Adaptando as definições de mercado relevante nos mercados digitais: lições da experiência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)*

Adapting market definition to digital markets: lessons from Cade's experience

Victor Fernandes**
Marcus Vinicius Silveira de Sá****

* Artigo recebido em 5 de setembro de 2023 e aprovado em 22 de março de 2024. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v283.2024.90080.

** Professor de direito econômico e de direito da concorrência nos cursos de graduação, pós-graduação *lato sensu*, mestrado e doutorado do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), doutor em direito comercial pela Universidade de São Paulo (FDUSP), mestre em direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB) e graduado em direito pela mesma instituição de ensino. E-mail: victor.fernandes@idp.edu.br.

*** Coordenador de análise antitruste na Superintendência-Geral do Cade. Mestre em direito econômico e desenvolvimento pelo IDP, especialista em defesa da concorrência e direito econômico pela Fundação Getulio Vargas e em direito empresarial e contratos pelo Centro Universitário de Brasília. E-mail: marcus.vinicius.scherpl@gmail.com.

RESUMO

O presente trabalho busca avaliar e discutir, a partir da experiência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), as principais sugestões teóricas indicadas pela doutrina para solucionar as dificuldades relacionadas à aparente (in)compatibilidade da ferramenta de definição de mercado relevante e sua metodologia clássica com os mercados de plataformas digitais. Para a pesquisa, utilizou-se do método do levantamento bibliográfico, aprofundando-se as pesquisas por meio de artigos científicos e estudos econômicos. Além disso, discutiram-se os principais precedentes do Cade em que a definição de mercado relevante em plataformas digitais foi discutida de forma mais aprofundada. O estudo realizado demonstrou que, embora não tenham sido verificados precedentes em que o Cade tenha aplicado algumas das variações ao teste Small but Significant and Non-transitory Increase in Price (SSNIP) sugeridas pela doutrina, a autoridade nacional apresenta uma tendência a não realizar uma estrita definição de mercado relevante, fazendo uso simultâneo de diferentes *proxies* para aferição de poder de mercado.

PALAVRAS-CHAVE

direito antitruste — defesa da concorrência — mercados digitais — plataformas — mercado relevante

ABSTRACT

This paper aims to evaluate and discuss the main theoretical propositions presented in the literature to address the (in)compatibility of the market definition tool and its classic methodology with data-driven digital platform markets, based on the case law of the Administrative Council for Economic Defense (Cade). The research methodology employed a bibliographical survey, which was further enriched through the analysis of scientific articles and economic studies. Furthermore, the most relevant cases in which Cade had the opportunity to conduct a more detailed analysis of market definition in zero-pricing digital markets were examined. The study revealed that although no precedent was found in which the Brazilian authority applied any variation of the SSNIP test suggested in the literature to define relevant markets, the authority tends to avoid using a strict definition of the relevant market, instead adopting different proxies simultaneously to assess market power.

KEYWORDS

antitrust law — competition defense — digital markets — platforms — relevant market

1. Introdução

O protagonismo de plataformas digitais na economia contemporânea tem suscitado importantes reflexões sobre o papel das políticas de defesa da concorrência e do direito antitruste. Isso se dá, sobretudo, em razão de as categorias clássicas do direito concorrencial, consubstanciadas na utilização de ferramentas da teoria econômica neoclássicas, baseadas no fator preço como principal variável competitiva, serem desafiadas pela nova realidade dos mercados de plataformas digitais movidos a dados, em que o preço perde espaço como principal variável competitiva, sendo comum a prática de "preço-zero" para ao menos um dos lados do mercado. Isso não quer dizer, contudo, que tais ferramentas não possuem mais utilidades e precisariam ser descartadas, tendo surgido na doutrina diversas propostas para a solução de tais desafios.[1]

Nesse contexto, buscar-se-á, com o presente artigo, avaliar as propostas teóricas apresentadas pela doutrina para lidar com a aparente incompatibilidade da ferramenta tradicional de definição de mercado relevante para lidar com mercados digitais, bem como verificar se, e em que medida, tais propostas estariam sendo aplicadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), na condição de autoridade antitruste nacional, em suas análises de atos de concentração e de condutas.

Para alcançar os objetivos propostos, este artigo irá discutir casos em que o Cade considerou eventuais adaptações nas metodologias tradicionais de definição de mercado relevante para plataformas digitais. Essas decisões são selecionadas a partir de levantamento da jurisprudência[2] do Cade durante

---

1 Nesse sentido, veja-se: SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *Integrando proteção de dados e defesa da concorrência*: rediscussão do papel do direito antitruste e seu ferramental clássico na economia digital movida a dados. Dissertação (Mestrado) — Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Econômico e Desenvolvimento, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2023, p. 52-66; e FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais*: entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. p. 241-255.

2 Para realizar a pesquisa jurisprudencial, optou-se por inicialmente utilizar como base a relação completa de Atos de Concentração e Condutas referenciadas pelo Caderno do

os 11 primeiros anos[3] de vigência da atual Lei de Defesa da Concorrência (LDC)[4] no que diz respeito à análise de Atos de Concentração (AC) e condutas unilaterais envolvendo mercados digitais de múltiplos lados apresentada em Silveira de Sá.[5]

Para tanto, o presente trabalho será dividido em três seções. Na primeira, serão apresentadas algumas considerações sobre o papel da ferramenta de definição de mercado relevante e discutida sua aparente incompatibilidade com a realidade dos mercados digitais, de modo a responder a pergunta "por que definir mercados relevantes?". Na segunda, serão apresentadas e avaliadas as diferentes abordagens para definição de mercado relevante, bem como as sugestões de adaptação ao teste Small but Significant and Non-transitory Increase in Price (SSNIP) como forma de auxiliar no processo de definição de mercado relevante, respondendo-se ao questionamento "como definir mercados relevantes?". Já na terceira, serão discutidas as

---

Cade envolvendo plataformas digitais. Isso porque se trata de um documento público, de fácil acesso, elaborado pela própria autoridade antitruste, em que consta a relação de casos que foram avaliados pelo Cade desde 1995 até 2020. Tendo em vista o recorte histórico proposto, foram desde o início descartados aqueles processos iniciados em período anterior à vigência da Lei nº 12.529/2011 (*i.e.*, 29 de maio de 2012).

Não obstante, tendo em vista que o próprio Caderno menciona não terem sido considerados no estudo realizado os mercados digitais envolvendo o setor financeiro, complementou-se a referida base de processos com aqueles indicados no Caderno de Instrumentos de Pagamento, mencionado no próprio Caderno de plataformas digitais como aquele em que foram avaliados os mercados de plataformas digitais envolvendo o setor financeiro. Aqui, mais uma vez, desconsideraram-se os processos iniciados em período anterior ao delimitado na presente pesquisa.

Agregadas essas informações, observou-se que tal base de dados não contemplava a integralidade do período considerado no presente estudo, tendo em vista tratarem-se de publicações realizadas, respectivamente, nos anos de 2020 e 2019. Dessa forma, optou-se por complementar a pesquisa jurisprudencial por intermédio de duas ferramentas especializadas disponibilizadas pelo próprio Cade em seu *website*. No que se refere aos Atos de Concentração, utilizou-se a ferramenta "Pesquisa Avançada de Ato de Concentração", enquanto para a busca de Condutas foi utilizado o "Sistema de Busca de Jurisprudência" do Cade.

A escolha pela utilização de sistemas distintos justifica-se pelo fato de aquele primeiro ser um módulo avançado desenvolvido para refinar os resultados daquele segundo no que se refere exclusivamente a Atos de Concentração, permitindo a aplicação de filtros que não estariam disponíveis senão pela utilização de tal sistema. Para além disso, tendo em vista não ter, à época, sido disponibilizada ao público uma ferramenta de "Pesquisa Avançada de Condutas", optou-se pela utilização, nestes casos, do SBJ, de modo a permitir a replicabilidade da metodologia ora adotada.

3 Isto é, de 29 de maio de 2012 a 29 de maio de 2023.

4 BRASIL. *Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011*: Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, entre outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

5 Sá, *Integrando proteção de dados e defesa da concorrência*, *op. cit.*

propostas relacionadas com relativização da necessidade de se delimitar(em) o(s) mercado(s) relevante(s) porventura envolvido(s) em um AC ou afetado(s) por uma conduta, endereçando-se, com isso, a indagação "quando definir mercados relevantes?". Ao final, serão apresentadas as principais conclusões obtidas.

2. Reflexões sobre o papel da definição de mercado relevante e sua (in)compatibilidade com os mercados digitais

Uma das primeiras, costumeiramente considerada uma das mais importantes,[6] e por vezes legalmente exigida,[7] etapas de análises antitruste consiste na identificação do(s) mercado(s) relevante(s) possivelmente afetado(s) por dada conduta anticompetitiva, seja ela unilateral ou colusiva, ou ato de concentração. Isso porque a definição do mercado relevante é geralmente tida como necessária para a realização de inferências sobre a existência e a capacidade de exercício de poder de mercado por parte dos agentes que nele atuam.[8]

Assim, costuma-se entender como "mercado relevante" o menor espaço geográfico em que um dado agente poderia exercer poder de mercado, sendo tal exercício geralmente associado a um aumento unilateral de preços. Por essas razões, a metodologia padrão para definição de mercado relevante consiste na aplicação do teste SSNIP, o qual busca verificar a reação do mercado a um aumento pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços.[9]

Entretanto, em mercados de preço-zero, onde a unidade básica de valor extraída dos consumidores não é expressada pelo fator preço, a doutrina

---

6 CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Documento de trabalho 01/10. Delimitação de mercado relevante*. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/publications/economic-studies/working_papers/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf. Acesso em: 30 out 2022.

7 EBEN, Magali; ROBERTSON, Viktoria H. S. E. *The relevant market concept in competition law and its application to digital markets*: a comparative analysis of the EU, US and Brazil, 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3762447. Acesso em: 21 set. 2022.

8 KAPLOW, Louis. *Why (ever) define markets?* Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 666, Harvard Public Law Working Paper No. 11-08, 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1750302. Acesso em: 8 fev. 2023

9 Isto é, busca-se identificar se, em um curto espaço de tempo, diante do aumento de preço, seria possível esperar que outras empresas passem a ofertar o produto/serviço em dado mercado, bem como se tal aumento levaria os consumidores a desviarem suas respectivas demandas para outros fornecedores.

reconhece ser incoerente[10] a aplicação de tais testes da forma como originalmente concebidos, na medida em que não haveria uma maneira concreta de se analisar um aumento de 5% de um preço-zero. Afinal, matematicamente, se 5% de zero é zero, torna-se inoperável a aplicação do teste SSNIP.[11]

Essa é apenas uma das limitações que levaram parte da doutrina a criticar a centralidade histórica da metodologia de definição de mercado relevante e denunciar o reducionismo e a arbitrariedade envolvida em tal etapa de análise, havendo quem defenda o seu abandono ou, ao menos, relativização.[12]

É certo que a definição de mercado relevante faz parte de uma narrativa ficcional,[13] consistindo em um constructo social[14] capaz de descrever fenômenos econômicos e comportamentos humanos e, com isso, providenciar respostas para perguntas de interesse do direito antitruste,[15] sendo *mister* reconhecer que tal ferramenta não pode ser entendida como um fim em si mesma.

Com base nisso, parte da doutrina e diferentes autoridades antitruste alinham-se ao entendimento de Motta, para quem "a definição é apenas instrumental para a avaliação do poder de mercado".[16] Nesse sentido, tal etapa de análise seria realizada apenas para contribuir com a identificação, por parte das autoridades de defesa da concorrência, se o poder de mercado detido por certo agente de mercado atinge o patamar por elas definido como suficiente para justificar uma intervenção antitruste.

A resposta mais apropriada, contudo, parece-nos estar em algum lugar entre esses dois pontos. Isto é, nem um absoluto fim em si mesmo, tampouco um mero instrumento econômico de análise, mas, sim, uma terceira opção.

---

10 NEWMAN, John M. *Antitrust in zero-price markets*: applications, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2681304. Acesso em: 31 out. 2021

11 EVANS, David. S. *The antitrust economics of free*, 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1813193. Acesso em: 31 out. 2021.

12 KAPLOW, Louis. *Market Definition:* impossible and counterproductive. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 1, 2013, p. 361–379. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/43486961. Acesso em: 09 ago. 2023.

13 Fernandes, *Direito da concorrência das plataformas digitais*, *op. cit.*

14 STORR, Virgil H. *The social construction of the market*. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1711319. Acesso em: 9 ago. 2023.

15 EBEN, Magali. *The antitrust market does not exist*: pursuit of objectivity in a purposive process. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600831. Acesso em: 9 ago. 2023.

16 MOTTA, Massimo. *Política de concorrência:* teoria e prática e sua aplicação no Brasil. Tradução de Lúcia Helena Salgado. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015. p. 64.

Nesse sentido, alinha-se ao entendimento de Podszun[17] e reconhece-se que, atualmente, ao informar à comunidade antitruste como a realidade econômica será traduzida e interpretada dentro de um campo de juízo de valores normativos, a definição de mercado relevante "assume a natureza de um verdadeiro conceito jurídico que confere legitimidade à intervenção antitruste".[18]

Trata-se, portanto, de um conceito não estático que está em constante processo de evolução[19] e adaptação, assim como os próprios mercados que busca definir, o que permite às autoridades antitruste moldá-lo de forma a melhor refletir a realidade na qual está inserida a questão sob análise. Tal capacidade evolutiva mostra-se especialmente relevante quando diante de mercados dinâmicos sensitivos à inovação, tais como os mercados digitais, posto que permite a captura de diferentes fatores, presentes e futuros, capazes de influenciar na decisão dos agentes que nele atuam.

Por essas razões, entende-se que a ferramenta de definição de mercado relevante não só tem por objetivo compreender a dinâmica concorrencial do mercado,[20] mas também identificar as forças competitivas e traçar os limites dentro dos quais dada questão jurídica será analisada,[21] "sobretudo no que diz respeito à definição da teoria do dano aplicável, da verificação dos efeitos anticoncorrenciais e das eficiências alegadas".[22]

3. Considerações sobre a metodologia para definição de mercados relevantes em mercados digitais

A definição de mercados relevantes é desafiada pela própria natureza multifacetada das plataformas digitais,[23] devendo a autoridade antitruste decidir se os múltiplos lados integram apenas um único mercado relevante ou se cada um destes lados corresponde a um mercado relevante próprio.[24]

---

17 PODSZUN, Rupprecht. *The arbitrariness of market definition and an evolutionary concept of markets*. The Antitrust Bulletin 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1177/0003603X15625109. Acesso em: 9 ago. 2023.

18 Fernandes, *Direito da concorrência das plataformas digitais*, *op. cit.*, p. 240.

19 PODSZUN, *The arbitrariness of market definition and an evolutionary concept of markets*, *op. cit.*

20 FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência*: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 139-140.

21 Eben, *The antitrust market does not exist*, *op. cit.*

22 Fernandes, *Direito da concorrência das plataformas digitais*, *op. cit.*, p. 240.

23 *Ibid.*, p. 241.

24 ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. 2018. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf. Acesso em: 21 set. 2022.

Para além disso, verifica-se que a realidade dos mercados digitais baseados em dados põe em xeque a utilização das metodologias tradicionais de definição de mercado, as quais baseiam-se no elemento "preço" como principal variável competitiva do mercado, tendo surgido propostas de adaptação ao teste SSNIP que levem em conta as peculiaridades dos mercados digitais no processo de definição de mercado relevante. Tais questões serão individualmente abordadas a seguir.

3.1 Abordagens de mercado único vs. *mercados múltiplos*

Um dos principais desafios envolvendo definição de mercado relevantes é decidir, diante de cada caso envolvendo plataformas de múltiplos lados, quantos mercados relevantes devem ser definidos e, na hipótese de serem múltiplos mercados, como a relação entre eles deve ser incorporada na análise a ser realizada.[25] Isto é, deve a autoridade antitruste decidir se irá considerar que os múltiplos lados integram apenas um mercado ou se cada lado corresponde a um mercado próprio.[26]

Na medida em que a opção por se definir um único mercado relevante ou múltiplos mercados traz consigo diferentes implicações para todo o restante da análise realizada,[27] tal processo costuma ser alvo de grandes debates e divergências entre diferentes autoridades antitruste.[28]

Uma primeira tentativa de solucionar as divergências entre abordagens adotadas deriva da proposta de categorização proposta por Filistrucchi,[29] que diferencia as plataformas entre "transacionais bilaterais" e "não transacionais".

Na primeira categoria encontram-se as plataformas capazes de monitorar as transações ocorridas entre os distintos grupos de consumidores, sendo, portanto, capazes não apenas de cobrar um preço para acesso à plataforma, mas também estabelecer preços para cada uma das transações nela ocorridas.

---

[25] Eben e Robertson, *The relevant market concept in competition law and its application to digital markets*, *op. cit.*

[26] Organization for Economic Cooperation and Development, *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*, *op. cit.*

[27] Fernandes, *Direito da concorrência das plataformas digitais*, *op. cit.*, p. 241-250.

[28] Sá, *Integrando proteção de dados e defesa da concorrência*, *op. cit.*, p. 42-49.

[29] FILISTRUCCHI, Lapo. *A SSNIP test for two-sided markets:* the case of media. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287442. Acesso em: 28 jul. 2023.

É o caso, por exemplo, de *marketplaces* online e meios de pagamento, ambos alvo de análise pelo Cade no âmbito do AC nº 08700.000059/2021-55[30] (AC Magalu/Hub), bem como do mercado de plataformas de *delivery* avaliado pela autoridade antitruste brasileira no âmbito do Inquérito Administrativo (IA) nº 08700.000059/2021-55 ("caso Rappi/iFood").[31]

Já na segunda categoria estariam incluídas aquelas plataformas em que a transação não ocorreria diretamente dentro da plataforma, muito embora essa realize a aproximação entre os distintos grupos de consumidores. Como exemplos clássicos de plataformas desse tipo estão as plataformas de mídia baseada em anúncios de publicidade, como jornais digitais, alvo de investigação recente pelo Cade no IA nº 08700.006085/2022-78,[32] mas também algumas plataformas de classificados online de imóveis, conforme avaliado pelo Cade no âmbito do AC nº 08700.001796/2020-94[33] (AC OLX/ZAP).

A partir dessa categorização, propõe-se que, em plataformas transacionais, haveria de ser definido apenas um único mercado relevante, posto que "o produto oferecido consiste na possibilidade de transação por meio da plataforma",[34] ao passo que, para plataformas não transacionais, deveriam ser definidos mercados distintos, ainda que inter-relacionados, para cada um dos lados da plataforma.[35]

Tal proposta de classificação, contudo, não se mostra isenta de oposição, tendo sido alvo de significativas críticas[36] principalmente após o julgamento, pela Suprema Corte Norte-Americana do caso *Ohio vs American Express*,[37] em que foi utilizada a proposta de Filistrucchi para definir um único mercado relevante envolvendo plataformas de cartões de crédito.

---

30 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração nº 08700.000 059/2021-55*.

31 *Id.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Inquérito Administrativo nº 08700.004 588/2020-47*.

32 *Id.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Inquérito Administrativo nº 08700.006 085/2022-78*.

33 *Id.* Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de Concentração nº 08700.001796/ 2020-94*.

34 Fernandes, *Direito da concorrência das plataformas digitais*, *op. cit.*, p. 242.

35 FILLISTRUCCHI, Lapo; GERADIN, Damien; DAMMNE, Eric van; AFFELDT, Pauline. *Market definition in two-sided markets*: theory and practice. 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2240850. Acesso em: 28 jul. 2023.

36 Veja-se, por exemplo, NIELS, Gunnar. *Transaction versus non-transaction platforms*: a false dichotomy in two-sided market definition. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3438913. Acesso em: 27 jul. 2023; e KATZ, Michael L. *Platform economics and antitrust enforcement*: a little knowledge is a dangerous thing. 2019. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/jems.12304. Acesso em: 27 jul. 2023.

37 EUA. Suprema Corte. *Ohio et. Al. V. American Express Co. et. Al. 585 U.S.* 2018.

De maneira geral, a doutrina especializada indica não ser possível separar, no mundo real, de maneira definitiva, as plataformas que podem estabelecer modelos de cobrança de taxas individualizáveis por transações, de modo que se trataria de uma categorização artificial.[38] Para além disso, diz-se que a abordagem de mercado único traz consigo riscos significativos de subestimação do poder de mercado da plataforma,[39] para além de negligenciar a pressão competitiva imposta por plataformas não transacionais e empresas verticalmente integradas[40] e não considerar os efeitos da formação de "gargalos competitivos" em plataformas.[41]

Não obstante o embate teórico sobre a utilidade da classificação proposta por Filistrucchi para a definição do mercado relevante, não há de se perder de vista o fato de que o objetivo de qualquer metodologia de definição de mercado relevante "é proceder a um juízo adequado de substitutibilidade da demanda tendo em vista as pressões competitivas atuais e potenciais".[42]

Desta forma, entende-se que a opção por definir um único mercado relevante ou múltiplos mercados em separado depende, em verdade, da forma como cada um dos grupos de consumidores enxerga a existência de produtos/serviços substitutos à plataforma, sendo de grande valia as recomendações da OCDE[43] para que as autoridades antitruste realizem uma avaliação da intensidade dos efeitos de rede cruzados antes para decidir, de maneira justificada, pela abordagem mais apropriada para cada caso.

3.2 Propostas de adaptação ao teste SSNIP

Conforme já mencionado, para se adaptar à nova realidade dos mercados digitais e captar suas peculiaridades, parte da doutrina especializada propõe

---

38 FRANCK, Jens-Uwe; PEITZ, Martin. *Market definition and market power in the platform economy*. 2019. Disponível em: https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/05/report_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf. Acesso em: 28 jul. 2023.

39 Fernandes, *Direito da concorrência das plataformas digitais*, *op. cit.*, p. 241-250.

40 KATHURIA, Vikas. *Platform competition and market definition in the US Amex case*: lessons for economics and law. 2019. Disponível em: https://ideas.repec.org/a/taf/recjxx/v15y2019i2-3p254-280.html. Acesso em: 28 jul. 2023.

41 VOLMAR, Maximilan. *Marktabgrenzung bei mehrseitigen Online-Plattformen*. 2017. Disponível em: https://www.zwer-online.de/heft-4-2017/zwer-2017-386-marktabgrenzung-bei-mehrseitigen-online-plattformen/. Acesso em: 28 jul. 2023.

42 Fernandes, *Direito da concorrência das plataformas digitais*, *op. cit.*, p. 246.

43 Organization for Economic Cooperation and Development, *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*, *op. cit.*

variações/adaptações do teste SSNIP para auxiliar na definição do mercado relevante.

Entre as principais sugestões de adaptação estão aquelas que se debruçam sobre outras variáveis relevantes não relacionadas ao fator preço, tais como qualidade[44] — Small but Significant Non-transitory Decrease in Quality (SSNDQ) —, custo[45] — Small but Significant and Non-transitory Increase in Costs (SSNIC) — e atenção[46] — Attentional Small but Significant and Non-transitory Increase in Price (A-SSNIP).

Para além dessas, há, ainda, uma proposta que visa considerar como preço o volume de dados pessoais transacionáveis[47] (*tradeable personal data* ou TPD) requeridos para aquisição do bem/utilização do serviço.[48]

O primeiro teste indicado anteriormente busca avaliar os desvios de demanda a partir da diminuição da qualidade do serviço prestado, enquanto o segundo toma por base um aumento nos custos de informação e atenção associados à utilização da plataforma. Já o terceiro, apesar da possível confusão terminológica associada com o segundo teste, derivada da tradução literal do termo original para o português, com ele não se confunde, dedicando-se o A-SSNIP à verificação da reação dos consumidores a um aumento na quantidade de "anúncios" (publicidade online) veiculados nas plataformas. Por fim, no que diz respeito ao último teste mencionado, destaca-se que ele tem como foco a quantidade de TPDs que os consumidores estão dispostos a fornecer para ter acesso aos produtos/serviços oferecidos pela plataforma, avaliando-se, portanto, eventuais desvios de demanda decorrentes de um aumento do volume de tal espécie de dados pessoais capturados.

---

44 CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. *Competition policy for the digital era*. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf. Acesso em: 31 out. 2021.

45 Newman, *Antitrust in zero-price markets*, *op. cit.*

46 WU, Tim. *Blind spot*: the attention economy and the law. 2019. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3030&context=faculty_scholarship. Acesso em: 15 set. 2022.

47 Em suma, Eben define um "dado pessoal transacionável" como um dado pessoal que pode ser parte de uma transação entre o vendedor/provedor de um bem ou serviço e um usuário e que pode ser monetizada. Ou seja, uma informação de um indivíduo dotada de valor econômico para o mercado, capaz, destarte, de tornar-se monetizável. No original: "*personal data which can be part of an exchange between a seller, or service provider, and a user, and which can be monetized by the seller*".

48 EBEN, Magali. *Market definition and free online services*: the prospect of personal data as price. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3207201. Acesso em: 15 set. 2022.

Aplicando-se tais instrumentos no contexto dos *data-driven markets*, tem-se que o nível de proteção à privacidade[49] conferido pode ser considerado um fator de qualidade, de modo que um eventual teste poderia ser aplicado quando da alteração das políticas de proteção a dados pessoais de dada plataforma ou até mesmo para análise de operações de fusões que resultariam na união de bancos de dados de duas empresas.

Como exemplo, podemos citar as decisões da Comissão Europeia nos casos LinkedIn/Microsoft[50] e Facebook/WhatsApp,[51] em que, apesar de não terem resultado na reprovação das operações, reconheceu-se que a privacidade dos dados seria um fator significativo de qualidade e, portanto, deve ser considerada como um parâmetro de competição em mercados digitais.

Da mesma forma, um aumento do volume de dados capturados por dada plataforma poderia ser tido como um aumento de custos para seus usuários, que passariam a ter que fornecer um volume maior de dados pessoais para se utilizar dos serviços prestados por aquele agente.

Nesse sentido, importa relembrar a já citada decisão da Bundeskartellamt, que entendeu que o Facebook havia abusado de sua posição dominante, incorrendo em prática exploratória comparável a um aumento injustificado de preços[52] na forma de coleta de dados, "ao condicionar o uso de sua rede social a permissão de acumular ilimitadamente todo tipo de dados gerados pelo uso de sites de terceiros e mesclá-los com a conta do usuário no Facebook".[53]

Não obstante as considerações anteriores, estes não são testes de fácil aplicação, os quais possuem, decerto, diversas limitações.

Uma delas, e que pode ser tida como a mais valiosa para a presente discussão, diz respeito à possibilidade de os usuários sequer perceberem o aumento de custos ou a redução da qualidade. Ao não perceberem tais

---

[49] Não obstante a existência de debates sobre o conceito de privacidade, para fins do presente estudo, o termo será utilizado para referir-se ao nível de controle que os usuários detêm sobre seus dados pessoais. Para maiores informações sobre o tema, *vide*: SOLOVE, Daniel J. *Conceptualizing privacy*. 2002. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3481326. Acesso em: 1º dez. 2022.

[50] EUROPEAN COMMISSION. *Regulation (EC) Nº 139/2004*. Merger Procedure Case M.8124 — Microsoft/LinkedIn. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf. Acesso em: 30 nov. 2021.

[51] *Id. Regulation (EC) Nº 139/2004*. Merger Procedure Case COMP/M.7217 — Facebook/Whatsapp. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. Acesso em: 30 nov. 2021.

[52] COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. *Family ties*: the intersection between data protection and competition in EU Law. 2017. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/77615074.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

[53] KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. In: *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 9, n. 1, p. 88, jun. 2021.

alterações, a tendência é que não haja alterações em suas condutas individuais e que continuem a utilizar dos serviços de determinada plataforma em vez de buscarem soluções alternativas. Acomodando-se, portanto, diante de eventual exercício abusivo de poder de mercado.

Para além disso, identifica-se uma significativa carga de subjetividade em elementos como "qualidade", o que decerto reduz a objetividade e a capacidade de efetiva quantificação naturalmente associada ao teste SSNIP, o que também limita sua efetividade e prejudica sua aplicação.

Entretanto, sobre esse ponto, importante mencionar que a General Court da União Europeia, quando do julgamento do caso Google Android (Case T-604/18),[54] enfrentou os argumentos apresentados pelo Google em seu recurso contra a decisão da Comissão Europeia no caso AT.40099,[55] no sentido de que o SSNDQ seria um instrumento impreciso, incapaz de captar de maneira apropriada a sensibilidade dos usuários à qualidade de um sistema operacional, e que, por não haver um padrão *standard* de qualidade predefinido, não seria possível aplicá-lo em um caso concreto.

Não obstante, em sua decisão, entendeu aquele Tribunal não haver uma hierarquia entre os diferentes tipos de evidências que deveriam ser observadas no processo de definição de mercado relevante, podendo os resultados da aplicação de tal teste no tocante a eventual redução do nível de qualidade do produto serem utilizados para tal propósito, sobretudo quando diante de uma situação em que os resultados de um SSNIP *test* seriam pouco informativos.

Para além disso, entendeu não ser necessário a definição precisa de um *standard* de qualidade para a aplicação do SSNDQ *test*, bastando a avaliação dos resultados de uma redução pequena, porém não transitória e significativa dos níveis de qualidade anteriormente praticados.

Assim, a *General Court* afastou a argumentação apresentada pelo Google e manteve a decisão da Comissão Europeia neste ponto, o que há de ser entendido como indicativo de que, embora a aplicação do SSNDQ apresente limitações, este ainda pode ser aplicável para a análise de casos concretos, trazendo consigo importantes *insights* para a análise antitruste.

---

[54] GENERAL COURT. *Judgment of the General Court (Sixth Chamber, Extended Composition) of 14 September 2022*: Case T-604/18. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62018TJ0604. Acesso em: 20 dez. 2022.

[55] EUROPEAN COMMISSION. *Commission decision of 18.7.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40099 — Google Android).* Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

Com efeito, também em virtude da supramencionada decisão da autoridade alemã, poder-se-iam aprofundar as discussões acerca do teste baseado exclusivamente no volume de dados coletados; uma espécie de "*small but significant and non-transitory increase in data collection*" (SSNIDC). A princípio, tal teste destinar-se-ia a averiguar o comportamento dos usuários diante de um aumento significativo e não transitório do volume de dados coletados pela plataforma.

Entretanto, não só a aplicação de tal teste encontraria as mesmas dificuldades referentes à aplicação dos testes SSNIC e SSNDQ supradescritas, relacionadas com a possibilidade de não percepção de efeitos pelos usuários, como também encontra um problema em sua essência, que poderia macular os resultados obtidos.

Isto é, ao considerar que um mero aumento do volume de dados coletados poderia indicar a existência de poder de mercado, estar-se-ia presumindo que os dados possuem um valor *per se*. Entretanto, conforme observado por DeMauro, Grimaldi e Greco,[56] em seus estudos sobre as características essenciais voltadas à definição do termo *big data*,[57] é a capacidade de processamento e análise das informações que confere valor aos dados.

Assim, reputa-se temerário associar imediatamente a possibilidade de aumento do volume de dados coletados com a existência de poder de mercado. Tal constatação se torna ainda mais relevante quando observada a existência de um cenário marcado pela ausência de racionalidade efetiva, evidenciada pelo moderno "paradoxo da privacidade",[58] alvo de uma série de estudos elaborados desde o início dos anos 2000.[59]

---

[56] DEMAURO, Andrea; GRECO, Marco; GRIMALDI, Michele. *A formal definition of big data based on its essential features*. 2016. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/299379163_A_formal_definition_of_Big_Data_based_on_its_essential_features. Acesso em: 2 abr. 2022.

[57] Segundo reconhecido pela OCDE, embora o uso do termo "big data" seja geralmente vago e não preciso, as definições mais frequentes se referem a (i) grandes dimensões de *datasets*; e (ii) necessidade de se utilizar processadores de alta capacidade e softwares não estandardizados, para extrair valor dos dados em um período razoável de tempo. De maneira complementar, propõem os autores mencionados a adoção da seguinte definição para o termo *big data*: "*Big Data is the Information asset characterized by such a High Volume, Velocity and Variety to require specific Technology and Analytical Methods for its transformation into Value*".

[58] NORBERG, Patricia A.; HORNE, Daniel R.; HORNE, David A. *The privacy paradox*: personal information disclosure intentions versus behaviors. 2007. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/23860016?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 30 ago. 2021.

[59] Nesse sentido, veja-se: KOKOLAKIS, Spyros. *Privacy atitudes and privacy behaviour*: a review of current research on the privacy paradox phenomenon. 2017. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404815001017. Acesso em: 30 ago. 2021; e SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *O custo da privacidade*: uma abordagem jurídico-econômica sobre a

Segundo tal paradoxo, as preocupações expressadas pelos indivíduos no tocante à sua privacidade vão de encontro ao comportamento por eles adotado. Em outras palavras e em suma, consumidores de mercados digitais dizem preocupar-se com seus dados, mas em geral adotam nenhuma ou poucas medidas de precaução e proteção de suas informações pessoais.[60]

Ou seja, nesse cenário, apesar de dizerem-se preocupados, em tese, parte relevante dos consumidores tenderia a deixar de ler os Termos & Condições/ Termos de Uso de dada plataforma ou *website* antes de utilizar seus serviços, limitando-se a aceitá-las na íntegra ou em clicar nas opções pré-preenchidas que surgem ao entrarmos em algumas páginas da internet. Assim, mesmo um entrante recente ou uma empresa que normalmente não seria considerada como dominante mostrar-se-ia capaz de coletar volumes significativos de dados, inclusive ajustando periodicamente seus termos visando um acúmulo maior de informações.

Tais volumes, inclusive, poderiam vir a ser superiores à sua efetiva capacidade de processamento. É o que se extrai, por exemplo, dos modelos de Hirshleifer[61] e Taylor,[62] que demonstram que agentes econômicos podem "superinvestir" na coleta de dados pessoais sobre outros agentes, gerando ineficiências.

Um possível enfrentamento às questões apresentadas anteriormente referentes ao SSNIDC seria a adoção das considerações efetuadas por Eben,[63] as quais se voltam exclusivamente aos dados pessoais tidos como "transacionáveis", por estes já possuírem em sua própria natureza um valor que justifique a intenção de uma parte em obtê-los. A aplicação do conceito de TPD, contudo, invoca novos desafios, sendo um deles a identificação de quais dados poderiam ser considerados transacionáveis e quais, consequentemente, seriam não transacionáveis.

---

regulação da proteção de dados em mercados digitais de múltiplos-lados e seus impactos. *In*: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Coletânea de artigos em defesa da concorrência e direito econômico*: mercado médico-hospitalar e economia digital. Brasília: Cade, 2021. v. 3. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/colet%C3%A2nea%20de%20artigos/VOLUME-03.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

60 BERENDT, Bettina; GUNTHER, Oliver; SPIEKERMANN, Sarah. *Privacy in e-commerce*: stated preferences vs actual behavior, 2005. Disponível em: https://cacm.acm.org/magazines/2005/4/6247-privacy-in-e-commerce/abstract. Acesso em: 30 ago. 2021.

61 HIRSHLEIFER, Jack. *Privacy*: its origin, function and future. 1980. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/724176. Acesso em: 28 ago. 2021.

62 TAYLOR, Curtis R. *Privacy in competitive markets*. 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=419720. Acesso em: 30 ago. 2021.

63 Eben, *Market definition and free online services*, *op. cit.*

Isso porque, a depender do contexto em que estiver inserido, um dado tido como transacionável em um mercado pode não ter nenhuma aplicação ou utilidade em outro mercado. Destarte, caso um agente não seja capaz de prever de antemão quais seriam os dados transacionáveis e os não transacionáveis, ele seria tentado a buscar capturar todas as informações disponíveis, podendo incorrer na situação descrita nos modelos econômicos supramencionados.

É certo que todas as dificuldades apresentadas anteriormente, sobretudo ligadas à aplicação prática de tais testes, não afastam ou mitigam a utilidade das propostas de adaptação ao SSNIP ora debatidas. Entretanto, importante é a lição de Fernandes ao apontar que

> as propostas de modificação do teste SSNIP devem ser úteis como "guias conceituais" para a compreensão da concorrência entre plataformas digitais, porém não como ferramentas econômicas precisas e universais.
> A falta de metodologias econômicas robustas para adaptação do TMH em mercados de preço zero recomenda que a autoridade antitruste tente, ao máximo possível, complementar a análise de poder de mercado com o exame de evidências diretas.[64]

Em outras palavras, em vez de tidos como absolutos, tais testes devem ser compreendidos como algumas das diversas ferramentas econômicas de análise disponíveis, as quais, ao invés de utilizadas de maneira isolada, devem ser conjugadas com outras e avaliadas em conjunto com as demais informações disponíveis em cada caso concreto.

Com efeito, em que pesem os esforços despendidos e os objetivos almejados pelo presente estudo, avaliando-se a jurisprudência da autoridade antitruste brasileira nos 11 primeiros anos de vigência da Lei nº 12.529/2011, exclusivamente no que diz respeito a mercados digitais de múltiplos lados, não se identificou nenhuma oportunidade em que o Cade, seja em sede de análise de atos de concentração ou de repressão de condutas unilaterais, tenha feito uso de qualquer das ferramentas alternativas ao SSNIP.

Não obstante, considerando-se que ainda se encontra em andamento naquele Conselho o Inquérito Administrativo nº 08700.002940/2019-76 ("caso Google Android"), em que é avaliado se as condutas consideradas ilegais pela Comissão Europeia no âmbito do caso AT.40099, as quais também foram praticadas no Brasil, enquadrar-se-iam como infrações à ordem econômica, e com base no inteiro teor das perguntas elaboradas nos ofícios que fazem parte

---

[64] Fernandes, *Direito da concorrência das plataformas digitais*, *op. cit.*, p. 255.

da instrução processual pública, cogita-se a possibilidade de tal autoridade utilizar, ainda que de maneira acessória, os testes SSNDQ e/ou SSNIC na análise daquele caso.

Apresentadas as propostas e identificado que a autoridade antitruste brasileira não as tem empregado, mostra-se especialmente relevante verificar como o Cade, na qualidade de autoridade antitruste brasileira, vem lidando com a definição de mercados relevantes em mercados digitais após a entrada em vigor da atual LDC.

4. Ponderações sobre a (des)necessidade de delimitação precisa de mercado relevante e aferição de participação de mercado

Conforme reconhecido pelo Cade,[65] os mercados digitais são marcados por frequentes inovações, com a competição, muitas vezes, se dando entre empresas que adotam diferentes modelos de negócio. Ademais, trata-se de mercados com barreiras fluidas, o que reforça a dificuldade de se definir de maneira precisa os mercados relevantes para fins de análises antitruste.

Para além disso, reconhece-se que um demasiado preciosismo na busca da definição do mercado relevante poderia levar à perda da identificação de elementos centrais na dinâmica competitiva, de forma que, mais do que um fim em si mesmo, a definição de mercado relevante é apenas mais uma das ferramentas de análise que estão à disposição das autoridades de defesa da concorrência. Destarte, por vezes, mostra-se mais interessante deixar a definição em aberto e aventar diferentes cenários, aplicando-se, desse modo, uma análise mais dinâmica para a avaliação das teorias do dano aplicáveis no caso concreto.

É o que é verificado, por exemplo, quando da análise do inteiro teor da decisão da Superintendência-Geral no âmbito do AC OLX/Zap, em que é destacado que "a definição do mercado relevante de classificados online deve ser compreendida como uma primeira aproximação para a compreensão da dinâmica competitiva existente".[66]

---

[65] CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Caderno de plataformas digitais*. 2021. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

[66] Parecer nº 15/2020/CGAA1/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0803656.

De maneira semelhante, no Processo Administrativo (PA) nº 08012.010 483/2011-94 ("caso Google Shopping"), consta no Voto do conselheiro relator:

> Tradicionalmente, a apuração de qualquer conduta anticompetitiva se inicia a partir da definição de mercado relevante, sob a perspectiva do produto e geográfica. Tal definição é um instrumento sempre utilizado pelo CADE, mas que não deve ser tomado como um fim em si mesmo. Em alguns casos, especificamente aqueles envolvendo os que compreendem mercados dinâmicos como o presente, uma definição de mercado relevante pode ser vista como uma guia auxiliar na condução da análise, entretanto, isso não impede que a autoridade antitruste trabalhe a definição e seu escopo com certa flexibilidade, no intuito de não "encaixotar" seu olhar, e eventualmente deixar de levar em consideração qualquer aspecto significativo do mercado. É o que afirma a OCDE:
>
> 'Therefore, provided the competitive effects analysis examines the interrelationship between the different sides or markets, the framing of the market definition as a multi-sided market or as multiple interrelated markets, or indeed the absence of a market definition, need not distort the conclusion.' (OECD, 2018 — pág. 13)".[67]

A jurisprudência da autoridade revela que o Cade reconhece a necessidade de se adaptar a ferramenta de definição de mercado para enfrentar os desafios apresentados por uma economia movida a dados, de modo que é possível notar que, mesmo quando deixada a definição em aberto, muitas vezes se estabelece um marco referencial de mercado relevante com base nas características identificadas.

Como exemplo, indica-se mais uma vez o AC OLX/Zap, em que é verificado que agentes com modelos de negócios diferentes, ao mesmo tempo que cooperavam entre si ou, ao menos, utilizam os serviços ofertados por empresas que poderiam ser consideradas suas rivais, competiam pela atenção e preferência dos usuários da plataforma.

Desta forma, em tal precedente, entendeu-se que "a definição rígida de um mercado relevante nos moldes tradicionais" não era desejável, mas, "com o objetivo de estabelecer um marco referencial para a análise concorrencial a ser desenvolvida",[68] indicou-se como mercado relevante o mercado de classificados online de imóveis, o qual contemplava, "além das plataformas que funcionam somente como vitrines para imóveis, as imobiliárias digitais,

---

[67] Voto do conselheiro relator Mauricio Oscar Bandeira Maia no âmbito do Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0632170.

[68] Parecer nº 15/2020/CGAA1/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0803656.

sites, aplicativos e redes sociais que disponibilizem classificados online de imóveis, como é o caso do Facebook Marketplace".[69]

Em suma, verifica-se que o Cade vem reconhecendo que existem limitações ao uso da ferramenta de definição de mercado e tem buscado adaptá-la quando necessário. Não obstante, em um cenário em que ausente uma precisa definição de mercado relevante, poder-se-ia questionar sobre a forma como seria possível realizar a identificação da existência de posição dominante, condição necessária para o exercício de poder de mercado.

Conforme já brevemente adiantado, quando não definida ou deixada em aberto a definição de mercado relevante, de modo a permitir a realização da análise sobre os efeitos de dada operação ou conduta, costuma-se estabelecer diferentes cenários. Ainda assim, considerando a intangibilidade de diversos bens relevantes para os mercados de plataformas digitais (*e.g.*, dados pessoais), os quais não são simples de serem mensurados, surgem dúvidas sobre a capacidade e possibilidade de se efetivamente quantificar as participações de mercado para se aferir a existência de posição dominante e poder de mercado.

Dessa forma, diferentes autoridades/agências antitruste, organismos e organizações internacionais passaram a realizar estudos e pesquisas visando endereçar tal questão e compartilhar as experiências práticas vivenciadas. É o que foi realizado, por exemplo, pela International Competition Network (ICN), cujo grupo de trabalho de condutas unilaterais (Unilateral Conduct Working Group — UCWG) realizou uma pesquisa com 97 autoridades antitrustes e 251 *non-governmental advisors* (NGAs), tendo, ao final, elaborado um relatório[70] com as informações apresentadas pelas 39 autoridades e 24 NGAs que efetivamente responderam ao questionário divulgado.

O documento indica que 25 autoridades antitruste e 16 NGAs consideram que as participações de mercado são uma boa *proxy* para aferir a existência de poder de mercado em mercados digitais, ao passo que apenas 13 autoridades e 9 NGAs se manifestaram em sentido contrário.

Em suas considerações, a autoridade alemã aponta que as participações de mercado de uma plataforma fornecem uma ideia geral quanto à estrutura do mercado e à posição dos concorrentes, servindo como uma boa base para as análises na medida em que demonstram a diferença de *market share* entre

---

[69] *Id.*

[70] INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Report on the results of the ICN survey on dominance/substantial market power in digital markets*. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf. Acesso em: 2 nov. 2021.

os agentes e, ao avaliar a evolução das participações ao longo do tempo, é possível inferir sobre a estabilidade das posições.[71]

Não obstante, diversas respostas ressaltaram a necessidade de adoção de cuidados adicionais com a utilização de participações de mercado em análises envolvendo mercados digitais de múltiplos lados, na medida em que, por serem mercados dinâmicos, as participações podem não representar a realidade do mercado, sobretudo quanto à atratividade de novos produtos e modelos de negócio.

No Brasil, a jurisprudência do Cade revela que, mesmo quando utilizadas participações de mercado para aferir dominância em diferentes cenários de definição, são tecidas diversas considerações quanto à interpretação do que revelam tais dados.

Dessa forma, destacou-se que "as estruturas de oferta […] buscam captar as diferentes faces da competição em um mercado marcado pela diversidade de modelos de negócio e pela oferta de diferentes soluções para problemas similares".[72]

No que se refere a essa utilização de diferentes métricas, o retromencionado Relatório da ICN (2020) revela que, em mercados de preço zero, entre outros, costumam ser utilizados como *proxies*, pelas autoridades antitruste, o número de transações, *downloads*, usuários ativos, visitas ao *website* e *clicks*. O documento relata, ainda, que várias respostas enfatizaram que a lista de *proxies* não é exaustiva e que sua escolha e utilização dependem das circunstâncias específicas de cada caso, bem como do tipo de informação disponível. Ademais, recomendou-se a utilização de mais uma métrica nas investigações, de modo a garantir uma melhor compreensão da dinâmica competitiva existente.

A análise da jurisprudência do Cade realizada permitiu identificar que a autoridade antitruste brasileira, em diferentes oportunidades, faz uso simultâneo de diferentes métricas para aferição de participação de mercado em mercados digitais. Mais especificamente, avaliando-se os 10 primeiros anos de vigência da LDC no que diz respeito ao controle de concentrações envolvendo tais mercados, observa-se que em 48 casos o Cade optou por deixar a definição

---

[71] Isto é, verificar se historicamente os mesmos agentes estão na mesma posição ou se há constantes variações no *share*, com as primeiras posições do mercado sendo constantemente disputadas e alteradas.

[72] Parecer nº 15/2020/CGAA1/SGA1/SG/CADE, registrado no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0803656, proferido no *âmbito* do Ato de concentração nº 08700.001796/2020-94. Requerentes: Bom Negócio Atividades de Internet Ltda. e Zap Viva Real Group.

do mercado relevante produto em aberto, avaliando-se mais de um cenário possível de definição em 27 deles. Para além disso, em 32 operações foram utilizadas ao menos duas *proxies* distintas para aferição da participação de mercado dos agentes de mercado.

No AC OLX/Zap, por exemplo, foram utilizadas, para elaboração de estruturas de oferta do mercado de classificados online de imóveis as *proxies* (i) número de acessos às plataformas/sites; (ii) número de acessos únicos;[73] e (iii) quantidade de anúncios não duplicados veiculados.

De maneira semelhante, no âmbito do caso Rappi/iFood,[74] a Superintendência-Geral do Cade, quando da instauração do IA, faz menção às diferentes métricas utilizadas pela Representante (Rappi), Representada (iFood) e pela Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (Abrasel) para cálculo da participação de mercado do iFood no mercado de plataformas digitais de *delivery*. Apesar de não detalhadas nos autos públicos todas as *proxies* utilizadas, observa-se que houve um intenso debate entre as partes acerca da métrica que melhor representaria a realidade do mercado, tendo a SG, naquela ocasião, se limitado a verificar que "em qualquer caso, o percentual supera os 20% exigidos, na Lei de Defesa da Concorrência, para que se autorize a presunção de posição dominante".[75]

5. Conclusões

O presente artigo buscou discutir brevemente se a tradicional ferramenta de definição de mercado relevante, baseada na aplicação de testes que se utilizam do preço como principal fator competitivo, seria compatível com a nova realidade da economia digital movida a dados, marcada pela prevalência do modelo de negócio de plataformas digitais de múltiplos lados em que é praticado preço-zero para ao menos um deles.

A partir do estudo proposto, verificou-se que a definição de mercado relevante também possui utilidade para análise de casos envolvendo

---

[73] Conforme apontado no Parecer da SG deste caso, a métrica "acessos únicos" busca identificar a quantidade de usuários distintos que acessaram o site/plataforma. Nesse caso, assume-se que cada usuário corresponde a um único endereço de IP.

[74] BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Inquérito administrativo nº 08700.004588/2020-47*.

[75] Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/Cade, registrada no Sistema Eletrônico de Informações sob o nº 0875341.

mercados digitais baseados em dados, na medida em que tal ferramental permite compreender a dinâmica concorrencial existente, identificar as forças competitivas e traçar os limites dentro dos quais a questão jurídica suscitada será avaliada.

Não obstante, é certo que, em virtude das características próprias de tais mercados, existem limitações à aplicação do ferramental clássico da forma como originalmente concebido, tendo sido geradas pela doutrina especializada diferentes propostas para lidar com os desafios de definir-se mercados relevantes em uma economia digital.

Neste artigo, foram avaliadas as abordagens de definição de mercado único ou múltiplos mercados inter-relacionados, bem como as propostas de adaptação ao teste SSNIP e a relativização da necessidade de delimitar-se com precisão os mercados relevantes afetados por dada conduta ou ato de concentração, podendo as autoridades antitruste fazerem uso de diferentes métricas para aferição de participação de mercado.

Com relação ao primeiro ponto, constatou-se que a opção por adotar uma ou outra abordagem depende sobretudo da existência ou não de simetrias nos desvios de demanda de cada um dos consumidores a partir de mudanças nas variáveis competitivas relevantes, tais como preço e qualidade, devendo as autoridades justificarem sua escolha, posto que tal escolha traz consigo diferentes implicações para todo o restante da análise realizada.

No tocante às propostas de adaptação ao teste SSNIP, chega-se à conclusão de que essas consistem, em suma, na substituição da variável "preço" por outras variáveis competitivas, tais como qualidade (SSNDQ), custo (SSNIC), volume de dados coletados (SSNIDC) e atenção (A-SSNIP), ou que seja considerado "preço" o volume de dados pessoais transacionáveis requeridos para aquisição do bem/utilização do serviço.

Observou-se ainda que tais propostas não são isentas de problemas, existindo limitações que dificultam sua aplicação. Não obstante, a análise realizada revelou não ser possível descartar tais ferramentas tão somente em razão de tais limitações, existindo situações em que diferentes autoridades antitruste utilizaram-se das considerações propostas pelos testes alternativos quando da análise de casos concretos, ainda que por vezes não os tenham indicado nominalmente em suas decisões.

Já no que diz respeito à relativização da importância originalmente concebida à definição de mercado relevante, verificou-se que tal proposição baseia-se, por um lado, no fato de mercados digitais possuírem fronteiras fluidas, com agentes que adotam diferentes modelos de negócios competindo

entre si e, por outro, na constatação de que um excesso de preciosismo na busca por uma definição precisa de mercado relevante poderia levar à perda da identificação de elementos centrais na dinâmica competitiva.

Como consequência por tal escolha, o Cade e outras autoridades antitruste têm optado por fazer uso de diferentes métricas para elaboração de estruturas de oferta e aferição da participação de mercado, de modo a, a partir de diferentes perspectivas, tentar compreender como os agentes de mercado se relacionam e exercem entre si pressão competitiva, não obstante o modelo de negócios por eles utilizado, que por vezes impossibilitam a utilização de uma única *proxy* em razão da inexistência de um padrão de informações disponíveis.

Por fim, avaliando-se a prática adotada pela autoridade antitruste nacional a partir da análise da jurisprudência do Cade, não restou verificada nenhuma oportunidade em que foram de fato utilizadas quaisquer variações ao teste SSNIP propostas pela doutrina.

De maneira geral, os dados obtidos apontam que a autoridade antitruste possuiria uma preferência por não definir de maneira precisa os mercados relevantes, quando entendido necessário, avaliando-se diferentes cenários de definição e utilizando diferentes métricas para aferição da participação de mercado e análise quanto à existência de posição dominante.

Referências

BERENDT, Bettina; GUNTHER, Oliver; SPIEKERMANN, Sarah. *Privacy in e-commerce*: stated preferences vs actual behavior. 2005. Disponível em: https://cacm.acm.org/magazines/2005/4/6247-privacy-in-e-commerce/abstract. Acesso em: 30 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de concentração nº 08700.001908/2019-73*.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de concentração nº 08700.002703/2019-13*.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de concentração nº 08700.001796/2020-94*.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Ato de concentração nº 08700.000059/2021-55*.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Inquérito administrativo nº 08700.002940/2019-76*.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Inquérito administrativo nº 08700.004588/2020-47*.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. *Inquérito administrativo nº 08700.006085/2022-78*.

BRASIL. *Lei nº 12.529 de 30 de novembro de 2011*: Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, entre outros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 3 maio 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados*. 2021. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento%20de%20Trabalho%20-%20Benchmarking-internacional-Defesa-da-Concorrecia-e-Proteacao-de-dados.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Caderno de plataformas digitais*. 2021. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf. Acesso em: 25 jun. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Documento de trabalho 01/10. Delimitação de mercado relevante*. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/portal-ingles/topics/publications/economic-studies/working_papers/delimitacao_de_mercado_relevante.pdf. Acesso em: 30 out 2022.

COSTA-CABRAL, Francisco; LYNSKEY, Orla. *Family ties*: the intersection between data protection and competition in EU Law. 2017. Disponível em: https://core.ac.uk/download/pdf/77615074.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre; SCHWEITZER, Heike. *Competition Policy for the digital era*. 2019. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf. Acesso em: 31 out. 2021.

DEMAURO, Andrea; GRECO, Marco; GRIMALDI, Michele. *A formal definition of big data based on its essential features*. 2016. Disponível em: https://www.

researchgate.net/publication/299379163_A_formal_definition_of_Big_Data_based_on_its_essential_features. Acesso em: 2 abr. 2022.

EBEN, Magali. *Market definition and free online services*: the prospect of personal data as price. 2018. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3207201. Acesso em: 15 set. 2022.

EBEN, Magali. *The antitrust market does not exist*: pursuit of objectivity in a purposive process. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3600831. Acesso em: 3 maio 2023.

EBEN, Magali; ROBERTSON, Viktoria H. S. E. *The relevant market concept in competition law and its application to digital markets*: a comparative analysis of the EU, US and Brazil. 2021. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3762447. Acesso em: 21 set. 2022.

EVANS, David. S. *The antitrust economics of free*. 2011. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1813193. Acesso em: 31 out. 2021.

EUA. Suprema Corte. *Ohio et. Al. V. American Express Co. et. Al. 585 U.S. 2018*.

EUROPEAN COMMISSION. *Commission decision of 18.7.2018 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union (the Treaty) and Article 54 of the EEA Agreement (Case AT.40099 — Google Android)*. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. *Regulation (EC) Nº 139/2004*. Merger Procedure Case M.8124 — Microsoft/LinkedIn. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m8124_1349_5.pdf. Acesso em: 30 nov. 2021.

FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais*: entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FILISTRUCCHI, Lapo. *A SSNIP test for two-sided markets*: the case of media. 2008. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1287442. Acesso em: 28 jul. 2023.

FILLISTRUCCHI, Lapo; GERADIN, Damien; DAMMNE, Eric van; AFFELDT, Pauline. *Market definition in two-sided markets*: theory and practice. 2013. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2240850. Acesso em: 28 jul. 2023.

FRANCK, Jens-Uwe; PEITZ, Martin. *Market definition and market power in the platform economy*. 2019. Disponível em: https://cerre.eu/wp-content/uploads/2020/05/report_cerre_market_definition_market_power_platform_economy.pdf. Acesso em: 28 jul. 2023.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência*: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAL, Michal; ELKIN-KOREN, Niva. Algorithmic consumers. *Harvard Journal of Law and Technology*, v. 30, 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2876201. Acesso em: 12 nov. 2021.

GENERAL COURT. *Judgment of the General Court (Sixth Chamber, Extended Composition) of 14 September 2022*: Case T-604/18. Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:62018TJ0604. Acesso em: 20 dez. 2022.

HIRSHLEIFER, Jack. *Privacy*: its origin, function and future. 1980. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/724176. Acesso em: 28 ago. 2021.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK. *Report on the results of the ICN survey on dominance/substantial market power in digital markets*. 2020. Disponível em: https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/07/UCWG-Report-on-dominance-in-digital-markets.pdf. Acesso em: 2 nov. 2021.

KAPLOW, Louis. *Why (ever) define markets?* Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 666, Harvard Public Law Working Paper No. 11-08, 2011. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=1750302. Acesso em: 17 maio 2023.

KATHURIA, Vikas. *Platform competition and market definition in the US Amex case*: lessons for economics and law. 2019. Disponível em: https://ideas.repec.org/a/taf/recjxx/v15y2019i2-3p254-280.html. Acesso em: 28 jul. 2023.

KATHURIA, Vikas; GLOBOCNIK, Jure. *Exclusionary conduct in data-driven markets*: limitations of data sharing remedy. 2020. Disponível em: https://academic.oup.com/antitrust/article/8/3/511/5699250. Acesso em: 29 abr. 2022.

KATZ, Michael L. *Platform economics and antitrust enforcement*: a little knowledge is a dangerous thing. 2019. Disponível em: https://onlinelibrary.wiley.com/doi/abs/10.1111/jems.12304. Acesso em: 27 jul. 2023.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. *Revista de Defesa da Concorrência*, v. 9, n. 1, p. 83-103, jun. 2021.

KOKOLAKIS, Spyros. *Privacy atitudes and privacy behaviour*: a review of current research on the privacy paradox phenomenon. 2017. Disponível em: https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0167404815001017. Acesso em: 30 ago. 2021.

MOTTA, Massimo. *Política de concorrência*: teoria e prática e sua aplicação no Brasil. Tradução de Lúcia Helena Salgado. Rio de Janeiro: Elsevier, 2015.

NEWMAN, John M. *Antitrust in zero-price markets*: applications. 2017. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2681304. Acesso em: 31 out. 2021.

NIELS, Gunnar. *Transaction versus non-transaction platforms*: a false dichotomy in two-sided market definition. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3438913. Acesso em: 27 jul. 2023.

NORBERG, Patricia A.; HORNE, Daniel R.; HORNE, David A. *The privacy paradox*: personal information disclosure intentions versus behaviors. 2007. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/23860016?seq=1#page_scan_tab_contents. Acesso em: 30 ago. 2021.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Competition policy and knowledge based capital*: key findings. 2013. Disponível em: http://www.oecd.org/daf/competition/Knowledge-based-capital-%20KeyFindings2013.pdf. Acesso em: 3 maio 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms*. 2018. Disponível em: https://www.oecd.org/daf/competition/Rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms-2018.pdf. Acesso em: 21 set. 2022.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Vectors of digital transformation*. 2019. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/vectors-of-digital-transformation_5ade2bba-en. Acesso em: 18 ago. 2021.

PODSZUN, Rupprecht. *The arbitrariness of market definition and an evolutionary concept of markets*. The Antitrust Bulletin 2016. Disponível em: https://doi.org/10.1177/0003603X15625109. Acesso em: 17 maio 2023.

SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *Integrando proteção de dados e defesa da concorrência*: rediscussão do papel do direito antitruste e seu ferramental clássico na economia digital movida a dados. Dissertação (mestrado) — Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Econômico e Desenvolvimento, Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2023.

SILVEIRA DE SÁ, Marcus V. *O custo da privacidade*: uma abordagem jurídico-econômica sobre a regulação da proteção de dados em mercados digitais de múltiplos-lados e seus impactos. *In*: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Coletânea de artigos em defesa da concorrência e direito econômico*: mercado médico-hospitalar e economia digital. Brasília: Cade, 2021.v. 3. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/colet%C3%A2nea%20de%20artigos/VOLUME-03.pdf. Acesso em: 29 out. 2021.

SOLOVE, Daniel J. *Conceptualizing privacy*. 2002. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/3481326. Acesso em: 1º dez. 2022.

STORR, Virgil H. *The social construction of the market*. 2010. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1711319. Acesso em: 3 maio 2023.

TAYLOR, Curtis R. *Privacy in competitive markets*. 2003. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=419720. Acesso em: 30 ago. 2021.

VOLMAR, Maximilan. *Marktabgrenzung bei mehrseitigen Online-Plattformen*. 2017. Disponível em: https://www.zwer-online.de/heft-4-2017/zwer-2017-386-marktabgrenzung-bei-mehrseitigen-online-plattformen/. Acesso em: 28 jul. 2023.

WU, Tim. *Blind spot*: the attention economy and the law. 2019. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3030&context=faculty_scholarship. Acesso em: 15 set. 2022.