 2021.

Há, portanto, uma importante pressão competitiva vinda da zona de concorrência potencial no mercado de comparadores de preços verticais. Além disso, o mercado de serviços de comparação de preços também pode ser entendido como um mercado adjacente ao mercado de buscas gerais, para fins de avaliação dos efeitos da inovação.

Assim, compreende-se que, nesse mercado, uma dimensão relevante da concorrência entre os comparadores de preços se refere à capacidade do *site* ou aplicativo de veicular anúncios a usuários com interesse em responder às ofertas. Isso envolve necessariamente o uso de algoritmos e de ferramentas de *big analytics* que sejam capazes de vincular as informações fornecidas pelos varejistas por meio das *application programming interfaces*, tais como título do produto, código de barras, código de agrupamento com outros produtos, preço, entre outros, com as intenções presumidas de buscas dos usuários²⁴⁶.

Aliás, o fato de muitos consumidores buscarem produtos no *product listing ads* da página principal do *Google* – e não nos *websites* especializados – pode ter a ver justamente com a qualidade dos critérios de “ranqueamento adotados” pelo buscador, o qual conjuga uma análise de relevância do anúncio com o valor do *bid* para compra das palavras-chave²⁴⁷.

Diante desse quadro fático, relacionando a conduta com as teorias do dano de concorrência dinâmica aplicáveis, seria possível cogitar da aplicabilidade de dois regimes de presunção de ilicitude. Sob o regime de presunção de ilicitude nº 1²⁴⁸, compreender-se-ia que, no mercado relevante atual de serviços de comparação de preços, a conduta pode ter afetado negativamente os incentivos dos concorrentes a inovar. Alternativamente, a conduta também poderia atrair a presunção de ilicitude 2²⁴⁹. Poder-se-ia, assim, entender que a conduta do *Google* pode, ao mesmo tempo, ter reduzido a rivalidade no mercado adjacente de comparadores de preços e incrementado a sua capacidade de se apropriar dos benefícios de uma inovação, que seria o *product listing ads*.

246. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. *Cadernos do CADE: Mercados de Plataformas Digitais*, Brasília, p. 75, 2021.

247. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 174.

248. *Presunção de ilicitude nº 1*: é presumidamente ilícita a conduta de agente econômico que, de qualquer forma, cria ou reforça a sua posição dominante prévia em um mercado relevante atual.

249. *Presunção de ilicitude nº 2*: é presumidamente ilícita a conduta do agente dominante que promove a exclusão de um concorrente em um mercado relevante separado (ou adjacente). Nesse caso, porém, deve-se entender que a conduta em si pode gerar efeitos ambíguos sobre a inovação.

A diferença na adoção da presunção de ilicitude nº 1 ou da presunção de ilicitude nº 2, como explicamos, seria o padrão do ônus probatório aplicável. Utilizando a presunção de ilicitude nº 1, o padrão de prova seria o da verificação de alterações nos indicadores da estrutura do mercado, em conformidade com o que convenionados no item 2.3 deste Capítulo. Aplicando esse *standard*, teríamos que avaliar se a conduta atribuída ao *Google* de priorizar a exibição dos resultados do *Google Shopping* nos *product listing ads* diminuiu a rivalidade no mercado de comparadores de preços de modo a afetar a estrutura de mercado, tornando-a mais concentrada.

Utilizando a presunção de ilicitude nº 2, o padrão de prova seria o do competidor igualmente eficiente. Assim, ter-se-ia que investigar se, para além da simples liberdade de ação dos concorrentes, a prática prejudicou ou não a atuação de um competidor tão eficiente quanto o *Google* no mercado de comparadores de preços.

Ambos os regimes de presunção, portanto, demandam que se avance na análise de efeitos da conduta sobre a inovação. Em uma análise de efeitos alinhada com indicadores específicos de inovação, seria interessante observar se, a partir da conduta investigada, houve a introdução de novos sistemas de “ranqueamento” das buscas nos *websites* dos concorrentes do *Google Shopping* e se, de alguma maneira, os sistemas de “ranqueamento” representavam inovações sustentáveis no mercado.

Sublimando as dificuldades de obtenção de dados tão específicos, compreendemos que, na prática, esse tipo de análise de efeitos também poderia ser feito examinando-se os níveis de tráfego nos *websites* dos comparadores de preço. O voto-vogal do Conselheiro João Paulo Resende avançou nesse exame, a partir da avaliação de gráficos que mostrariam como, a partir da introdução dos *product listing ads*, o tráfego medido pelos cliques nos *links* da unidade comercial variou em função do tráfego observado nos demais comparadores de preços, em consonância com a definição de mercado relevante apresentada. De acordo com o Conselheiro, “a partir de maio de 2013, o serviço do *Google* assume uma trajetória monotônica e fortemente ascendente, tomando a liderança do mercado após apenas dois anos, e tendo mais de 50% do mercado após menos de três anos”²⁵⁰.

Os gráficos mencionados não foram disponibilizados na versão de acesso público do voto. Todavia, se tomarmos as conclusões do voto-vogal do Conselheiro João Paulo Resende como verdadeiras, seria possível inferir que, ao menos sob a ótica do padrão probatório de estrutura de mercado, é possível afirmar que houve danos à inovação, uma vez que, após o período da conduta, a estrutura do mercado tornou-se muito mais concentrada, o que sugere uma diminuição significativa nos

250. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-vogal do Conselheiro João Paulo Resende (SEI nº 0632473). 2019. § 50.

incentivos à inovação. Por outro lado, avaliar os efeitos sob a lente do padrão de prova do concorrente igualmente eficiente demandaria termos mais dados sobre o comportamento dos concorrentes nesse mercado, o que também não seria possível por meio das informações disponíveis.

De todo modo, continuando na análise a partir do regime de presunção de ilicitude nº 1, teríamos que investigar se haveria justificativas que compensassem os efeitos negativos sobre a inovação. Essa apreciação de justificativas, aliás, parece ter sido bastante explorada pelo CADE. Nesse sentido, ao longo do processo, o *Google* alegou que as melhorias implementadas na sua ferramenta de comparação preços a partir do lançamento dos produtos *product listing ads* teriam trazido benefícios aos consumidores ao permitirem que eles tivessem uma melhor experiência nas suas buscas. O Departamento de Estudos Econômicos do CADE examinou esses argumentos, concluindo que os *product listing ads* teriam aumentado o bem-estar do consumidor (i) ao proporcionarem redução dos custos de transação envolvidos em compras *online*; (ii) ao melhorarem a qualidade das informações disponíveis; e (iii) ao trazerem conveniência aos usuários²⁵¹.

No mesmo sentido, o voto-relator considerou que “o lançamento dos PLA [*product listing ads*] se insere em um contexto de inovação, tendente a melhorar o bem-estar do consumidor e a fomentar o ambiente mercadológico correspondente, mas não isento do escrutínio antitruste”²⁵². Adicionalmente, considerou-se que havia provas, baseadas sobretudo em testes empíricos, de que o *product listing ads* do *Google* melhorava a percepção dos usuários sobre os produtos anunciados²⁵³, de maneira a se perceber “um constante crescimento na taxa de cliques por usuário”²⁵⁴.

Outro elemento indiciário de prova de eficiência valorado pelo voto-relator diz respeito a um estudo juntado aos autos o qual teria comprovado que, após a conduta, outros comparadores de preços passaram a implementar modificações

251. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94 (*E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. e Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.*), pp. 92-93 (a nota destaca que “para o consumidor dos produtos anunciados no PLA, há reduções do custo de transação para efetuar uma compra” e “pelo lado dos consumidores de anúncios, os PLAs são um produto inovador que proporciona uma alternativa de publicidade aos varejistas/*marketplaces*”).

252. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 502.

253. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 508 – § 513.

254. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 519.

visuais similares aos *product listing ads*. Na opinião do voto-relator “esse estudo corrobora a ideia de que os resultados temáticos foram uma inovação pró-competitiva, tendo como reflexos o aumento do bem-estar dos consumidores”²⁵⁵.

Assim, apreciando que os *product listing ads* proporcionaram uma exibição mais detalhada dos anúncios ao diminuir o tempo que o usuário levaria para concluir as suas compras, voto-relator considerou conclusivamente que os *product listing ads* beneficiam os usuários ao (i) fornecer informações detalhadas e fáceis de entender sobre os produtos que eles possam estar interessados em comprar, com base na busca realizada, e (ii) conectando-os diretamente a vendedores daquele produto²⁵⁶. Essas conclusões poderiam ser tratadas como possíveis eficiências dinâmicas da conduta.

Nesse ponto da nossa análise, a pergunta que teria de ser feita é se as razões apresentadas pelo *Google* seriam suficientes para satisfazer o ônus argumentativo de comprovação de justificativas. Caso se adote o patamar de ônus proposto nesta pesquisa para o padrão probatório de estrutura de mercado, ter-se-ia que examinar se haveria outra conduta eventualmente diversa que compensasse, de forma menos prejudicial à rivalidade, os efeitos negativos sobre a inovação. Esse padrão de demonstração de justificativas parece ter sido aventado pela Conselheira Paula Farani em seu voto-vogal ao expressar que, no caso em tela, dever-se-ia “inquirir se não há como atingir os mesmos benefícios por meios menos restritivos”²⁵⁷.

Em nossa opinião, um padrão tão elevado de ônus probatório de demonstração de justificativa parece indesejado porque, ao fim e ao cabo, impõe à empresa investigada provar que seria possível desenvolver outra inovação menos prejudicial à concorrência. Adentrar esse tipo de discussão, contudo, poderia significar um avanço sobre os limites de controle de condutas de natureza *ex post*.

4. Conclusões do capítulo

Neste Capítulo, objetivou-se examinar como o CADE poderia, idealmente, enfrentar alegações relacionadas à inovação nos precedentes selecionados. Para desenvolver esse exame, apresentamos uma proposta de moldura jurídica ideal ancorada em opções de critérios jurídicos para o tratamento de alegações relacionadas à inovação em investigações de abuso de posição dominante. Como

255. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 519.

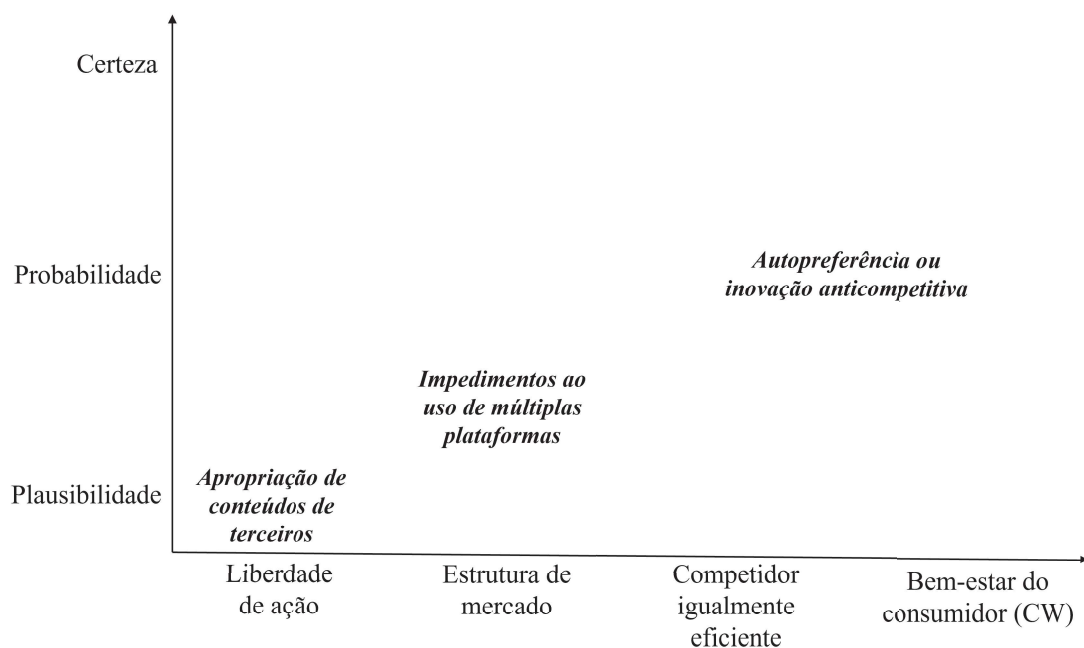
256. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019. § 532.

257. BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104-83/2011-94. Voto-vogal da Conselheira Paula Azevedo de Azevedo Silveira (SEI nº 0644436). 2019. § 54.

mencionado, essa proposta envolve compreender que não se devem utilizar critérios universais para o tratamento de todos os atos de abuso de posição dominante. Para cada categoria específica de abuso em mercados digitais, a autoridade deve contemplar como a teoria do dano empregada pode estabelecer um *link* entre as presunções de ilicitude e os padrões de prova a serem utilizados na análise de efeitos e de eficiências da prática.

A partir do aprofundamento da nossa pesquisa investigação em relação a quatro categorias de abuso de posição dominante distintos (apropriação de conteúdos de terceiros, impedimentos ao uso de múltiplas plataformas, inovação anticompetitiva e autopreferência), este Capítulo fixou um quadro-geral de alocação de regimes de presunção e de ônus probatórios para cada uma dessas categorias. Esse quadro pode ser resumido a partir da Figura 21 abaixo. A partir do exercício aqui desenvolvido, é possível formular uma resposta definitiva em relação à pergunta de pesquisa lançada na introdução desta obra, consoante será consignado na conclusão deste trabalho.

Figura 21 – Alocação dos regimes de presunção de ilicitude e dos padrões probatórios aplicáveis ao tratamento de alegações de inovação por categoria de abuso de posição dominante em mercados digitais



Fonte: elaboração própria.

