

BIG TECHS, CONCORRÊNCIA E O RELATÓRIO DO CONGRESSO AMERICANO DE 2020¹

César Mattos²

*“Com grandes poderes vêm grandes responsabilidades”
Tio Ben no Filme “Homem Aranha”*

1. INTRODUÇÃO

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. A Big Tech privilegia sua associada do mesmo grupo econômico em relação às concorrentes, no chamado “self-preferencing”, um tipo de discriminação. Além de minar a concorrência nos mercados adjacentes, a conduta evitaria que terceiros evoluam e compitam no mercado original das Big Techs³.

Wu (2018)⁴ aponta que as condutas das Big Techs nos últimos vinte anos permitiram uma grande concentração de mercado: “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 hermito digital”.

Relatório do Congresso Americano-RCA-(2020)⁵ sobre concorrência e Big Techs, organizado pela atual Presidente da Federal Trade Commission (FTC) americana, Lina Khan, descreve o que seriam as condutas anticompetitivas destas quatro empresas, propondo linhas de ação para lidar com o problema. Em função deste Relatório foi proposto em 2022 o American Innovation and Choice Online Act⁶ que proíbe o self-preferencing, restringe a política de obtenção de dados de terceiros, entre outras restrições às condutas da

¹ Gostaria de agradecer as inestimáveis revisões de Evande Araujo e Marcio Vasconcelos a versões preliminares deste texto. A responsabilidade por eventuais erros e omissões é de exclusiva responsabilidade do autor.

² Consultor Legislativo da Câmara dos Deputados. Doutor em Economia, Ex-Secretário de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia e Ex-Conselheiro do CADE.

³ As questões de concorrência aqui são similares às do caso Microsoft. A Microsoft foi acusada, por exemplo, de limitar a concorrência no mercado de browsers trazida pelo Netscape, evitando que este se tornasse concorrente no sistema operacional. Também não são tão diferentes do caso antitruste da era do mainframe contra a IBM que teve grande foco na proibição de venda casada de hardware e software e gerou o Consent Decree do governo com a empresa em 1956, apenas terminado em 1996. Ver [1956 Consent Decree \(cptech.org\)](https://www.cptech.org/1956-Consent-Decree).

⁴ Wu, T.: “The Curse of Bigness”. Antitrust in the New Gilded Age. Columbia Global Reports.

⁵ Investigation of Competition in Digital Markets. [competition_in_digital_markets.pdf \(house.gov\)](https://www.ftc.gov/system/uploads/attachment_data/file/544444/competition_in_digital_markets.pdf)

⁶ [H.R.3816 - 117th Congress \(2021-2022\): American Choice and Innovation Online Act | Congress.gov | Library of Congress](https://www.congress.gov/bills/117/3816/text/versions/1/html)

Big Techs. O projeto, em setembro de 2022, ainda está em debate no Congresso Americano.

O objetivo deste artigo é apresentar as principais questões de concorrência levantadas pelo RCA (2020) e apontar benefícios e custos das principais intervenções propostas. A questão principal aqui é se as Big Techs continuam sendo “inovadores Schumpeterianos”, ou se, após conquistarem participação expressiva no mercado a partir de produtos inovadores, passaram a atuar principalmente para manter sua dominância por meio de condutas anticompetitivas.

O problema é a dificuldade de demarcar a linha entre “condutas anticompetitivas” e “competição em seus méritos” nas estratégias das Big Techs, apesar da inclinação atual de se entender as ações daquelas empresas mais como reflexo das primeiras do que da segunda. Não é claro se as condutas adotadas pelas Big Techs são desenhadas para a exclusão de concorrentes ou se são parte de uma legítima estratégia competitiva que permite a entrega de serviços melhores e/ou menos custosos para os usuários. Ou ambos.

Por trás da discussão sobre o antitruste nos mercados digitais nos EUA, há um debate mais geral sobre a atualidade da legislação antitruste naquele país. As duas posições divergentes são sumariadas em dois textos que serviram de base para o RCA (2020).

De um lado, um conjunto de economistas e doutrinadores estrelados⁷ destacam que os mercados americanos estão cada vez mais concentrados e a concorrência mais fraca pois *“as leis antitruste, como interpretadas e implementadas atualmente, são inadequadas para confrontar e deter o poder de mercado crescentes na economia americana, limitando desnecessariamente a capacidade das autoridades antitruste a lidar com condutas anticompetitivas nos mercados digitais”* sendo que *“qualquer conclusão ao contrário reflete uma compreensão incompleta ou incorreta da economia e da literatura econômica das últimas décadas.”*

De outro lado, um conjunto não menos estrelado de economistas e doutrinadores⁸ apontam na direção diametralmente oposta, defendendo que *“a economia americana- incluindo o setor digital- é competitiva, inovadora e serve bem aos consumidores”*. Ademais, não haveria problemas de implementação da lei antitruste, sendo esta adequada para os desafios da nova economia. Este conjunto de autores contesta, em particular, a ideia que a economia americana apresenta tendência de crescente de poder de mercado, refutando diretamente o outro grupo ao afirmar que *“certamente não é o caso que “qualquer conclusão ao contrário reflete uma compreensão incompleta ou incorreta da economia e da literatura econômica das últimas décadas””*. Divergências tão profundas entre grandes *experts* do antitruste demonstram o quão precoce é falar de melhores práticas ou mesmo da direção mais adequada a tomar, se mudanças no antitruste e/ou na regulação mais significativas ou uma abordagem mais amena, caso a caso, restrita ao que for trazido às agências de concorrência.

⁷ Jonathan Baker, Joseph Farrell, Andrew I. Gavil, Martin S. Gaynor E.J. Barone, Michael Kades, Michael L. Katz, Gene Kimmelman, Douglas Melamed, Nancy L. Rose, Steven C. Salop, Fiona M. Scott Morton e Carl Shapiro em uma coalizão de experts ([joint submission from michael kades and antitrust expert coalition.pdf \(house.gov\)](#)) 2020.

⁸ Jonathan M. Barnett, Abbott “Tad” Lipsky, Michael R. Baye, Geoffrey A. Manne, James C. Cooper, Scott Masten, Stephen M. Ross, Daniel Crane, Maureen K. Ohlhausen, Baker Botts, Kenneth G. Elzinga, James F. Rill, Richard A. Epstein, Jan M. Rybnicek, Joshua Wright, Vernon L. Smith, Thomas Hazlett, David J. Teece, Justin (Gus) Hurwitz, Robert Willig, Benjamin Klein, Jonathan Klick, John M. Yun e Thomas A. Lambert, Deborah A. Garza, Jan M. Rybnicek, [joint submission from international center for law economics.pdf \(house.gov\)](#)

O fato concreto é que as Big Techs se tornaram muito grandes e “com grandes poderes” na economia e isso naturalmente leva sociedades e governos a cobrarem delas “grandes responsabilidades”, tendo aquelas empresas abusado ou não.

A análise dos trade-offs de uma futura regulação das Big Techs é iniciada com base nas características econômicas dos mercados digitais, apresentadas na seção 2. A seção 3 apresenta as principais condutas anticompetitivas atribuídas às quatro Big Techs conforme o RCA (2020). A seção 4 discute as principais recomendações do RCA (2020) e a seção 5 conclui.

2. CARACTERÍSTICAS ECONÔMICAS DOS MERCADOS DIGITAIS

Efeitos de Rede

Quando uma plataforma digital traz diferentes grupos de usuários para interagirem, são gerados “efeitos de rede” (network effects): quanto mais usuários, maior o valor da plataforma para cada usuário. Uma rede social como o Facebook, o Instagram, o Twitter ou o LinkedIn apenas atraem mais usuários porque já têm muitos usuários com quem se deseja interagir. Documentos internos do Facebook⁹, inclusive com falas de Mark Zuckerberg, indicam que a empresa montou sua estratégia de competição apoiada no reforço destes efeitos de rede na “família de produtos” desta rede social.

A questão econômica relevante é que efeitos de rede induzem a concentração no mercado, em uma lógica “the winner takes most”¹⁰ ou “the winner takes it all”¹¹, o que é um custo, mas a realização desses efeitos de rede é, ao mesmo tempo, positiva para os usuários, o que é um benefício.

O RCA (2020) aponta dois tipos principais de efeitos de rede nos mercados digitais. Primeiro, os “efeitos diretos” nos quais quanto mais pessoas usam um produto, mais pessoas obtêm valor desse produto como é o caso dos serviços de E-mail ou WhatsApp por exemplo.

Segundo, há os chamados efeitos de rede indiretos quando o maior uso de um produto ou serviço digital estabelece um padrão tecnológico no setor que induz terceiros a inventarem e desenvolverem produtos/serviços com tecnologias compatíveis e que podem ser utilizadas de forma complementar ao produto ou serviço digital inicial. Essa multiplicação de produtos/serviços compatíveis reforça a popularidade dos produtos/serviços originais, o que constitui os efeitos de rede indiretos.

Mercados de Dois ou Vários Lados

Os usuários das plataformas podem estar “no mesmo lado” ou em “mais de um lado” do mercado. O Google oferece acesso não apenas para os usuários finais que realizam buscas na internet em “um lado do mercado” como para os sites a serem acessados, no “outro lado do mercado”. O Google também intermedeia os usuários finais em um lado com outros sites de acesso no outro lado que, por sua vez, realizam a intermediação com sites em um terceiro lado.

Note-se o incentivo para subsídios cruzados entre os diversos lados do mercado. Por exemplo, se a existência de muitos usuários em um lado

⁹ Ver RCA (2020).

¹⁰ O ganhador leva a grande parte.

¹¹ O ganhador leva tudo.

do mercado gera maior atratividade para aderir ao outro lado, os usuários desse último se tornam mais dispostos a pagar pelo produto. Isso pode fazer sentido reduzir bastante o preço no primeiro lado para induzir a adesão no segundo lado, inclusive podendo cobrar mais. É o caso de casas noturnas em que homens (um lado do mercado) pagam mais do que mulheres (o outro lado do mercado), o que no mundo digital tem o seu equivalente em sites de namoro como o Tinder¹².

Para avaliar se isso é uma conduta anticompetitiva, cabe verificar se preços abaixo de custo em um dos lados é lucrativo porque amplia a base de usuários, gerando receitas em outros lados, ou apenas porque enfraquece concorrentes. O problema é diferenciar as duas.

Economias de Escala¹³ e Escopo¹⁴

Os mercados digitais apresentam altos custos fixos para desenvolver a plataforma, incluindo hardware e armazenamento de dados, e custos variáveis e marginais baixos para incorporar cada novo usuário. Isso inclusive em produtos relevantes distintos, mas relacionados, com custos comuns de hardware e de know-how sobre como operar a plataforma, configurando economias de escopo.

Tanto como nos efeitos de rede, economias de escala e escopo induzem a mercados mais concentrados (um custo), mas tais estruturas são mais eficientes por reduzir o custo médio da plataforma (um benefício), tal como ocorre nos mercados de infraestrutura que tem alta proporcional custo fixo/variável.

Vantagem da Firma Pioneira

Um ponto comum das quatro Big Techs é o desafio bem sucedido das então “firmas pioneiras”, questionando o que se considera usualmente como a vantagem de ser incumbente pelas autoridades de concorrência.

De fato, segundo Picker (2020)¹⁵, em julho de 2001, a FTC iniciou investigação sobre os mecanismos de busca da Microsoft, AOL Time Warner, AltaVista, Direct Hit Technologies, iWon, Looksmart e Terra Lycos. O curioso é que nesse momento o Google era tão pequeno em relação a essas outras empresas (e são as duas primeiras ainda existem!!!!) que não integrava a lista das investigadas. Apenas dois anos depois, o Google já era considerado o líder claro deste mercado, tendo a Microsoft chegado a propor uma aquisição do Google que foi recusada pela empresa.

Picker (2020) descreve o caso da Apple que lançou o iPhone em janeiro de 2007 desafiando as posições dos incumbentes Research in Motion (RIM) que aperfeiçoava o seu BlackBerry original e da clara líder em aparelhos celulares, a Nokia. A loja de aplicativos da Apple, um conceito até então inexistente, foi aberta um ano e meio depois.

Prossegue o autor, lembrando que Jeff Bezos lançou a Amazon em julho de 1995 para vender livros online, disputando o mercado com

¹² Aqui o “preço” pode ser entendido como vantagens e promoções que são dadas pelo site a um ou outro lado do mercado.

¹³ Economias de escala ocorrem quando os custos médios caem quando o produto aumenta, Custos fixos elevados podem ter este efeito ao serem mais diluídos com o aumento do produto.

¹⁴ Economias de escopo ocorrem quando é mais barato produzir dois produtos juntos do que separados. Custos comuns entre os dois produtos, muitas vezes fixos, podem ser a fonte das economias de escopo.

¹⁵ https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_randalpicker.pdf.

incumbentes bem estabelecidos como as livrarias da Barnes & Noble e a Borders. A empresa estende sua venda de livros para CDs e DVDs em 1998 e eletrônicos em 1999. A partir de outubro de 1999, começa a vender vários produtos de terceiros em seu novo programa zShops. Nesse alcance maior de produtos, uma das concorrentes da Amazon é a Walmart que teve em 1996 um faturamento de US\$ 93,6 bilhões, muito maior que o da Amazon em seu negócio com livros no mesmo ano de US\$ 15,7 milhões.

Por fim, Picker (2020) aponta que quando Mark Zuckerberg lançou o Facebook em 2004, já existiam redes sociais, sendo a mais conhecida a Friendster.com, a Tribe.net de 2003, a Tickle (de encontros amorosos) e o LinkedIn (profissional). A SixDegrees.com havia sido lançada em 1997, mas não deu certo. O Myspace chegou a ser a maior rede social em julho de 2005, antes de ser ultrapassado pelo Facebook.

No entanto, apesar de não serem tão pioneiras assim, as Big Techs teriam conseguido “enraizar” melhor a sua posição dominante do que os predecessores e as barreiras à entrada parecem mais robustas do que antes.

Um exemplo relevante de maior “enraizamento” da posição dominante é o do Google. O RCA (2020) aponta que a indexação de títulos da busca requer elevados custos fixos e grandes capacidades de armazenamento e de computação. O rastreamento da internet (web crawling) é custoso e favoreceu o pioneirismo do Google que rastreou toda a rede mundial de computadores. E o custo deste rastreamento, mesmo com o avanço da tecnologia, aumentou muito por causa do crescimento exponencial da internet.

A grande vantagem da firma pioneira “Google” ou “Bing” (da Microsoft) decorre do fato que, como ser rastreado pode causar danos às páginas, as maiores páginas da web permitem a apenas uma pequena parte dos “rastreadores” existentes rastrear suas páginas. Ao mesmo tempo não estar nos índices dos principais buscadores, Google e Bing, implica perder tráfego. Assim, as principais páginas da Web autorizam o rastreamento apenas daqueles buscadores principais. Ou seja, buscadores entrantes serão provavelmente bloqueados pelas principais páginas da web, dificultando sua operação. Buscadores horizontais como Yahoo e DuckDuckGo não rastreiam, mas adquirem acesso aos índices de Google e Bing por meio de acordos. Esta atuação dependente reduz, naturalmente, o vigor competitivo daqueles buscadores.

Custos de Troca e Dados

Os usuários investem tempo e esforço para utilizar uma plataforma, gerando custos de troca.

A plataforma, por sua vez, coleta e “acumula” os dados desses usuários. No caso de redes sociais como o Facebook ou Instagram, são fotos, vídeos, textos e outras informações que os usuários vão postando e que se tornam os seus “dados” naquelas plataformas.

Nesse contexto, se um usuário desejar mudar de plataforma, mas não puder levar este histórico de dados, há custos de troca (switching costs), reduzindo a capacidade de entrantes capturarem a clientela (locked-in) dos incumbentes.

Conforme o RCA (2020), no Facebook, os usuários não são capazes de migrar ou fazer o download de seus dados para uma plataforma concorrente. Caso quisesse migrar, o usuário teria que refazer o upload de suas fotos e informações pessoais na nova plataforma. Na Amazon, quando um vendedor

online jđ gerou vđrias avaliađes de produto, terđ problemas similares de recuperađo desses rankings se migrar para outra plataforma.

A regulađo da “portabilidade de dados” visa justamente reduzir esses custos de troca, dando conveniđncia para o usuđrio migrar de plataforma, promovendo a concorrđncia. Por isso ř uma medida indicada no RCA (2020).

Relacionada a regulađo de portabilidade de dados estđ a interoperabilidade das plataformas, o que tambđm diminui custos de troca dos usuđrios. Quanto mais os sistemas se comunicarem, mais fđcil para os usuđrios nro sy trocarem de plataformas, mas tambđm usarem as duas simultaneamente, fazendo o multihoming, favorecendo a concorrđncia.

O mais importante ř que, conforme lembra o RCA (2020), a interoperabilidade “quebra o poder dos efeitos de rede”, ao permitir que os entrantes tambđm se beneficiem destes efeitos “ao nđvel do mercado e nro apenas ao nđvel da firma”.

Obrigar a interoperar, no entanto, pode impor restriđes a inovađo jđ que o desenho dos produtos estarđ condicionado por interoperar com outros produtos. Essa restriđo tđcnica serđ tro mais significativa quanto mais diferentes e/ou inovadores forem aqueles. De fato, de um lado, o desenho de um produto pode ser concebido de forma deliberada para restringir a interoperabilidade e/ou a portabilidade de dados, diminuindo a concorrđncia.

De outro lado, o prprio fato de haver muita inovađo pode gerar uma dificuldade tđcnica genuina de o inovador promover a interoperabilidade com as plataformas existentes. O produto ř tro diferente do que existe que dificulta tecnicamente a ser interoperđvel. Alternativamente, para viabilizar a interoperabilidade, ř possđvel que o inovador tenha que tornar o seu novo produto um “pouco menos diferente”, o que pode reduzir o prprio grau de inovađo. Em sđntese, pode haver um trade-off grau de inovađo/interoperabilidade.

Papel Competitivo dos Dados em Mercados Digitais

“Dados sro o novo yleo”. Clive Humby, 2006

A aprendizagem dos vendedores sobre como agem os consumidores ř decorrđncia do tempo e das transađes realizadas nesse perđodo em qualquer negycio. Quanto mais transađes, mais se aprende sobre os consumidores. tocar um negycio ř intensivo em experikncia.

Em mercados digitais, esse aprendizado ř particularmente intenso e se faz com a intermediađo da plataforma que dispxe de ferramentas que continuamente analisam tudo o que estđ sendo feito (ou clicado) pelos usuđrios. Mais do que nunca, a gerađo de dados sobre os usuđrios ř resultado do prprio “processo produtivo” das plataformas que vai “revelando” continuamente como se comportam.

Ř como uma “cđmera espir” contđnua funcionando no “chro de fđbrica” dos mercados digitais, o que gera dados inclusive dos que nro concretizaram as transađes, algo mais restrito de observar nos mercados fđsicos. O fato ř que a capacidade de as plataformas processarem e avaliarem os dados dos usuđrios ř multiplicada vđrias vezes nos mercados digitais.

E quanto mais usuđrios uma plataforma tiver, mais ela terđ acesso a dados. Como ř difđcil para entrantes replicar a quantidade de dados e aprendizado das plataformas incumbentes, hđ dificuldade em entender tro bem o

comportamento dos usuários, o que é mais um indutor a concentração de mercados.

Cientes desta vantagem competitiva dos dados, os incumbentes muitas vezes buscam ampliá-la, coletando também informações dos usuários de seus concorrentes que acessam sua plataforma ao mesmo tempo que dificultam o acesso aos seus próprios dados.

Uma consequência fundamental dessa enorme capacidade de conhecer o usuário é poder direcionar propaganda para os usuários mais predispostos a serem influenciados. Ou seja, a propaganda é particularmente eficaz no mundo digital.

Para terem capacidade de gerar valor, no entanto, os dados devem ser intensamente trabalhados. Como Clive Humby¹⁶ ressaltou: “isso (o dado) tem valor, mas se não for refinado, não poderá ser efetivamente utilizado. Ele tem que ser transformado em gráficos, plástico, químicos etc para criar algo valioso que direciona a atividade lucrativa; logo os dados devem ser desagregados, analisados para terem valor”

Petit e Teece (2021)¹⁷ destacam que dados podem ser tidos como o novo lego: “o problema que os dados colocam para os negócios é muito prático. Tem a ver com analisar, organizar, combinar e utilizar os dados para criar novos produtos, modelos de negócios e oportunidades comerciais. Uma miríade de combinações é possível. Para levar a metáfora adiante, em um mundo de informação digitalizada, as firmas digitais são desafiadas a construir milhês de peças de legos, só que sem as instruções. A vantagem competitiva é criada pela capacidade de criativamente combinar ciência de dados, tecnologia e negócios. Não se pode concluir que o controle passivo sobre grandes bancos de dados permite a firma viver uma vida tranquila. Ao contrário, a “orquestração” dos dados é um elemento crítico e requer fortes capacidades dinâmicas”.

Isso implica que nos mercados digitais a capacidade de acessar, processar e utilizar uma enorme massa de dados (montar os milhês de legos) é parte indistinguível do processo concorrencial.

Assim, os dados a serem portados pela regulação não podem ser aqueles já trabalhados sob pena de expropriar a empresa justamente naquilo que define o seu esforço na “competição nos mercados”, destruindo os incentivos a concorrência que se deseja gerar. Assim, cabe limitar a regulação de portabilidade aos dados mais brutos, aquele diamante sem lapidação, não estendendo aos dados mais trabalhados.

Modelo de Negócio Baseado em Propaganda

“quando propaganda está envolvida, você, o usuário, é o produto” Fundadores do Whats app

O RCA (2020) reporta que Google e Facebook representam 99% do crescimento anual do mercado de propaganda digital americano, dando uma dimensão da importância das Big Techs no segmento. Isso está associado a “produtividade” da propaganda propiciada pela coleta de dados dos usuários das Big Techs apontada acima.

¹⁶ Ver nesta interessante referência sobre o assunto de Amol Mavoduru [Is Data Really the New Oil in the 21st Century? | Towards Data Science](#).

¹⁷ Petit, N. e Teece, D.: “Innovating Big Tech Firms and Competition Policy: favoring dynamic over static competition”. *Industrial and Corporate Change*, Vol. 30, Issue 5, October 2021.

Quando o modelo de negycio ã muito baseado em propaganda, os prezos sro muito baixos ou mesmo zero, o que remove uma importante forma de competir, desviando clientela para entrantes via prezos mais baixos. Conforme a OCDE (2022)¹⁸, “sete das dez maiores companhias globais trabalham com produtos e servizos a prezo zero nos mercados digitais”.

Concorrência Baseada em Inovações

Schumpeter (1950) criticava a microeconomia convencional que via como principal virtude da concorrência a redução de prezos. Conforme o autor, a competição por meio da “destruição criativa” comparativamente a por meio de prezos da micro convencional “seria como se comparássemos um bombardeio a um arrombamento de uma porta”.

Mais do que nunca, a concorrência nos mercados digitais se aproxima de Schumpeter, com o foco em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D), inovação e qualidade do produto. Petit e Teece (2021) defendem, inclusive, uma mudança no paradigma de análise das agências de concorrência: “a concorrência estática domina os modelos analíticos empregados na política de concorrência...(i) faz uso extensivo de modelos de equilíbrio enquanto as tecnologias digitais apresentam propriedades de desequilíbrio; (ii) conta essencialmente com a expertise de economia industrial e apenas marginalmente utiliza “insights” da literatura de negócios e gestão de tecnologia; e (iii) frequentemente elimina incerteza de maneira a formular regras simples. Estamos, portanto, ainda longe de uma mudança de paradigma coerente para alguns funcionários de agências e instituições de concorrência”.

Uma diferença analítica fundamental defendida por estes autores quando a concorrência ã Schumpeteriana e muito baseada em inovações faz conexão aos questionamentos já trazidos em seção anterior sobre a “vantagem da firma pioneira”. Enquanto as agências antitruste consideram a incumbência como uma vantagem competitiva em si com o conhecimento do mercado e do negócio e a lealdade dos consumidores a marca, a literatura sobre gestão de tecnologia considera a incumbência muitas vezes como uma desvantagem. Incumbentes estariam relativamente mais presos a “sabedoria da gestão convencional”, aos valores estabelecidos nas redes ou as trajetórias tecnológicas existentes.

A ideia de Schumpeter de “destruição criativa” já embutiria esta diferença entre os dois paradigmas. O conceito ã formado de duas palavras, uma positiva “criativa” e outra negativa “destruição”. A parte “positiva” diz respeito ao fato de que empreendedores, usualmente entrantes, criam novos produtos ou novas formas de produzi-los, incrementando o bem-estar.

Tais novidades podem ser tão superiores aos produtos existentes que os consumidores substituem os antigos pelos novos. E daí vem a “parte negativa”: os negócios existentes que têm substituídos os seus produtos podem ser “destruídos”. Na verdade, dado o “efeito substituição” da inovação¹⁹, os entrantes tendem a inovar e “destruir criativamente” mais do que os incumbentes.

Assim, o pioneirismo nos mercados digitais, onde a concorrência ã regida pela inovação, pode ser simultaneamente uma vantagem e um fardo.

¹⁸ OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age 2022. [OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age](#)

¹⁹ No caso das chamadas “inovações drásticas”, o entrante se transforma em monopolista (Reinganum, J.: Uncertain Innovation and Persistence of Monopoly. American Economic Review 73 (4), 1983).

Verticalização

Os mercados virtuais são verticalizados e as preocupações concorrenciais usuais que ocorrem quando pelo menos um dos elos apresenta características monopolistas e pode discriminar terceiros em outros elos são aplicáveis.

Sendo verticalizadas, as plataformas teriam um “papel duplo” de fornecedores e concorrentes de serviços com outras plataformas. A questão competitiva chave dos mercados digitais seria a exploração do “poder de controle de acesso”²⁰ pelas plataformas dominantes na mesma linha da chamada “facilidade essencial”.

O RCA (2020) aponta para a necessidade de medidas de quebra vertical de Big Techs, tal como foi utilizado nos casos históricos da Standard Oil e AT&T e que se desejou aplicar na Microsoft.

Isso implica que relações econômicas que hoje ocorrem dentro da Big Tech passariam a ser regidas pelo mercado. Conforme Petit e Teece (2021), isso faria perder importantes economias de coordenação nos mercados digitais: “Criar e orquestrar ativos digitais de forma a alcançar um valor aos clientes finais envolve atingir uma convergência de expectativas dentro da gestão do ecossistema de um tipo que o sistema de preços não é capaz de atingir por ele mesmo”.

As economias de escopo nos dados em especial podem ser perdidas. Não há os dados que vão servir para uma linha de negócio “A” e outros separados que vão servir para a linha de negócio “B”. Dados provenientes de “A” servem para “A”, “B” e “C”. Como colocado por Petit e Teece (2020) “os dados vêm de várias fontes diferentes e podem ser utilizados de várias formas diferentes, é frequentemente impossível saber ex-ante de quais fontes e de quais usos serão gerados mais valor”.

Vieses Comportamentais em Mercados Digitais

Como destacado no RCA (2020), os vieses comportamentais dos consumidores seriam particularmente fortes nos mercados virtuais como i) o viés de enquadramento (framing bias), quando a decisão de compra é influenciada pela forma que as diferentes opções são apresentadas; ii) o viés de saliência (salience bias) com decisões focando no item mais proeminente e iii) o viés de default, com baixa tendência a alterar a escolha para ofertas inequivocamente melhores.

Estes vieses facilitariam, em particular, a estratégia das Big Techs de implementar o self-preferencing.

3. AS PRINCIPAIS CONDUITAS QUESTIONADAS DAS BIG TECHS

Como realça a OCDE (2022)²¹, a zona cinzenta entre condutas pró e anticompetitivas é maior nos mercados digitais, o que apontaria tanto riscos de falsos positivos, com a intervenção minando o espírito do empreendedor Schumpeteriano, como de falsos negativos pelos quais a inação pode levar a “emergência de um poder de mercado durável e incontestável”. Vejamos as principais condutas das quatro Big Techs.

²⁰ Gatekeeper power.

²¹ OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age 2022. [OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age](#)

3.1. GOOGLE

Buscadores Horizontais x Verticais²²

O Google se tornou o buscador horizontal principal dos usuários na internet desde outubro de 2003 e o Google Chrome um “portro crítico” para o acesso a internet. Estes negócios principais seriam “controladores de acesso” do Google os quais, segundo o RCA (2020), estariam sendo utilizados para o self-preferencing com os outros negócios do Big Tech como os buscadores verticais. Isso permitiria a que “o Google crescentemente opere como um ecossistema de monopólios que se interconectam entre si”.

Os buscadores verticais utilizam os buscadores horizontais com frequência, em especial o Google, por onde passa 80/95% do tráfego dos primeiros. Os buscadores horizontais seriam, portanto, insumos para os buscadores verticais.

O Google ajustaria seu algoritmo de busca horizontal para elevar artificialmente o ranking dos seus próprios serviços em busca vertical acima dos rivais, um tipo de self-preferencing. Um caso comum a várias jurisdições foi o dos websites comparadores de preços. A União Europeia em 2017 impôs uma multa de €2.4 bilhões pelo fato de o Google ter dado artificialmente “posição proeminente” no buscador horizontal ao seu próprio serviço de comparação de preços lançado em 2014²³.

Nos EUA, o principal comparador de preços Kelkoo teve uma redução de tráfego de cerca de 85% em razão de uma “penalidade algorítmica” que o Google teria imposto ao buscador vertical, rebaixando-a no ranking Google de busca horizontal. No Brasil também houve um contencioso no CADE entre o Google, que teria beneficiado o seu Google Shopping, e o comparador de preços Buscapé, mas o relator concluiu não haver conduta anticompetitiva²⁴.

Dados e Scraping

Outra conduta do Google se refere a demanda de que terceiros permitam acesso aos seus dados sob pena de serem removidos dos resultados do buscador horizontal e perderem tráfego. Isso permitiria ao Google incorporar esses dados de concorrentes em seu próprio serviço, uma prática chamada de “scraping”. Juntando os dados de terceiros aos seus, o Google aumentaria ainda mais sua capacidade de privilegiar os seus próprios buscadores verticais.

No caso do Yelp, o Google alegou que não haveria como remover o conteúdo daquele buscador do produto concorrente de propriedade do Google

²² Conforme o Seo Martin (<https://www.seomartin.com/sites-de-busca-o-que-e/#:~:text=Buscadores%20Horizontais,um%20site%20de%20pesquisa%20horizontal.>) “os sites de busca horizontais realizam pesquisas sobre todo tipo de conteúdo ou informação através da World Wide Web, diretos ou em banco de dados proprietário ou público”. Já “Os sites de buscas verticais ou especializados, realizam pesquisas especializadas para um tipo de conteúdo específico, como vídeos, comparação de preços, blogs e comunidades; ou ainda para um segmento de mercado, como automóveis, serviços, imóveis, turismo dentre outros”.

²³ O Tribunal Geral da União Europeia em janeiro de 2022 não aceitou a apelação do Google contra a decisão.

²⁴ Ver o voto do relator Mauricio Maia em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPHUyHwVr_Fy5GjGeoicanFI5jnfj6G1JbwffnEXRm88aaHv2JhZaXQxKL1AtzCVpeLrcA8lvKyuEfYnt1gH-

sem que o Yelp também fosse removido dos resultados da busca horizontal. Várias vezes, o Google apresenta as informações do Yelp diretamente no Onebox que aparece no topo dos resultados da busca horizontal. Essa disponibilização das informações do Yelp no Google torna desnecessário ao usuário visitar o Yelp. A FTC encerrou a investigação, concluindo que a conduta era eficiente por tornar a busca horizontal do Google mais responsiva ao que o usuário deseja.

Cópia dos Produtos de Concorrentes como Conduta Anticompetitiva

Mais que se apropriar dos dados, o Google copiaria produtos de terceiros, sendo que a conduta de insumo ou intermediário do buscador horizontal o ajudaria na “atividade copidora”.

A questão aqui é que copiar em si não é proibido. Na verdade, boa parte da concorrência de entrantes em vários setores ocorre por copiar pelo menos parte da ideia original de alguém. Como destacam Wright, Cooper e Yun (2020)²⁵ “imitar um concorrente bem-sucedido está entre as formas mais comuns de competir”. Assim, condenar o lançamento de produtos substitutos pelas Big Techs por se pode ser disfuncional para a própria concorrência.

Se houver proteção de propriedade intelectual adequada e se o usuário responsável não entender que houve infringência ao direito, presume-se que a alegada “cópia” se constitui em uma inovação: o produto não é suficientemente parecido para caracterizar-se como uma “cópia” pura e simples, havendo suficiente “novidade” do novo produto Google. Ainda que este último tenha se inspirado no produto original do terceiro.

Agora se o terceiro abriu a tecnologia para o Google, até para poder usá-la na plataforma da Big Tech, deve haver proteção por meio de contratos de confidencialidade.

Ainda que, de fato, se tenha infringido um direito de propriedade intelectual ou de um contrato de confidencialidade, Picker (2020) defende que não seria uma questão de concorrência, como veremos no caso da Amazon.

Propaganda, Assimetria de Informação e Competição

O RCA (2020) realça que o Google “atua simultaneamente em favor de websites e propagandistas, enquanto também transaciona por si mesmo, um conjunto de conflito de interessesque ...favorece a ele mesmo”, por meio da assimetria de informações.

Veamos a natureza disso nas buscas horizontais com base nos dois tipos de resultados: i) “listagens orgânicas”, que é o que surge quando o algoritmo apresenta o que melhor responde ao interesse do usuário com base no estoque de dados das buscas passadas de todos os usuários; ii) “listagens pagas” que apresentam o resultado do AdWords, que é pago pelos proprietários de websites para aparecerem com destaque nos resultados da busca horizontal do Google.

A acusação aqui é que o Google teria alterado as prioridades de apresentação dos resultados da busca, aumentando a proporção de listagens pagas sobre as orgânicas, tornando-as menos distinguíveis para o usuário, além de mostrar mais os seus próprios serviços do que os de terceiros, mais um tipo de

²⁵https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_joshua_wright_james_cooper_and_john_yun.pdf.

self-preferencing. Estas e outras mudançãs estariam obrigando terceiros a pagarem para se expor com base no Adwords, cada vez mais caro, de forma a recuperar a exposiçãõ perdida na busca orgãnica, permitindo ao Google auferir mais receitas de propaganda.

Ï pouco claro se a alteraçãõ do mix do resultado de buscas objetiva fechar o mercado para os verticais nãõ Google ou apenas aumentar os lucros do buscador horizontal Google. Neste ãltimo caso, nãõ haveria conduta de exclusãõ, mas, no mãximo, um abuso de posiçãõ dominante para elevar os preçõs do Adwords e, portanto, gerar um aumento de lucros.

De qualquer forma, o Google nãõ pode ir muito longe nessa ou qualquer estratãgia de manipulaçãõ dos resultados. Como destaca Tarantino (2012)²⁶, manipulações suficientemente grandes que geram resultados muito diferentes do que os usuãrios esperam induzem a estes mudar de buscador. Assim, os graus de liberdade para manipulações de resultados sãõ limitados.

Nesse sentido, o Google sempre se defendeu da alegaçãõ de que tem posiçãõ dominante, arguindo que o custo de troca do consumidor para mudar de buscador seria muito baixo, bastando dar um clique para migrar. Assim, repete o bordõ: “a competiçãõ estã a apenas um clique de distãncia”²⁷. O problema fundamental Ï o usuãrio ser induzido a acreditar que aquele Ï o melhor resultado de pesquisa que ele poderia ter (a listagem orgãnica) quando nãõ Ï. Nesse caso, a questõ Ï mais de defesa do consumidor pela assimetria de informaçãõ, cabendo a intervençãõ ocorrer nesta seara e nãõ na de defesa da concorrãncia.

“Google Schumpeteriano”

O RCA (2020) enfatiza as crescentes dificuldades de entrada no mercado de buscadores horizontais pelo fato de os dois principais players, Google e Bing, terem aperfeiçoado muito o produto “busca horizontal”: “Desde meados dos anos 2000, um mecanismo de busca poderia competir apenas pela proviçãõ de links da busca orgãnica. Dado que Google e Bing agora incorporam boxes de informaçãõ e vãrios serviçõs especializados diretamente em seus resultados de busca, um entrante precisaria similarmente oferecer um largo conjunto de caracterãsticas de busca e serviçõs. Um participante do mercado informou ...que este conjunto de “caracterãsticas obrigatõrias de alta qualidade” a serem oferecidas por um entrante que seja competitivo inclui mapas, respostas sobre negõcios locais, notãcias, imagens, vãdeos, definições e “respostas rãpidas”. Entregar esta variedade de caracterãsticas requer acesso a vãrias fontes de dados, aumentando o custo total de entrada”.

Este parãgrafo mostra que boa parte da dificuldade (real) de novos concorrentes nas buscas horizontais estãõ relacionadas a qualidade do serviçõ, ou seja, as eficiãncias do serviçõ dos dois principais incumbentes. E este Ï principal objetivo da concorrãncia: induzir os agentes a buscarem o melhor serviçõ. Ou seja, o RCA (2020) constata que os serviçõs de busca horizontal existentes, longe de estarem acomodados, estãõ constantemente se aperfeiçoando e entregando um produto melhor aos usuãrios. Assim, o Google mantãõ-se como um inovador Schumpeteriano, beneficiando o usuãrio.

²⁶ Tarantino, E.: A Note on Vertical Search engines foreclosure. In Harrington, J e Katsoulacos, Y. (orgs): “Recent Advances in the analysis of competition policy and regulation”. Edwar Elgar, 2012.

²⁷ “Competition is just a click Away”.

3.2. GOOGLE E APPLE E AS LOJAS DE APLICATIVOS EM CELULAR

“junte todos os nossos produtos, e assim iremos “prender” ainda mais os consumidores em nosso ecossistema” Steve Jobs

A Inovação “Loja de Aplicativos” e o Controle de Acesso

A Google Play Store e a Apple Store são as lojas de aplicativos instaladas de forma casada, respectivamente, nos celulares com sistema Android e iOS. Não são interoperáveis entre si e nem com outras lojas de aplicativos.

E, conforme o RCA (2020), entre 85% e 90% dos usuários se mantêm no mesmo sistema operacional quando trocam de aparelho, indicando haver claro efeito de lock-in dos usuários. De acordo com o RCA (2020) “os consumidores frequentemente têm softwares, dados e arquivos e outros hardwares e acessórios apenas compatíveis com um ecossistema, tornando improvável que eles troquem para um aparelho não compatível”.

É importante destacar a vantagem do chamado “aplicativo nativo” em ambas as lojas, o que é apontado como uma fonte de self-preferencing. O aplicativo nativo é uma peça padronizada de software otimizada para uso em um determinado equipamento celular e em um dado sistema operacional, podendo já estar pré-instalado no sistema operacional ou no próprio celular. A Apple pré-instala cerca de 40 aplicativos próprios nos iPhones, sendo muitos colocados como defaults, estando integrados ao núcleo do sistema operacional, o que facilita seu funcionamento.

Essa facilidade de funcionamento em relação a aplicativos não nativos de terceiros associada a tendência de inércia do usuário quanto ao aplicativo default já aproximariam os aplicativos nativos default de vendas casadas com os celulares/sistemas operacionais das lojas. Essa venda casada foi constatada pela Comissão Europeia que multou o Google em julho de 2018 em € 4.34 bilhões por i) requerer que fabricantes pré-instalassem os aplicativos de busca horizontal Google Search e Browser Chrome nos equipamentos com Android como condição para licenciar a sua loja de aplicativos; ii) realizar pagamentos para certos fabricantes em retorno a condição que fosse pré-instalado o aplicativo de busca horizontal de forma exclusiva e iii) proibir que os fabricantes que pré-instalem os aplicativos Google vendam celulares operando versões alternativas do Android não aprovadas pelo Google.

Note-se, no entanto, que aplicativos nativos e mesmo outros que as lojas confirmam preferência proveem segurança e confiança ao usuário de que aquele não gerará dano ao aparelho físico, funcionará adequadamente e não trará problemas de privacidade. E Google e Apple têm interesse reputacional que os aplicativos em seus sistemas funcionem bem. Até porque o usuário pode não distinguir problemas do aplicativo e no sistema operacional ou no celular. Isso implica que as condutas descritas também geram eficiências.

De qualquer forma, é preciso enfatizar que as lojas de aplicativos tanto do Google quanto da Apple adotam comportamentos muito mais cooperativos com desenvolvedores terceiros do que usualmente se vê em setores de infraestrutura em que um incumbente verticalmente integrado provê acesso, muitas vezes regulado, para concorrentes. O Google, por exemplo, provê a desenvolvedores, sem qualquer regulamento, “ferramentas de desenvolvimento de software para criar, testar e publicar aplicativos, suporte técnico e ferramentas analíticas e tutoriais” como destacado no RCA (2020). Mesmo assim, o RCA (2020) considerou a política do Google para desenvolvedores terceiros de aplicativos

“arbitraria e pouco transparente”. Ademais, o RCA (2020) também apontou que Google e Apple cobram tarifas elevadas para os desenvolvedores de aplicativos.

Sideload como Opção

O Google permitiria o chamado “sideloading”, baixando aplicativos diretamente da internet, o que mitigaria o problema concorrencial. Já a Apple não daria essa permissão.

Apesar disso, o RCA (2020) identificou que o Google acabava impondo dificuldades na prática com razoável frequência. A LG, por exemplo, informou a Epic que o seu contrato com a Google bloqueava o sideloading, sendo que se o usuário conseguisse instalar uma loja concorrente, o Google bloquearia funções como a atualização automática de aplicativos. Assim, o sideloading não pode ser considerado um substituto perfeito da loja do Google para obter aplicativos.

Estas restrições ao sideloading, no entanto, podem estar relacionadas com garantia de qualidade no funcionamento dos aplicativos do sistema operacional e do próprio celular. A distinção de uma conduta anticompetitiva não é trivial.

Processador de Pagamento Exclusivo

Vários aplicativos desenvolvidos para a loja do Google deixaram de poder ter um mecanismo de processamento de pagamento de terceiros, devendo usar exclusivamente o processador de pagamento -IAP- do Google, uma outra forma de venda casada.

Ora, processamento de pagamentos que não funcione adequadamente também sinaliza muito sobre a qualidade percebida pelo usuário. E constitui etapa particularmente delicada do ponto de vista da segurança destes usuários, o que magnifica esse efeito sobre a qualidade percebida de todo o sistema. Internalizar plenamente este mecanismo pode ser um meio eficaz de o Google evitar ou remediar este tipo de problema. Mais uma vez, há dúvida significativa sobre o balanço da conduta entre comprometimento da concorrência e eficiência.

O Caso dos Aplicativos de Mapeamento

Um exemplo de estratégia de lock-in dos usuários nas lojas de aplicativos vem do caso dos aplicativos de mapeamento. Tanto o Google quanto a Apple definiram seus próprios produtos de mapeamento como opções de default, respectivamente, no Android e iOS.

O Google também criou o “Google Maps Core Services” que se utiliza do Google Maps para entregar serviços, havendo várias funcionalidades que o usuário que tenha um aplicativo de mapa que não seja do Google não consegue fazer como i) apresentar ou usar conteúdo de lugares daqueles serviços; ii) ter uma imagem de uma rua e um mapa não google na mesma tela; iii) ligar conteúdo do Google Maps a um mapa não google. Ademais, os desenvolvedores estão proibidos de usar qualquer componente desses serviços com os serviços de outras firmas que não o Google. E note-se que o Google também oferece serviços que não são de mapas, mas que utilizam o Google Maps como insumo, sendo que seus concorrentes teriam as mesmas restrições.

Mais uma vez, o principal argumento do Google para tais restrições é evitar problemas de qualidade ou confusão de marcas pelo usuário. A empresa reporta casos de usuários do Google Maps que requisitaram serviços de reparos em residências com base em lista de provedores que não era do Google e que se mostrou falsa.

Preço Predatório no Google Maps

Conforme o RCA (2020), concorrentes alegaram preço predatório baseado na ideia de deep-pocket (bolso fundo): Google e Apple teriam investido na criação dessas bases de dados e tecnologia de mapeamento, sem precisar gerar lucro. Assim, antes de ser adquirido pelo Google, os executivos do Waze afirmaram que os “fundos ilimitados” do Google permitiram que esta empresa simplesmente doasse para seus usuários o Google Maps, gerando uma “disrupção financeira” no mercado de mapas. Os dados dos usuários obtidos com o uso desses mapas, por sua vez, retroalimentaram a capacidade de o Google oferecer mapas melhores.

Sabemos que a conduta de preço predatório é controversa no antitruste. A ideia do “deep-pocket” em que se assume que uma empresa está disposta a perder o dinheiro que for para afastar concorrentes mais ainda. A análise de concorrência convencional tem problemas com condutas em que se perde em valor presente esperado, dada a falta de racionalidade econômica embutida.

Motta (2004)²⁸ apresenta um modelo de teoria dos jogos de Benoit (1984) em que, com informação perfeita de incumbentes e entrantes, basta a ameaça dos primeiros para os segundos não entrarem. Assim, a predação nunca acontece de fato, bastando o entrante saber que o predador vai preda-se ele entrar²⁹. Para a predação ocorrer, é preciso haver assimetria de informação do entrante em relação a quão fundo é o bolso do predador (no caso a Big Tech) para sustentar uma briga. E não há dúvida que os entrantes têm uma boa noção que o bolso de uma Big Tech é bem fundo e ainda sim entram, o que não é o esperado pelo modelo. Alternativamente, algum viés cognitivo pode justificar uma entrada fadada a predação (um modelo ainda a ser elaborado). Estas sutilezas da racionalidade da conduta de Deep Pocket não foram trabalhadas pelo RCA (2020).

Por fim, formou-se uma vantagem inesperada de firmas pioneiras de mapas em aplicativos pois os países começaram a introduzir proibições de coleta de dados de localização das pessoas, o que limitou o desenvolvimento da tecnologia de mapeamento digital especialmente para entrantes.

Loja da Apple

Diferentemente do Google, a Apple foca o seu negócio em hardware com a maior parte das receitas ainda provenientes da venda de computadores, smartphones e acessórios, mas direcionando cada vez mais para serviços de seus próprios aplicativos e de terceiros na Apple Store.

O Android é mais aberto e não tem exclusividade absoluta com o Google, tendo lojas de aplicativos alternativas como a Amazon Appstore, a Aptoide, a F-Droid e a Samsung Galaxy Store. Já o iOS, sistema operacional da Apple não pode ser licenciado para fabricantes de telefones celulares que não

²⁸ Motta, M.: Competition Policy: Theory and Practice. 2004

²⁹ Em linguagem de teoria dos jogos, a decisão por predação é um equilíbrio no subjogo de um ramo do jogo em que há entrada. Como não há entrada em equilíbrio, este subjogo está fora da trajetória de equilíbrio do jogo.

sejam da Apple. A loja de aplicativos da Apple constitui a única forma de distribuir aplicativos baseados no sistema iOS e também não autoriza lojas alternativas em equipamentos com sistema operacional iOS.

A loja da Apple, assim como a da Google, não exige exclusividade. Mas, aplicativos que utilizem a Apple Store não podem informar os usuários que o mesmo aplicativo está mais barato fora da loja Apple, além de não poderem prover links, dentro da Apple Store, que levem os usuários a buscar assinaturas e métodos de pagamento diferentes do IAP da Apple. Nesse último caso, seria uma venda casada da loja da Apple com os seus serviços de pagamento, tal como o Google.

A Apple defende que a conduta previne o free-riding: o aplicativo ganharia seu “selo de qualidade” estando na loja Apple, mas se consegue vender mais barato fora, comprometeria a recuperação do investimento em qualidade da Apple que foi o que deu causa ao mencionado selo em primeiro lugar.

Em junho de 2020 a Comissão Europeia abriu investigações sobre estas condutas contra a Apple.

Restrições de Acesso ao Siri³⁰

A Apple não permite que fabricantes instalem em equipamentos que não sejam da marca mecanismo que responda ao Siri. Depois que o Spotify ingressou na Comissão Europeia contra a restrição da empresa ao uso do Siri, tendo sido aberta investigação mais ampla sobre o uso de assistentes digitais e produtos de “Smart Home” contra Apple, Google, Amazon, dentre outras.

O Spotify considera uma desvantagem não ter o mesmo acesso a algumas facilidades do iOS como ao Siri e ao Apple Watch. Naturalmente para ser considerado um problema anticoncorrencial, é fundamental mostrar que o acesso ao Siri e ao Apple Watch seja essencial para o Spotify competir.

Self Preferencing nas Lojas de Aplicativos

Ambas as lojas desenvolvem os seus próprios aplicativos e os privilegiam em detrimento dos de terceiros, expondo-os de forma mais destacada, típico self-preferencing.

Documentos internos do Google mostrariam que o acesso condicionado ao Android e a Google Play Store a colocação proeminente do buscador do Google iria comprometer parcerias que estavam se desenvolvendo entre operadores de telefonia móvel e buscadores rivais alternativos, o que indicaria um intuito ou mesmo a ciência de prejuízo a concorrência.

Segundo o RCA (2020), um exemplo interessante foi o da Tile que faz hardware e software para ajudar pessoas a encontrar itens perdidos. Houve anos de cooperação da empresa com a Apple até que essa empresa lançou o seu próprio produto para competir com a Tile, o “Find My”, que passou a ser pré-instalado nos iPhones como default. Após o lançamento do Find My, os usuários Tile passaram a ter dificuldades para ativar o serviço com “vários passos confusos para conceder permissão a Tile de fazer a localização do celular”.

³⁰ O Siri é o assistente de voz da Apple. O assistente de voz é um dispositivo de inteligência artificial que possibilita uma série de recursos, como pedir informações de tempo, trânsito, tudo por meio do comando de voz. Realiza pesquisas na internet ou programa o acionamento da TV, dentre outras tarefas na residência, o que viabiliza a “casa inteligente”. Concorre com a Alexa da Amazon que veremos abaixo.

Esta seria, conforme a RCA (2020), uma das várias histórias da Apple em “monitorar de perto o sucesso de aplicativos na loja da Apple, apenas para copiar os mais bem sucedidos e incorporá-los nos novos iPhones como aplicativos pré-instalados”. Esta possibilidade de cópia não explicitamente autorizada para a Apple copiar terceiros e proibida para todos os terceiros em relação a Apple nos “Acordos de Desenvolvedores da Apple”.

Lojas de Aplicativos e Dados

O “Android Lockbox” permitiu ao Google, como faz em seu buscador horizontal, extrair dados dos aplicativos de terceiros. Ademais, o Google teria requerido aos produtores de hardware que desenhassem seus produtos de forma a facilitar essa extração de dados.

O Duopólio e a Rivalidade das Duas Lojas de Aplicativos

Uma questão relevante é: em sendo um duopólio de lojas de aplicativos Google/Apple, haveria suficiente rivalidade entre ambos de forma a afastar as preocupações concorrenciais do segmento?

O RCA (2020) concluiu negativamente para uma rivalidade mais forte entre ambas dado que, além dos custos de troca, haveria uma falta de “competição dentro do mesmo aparelho celular”³¹, o que implicaria que “nenhum poder de mercado de cada uma das firmas é disciplinado pela presença da outra”. Esta seria a mesma conclusão da Comissão Europeia.

A uniformização de condições de venda entre as duas lojas também sinalizaria uma aparente colusão tácita com ambas cobrando a mesma comissão de 30% quando cada usuário instala um novo aplicativo de terceiros.

O custo de troca tem a ver com as diferentes concepções de interfaces, configurações e ambientes de Android e iOS, que demandam reaprendizado do usuário na mudança de tipos de celulares. Conforme o RCA (2020), “os usuários costumam escolher um tipo de tecnologia celular, aprendem esta, investem em aplicativos nesta tecnologia, armazenam dados e se mantêm com ela”.

Petit e Teece (2021) argumentam que essa teria sido uma abordagem equivocada, baseada na análise estática convencional das autoridades de concorrência, sendo “inconsistente com a evidência que mostra que a entrada do Android roubou usuários de smartphones da Apple a despeito dos modelos de negócio distintos e com a evidência atual de que ambos os ecossistemas competem por usuários por meio da diferenciação do produto em variáveis de escolha como privacidade”. Uma implicação curiosa, segundo os autores, é que, seguindo esta lógica, uma fusão de negócios do sistema operacional da Apple (iOS) com o Google (Android) não seria problemática do ponto de vista da concorrência dado não serem concorrentes!!!!

Dificuldade de Entrar no Mercado de Lojas de Aplicativos

O RCA (2020) indica ser pouco provável que um terceiro ecossistema de lojas de aplicativos surja no mercado. Consistente a tal percepção, Facebook, Amazon, Mozilla e Alibaba tentaram entrar nesse mercado de lojas de aplicativos, mas acabaram desistindo. O Alibaba havia realizado uma parceria com

³¹ On-device competition.

uma indústria de hardware, a Acer, para lançar uma variante do Android, chamada Aliyun. A ameaça do Google de acabar com a sua própria parceria com a Acer em retaliá-lo teria levado essa empresa a cancelar o contrato com o Alibaba.

Note-se, no entanto, que o RCA (2020) reconhece que o incremento da participação dos smartphones no acesso a internet e o modelo da loja da Apple ameaçaram a dominância do Google nas buscas horizontais, fazendo a empresa investir no sistema Android para viabilizar a sua loja de aplicativos nos celulares. A inovação da Apple e a reação do Google constituíram, por excelência, a “competição em seus próprios termos”.

Assim, caberia regular as lojas de aplicativos como “controladores de acesso” e obrigar Google e Apple a aceitarem todos os aplicativos, aplicando-se um regime de não discriminação? Conforme Picker (2020), isso além de ser “fisicamente impossível”, dificultaria bloquear aplicativos com malwares, pornografia ou com dicas para condutas ilegais em geral. A garantia de qualidade que se espera das lojas de aplicativo poderia ser comprometida.

3.3. FACEBOOK

Estratégia de Eliminação da Concorrência Potencial

Muitas das condutas tratadas no RCA (2020) sobre o Facebook dizem respeito a sua agressiva política de aquisições. Em documentos internos, mostrava-se claramente que o Facebook adquiriu empresas consideradas “ameaças competitivas para manter e expandir sua dominância”, reconhecendo a importância de reforçar os efeitos de rede da plataforma. Este foi o caso das aquisições do Instagram e do WhatsApp, não contestadas pelas agências antitruste^{32,33}.

Atribui-se o que seria a excessiva leniência das agências antitruste nestas operações do Facebook e das Big Techs em geral ao que seria nos EUA, segundo Kwoka (2020)³⁴, um padrão de prova excessivamente rigoroso para as fusões envolvendo eliminação de concorrência potencial, o que representaria “uma barreira substancial para as ações das agências antitruste no setor de tecnologia, dado que a tecnologia fungível e em rápida evolução gera uma grande dificuldade de identificar um competidor potencial”. O autor sugere que as análises de fusões entre concorrentes efetivos e entre potenciais passem a ser iguais.

Conforme Wu (2018), as agências antitruste globais não entenderam a dinâmica desses mercados e o papel da concorrência potencial, permitindo as plataformas dominantes realizarem as chamadas “aquisições matadoras”³⁵, fechando as empresas adquiridas ou descontinuando a oferta de produtos.

A análise da concorrência potencial, em geral, envolve a agência de concorrência demonstrar que caso a empresa adquirida não fosse comprada, teria entrado, com elevada probabilidade, no mercado da adquirente ou vice-versa.

³² O Apêndice do RCA (2020) apresenta uma lista exaustiva de todas as operações de aquisição pelas quatro Big Techs desde que nasceram até 2020.

³³ Na análise da agência antitruste inglesa argumentou-se que como o Facebook não tinha um aplicativo relevante de fotos e nem o Instagram tinha uma fonte importante de receitas provenientes de propaganda, ambos não competiam entre si. Conforme Wu (2018), qualquer adolescente poderia ter contado as agências que estavam mudando de plataformas, sendo essas, portanto, substitutas e concorrentes.

³⁴ https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_john_kwoka.pdf

³⁵ killer acquisitions.

Wu (2020)³⁶ considera que esse tipo de exercício é difícil nos mercados virtuais pois “a concorrência nascente é caracterizada por uma incerteza knightiana de uma tecnologia ainda não provada ou de um ecossistema emergente que pode evoluir em direções inesperadas”. A agência de concorrência deveria, conforme o autor, avaliar a aquisição de um concorrente potencial com um “viés de intervenção”.

A OCDE (2022) ressalta não caber buscar substitutos funcionais perfeitos na análise de fusões em mercados digitais já que essas empresas competem pelo “tempo, atenção e dados dos consumidores”. Para analisar o potencial de entrada em um mercado digital, caberia avaliar sobretudo a capacidade inovadora e o que elas estão desenvolvendo correntemente e não se seus ativos atuais permitem a elas produzirem bens ou serviços substitutos no presente.

Petit e Teece (2021) acrescentam que como a competição nos mercados digitais se baseia fundamentalmente na tecnologia, o horizonte de tempo sobre o qual ela acontece é mais amplo do que aquele derivado do paradigma convencional da análise de concorrência baseado em preços. Em lugar de avaliar a “substitutibilidade da oferta” em um ano, caberia verificar quem são os entrantes potenciais para um período de quatro anos, o que alargaria a possibilidade de contestação de fusões com base na concorrência potencial.

Rajan, Zingales e Kamepalli (2020)³⁷ também criticam o não reconhecimento do papel da concorrência potencial pelas agências de concorrência. Os autores exploram a questão de por que startups, dada a perspectiva de serem adquiridas, geralmente por um bom preço por Big Techs, não acabam gerando mais incentivos para entrar e investir, o que faria as “Killer Acquisitions” se tornarem positivas para o investimento daquelas empresas e não o contrário?

Os autores mostram que, com fortes externalidades de rede e altos custos de troca, os usuários que poderiam mudar de plataforma levam em consideração (ou internalizam) a probabilidade de aquisição futura da startup pela Big Tech, fazendo-os optar por aguardar a integração do produto do entrante no produto da incumbente Big Tech que eles já conhecem e usam, não incorrendo no custo de troca de plataforma. Essa espera estratégica para que o produto do entrante seja integrado a plataforma da Big Tech incumbente com a Killer Acquisition acaba por dificultar a entrada em primeiro lugar. E, quando ela ocorre, a falta de clientes que ficam esperando a integração de negócios futura reduz o valor do negócio da startup que acaba sendo realmente adquirida por um preço mais baixo pela Big Tech.

Ou seja, a profecia dos usuários de que a startup será realmente adquirida pela Big Tech e seu produto incorporado na plataforma desta última se torna autorrealizável. E essa aquisição ocorre a um preço baixo, desestimulando a entrada em primeiro lugar.

Como mostra a OECD (2021)³⁸ tem havido grande debate em todo o mundo para reinserir a matriz da concorrência potencial na discussão de fusões motivado pelas várias aquisições deste tipo pelas Big Techs.

³⁶ https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_timothy_wu.pdf.

³⁷ Raghuran Rajan, Sai Krishna Kamepalli & Luigi Zingales, Kill Zone (Becker Friedman Inst. Working Paper No. 2020- 19, 2020), <https://ssrn.com/abstract=3555915>.

³⁸ OECD (2021), Concept of potential competition, OECD Competition Committee Discussion Paper, <http://oe.cd/tcpc>.

Wright, Cooper e Yun (2020)³⁹, de outro lado, contestam a crítica de excessiva leniência das agências antitruste com fusões envolvendo concorrência potencial nos mercados digitais, citando a aquisição do Instagram pelo Facebook. Segundo os autores, a época da compra, o Instagram não tinha nenhuma receita e contava com uns poucos empregados, sendo que após ser adquirido teria crescido de 30 milhões para mais de 1 bilhão de usuários, sendo que “essa expansão substancial no número de usuários e no produto são o oposto do que se tipicamente considera um resultado anticompetitivo.”

Hovenkamp (2020)⁴⁰ defende que uma solução alternativa seria autorizar as Big Techs a obter direitos não exclusivos sobre o uso da tecnologia. Quando uma firma qualquer adquire um ativo, especialmente tecnologia, ela atribui valor a ele por duas razões. Primeiro, por ele ser um “ativo de integração”, ou seja, se integra ao seu capital e poderá produzir mais e melhor a partir disso. Segundo, por ele ser um “ativo de exclusão”, não permitindo que rivais explorem a tecnologia na competição com ela. A proposta de Hovenkamp seria, portanto, na avaliação da aquisição da tecnologia da concorrente potencial em mercados digitais permitir o uso como “ativo de integração”, mas garantir que ela não será exclusiva, reduzindo o seu papel de “ativo de exclusão”.

Tratamentos Preferenciais

O Facebook teria realizado um “enforcement seletivo” de suas políticas comerciais. De um lado, o RCA (2020) destaca um tratamento preferencial para “empresas amigas”. Seria o caso da Amazon para quem o Facebook concedeu acesso estendido a Application Programming Interfaces (APIs)⁴¹ pelo fato de a empresa estar gastando em propaganda na rede social.

Naturalmente que tratamentos preferenciais para grandes consumidores são práticas mais que usuais de comércio e não deveriam ser considerados como conduta discriminatória anticompetitiva. O máximo que reguladores ou agências de concorrência poderiam requerer seria a definição de regras objetivas e transparentes para tratamentos preferenciais. Contudo isso poderia inviabilizar negociações bilaterais com concessões mútuas, o que impediria a realização de eficiências, além de burocratizar excessivamente o fechamento desses acordos.

Independentemente de tratamentos preferenciais, como destaca Picker (2020), o Facebook não seria um sistema fechado, tendo aberto já em maio de 2007, o seu “social graph”⁴² para terceiros. Como esta API constitui o próprio mapeamento de todas as relações entre pessoas no Facebook, essa abertura seria “um passo para a paridade competitiva no limite da rede do Facebook. Um passo para um regime de não discriminação”. E, melhor, voluntário, sem regulamento.

TikTok Como Concorrente do Facebook

³⁹https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_joshua_wright_james_cooper_and_john_yun.pdf.

⁴⁰ https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_herbert_hovenkamp.pdf.

⁴¹ Segundo a IBM (<https://www.ibm.com/cloud/learn/api>), uma Application Programming Interface (API) é o que possibilita que uma empresa abra os dados e as funcionalidades para terceiros, permitindo que serviços e produtos se comuniquem entre si.

⁴² O “social graph” é uma API, a Graph API (Visão geral - Graph API (facebook.com)) que é a principal forma de inserir e retirar dados no Facebook. É por onde os aplicativos podem “consultar dados programaticamente, publicar novas histórias, gerenciar anúncios, carregar fotos e realizar uma ampla variedade de tarefas”.

A emergência da chinesa TikTok tem sido considerada como uma evidência de que o mercado de redes sociais é competitivo. O RCA (2020), no entanto, apesar de reconhecer que o TikTok se encaixaria em uma definição mais ampla de mídia social para distribuir e consumir vídeos, considera que ele não seria uma rede social e, portanto, não seria concorrente strictu sensu do Facebook.

De qualquer forma, a criação do Reels, com pequenos vídeos e muito parecido com o TikTok, é uma clara resposta pro-competitiva do Facebook.

3.4. AMAZON

Efeitos de Rede e Eficiência da Plataforma

Conforme o RCA (2020), a Amazon é o grande player do e-commerce mundial, estimando-se que mais de 60% de todas as buscas de produtos online se iniciam nessa plataforma.

A Amazon viabiliza intensa competição entre vendedores dado que não limita quantos ofertam o mesmo produto dentro de sua plataforma. Hovenkamp (2020)⁴³ aponta as virtudes do modelo de negócio da Amazon para a concorrência em vários mercados, pela empresa atuar como “internet broker” de empresas menores, os quais receberiam acesso a ferramentas de distribuição mais eficiente do que eles poderiam realizar por si próprios.

O RCA (2020) identifica a relevância dos efeitos de rede para a Amazon ligados a dificuldade de se conseguir um número de compradores e vendedores suficientes para “turbinar” ambos os lados do mercado simultaneamente. Para um comprador interessado em qualquer item, ele terá a maior variedade possível de ofertantes na Amazon, aumentando a probabilidade de achar exatamente o que deseja. O hábito, a familiaridade e a confiabilidade do usuário em relação a plataforma também definiriam um custo de troca para mudar de loja. A construção da rede logística mundial da Amazon, que permite escala e escopo sem igual para satisfazer as necessidades do consumidor e com rapidez, é custosa, dificultando a entrada.

Duplo Papel

O duplo papel da Amazon de vendedor direto e hospedeiro de produtos de terceiros é citado como gerador de um “conflito de interesses”. A empresa, em geral, precisa que terceiros que utilizem sua plataforma contactem os seus consumidores. Essa falta de informação dificulta a terceiros construírem sua própria marca e mudarem de plataforma, ampliando o custo de troca. Este duplo papel é o que geraria a capacidade de discriminar em favor de suas próprias operações, mais um tipo de self-preferencing.

Lock In

A Amazon geraria efeitos de lock in tanto para fornecedores quanto para compradores. De um lado, a empresa estaria forçando fornecedores a se tornarem exclusivos da empresa e, de outro, os programas de fidelidade da Amazon, incluindo o Prime, ampliariam o custo de troca do comprador.

Buy Box

⁴³https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_herbert_hovenkamp.pdf

A Amazon nro ř, em geral, um comparador de ofertas. Quando o consumidor clica em um produto ofertado na Amazon, a empresa escolhe um řnico vendedor entre os vřrios ofertantes para apresentř-lo no seu “Buy Box”. Esta escolha de quem serř apresentado no Buy Box ocorre por meio do “algoritmo Buy Box” que, segundo a empresa, busca prever a oferta que o consumidor escolheria por si prprio apys comparar todas as ofertas. Esse algoritmo considera critřrios como prezo, rapidez e custo da entrega, elegibilidade do usuřrio no programa “Prime” e performance do vendedor, mas apenas a prpria Amazon sabe exatamente o peso desses critřrios e como o algoritmo funciona.

A falta de transparęcia da Amazon sobre quem ř mais ou menos escolhido para o Buy Box introduz a possibilidade de discriminaęro contra terceiros especřficos e de self-preferencing em favor dos produtos da Amazon. Picker (2020) sugere uma regulaęro de nro discriminaęro no Buy Box.

Fulfillment by Amazon (FBA)

O negycio de logřstica da Amazon para terceiros, o “Fulfillment by Amazon (FBA)” serve 85% dos 10 mil mais importantes vendedores da empresa, realizando, estocando e entregando os pedidos. Hř acusaęxes no RCA (2020) de que quem nro demanda o FBA ř discriminado nos resultados do Buy Box. Apesar de a Amazon afirmar que utilizar o FBA nro seria critřrio nos algoritmos de busca da empresa, documentos internos teriam revelado o contrřrio.

Dados, Cypias e Concorręcia

O RCA (2020) aponta que a Amazon se beneficia do “acesso aos dados de terceiros para identificar e replicar produtos populares e lucrativos”, o que permitiria a empresa copiř-los para criar o seu prprio “produto clonado”. Em julho de 2019, a Comissřo Europeia iniciou investigaęro sobre como a Amazon estaria utilizando “informaęro competitiva sensřvel” baseada em seu “duplo papel”.

A Amazon responde, no entanto, que nro tem incentivos para “abusar da confianęa” de terceiros, pois esses representam 60% de suas vendas.

Ainda que a Amazon copie produtos de terceiros, Picker (2020)⁴⁴ discute se o uso dessa informaęro seria uma conduta pr ou anticompetitiva? O autor cita o exemplo do laptop popular da Amazon por US\$ 19, indistinguřvel do que a Rain Design vendia por US\$ 43. Nro haveria alegaęro de violaęro de direitos de propriedade intelectual e nem de prezo predatory, apenas a venda de uma cypia.

Outro caso parecido foi o dos novos sapatos ofertados pela Amazon, pelo prezo de US\$ 35, muito parecidos com o Allbirds de terceiros com o prezo de US\$ 95. A grande diferenęa ř que o Allbirds ř produzido de forma sustentřvel e o sapato da Amazon nro. Nro hř alegaęro de violaęro de direito de propriedade intelectual. A conduta ř pr-competitiva segmentando o mercado conforme as preferęcias distintas dos usuřrios quanto ao quesito “sustentabilidade”.

⁴⁴ https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_randalpicker.pdf.

De qualquer forma, a própria Amazon já adotou voluntariamente uma política de proteção de dados dos vendedores, o que proibiria a equipe de varejo da empresa de copiar dados no públicos dos vendedores.

Propaganda

Apesar de a propaganda paga nas buscas por produtos na Amazon ser lucrativa, a empresa não deixa que alguns dos grandes vendedores que compitam com seus próprios produtos comprem esse serviço de propaganda. Ou seja, trata-se de uma restrição competitiva parcial: a Amazon vende o produto concorrente, mas não faz propaganda dele quando o vendedor é grande.

Mas o RCA (2020) também faz acusações diametralmente opostas: a Amazon condiciona alguns vendedores que estiverem vendendo na plataforma a fazer propaganda, com pena de perda de posição nas prioridades do Buy Box.

Ou seja, de um lado a Amazon forçaria os vendedores a fazerem a propaganda paga na plataforma. De outro lado, recusaria a fazer essa mesma propaganda para vendedores maiores que compitam com ela, apesar de não recusarem vender o produto.

As duas condutas parecem ser a antítese uma da outra, mas nos parecem indicar a seguinte lógica da Amazon. Em sua estratégia competitiva, a plataforma se preocupa mais em não reforçar as marcas de terceiros que competem com as suas próprias marcas, por meio da sua propaganda, do que da concorrência direta entre os produtos dentro da sua plataforma. A Amazon deve presumir que este reforço da marca de terceiros pode fazer com que os usuários passem a ir direto para o site do terceiro na próxima aquisição, eliminando a primeira como intermediária. A propaganda do terceiro na Amazon, inclusive, poderia estimulá-lo a ampliar seu portfólio de produtos vendidos em seu próprio site ou mesmo plataforma, concorrendo mais diretamente com a Big Tech. Esse efeito reforço da marca pela propaganda do terceiro na Amazon seria, de fato, mais relevante, nos vendedores maiores.

Ademais, a Amazon deve presumir que a venda propriamente dita dos produtos de terceiros não gera um reforço tão grande da marca do terceiro a ponto de os usuários passarem a ir direto para o site ou plataforma do terceiro. O lucro da Amazon como intermediária dos terceiros deve mais do que compensar eventuais perdas com a concorrência direta com os seus produtos. E no caso dos pequenos, o lucro imediato com propaganda também seria mais do que compensador em relação ao efeito “reforço da marca” o que equivale a Amazon não acreditar que os usuários migrarão para os sites daqueles.

Em síntese, o mais importante para a Amazon seria se manter como intermediária a qualquer custo, o que tem mais probabilidade de ser perdido ao realizar propaganda para terceiros grandes do que para pequenos. Esta é uma conduta para evitar a concorrência como intermediários, o que é uma disputa de mais longo prazo. Já a concorrência direta mais de curto prazo dos produtos dentro da plataforma, seja de vendedores grandes seja de pequenos, não parece ser o principal alvo da Amazon. Mais uma vez, o importante para ela é se manter como intermediária.

Colocando em termos da discussão sobre fechamento vertical da introdução, a preocupação da Amazon, considerando esta conduta isoladamente, seria evitar que empresas nos mercados adjacentes de bens vendidos na Amazon cresçam e migrem para o mercado original da plataforma e não “estender” o seu poder no mercado original da plataforma para os mercados de bens. O principal para a Amazon assim não seria se tornar uma “loja de tudo”, mas se manter como a “loja de todas as empresas”, intermediando-as com o usuário final.

Cláusula de Nazro Mais Favorecida

A Amazon faria uso frequente de “cláusula da nazro mais favorecida”, garantindo que nenhuma outra plataforma com que terceiros negociem terro condixes mais favoráveis que a primeira. Segundo o RCA (2020), a empresa teria uma historyria de usar este tipo de dispositivo contratual para impedir que seus vendedores contribuam para o sucesso de plataformas que sejam seus concorrentes.

A empresa teria imposto esta cláusula sobre os vendedores americanos até 2019, quando a partir de um questionamento antitruste, a Amazon resolveu troc-la por uma “política de prezo justo”, a qual, segundo o RCA (2020), teria, na prática, “o mesmo efeito de bloquear terceiros de oferecer prezos menores em outros sites de varejo”.

A questo aqui ã se nro pode ser julgada normal uma conduta comercial em que, na relaço entre parceiros, um deles requeira nro ser tratado de forma pior que um concorrente. E se o terceiro tratar a Amazon de forma pior, nro seria uma “parceria menos parceira”? Na experikncia de qualquer empresrio, nro ser tratado tro bem quanto terceiros por vezes enseja “rediscutir a relaço”.

Prezos Predatyrrios

Fox e First (2020)⁴⁵ defendem que a conduta de prezo predatyrrio ã muito problemática em mercados digitais em funço da dinâmica “ganhador leva tudo” que incentiva a busca do crescimento da empresa em lugar da maximizaço dos lucros e (a facilidade) dos subsídios cruzados entre linhas de negycios. O padrro de análise dessa conduta requer a prova de “recuperaço” dos lucros, o que dificulta a condenaço. Дан que os autores sugerem remover esta exigkncia.

A Amazon ã acusada de adotar prezos predatyrrios em várias linhas de negycios. Conforme o RCA (2020), essa foi uma estratégia da Amazon em sua entrada no mercado de e-books, quando passou a ofertar o Kindle em sua loja.

Parte dessa estratégia predatyrria estaria no programa de “membros prime” da Amazon, que seria consistentemente deficitário ao longo dos anos.

Tal como nas mais variadas promoções de vendas em muitos negycios na economia, há estratégias de descontos vinculadas a alguma forma de fidelizaço, sendo uma das mais tradicionais os programas de milhagens de companhias aéreas. E tais promoções sro, em geral, consideradas pry-competitivas. Томб-las por anticompetitivas apenas porque foram adotadas por uma Big Tech, poderia desestimular a “concorrncia em seus mñritos”.

Uma acusaço de conduta predatyrria da Amazon, que indica “concorrncia em seus mñritos” da plataforma, foi feita pela Alianza dos Direitos dos Artistas (similar ao ECAD brasileiro). Essa última levantou preocupações sobre a incluso dos servios de streaming de músicas no “programa prime” pois poderia “reduzir os royalties de uma forma anticompetitiva” com “perigo de prezo predatyrrio”. Conforme o RCA (2020), “os criadores precisam de uma economia que mais acuradamente veja e valorize seu trabalho; nro uma com prezos reduzidos que enreda a música mais profundamente em uma rede de coleta de dados sem alma”. Aqui ã possível que o modelo de negycios da Amazon tenha tro somente

⁴⁵ https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_harry_first_and_eleanor_fox.pdf

desestruturado uma espécie de cartel no segmento, com claros benefícios aos consumidores de música.

Esse caso indica o elevado risco tipo I (condenar uma conduta pró-competitiva) das acusações de preço predatório em particular: usar uma “narrativa” de concorrência, com termos de apelo emocional como “valorização do trabalho” e “dados sem alma”, para manter os consumidores de música pagando mais caro em um mercado que se organizou anteriormente justamente para não ter concorrência.

Alexa

Na Amazon, tem-se destacado o ecossistema de assistência de voz formado em torno da “Alexa” que, conforme o RCA (2020), geraria propensão a lock-in dos usuários a partir de grandes descontos em aquisições em um ecossistema da “Internet das Coisas”.

Segundo o RCA (2020) a Amazon estaria “criando um grande portfólio de serviços, ferramentas de desenvolvimento e aparelhos para a plataforma Alexa”, o que permitiria as pessoas terem “a Alexa em seus ouvidos, seus olhos e em redor de seus dedos”. Esta ubiquidade da Alexa na rotina dos usuários a faria também se tornar uma “fonte maior de dados dos consumidores”, sendo mais um elemento de reforço do poder de mercado do ecossistema Amazon.

A avaliação desse mercado de assistente de voz é de elevadas barreiras a entrada devido aos significantes investimentos requeridos, incluindo insumos críticos ao serviço como “inteligência artificial, hardware para voz e infraestrutura de computação em nuvem (cloud computing)”. O RCA (2020) destaca que a Alexa teria um alcance de aplicações maior que os seus outros dois grandes concorrentes, o Google Assistant e o Siri.

A Amazon também foi acusada no RCA (2020) de self-preferencing ao favorecer seus próprios serviços, tornando-os default dentro da Alexa. Assim, qualquer item que for solicitado para aquisição pela Alexa, seria automaticamente encaminhado para o “carrinho de shopping da Amazon”.

Suponha que a Amazon desse de graça a Alexa para os usuários com o objetivo explícito de eles conhecerem melhor os produtos (e apenas estes produtos) Amazon e ainda, de quebra, vários outros serviços oferecidos por uma simpática moza (e praticamente uma “nova amiga”) virtual. Seria uma forma nova (e bem cara) de marketing da empresa. Seria isso uma conduta anticompetitiva? Decididamente não. Qual mudança radical que existe quando a Alexa é vendida? O que está em jogo é a Amazon ter inventado um método muito eficiente de vender mais. E buscar novas formas de vender mais é também competir.

A questão relevante aqui diz respeito mais uma vez a assimetria de informação: em que medida os consumidores estão cientes que a Alexa não é um assistente de voz neutro em relação às suas indicações? Dado que o self-preferencing do Alexa, se existir, deve ser tratado melhor no direito do consumidor do que no direito da concorrência no sentido de garantir uma informação de que ela é, majoritariamente, um veículo de vendas da Amazon.

A Alexa representa, de fato, um produto disruptivo e com enorme agregação de valor aos usuários. Associar os complexos insumos citados e construir algo assim constitui uma típica história Schumpeteriana. Ademais, apesar de a Alexa liderar o mercado por enquanto, Google e Apple têm condições de inverter essa posição. Concorrência em seus méritos.

Computação em Nuvem

Outra área de dominância da Amazon é a computação em nuvem, dada a sua vantagem de firma pioneira e economias de escala derivadas de elevados custos fixos, sendo que o Amazon AWS é considerado o que tem o maior número de ofertas de produtos na nuvem,

Segundo o RCA (2020), o AWS teria adquirido tecnologias na nuvem, migrando-as de uma integração prévia com várias nuvens para algo aplicável apenas a AWS, fechando pela exclusividade o acesso de concorrentes aquelas tecnologias e aumentando o custo de troca dos consumidores. Segundo o RCA (2020), “por meio de uma combinação de self-preferencing, apropriação de informação de produtos e posterior cópia e degradação da interoperabilidade, a Amazon buscou eliminar produtos que funcionavam em várias plataformas por produtos que apenas funcionavam na Amazon. A conduta da Amazon já havia levado a que vários projetos de fonte aberta se tornassem mais fechados e mais direcionados a necessidade de se proteger da cópia que se esperava que a Amazon fizesse”.

Um exemplo de ferramenta de análise de dados na nuvem e busca anteriormente aberta de terceiros, o Elasticsearch era vendida pela AWS. A Amazon acabou por lançar uma cópia, o Amazon Elasticsearch Service que foi colocado em posição melhor na listagem da AWS, em uma estratégia de cópia com self-preferencing.

Em reação a esta conduta da Amazon, o RCA (2020) indica que outros softwares abertos como o Confluent, Redis Labs e o CouchDB, entre outros, acabaram por realizar mudanças no sentido de reduzir o nível de acesso ao seu software para diminuir a probabilidade de cópia pela Amazon. Isso mostra, no entanto, que não contar com o “insumo” do acesso da plataforma, pelo menos para este mercado da computação em nuvem, não é impossível.

A questão aqui é que arquiteturas abertas de software facilitam aos usuários aderirem e desenvolverem em cima dele. É copiá-los. É um trade-off que sempre se enfrenta quando se escolhe um produto patentado, o qual apresenta informações abertas que facilitam cópias por terceiros no limite de infringir o direito, ou um trade-secret em que não se disponibilizam informações sobre o produto. Nesse último, há naturalmente menos facilidade de adesão e desenvolvimento, até pela dificuldade de entender o produto. Em compensação, nos trade-secrets protege-se menos contra a cópia quando se depende menos das informações abertas típicas dos relatórios de patentes e se implementa engenharia reversa do produto com mais facilidade.

Intervir nesse trade-off das Big Techs em favor de arquiteturas sempre abertas pode comprometer seriamente os incentivos a inovação quando, porventura, a empresa preferir ter arquitetura fechada.

3.5. *SELF-PREFERENCING*

As várias formas de Self-Preferencing das Big Techs, conforme o RCA (2020), seriam claramente anticompetitivas.

No entanto, imagine-se que uma Big Tech crie um produto em um mercado adjacente que desde o início seja desenhado para operar conjuntamente ao produto principal. Mais do que isso, a Big Tech realiza ajustes no programa do produto original para que seu produto no mercado adjacente

funcione melhor. Pelo fato de o produto do mercado adjacente ser concebido dentro da lógica de funcionamento do produto principal, com provável integração das equipes do novo produto e do principal, é natural que funcione melhor do que produtos de terceiros. Assim, essa integração vertical é eficiente com ganhos de coordenação e especificidade de ativos dos programas dos produtos principal e adjacente.

De outro lado, as Big Techs podem ter alterado as interfaces do produto principal com o objetivo não de melhorar o funcionamento de seu produto adjacente, mas sim de prejudicar o acesso de terceiros do mercado adjacente. Nesse caso, as mudanças no desenho do programa do produto original responderiam mais a um comportamento anticompetitivo do que ao intuito alegado de melhorar o funcionamento dos produtos.

É possível, na verdade, ter simultaneamente as duas motivações nas mudanças na interface do produto principal da Big Tech, por serem anticompetitivas. Agora imagine-se a discussão entre a Big Tech, os terceiros que se sentem prejudicados e o regulador sobre as complexas técnicas das alterações no programa do produto original. É, em geral, muito difícil o terceiro prejudicado ou o regulador serem capazes de “concluir” (observar) e “provar” (verificar) que a motivação anticompetitiva existe e é a predominante nas mudanças de desenho. Há uma miríade de razões operacionais que podem ser alegadas para os dois lados.

No antitruste em geral, é frequente se considerar que os efeitos negativos de condutas potencialmente anticompetitivas em geral são maiores que eventuais eficiências quando quem implementa apresenta posição dominante. A empresa com posição dominante é considerada um “elefante em uma loja de louças”: qualquer movimento mais brusco, quebra alguma coisa. Por isso a linha adotada no RCA (2020) é de que as agências antitruste deveriam adotar uma proibição quase per se para o self-preferencing das Big Techs.

J6 Cremer, Motiève e Schweitzer (2020)⁴⁶ defendem que o self-preferencing não seja considerado abusivo per se, mas sujeito a um “teste de efeitos” da conduta, ou seja, a regra da razão usual. Na mesma linha Wright, Cooper e Yun (2020)⁴⁷ defendem que a análise do self-preferencing seja feita resgatando a matriz de se essa conduta prejudica os consumidores e não simplesmente os rivais, o que estaria sintonizado com a velha máxima de que a política antitruste deve proteger a concorrência e não os concorrentes. Essa foi a linha da FTC em 2013 após dois anos de investigação sobre o self-preferencing do Google: “a evidência quantitativa que a Comissão examinou é largamente consistente com a conclusão que o Google provavelmente beneficiou os consumidores ao mostrar de forma mais proeminente seu conteúdo vertical nas suas páginas de resultado de busca”.

Petit e Teece (2021) discordam da postura hostil contra o self-preferencing, indicando que a conduta pode ser vista como uma segunda etapa do processo de desenvolvimento de novos mercados adjacentes. Inicialmente, a Big Tech promove a competição e inovação entre terceiros nesses mercados adjacentes de forma a avaliar o que dá e o que não dá certo. Uma vez terminada esta fase da “competição com aprendizado”, produzindo dados suficientes para a Big Tech, “a plataforma pode agarrar uma oportunidade de negócio e transformá-la em uma proposição nova com mais valor, recorrendo a integração vertical. O

⁴⁶ Competition policy for the Digital Era. Jacques Cremer Yves-Alexandre de Montjoye Heike Schweitzer EUROPEAN COMMISSION.2020.

⁴⁷https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_joshua_wright_james_cooper_and_john_yun.pdf.

self-preferencing seria simplesmente o epílogo desse processo. As firmas digitais recorrem ao self-preferencing para eliminar os desenhos ruins de produtos e consolidar um desenho dominante”.

Nesse sentido, os autores sugerem que houve equívoco da Comissão Europeia (CE) pela condenação do self-preferencing na forma de exposição com mais destaque do Google Shopping no buscador horizontal do Google, desconsiderando erroneamente o “processo evolutivo” do segmento. Pior, Petit e Teece (2021) argumentam que o Google estaria, por meio do Google Shopping, “comandando uma coalizão que seria um esforço para competir com a Amazon em todo o seu conjunto de produtos” e que “da perspectiva da ideia de construção de capacidades dinâmicas de longo prazo⁴⁸, o self-preferencing deveria ser entendido como o prólogo de níveis crescentes de concorrência entre plataformas”. Em síntese, o Google Shopping seria um veículo para a concorrência entre duas Big Techs.

Note-se que o importante nas análises que se veem sobre self-preferencing é a comparação da relação do negócio principal da Big Tech com terceiros de um lado e suas associadas de outro nos mercados adjacentes. Nesse sentido, se a mudança procedida pela Big Tech no desenho do produto no negócio principal, para ajustá-lo melhor ao produto próprio no mercado adjacente, também melhorar (ou pelo menos não piorar) a interface com o produto do terceiro, ainda sim pode ser considerado que houve uma conduta anticompetitiva de self-preferencing. Isso pode ocorrer quando o produto próprio foi proporcionalmente mais beneficiado com a alteração que o produto de terceiro.

Mas, neste caso, o regulador ou agência de concorrência que contestassem o self-preferencing estariam simplesmente impedindo que a Big Tech faça um movimento de inovação que aprimora o produto para todos, ainda que de forma mais significativa para si própria do que para terceiros no mercado adjacente. Entendemos que se a matriz relevante do regulador em favor da concorrência é, antes de tudo, incentivar a busca de produtos melhores a análise do self-preferencing deveria recair menos na comparação das interfaces do produto principal com os produtos próprios e de terceiros e mais na melhoria ou piora destas interfaces para terceiros.

Nesse contexto, não seria obrigatório da Big Tech garantir interfaces que não privilegiem seus próprios produtos em relação a terceiros. Mas sim, garantir que as novas interfaces das Big Techs não piorassem a relação com terceiros. O alvo da regulação deixa de ser o concorrente e passa a ser o usuário que terá tanto os produtos da Big Tech como os de terceiros nos mercados adjacentes melhores que antes.

É obrigatório da Big Tech também facilitar ao máximo os ajustes requeridos nas interfaces de terceiros nos mercados adjacentes para se adaptar aos ajustes realizados no produto principal sem qualquer comprometimento (e, se possível até melhora) de qualidade. No entanto, se a melhora for maior ou até bem maior na interface com o produto próprio da Big Tech, entendemos que não deveria caber contestação do regulador. Assim, o processo evolutivo Schumpeteriano proposto por Petit e Teece (2021) poderia continuar ocorrendo normalmente, desde que o produto de terceiros não ficasse pior. A tarefa de se

⁴⁸ A construção de capacidades dinâmicas de longo prazo pode ser entendida como a trajetória da estratégia de inovação que permite chegar no mais curto espaço de tempo ao produto mais otimizado possível tanto no sentido de menor custo quanto de maior qualidade para o consumidor. Torna a empresa o mais competitiva possível no quesito inovação no longo prazo.

adaptar e melhorar a interface com o produto principal em relação ao que existe seria do terceiro e não da Big Tech.

A regulação sairia de um “self-preferencing comparativo”, em que a relação com terceiros e empresas do mesmo grupo tem que ser igual para um “self-preferencing evolutivo”, em que basta a Big Tech não piorar a interface para o terceiro. Uma vantagem adicional desta mudança de abordagem é reduzir o moral hazard da implementação da regulação de self-preferencing.

4. BIG TECHS: DIRETRIZES DE SOLUÇÃO NO RCA (2020)

O RCA (2020) indica três grupos de medidas para endereçar os problemas constatados nos mercados digitais. Enquanto dois são recomendações gerais de fortalecimento e melhoria do enforcement das leis antitruste, um dos grupos se direciona a “restauração da economia digital”. Vejamos os principais pontos.

Separações Estruturais e Proibições de Operação em Negócios Adjacentes

A proposta de separação estrutural é a mais radical do RCA (2020), justificando-a com base no bordão clássico do antitruste acerca da superioridade do remédio estrutural sobre o comportamental. Kwoka e Valletti (2021)⁴⁹ destacam que essa separação estrutural acabaria não apenas com a capacidade, mas com os incentivos a discriminar em favor da empresa associada. Enfatizam que o remédio estrutural evitaria o usual “jogo de gato e rato” entre regulador e player dominante que existe no remédio comportamental em que o primeiro tem assimetria de informação sobre o negócio em relação ao segundo, em um insuperável moral hazard na implementação da medida.

Kwoka (2020) cita a possibilidade nos mercados virtuais de a plataforma proceder a “alterações aparentemente neutras do algoritmo” que escondem, na realidade, uma estratégia de self-preferencing por terem suas consequências entendidas apenas pelas próprias empresas. O processo requerido para a agência antitruste contornar o problema informacional e ser capaz de detectar como se viabiliza o self-preferencing pelo algoritmo “opera em um horizonte de tempo inconsistente com o rápido passo das mudanças, e com a capacidade das companhias alterarem o produto de forma a ficar a frente do processo antitruste”.

Mitchell (2020)⁵⁰ aponta que seria “virtualmente impossível” monitorar as condutas anticompetitivas da Amazon sem uma separação estrutural, incluindo o elevado número de vendedores e transações e “as várias formas sutis e difíceis de detectar que a Amazon possui para desviar os resultados em favor de seus próprios interesses”. A separação estrutural, ademais, permitiria uma regulação mais leve e menos burocrática⁵¹.

⁴⁹ Kwoka, J. E. e Valletti, T. M.: Scrambled Eggs and Paralyzed Policy: Breaking Up Consummated Mergers and Dominant Firms (November 24, 2020). Industrial and Corporate Change, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3736613> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3736613>.

⁵⁰ https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/submission_from_stacy_mitchell.pdf.

⁵¹ A separação estrutural implementada na AT&T em 1984 seria uma referência importante para o caso das Big Techs. Não apenas a AT&T teve que se desfazer de seus negócios locais (considerados quase monopólios naturais à época), dando origem as Baby Bells, e passando a focar apenas na longa distância, como foi proibida de se reverticalizar por um longo período. Mais tarde, nos casos Microsoft, a separação estrutural dos negócios do sistema operacional com os outros negócios chegou a ser também fortemente cogitada, mas não implementada, ficando apenas a regulação de condutas.

J6 Hovemkamp (2020) é crítico das propostas de implementar quebras estruturais das Big Techs: “Vejo pouco mérito nas várias propostas de quebrar as grandes plataformas digitais como Amazon ou Facebook. Tais propostas parecem ver o próprio tamanho como o errado a ser proscrito e oferecem pouca garantia de que preços e quantidades melhorarão. O oposto é o mais provável..... não há uma forma óbvia de quebrar plataformas digitais integradas sem causar prejuízos sérios a ambos, usuários e investidores.... Qualquer separação que interfira com as economias de escala resultará em custos maiores e muito provavelmente preços maiores ou menor qualidade do produto”.

O autor destaca especificamente o custo competitivo em vários mercados se fosse separar a Amazon, removendo a marca própria da empresa. Esta última, por exemplo, vende baterias da Amazonbasics que competem no site da Amazon diretamente com Duracell, Ray-O-Vac, Energizer e Delco. Também concorre com a Black and Decker em pequenos eletrodomésticos, malas com a Samsonite, artigos de escritório com a 3M, entre outros. Como destaca o autor “o impacto da competição da marca própria da Amazon em justaposição próxima com terceiros força os preços das grandes marcas para baixo, as quais possuem significativo apelo de marca e altas margens. A separação das marcas próprias das marcas de renome (ou mesmo requerendo a Amazon a retirar do mercado uma ou outra) reduzirá a pressão da concorrência sobre essas últimas, possibilitando esses preços maiores. Os consumidores serão prejudicados e os pequenos negócios dificilmente serão beneficiados. Uma política antitruste adequada requer avaliar quem e como será prejudicado antes de ir adiante”.

De qualquer forma, os principais custos da quebra vertical são a perda da capacidade de coordenação entre os negócios principal e adjacentes das Big Techs, os quais, como ativos específicos recíprocos, são capazes de gerar muito valor aos usuários. Ademais, as Big Techs, seja por imitação, seja por criação própria, continuam demonstrando grande vitalidade Schumpeteriana, sendo que restringir pela regulação sua capacidade de expansão em mercados adjacentes gerará elevado custo de oportunidade social na forma de inovações que nunca ocorrerão. E o pior: nunca se saberá o que se deixou de inovar.

Em síntese, apesar de alguns benefícios, a magnitude e a incerteza dos custos da quebra vertical são muito significativas. Pode-se cogitar que terceiros que deixaram de ser discriminados tomarão, em alguma medida, o lugar das Big Techs no papel de inovador Schumpeteriano nos mercados virtuais. Essa é, no entanto, uma aposta bastante especulativa.

Requisitos de Não Discriminação e Proibição de Self-Preferencing

A proibição pura e simples ou tratamento per se do self-preferencing pelas Big Techs seria o remédio comportamental mais óbvio, sendo frequente na regulação de setores de infraestrutura.

Como vimos na discussão acima, no entanto, há grande dificuldade de implementar desse tipo de regulação, especialmente sem quebra estrutural. Picker (2020) destaca o elevado grau de litígio observado nos antecedentes de regulação de acesso na telefonia e internet.

Igualmente importante para o autor são algumas questões práticas da implementação da não discriminação. Por exemplo, como seria aplicado um regime de não discriminação para a pré-instalação de aplicativos da loja da Apple. A não discriminação implicaria requerer que a empresa teria que pré-instalar todos os aplicativos concorrentes da Apple Music? Ou caberia obrigar a criação de uma tela de busca universal para todos os aplicativos para os quais a empresa pré-

instalou um aplicativo? Todas são soluções bem estranhas e provavelmente geradoras de confusão e ineficiência.

Uma regulação de preços de acesso usual na infraestrutura é de que esses devem ser “justos e razoáveis”, o que já não é um exercício trivial em qualquer setor, muitas vezes recorrendo-se a custos passados ou previstos. Em modelos de negócios baseados em propaganda, a implementação de precificações de acesso fica bem comprometida.

E quando o princípio da não discriminação recair sobre a “qualidade” do acesso prestado, como determinar um ajuste nos algoritmos?

Aplicar essa ideia ao mundo digital requererá toda uma nova discussão sobre implementação que na regulação de infraestrutura já não é simples.

Interoperabilidade e Portabilidade de Dados das Big Techs

O RCA (2020) defende a regulação de interoperabilidade, um “sucedâneo tech” da regulação de interconexão em telecomunicações. Cita o caso do e-mail que tem protocolo interoperável independente do serviço ou equipamento que o usuário utiliza, sendo que isso parte do “núcleo técnico-estrutural da internet”.

O custo de implementação da regulação de interoperabilidade pelas firmas dominantes seria baixo segundo o RCA (2020), inclusive menor que o custo de interconexão nas telecomunicações: “a adoção de um padrão para interoperar é simplesmente uma forma de apresentar e transferir informação que já foi apresentada e transferida. Nenhuma conexão por fio, nem a colocação de equipamentos ou mesmo o emprego de trabalhadores qualificados são requeridos para obter a interoperabilidade. A transferência de arquivos digitais tem um custo quase zero”.

De qualquer forma, é preciso ter cuidado para que a regulação de interoperabilidade não iniba a inovação. Por isso, deve recair sobre sistemas mais bem estabelecidos do que em produtos inovadores cujas características podem acabar ancoradas demais no paradigma dos produtos anteriores para que interoperem com estes.

Ademais, cabe limitar a portabilidade para dados mais básicos dos usuários e evitar estender a regulação para dados mais processados, que compreendem parte fundamental da estratégia competitiva de cada empresa e, portanto, da competição, nos mercados virtuais.

5. CONCLUSÕES

Com o crescimento inusitado das plataformas digitais neste século, esses agentes se tornaram tão importantes nas economias nacionais que adquiriram um “papel regulatório” dentro de seu ecossistema. Conforme Cremer, Motiue e Schweitze (2020)⁵² passou a caber-lhes, quando dominantes, “uma responsabilidade para assegurar que a competição em sua plataforma será não viesada e pró-usuários”.

⁵² Competition policy for the Digital Era. Jacques Cremer Yves-Alexandre de Montjoye Heike Schweitze EUROPEAN COMMISSION. 2020.

Sabemos, no entanto, que empresas privadas podem não assumir voluntariamente papéis sociais, especialmente se for para estimular uma competição aos seus próprios negócios. A experiência da infraestrutura revela as dificuldades em fazer valer as regras de acesso, havendo um grau de criatividade significativo em discriminar empresas não pertencentes ao grupo econômico.

Non obstante, o paralelo com a regulação de acesso em infraestrutura não pode ser levado tão longe. A arquitetura das Big Techs é deliberadamente bem mais aberta do que a dos setores de infraestrutura. O fato é que boa parte dos lucros das Big Techs advém do seu papel de intermediário para outras empresas nos mundos virtual e real.

Essa constatação permite indicar que a regulação de acesso para as Big Techs pode não encontrar resistência tão acirrada dos incumbentes como na história dos setores de infraestrutura. Apesar de o problema de moral hazard na implementação da regulação de acesso ser ainda mais delicado que nos setores de infraestrutura, a estrutura de incentivos desses últimos nascidos e mantidos como monopólios, inclusive estatais, é bem mais direcionada às estratégias de fechamento vertical do que as das Big Techs. Todas essas empresas surgiram e cresceram na competição com os incumbentes, criaram e desenvolveram produtos com padrões tecnológicos que se orientaram justamente para serem adotados por várias empresas (para criar efeitos de rede indiretos) e não para ficarem fechados em torno apenas de seu grupo econômico.

Mais do que isso, as Big Techs continuam sendo grandes inovadores Schumpeterianos. E essas inovações acontecem em mercados adjacentes recentes ou que estão sendo criados pelas próprias Big Techs com forte base em economias de escopo tecnológicas dessas firmas: a criação e o desenvolvimento tecnológico de um mercado adjacente e seus algoritmos associados são fortemente suportados pelo estoque de conhecimento das Big Techs em seus negócios principal e adjacentes pré-existentes.

E, em alguns casos, as Big Techs tentam entrar no mercado umas das outras, havendo atualmente uma razoável interseção entre suas atividades. O Google Shopping claramente compete com a Amazon. E ainda tem a contestação de vários mercados do mundo real, como quando a Amazon vende suas marcas próprias junto a conhecidas e fortes marcas de terceiros.

Realizar quebras estruturais das Big Techs e impedir incursões dessas empresas em mercados adjacentes, como sugere o RCA (2020), pode sacrificar toda uma fonte riquíssima de inovações e da concorrência derivada, um enorme custo para a sociedade. Imagine-se se Apple e depois Google não pudessem criar e desenvolver suas lojas de aplicativos para celulares? Não apenas não teriam essa ubiquidade que hoje possuem em nossas vidas como até mesmo poderiam nunca ter existido.

No entanto, o RCA (2020) aponta que as condutas das Big Techs de killer acquisitions, cópias de produtos de terceiros aproveitando-se do papel de intermediários, e self-preferencing nos mais variados formatos estariam fazendo diminuir o ritmo de inovações e abertura de empresas de tecnologia por terceiros. Faltou no Relatório, no entanto, uma evidência mais persuasiva sobre essa tendência.

O fato é que quebras e proibições estruturais de atuação em mercados adjacentes das Big Techs são intervenções que trazem um risco enorme a concorrência Schumpeteriana por inovações.

Mesmo regulares de acesso que diminuam o self-preferencing podem estar comprometendo a realizao de economias de escopo tecnol6gicas e ainda esbarram em um enorme problema de moral hazard na implementao do rem6dio. Ainda assim, cabe, no caso a caso, buscar formas de superar essa dificuldade. A criaao de um regulador setorial que seja capaz de desenvolver uma expertise ao longo do tempo para encontrar formas de regulao de acesso eficazes e o menos distorcivas poss6veis pode ser uma forma de mitigar este moral hazard.

A demanda regulat6ria de interoperabilidade, por sua vez, n6o pode limitar em excesso o desenho dos produtos oferecidos pelas Big Techs, sob pena de reduzir o espao da inovao, especialmente as mais disruptivas, que tenham concep6es muito diferentes do que j6 existe no mercado.

Enquanto o levantamento das condutas das Big Techs pelo RCA (2020) 6 bastante completo e detalhado, entendemos que a an6lise de suas motiva6es e implica6es concorrenciais acabaram sendo excessivamente hostis aquelas empresas. Concomitantemente, as prescri6es de pol6tica, a comear pela quebra estrutural e proibio de atuaao em mercados adjacentes, tornaram-se rigorosas demais.

Mais do que nunca, o paradigma Schumpeteriano indica por uma regulao que evite interferir nas principais decis6es tecnol6gicas das Big Techs. Se regular o acesso em setores de infraestrutura com tecnologia mais estabilizada n6o 6 trivial, o desafio dos mercados virtuais 6 ainda maior, e, dada a natural assimetria de informaao do regulador, os seus erros podem ser ainda mais s6rios e irrevers6veis.

Em especial, as analogias entre regulao de acesso no mercado virtual e na infraestrutura n6o podem ser superestimadas. Tio Ben ficaria orgulhoso n6o s6 das Big Techs respons6veis, mas tamb6m de reguladores que compreendam suas responsabilidades de regular sem comprometer o grande motor do desenvolvimento desse setor: o incentivo e a liberdade para inovar.

Para o Brasil todas estas li6es s6o relevantes. Mas com uma importante ressalva. Diferentemente das infraestruturas, 6 muito dif6cil cogitar para grande parte dos neg6cios das Big Techs, separa6es estruturais ou mesmo funcionais que se restrinjam ao pa6s. As fronteiras intra-firma entre o produto adaptado ao mercado nacional (especialmente em relaao a l6ngua) e o estrangeiro s6o muito t6nuas ou mesmo inexistentes, dificultando em muito aquele tipo de intervenao.

Regula6es de acesso restritas a um pa6s podem tamb6m fazer perder v6rias economias de escopo tecnol6gicas entre os produtos da Big Tech ou mesmo comprometer a sua oferta no pa6s. A implementao do “Digital Markets Act” pela Comiss6o Europeia, envolvendo os neg6cios das Big Techs que controlem acesso (“gatekeepers”⁵³), e o American Innovation and Choice Online Act⁵⁴ nos EUA (se aprovado) ser6o exper6ncias interessantes para avaliar o que pa6ses ou conjuntos de pa6ses podem ou n6o fazer. Ainda que sejam um pa6s e um bloco de pa6ses com economias muito maiores que o Brasil.

⁵³ 6ltima vers6o: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-9-2021-0332-AM-256-256_EN.pdf

⁵⁴ [H.R.3816 - 117th Congress \(2021-2022\): American Choice and Innovation Online Act | Congress.gov | Library of Congress](https://www.congress.gov/bills/117/3816/text/amended/1/2021/09/01/html/amended-1-2021-09-01/html)