

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE
FACULDADE DE DIREITO

GLEINER PEDROSO FERREIRA AMBROSIO

**OS LIMITES DO PODER ECONÔMICO E SUA RACIONALIDADE APLICADA ÀS
ANÁLISES CONCORRENCIAIS DAS BIG TECHS**

SÃO PAULO

2023

GLEINER PEDROSO FERREIRA AMBROSIO

Monografia apresentada
como requisito para
obtenção do título de
Bacharel no Curso de
Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR(A): VICENTE BAGNOLI

São Paulo

2023

GLEINER PEDROSO FERREIRA AMBROSIO

OS LIMITES DO PODER ECONÔMICO E SUA RACIONALIDADE APLICADA ÀS
ANÁLISES CONCORRENCIAIS DAS BIG TECHS

Monografia apresentada
como requisito para
obtenção do título de
Bacharel no Curso de
Direito da Universidade
Presbiteriana Mackenzie.

Aprovado em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador: Vicente Bagnoli

Examinador(a)

Examinador(a)

Dentre tantas pessoas que contribuíram para que chegasse ao fim desta longa e dedicada caminhada – sobretudo minha família –, reservo minha gratidão à esfera pessoal e torno público meu agradecimento àquele digno de enaltecimento e cujos feitos me são imerecidos: Deus

“O sofrimento e a dor são sempre obrigatórios para
uma consciência ampla e para um coração profundo.”
(Fiódor Dostoiévski, em *Crime e Castigo*)

RESUMO

O fenômeno da ascensão das Big Techs desde meados dos anos 90 representa um dos eventos mais importantes dos últimos anos na manutenção do poder econômico em escala global. Todavia, muito se discute se esse fenômeno compensou à sociedade, afinal de contas, muitos foram os ganhos com a revolução por elas proporcionada na esfera de consumo, porém, muitas foram as perdas com a formação dos monopólios e do elevado poder econômico por elas constituído – que se expandiu, ao longo dos anos, para esferas cada vez mais sensíveis ao consumidor – e também mais perigosas ao mercado! Dessa forma, o presente trabalho terá o condão de analisar as entranhas do conceito de poder econômico, estudando desde sua concepção sociológica até sua presente conformação sociopolítica, demonstrando que sua configuração se lastreia em e reproduz assimetrias em um determinado mercado e que, portanto, consiste em elemento que enseja o sofrimento de limitações dentro da presente ordem econômica. Uma vez feita tal fundamentação teórica, seus substratos serão aplicados e subsumidos ao caso das Big Techs, onde se pretende provar que, mediante vários fatores, tais consistem em um dos maiores exemplos – senão o maior deles – de abuso de poder econômico na atualidade, demonstrando suas principais particularidades responsáveis por elevarem-nas a tal status e, principalmente, demonstrando casos reais de Big Techs cujas operações foram julgadas por órgãos de defesa da concorrência – bem como analisando e comparando as decisões dos órgãos incumbidos do julgamento dos respectivos casos analisados.

PALAVRAS CHAVES: Poder econômico, big tech, concorrência, atividade empresária, atividade regulatória

ABSTRACT

The rise of Big Tech since the mid-1990s has been one of the most important events in recent years in terms of maintaining economic power on a global scale. However, there has been much debate as to whether this phenomenon has really paid off for society. After all, there have been many gains with the revolution they have brought about in the consumer sphere, but there have also been many losses with the formation of monopolies and the high economic power they have built up - which has expanded over the years into spheres that are increasingly sensitive to the consumer - and also more dangerous to the market! Thus, this work will analyze the guts of the concept of economic power, studying everything from its sociological conception to its present socio-political conformation, demonstrating that its configuration is based on and reproduces asymmetries in a given market and that, therefore, it consists of an element that gives rise to limitations within the present economic order. Once this theoretical foundation has been made, its substrates will be applied and subsumed to the case of Big Techs, where the aim is to prove that, through various factors, these consist of one of the greatest examples - if not the greatest - of abuse of economic power today, demonstrating their main particularities responsible for elevating them to such a status and, above all, demonstrating real cases of big techs whose operations have been judged by antitrust bodies - as well as analyzing and comparing the decisions of the bodies responsible for judging the respective cases analyzed.

KEYWORDS: Economic power, big tech, competition, entrepreneurial activity, regulatory activities

LISTAS (de ilustrações, tabelas, gráficos, abreviaturas)

Figura 1 – A Ascensão das Big Techs por capitalização de mercado no cenário americano – 1990 a 2019

Figura 2 – Classificações do Índice de Liberdade e do Índice de Desenvolvimento Humano da ONU em 2019

Figura 3 – Tabela-resumo da lógica de formação do poder econômico no mercado

Figura 4 – As etapas de análise econômica dos atos de concentração horizontais

Figura 5 – Organograma de desvios publicitários da Google em sua plataforma

Figura 6 – Timeline do Digital Market Act

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. CONSTITUIÇÃO DO PODER ECONÔMICO E SEUS ABUSOS	5
1.1. Assimetria do poder como fundamento à emergência do poder econômico	5
1.2. Formação da ideia de abuso do poder econômico	11
1.3. As Big Techs como novo paradigma	14
1.3.1. Formação de um mercado digital.....	15
1.3.2. Expansionismo nos mercados atuantes e possível atuação em aquisições predatórias.....	17
1.3.3. Manipulação cada vez mais direta do mercado consumidor.....	19
2. JUSTIFICATIVAS E LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL	21
2.1. Arcabouço regulatório e fundamentos à análise concorrencial	21
2.2. Justificativa à intervenção nas Big Techs	24
3. CASOS SELECIONADOS	25
3.1. A operação entre Google e Double Click e a vantagem do Google no mercado de publicidade.....	26
3.1.1. Síntese dos fatos.....	26
3.1.2. Problemática nas análises concorrenciais de aprovação da operação	29
3.2. CASO GOOGLE SHOPPING.....	34
3.2.1. FTC e sua não condenação.....	34
3.2.2. Racionalidade das condutas exclusionárias do Google.....	36
3.2.3. Fundamentos da condenação da Comissão Europeia e paralelo com a decisão do Cade	38
3.3. Mudança da mentalidade nos órgãos de defesa da concorrência.....	41
4. BREVES PROPOSTAS E CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIGITAL MARKET ACT E DO PL 2768/22	42
4.1. Digital Market Act.....	43
4.2. PL 2768/22	46
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS.....	51

INTRODUÇÃO

Um dos eventos mais importantes para a construção econômico-social da presente ordem contemporânea em seus aspectos fundamentais foi, sem sombra de dúvidas, a formação daquilo que Max Weber definiu como "Espírito do Capitalismo": enquanto a sociedade ocidental pré-Revolução Francesa – sobretudo europeia – era lastreada em diferentes castas sociais, onde a conjugação de direitos e deveres dos indivíduos variava de acordo com a posição exercida hereditariamente no seio coletivo, o capitalismo por ele estudado consistia na busca do lucro máximo pelo exercício profissional de uma atividade econômica (COMPARATO, 2013, p. 255), não mais limitando a riqueza da sociedade a critérios hereditários e inertes à nobreza e ao clero, mas sim como uma oportunidade de acumulação de riqueza por meio do comércio e, óbvio, pela consequente obtenção do lucro.

É verdade que a característica mercantilista e "empreendedora" surgiu bem antes do capitalismo ao qual Weber se referiu, tendo perpassado pelas corporações de ofício, pelo metalismo, dentre outros eventos. No entanto, o conceito de capitalismo apresentado por ele é muito mais complexo do que estes, pois ainda que tenha sido originado no seio do protestantismo (logo, no cristianismo – onde amarras morais são absolutamente fundamentais), seus valores eram fortemente distintos: não se produzia riqueza meramente para o enriquecimento da Coroa Real, da corporação de ofício ou de qualquer outra coletividade com um fim ético ou organizacional em comum, mas sim para enriquecer a si próprio – não à toa, boa parte da sociedade de então era composta por burgueses protestantes. Os empreendimentos, portanto, atendiam tão somente à vontade de seus investidores, desprendidos de qualquer amarra externa capaz de limitar sua obtenção de lucro¹. Muito pelo contrário: o lucro pessoal fazia parte de suas crenças e de seus destinos pessoais!

Assim, a partir dessa nova configuração, para que se viabilize tal acúmulo de riqueza, o empreendedor deverá lançar mão de diferentes estratégias em seu negócio para que seja capaz de atingir seu objetivo principal: fabricando um produto que gere demanda, divulgando-o da forma mais abrangente possível, contratando profissionais qualificados para que possa ser devidamente

¹ O que, efetivamente, passou a ser incentivado no pós-revolução francesa, sobretudo pelos atos de comércio de Napoleão e nos EUA também pós-revolução

fabricado, com emprego dos melhores equipamentos, ou, caso consista na prestação de um serviço, promovendo-o de forma eficiente, dentre tantas outras estratégias capazes de alcançar tal finalidade.

De fato, tal mentalidade veio a se consolidar notoriamente no séc. XX – época contemporânea da obra de Max Weber – e que se manifesta, claro, até os dias de hoje no mercado, haja vista que o lucro é o que basicamente movimenta a concorrência no mercado global. Porém, seria muito leviano dizer que a lógica comercial é a mesma desde o século passado. Muitas mudanças ocorreram, sendo duas delas merecedoras de destaque:

- a) Primeira: o acúmulo de riqueza gera poder, e o poder, no mercado, traz implicações de natureza coletiva, o que ensejou ao Estado a tarefa de exercer certo “controle” do mercado para que este pudesse funcionar de forma justa entre os players e para os consumidores, por meio da defesa da concorrência – fato esse que se consolidou historicamente por meio da condenação da *Standard Oil*² (VIEIRA; GRASSELLI, 2019), que será discorrida mais adiante;
- b) Segunda: mesmo ainda tendo sua importância, o acúmulo de riqueza não mais se limita ao capital monetário e a bens materiais tangíveis, o que levou ao surgimento do denominado “capitalismo digital” – viabilizado por meio da configuração dos denominados ativos intangíveis.

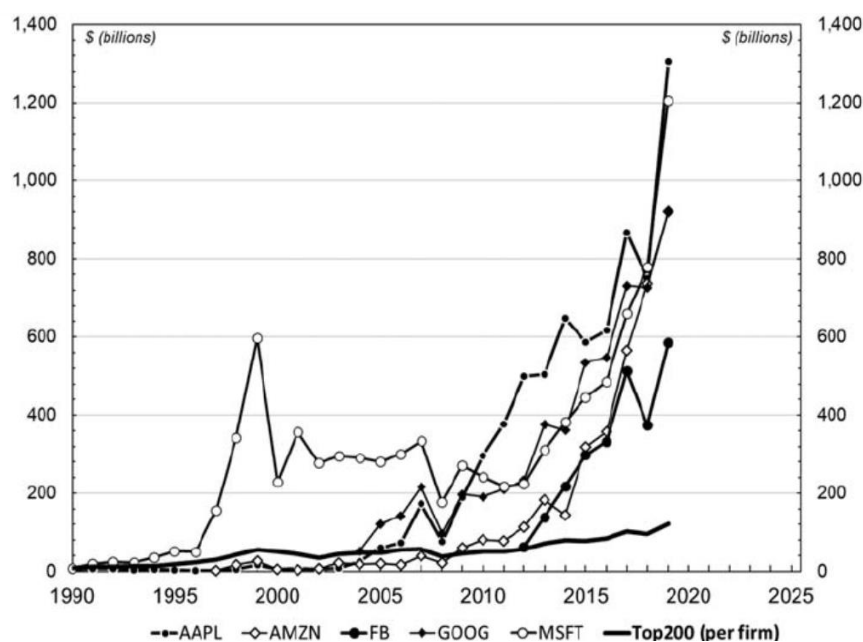
Ora, é justamente da relação entre a manutenção do poder de mercado e a emergência dos ativos intangíveis no início dos anos 2000 em que surge uma das maiores mudanças na lógica de acumulação de riqueza: a construção de uma economia digital, onde são empregadas diferentes estratégias comerciais que, de forma mais descentralizada e sofisticada, configuram novos meios de obtenção de lucro. Porém, se no primeiro cenário analisado (início do séc. XX) os grandes agentes do mercado responsáveis por deter pujança econômica e pelos mais violentos atentados à concorrência eram, até então, as grandes petrolíferas e empresas do setor ferroviário, quais teriam

² De forma breve, no início do séc. XX, em pleno cenário americano (mais precisamente no ano de 1911), tal caso consistiu na condenação da *Standard Oil* e dos Rockefellers pelas práticas exclusionárias na comercialização de petróleo e derivados (“*The Standard Oil Company of New Jersey Et. Al. v. The United States*”). Obviamente que, a época, já existia uma previsão legal delimitando condutas que atentassem contra a concorrência – tratava-se do *Sherman Act*, que inclusive foi a lei utilizada para a condenação estabelecida no presente caso. Porém, dentro do sistema de *Common Law* americano, o presente caso veio a se constituir em precedente paradigmático para os rumos que a defesa da concorrência tomaria dali em diante.

sido os agentes responsáveis por essa mudança de mentalidade num contexto mais recente? Ninguém menos do que as conhecidas Big Techs.

Conforme será exposto no gráfico abaixo, desde a metade dos anos 90 – sobretudo no intervalo entre 1995 e 2005 –, cinco das maiores Big Techs da atualidade (Apple, Amazon, Facebook, Google e Microsoft) passaram a ter um poder de mercado tão forte e de rápido crescimento que sua capitalização de mercado, em poucos anos, conseguiu ultrapassar a capitalização média das 200 maiores empresas norte americanas cotadas em bolsa, rompendo o protagonismo das maiores e mais tradicionais empresas americanas do séc. XX. Uma total ruptura de precedentes históricos!

**Figura 1. A Ascensão das Big Techs por capitalização de mercado no cenário americano—
1990 - 2019**



Fonte: Big Tech: Four Emerging Forms of Digital Rentiership, 2022

Tal cenário é tão impressionante que, a título de exemplo, o “Facebook, a menor das cinco empresas apresentadas, é mais de três vezes maior do que a Exxon, a Nike e a Coca-Cola, algumas das mais emblemáticas empresas americanas. A Apple é maior do que as 167 últimas empresas do S&P500 juntas” (BIRCH; COCHRANE, 2022, p. 46). E não para por aí: isso não se deu unicamente

devido ao famoso boom do Vale do Silício, uma vez que tais empresas ainda estão no topo e com perspectiva de crescimento ainda maior para os próximos anos. Como todo esse poderio foi possível? Como puderam crescer tanto ano após ano, se manterem no topo e ainda com projeção de crescimento futuro? Tal como ocorreu com os Rockfellers, não teriam sido cometidos abusos no meio dessa caminhada? Se a resposta for positiva, devem tais empresas sofrer limitações em seus respectivos âmbitos de atuação?

Diante dessa realidade e com vias de responder (e ampliar) tais questionamentos, o presente trabalho terá o condão de analisar as entranhas do conceito de poder econômico, estudando desde sua concepção sociológica até sua presente conformação sociopolítica, demonstrar que sua configuração se lastreia em e reproduz assimetrias em um determinado mercado e que, portanto, consiste em elemento que enseja a aplicação de limitações dentro da presente ordem econômica.

Uma vez feita tal fundamentação teórica, seus substratos serão aplicados e subsumidos ao caso das Big Techs, devendo ser provado que, mediante vários fatores, tais consistem em um dos maiores exemplos – senão o maior deles – de abuso de poder econômico na atualidade, demonstrando suas principais particularidades responsáveis por elevarem-nas a tal status e, principalmente, demonstrando casos reais de Big Techs cujas operações foram julgadas por órgãos de defesa da concorrência.

Neste último ponto, que consistirá no elemento mais prático da presente dissertação, serão escolhidos ao menos dois casos de destaque que passaram por julgamentos de natureza concorrencial protagonizados por Big Techs, e, a partir destes, serão comparadas as decisões tomadas pelo órgão de defesa da concorrência brasileiro (Cade) e por determinado órgão de defesa da concorrência estrangeiro, sendo extraídos comentários juridicamente fundamentados que tomarão como base justamente os substratos da parte teórica do trabalho.

1. CONSTITUIÇÃO DO PODER ECONÔMICO E SEUS ABUSOS

1.1. Assimetria do poder como fundamento à emergência do poder econômico

Dentro de todo o cenário geopolítico histórico no qual o homem foi capaz de estudar e documentar as principais características político-sociais existentes, uma das formas mais notórias de se dividir o mundo diz respeito à divisão binária entre Ocidente e Oriente, onde são claras as distinções religiosas, políticas, sociais, culturais e até psicológicas dos indivíduos de ambas as regiões do globo, de forma que muitas dessas diferenças ainda perduram até os dias atuais, em pleno mundo globalizado do séc. XXI. Todavia, a despeito deste cenário global bastante heterogêneo, existe ao menos um elemento que, há séculos, mesmo que não de forma idêntica, se manifesta de maneira muito semelhante entre as sociedades inseridas nesta e em muitas outras divisões geopolíticas existentes. A este elemento, damos o nome de poder.

Tomando por base as principais perspectivas sociológicas acerca do funcionamento do poder – tais como as lógicas de senhor-escravo de Hegel, de servidão e obediência de La Boétie e de manutenção do agente dominador de Maquiavel –, conforme aponta Vicente Bagnoli (2020, p. 20), tal ideia de poder é fundamentalmente lastreada na existência de uma subordinação assimétrica, ou seja, em função da natureza hipossuficiente de uma parte, a mesma contrairá determinado grau de dependência em relação à outra com o fim primeiro de superar suas deficiências ou necessidades:

Seja qual for a forma do poder se manifestar, trata-se de uma relação assimétrica, cuja consequência é uma subordinação. Quem tem poder o exerce, convence, manda; quem não possui poder subordina-se, é convencido, obedece. Por sua característica o poder é algo que seduz, atrai, envolve, engrandece, mas também cega, corrompe, ultrapassa limites éticos e morais. Caso o poder manifestado não atinja seu resultado e deixe de ser cumprido, significa que o poder não tem força, não subordina mais, deixou de ser poder.

Porém, assumindo que o mundo, pouco a pouco, começou a renunciar à barbárie de um estado de natureza em prol de uma sociedade baseada em um contrato social, ora, se um dos principais nortes sua constituição foi justamente desconcentrar o poder dos mais fortes em prol da coletividade, onde trocou-se a insegurança das disputas físicas, por meio da força, pelo equilíbrio das relações coletivas, como pode tal assimetria ter sido revivida no seio social?

Naturalmente, com o contrato social criando uma sociedade regida por normas positivadas voltadas à instauração de um poder disciplinar (conceito de Foucault), conseqüentemente há uma

assimetria de poder onde o Estado é autoridade e se divide em autoridades legais menores de forma a facilitar seu poder fiscalizador e regulador. Mas, aqui, trata-se de mero meio cujo fim é justamente a garantia do equilíbrio comum, e não o descompasso entre os agentes sociais, de forma que a assimetria aqui abordada é um evento estranho e superveniente ao contrato social.

Assim, o primeiro passo para identificar qual seria essa assimetria é identificar qual a ordem jurídico-político-econômica como objeto de análise, especialmente quanto aos aspectos político e econômico:

- a) Ordem política: Trata-se do primeiro passo a ser estabelecido no contrato social, pois é por meio dele que são constituídos as normas e os princípios que visam garantir a harmonia nas funções e relações do Estado, internamente, com o corpo social, e externamente, com outros estados. Ora, e é justamente a natureza dessas normas e princípios que definirá se determinada sociedade funcionará de maneira mais ou menos equilibrada e ordenada, pois ainda que a harmonia seja o bem a ser alcançado, tais elementos precisam se mostrar eficientes aos agentes do Estado, afinal de contas, o contrato social visa o bem comum. No entanto, para que um Estado se comporte de maneira eficiente e o corpo social tenha condições de viver de maneira harmoniosa, como essa lógica poderá ser viabilizada senão pela perspectiva econômica? Em primeiro grau, as principais necessidades da administração pública e do corpo social são amparadas pela economia. É ela quem proverá as necessidades de funcionamento dos diversos serviços sociais e indicará se as normas positivadas que a regulamenta estão funcionando ou não. Por isso, para que uma ordem política tenha condições de se estruturar e fruir, é justamente a construção de uma ordem econômica o elemento que proverá tal sustentação – e, ao mesmo tempo, é nela onde serão identificadas as maiores assimetrias entre os agentes sociais.
- b) Ordem econômica: Segundo Bagnoli (2020, p. 72), tal ordem é composta por "princípios econômicos segundo valores da disciplina econômica que, em harmonia, apresentam uma concepção teórica do modelo econômico (sistema econômico) ou a realidade do modelo econômico (regime econômico)". E é precisamente por meio de tal relação harmônica que essa ordem ganhará forma, pois, visando consolidar a ordem político-jurídica, o agente político incumbido de tratar das políticas econômicas assim o faz por meio de uma teoria econômica (inserida dentro de um campo ideológico maior) e, a partir dela, procura

consolidar seu regime de governo na perspectiva prática. Em outras palavras, enquanto a primeira perspectiva pode ser pensada como a elaboração de uma planta (planejamento), a segunda corresponde à efetiva construção do projeto (execução), sendo os princípios econômicos a base para a criação das normas de natureza econômica que irão ditar os rumos da ordem político-jurídica. E, no que diz respeito a essa ideologia maior, existem duas manifestações da ordem econômica vigentes na história recente: a ordem capitalista e a ordem socialista:

- a. Ordem capitalista³: Conforme continua Bagnoli (2020, p. 72), a ordem capitalista é justificada pela "possibilidade de obtenção do lucro dentro de uma economia de mercado, cujos institutos básicos são a liberdade de iniciativa (empreendedorismo), a livre concorrência e a propriedade privada dos meios de produção". Ora, se tais institutos residem nos principais pilares dos países capitalistas, é por meio do mercado que se visa garantir os mesmos, desde a ordem legislativa positivada até a realidade prática do Estado e seus agentes diretos e indiretos. Usando como exemplo a própria Constituição Federal Brasileira de 1988, notavelmente com suas bases do constitucionalismo social e liberal conjugadas, demonstra-se que o mercado atua como uma força motriz ao funcionamento da sociedade, sendo direcionado ao fim de garantir a existência digna e justa à coletividade (art. 170 e seus incisos) e atribuindo o protagonismo do exercício da atividade econômica à iniciativa privada (art. 170, par. único):

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

³ Alguns autores ainda inserem uma terceira ordem econômica, que consiste no Neoliberalismo. Porém, outra parte da doutrina entende ser o Neoliberalismo apenas uma outra configuração da ordem econômica capitalista, posição essa defendida como a mais correta

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (grifo nosso)

- b. Ordem socialista: tal ordem se constitui, por essência, em uma antítese das principais bases estabelecidas pela ordem capitalista, em especial pelo fato de Karl Marx, sua figura idealizadora, ter elaborado a ideologia socialista a partir de críticas aos ensinamentos de Adam Smith em sua obra "A Riqueza das Nações" e, a partir de sua aplicação no mundo ocidental, à realidade prática do capitalismo na Europa do séc. XIX (juntamente com Friedrich Engels). E, ora, sem prejuízo de esgotar todas as proposições e ideias do socialismo no âmbito econômico, é possível afirmar que suas principais preocupações residiram justamente em questionar as estruturas econômicas e sociais que haviam se conformado nas sociedades capitalistas da época, sempre focando seu discurso na formação de uma economia que rompesse com qualquer tipo de hierarquia de poder – nas relações de trabalho, de moradia, dentre outros – e que, conseqüentemente, fosse instrumentalizada de forma a viabilizar condições humanitárias universais aos cidadãos, tudo isso sob um forte controle por meio do Estado. Como exemplo, é possível citar um trecho da Constituição Cubana:

CONVENCIDOS de que Cuba no volverá jamás al capitalismo como régimen sustentado en la explotación del hombre por el hombre, y que solo en el socialismo y en el comunismo el ser humano alcanza su dignidad plena (grifo nosso)

Porém, ainda que determinados elementos decorrentes da ideologia socialista tenham sido incorporados às sociedades capitalistas em algum grau – a exemplo das preocupações humanitárias decorrentes do constitucionalismo social –, fato é que não só poucos países fundamentalmente socialistas chegaram a vigorar como, também, destes poucos, sobraram apenas "espólios" no pós Guerra-Fria, de forma que as lógicas econômicas na Nova Ordem Mundial e seus fluxos informacionais tornaram – ou provaram – a não funcionalidade da economia socialista nessa nova realidade. E isso, em grande parte, se deu pela inexecutabilidade de seus fundamentos econômicos e sociais, absolutamente anacrônicos à lógica de mercado que ascendeu ao longo do séc. XX:

Ele é "impossível" e destinado ao fracasso porque é desprovido da fundamentação lógica da economia; o socialismo não fornece meio algum para se fazer qualquer cálculo econômico objetivo - o que, por conseguinte, impede que os recursos sejam alocados em suas aplicações mais produtivas. (grifo nosso) (MALTSEV, 2018, p. 7)

Assim sendo, as assimetrias em questão que fundamentam o poder econômico na presente ordem internacional só podem ser aquelas provenientes da ordem capitalista, pois é nela onde, para além da figura do Estado e suas divisões administrativas, a população goza de uma liberdade econômica mínima que permita ao indivíduo ter uma propriedade privada (ou até mesmo várias) – com a possibilidade de usufruir dela com determinado grau de liberalidade –, que permita uma autonomia na gestão financeira individual – possibilitando investimentos das mais diversas espécies –, e, sobretudo, que viabilize a abertura de um negócio, de maneira a possibilitar sua exposição ao risco inerente da atividade empresária, o que é feito visando, finalmente, a geração de lucro. Isso significa dizer, portanto, que tal configuração de poder econômico expressa suas assimetrias por meio do mercado dentro de uma economia capitalista, onde, ainda que não pautada na estratificação social como nas sociedades pré-Revolução Francesa, ainda assim gera novos tipos de assimetria justamente por possibilitar ao homem sua exploração como força de trabalho e, mais importante, por implicar na alocação dos recursos gerados dessa relação – que são escassos.

Conforme apontou Yuri Maltsev, o Socialismo é incapaz de alocar os recursos dispostos em sua economia de forma eficiente, o que acaba por gerar problemas sociais e políticos extremamente graves, levando a dificuldades bem maiores do que meras assimetrias de mercado, afetando diretamente em como a população irá ter acesso aos recursos pelo Estado. E, claro, a qualidade de vida de população, em certa escala, está diretamente relacionada a sua qualidade de consumo, que é justamente um dos elementos levados em conta, por exemplo, na composição do IDH (Índice de Desenvolvimento Humano) dos países no globo. E, não coincidentemente, tomando com o base valores do ano de 2020, dentre os dez países com maior IDH do mundo, nove deles se constituem em países capitalistas – o único que não é (China, especificamente Hong Kong), se notabilizou por ter aderido a uma economia de mercado desde os anos 70⁴ (LEÃO, 2012, p. 157), o que traz impactos distintivos em sua economia (RAO, 2022):

⁴ Mais especificamente a partir do ano de 1978, dois anos após da morte de Mao Tse-Tung, por meio daquilo que ficou conhecido como "Reformas e Abertura da China", no período "*Boluan Fanzheng*"

Figura 2 - Classificações do Índice de Liberdade e do Índice de Desenvolvimento Humano da ONU em 2019

Human Development Index (HDI) Ranking
From the 2020 Human Development Report

Search in table Page 1 of 19 >

	Rank	Country	HDI value (2019)	Life expectancy at birth (years) SDG3	Expected years of schooling (years) SDG 4.3	Mean years of schooling (years) SDG 4.6	Gross national income (GNI) per capita (PPP \$) SDG 8.5
	1	Norway	0.957	82.4	18.1	12.9	66,494
	2	Ireland	0.955	82.3	18.7	12.7	68,371
	2	Switzerland	0.955	83.8	16.3	13.4	69,394
	4	Hong Kong, China (SAR)	0.949	84.9	16.9	12.3	62,985
	4	Iceland	0.949	83.0	19.1	12.8	54,682
	6	Germany	0.947	81.3	17.0	14.2	55,314
	7	Sweden	0.945	82.8	19.5	12.5	54,508
	8	Australia	0.944	83.4	22.0	12.7	48,085
	8	Netherlands	0.944	82.3	18.5	12.4	57,707
	10	Denmark	0.940	80.9	18.9	12.6	58,662

Fonte: Capitalism, Socialism, and Inequality, 2022

Assim, para o bem e para o mal, talvez o risco inerente à atividade empresária seja, provavelmente, um dos principais fundamentos da economia capitalista. Para o bem porque, como demonstrado, países com as maiores liberdades oriundas do capitalismo (obviamente, países capitalistas com maiores preocupações sociais – herança do constitucionalismo social) acabam tendo melhor IDH. Para o mal, pois o capitalismo, naturalmente, gera desigualdades na sociedade (em menor ou maior escala, a depender de casa caso). E a desigualdade, ora, é um tipo de assimetria!

Sendo assim, portanto, os agentes de mercado que souberem melhor se aproveitar do risco empresarial serão aqueles que gerarão maiores lucros e, conseqüentemente, passarão a deter relevante poder econômico. Isso, é claro, dentro dos limites da legalidade. E nem tudo está dentro dos limites da lei. E nem toda assimetria é legítima!

1.2. Formação da ideia de abuso do poder econômico

Não há um conceito único e fechado do que seria o poder econômico propriamente dito, de forma que o melhor a ser feito para entender a completude do termo seria analisar as várias definições dispostas na doutrina. Assim, conforme disposto por Modesto Carvalhosa e Luís S. Cabral de Moncada, o poder econômico consiste no “conjunto de meios materiais e não materiais, de expressão econômica, de que o agente dispõe e emprega no exercício de sua atividade ordinária, no mercado de bens ou serviços onde atua” (CORDEIRO, 2007, p. 31), de forma que a “capacidade da empresa de alterar as condições ou os resultados dos mercados de bens ou serviços (se manifesta) de tal forma que daí para ela resultem vantagens acentuadas.” (CORDEIRO, 2007, p. 31)

Assim, diante da conjunção de ambas as definições, devem ser destacados dois pontos fundamentais ao exercício do poder econômico:

- 1) Emprego de bens materiais e imateriais de expressão econômica – que compreendem o patrimônio da empresa;
- 2) Alcance de vantagens acentuadas capazes de alterarem o mercado-objeto

Em detalhes, visando atuar em determinado mercado-objeto, uma certa empresa deverá, para isso, aplicar os próprios bens (materiais e imateriais, que compõem o perfil patrimonial da empresa⁵) em suas atividades para que, dessa forma, consiga alcançar uma relevante participação de mercado, tendo, por fim, uma adequada geração de lucro.

Porém, a depender das circunstâncias e do sucesso de sua inserção no mercado-objeto, esse protagonismo desejado pode atingir níveis tão relevantes ao ponto de culminarem na alteração da própria dinâmica deste mercado (como, por exemplo, por meio do alcance de uma posição dominante), o que traz consigo uma série de vantagens competitivas em relação aos demais players atuantes.

⁵ Conforme os perfis de Asquini da empresa

Figura 3 – Tabela-resumo da lógica de formação do poder econômico no mercado



Fonte: Elaborado pelo próprio autor

Só que, tal como afirmado anteriormente, a empresa que conseguir melhor se aproveitar do risco empresarial será aquela que alcançar maiores vantagens no mercado, o que, a princípio, não implica em qualquer tipo de problema ao mercado – a despeito de tal vantagem existir, como já apontado, por meio de uma assimetria natural deste, ou seja, uma situação de fato do sistema capitalista. O problema acontece, na verdade, quando essas vantagens se tornam acentuadas de tal forma que ultrapassem os limites das leis de mercado, fazendo com que a empresa que alcançou tal posição dominante seja capaz de afetar a concorrência, seus demais bens jurídicos de proteção e a própria ordem econômica. A esse fenômeno, denominamos abuso de poder econômico.

Conforme aponta Modesto Carvalhosa, esse abuso se constrói por meio da “capacidade que uma empresa tem de influir de forma independente no mercado, naquilo em que essa capacidade decisória não se restringe às leis mercadológicas (CARVALHOSA, 1967, p. 02), caracterizando-se por, dentre outras ações, culminar em: “dominação dos mercados, eliminação da concorrência e aumento arbitrário dos lucros” (SILVA, 2008, p. 720). E é justamente por isso que a proteção da concorrência é o caráter preventivo central a ser garantido, pois “sua eliminação é o meio pelo qual o poder econômico domina o mercado” (SILVA, 2008, p. 720), e um mercado profundamente dominado por poucas empresas – leia-se oligopólio – geralmente não é sinal de um bom negócio para os demais players.

Ao longo do final do séc. XIX e das primeiras décadas do séc. XX – desde o contexto de formação do *Sherman Act* –, quando se aborda a perspectiva concorrencial em relação às grandes empresas existentes à época, tais sustentavam seus monopólios por meio dos então conhecidos

trustees (trustes), que consistiam em alianças estrategicamente feitas para subordinarem as principais empresas independentes de um determinado mercado a uma administração central. Em suma, a lógica de funcionamento de um truste ocorria da seguinte forma:

Em linhas gerais, o trust apresenta a seguinte estrutura básica: o instituidor do trust (*settlor*), que através da sua declaração de vontade, entrega os seus bens a um terceiro, o trustee, que irá fazer a sua administração em benefício de outro, o *beneficiary*. Quando o instituidor realiza o trust, ele deixa de ser proprietário dos bens, pois ocorre verdadeira transmissão da propriedade para o administrador (trustee), não podendo mais reclamar ou exercer qualquer pretensão sobre eles. (GARBI, 2022)

Talvez o maior exemplo de truste da época tenha sido o *Standard Oil* (liderado por John D. Rockefeller) – não à toa, foi a principal figura investigada pelo Direito Antitruste norte americano à época. Sua atuação foi tão feroz que “as estratégias de concorrência e crescimento dos irmãos Rockefeller no final do século XIX levaram a *Standard Oil* a controlar 90% do refino e distribuição de petróleo nos Estados Unidos” (FARINA, 2009, p. 02), resultado este que levou a empresa a adquirir 120 rivais.

A partir de tal precedente, a despeito de determinadas exceções onde o governo detinha um caráter menos interventor (como na “*laissez-faire*” de Ronald Reagan), o cenário norte-americano se mostrou extremamente enrijecido perante novas empreitadas monopolistas, com as grandes empresas do séc. XX encontrando muito mais dificuldades de manterem seus monopólios de mercado por meio de atos atentatórios à concorrência, sobretudo com a leva de investigações que emergiram ao longo do século. Na realidade, a ainda que muitas grandes empresas tenham surgido e se consolidado no percorrer do século, a formação de estruturas de mercado centralizadoras como a dos trustes do *Standard Oil*, da *De Beers* e outros se mostrou cada vez mais dificultosa. Pouco a pouco, os EUA começaram a consolidar suas estruturas regulatórias e a *Federal Trade Commission* (FTC), no campo de defesa da concorrência, consolidou um pensamento bastante protetivo da concorrência, sobretudo diante do choque de pensamentos das Escolas de Harvard e Chicago.

Assim, se determinado agente pretendesse romper com essa lógica, algum novo fenômeno haveria de surgir. Alguma estratégia nova deveria ser adotada para que as grandes empresas pudessem emergir em um cenário muito mais controlado, regulado e adverso do que outrora. E foram justamente as Big Techs e seus respectivos modelos de negócio arrasadores que romperam com essa realidade, sobretudo no final da década de 1990.

1.3. As Big Techs como novo paradigma

Antes de se dissertar sobre o tema, o primeiro passo para entender de que forma ocorreu a constituição e a ascensão dessas figuras é por meio da análise do termo que as define, de forma a buscar sua completude:

O termo *Big Tech* ou também *Tech Giants* é utilizado para se referir às maiores e mais proeminentes empresas no mercado de tecnologia da informação. Inicialmente pequenas *startups*, essas organizações criaram serviços inovadores e disruptivos se utilizando de um modelo de negócios escalável, dinâmico e ágil. Detentoras de um enorme poder de mercado, é cada vez mais evidente e óbvia a dependência das sociedades contemporâneas com relação aos serviços prestados por essas empresas. Produtos tecnológicos, redes sociais, ferramentas de busca e *e-commerce*, são insumos consumidos diariamente por seus usuários ao redor do globo e somente possíveis pela atuação e investimento das companhias que compõem as Big Techs (ZUQUIM, 2021, p. 14).

Conforme discorre Zuquim, ao contrário do que possa indicar o senso comum, o emprego da nomenclatura Big Tech não faz referência tão somente às empresas de tecnologia de ponta no mercado, com elevado poder econômico. Seu significado vai além: no que se refere ao termo “*tech*”, compreende-se aquelas cuja atuação é “parte ativa na evolução de determinado mercado” (2021, p. 14). “Com o desenvolvimento de novos produtos e tecnologias, essas companhias acabam por criar e pavimentar caminhos para que outros agentes do mercado se estabeleçam ou, ainda, de modo a alterar profunda e estruturalmente o próprio mercado em exame” (2021, p. 14). E é justamente essa última faceta a mais delicada em análise.

Não menos importante, o termo “*Big*” também denota certas especificidades que merecem atenção, pois ainda que denote a pujança econômica de determinada empresa no mercado, há ao menos três elementos distintivos das Big Techs que, quando conjugados, são capazes de distinguir as Big Techs de outras empresas estranhas à presente definição (ZUQUIM, 2021, p. 15), sendo eles:

- (i) Grande valor de mercado;
- (ii) Operabilidade em diversos mercados e criação de um ecossistema entre eles; e
- (iii) Protagonismo em mudanças sociais.

Ora, alguns dos exemplos já mencionados aqui se encaixam perfeitamente nessas definições: Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft. Ainda que muito se discuta a inclusão da

Microsoft nessa mesma listagem – por supostamente não dispor das mesmas raízes vanguardistas das demais (HAYWARD, 2021) – ela ainda assim será tratada no mesmo patamar das demais nas análises aqui feitas. Não se pode ignorar sua presença de mercado perante as demais!

Também poderiam ser incluídas na presente discussão outras Big Techs do Mundo Oriental – Baidu, Alibaba, Ant Group e Tencent –, porém, não apenas sua proeminência se deu de forma mais tardia do que aquelas do Ocidente como, também, o modelo de desenvolvimento destas se deu de forma contrária. Em suma, “as companhias ocidentais tendem a consolidar a sua dominância do seu mercado interno em seus principais negócios e, posteriormente, expandir globalmente, enquanto as empresas chinesas mantêm uma precípua atuação doméstica, estratégia que gradativamente vem se alterando” (ZUQUIM, 2021, p. 19).

Dito isso, tal como já demonstrado na introdução do presente trabalho, o crescimento de tais empresas se deu de forma absolutamente avassaladora entre a primeira metade dos anos 90 e a primeira metade dos anos 2000, o que por si só já merece destaque – e tudo, inicialmente, dentro dos limites da legalidade. Mas o que mais chamou a atenção é que, desde então, o crescimento dessas empresas não para de acontecer e ainda apresenta uma perspectiva de crescimento futuro cada vez maior para as décadas subsequentes. Como é possível tamanho poder econômico? Em comparação com as demais empresas norte-americanas que foram criadas ou se adaptaram posteriormente a esse cenário mais repressivo de defesa da concorrência, há pelo menos três pontos que explicam esse crescimento

1.3.1. Formação de um mercado digital

Ora, ainda que seja possível argumentar que as primeiras Big Techs ascenderam economicamente de forma absolutamente normal, sem qualquer disparidade em relação às empresas tradicionais de então – dada a explosão do Vale do Silício –, é inegável questionar a mudança total do jogo quando da formação de um mercado digital – ou, de forma mais apropriada, de mercados digitais. Ainda que tenha sido um efeito mais demorado no resto do mundo, sua configuração possui raízes justamente em solo norte-americano, e lá permitiu que as Big Techs, fazendo jus à nomenclatura, atingissem o devido patamar de protagonismo.

O primeiro ponto que torna a lógica diferenciada nos mercados digitais diz respeito justamente ao mercado relevante a ser abarcado, que é sempre dinâmico, cada vez mais variado e especializado, muito pelo fato de a concorrência no setor estar atrelada a um elemento fundamental: a inovação. Diferentemente dos trustes apontados e de outros carteis formados ao longo do século nos Estados Unidos, não se cria uma tecnologia e a explora de forma ininterrupta sem qualquer tipo de melhoria, sem qualquer tipo de inovação. É algo que está em constante movimento.

Se um determinado grupo de empresas de tecnologia, por exemplo, decide criar um cartel com o intuito de fecharem o mercado para si sem que haja a preocupação de que uma das concorrentes traga inovações com as quais as demais sejam incapazes de superar, ora, ainda que isso seja possível e certamente já tenha ocorrido, o que impede que empresas de fora do cartel desenvolvam, livres dessas amarras da cartelização, uma nova tecnologia capaz de tornar defasada a tecnologia “protegida” pelo cartel? Ainda que, óbvio, o poder econômico das empresas cartelizadas e o poder do nome e das marcas que elas detêm sejam um empecilho, o que deve ser compreendido é que o elemento da inovação, ainda que se lastreie em elementos concretos para que seja aplicada, é, em sua essência, um elemento abstrato.

Diferente do que ocorre em mercados como o de combustíveis, por exemplo, onde a lógica de inovação é bastante tímida (com o petróleo ainda representando a matéria prima mais utilizada no mundo para fabricação de combustíveis em larga vantagem), mercados de tecnologia como de celulares, computadores, processadores e afins tendem a ter uma dinâmica visivelmente maior e mais variada. E, claro, com o passar dos anos e, sobretudo, com a criação da internet comercial, essa lógica apenas tem se intensificado ano após ano.

Tal como já apresentado na introdução, os mercados digitais, possibilitados pela existência de uma Economia Digital, lastreiam-se largamente nos chamados ativos intangíveis, onde são empregadas diferentes estratégias comerciais que, de forma mais descentralizada e sofisticada, configuram novos meios de obtenção de lucro. Assim, é óbvio que alguns desses ativos já eram comuns às empresas tradicionais, como o investimento em marketing e no fortalecimento da marca, mas outros possuem um caráter mais inovador, como, por exemplo, a detenção de dados pessoais de usuários dos serviços e dos produtos ofertados por essas Big Techs, ponto esse que será melhor explicado posteriormente no último item do capítulo.

1.3.2. Expansionismo nos mercados atuantes e possível atuação em aquisições predatórias

Em um primeiro momento, de fato a ascensão das Big Techs parecia algo absolutamente normal, não contendo fatos estranhos ou anormalidades que não pudessem ser explicadas pelas circunstâncias de mercado à época – ainda que a velocidade do crescimento dessas empresas realmente impressionasse.

Todavia, uma característica que começou a ser observada alguns anos depois é de que os mercados digitais começaram a constituir, pouco a pouco, elevados níveis de concentração. Os motivos podem ser facilmente explicados, como o pioneirismo na atuação dos diversos mercados de tecnologia, a consequente construção de marcas e nomes fortes no mercado, a consolidação de níveis de fidelidade do mercado consumidor e, claro, o poder econômico decorrente de tal posição por elas assumidas – que é o ponto mais delicado da discussão.

Conforme detalhado no item 1.2, a partir do momento em que as Big Techs conseguem aplicar seus bens de forma eficiente ao ponto de terem condições de alterar o mercado, o grande perigo passa a ser quando tal posição é enveredada para a obtenção de profundas vantagens em relação aos demais players. E, ora, foi justamente isso que começou a acontecer com as Big Techs por meio não apenas dos elevados níveis de concentração alcançados em seus mercados de origem, mas também pela ampliação dos mercados atuantes – o que pode ser definido como um caráter expansionista das Big Techs.

Porém, mais do que isso, não bastasse o elevado poder de investimento que tais empresas têm na criação de novas tecnologias, em meados dos anos 2000, várias operações de aquisição começaram a ser feitas de forma a ingressarem em mercados novos já com os bens tangíveis e intangíveis previamente consolidados, podendo direcionar suas estratégias de mercado já com uma estrutura consolidada e com um mercado consumidor garantido. Ainda mais: muitas dessas aquisições, quando feitas em relação aos mesmos mercados de atuação da compradora, tiveram até mesmo o condão de frear a ascensão de concorrentes, sendo feitas tão somente com o intuito de eliminar players que oferecem riscos à atuação no mercado às custas de suas vantagens auferidas em diversas operações estratégicas:

Em alguns casos, essas aquisições permitiram à empresa dominante neutralizar uma ameaça competitiva; em outros casos, a empresa dominante fechou ou descontinuou as transações

do produto subjacente inteiramente descritas como “*killer acquisitions*” (CUNNINGHAM; EDERER; MA, 2021, p. 1)

Como exemplo de ambas as vertentes, podem ser citados: aquisição da Double Click pelo Google (para atuação no mercado de publicidade), aquisição do Whatsapp pelo Facebook (para incremento em um segmento mais específico do mercado de redes sociais, onde o Whatsapp consistia em forte concorrente do Facebook no mercado), aquisição da Whole Foods pela Amazon (para atuação no mercado das plataformas de entrega de comida – tendo sido criada, inclusive, a primeira loja totalmente online para entrega de alimentos da rede em 2020), aquisição da Beats Eletronics pela Apple (para atuação no mercado de streaming de música), dentre outros tantos exemplos.

O mais interessante disso tudo é que boa parte das aquisições feitas em um cenário inicial foram aprovadas sem muitas dificuldades pelas autoridades de defesa da concorrência, que adotaram uma postura crítica apenas anos depois de suas aprovações. Como exemplo, é possível citar o arrependimento da Comissária da FTC Rebecca Slaughter ao apontar que o maior erro na racionalidade por trás das aprovações das operações das Big Techs foi que houve uma preocupação muito individual com as operações mais notórias, que saltassem aos olhos do órgão, já que, para ela, “cada operação individual, vista de forma independente, pode não parecer ter um impacto significativo. Mas o impacto coletivo de centenas de pequenas aquisições pode conduzir a um comportamento monopolista” (BARTZ, 2021).

E talvez sua fala esteja muito certa, pois de acordo com estudos apresentados pela FTC na gestão Trump, entre 2010 e 2019, mais de 616 aquisições das Big Five (Amazon, Microsoft, Apple, Google e Facebook) foram aprovadas muito em função de não atenderem aos valores de submissão obrigatória às agências antitruste, mas que, conjuntamente, estavam a serviço da estratégia monopolista dessas empresas (BARTZ, 2021). Ora, se as grandes operações já tiveram um rigor muito menor do que o necessário para sua aprovação, quem dirá para essas operações “satélites”, que trouxeram um poder ainda maior para as mesmas não apenas para o poder econômico nos mercados envolvidos, mas também no que diz respeito a tópicos bem sensíveis, como no campo da privacidade e dos dados pessoais – ponto esse que irá se inserir no item seguinte.

1.3.3. Manipulação cada vez mais direta do mercado consumidor

Tal como havia sido dito anteriormente, as Big Techs, com o intuito de exercerem o controle dos mercados em que atuam, começaram a focar seus esforços em diversos ativos de natureza intangível justamente para aumentar suas frentes de atuação na obtenção de lucro e, principalmente, de forma a mapear esses mercados precisa e eficientemente – o que, em outras palavras, atenua os possíveis efeitos negativos do risco empresarial. Ora, e o que poderia ser mais preciso do que conhecer, com precisão, aquilo que o mercado consumidor pensa e consome? É justamente aqui que entra o campo do controle de dados sensíveis dos usuários/consumidores pelas Big Techs e suas plataformas digitais.

Mas qual seria sua real importância no contexto comercial de tais empresas? Como os dados pessoais podem ter tamanha importância na atividade econômica?

Because the control of the data is the ‘holy grail’ that gives companies the ability to innovate and cut out their competitors upstream or downstream, the uneven distribution of data along GVCs entails a dynamic and cumulative advantage for firms that plays a lead role in chain integration. (DURAND; MILBERG, 2018, p. 29)

Dessa forma, a detenção de dados sensíveis possibilita não apenas que “a experiência do usuário seja aprimorada e que estes sejam vendidos para publicidade, como seu acúmulo se torna dado proprietário e se torna um ativo a central que cria uma significativa vantagem competitiva” (MULLIN, 2022, p. 23). Ter esses dados é conhecer o comportamento e os desejos de consumo no mercado, é saber qual a preferência de consumo por cada faixa etária, por gênero, dentre tantas outras informações.

Assim sendo, é óbvio que a lógica de obtenção de lucro por meio do capital monetário diretamente aplicado ainda é essencial à ordem econômica capitalista. No entanto, hoje, fica cada vez mais claro perceber que esse capital não é o único a ser alcançado pelas grandes empresas (o que evidencia uma ruptura da ideia de bens – pois há o elemento da intangibilidade), ponto em que surge a necessidade de captação de dados pessoais e outros bens intangíveis capazes de reforçar o conhecimento das empresas em relação ao mercado consumidor e, mais facilmente, conhecê-lo e manipula-lo, tornando a relação entre ambos os polos ainda mais assimétrica em relação ao lado do consumidor, que passa a ficar cada vez mais exposto a essas estratégias desmaterializadas das

Big Techs. É realmente uma dinâmica recente, mas com uma lógica de submissão absolutamente intrínseca à sociedade capitalista desde suas origens:

A empresa capitalista sempre se caracterizou, desde a sua origem histórica na Baixa Idade Média europeia, pela sua completa submissão ao poder decisório definitivo dos titulares do capital. No decorrer dos séculos, aliás, essa relação de poder sofreu uma notável inversão ontológica: enquanto os trabalhadores e consumidores, dentro e fora da empresa, transformavam-se de pessoas em simples coisas, mais propriamente em mercadorias, o capital de certa forma desmaterializava-se, tornando-se uma pessoa jurídica. (grifo nosso) (COMPARATO, 2013, p. 17)

Talvez a maior novidade aqui seria de que a abordagem das Big Techs ocorre de forma estrutural, de maneira que muitos afirmam vigorar uma nova era no cenário político-econômico e social de hoje, denominada Era do Capitalismo de Vigilância, onde tais empresas têm papel de destaque e liderança, valendo “quase tudo” para que sejamos observados e estudados, e não apenas para que sejamos conhecidos, mas também condicionados, mudados:

É uma luta contra a concentração de capital. Os dados são o grande ouro dos tempos atuais, então precisamos ter esse entendimento que enfrentamos grandes monopólios. E eles lucram muito com a nossa atenção e o nosso tempo. (CARDOSO, 2023)

É claro que as grandes empresas tentam trazer justificativas com alguma plausibilidade para legitimarem suas atuações, alegando que o acesso e a gestão dos dados obtidos são feitos para “melhorarem a experiência do usuário”. Porém, além dos problemas que podem ser criados com os próprios usuários – que nem sempre podem ter seus dados obtidos de forma consentida (ou até mesmo armazenados!) – ora, uma vantagem supostamente vantajosa não pode ser aplicada se, em seu bojo, isso implicar em desvantagens largamente esparsas em relação aos demais players. Como exemplo, é possível citar novamente os casos dos trusts mencionados no item 1.2:

Os trusts tornaram os produtos mais baratos, reduziram os preços; mas se o preço do petróleo, por exemplo, fosse reduzido a um centavo por barril, tal fato não tornaria justo o mal feito às pessoas deste país pelos trusts que destruíram a concorrência legítima e retiraram homens honestos de negócios legítimos. (YERGIN, 1991, p. 910)

Também é notório que, com as plataformas sendo prestadoras de um serviço, a partir do momento que elas tomam maior dimensão das preferências dos usuários, a tendência é que seja possível trazer correções e inovações em tese favoráveis ao consumidor. Mais ainda: muitos dos objetos dos mercados que as Big Techs atuam lidam diretamente com elementos que efetivamente melhoram a qualidade de vida do usuário (redes sociais, computadores, smartphones, aplicativos de troca de mensagens etc.) – o que traz uma relevância social ainda maior para a questão, pois a qualidade de vida de um indivíduo está diretamente relacionada a sua qualidade de consumo. Porém,

não se pode, em nome da inovação e do desenvolvimento no mercado, obstar uma série de garantias fundamentais ao indivíduo, sobretudo o direito à privacidade – até porque muitos desses dados são armazenados com fins estranhos à experiência da própria plataforma, como será visto mais adiante.

Assim, em função do incremento cada vez mais expressivo do Poder Econômico dessas Big Techs, sua análise regulatória deve ser diferenciada e pormenorizada, de forma a analisar a forma como hoje se portam e qual a potencialidade de sua atuação no futuro.

2. JUSTIFICATIVAS E LEGITIMIDADE DA INTERVENÇÃO REGULATÓRIA E CONCORRENCIAL

2.1. Arcabouço regulatório e fundamentos à análise concorrencial

Seria impossível descrever detalhadamente, no presente trabalho, os fundamentos legais do Direito da Concorrência e do Direito Regulatório no Brasil em sua plenitude – quanto menos envolvendo outros países também engajados no Direito Antitruste. Por isso, para fins didáticos, será feita uma breve exposição de alguns dos principais elementos históricos de defesa da concorrência e de regulação consolidados no contexto internacional. Tudo isso tomando por base um contexto regulatório que permita e dê condições adequadas à fruição do direito da concorrência e que, claro, permita uma clara assimilação da necessidade de uma maior atuação regulatória no caso das Big Techs e de um direito da concorrência mais cuidadoso com operações onde sejam envolvidas tais empresas – até mesmo a despeito de possíveis efeitos positivos que tais operações puderem, *prima vista*, gerar. Pontos que eventualmente forem mais específicos serão oportunamente desenvolvidos com mais detalhes nos casos práticos selecionados para análise.

Dito isso, conforme já mencionado no capítulo anterior, o primeiro marco do Direito da Concorrência criado consiste no *Sherman Act* (1890), justamente no contexto dos trustes de Petróleo dos EUA. Apesar de bastante incipiente quando comparado às demais normas que viriam a ser criadas desde então, sua validade ainda é plena no direito antitruste americano, principalmente pelo seu caráter mais fundamental em relação às diversas disposições de seu texto. Como destaque, merece comentário sua primeira seção:

Section 1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1890, Section 1),

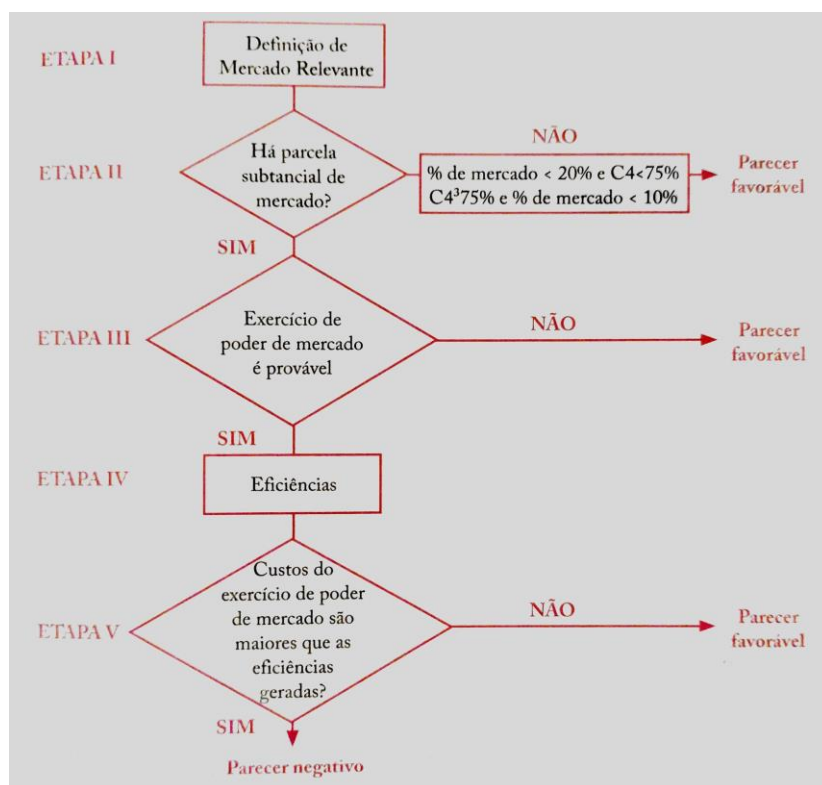
Desde então, percebe-se que a principal preocupação residia na forma das “combinações”, que eram feitas essencialmente, como já explicado, de maneira a manter as estruturas de poder preservadas frente a possíveis concorrências emergentes – sobretudo por envolver mercados fortemente monopolizados. Porém, a partir de tal marco, os agentes econômicos se depararam com uma era cada vez mais rígida com ações que pudessem afetar a concorrência nos mercados que se formavam ao longo dos anos, fazendo com que lhes fosse necessário, pouco a pouco, sofisticar e aumentar a complexidade de suas relações nacionais e internacionais (GABAN; DOMINGUES, 2009, *apud* VOGEL, 1996), tanto legal quanto ilegalmente.

E, frente a essa complexidade, o poder estatal entendeu ser necessário criar não apenas legislações bem elaboradas e de caráter repressivo, pois isso, ainda que tenha sido feito e seja necessário, ora, a criação de leis desse tipo gera tipicidade, o que leva a um maior número de investigações e, por consequência, um maior esforço da máquina do Estado e do Judiciário para fazer cumprir a lei. Assim, o Estado entendeu que, para que houvesse a devida exequibilidade, deveriam ser constituídas autoridades especializadas de forma a prevenirem a ocorrência do ilícito e fazerem valer a lei. A essas, damos o nome de agências reguladoras.

Essas entidades correspondem a uma “rede de instituições, dotadas de capacidade decisória, (que) seria distribuída e contextualizada em cada setor relevante da economia nacional, agindo de modo especializado e conjunto, numa “rede”, cuja origem e interesses finais apresentam pontos em comum” (GABAN; DOMINGUES, 2009, *apud* CASTELLS, 1999). Com isso, cria-se um cenário onde a concorrência nos diversos setores de atuação das agências reguladoras passa a ser viabilizada, principalmente nos setores econômicos que “estiverem sujeitos à transição de situações de monopólio à competição” (GABAN; DOMINGUES, 2009), e os setores que apresentam falhas possam receber dedicada atuação por parte das agências reguladoras. Em síntese, a atuação pautada entre esses dois objetivos tem por fim o equilíbrio social, sem o qual a atividade da concorrência não consegue fluir de forma legítima – e nem ser decidida pelo órgão de defesa competente, pois uma legislação de defesa da concorrência prescinde de um cenário minimamente regulado.

Hoje, no cenário brasileiro, as legislações mais importantes no que tange à matéria de concorrência correspondem à Lei 8884/94 e à Lei 12529/2011, esta última atualmente em vigência. Nela, além de todos os dispositivos que compõem a estrutura do Cade e suas demais funções, a legislação delimita uma série de regras justamente para que haja um controle de concentrações, só que de forma muito mais sofisticada do que feito lá no início. Com base nos art. 88 a 91 da Lei 12529/2011, o controle de concentrações em ACs horizontais, por exemplo, possui uma série de etapas que visam sopesar elementos da operação que, a princípio, seriam condenados na época dos cartéis do início do séc. XX (como a detenção de parcela substancial do mercado e exercício de poder de mercado), mas que podem ser relativizados se forem menores do que as eficiências geradas na operação. Logo abaixo, é possível identificar um esquema bem didático demonstrando essa análise:

Figura 4 – As etapas de análise econômica dos atos de concentração horizontais



Fonte: Direito Concorrencial, 2016

O ponto central, no entanto, é que a atividade regulatória não é estática, haja vista estar sujeita aos efeitos do mercado, que traz mudanças e inovações em seu bojo. Em plena era globalizada, então, ainda mais! E, conforme a sociedade vai evoluindo, os agentes econômicos, como já ressaltado, também evoluem suas formas de gerar lucro e de garantir presença de mercado. E é justamente nesse contexto em que as Big Techs se inserem, haja vista terem transcendido os limites até então expostos na legislação concorrencial e fora do escopo de atuação das agências reguladoras.

2.2. Justificativa à intervenção nas Big Techs

Os atos denominados anticoncorrenciais são vários, podendo ser citada a própria lei brasileira para listar suas tipificações em seu art. 36, que delimita quatro situações em que se configura infração à ordem econômica, quais sejam:

- I. Limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;
- II. Dominar mercado relevante de bens ou serviços;
- III. Aumentar arbitrariamente os lucros; e
- IV. Exercer de forma abusiva posição dominante.

Essas tipificações, ainda que não correspondam à precisão necessária para enquadramento de ilícitos concorrenciais no caso concreto – como deve ocorrer no Direito Penal, por exemplo –, acabam por encontrar uma subsunção mais facilmente feita muito em função das jurisprudências produzida pelo Cade, com seu Tribunal deixando esparsos julgados que “facilitam” o enquadramento das condutas oportunamente investigadas.

E, neste diapasão, uma das coisas que tem sido mais bem observadas nos julgados do Cade é que, em muitos dos casos, a análise dos conselheiros tem buscado analisar os efeitos negativos ao mercado para além da concorrência, como feito, por exemplo, no famoso caso do “Cartel de RH”, onde os prejuízos se estenderam à própria esfera trabalhista, ou em operações onde a geração de eficiências pode incluir os ganhos de sustentabilidade ambiental (MACEDO, 2023), dentre outros. Trata-se de uma perspectiva mais recente no Direito da Concorrência que, apesar de ainda encontrar certa resistência, vem ganhando cada vez mais força no cenário internacional, sobretudo

com a ascensão da jovem advogada Lina Khan ao papel de presidente da FTC. E nesses julgados, mais uma vez as Big Techs chamam a atenção por invocarem os conselheiros a buscarem análises mais completas nesse sentido, sobretudo em relação aos seus potenciais efeitos negativos – que estão em consonância com o elemento expansivo que caracteriza a Big Techs em seus mercados alvo. Porém, qual seria a justificativa para essa abordagem? Ora, a justiça social na intervenção.

Trata-se de racionalidade incontroversa, pois como exposto no capítulo anterior, a intervenção do direito da concorrência se justifica pela defesa de um bem público de valor, sob égide na própria CF/88, inclusive. No já citado art. 170, são listados uma série de bens a serem protegidos na ordem econômica, o que envolve, para além das já tradicionais proteções, exemplos como da defesa do consumidor (inciso V) e do meio ambiente (inciso VI).

Deve-se lembrar que a ordem econômica se sustenta sobre dois fundamentos: a livre iniciativa e a valorização do trabalho humano e, também, sobre um objeto nuclear: assegurar a todos uma vida digna, de acordo com os preceitos da justiça social. Dessa forma, sobre esses pressupostos básicos, constrói-se a ordem social, decorrendo deles, também, os limites da intervenção governamental.⁶ (BRASIL, 2004, p. 8, *apud* BAGNOLI, 2020, p. 303)

Mas ora, ainda que já haja órgãos competentes para análise dessas matérias – que inclusive analisaram casos envolvendo Big Techs⁷ –, casos como de Big Techs, como será visto nos capítulos seguintes, têm o potencial de atingir várias outras esferas para além da concorrência, haja vista seu potencial econômico.

É claro que isso não se limita tão somente à esfera das Big Techs, mas é justamente por esse caráter diferenciado que as mesmas tendem a puxar um foco de atenção maior na análise concorrencial dos órgãos de defesa da concorrência, ponto esse que será concretamente analisado nos capítulos seguintes.

3. CASOS SELECIONADOS

Adentrando o campo prático do trabalho, o cenário mais adequado seria que fosse analisada ao menos uma operação em destaque de cada uma das cinco integrantes das *Big Five*. Todavia,

⁶ Tal entendimento, verifica-se, por exemplo, do seguinte trecho do voto do ex-presidente do Cade, João Grandino Rodas, proferido no Ato de Concentração no 08012.001697/2002-89, fls. 5.233-5.234.

⁷ Como no caso do Facebook e o vazamento de dados pela Cambridge Analítica – que trouxe a competência da Senacon para seu tratamento

frente ao necessário escopo do Trabalho de Conclusão de Curso, infelizmente seria extremamente difícil analisar em detalhes um caso relevante de cada uma das cinco empresas, de forma que a disposição de detalhes e o foco na análise das particularidades de cada um deles seriam prejudicados.

Por isso, a abordagem feita levou em conta dois critérios para a escolha: i) deve haver ao menos um caso que demonstre, de forma didática, os principais elementos distintivos das Big Techs apresentados no capítulo anterior; ii) o outro caso deverá estar dentre os mais relevantes no histórico de aquisições das *Big Five*, ainda que não necessariamente venha a ser dos mais didáticos, haja vista que o caso anterior deverá suprir esse requisito. Dessa forma, os casos escolhidos apresentarão um maior foco quando relacionado à parte teórica do capítulo anterior e, ao mesmo tempo, poderão gozar de maior disposição de detalhes e de maior didatismo em sua descrição.

Dito isso, o primeiro caso escolhido trata da aquisição da DoubleClick pelo Google, que proporciona uma clareza quanto à esfera da estratégia anticoncorrencial da Google no mercado de publicidade digital que merece atenção, e o segundo consiste no caso do Google Shopping, que além de poder ser aproveitado pelas similaridades compartilhadas com o mercado da operação de aquisição da DoubleClick, representou um dos casos mais notáveis no papel de mudança de mentalidade dos órgãos de defesa da concorrência – além de também se destacar por seu escopo mais abrangente dos mercados afetados, o que lhe conferiu maior urgência em relação aos seus possíveis efeitos nocivos à concorrência.

3.1. A operação entre Google e Double Click e a vantagem do Google no mercado de publicidade

3.1.1. Síntese dos fatos

A aquisição da Double Click pelo Google, ressaltando, certamente não reside no exemplo mais notável e relevante das tantas aquisições feitas pelas Big Techs ao longo dos anos, mas foi didaticamente escolhida por três motivos:

- Representar muito bem o caráter expansionista que o Google pretendida com tal aquisição, uma vez que não apenas consolidaria seus serviços de publicidade como, também, passaria a atuar no mercado de publicidade por meio de um formato mais tradicional e de melhor acessibilidade aos usuários: por meio de banners localizados na parte superior das páginas da internet;
- Expor uma vantagem extremamente competitiva que a operação traria no mercado de publicidade até mesmo em relação a outras Big Techs (como a Microsoft), uma vez que estaria atuando com maior exposição e de forma mais especializada que as concorrentes, que inclusive passariam a seguir a mesma estratégia daí em diante;
- Não só as vantagens competitivas seriam bem elevadas, como a presente operação seria utilizada pela Google para favorecer os próprios anúncios em relação aos anúncios das concorrentes, o que incide em claro ilícito concorrencial.

A presente operação é decorrente dos termos acordados no "*Agreement and Plan of Merger*" ("Contrato"), celebrado em 13.04.2007, entre Google Inc., Whopper Acquisition Corp., e Click Holding Corp., onde a Whopper Acquisition Corp. foi fundida e incorporada ("Fusão") à Click Holding Corp.

Naturalmente, operações como essa, com contratos firmados no estrangeiro, geralmente passam pelo crivo do órgão de defesa da concorrência local para, depois, em produzindo efeitos em outros países e atendendo aos demais requisitos de submissão obrigatória, serem julgados pelos órgãos de defesa destes. Assim, o primeiro passo a ser feito é analisar qual foi a decisão da FTC, qual sua racionalidade aplicada para, depois, entender qual o resultado proferido pelo Tribunal do Cade – que também analisou a racionalidade dos votos aplicados na FTC.

Dito isso, o órgão americano entendeu, por maioria, que a operação deveria ser aprovada sem restrições. Primeiro, em relação aos efeitos no mercado, a Comissão indicou que enquanto o Google atua no papel de intermediário de publicidade (*ad intermediary*), oferecendo serviços de publicidade tanto por meio de mecanismos de busca quanto por meio de anúncios contextuais, a DoubleClick atuaria como prestadora de serviços para publicidade (*ad server*), funcionando como uma plataforma de software dedicada e responsável por gerenciar a distribuição de campanhas de anúncios digitais. Em suma, tal atividade envolveria; “1) gerenciamento do fluxo de publicidade

em sítios de editores; 2) garantia de que a publicidade seja efetivamente levada ao usuário; 3) obtenção de dados para planejamento e análise de resultados de campanhas publicitárias”, conforme delimitado pelo relator Fernando de Magalhães Furlan (BRASIL, 2008, p. 02) Dessa configuração, a FTC entendeu que o Google não oferece esses serviços e que a DoubleClick também não atua como intermediária de publicidade. E desses fatos, for levantadas três teorias:

- 1) De que, com a consumação da operação, haveria a eliminação da concorrência direta entre o Google e a Double Click. Todavia, essa teoria foi rechaçada logo de início porque primeiro, como já dito, ambas atuam em funções diferentes no mercado de publicidade (*ad intermediary* x *ad server*), não havendo que se falar em substitutibilidade entre ambos – o que também afasta, por consequência, qualquer possibilidade de influência de preços. Todavia, a segunda hipótese foi de que “o *AdSense* ainda seria o substituto mais próximo do DFA (Dart para anunciantes) ou DFP (Dart para Editores), produtos oferecidos pela DoubleClick, de modo que eventual aumento de preços dos produtos da DoubleClick seria compensado pelo aumento de receita do *AdSense*”, continua o relator Furlan (BRASIL, 2008, p. 02) – o que representaria uma possível eficiência no pós-operação. Todavia, a FTC não encontrou evidências suficientes para provar que haveria uma migração em tal escala.
- 2) A segunda teoria dizia que haveria a eliminação total da concorrência em qualquer mercado que vier a ser enquadrado (o que configuraria uma *killer acquisition*, portanto), pois o Google estaria desenvolvendo um novo produto capaz de rivalizar com aquele da DoubleClick, mas que com a consumação da operação, ele tomaria o lugar deste. Essa tese também foi rechaçada pelo fato de que, apesar de o Google até ter chegado a desenvolver um produto que se enquadrasse na definição do mercado relevante mais restrito da DoubleClick, ele não chegou a ser finalizado – daí a oportunidade da presente aquisição pelo Google.
- 3) A terceira diz que a aquisição alavancaria ainda mais a posição dominante da DoubleClick, em função do Google já atuar no papel de intermediário de publicidade, o que, em tese, formaria uma relação vertical com possibilidade de fechamento de mercado (*market foreclosure*) e/ou e elevação dos custos dos rivais

(*raising rival costs*), duas das principais preocupações quando do envolvimento de integrações verticais. Todavia, para que isso pudesse ocorrer, a Comissão alegou que seria necessário comprovar que a Double Click detinha poder de mercado, o que supostamente não se verificou *in casu*.

Apesar disso, a Comissária Harbour, em seu voto vencido, fez um alerta para três perigos que a operação traria caso fosse aprovada:

- 1) o Google estava testando sua própria solução para serviços para publicidade (*ad serving*), sendo bastante crível que concorresse num futuro próximo com a DoubleClick;
- 2) a DoubleClick entrou recentemente no mercado de intermediação com o produto "*DoubleClick Advertising Exchange*", o que indica concorrência horizontal entre Google e DoubleClick;
- 3) o Google agora oferece um componente que permite a anunciantes escolher sítios específicos para colocar seus anúncios de texto ou de imagem, o que competiria com a função exercida pelas ferramentas da DoubleClick.

O grande porém disso tudo é que, ainda que os cenários apontados pela Comissária fossem bem possíveis de acontecer, com o passar dos anos, a ascensão cada vez maior do Google mostrou, na realidade, que o problema principal não estava relacionado à concorrência que deixaria de existir entre ele e a DoubleClick, mas sim que o que estava se desenhando com a consumação da operação era um monopólio em tecnologia publicitária sem precedentes, que seria formado a partir da integração vertical entre ambas as empresas em decorrência de uma estratégia do Google em exercer sua futura posição dominante de forma totalmente abusiva no campo da publicidade digital.

3.1.2. Problemática nas análises concorrenciais de aprovação da operação

Em breve síntese, essa estratégia passou por um objetivo bastante claro traçado pelo Google: se tornar uma potência no cenário publicitário digital e gerar um monopólio onde fosse criada uma dependência de anunciantes para utilização de sua plataforma. Toda essa jornada se iniciou no ano

de 2000, época em que o gigante criou o hoje famoso *Google Ads* (então *AdWords*), ferramenta que “permitia às empresas comprar anúncios que podiam ser vistos pelos usuários de pesquisa do Google junto com os resultados do popular mecanismo de pesquisa do Google”, conforme a denúncia apresentada pelos Estados Unidos em conjunto com outros estados perante o Google (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2023, p. 04), o que rapidamente foi absorvido pelos anunciantes devido à visibilidade quase instantânea dos anúncios e, claro, ao seu caráter totalmente direcionado aos usuários.

No entanto, a Google percebeu que, a despeito dessa adesão, boa parte desses anunciantes ainda estava utilizando outro meio tão eficiente quanto, que consistia na compra de anúncios digitais em sites de terceiros. E foi justamente por isso que o Google desenvolveu sua tecnologia de *ad intermediary*.

Mesmo assim, os planos da empresa não estavam limitados apenas ao mercado de publicidade: à época, o setor de tecnologia de publicidade estava em ascensão, e com o Google já detendo uma posição dominante naquele, ampliar sua atuação diretamente na fonte de geração de anúncios – ou seja, nos editores de anúncios – seria uma oportunidade de ampliar ainda mais sua presença no mercado publicitário digital. E assim o fez por meio da criação da ferramenta denominada “servidor de anúncios do editor”, que permitiria aos editores o gerenciamento direto de suas vendas de publicidade online.

Essa mentalidade se mostrava bem ousada, pois uma vez que, conforme continua a denúncia, “os servidores de anúncios dos editores definem as regras sobre como e para quem as oportunidades de publicidade dos editores são vendidas, possuir um servidor de anúncios dos editores era fundamental para ter visibilidade e controle sobre o lado do editor na publicidade digital” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2023, p. 05). Por consequência, continua dizendo que “ao controlar o servidor de anúncios do editor na outra extremidade da transação, o Google poderia fortalecer ainda mais sua base de clientes anunciantes, dando aos anunciantes acesso a mais oportunidades de publicidade e promovendo mais transações em sua direção.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2023, p. 04) Na prática, caso conseguisse concretizar essa estratégia, o Google teria o controle tanto dos editores com espaço publicitário para venda quanto dos próprios anunciantes que decidissem pela compra do espaço, o que a transformaria no local central e final para todos os anúncios que fossem veiculados.

O problema foi que essa ferramenta acabou não ganhando o devido espaço no mercado em questão, que contava com vários outros agentes já estabelecidos e com ferramentas consolidadas. Assim, qual teria sido a estratégia do Google para contornar este revés? Justamente adquirir uma empresa que tivesse uma consolidada participação nesse mercado. E qual teria sido essa empresa? Ninguém mais, ninguém menos do que a DoubleClick!

Com a operação sendo aprovada, a integração entre ambas as empresas praticamente “obrigou os editores de publicidade a adotar e permanecer no servidor de anúncios do editor DFP do Google para ter acesso à demanda dos anunciantes do *Google Ads*.” Em outras palavras, editar anúncios de terceiros em servidores que não aquela da DFP seria quase que um suicídio comercial, tamanha a visibilidade que seus servidores dariam aos anúncios. Apenas para que se tenha uma ideia, em 2015, a denúncia apontou que o próprio Google estimou que sua participação de mercado de servidores de anúncios de editores do DFP havia crescido para vultuosos 90% (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2023, p. 07). Como a FTC não foi capaz de perceber esse movimento? E pior: outros órgãos de defesa da concorrência no mundo também não enxergaram essa possibilidade – incluindo o próprio Cade.

O Cade, por meio do AC 08012.005304/2007-11, teve a oportunidade de analisar a operação com relativa dedicação, em especial por ter destrinchado os fundamentos de aprovação de duas outras autoridades de defesa da concorrência estrangeiras (*Australian Competition & Consumer Commission* (JCCC) e a Comissão Europeia, além da própria FTC), mas acabou incorrendo no mesmo erro por elas cometido: tomar como principal preocupação os impactos em uma possível concentração horizontal, onde apenas foram cogitadas duas condutas: 1) a possibilidade de o Google criar uma restrição publicitária de produtos da DoubleClick via sua plataforma; 2) o Google se aproveitar da aquisição para garantir uma mera vantagem competitiva, de forma a inviabilizar a concorrência no setor de publicidade digital. Tai foram as justificativas apresentadas pelo conselheiro-relator Furlan:

Entendo que não há evidências suficientes a sustentar tais preocupações, pelo menos não suficientes para justificar qualquer restrição nesta operação. Essa posição é reforçada pelas conclusões alcançadas pela *Federal Trade Commission*, pela ACCC e pela Comissão Europeia, no sentido de que (1) trata-se de um mercado bastante dinâmico e razoavelmente fragmentado, (2) dificilmente a Google conseguiria manipular seus produtos de forma eficaz e lucrativa no longo prazo e (3) há concorrentes de peso no mercado capazes de constringer qualquer tentativa de conduta anticompetitiva pela Google. (BRASIL, 2008, p. 10)

Além disso, a FTC também ignorou possíveis efeitos que a operação poderia trazer à privacidade dos usuários. Mesmo que essa seja uma preocupação mais recente do Direito e do campo de proteção de dados como um todo, conforme falado anteriormente, em plena era do capitalismo digital, o protagonismo dos ativos intangíveis representa uma ferramenta valiosa demais para ser ignorada. Conhecer as preferências de consumo dos usuários, suas divisões por região, quais as preferências por faixa etária, enfim, informações como essa certamente oferecem uma vantagem competitiva muito grande à empresa detentora. E quanto maior o poder de mercado que ela dispor, maior será a instrumentalização desses dados. Esses dados têm natureza sensível, não devendo prevalecer sobre o direito à privacidade dos usuários. De qualquer forma, por essa falta de sensibilidade e pela deficiência na análise dos efeitos da operação, a FTC entendeu que não haveria problemas nesse sentido, conforme demonstrado mais uma vez pelo relator Furlan:

O órgão antitruste norte-americano, inicialmente, descartou preocupações com a preservação da privacidade dos consumidores. Foi constatado algum temor de que a Google e a DoubleClick, ao unirem suas bases de dados, pudessem explorar tais informações de modo a ameaçar a privacidade dos consumidores. A Comissão notou que suas análises de concentrações são restritas a aspectos antitruste, não sendo possível intervenção com base em questões de privacidade. A agência estadunidense notou, porém, que as informações disponíveis não sustentavam a conclusão de que a privacidade dos consumidores seria afetada. (BRASIL, 2008, p. 02)

De qualquer forma, após a aprovação da operação, o Google finalmente tinha conseguido garantir sua presença de mercado desejada no mercado de publicidade e, principalmente, no mercado de publicidade digital, criando uma dependência dos editores de publicidade de suas plataformas. E isso, cedo ou tarde, lhes desencadearia um descontentamento até natural pelos caminhos que esse domínio havia se desenhado.

Como resposta, insatisfeitas com os rumos que o mercado havia tomado com tal estratégia monopolista, algumas empresas começaram a se utilizar de uma ferramenta denominada “gerenciamento de rendimento”, que ajudaria os editores a identificar, em tempo real, os preços mais vantajosos para seu inventário fora do escopo dos produtos do Google. Isso, claro, passaria a representar uma ameaça ao domínio da gigante, que pretendia consolidar seu sistema de forma cada vez mais fechada. Nem mesmo sua forte presença em anúncios de sites de terceiros seria capaz de atenuar o surgimento dessa alternativa. Assim, o que teria feito o Google para contornar a situação? Ora, justamente um dos únicos elementos distintivos que falta a uma Big Tech no caso: começar a fazer aquisições predatórias de várias das empresas que oferecessem uma ameaça ao seu modelo

de crescimento, seja para incorporar suas funcionalidades à própria plataforma, seja para neutralizar potenciais concorrentes. Como exemplo de tal estratégia, vale mencionar:

- a) A aquisição da *AdMeld* em 2011, que era o principal gestor de rendimentos no mercado à época;
- b) O lançamento do Projeto Bernake, “um esquema secreto para manipular as propostas que o *Google Ads* submeteu ao *Ad Exchange* do Google, AdX, a fim de ganhar transações mais competitivas e solidificar o domínio do AdX na indústria.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2023, p. 09)

Anos mais tarde, os efeitos da operação e as conseqüentes condutas anticoncorrenciais do Google começaram a finalmente chamar a atenção das autoridades concorrenciais, principalmente quando o assunto das Big Techs e seus efeitos em diversos mercados começaram a ser mais bem estudados. Como resultado, a empresa sofreu duas grandes investigações pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos: uma em 2020, referente ao segmento de buscas, e outra em 2023, referente ao campo da intermediação publicitária – intimamente relacionado ao caso em análise.

A operação evidenciou algo que já vinha sendo exposto ao longo dos anos: o Google, após ter adquirido sua posição dominante no mercado de publicidade digital, concretizou uma série de estratégias anticoncorrenciais não apenas para manter tal posição no mercado, mas também para inibir o crescimento de qualquer concorrente no setor. Dentre os já apresentados, um deles chamou a atenção das autoridades: o favorecimento dos próprios anúncios do Google na plataforma e a conseqüente inibição das concorrentes.

De acordo com a denúncia apresentada pelo departamento de justiça americano, em documentos apresentados pela próprio Google, demonstrou-se que a empresa “desviou trinta e cinco centavos de cada investimento publicitário que flui através das ferramentas de tecnologia de publicidade do Google” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2023, p. 15), conduta essa que, continua, bloqueou, em parte, “fornecedores rivais de tecnologia de anúncios, aumentando os preços para os anunciantes e os custos dos editores.” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 2023, p. 15) Logo abaixo, será apresentado um organograma apresentando as várias etapas de como eram feitos os desvios:

Figura 5 – Organograma de desvios publicitários da Google em sua plataforma



Fonte: Aquisição da DoubleClick por US\$ 3 bilhões pelo Google em 2008 citada em processo Landmark, 2023

Ainda que investigações estejam em andamento, o Google, muito provavelmente como forma de dissuadir os futuros efeitos condenatórios das investigações, decidiu aposentar as marcas *DoubleClick* e *AdWords* (MOZELLI, 2023), o que acabou por dividir seus negócios de publicidade.

3.2. CASO GOOGLE SHOPPING

3.2.1. FTC e sua não condenação

O caso do Google Shopping correspondeu a uma das principais investigações deflagradas em Big Techs nos últimos anos, sobretudo por ter representado um dos casos mais emblemáticos desse processo de mudança de interpretação dos órgãos de defesa da concorrência no cenário internacional – ainda que o processo de maturação das decisões do Cade não tivesse se iniciado

propriamente, haja vista estarmos diante de um caso onde, por exemplo, a Comissão Europeia impôs multas altíssimas ao Google, mas que, no âmbito do Cade, não houve condenação.

Ainda que o caso da compra da DoubleClick representasse certa urgência em função do mercado objeto da investigação – mercado de publicidade digital –, aqui, a urgência se mostrou mais facilmente identificável justamente pela maior abrangência da conduta – que envolveu o mercado de motores de busca online – e à já consolidada posição de mercado do Google no setor, o que diminui os esforços da racionalidade econômica aplicada para a identificação de eventuais eficiências e externalidades negativas nas condutas investigadas. Mesmo assim, com a investigação sendo iniciada no âmbito da FTC, a condenação não veio logo de imediato. Foram necessários seis anos de espera até que a condenação fosse feita pela Comissão Europeia.

No ano de 2011, a FTC, conforme relatado no voto do Conselheiro relator Mauricio Oscar Bandeira Maia no PA n. 08012.010483/2011-94, abriu uma investigação sobre as práticas comerciais do Google, motivada por “denúncias de algumas empresas e associações, incluindo-se entre elas a Microsoft, a *Fairsearch* – associação fundada pela Microsoft e composta por empresas concorrentes do Google) – e o *Yelp*.” (BRASIL, 2019, p. 50) A investigação teve três áreas como foco:

- 1) Atividades de buscas – a principal delas;
- 2) Exibição de conteúdos de terceiros e
- 3) A Interface de Programação do Aplicativos do *AdWords* (API do *AdWords*).

Concluídas as investigações em 2013, a FTC avaliou que realmente o Google atuou de forma a manipular seus algoritmos de busca e sua página de resultados com o intuito de impedir o surgimento de ameaças competitivas por parte de buscadores verticais. Porém, o entendimento da Comissão foi de que tais ações tiveram o condão de “melhorar a qualidade dos resultados e que qualquer impacto negativo real ou potencial sobre concorrentes seria incidental e um subproduto de um processo de “concorrência no mérito”. Em outras palavras, as inovações apresentadas pelo buscador da Google teriam sido maiores do que os efeitos exclusionários aos buscadores verticais – o que, em vista do já exposto, parece ser um absurdo! Por isso, antes de se prosseguir aos fundamentos da condenação aplicada pela Comissão Europeia, cabe fazer uma análise dos fatos

por ela expostos, com vias de se demonstrar não apenas o contraste, mas também o erro da FTC em não ter condenado o Google.

3.2.2. Racionalidade das condutas exclusionárias do Google

Primeiro, no que diz respeito à atuação do Google no funcionamento dos motores de busca, é preciso mencionar que seu uso pode resultar em três tipos de resultado (LEURQUIN; ANJOS, 2021, p.112):

- (i) Os resultados “genéricos”, também denominados de “orgânicos” ou “naturais”;
- (ii) Os resultados patrocinados (*advertising results*); e
- (iii) Os resultados especializados

Prima vista, o ponto que logo deve ser compreendido pelo usuário é que os resultados da busca não são aleatórios, sendo apresentados por decorrência de uma “combinação entre a matemática referente à relevância algorítmica de certos conteúdos e as decisões editoriais da própria empresa, que, por exemplo, escolhe não mostrar resultados pornográficos, que estimulem violência, que violem conteúdo autoral etc. Ou seja, até mesmo fatores subjetivos influenciam o ranking de resultados no mecanismo de busca” (LEURQUIN; ANJOS, 2021, p. 112) – e é justamente neste campo subjetivo onde os problemas começam a aparecer.

O algoritmo responsável por fazer essa espécie de “filtragem” é o denominado “*PageRank*” que, em poucas palavras, busca priorizar o aparecimento dos sites mais “importantes”, que são definidos pela qualidade e quantidade de links – quanto mais links um determinado sítio recebe, mais prioritário ele será para o algoritmo. Logo, seus resultados aparecerão primeiro. Mas, dentre os três tipos de resultados de uma busca feita, qual será, porém, aquele que o algoritmo irá priorizar? Justamente os patrocinados.

Enquanto os resultados genéricos aparecem “no meio da página de resultados da Google, no formato de links em azul, sutilmente divididos dos resultados patrocinados por uma linha fina” (LEURQUIN; ANJOS, 2021, p. 112) e os especializados são decorrentes destes resultados genéricos, os resultados patrocinados (*advertising results*) acabam por aparecer primeiro nas

buscas realizadas. Ainda mais: eles são diretamente vinculados à plataforma de publicidade da Google (o já mencionado *Ad Words*), o que mostra o favorecimento de toda a estrutura publicitária da Google já explicada no capítulo da DoubleClick. Mas, afinal, o que seria esse serviço denominado Google Shopping e qual sua relação com essa lógica de favorecimento instaurada?

Ora, o Google Shopping consiste em um serviço de comparação de preços, onde os itens decorrentes da busca serão direcionados à aba de anúncios do Google, que irá fazer uma listagem do produto pesquisado e indicar os preços ofertados pelos anunciantes de acordo com uma lógica de prioridade, o que, a princípio, parece envolver uma atividade benéfica à concorrência – e em tese, realmente o é. Mas, na prática, o Google se aproveitou da plataforma para favorecer seus próprios anúncios – a despeito de anunciantes terceiros se utilizarem de impulsionamento pago para promoverem seus produtos.

Isso acabou sendo viabilizado por meio das buscas especializadas, que “começaram a aparecer em posicionamento e exibição privilegiados nos resultados genéricos, antes mesmo dos anúncios pagos” (LEURQUIN; ANJOS, 2021, p. 113), ou seja, o algoritmo foi trabalhado, em determinado momento, para que os termos de busca, ao serem entendidos como “mais especializados” aos anúncios da Google, teriam prioridade na listagem do que a de outros anunciantes que estavam pagando legitimamente pela exposição. Mas essa lógica, como ressaltado, não esteve presente no algoritmo desde sua concepção, tendo sido instrumentalizado por meio da denominada busca vertical:

Também denominada “busca vertical”, a incidência de resultados refinados, provenientes de plataformas de pesquisa subjacentes ao mecanismo de busca original, mais especializadas, como é o caso do Google Shopping, impunha preferência no ranqueamento de resultados da própria Google. Dessa forma, a empresa conseguiria (e consegue) dominar mercados em que há serviços mais populares, talvez até mesmo mais eficientes e relevantes para o usuário, em que o mercado de busca e de comparação de preços ou serviços é especializado. Apesar de ter posição dominante no mercado de mecanismos de pesquisa, a Google não o tem (com a mesma intensidade, ao menos) em nichos de pesquisa especializada, onde precisa concorrer com plataformas de notícias, vídeos, comparação de preços de passagens aéreas, hotéis etc (LEURQUIN; ANJOS, 2021, p. 114)

Feitas essas considerações, vale mencionar que boa parte dessa racionalidade esteve presente nas fundamentações da condenação feita pela Comissão Europeia, que, ainda que não tenha sido o primeiro órgão a analisar o caso, foi aquele que mais se dedicou ao seu estudo e análise, ponto em que se segue a apresentação de suas fundamentações da condenação imposta – e um breve paralelo com a decisão do caso no Cade.

3.2.3. Fundamentos da condenação da Comissão Europeia e paralelo com a decisão do Cade

A racionalidade por trás da imposição da condenação ao Google por parte da Comissão Europeia passou por três etapas (LEURQUIN; ANJOS, 2021, p. 114):

- (i) a constatação da posição dominante;
- (ii) a existência de dois mercados e sua conexão; e
- (iii) a verificação da restrição da concorrência.

A constatação da posição dominante do Google, ao contrário do que ocorreu no caso da DoubleClick, foi facilmente identificada, já que não foi necessário pressupor qualquer tipo de movimento ou estratégia de mercado do Google para que essa posição se concretizasse – inclusive, a própria FTC já havia apresentado tal entendimento em sua decisão de não o condenar na operação. Os pontos mais sensíveis de análise estão presentes nas duas outras etapas.

A segunda etapa foi talvez a mais diferenciada – e, portanto, fundamental – dentro da análise feita pela Comissão Europeia. Para ela, existiam dois mercados inseridos e conexos na problemática: o mercado de comparação de preços e o mercado de pesquisa genérica. Tal constatação é proveniente do conceito de “mercado de dois lados”⁸, definido doutrinariamente por Tirole:

[...] é um mercado no qual um intermediário (e seu proprietário, Visa, Sony, Google, Facebook, agência imobiliária) permite aos vendedores e compradores interagir. Essas “plataformas” reúnem múltiplas comunidades de utilizadores que procuram interagir umas com as outras: por exemplo, os jogadores e desenvolvedores de jogos no caso da indústria de jogos de videogame; os utilizadores dos sistemas operacionais (Windows, Android, Linux, OS X do seu Mac ou iOS de seu iPhone) e os desenvolvedores de aplicativos no domínio dos sistemas operacionais; os utilizadores e anunciantes nos casos de motores de busca ou das mídias; os detentores de cartões bancários e seus comerciantes nos casos de transação por cartão. (TIROLE, 2016, p. 395)

Essa lógica é bastante curiosa, haja vista que o esperado seria que a interação entre os agentes de uma mesma cadeia de produção implique em uma dependência direta entre si, e não que haja, simultaneamente, dois grupos interdependentes em diferentes lados da cadeia (ATHAYDE, 2020, p. 06). Talvez o exemplo mais conhecido desse tipo de mercado seja o do mercado de cartões

⁸ Informalmente, tal conceito é muitas vezes preferencialmente cunhado como “mercados interdependentes”, que apresenta maior adequação frente ao seu significado

de pagamento, onde a “existência de inúmeros portadores de cartões, com disposição de efetuar seus pagamentos, estimula o credenciamento de lojistas; por sua vez, a existência de lojistas, dispostos a aceitar os cartões, estimula sua demanda” (PAIXÃO; D’ALVARENGA; DA SILVEIRA, 2006, p. 26) ou seja, estimula sua fabricação. Logo, “essas empresas precisam distribuir grande quantidade de plástico para induzir os consumidores a usar o cartão; o que só vai ser possível se uma quantidade também grande de lojistas for convencida a aceitá-lo” (PAIXÃO; D’ALVARENGA; DA SILVEIRA, 2006, p. 26). A despeito disso, essa é uma característica notória em mercados digitais, o que inclui o caso do Google Shopping.

No presente caso em análise, o ponto central é que, para que o mercado de comparação de preços seja eficiente, as buscas feitas pelos usuários precisam estar direcionadas aos produtos que a plataforma de comparação dispõe – e ora, esses elementos de busca, tal como ressaltado ao longo do trabalho, detêm valor mercadológico (é um ativo intangível), representando a tangibilidade das vontades diretas daquilo que o mercado consumidor deseja e consome. Há uma sensibilidade que não pode ser ignorada.

Por fim, a terceira etapa corresponde à existência de restrições à concorrência na operação, onde a Comissão entendeu que “os mercados nacionais de serviços de comparação de preços sofreram efeitos anticoncorrenciais e decorrem da possibilidade de exclusão dos serviços de comparação de compras concorrentes, o que pode elevar os custos para os comerciantes, aumentar o preço para os consumidores e reduzir a inovação” (LEURQUIN; ANJOS, 2021, p. 116), além de também reduzir a possibilidade de os consumidores se utilizarem de outros serviços de comparação de preço com relevante participação no mercado:

[...] é provável que a conduta reduza os incentivos dos serviços de comparação de preços concorrentes para inovar. Serviços de comparação de preços terão incentivo para investir no desenvolvimento de serviços inovadores, melhorando a relevância de seus serviços existentes e criando novos tipos de serviços, apenas se eles puderem razoavelmente esperar que seus serviços sejam capazes de atrair volume suficiente de tráfego de usuário para competir com o serviço de comparação de preços do Google. Além disso, mesmo que os serviços de comparação de preços concorrentes possam tentar compensar até certo ponto a diminuição do tráfego, dependendo mais em fontes pagas de tráfego, isso também reduzirá a receita disponível para investir no desenvolvimento de serviços inovadores (UNIÃO EUROPEIA, 2007, p. 116):

Inclusive, as análises feitas pela Comissão permitiram concluir que, entre os anos de 2011 e 2016, houve um aumento no tráfego de usuários no Google Shopping e uma redução no tráfego nas plataformas concorrentes (LEURQUIN; ANJOS, 2021, p. 116), o que está diretamente

relacionado com a criação do algoritmo “Panda”, que é o algoritmo responsável por atuar como uma espécie de filtro nos mecanismos de busca do Google, cuja função é “combater as páginas web de baixa qualidade” (LEURQUIN; ANJOS, 2021, p. 116). Todavia, todo esse processo de seletividade, no entendimento da Comissão Europeia, não apenas atendia aos critérios de qualidade definidos pelo Google, de forma que muitos dos anúncios de concorrentes aos seus produtos acabaram por ser removidos pelo algoritmo. E isso sem contar todo o serviço de autoproteção que o Google estabeleceu para si.

De forma geral, a despeito de o Google Shopping já deter uma posição dominante nos mercados analisados, não só o presente caso se insere na lógica de um mercado digital como, também, sua aplicação pressupõe de uma manipulação do mercado consumidor por meio dos mecanismos de busca, o que acabou por afetar a concorrência em diversas esferas e prejudicando a inovação no setor.

Dessa forma, conforme o voto emitido pela Comissária Margrethe Vestager, a conduta ilegal do Google obstou a chance de outras concorrentes competirem entre si de forma adequada e, por consequência, darem prosseguimento ao imperativo da inovação, o que também prejudicou o poder de escolha dos consumidores:

O que isso significa na prática? Imagine, você quer procurar um produto online. Você digita esse produto na ferramenta de pesquisa da Google. O que você vai ver no topo da página é uma caixa com o resultado do Google Shopping, com uma foto e uma seleção de compras de diferentes vendedores. Eles estão localizados acima dos resultados genéricos que o algoritmo genérico da Google considera mais relevante. Isso acontece sempre que a Google quiser apresentar resultados de comparação de preços em resposta a uma consulta de pesquisa. Algumas vezes, os resultados de comparação de preços de rivais são rejeitados em seus resultados de pesquisa. As evidências mostram que mesmo o rival melhor classificado aparece, em média, apenas na quarta página de resultados do Google. Outros aparecem ainda mais para baixo (STATEMENT, 2017, p. 03)

É claro que a perspectiva apresentada pela FTC não é de todo errada, pois as inovações trazidas pelo Google em seu sistema de buscas realmente trouxeram mudanças e facilidades ao mercado consumidor de forma sem precedentes, o que também se estende a gestão de anúncios do Google Shopping. Porém, não é prudente – e muito menos legal – que o Google, sob a premissa de ter trazido inovações quase revolucionárias ao mercado, se utilize de vários recursos anticoncorrenciais para proteger sua incontroversa posição dominante e, pior, minar o

desenvolvimento de muitas outras concorrentes⁹. O próprio sistema do Google Shopping de combater os supostos “sites de baixa qualidade” não se mostrou claro, tendo sido instrumentalizado para obstar possíveis concorrentes aos anúncios da Google, fato incontroverso para a Comissão Europeia. Não há revolução que justifique uma involução sem fim!

A decisão do Cade, no âmbito do PA 08012.010483/2011-94, infelizmente refletiu os entendimentos apresentados na análise da FTC, tendo não só entendido que as eficiências geradas foram maiores que os efeitos negativos como, também, que não havia um claro nexo de causalidade entre as supostas condutas anticoncorrenciais e os efeitos no mercado. Talvez o maior defeito do Cade e da FTC tenha sido de que suas conclusões relacionadas à análise da inovação competitiva “apenas considerou a disputa entre Google e grandes marketplaces, como a Amazon, mas ignorou o prejuízo causado aos comparadores de preço regionais, como BondFaro e Buscapé.” (GRIEBELER, 2021, p. 71) De acordo com a perspectiva deles, “tratou-se de inovação predatória, embora seu enfraquecimento no mercado tenha sido atribuído à dinâmica competitiva.” (GRIEBELER, 2021, p. 71).

3.3. Mudança da mentalidade nos órgãos de defesa da concorrência

No final das contas, o que deve ser extraído de toda essa situação, *a priori*, é que este e muitos outros casos de operações submetidas pelas Big Techs que foram aprovadas pelos principais órgãos de defesa da concorrência no mundo – incluindo o Cade –, anos após serem concretizadas, acabaram por ensejar uma mudança de pensamento das autoridades – sobretudo dos Tribunais –, que passaram a ter um olhar muito mais crítico e cauteloso não só quando do envolvimento das Big Techs, mas também do mercado em que estavam inseridas.

O próprio atual presidente do Tribunal do Cade, Alexandre Cordeiro, fez uma interessante análise da importância de se tomar maiores cuidados com operações que envolvam essas empresas, reconhecendo justamente a sensibilidade pela posição que possuem e pelo mercado em que atuam

⁹ Ainda que muitos argumentem que, especificamente no caso do Google Shopping, não houve inovações de fato, pois teria sido suprimido apenas uma das etapas de busca. Porém, quando se insere a estratégia do Google em um contexto maior, sobretudo em relação aos setores de publicidade digital e de buscas, aí percebe-se o real impacto nas mudanças proporcionadas pelo Google no mercado.

– além de ressaltar a necessidade da mudança de interpretação da lei concorrencial para essa nova realidade:

Por exemplo, há uma natural monopolização, tendo em vista a própria natureza do mercado e a necessidade de escala, efeito de rede, *feedback loop* (ciclo de melhoria constante), *the winner takes all* (o vencedor leva tudo). Todas essas características são mais aceleradas no mundo digital e, portanto, trazem uma maior preocupação à autoridade concorrencial (...) A nossa lei, de número 12.529, está preparada para assumir esses novos desafios. Mas, evidentemente, mudanças de interpretações referentes à aplicação da lei aos casos concretos são muito importantes, pois é necessário que as ferramentas de análise do Direito Concorrencial evoluam, sejam as interpretações jurídicas, sejam as econômicas (CONCORRÊNCIA, 2023, p. 2)

É claro que a análise econômica deve pressupor um ambiente em que as grandes empresas têm um papel fundamental na economia e nas relações de consumo, mas o crivo da análise concorrencial, especialmente em setores sensíveis como o de publicidade digital, precisa ser cauteloso, e levando em conta a manifestação recente do presidente do Cade, um recrudescimento no julgamento dos casos submetidos por Big Techs e a clara identificação de que tal postura consiste em um reflexo das mudanças de pensamento por autoridades estrangeiras dão um sinal de que um reequilíbrio há de ser aproximado.

4. BREVES PROPOSTAS E CONSIDERAÇÕES ACERCA DO DIGITAL MARKET ACT E DO PL 2768/22

O presente capítulo, que possui um caráter complementar neste trabalho, se insere no contexto de ascensão e descontrole que o exercício de poder das Big Techs se encontra. Dentro de um contexto de dominação por elas exercida, sobretudo pela mudança de mentalidade decorrente da lógica de uma economia digital, a identificação do *modus operandi* por elas exercido trouxe, como visto, certa dificuldade aos órgãos de defesa da concorrência, que passaram a lidar com ações cada vez mais descentralizadas e com objetos sensíveis ao mercado consumidor.

Talvez um dos alertas mais recentes responsáveis por trazer a atenção do mundo para essa problemática das Big Techs resida no Relatório do Congresso Americano, que apontou uma realidade monopolista em vários mercados frequentados por Google, Facebook, Amazon e Apple, requerendo uma regulação tão forte que implicasse até mesmo no desmembramento das empresas.

Neste diapasão, tanto no cenário internacional quanto no cenário nacional, propostas legislativas de caráter regulatório começaram a ser discutidas como forma de constituírem um braço auxiliar (ou melhor, um filtro) no controle dos abusos nos mercados digitais. No campo internacional, destaca-se o *Digital Market Act* (DMA). No campo nacional, o PL 2768/22.

4.1. Digital Market Act

Não é possível dizer ao certo se o *Digital Market Act* foi implementado como reação ao Relatório do Congresso Americano, haja vista ter sido apresentado pela Comissão Europeia poucos meses após a publicação de tal relatório e sua conseqüente repercussão nos meios de comunicação e no campo do Direito Regulatório. Porém, é possível dizer que essa movimentação gerada certamente contribuiu para a propositura do Ato, que se tornou uma das mais importantes ações de caráter internacional a pautar a regulação do tema, daí sua escolha para breves comentários no presente capítulo.

Dito isso, o *Digital Market Act* tem por fim, conforme exposto em seu site oficial, “tornar os mercados no setor digital mais justos e mais contestáveis (COMISSÃO EUROPEIA, 2022, p. 02), e para tanto, tem baseado sua estratégia em uma série de critérios objetivos a serem observados pelos denominados “*gatekeepers*” (ou “controladores de acesso”, conforme tradução oficial do original) , que são as “grandes plataformas digitais que fornecem os chamados serviços de plataforma essenciais, como motores de pesquisa online, lojas de aplicações e serviços de mensagens.” (COMISSÃO EUROPEIA, 2022, p. 02). De forma abrangente, as empresas cujo foco de atuação a presente normativa objetiva envolver e regular possuem as seguintes características (COMISSÃO EUROPEIA, 2022, p. 03):

- i) Forte posição econômica, com um impacto significativo no mercado interno e em plena atividade em vários países da UE;
- ii) Ter uma forte posição de intermediação, ligando uma grande base de utilizadores a um grande número de empresas;

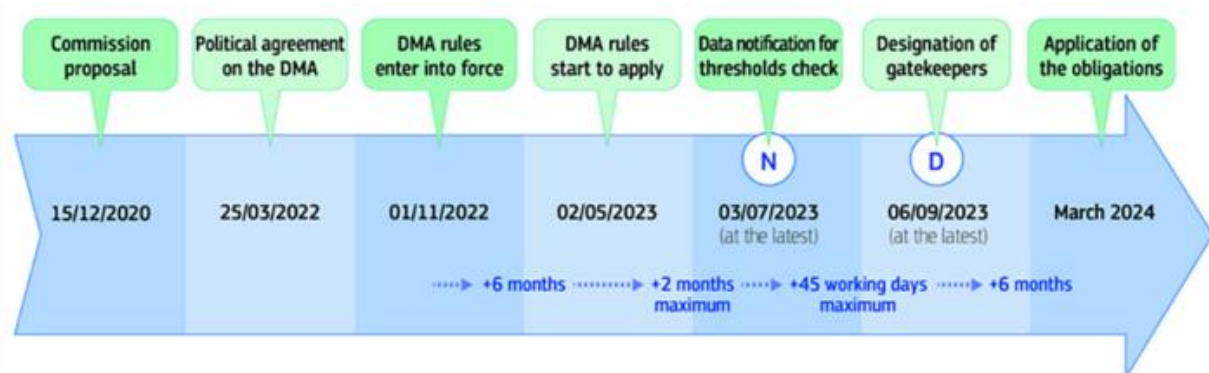
iii) Ter (ou estar prestes a ter) uma posição consolidada e duradoura no mercado, ou seja, que demonstra estabilidade ao longo do tempo juntamente com os dois critérios acima em cada um dos últimos três exercícios financeiros.

Antes de se adentrar propriamente nessa definição, cabe mencionar que, no que tange ao primeiro estágio de controle dessas empresas, desde sua entrada em vigor em 01 de novembro de 2022, será estabelecido um prazo de dois meses a contar dessa data, onde as empresas que “prestam serviços essenciais de plataforma terão de notificar a Comissão se cumprirem os limiares quantitativos e fornecerem todas as informações relevantes.” (COMISSÃO EUROPEIA, 2022, p. 01)

Feitas as notificações, “a Comissão terá então 45 dias úteis para adotar uma decisão que designe um controlador de acesso específico. Os controladores de acesso designados terão um máximo de seis meses após a decisão da Comissão para garantir o cumprimento das obrigações e proibições estabelecidas no DMA.” (COMISSÃO EUROPEIA, 2022, p. 01)

Logo abaixo, é apresentada uma *timeline* com todas essas etapas em detalhes, indicando as ações que foram tomadas em cada uma delas e suas respectivas datas:

Figura 6 – Timeline do Digital Market Act



Fonte: *About the Digital Markets Act, 2023*

E, dentre todas as suas propostas, aquela que merece maior destaque provém justamente das etapas N e D, onde são feitas as notificações e designações dos denominados *gatekeepers*.

Para que uma empresa se enquadre no conceito de *gatekeeper*, é necessário que sejam atendidos dois critérios objetivos, conforme disposto no art. 3º do DMA:

- a) ter faturamento superior a 7,5 bilhões de euros dentro da União Europeia nos últimos três anos ou ter seu valor médio de mercado estipulado em 75 bilhões de dólares, além de fornecer seus serviços em, ao menos, três Estados-membros;
- b) possuir, ao menos, 45 milhões de usuários-finais ativos ou dez mil usuários de negócios dentro da União Europeia. Além disso, o agente econômico que preenche os requisitos do item b) nos últimos três anos é também considerado como detentor de posição "enraizada e duradoura".

Logo de cara, já é possível identificar que, a despeito de possuir, dentre seus critérios para enquadramento como *gatekeeper*, um critério de faturamento, deve ser destacado que o outro critério abarca o número de usuários, o que parece ter sido uma decisão muito acertada na elaboração do DMA, pois tal como ocorre frequentemente no âmbito da Lei 12.1529/2011 e da atuação do Cade, muitas operações com potenciais efeitos lesivos à concorrência acabam por não serem de submissão obrigatória devido ao não enquadramento nos critérios de faturamento delimitados pela lei, e o grande detalhe é que, conforme exaustivamente exposto no presente trabalho, a lógica econômica em um contexto da economia digital é que os ativos intangíveis são fundamentais à lógica de crescimento da empresa, sem o qual sua presença de mercado pode muito bem ser diminuta, a despeito de um faturamento relevante. Muitas plataformas com larga base de usuários simplesmente não alcançam os critérios de faturamento mínimo para submissão ao Cade, e, no fundo, essas operações podem ser tão ou mais relevantes do que aquelas que atendam aos critérios de faturamento normatizados.

Como reflexo dessa inovação do DMA, uma ideia interessante apresentada pelo Prof. Bruno Renzetti em relação a essa realidade é de que fosse criada uma categoria de submissão de operações ao Cade, onde seja levada em conta essa expressiva posição das plataformas¹⁰:

A criação desta nova categoria, estabelecendo uma assimetria antitruste também no Brasil, de acordo com a realidade econômica pátria, teria o condão de diminuir o vácuo de atuação do Cade em atos de concentração em que a empresa-alvo possui faturamento abaixo dos 75 milhões de reais. Operações envolvendo grande base de usuários e com claros efeitos no Brasil, como Facebook/Whatsapp, Facebook/Instagram e Google/Waze, não foram objeto de análise pelo Cade, exatamente pelo não atingimento do faturamento mínimo para provocar a notificação obrigatória do ato de concentração. (...) Os critérios de notificação obrigatória de atos de concentração ao Cade estão defasados. Enquanto a autoridade gasta parte importante dos seus recursos lidando com atos de concentração sumários com reduzido potencial lesivo à concorrência, operações relevantes não são capturadas pelo radar do Conselho. É preciso discutir mais seriamente potenciais ajustes nos filtros de análise. A

¹⁰ <https://www.conjur.com.br/2022-out-23/bruno-renzetti-digital-markets-act-controle-estruturas>

solução encontrada pelo DMA, ao estabelecer o critério de *gatekeeper* e impor assimetria antitruste entre agentes econômicos, pode servir como farol para necessárias discussões futuras no Brasil. (RENZETTI, 2022, p. 03)

Feitos esses comentários, para além de várias outras propostas, à princípio, a criação do *Digital Market Act* parece ser algo bem positivo ao campo de defesa da concorrência. Todavia, talvez a maior preocupação que possa ser arguida em sua aplicação seja de que haja um possível cerceamento da inovação e da livre iniciativa das plataformas enquadradas. Ora, ainda que o DMA tenha um caráter eminentemente regulatório, toda a tecnicidade por trás dos procedimentos de análise não deve ludibriar o público em relação às suas intenções: o principal objetivo do *Digital Market Act* é, além de proteger a concorrência no mercado digital, diminuir o poder das Big Techs! (FILHO, 2022) E de fato, como espera-se em uma economia de mercado em plena Revolução 4.0, a evolução tecnológica traz benefícios à qualidade de vida dos usuários. Cerceamentos desmotivados podem trazer uma série de prejuízos à coletividade, daí a necessidade de um correto enquadramento das empresas.

Por fim, é importante ressaltar que as propostas regulatórias do DMA possuem caráter complementar, de forma a atuarem organicamente ao lado das demais normativas europeias em matéria de concorrência, e não com o intuito de substituí-las.

4.2. PL 2768/22

No âmbito nacional, o ato legislativo mais recente sobre o tema diz respeito ao PL 2768/22, que foi apresentado em novembro de 2022, certamente motivado por toda a discussão que passava no campo regulatório internacional já há alguns anos, como fica claro em suas justificativas apresentadas ao Congresso logo em seu início (BRASIL, 2022, p. 09):

A economia mundial do século XXI é fortemente influenciada pelas Big Techs, especialmente Google, Facebook, Amazon e Apple. Estas quatro empresas juntas, em setembro de 2020, tinham um *valuation* combinado de mais de US\$ 5 trilhões, mais de um terço do valor da S&P 100. As Big Techs têm sido cada vez mais questionadas sobre suas estratégias de “estenderem” seu poder de mercado em sua atividade principal para mercados adjacentes, com base no fato de a primeira ser, muitas vezes, um insumo para os segundos, uma questão típica de mercados verticalmente integrados.

Mais do que isso, como justificativa, o PL destacou alguns problemas que acometem a atuação das Big Techs, utilizando como referência direta os pontos apresentados pelo DMA e

também pelo Relatório do Congresso Americano diretamente, quais sejam (BRASIL, 2022, p. 08): *Self-preferencing* (com as Big Tech privilegiando suas associadas do mesmo grupo econômico em relação às concorrentes), o elevado nível de concentração no mercado¹¹ e a atuação dos *gatekeepers* – reforçando a adoção do DMA como referência.

Feitas essas referências e estabelecido o contexto, para além das questões orçamentárias para viabilizarem a proposta, o PL lista algumas propostas de forma bastante sucinta, que consistem em:

- a) Atribuir tais competências à Anatel, justificando que, além de já deter expertise próxima da necessária no campo da regulação digital, “boa parte da regulação pró-concorrência da agência se baseou na obrigação de interconexão que nada mais é que requerer dos incumbentes, acesso à sua rede local” (BRASIL, 2022, p. 09). Suas atribuições seriam atualizadas da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, que passaria a deter as seguintes:

- I - desenvolvimento econômico com ampla e justa concorrência entre os operadores, bem como entre os demais agentes econômicos afetados por suas atividades;
- II - acesso à informação, ao conhecimento e à cultura;
- III - fomento à inovação e à massificação de novas tecnologias e modelos de acesso;
- IV - incentivo à interoperabilidade por meio de padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação entre as aplicações;
- V - incentivo e definição de mecanismos para a portabilidade de dados.

- b) Distinção entre usuários profissionais e finais, “colocando critérios mais objetivos, baseados na receita operacional, para fins de definição de operadores de plataformas digitais que serão considerados detentores de poder de controle de acesso essencial (receita operacional anual igual ou superior a R\$ 70 milhões)” (BRASIL, 2022, p. 10), justamente buscando a ideia originária do DMA abordada no item anterior. Em suma, os operadores digitais passariam a ter as seguintes obrigações (BRASIL, 2022, p. 05):

- I - transparência e fornecimento de informações sobre a prestação de seus serviços;
- II - tratamento isonômico e não discriminatório na oferta de serviços a usuários profissionais e usuários finais;
- III - utilização adequada dos dados coletados no exercício de suas atividades;
- IV - não recusa de provisão de acesso à plataforma digital a usuários profissionais.

¹¹ “(...) de repente, não havia uma dúzia de mecanismos de busca, cada um com uma ideia diferente, mas apenas um mecanismo de busca (o Google). Não havia mais centenas de lojas que todos iam, mas apenas uma “loja de tudo” (a Amazon). E evitar o Facebook era como fazer de você mesmo um hermitão digital”. Disponível em: Wu, T.: “The Curse of Bigness”. Antitrust in the New Gilded Age. Columbia Global Reports. 2018.

c) Possibilidade de os órgãos competentes imporem “obrigações de separação contábil e funcional, bem como medidas de mitigação a eventual abuso de poder econômico, incluindo as relacionadas à portabilidade de dados e à interoperabilidade.” (BRASIL, 2022, p. 05) Neste ponto, não fica claro se esse poder caberia à Anatel ou a eventuais órgãos cuja competência e criação partiriam da Anatel. De qualquer forma, para que sejam adotadas essas medidas, alguns critérios deverão ser seguidos:

- I - adoção de critérios técnicos, isonômicos e não arbitrários;
- II - imposição de obrigações específicas para cada modalidade de plataforma digital, de acordo com suas características;
- III - intervenção proporcional ao risco existente;
- IV - avaliação dos impactos, custos e benefícios das imposições;
- V - nível de competição na oferta de cada modalidade de plataforma digital.

A ideia de se fazer um PL tão conciso, ao contrário do proposto no DMA, sua principal base, apesar de causar certo estranhamento, foi devidamente justificada em sua redação (BRASIL, 2022, p. 09):

Acreditamos que cabe introduzir uma regulação na linha da Comissão Européia, mas de forma bem menos detalhada. Isso porque estamos lidando com questões de extrema relevância, que exigem respostas regulatórias bem mais rápidas do que o que é possível na defesa da concorrência, mas suficientemente novas para indicar não ser cabível colocar uma camisa de força ex-ante nos agentes econômicos, com uma série de proibições absolutas. Sendo assim, propomos uma regulação focada na mitigação do controle de acesso essencial das plataformas digitais. (grifo nosso)

Independentemente de o PL ser aprovado ou não, apesar de seus pontos positivos, o projeto aparenta estar muito galgado nas proposições do DMA, de forma que o cenário brasileiro possui suas particularidades que provavelmente demandem maior detalhamento. Talvez a principal preocupação daquilo que foi proposto se refira à possibilidade de separação contábil e funcional que, apesar de ter vários critérios, ainda carecem de parâmetros objetivos, o que pode sujeitar as limitações a certas arbitrariedades pelo agente regulador.

E mesmo sendo feito com certa inspiração no DMA ao sintetizar e tecer pontos principais de sua abordagem, a despeito de certas inconsistências, o conselheiro Victor Fernandes aponta uma série de problemáticas em sua redação que não deixam claros vários pontos fundamentais a uma lei com o propósito de intervenção em um mercado tão sensível, a começar pela carência principiológica em relação ao seu escopo de intervenção, que obviamente parece ser um elemento lateral de início, mas que ganha relevância quando entram em discussão os limites de atuação dos órgãos com responsabilidade regulatória descritos na lei, como a Anatel, por exemplo:

Nosso argumento central é que o PL 2.768/2022 diverge consideravelmente de regimes *ex ante* pioneiros como o DMA da União Europeia. Sustentamos que a proposta brasileira não capta totalmente o propósito e o desenho distintos da regulação digital moderna. [...] Essa não é uma questão esotérica, pois define, em última instância, os princípios legais que devem limitar a discricionariedade administrativa na implementação de medidas *ex ante*. Existem alguns princípios de governança bem estabelecidos que se aplicam alternativamente a cada uma dessas áreas. A intervenção regulatória é legítima quando prossegue um mandato legal e resulta de procedimentos claros e transparentes. (FERNANDES, 2023, p. 14)

O projeto de lei, segundo o conselheiro, também traz uma certa insegurança quando comparado à Lei 12.529/2011 – haja vista não apontar suas limitações perante sua redação – e, mais ainda, em relação à jurisprudência do Cade, sobretudo quando abordado o papel de intervenção da Anatel em seu art. 3º:

[...] a relação entre a regulamentação digital proposta e a jurisprudência do CADE sobre mercados digitais permanece profundamente ambígua. Enquanto o Artigo 13 do PL 2.768/2022 preserva a autoridade do CADE sobre fusões e conluio, a ANATEL tem simultaneamente poderes para "controlar, prevenir e reprimir infrações à ordem econômica" nos termos do Artigo 3. (FERNANDES, 2023, p. 16)

De qualquer forma, apesar desses e outros problemas, há de se ressaltar que a justificativa de se tomar decisões mais breves e avessas a condenações absolutas, aliadas à distinção dos usuários pareceram bons pontos. É claro que essa falta de completude e a presença de pontos ambíguos atrapalham demais, mas há de se esperar para ver se seu andamento proporciona alguma mudança que, ao menos, torne o projeto mais abrangente e claro.

CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, fica claro que o poder de mercado alcançado pelas Big Techs, além de constituir níveis elevadíssimos na análise concorrencial, tem se conformado por meio de estratégias pouco legítimas, o que têm viabilizado um crescimento sem precedentes com projeções ainda maiores para anos vindouros. Trata-se de uma situação cujo alarmismo corretamente ensejou intervenções regulatórias como caráter preventivo a tantos anos de crescimento desenfreado às custas de estratégias nocivas à concorrência e a outros bens caros à economia de mercado – e até mesmo à democracia.

Mais ainda: nos últimos anos, dentro do mercado de publicidade, que constituiu o principal objeto de análise dos casos escolhidos nesta pesquisa, vem se desenhando uma nova realidade onde os anunciantes multiplataforma constituem mais da metade nos segmentos de mídia exterior,

revista, rádio e TV paga¹², de forma que a preponderância das diversas segmentações tradicionais de propaganda – incluindo aquelas inseridas no mercado digital, como em anúncios patrocinados e direcionamento em algoritmos de buscas detidos por Big Techs – vem encontrando novas frentes de concorrência, fato este que foi acelerado pelo período pandêmico¹³.

Isso, aliado às projeções de crescimento das Big Techs neste e em outros mercados, traz uma informação muito clara: as Big Techs estão dispostas a intensificar sua atuação e proteger seus monopólios, tentando refrear essa e qualquer outra tendência que lhes ameace em mercados consolidados nos próximos anos – e poder para isso não falta!

Por isso, o recente cenário onde atos regulatórios e a formação de uma mentalidade mais pormenorizada nos órgãos de defesa da concorrência para os casos que envolvam as Big Techs tem constituído um importante passo para o reestabelecimento – ou ao menos o controle – do cenário econômico atual onde estão inseridas, haja vista estarem há anos com suas posições garantidas por força de suas estratégias e pela condescendência inicial dos órgãos de defesa da concorrência em muitos de suas aquisições.

Mas essa realidade, importante ressaltar, não deve implicar em uma mera perseguição às Big Techs, cujo potencial de geração de inovações e benefícios aos consumidores tem se provado até mesmo em casos com profundos ataques à concorrência – com os dois casos da Google aqui analisados sendo claros exemplos disso –, sobretudo pelos seus mercados estarem diretamente inseridos em uma lógica e dinâmica de uma economia digital, cujos ganhos tendem a ser expressivos à sociedade.

¹² De acordo com as informações apresentadas no parecer de aprovação do AC nº08700,005253/2021-27. Interessados: Eletromídia S.A., Publibanca Brasil S.A., Ótima Concessionária de Exploração de Mobiliário Urbano S.A., RuasInvest Participações S.A., Rádio e Televisão Bandeirantes de Minas Gerais Ltda. e Kalítera Engenharia Ltda. Parecer publicado em 11/02/2022 e publicado no DOU em 14/02/2022. Acesso em: 30 setembro 2023

¹³ “De forma geral, há um certo consenso de que o mercado está evoluindo e as segmentações do mercado de propaganda estão gradativamente perdendo relevância. O desenvolvimento deste mercado é caracterizado pela criatividade de novas formas de divulgação de produtos e fortemente afetado pela revolução digital e pelas atividades cada vez mais abrangentes da Big Tech, por exemplo, Google, Apple, Facebook e Amazon (“GAFA”), que se tornaram praticamente indispensáveis para a alocação de investimentos em propaganda.” (SEI 0980196, p.p. 6 e 7)

REFERÊNCIAS

ATHAYDE, Amanda. Direito da concorrência e supermercados: como essas plataformas de dois lados podem trazer riscos aos consumidores? **Revista Direito GV**, São Paulo, III, n. 1, 06 maio 2020. 1-29.

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico e Concorrencial**. 8ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BARTZ, Diane. Big Tech's little mergers draw more U.S. antitrust scrutiny. **Reuters**, 2021. Disponível em: <https://www.reuters.com/technology/ftc-staff-present-findings-big-techs-smaller-acquisitions-2021-09-15/>. Acesso em: 16 abril 2023.

BIRCH, Kean; COCHRANE, D.T. Big Tech: Four Emerging Forms of Digital Rentiership. **Science as culture**, Londres, 31, 2022. 44-58.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 2768/22, de 10 de novembro de 2022. Dispõe sobre a organização, o funcionamento e a operação das plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2022. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=2214237&filename=Tramitacao-PL%202768/2022. Acesso em 01 outubro 2023.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. AC n. 08012.005304/2007-11. Interessados: Google Inc. e Click Holding Corp., relator Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan, julgado em 23.04.2008, acórdão publicado no DOU em 02.05.2008. Acesso em 10 setembro 2023.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. AC nº08700.005253/2021-27. Interessados: Eletromídia S.A., Publibanca Brasil S.A., Ótima Concessionária de Exploração de Mobiliário Urbano S.A., RuasInvest Participações S.A., Rádio e Televisão Bandeirantes de Minas Gerais Ltda. e Kalítera Engenharia Ltda. Parecer publicado em 11/02/2022 e publicado no DOU em 14/02/2022. Acesso em: 30 setembro 2023.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência**. PA n. 08012.010483/2011-94, E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda vs. Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda., relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, julgado em 01.07.2019 e publicado no DOU em 03.07.2005.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 2016. 496 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/518231/CF88_Livro_EC91_2016.pdf. Acesso em: 20 março 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm. Acesso em: 29 jun. 2018.

C. R. DESCHAMPS D'ALVARENGA, Marcelo; F. PAIXÃO, Ricardo; SILVEIRA, José A. G. D. Mercados de dois lados. **GV Executivo**, São Paulo, Fev-abril 2006. 25-29.

CARDOSO, Rafael D. C. Comunicadores veem perigo na concentração de riqueza nas big techs. **Agência Brasil**, 2023. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2023-07/comunicadores-veem-perigo-na-concentracao-de-riqueza-nas-big-techs>. Acesso em: 17 maio 2023.

CARVALHOSA, Modesto. **Poder econômico: a fenomenologia - seu disciplinamento jurídico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1967.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

COMISSÃO EUROPEIA. About the Digital Markets Act. **Comissão Europeia**, 2023. Disponível em: https://digital-markets-act.ec.europa.eu/about-dma_en. Acesso em 01 outubro 2023.

COMISSÃO EUROPEIA Anti-trust: Comissão multa a Google em 2,42 mil milhões de euros por abuso de posição dominante no mercado de motor de busca, ao dar uma vantagem ilegal ao seu próprio serviço de comparação de preços. **Comissão Europeia**, 27 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3nfJSLf>. Acesso em: 25 set. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Regulamento Mercados Digitais: garantir mercados digitais equitativos e abertos. **Comissão Europeia**, 12 out. 2022. Disponível em: https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_pt. Acesso em: 25 set. 2023.

COMISSÃO EUROPEIA. Statement by Commissioner Vestager on Commission decision to fine Google €2.42 billion for abusing dominance as search engine by giving illegal advantage to own comparison shopping service. **Comissão Europeia**, 29 jun. 2017. Disponível em: <https://bit.ly/3suzAYs>. Acesso em: 10 out. 2023.

COMPARATO, Fábio K. A proteção do trabalho assalariado no Brasil. **Revista do TST**, Brasília, 79, jul./set. 2013. 17-29. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/49829/001_comparato.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

COMPARATO, Fábio K. Capitalismo: civilização e poder. **Estudos Avançados**, São Paulo, 2011. 251-276.

CONCORRÊNCIA no mercado digital causa mais preocupação, diz presidente do Cade. **Conjur**, 2023. Disponível em: <https://novoconjur.com.br/2023-jul-29/mercado-digital-causa-preocupacao-presidente-cade/?cn-reloaded=1>. Acesso em: 29 Setembro 2023.

CORDEIRO, Rodrigo Aiache. **Poder econômico e livre concorrência: uma análise da concorrência na constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Dissertação de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2007.

CUBA. **Constitución de la República de Cuba**. Promulgada em: 10 abr. 2019. Online. Disponível em: <http://www.granma.cu/file/pdf/gaceta/Nueva%20Constituci%C3%B3n%20240%20KB-1.pdf> . Acesso em 05 mar. 2023.

CUNNINGHAM, Colleen. EDERER, Florian; MA, Song.. **Killer Acquisitions**. Yale School of Management Working Paper. Abril 2020 Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3241707>. Acesso em: 10 setembro de 2023.

DURAND, C; MILBERG, W. **Intellectual Monopoly in Global Value Chains**. Working Paper 1.807, New School for Social Research, Department of Economics, 2018.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Aquisição da DoubleClick por US\$ 3 bilhões pelo Google em 2008 citada em processo Landmark. **Hackernoon**, 2023. Disponível em: [https://hackernoon.com/pt/pesquisa-no-Google-a-aquisi%C3%A7%C3%A3o-da-DoubleClick-por-US\\$-3-bilh%C3%B5es-em-2008,-citada-em-um-processo-hist%C3%B3rico](https://hackernoon.com/pt/pesquisa-no-Google-a-aquisi%C3%A7%C3%A3o-da-DoubleClick-por-US$-3-bilh%C3%B5es-em-2008,-citada-em-um-processo-hist%C3%B3rico). Acesso em: 30 setembro 2023.

ESTADOS UNIDOS DA AMERICA. **Sherman Antitrust Act**. 2 Julho 1890. U.S. Code collection. Cornell University Law School. Disponível em: http://www.law.cornell.edu/uscode/15/usc_sec_15_00000002----000-.html. Acesso em: 21 março 2009.

FARINA, Elizabeth M. M. Q. Teoria econômica, oligopólios e política antitruste. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, 2009. 1-16. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedireitodaconcorrenca/article/download/754/370/2340>.

FERNANDES, Victor O. Lost in Translation? Critically Assessing the Promises and Perils of Brazil'S Digital Markets Act. **SSRN eLibrary**, Nova Iorque, 23 Setembro 2023.

FILHO, Demócrito R. O DIGITAL MARKETS ACT (1ª. parte) – a proposta legislativa europeia para regular a concorrência nos mercados digitais e diminuir o poder das Big Techs. **Lex Editora**, 2022. Disponível em: <https://www.lex.com.br/o-digital-markets-act-1a-parte-a-proposta-legislativa-europeia-para-regular-a-concorrenca-nos-mercados-digitais-e-diminuir-o-poder-das-big-techs/>. Acesso em: 29 Setembro 2023.

GABAN, E. M.; DOMINGUES, J. O. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 2ª. ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2009.

GRIEBELER, Patrícia. **O caso Google Shopping: a defesa da concorrência na economia digital**. Monografia apresentada ao curso de Graduação em Ciências Econômicas no Setor de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal do Paraná, 2021.

HAYWARD, Freddie. What the term “Big Tech” tells us about the future of Silicon Valley titans. **The New Statesman**, 2021. Disponível em: <https://www.newstatesman.com/science-tech/2021/02/what-term-big-tech-tells-us-about-future-silicon-valley-titans>. Acesso em: 12 maio 2023.

LEÃO, Rodrigo P. F. A economia política da transição chinesa no último quartel do século XX. **Revista Tempo do Mundo**, Brasília, 2012. 153-177.

LEURQUIN, Pablo; ANJOS, Lucas. Condenações da Google pela aplicação do Direito da Concorrência na União Europeia. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, junho 2021. 104-124.

MACEDO, Fausto. O papel da sustentabilidade na análise do Cade. **Estadão**, 2023. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/politica/blog-do-fausto-macedo/o-papel-da-sustentabilidade-na-analise-do-cade/>. Acesso em: 18 maio 2023.

MALTSEV, Yuri. **O cálculo econômico sob o socialismo**. 1ª. ed. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2018.

MONTEIRO, Diogo A. Google Panda: como funciona. **IEBSchool**, 2018. Disponível em: <https://www.iebschool.com/pt-br/blog/marketing/seo-sem/google-panda-como-funciona/#:~:text=do%20Google%20Panda-,O%20que%20%C3%A9%20o%20Google%20Panda%3F,p%3%A1ginas%20web%20de%20baixa%20qualidade>. Acesso em: 27 Setembro 2023.

MOZELLI, Rodrigo. Google é processado pelo Governo dos EUA e pode ter que vender parte da empresa. **Olhar Digital**, 2023. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2023/01/25/pro/google-e-processado-nos-eua-por-negocios-com-publicidade-online/>. Acesso em: 15 setembro 2023.

MULLIN, Clara Castelo Branco Lemes. **A importância dos ativos intangíveis para o desempenho das big techs**. Trabalho de conclusão de curso (graduação) – Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Economia. Campinas, SP [s.n.], 2022.

NASCIMENTO, Loise. **Big Tech: a Entrada de Empresas no Setor Financeiro?** Fintechs, Bancos Digitais e Meios de Pagamento – Vol.2. São Paulo: Quartier Latin. 2020.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito Concorrencial**. 1ª. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2016.

RAO, Arun. Capitalism, Socialism, and Inequality. **Raohacker.com**, 2022. Disponível em: <https://raohacker.com/capitalism-socialism-and-inequality/>. Acesso em: 15 setembro 2023.

RENZETTI, Bruno. Digital Markets Act e o controle de estruturas no Brasil. **Conjur**, 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-23/bruno-renzetti-digital-markets-act-controle-estruturas>. Acesso em: 30 setembro 2023.

SILVA, José A. D. **Comentário contextual à Constituição**. 5ª. ed. Malheiros: São Paulo, 2010.

TIROLE, Jean. **Economia do bem comum**. Paris: PUF, 2016.

UNIÃO EUROPEIA. **Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias**. Processo n. T- 201/04. Microsoft Corp. v Commission of the European Communities. Luxemburgo: União Europeia, 2007. Disponível em:

[https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/download/903/532/2836#:~:text=CONDENA%C3%87%C3%83O%20NO%20CASO%20GOOGLE%20SHOPPING,pre%C3%A7os%20\(PRATIQUES%2C%202017\)](https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/download/903/532/2836#:~:text=CONDENA%C3%87%C3%83O%20NO%20CASO%20GOOGLE%20SHOPPING,pre%C3%A7os%20(PRATIQUES%2C%202017).). Acesso em: 01 outubro 2023.

VIEIRA, Bruno; GRASSELLI, Lindamaria. **Voltando ao passado: Standard Oil e AT&T**. ATA DE REUNIÃO - Voltando ao passado: Standard Oil e AT&T. Minas Gerais: [s.n.]. 2019.

VOGEL, David J. **The study of business and politics**. California Management Review, v. 38, n. 3, 1996.

WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age**. 1ª. ed. Nova Iorque: Columbia Global Reports, 2018.

YERGIN, Daniel. **The Prize: The Epic Quest for Oil, Money, and Power**. 1ª. ed. Nova Iorque: Free Pass, 2008.

ZUQUIM, Pedro Cese Caram. **A Expansão das Big Techs nos Mercado Digital e Killer Acquisitions**. Monografia Final de Curso, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2021.

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, _____ Gleiner Pedroso Ferreira Ambrosio _____
discente regularmente matriculado(a) na discipline TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº 31977863, período matutino, turma 10ºB, tendo realizado o TCC com o título: Os Limites do Poder Econômico e sua Racionalidade Aplicada às Análises Concorrenciais das Big Techs, sob a orientação do(a) Professor(a) _____ Vicente Bagnoli _____
declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 10 de novembro de 2023.

DocuSigned by:
Gleiner Ambrosio
7F02B1241D1148B...

Assinatura do discente