

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

TATYANA CHIARI PARAVELA

Abuso de posição dominante em mercados digitais: apropriação de conteúdo de terceiros e reflexos à liberdade de imprensa

Ribeirão Preto/SP

2022

TATYANA CHIARI PARAVELA

Abuso de posição dominante em mercados digitais: apropriação de conteúdo de terceiros e reflexos à liberdade de imprensa

Versão Corrigida

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências.

Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito.

Orientadora: Professora Doutora Juliana Oliveira Domingues.

Ribeirão Preto

2022

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca
e Seção Técnica de Informática da FDRP/USP, gerada automaticamente
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

PP224a Paravela, Tatyana Chiari
Abuso de posição dominante em mercados digitais: apropriação de
conteúdo de terceiros e reflexos à liberdade de imprensa / Tatyana
Chiari Paravela; orientadora Juliana Oliveira Domingues. -- Ribeirão
Preto, 2022.
162 p.

Dissertação (Mestrado - Programa de Pós-Graduação em Direito) --
Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo,
2022.

1. MERCADOS DIGITAIS. 2. ABUSO DE POSIÇÃO
DOMINANTE. 3. LIBERDADE DE IMPRENSA. 4. BIG TECHS. 5.
APROPRIAÇÃO DE CONTEÚDO DE TERCEIROS. I. Domingues,
Juliana Oliveira , orient. II. Título

FOLHA DE AVALIAÇÃO

Nome: PARAVELA, Tatyana Chiari

Título do Trabalho: **Abuso de posição dominante em mercados digitais:** apropriação de conteúdo de terceiros e reflexos à liberdade de imprensa. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, como requisito à obtenção do título de Mestre em Ciências – Área de Concentração: Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito; Projeto de Pesquisa: Ética e Desenvolvimento.

Aprovada em 31/01/2023.

Banca Examinadora

Prof(a). Dr(a).: Amanda Athayde

Instituição: Universidade de Brasília

Julgamento: Aprovada

Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a).: Vicente Bagnoli

Instituição: Universidade Presbiteriana Mackenzie

Julgamento: Aprovada

Assinatura: _____

Prof(a). Dr(a).: Vinicius Klein

Instituição: Universidade Federal do Paraná

Julgamento: Aprovada

Assinatura: _____

Ribeirão Preto, 31 de janeiro de 2023.

Ao meu pai, por me ensinar a ser perseverante;
e ao Vinícius, pelo apoio e carinho.

AGRADECIMENTOS

“Somos assim. Sonhamos o voo, mas tememos as alturas. Para voar é preciso amar o vazio. Porque voo só acontece se houver o vazio. O vazio é o espaço da liberdade, a ausência de certezas. Os homens querem voar, mas temem o vazio. Não podem viver sem certezas. Por isso trocam o voo por gaiolas. As gaiolas são o lugar onde as certezas moram.”¹

O mestrado foi uma das formas que encontrei para tentar fugir de uma gaiola aconchegante após terminar a graduação. Ao entrar no mestrado eu encontrei o vazio e a ausência de certezas novamente, e a bem da verdade é que a turbulência da incerteza durante o voo traz uma tremenda insegurança e ansiedade. Mas o fato é que os voos terminam e você volta para a gaiola novamente e só te resta refletir sobre a viagem e agradecer.

Na minha adolescência eu me recordo da minha mãe falando com insistência que eu precisava “casar com meu diploma”, isso só reflete a posição dela sobre como a mulher precisa ser independente, e uma das melhores formas para alcançar a independência é pelos estudos. Por isso, se eu cheguei até aqui, ela sem dúvidas merece os meus mais sinceros agradecimentos.

Já meu pai, sempre me recordo dele trabalhando incessantemente. Na sociedade atual ele seria taxado como “workaholic”, já que acorda, hoje, quase aos 60 anos, às 3 a.m. e só para às 8 p.m. porque está tomado pelo cansaço. Por amor ou por necessidade? Isso já rendeu longas discussões entre mim e meus irmãos. O fato é que, embora não seja a vida mais saudável a ser seguida, é o meu exemplo de perseverança, devendo receber um agradecimento especial.

Agradeço, ainda, à minha orientadora, Profa. Dra. Juliana Oliveira Domingues. Sua orientação foi peça-chave durante o Mestrado. Além de poder escrever este trabalho, também me foi oportunizada a escrita de artigos e a organização de eventos acadêmicos. Cada um desses eventos chefiados e orientados pela professora Juliana foram indispensáveis para o meu desenvolvimento pessoal e intelectual. Por fim, e não menos importante, ser orientada por uma mulher como a senhora, que inspira tantas e tantas outras mulheres a seguirem fortemente em suas diversas profissões (mãe, advogada, professora etc.), é um grande incentivo – obrigada!

Agradeço, também, ao professor Dr. Alexandre Naoki Nishioka, por ser sempre um grande incentivador e entusiasta da academia e de seus alunos, incentivando e ensinando como a advocacia pode ser aprimorada por meio da academia. Igualmente, agradeço o professor Dr. Eduardo Molan Gaban pelos ensinamentos nesta caminhada. Também não poderia faltar um agradecimento especial à toda equipe do Nishioka & Gaban Advogados, visto que estiveram

¹ ALVES, Rubem. *Religião e Repressão*. São Paulo: Edições Loyola, 2005.

presentes por todo o caminho, principalmente à “Equipe ANN”: Juliana Lomba, Giulia Ramos e Kaio Zanin – muito obrigada, sem vocês não seria possível!

Ainda, não poderia deixar de agradecer aos demais membros da minha família: aos meus irmãos, Thais, Thales, Bianca e Isabela, eu nem sei como expressar todo meu amor por vocês e tudo que me ensinaram nessa vida – eu amo vocês incondicionalmente; aos meus sogros, Rose e Porfirio, por estarem sempre presentes e me ensinarem que dando amor se recebe amor; aos meus tios, Rose e Oswaldo, pelos jantares e vinhos que regaram em parte a pandemia e tornaram o Mestrado mais leve.

Agradeço, ainda, ao Vinicius, por ser meu porto seguro, pessoa responsável por me suportar durante todo o processo de escrita (tarefa desafiadora, eu diria!), e que me lembra todos os dias de que somos um pelo outro, construindo um futuro e realizando sonhos. Nós três – não poderia deixar de mencionar o nosso pequeno grande amor, Boo, vamos construindo nossa história. É, sem dúvidas, o grande “coautor” desse texto e da nossa história. Amo você!

Ainda, à Universidade de São Paulo, em especial, à Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, que proporciona um ensino público de qualidade por meio de seus professores e servidores. Que a Universidade permaneça sendo esse local de construção de ideias e diálogo constante, traduzindo-se em um ambiente acolhedor.

Agradeço, por fim, aos amigos e profissionais que estiveram comigo por todo o percurso. Embora a vida seja extremamente dolorosa às vezes, existem pessoas que nos auxiliam a caminhar com mais tranquilidade.

Qual será o próximo passo? A única certeza que eu tenho é que estou recheada de incertezas tentando fugir de belas gaiolas aconchegantes.

“Considero a vida uma estalagem onde tenho que me demorar até que chegue a diligência do abismo. Não sei onde ela me levará, porque não sei nada. Poderia considerar esta estalagem uma prisão, porque estou compelido a aguardar nela; poderia considerá-la um lugar de sociáveis, porque aqui me encontro com outros. Não sou, porém, nem impaciente nem comum. (...) Sento-me à porta e embebo meus olhos e ouvidos nas cores e nos sons da paisagem, e canto lento, para mim só, vagos cantos que componho enquanto espero. Para todos nós descera a noite e chegará a diligência. Gozo a brisa que me dão e a alma que me deram para gozá-la, e não interrogo mais nem procuro.”

Bernardo Soares, Livro do Desassossego.

RESUMO

PARAVELA, Tatyana Chiari. **Abuso de posição dominante em mercados digitais:** apropriação de conteúdo de terceiros e reflexos à liberdade de imprensa. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022.

Com o desenvolvimento da internet nas últimas décadas, houve a ascensão das empresas de tecnologia. Algumas dessas empresas ganharam destaque no mercado digital e auferiram vasto poder econômico, a exemplo o Google, sendo cunhadas de *big techs*. Nesse sentido, nota-se que desafios envolvendo os mercados digitais e as *big techs* são enfrentados pelas autoridades e estudiosos, observando-se também reflexos no campo democrático, tal como será tratado no capítulo 2. Nesse ínterim, este estudo é pautado na análise das práticas de apropriação de conteúdo de terceiros adotadas principalmente pelo Google no mercado de busca verticalmente relacionado ao de notícias, de modo que se estuda se a referida prática pode ser considerada abuso de posição dominante e se, além disso, poderia violar a liberdade de imprensa. Assim, a ideia é dissecar o conceito de abuso de posição dominante no âmbito das plataformas digitais, conforme será visto no capítulo 3, e verificar até onde o Brasil, conforme se observa no capítulo 4, e outras jurisdições, tais como França e Austrália, tal como se discorre no capítulo 5, já foram nesta análise. Além da investigação concorrencial do feito, a ideia é analisar o tema sob a perspectiva constitucional, isto é, desenvolver o conceito de liberdade de imprensa no mundo digital e analisar a influência da empresa Google neste meio, de modo que assim possa se chegar à conclusão se a prática estudada é não só um ilícito concorrencial, mas também um ilícito que afeta a democracia, conforme pode ser observada da discussão travada no capítulo 6. Para tanto, a pesquisa segue uma linha de cunho jurídico-teórica, fundada em revisão sistemática de bibliografia, empregando, portanto, o método dedutivo, a partir de uma análise dogmática e, além disso, a partir de estudos de caso.

Palavras-chave: *big techs*; mercados digitais; abuso de posição dominante; apropriação de conteúdo de terceiros; liberdade de imprensa.

ABSTRACT

PARAVELA, Tatyana Chiari. **Abuse of dominant position in digital markets:** appropriation of third parties' content and press freedom reflections. Dissertação (Mestrado em Ciências) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, 2022.

The rise of technology companies called them big techs. The term is used to refer to the companies with the greatest prominence in the digital market. It is noted that challenges involving digital markets and big techs are faced by authorities and scholars, also observing reflections in the democracy, as will be discussed in chapter 2. This study is based on the analysis of the appropriation of third parties' content practices adopted mainly by Google in the search market vertically related to news, so that it is study whether this practice can be considered an abuse of dominant position and if, in addition, it could violate press freedom. Thus, the idea is to dissect the concept of abuse of dominant position within the scope of digital platforms, as will be seen in chapter 3, and to verify to what extent Brazil, as observed in chapter 4, and other jurisdictions, such as France and Australia, as discussed in chapter 5, have already been in this analysis. In addition to the competitive investigation of the case, the idea is to analyze the issue from a constitutional perspective, that is, to develop the concept of freedom of the press in the digital world and to analyze the influence of the company Google in this medium, so that a conclusion can be reached whether the practice studied is not only a competition offense, but also an offense that affects democracy, as can be seen from the discussion held in chapter 6. For this purpose, the research follows a legal-theoretical, based on a systematic review of bibliography, employing, therefore, the deductive method, from a dogmatic analysis and, moreover, from case studies.

Key-words: big techs; digital market; abuse of dominant position; appropriation of third parties' content; press freedom.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ACCC	Australian Competition & Consumer Commission
ACMA	Australian Communications and Media Authority
ANJ	Associação Nacional de Jornais
ANPD	Autoridade Nacional de Proteção de Dados
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CF	Constituição Federal
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
EUA	Estados Unidos da América
FTC	Federal Trade Commission
LDC	Lei de Defesa da Concorrência
LGPD	Lei Geral de Proteção de Dados
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SEI	Sistema Eletrônico de Informações
SNDE	Sistema Nacional de Defesa Econômica
STF	Supremo Tribunal Federal
OCDE	Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico
PCD	Programa de Combate à Desinformação
TCC	Termo de Cessação de Conduta
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development

LISTA DE FIGURAS

- Figura 1** Fluxograma do caso francês
- Figura 2** Despesas globais com publicidade por diferentes mídias, 2010 e 2017
- Figura 3** Participação na receita de publicidade na Internet, por empresa, 2010–2017

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	21
2.1	O desenvolvimento do Direito Antitruste.....	33
2.1.1	Os primórdios do Direito Antitruste diante da concentração de poder econômico 33	
2.1.2	O Direito Antitruste no Brasil	35
2.2	A escalada das empresas de tecnologia: novas formas de concentração de poder de mercado	39
2.2.1	O desenvolvimento da internet e a criação de marcos regulatórios	39
2.2.2	A escalada das big techs: ascensão e preocupações	41
2.2.3	Breves considerações sobre as Escolas de Freiburg, Harvard, Chicago diante dos movimentos mais recentes.....	45
2.3	A empresa Google e seu crescente poder econômico.....	49
3	ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE EM PLATAFORMAS DIGITAIS	53
3.1	Principais características das plataformas digitais.....	53
3.2	Abuso de posição dominante em mercados digitais.....	57
3.3	Fixação de critérios jurídicos para análise da prática de apropriação de conteúdo de terceiros	61
4	APROPRIAÇÃO DE CONTEÚDO DE TERCEIROS NO BRASIL NO MERCADO DE BUSCAS ONLINE VERTICALMENTE RELACIONADO AO MERCADO DE NOTÍCIAS.....	69
4.1	Aspectos iniciais	69
4.2	Os casos precursores: Google Shopping e o primeiro caso de apropriação de conteúdo de terceiros no Brasil	71
4.3	O caso brasileiro: análise do Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03	76
4.4	Conclusões.....	93
5	UM PANORAMA DA DISCUSSÃO EM OUTRAS JURISDIÇÕES	99
5.1	O caso francês.....	99
5.2	O caso australiano.....	107
5.3	Conclusões parciais	112

6	LIBERDADE DE IMPRENSA: UM DESAFIO AO DIREITO ANTITRUSTE? .	115
6.1	Um olhar para atuação da imprensa no mercado digital	115
6.1.1	A liberdade da imprensa e a sua importância para o Estado Democrático de Direito	115
6.1.2	A imprensa e o mercado digital.....	120
6.2	Reverendo os objetivos do antitruste: a necessária aproximação entre o Direito Antitruste brasileiro e o Direito Constitucional.....	128
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	139
	BIBLIOGRAFIA	153

1 INTRODUÇÃO

O Sherman Act entrou em vigor em 1890 nos Estados Unidos da América e influenciou a legislação brasileira². Em razão de casos emblemáticos, tais como o da *Standard Oil* e da *Us Steel Corporation*, empresas que, além de se utilizarem de práticas que hoje são considerados ilícitos antitrustes, também estavam envolvidos em casos de corrupção de agentes públicos, manipulações de mercado, questões trabalhistas e até mesmo crimes como homicídios, o Sherman Act foi elaborado e passou então a ser aplicado à época³.

No Brasil, foi com o Decreto-lei 7.666⁴, mais conhecido como Lei Malaia, que a lei antitruste passou a ganhar contornos mais delineados. Todavia, em razão de questões políticas, a Lei Malaia acabou sendo desfeita, tendo sua vigência não mais do que três meses. Dentre as legislações que mais se destacaram antes da Constituição Federal de 1988⁵ que se relacionam ao direito antitruste, nota-se a Lei n.º 4.137/62⁶ que, dentre outras coisas, sistematizou as leis antitruste e criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE).

Com a Constituição Federal de 1988, verifica-se a disposição de artigos extremamente importantes para o direito antitruste, tais como o artigo 170 e 173, § 4º. Ainda, com a CF/88, observa-se um desenvolvimento legislativo em relação ao direito antitruste, primeiro com a MP n.º 204/1990⁷, após, com a promulgação da Lei n.º 8.158/1991⁸, posteriormente com a Lei n.º 8.884/1994⁹ e, assim, com a elaboração e promulgação da lei em vigência atualmente, isto é, Lei n.º 12.529/2011.

Assim como a lei foi se desenvolvendo durante os anos, o mercado que ensejou a elaboração do Sherman Act em 1890 também se desenvolveu, de modo a se observar uma

² DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*, p. 59-67. Ver mais em: FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31.

³ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”**. *Revista Justiça do Direito*, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019, p. 226-228.

⁴ BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945**. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Rio de Janeiro, RJ, 1945.

⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

⁶ BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília, DF, 1962.

⁷ BRASIL. **Medida Provisória nº 204 de 2 de agosto de 1990**. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Brasília, DF, 1990.

⁸ BRASIL. **Lei nº 8.158, de 8 de janeiro de 1991**. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Brasília, DF, 1991.

⁹ BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF, 1994.

radical mudança nos modelos de negócios, principalmente nas últimas três décadas, envolvendo agora, de forma mais contundente, a internet e a tecnologia.

Nesse sentido, observa-se que na década de 90, diversos especialistas em diferentes setores viam a internet como a vanguarda de uma nova forma de globalização que gerava preocupações às autoridades. Com o seu desenvolvimento e sua crescente extensão, era difícil definir qual a jurisdição de seu exercício e com isso havia o entendimento de que a internet não seria um ambiente possível de regular devido a inexistência de barreiras geográficas.¹⁰

Essa ideia prevaleceu até o momento em que casos práticos desafiaram as autoridades, tais como o *case do Yahoo!*, na França. O caso foi levado ao Judiciário em abril de 2000 e representou um marco pela instauração de medidas restritivas vinculadas ao território geográfico francês na atividade de plataformas digitais.¹¹

Com a consolidação da *internet* no mercado foi possível observar a especial ascensão de algumas empresas de tecnologias, as quais comumente são chamadas de *big techs*. Esse termo é usado para se referir, em conjunto, às companhias com maior importância no mercado digital, como Alphabet (nova denominação das empresas do Google), Apple, Meta (nova denominação do Facebook, que também controla o Whatsapp e o Instagram), entre outras, tais como a Amazon, Microsoft, Twitter e a Tiktok. A atuação dessas empresas de tecnologia tem as colocado na mira não só das autoridades, mas também dos juristas, que buscam entender com profundidade seu modelo de negócios para analisar se seria necessário ou não a regulação do setor¹².

A importância dessas empresas no cenário tecnológico, crescente tendo em vista a digitalização da economia, inevitavelmente acentuada com a pandemia de covid-19¹³, gera preocupações devido a concentração de poder econômico dessas empresas. Contudo, se para mercados de longa data é um desafio entender os efeitos de atuação dessas empresas, imagine-se para mercados de inovação, já que parte das ferramentas tradicionais do direito antitruste

¹⁰ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of a borderless world. New York: Oxford University Press, 2006, p. 8/10, *E-book*.

¹¹ *Ibidem*, p. 14/15.

¹² DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan; MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. Direito Antitruste 4.0. e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o CADE. **Revista Jota**, 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-antitruste-4-0-e-o-abuso-de-posicao-dominante-nos-mercados-digitais-17122018>>. Acesso em janeiro de 2021.

¹³ Pesquisa realizada pela UNCTAD aponta como o cenário de consumo digital segue fortalecido pela pandemia de COVID-19. Os consumidores passaram a usar mais o ambiente virtual para realizar compras e obter notícias. Ainda, essa pesquisa também demonstra que os consumidores de países emergentes foram os que mais realizaram compras *on-line*. In: COVID-19 has changed online shopping forever, survey shows. **UNCTAD**, 08 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://unctad.org/news/covid-19-has-changed-online-shopping-forever-survey-shows>>. Acesso em maio de 2021.

perde a efetividade.¹⁴ Nota-se esse desafio especialmente na definição de poder de mercado e mercado relevante¹⁵.

Todavia, com a ascensão dessas empresas, a concentração de poder econômico e a forma de atuação delas passou a gerar preocupações. Além das preocupações, alguns fatos graves envolvendo essas empresas também foram destaque nesses últimos anos, tais como o da *Cambridge Analytica*¹⁶, ou mesmo relacionado a acordos de não contratação¹⁷, manipulação de preços¹⁸, dentre outros.

Diante das situações envolvendo as *big techs* nos últimos anos, não só as autoridades têm olhado atentamente para essas empresas, mas os juristas também. Dessa forma, rememorar os ensinamentos das Escolas de Freiburg, Harvard e a de Chicago são fundamentais, para após vermos as críticas mais recentes sobre os objetivos da lei antitruste, tais como o do movimento neo-brandeisiano.¹⁹

A despeito das grandes empresas de tecnologia estarem inseridas em diversas problemáticas, este trabalho analisará a *big tech* Google – em um contexto específico, conforme veremos adiante, já que, assim como as outras, envolveu-se em inúmeras discussões neste último século.

¹⁴ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan; MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. Direito Antitruste 4.0. e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o CADE. **Revista Jota**, 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/direito-antitruste-4-0-e-o-abuso-de-posicao-dominante-nos-mercados-digitais-17122018>>. Acesso em janeiro de 2021.

¹⁵ “In the digital economy it is no different: the traditional model for defining the relevant market should also be applied. However, it is important to know the characteristics of the digital economy for defining the relevant market in order to not misleading to point out to nonexistent problems or fail to notice existing problems.” BAGNOLI, Vicente. The Big Data Relevant Market. In: DI PORTO, Fabiana (org.). **Concorrenza e Mercato: antitruste, regulation, consumer welfare, intellectual property**. Milano: Giuffrè Editore, v. 23, p. 84, 2016.

¹⁶ Para ver mais: Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal so Far, 28 de março de 2018. **Al Jazeera News**. Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/2018/3/28/cambridge-analytica-and-facebook-the-scandal-so-far>>. Acesso em outubro de 2022. Ver mais em: BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública**. Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/facebook-e-condenado-a-pagar-r-6-6-mi-por-vazar-dados-de-usuarios>>. Acesso em novembro de 2022.

¹⁷ Para ver mais: ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; MENDONÇA, Nayara. Acordos de não contratação: o antitruste e o direito do trabalho, 17 de abril de 2019. **Revista Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-nao-contratacao-o-antitruste-e-o-direito-do-trabalho-17042019>>. Acesso em outubro de 2022.

¹⁸ Para ver mais: “Price steering (also known as personalised offers or search discrimination): manipulation of search results according to consumers’ preferences and behaviour, in order to display more expensive products to consumers with higher willingness to pay (Mikians et al., 2012[14]).” Personalised Pricing in the Digital Era, 28 de novembro de 2018. **OECD**. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf)>. Acesso em fevereiro de 2021, p. 10.

¹⁹ Nesse sentido, ver mais em: DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019. Além disso, ver mais em: KLEIN, Vinícius; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Quem tem medo de Lina Khan? **Revista Justiça do Direito**, v. 35, n. 3, p. 309-331, Set./Dez., 2021.

Ao contrário do que parece, o Google, em seu Código de Conduta original, utilizava-se em sua primeira linha da expressão: “*don't be evil*”. E, apesar do Google não ser uma empresa ativamente “má”, é notório que algumas condutas não podem ser consideradas positivas e/ou benéficas aos seus usuários²⁰, por esse motivo, foram/estão sob investigação das autoridades competentes ou mesmo a empresa foi condenada.

Todavia, embora a Google tenha se envolvido em situações controversas, o fato é que a empresa foi pioneira em *big data* e publicidade direcionada, sendo uma das responsáveis pelos desenvolvimentos da internet nos últimos anos²¹. E, para estruturar seu mercado de negócios, o Google utiliza-se de plataformas digitais. Essas plataformas fazem parte do cotidiano social, já que concentram os dados dos usuários, bem como atividades que antes eram realizadas pessoalmente. Com a utilização da *big data*, junto aos algoritmos e as plataformas digitais, verifica-se um ambiente desafiador para o Direito Concorrencial²².

Nesse sentido, a compreensão do funcionamento das plataformas digitais se faz extremamente importante. Não por outro motivo, deve-se investigar as principais características dessas plataformas, de modo que se entenda melhor como se dá o modelo de negócios das *big techs*.

Em uma breve análise do mercado digital e das *big techs*, algumas características são evidentes, destacando-se, sem dúvidas, os dados como ativos econômicos que trazem vantagem competitiva no mercado digital²³, já que elas os possuem em enorme quantidade. Válido ressaltar também algumas outras características trazidas pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tais como: efeitos de rede positivo diretos e indiretos, subsídio cruzado, escala em massa, baixo custo marginal, possibilidade de atrair clientes do mundo todo, economia de escala e escopo, geração e uso de dados do usuário, inovação

²⁰ FOROOHAR, Rana. **Don't be Evil: how big tech betrayed its founding principles – and all of us**. New York: Currency, 2019, p. 17-18. *E-book*.

²¹ *Ibidem*, p. 18.

²² FRAZÃO, Ana. Big Data, Plataformas Digitais e Principais Impactos sobre o Direito da Concorrência. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (org.). **Empresa, Mercado e Tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, p. 181-199, 2019, p. 183.

²³ Interessante ressaltar aqui os dizeres de Ana Frazão: “Embora a importância crescente dos dados na economia tenha repercussões sobre praticamente todas as searas jurídicas, não há dúvidas de que o Direito da Concorrência é uma das mais afetadas, já que, no contexto da chamada *data driven economy*, são os dados e a utilização deles os verdadeiros vetores da atividade econômica e das condições concorrenciais. Não é exagerada a afirmação de Alex Ross de que as escolhas sobre como vamos gerenciar e administrar os dados na atualidade serão tão importante quanto as decisões sobre o gerenciamento da terra durante a era agrícola ou da indústria durante a era industrial”. FRAZÃO, Ana. Big Data, Plataformas Digitais e Principais Impactos sobre o Direito da Concorrência. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (org.). **Empresa, Mercado e Tecnologia**. 1 ed, p. 181/199. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2019, p. 181.

disruptiva, custos de troca, assim como a possibilidade de ocorrência de uma situação *winner takes all*²⁴.

Com tais características, as plataformas digitais, principalmente as grandes plataformas, denominadas *big techs*, ascenderam exponencialmente nos últimos anos, envolvendo-se em escândalos e ensejando diversas preocupações para as autoridades e estudiosos, tais como a possibilidade de abusar de suas posições dominantes.

Nesse ínterim, o abuso de posição dominante em mercados digitais passou a ser estudado mais de perto. Assim, destaca-se que o poder econômico auferido de forma legítima não é proibido na legislação brasileira, porém, o abuso desse poder econômico é vedado²⁵. Examinar a legislação e o enquadramento do abuso de posição dominante se mostra imprescindível para o desenvolvimento do tema em discussão.

Para além disso, o foco central do trabalho é responder, se a prática de apropriação de conteúdo de terceiros pode ser considerada um ilícito concorrencial no mercado de buscas online verticalmente relacionado ao mercado de notícias. Nesse caso, a conduta estaria tipificada como abuso de posição dominante. Para responder essa questão, será imprescindível esmiuçar o tema.

Embora mais conhecida como *scraping*, ou, até mesmo confundida como *crawling*, ou sendo denominada como *free rider* forçado ou *snippet*, defende-se o conceito de apropriação de conteúdo de terceiro, que abarca tanto a prática de apropriação de conteúdo de terceiros e de autopreferência²⁶, porque os demais conceitos mais se identificam com o processo em que se dá a apropriação de conteúdo do que com a prática em si.

Além da denominação, a fixação de critérios jurídicos para análise da prática se mostra fundamental em um ambiente onde existem lacunas sobre o tema. Nesse sentido, a partir dos ensinamentos de Fernandes, firmam-se as premissas que moldam o combate ao abuso de posição dominante e, por consequência, analisa-se as presunções de ilicitude para condutas de exclusão, com enfoque na prática de apropriação de conteúdo de terceiros e de autopreferência²⁷.

²⁴ OECD. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**, OECD Publishing, Paris, 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/innovation/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation-53e5f593-en.htm>>. Acesso em novembro de 2022, p. 20-25.

²⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*, p. 54, e FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 259-263.

²⁶ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 322.

²⁷ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 322.

Firmado os aspectos teóricos, os estudos de caso passam a ser fundamentais para a elucidação do tema de uma maneira mais clara. No plano nacional, nota-se que o Google também não tem escapado das investigações no âmbito antitruste. A exemplo, verifica-se o caso do Google Shopping que foi o primeiro julgamento sobre investigações de condutas unilaterais anticompetitivas na economia digital pelo CADE no Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94²⁸.

O processo foi gerado por meio da denúncia do e-commerce Media Group Informação e Tecnologia que alegou que o Google teria privilegiado o seu próprio site de preço (Google Shopping), verticalmente relacionado ao seu próprio site de buscas, em detrimento dos demais compradores de preços. Deste modo, o Google estaria se valendo de sua posição privilegiada no mercado de busca online para alavancar sua posição no mercado de sites de comparação de preços.

Ocorre que, em 2013, a petição foi aditada no que se refere a representação inicial, incluindo nela a denúncia de que o *Google* estaria praticando a conduta de *scraping* em relação ao site Buscapé. A empresa Buscapé alegava que o Google, por meio de coleta automatizada de *reviews* fornecidas por usuários do site Buscapé, utilizava-se dessas informações para a comparação dos preços no seu site, isto é, no Google Shopping. Diante disso, o Superintendência do CADE, vislumbrando indícios de infração à ordem econômica e a diversidade de condutas, decidiu por instaurar dois Processos Administrativos distintos.

Dessa forma, foi iniciado o Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03²⁹ para investigar a conduta de *scraping* ou, como definido para esse trabalho, passou a ser investigada a prática de apropriação de conteúdo de terceiros feita pelo Google em relação aos sites comparadores de preço.

No entanto, em julho de 2019, por unanimidade, o Plenário arquivou o processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03 nos termos do voto da Ex-Conselheira Paula Farani de Azevedo Silveira, que recomendou a instauração de Inquérito Administrativo para averiguar as condições de concorrência e eventual abuso de posição dominante no mercado de busca, bem como no mercado verticalmente relacionado de notícias.

²⁸ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc, Google Brasil Internet Ltda e E-commerce Media Group Brasil Participações Ltda. Data de Registro: 20/12/2011.

²⁹ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Data de Registro: 10/10/2013.

Assim, foi instaurado o Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03³⁰, objeto de análise desta pesquisa, para que se pudesse averiguar as condições da concorrência e eventual abuso de posição dominante no mercado de busca, bem como no mercado verticalmente relacionado de notícias devido a adoção pelo Google da prática de *scraping*. O Processo Administrativo ainda está em trâmite no CADE o que enseja um olhar atento.

A discussão perpassa por outras jurisdições, como na França e na Austrália, e, nessas jurisdições, a discussão já está mais avançada no sentido de configurar uma conduta anticompetitiva. Nesse sentido, a partir do que foi posto na França e na Austrália, pretende-se ampliar o conhecimento, de modo que se possa ter sobre o mesmo tema diversos olhares e assim poder contribuir para a discussão brasileira.

Para além de dissertar sobre a prática de apropriação de conteúdo de terceiros poder ser considerado um ilícito concorrencial, chama-se ainda atenção para uma discussão sobre a apropriação de conteúdo de terceiros poder ser uma violação à liberdade de imprensa e, ainda, um desafio para o direito antitruste.

Nesse sentido, nota-se que a liberdade de imprensa é debatida há muitos anos, tal como é possível observar na Declaração dos Direitos da Virgínia, artigo 12, dos Estados Unidos da América de 1776³¹, assim como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 11³², elaborada a partir dos ideais da revolução francesa em 1789. Em legislações mundiais mais recentes, nota-se a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, em seu artigo 19³³, resguarda a liberdade de expressão.

No Brasil, não é diferente, desde o seu histórico até a Constituição de 1988, buscou-se proteger a liberdade de expressão. Atualmente, observa-se que na CF/88 o arcabouço legislativo

³⁰ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Data de Registro: 08/07/2019.

³¹ “Section 12. That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Virginia Declaration of Rights**. Williamsburg, EUA, 1776. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>>. Acesso em novembro de 2022.

³² “Article 11. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.”. FRANCE. **Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen**. Versalhes, França, 1789. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em novembro de 2022.

³³ “Artigo 19 Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Paris, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em novembro de 2022.

é extenso, entendendo-se, assim, que o constituinte, quando da elaboração da Carta, deu especial relevância ao tema.

A liberdade de imprensa, em realidade, decorre da liberdade de informação, sendo esta última dividida em liberdade de informar e na liberdade de ser informado. Enquanto a liberdade de informar se constitui na possibilidade de manifestar o pensamento por meio escrito, da palavra ou por qualquer outro meio, a liberdade de ser informado se firma no “interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas”.³⁴

Dessa forma, depreende-se que a liberdade de comunicação é extremamente relevante para o Estado Democrático de Direito, inclusive porque exerce uma função social para a sociedade³⁵.

Todavia, com a consolidação da internet como meio social, por onde os indivíduos realizam suas atividades diárias, denota-se reflexos na forma da apreensão das notícias. Se antes as bancas contavam com grandes números de jornais físicos e estes circulavam pelo país, chegou o momento em que a maior parte dos usuários de redes sociais e plataformas digitais se aproveita da integração e das publicações realizadas nelas.

Como a remuneração da imprensa tradicional era, majoritariamente, por meio de anúncios nos classificados e assinaturas feitas pelos consumidores, com a ascensão das plataformas digitais, tais como Google e Facebook, que surgiram como organizadores e agrupadores de informações originais, um número crescente de usuários, especialmente os mais jovens, obtém a maior parte de suas notícias diretamente dos *feeds* da mídia social.³⁶

Dessa forma, ocorreu uma desintermediação entre leitores e produtores de notícias originais e essa desintermediação desestabilizou a forma como as notícias eram produzidas, organizadas e consumidas. Assim, os jornais, que tinham como principal fonte de receita os anúncios classificados e as assinaturas de jornais impressos, observaram uma redução na demanda, que se acelera ao longo dos anos, devido a disponibilidade e consumo de notícias online.³⁷

³⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 243-246.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ ROLNIK, Guy et al. **Protecting Journalism is the age of digital platforms**. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Chicago: University of Chicago 2019, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~ap3116/papers/MediaReportFinal.pdf>>. Acesso em novembro de 2022.

³⁷ ROLNIK, Guy et al. **Protecting Journalism is the age of digital platforms**. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Chicago: University of Chicago 2019, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~ap3116/papers/MediaReportFinal.pdf>>. Acesso em novembro de 2022.

Além da remuneração, notam-se outros pontos importantes que envolvem as plataformas digitais e os jornais, tais como a propagação de *fake news*, assim como a possibilidade de redução do consumo das notícias locais pelas notícias nacionais, o que ensejaria uma redução no grau de competição nos mercados locais de notícias, tanto em termos de leitores, como em publicidade, dentre outros pontos, tais como os reflexos advindos da apropriação de conteúdos de terceiro (jornais) principalmente pelo Google.³⁸

Portanto, extrai-se que com a digitalização da economia, o jornalismo, de modo geral, tem perdido cada vez mais a sua forma de remuneração que se dá por meio de publicidade ou mesmo da assinatura dos jornais impressos, o que enseja um enfraquecimento da mídia. Todavia, um jornalismo independente de quaisquer amarras e pautado no interesse público é medida que se impõe para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Deste modo, volta-se para questão se a liberdade de imprensa pode ter efeitos que atrairiam a incidência do Direito Antitruste brasileiro.

Nesse sentido, importa resgatar os ensinamentos da Escola de Chicago, que prima pela análise econômica, buscando a eficiência alocativa do mercado, que traria, sem exceção, benefícios aos consumidores³⁹. Nesse sentido, destaca-se Robert Bork que defende que o único objetivo da Lei Antitruste americana seria a maximização do bem-estar do consumidor⁴⁰. O modelo chicaguiano entende que para ter certeza e segurança é necessário o distanciamento de tudo que não conduz à eficiência alocativa e do que pode comprometer a previsibilidade do sistema.⁴¹

³⁸ *Ibidem*, p. 8. Ver mais em: DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Fake News: Um desafio ao Antitruste? In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Org.). **Direito antitruste 4.0**: fronteiras entre concorrência e inovação. São Paulo: Singular, p. 145-168, 2019.

³⁹ Ainda para Forgioni: “A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores. Esse fato é verdadeiro, esteja o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição. Os principais institutos antitruste passam a ser pensados em termos de ‘eficiência alocativa’: sob esse prisma, as concentrações (e o poder econômico que delas deriva) não são vistas como mal a ser evitado, os acordos verticais passam a ser explicados em termos de economia de custo de transação, eficiências e ganhos para os consumidores”. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-171.

⁴⁰ “This chapter and the next advance a pair of related propositions: (1) The only legitimate goal of American antitrust law is the maximization of consumer welfare; therefore, 2) "competition", for purposes of antitrust analysis, must be understood as a term of art signifying any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by judicial decree”. BORK, Robert. **The Antitrust Paradox**: a policy at war with itself. New York: Basic Books, 1978, p. 51.

⁴¹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 172-173. Ainda sobre o assunto: “Posner afirma que esta análise econômica do direito é, de certa forma, o resgate da doutrina de Kelsen, para quem o problema da “indeterminação” do direito coloca-se sempre como um defeito por conta de uma linguagem que não é suficientemente clara, deixando espaços para vários significados. Posner entende que, sendo impossível determinar a solução “mais justa” em cada caso concreto, é social e democraticamente preferível que a alocação de recursos entre os indivíduos seja realizada pelo mercado, e não pelo direito, ou seja, venha determinada pelo resultado da somatória das vontades individuais. Assim, a tomada de decisões na sociedade deve

No Brasil, com a Constituição de 1988⁴², foi possível observar uma aproximação maior entre a Constituição e o Direito Concorrencial. Essa interpretação se dá a partir do exposto no artigo 170 caput e incisos da Constituição Federal de 1988⁴³. Inclusive, o artigo 1º da CF/88⁴⁴ anota que o Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, estando o artigo 170 em consonância o que dispõe o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988.

Se isso já não bastasse, o artigo 173, em seu parágrafo 4º⁴⁵, também da CF, assinala o caráter constitucional dado ao tema, visto que denota que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Igualmente, o capítulo I da Lei n.º 12.529/2011⁴⁶, que trata “da finalidade” da lei prevê que “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Assim, apesar de posições contrárias no direito brasileiro, tais como a de Schuartz, que trata do fenômeno da “desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência” e entende como satisfatória esta não aproximação entre o Direito Concorrencial e a Constituição de 1988,

ser feita de acordo com o critério econômico da eficiência alocativa, que reverterá sempre em prol do bem-estar do consumidor”. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 173.

⁴² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

⁴³ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

⁴⁴ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

⁴⁵ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

⁴⁶ BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

Frazão⁴⁷ observa esse distanciamento como um efeito deletério, devendo o movimento de aproximação entre ambas as normas ser urgente e necessário.

Ainda nesse sentido, se sustenta que o direito antitruste possui um caráter instrumental, do qual estaria disciplinado principalmente nos artigos 170, incisos IV e V, e 173, § 4º. Dessa forma, conforme defende Forgioni, não há que se falar que o direito antitruste busca apenas a concretização da eficiência alocativa, produtiva ou mesmo dinâmica.⁴⁸

A partir dessas premissas, será discutido quais os objetivos da lei antitruste brasileira e se esta lei seria a responsável por responder sobre aspectos tais como o da violação a liberdade de imprensa.

De qualquer modo, ressalta-se que o raciocínio utilizado para o trabalho é o dedutivo⁴⁹, a partir de uma análise puramente dogmática, principalmente nos capítulos 2, 3 e 6⁵⁰. No mais, nos capítulos 4 e 5, será feito estudo de caso. Conforme define Yin, um estudo de caso tem como escopo uma apuração empírica que pesquisa um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto na realidade, particularmente quando as fronteiras entre o fenômeno e o contexto estão obscuras⁵¹.

De maneira oposta a um estudo baseado em um levantamento bibliográfico, por exemplo, o estudo de caso consegue explorar determinadas condições contextuais do fenômeno que não seriam possíveis por meio somente do levantamento. Ademais, salienta-se que a coleta de dados e a estratégia de análise de dados são partes importantes na definição de um estudo de caso, mas esses pontos não definem a estratégia do estudo, isso porque o estudo de caso é uma estratégia de pesquisa holística.⁵²

Para tanto, o trabalho se desenvolverá da seguinte forma. Inicialmente, no capítulo 2, será abordado o desenvolvimento do direito antitruste. Nesse ínterim, em primeiro lugar, será

⁴⁷ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41-42.

⁴⁸ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 186-188.

⁴⁹ Conforme aponta Gil: “O método dedutivo, de acordo com a acepção clássica, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular. Parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal, isto é, em virtude unicamente de sua lógica. E o método proposto pelos racionalistas (Descartes, Spinoza, Leibniz), segundo os quais só a razão é capaz de levar ao conhecimento verdadeiro, que decorre de princípios a priori evidentes e irrecusáveis.” GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 11.

⁵⁰ No que se refere a metodologia, a partir do apreendido pelas lições de GIL, para a obtenção de conhecimento mais seguro do que por outros meios, a ciência⁵⁰ se desenvolveu. E dentro da classificação das ciências, conforme o autor define, pode-se inserir esta pesquisa dentro das ciências sociais. Nesse sentido, o autor disserta que para que determinado conhecimento possa ser de fato considerado científico, faz-se necessário que sejam identificadas as operações mentais e as técnicas para que se possibilite a verificação, isto é, para que se analise o método utilizado para se chegar ao conhecimento desenvolvido. GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 2-8.

⁵¹ YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 32-33.

⁵² YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 32-33.

rememorado os primórdios do Direito Antitruste diante da concentração de poder econômico nos Estados Unidos da América, para, após, adentrarmos na história do Direito Antitruste brasileiro.

Posteriormente, a abordagem será pautada na escalada das empresas de tecnologia, de forma a elucidar as novas formas de concentração de poder de mercado, isto é, das *big techs*, verificando-se, a título ilustrativo, a ascensão e as preocupações que acometem o tema. Ainda, serão feitas breves considerações sobre as Escolas de Freiburg, Harvard, Chicago diante dos movimentos mais recentes, tais como o neobrandeisiano. Por fim, o último tópico do capítulo tratará especificamente da *big tech* Google e seu crescente poder econômico.

O capítulo 3, intitulado “abuso de posição dominante em plataformas digitais” tratará, inicialmente, das principais características das plataformas digitais. Após, a discussão se pautará sobre abuso de posição dominante em mercados digitais e, por fim, serão discutidos possíveis critérios jurídicos para a análise da prática de apropriação de conteúdo de terceiros.

De forma a delinear o tema com contornos mais expressivos, o capítulo 4 tratará da prática de apropriação de conteúdo de terceiros no Brasil no mercado de buscas online verticalmente relacionado ao mercado de notícias. Para tanto, será necessário, pelo menos de forma breve, tratar dos casos do Google Shopping e do primeiro caso de scraping no Brasil. Por consequência, serão extraídas conclusões sobre o tema.

Ainda, na tentativa de desenhar o tema de forma mais significativa, no capítulo 5, será dado um panorama da discussão em outras jurisdições. Portanto, nesse capítulo são discutidos dois casos, isto é, o caso francês e o caso australiano. Por fim, são extraídas novas conclusões para o tema, inclusive relacionando o caso brasileiro.

Por último, no capítulo 6, intitulado “liberdade de imprensa: um desafio ao direito antitruste”, analisa-se, em primeiro lugar, a liberdade de imprensa e a sua importância para o Estado Democrático de Direito. Posteriormente, é feita a análise da imprensa no mercado digital. Feita essa análise, passa-se a discussão sobre os objetivos do Direito Antitruste, de modo a ser feita uma discussão sobre a aproximação entre o Direito Antitruste e o Direito Constitucional.

2 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO ANTITRUSTE E A ASCENSÃO DAS BIG TECHS

2.1 O desenvolvimento do Direito Antitruste

2.1.1 Os primórdios do Direito Antitruste diante da concentração de poder econômico

A importância do Sherman Act é inegável. O Sherman Act foi a primeira lei antitruste estadunidense e, apesar desta lei não ter sido a primeira legislação antitruste do mundo, já que a primeira foi a canadense, que foi feita um ano antes, é indiscutível que o Sherman Act foi a legislação que mais influenciou o mundo todo⁵³, inclusive a legislação brasileira.

Como influência para o nosso direito, faz-se importante analisar os motivos pelos quais essa legislação surgiu e quais foram os valores da época, principalmente em razão do escopo dessa pesquisa, que busca trazer, por meio de um recorte metodológico⁵⁴, a discussão sobre a interdisciplinaridade entre o direito antitruste e o direito constitucional brasileiro, como veremos melhor no decorrer deste trabalho.

O Sherman Act foi criado em 1890 e, dentre os casos emblemáticos que ensejaram a elaboração e a aplicação da lei à época, observa-se os casos da *Standard Oil* e da *US Steel Corporation*.

O primeiro caso, que remete às empresas do John D. Rockefeller, além de utilizar de diversas estratégias hoje consideradas ilícitos antitrustes, também se utilizava do “poder auferido pelo monopólio”. Conforme aponta Domingues e Gaban “os trustes mantinham relações que, muitas vezes, envolviam corrupção de agentes públicos, manipulações do mercado, indução de concorrentes à falência e, até mesmo, crimes (como homicídios) com a finalidade de eliminar rebeliões de trabalhadores”. Em 1911, a *Standard Oil* foi desmembrada em trinta e quatro empresas.⁵⁵

A partir do segundo caso, que remete as empresas de J.P. Morgan, também foi possível observar a utilização de estratégias anticompetitivas a fim de monopolizar cadeias produtivas,

⁵³ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*, p. 59-67. FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 31.

⁵⁴ O recorte deste trabalho se dá a partir de investigação de eventual abuso de posição dominante do Google no mercado verticalmente relacionado a notícias e seus reflexos a liberdade de imprensa.

⁵⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”**. *Revista Justiça do Direito*, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019, p. 226.

tais como a de telecomunicação, as linhas férreas e até mesmo a criação de uma empresa para o transporte marítimo nacional⁵⁶.

Da análise de ambos os casos é possível concluir que essas empresas passaram a ter grande poder econômico e, com grande poder econômico, reflexos em outras searas passaram a ser observados, tais como nos campos jurídicos, políticos e sociais. Assim, há quem defenda que o direito antitruste, desde as suas origens, foi inspirado por outros propósitos que não apenas econômicos⁵⁷.

Nesse sentido, ao revisar a história legislativa do *Sherman Act*, Stucke aponta que a Suprema Corte observou as preocupações não econômicas do Congresso sobre a concentração de riqueza e poder nas mãos de poucos⁵⁸. Embora preocupados com os preços mais altos e menos sobre a iniciativa dos monopólios, os tribunais também expressaram preocupações sociais e políticas relativas aos monopólios, tais como o empobrecimento dos indivíduos⁵⁹.

De todo modo, com a imposição do *Sherman Act*, foi possível observar que a concorrência passou a ser analisada como algo essencial para o sistema econômico e foi necessário um maior desempenho do Estado para extinguir eventuais alterações no sistema⁶⁰, visto que o poder econômico passou a ser algo de interesse público.

Analisado os motivos e os valores que inspiraram a legislação que influenciou o direito antitruste brasileiro, passamos então a tratar da história do direito antitruste no Brasil.

⁵⁶ Ibidem, p. 227-228.

⁵⁷ Nesse sentido: “Fica fácil entender, sob essa perspectiva, porque o Direito da Concorrência foi influenciado, desde os seus primórdios, por diversos outros objetivos que não os meramente econômicos, em um claro reconhecimento da importância instrumental da proteção dos mercados. Não é exagerada, portanto, a conclusão de Fox no sentido de que o Direito da Concorrência encontra-se em verdadeira simbiose com a democracia e que, mesmo no caso americano, teve suas raízes na tentativa de equilíbrio entre os poderosos e os desprovidos de poder, buscando diversidade, autonomia e igualdade de oportunidades para competir com base no mérito”. FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 33.

⁵⁸ “...prevent the concentration of markets through acquisitions, and ‘perpetuate and preserve, for its own sake and in spite of possible cost, an organization of industry in small units which can effectively compete with each other’; protect firms’ ‘right of freedom to trade’; promote consumer welfare, allocative efficiency, and price competition; protect the public from the failure of the market; preserve economic freedom and the freedom for each business ‘to compete - to assert with vigor, imagination, devotion, and ingenuity whatever economic muscle it can muster’; condemn practices that ‘completely shut [] out competitors, not only from trade in which they are already engaged, but from the opportunities to build up trade in any community where these great and powerful combinations are operating under this system and practice’; ‘secure equality of opportunity and to protect the public against evils commonly incident to destruction of competition through monopolies and combinations in restraint of trade’; and ‘be a comprehensive charter of economic liberty aimed at preserving free and unfettered competition as the rule of trade’”; STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust’s goals. **Boston College Law Review**, v. 53, p. 551-629, 2012., p. 561-562.

⁵⁹ Ibidem, p. 562.

⁶⁰ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*, p. 62.

2.1.2 O Direito Antitruste no Brasil

No ano de 2022, a Lei n.º 12.529/2011⁶¹, Lei de Defesa da Concorrência (LDC) brasileira, completou 10 anos de sua vigência, sendo, portanto, uma lei jovem. Assim como a lei vigente é recente, o histórico do direito antitruste no Brasil também é.

Na Constituição de 1934⁶², no artigo 115, observou-se, ainda, de modo tímido, as primeiras preocupações com a liberdade econômica. Nesse sentido, o artigo 115, em seu *caput*, previu que a ordem econômica deveria ser organizada “(...) conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica”. Dessa forma, pode-se vislumbrar já a relação entre a democracia e o Direito da Concorrência⁶³.

Assim sendo, apesar da preocupação esboçada na Carta de 1934, não houve a elaboração de lei para regular a competição no mercado, com a ressalva do Código de Propriedade Industrial que já abordava alguns pontos de como impedir a vantagem competitiva desleal⁶⁴.

Faz-se interessante ressaltar que a Constituição de 1937⁶⁵, em seu artigo 141, anota como princípio a proteção à economia popular. E, para regulamentar este dispositivo, veio o Decreto-Lei 869/1938⁶⁶, que, conforme aponta Forgioni, “o primeiro diploma brasileiro antitruste surge com função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e portanto, precipuamente, do consumidor”. Tal fato se distinguiria, na visão da doutrinadora, do *Sherman Act*, visto que esse último teria como função precípua o princípio da proteção e manutenção da concorrência.⁶⁷

⁶¹ BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, RJ, 1934.

⁶³ Sobre o tema: “Assim como nos Estados Unidos, a relação entre o Direito da Concorrência e a democracia nunca passou despercebida no debate jurídico nacional. Basta lembrar que a Constituição de 1934 preocupou-se em posicionar o Estado como garantidor de uma ordem econômica pautada ‘pelos princípios da justiça e as necessidades da vida nacional’, de modo a possibilitar a ‘todos existência digna’ (art. 115, *caput*)”. FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

⁶⁴ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*, p. 70-71.

⁶⁵ “Art 141 - A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.” BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, RJ, 1934.

⁶⁶ BRASIL. **Decreto-Lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938**. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. Rio de Janeiro, RJ, 1938.

⁶⁷ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 99-100.

Em 1945, o então Ministro do Trabalho à época, Agamenon Magalhães, elaborou o Decreto-lei 7.666⁶⁸, denominado de Lei Malaia, que visava tratar sobre “os atos contrários à ordem moral e econômica”. Neste Decreto houve a sistematização das leis antitruste até então existentes, assim como a criação da Comissão Administrativa de Defesa Econômica (CADE). Igualmente, este Decreto também foi o precursor para o que viria a ser a Lei n.º 4.137/62⁶⁹.

Ocorre, no entanto, que em razão do presidente Getúlio Vargas ter sofrido um golpe de Estado em 1945, assim como em razão da grande resistência a este Decreto, como, por exemplo, da própria imprensa⁷⁰, o Decreto-Lei n.º 7.666/1945 acabou sendo desfeito, tendo sua vigência de não mais do que três meses.

Foi então com a Constituição de 1946 que foi expressamente disposto, no artigo 148⁷¹, a possibilidade de repressão ao abuso de poder econômico. Sobre o tema, ainda vale ressaltar o artigo 145⁷², que trouxe que a ordem econômica deveria ser organizada pelos princípios da justiça social, conciliando a livre iniciativa com a valorização do trabalho humano.

⁶⁸ BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945**. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Rio de Janeiro, RJ, 1945.

⁶⁹ BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula e repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília, DF, 1962.

⁷⁰ Sobre o tema: “Apesar da sua importância estratégica, a Lei Malaia encontrou grande resistência da imprensa, sobretudo dos *Diários Associados* de Assis Chateaubriand, que denunciavam o diploma como arma política de Vargas para centralizar o poder e constranger a economia nacional. O diploma, de fato, ia diretamente de encontro aos interesses de Chateaubriand, à medida que proibia que empresas jornalísticas se agrupassem sob um controle único e, ainda, que fossem acionistas de empresas do mesmo ramo. Diante das reações provocadas pelo Decreto-lei n. 7.666/45, tanto na seara jurídica quanto na seara política, a norma não chegou a ser aplicada, sendo revogada pelo Ministro José Linhares em 1945, quando assumiu o poder após o fim do Estado Novo.” FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 35.

⁷¹ “Art. 148 – A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro, RJ, 1946.

⁷² “Art. 145 - A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano. Parágrafo único - A todos é assegurado trabalho que possibilite existência digna. O trabalho é obrigação social.” BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro, RJ, 1946.

Entre a Constituição de 1946 e a Lei n.º 4.137/62, pode-se dizer que houve apenas no artigo 3º, da Lei n.º 1.521/51⁷³, uma sequência de dispositivos antitruste⁷⁴.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 4.137/62, houve a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que teve como incumbência a apuração e a repressão dos abusos de poder econômico⁷⁵. No entanto, esta lei se mostrou igualmente ineficaz, isso em razão da política econômica vista na ditadura militar que era simpatizante com a existência de conglomerados e concentrações empresariais⁷⁶.

Nesse sentido, verifica-se que durante a vigência desta lei, somente onze processos foram julgados até 1975 e, dentre os onze, apenas em um deles se entendeu por considerar que houve a prática de abuso de poder econômico. Outrossim, nota-se que em alguns casos, quando havia a aplicação de multas altas, o próprio Poder Judiciário acabava anulando a decisão. Dessa forma, em razão da diluição das decisões e de uma aplicação quase ineficaz da atuação do CADE, o empresariado passou a ver com descredito o órgão.⁷⁷ Diante disso, Forgioni conclui que⁷⁸:

⁷³ “Art. 3º. São também crimes desta natureza: I - destruir ou inutilizar, intencionalmente e sem autorização legal, com o fim de determinar alta de preços, em proveito próprio ou de terceiro, matérias-primas ou produtos necessários ao consumo do povo; II - abandonar ou fazer abandonar lavoura ou plantações, suspender ou fazer suspender a atividade de fábricas, usinas ou quaisquer estabelecimentos de produção, ou meios de transporte, mediante indenização paga pela desistência da competição; III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio; IV - reter ou açambarcar matérias-primas, meios de produção ou produtos necessários ao consumo do povo, com o fim de dominar o mercado em qualquer ponto do País e provocar a alta dos preços; V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência. VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício; VII - dar indicações ou fazer afirmações falsas em prospectos ou anúncios, para fim de substituição, compra ou venda de títulos, ações ou quotas; VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência; IX - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados; X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcas ou de desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.” BRASIL. **Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Rio de Janeiro, RJ, 1951.

⁷⁴ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*, p. 71.

⁷⁵ “Art. 8º E criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.” BRASIL. **Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília, DF, 1962.

⁷⁶ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 37.

⁷⁷ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 116-118.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 120.

Pode-se ter a impressão, pela transcrição das ementas que efetuamos, que a Lei 4.137/62 foi utilizada como eficaz e atuante instrumento de política econômica, auxiliar no processo de concentração de empresas e fortalecimento da indústria nacional. Tal conclusão, entretanto, não é correta. Em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves “surto” ou “ondas” de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante de diretriz econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência.

Com a Constituição de 1988⁷⁹ foi possível observar a real possibilidade de aproximação entre a Constituição e o Direito Concorrencial⁸⁰, visto as premissas impostas pela CF/88 que apontam que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, teria como finalidade a existência digna, nos termos da justiça social e dos princípios elencados no artigo 170 desta Carta. Esta aproximação entre a Constituição de 1988 e o Direito Concorrencial será mais aprofundada no capítulo 6 deste trabalho.

Nesse interim, foi promulgada a Lei n.º 8.158 de 1991, que fora anteriormente a Medida Provisória 204 de 2 de agosto de 1990⁸¹. Neste momento, a Lei n.º 4.137/62 ainda era vigente e o CADE funcionava junto a Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) do Ministério da Justiça. Observa-se, também, que com a Lei n.º 8.158 de 1991⁸², buscou-se uma forma de dar celeridade aos processos administrativos.

Transcorrido breve lapso temporal da existência da Lei n.º 8.158/1991, em 1994 foi promulgada a Lei n.º 8.884⁸³, que, dentre algumas novidades, transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica em autarquia, assim como foi implementado o chamado “Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC”. Igualmente, esta lei também dispôs sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e houve um aperfeiçoamento da legislação.

Forgioni ainda aponta que foram significativas as mudanças após a entrada em vigor da Lei n.º 8.884/1994, nesse sentido conota alguma delas, como: a consolidação do controle das concentrações empresariais; consolidação do controle dos cartéis; aumento do respeito

⁷⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

⁸⁰ FRAZÃO, op. cit., 2017, pag. 31.

⁸¹ BRASIL. **Medida Provisória n.º 204 de 2 de agosto de 1990**. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Brasília, DF, 1990.

⁸² BRASIL. **Lei n.º 8.158, de 8 de janeiro de 1991**. Institui normas para a defesa da concorrência e dá outras providências. Brasília, DF, 1991.

⁸³ BRASIL. **Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF, 1994.

institucional do Poder Judiciário pelo CADE; e, por fim, o aumento da atuação do Ministério Público na área do antitruste.⁸⁴

Promulgada a Lei n.º 12.529 em 2011, com a entrada em vigor em maio de 2012, o novo diploma manteve grande parte da lei anterior, havendo algumas inovações como: a reestruturação do SBDC; imposição de dever de apresentação prévia dos atos de concentração; aumento do poder da Administração Pública; modificação da forma de cálculo das multas por infração à ordem econômica; aumento dos recursos materiais à disposição do CADE.⁸⁵

Dentre as semelhanças com a antiga lei, nota-se que o artigo 1º da Lei n.º 8.884/94 muito se assemelha com o mesmo artigo da nova Lei, ou seja, em ambos os artigos se nota como finalidade que “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

E, da mesma maneira, foi redigido o parágrafo único de ambos os artigos, que prevê que “a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei”.

Como veremos adiante, é inegável que a compreensão do passado e do presente se faz importante enquanto repensamos o direito antitruste e seus novos desafios a fim de construir o futuro.

2.2 A escalada das empresas de tecnologia: novas formas de concentração de poder de mercado

2.2.1 O desenvolvimento da internet e a criação de marcos regulatórios

Era apenas um novo meio de comunicação. Mas a chegada da internet em 1990 tocou em algo muito mais profundo, pois muitos passaram a esperar que a nova forma de comunicação pudesse mudar de forma radical como o ser humano viveria. Não que a internet não tenha trazido mudanças significativas em nosso mundo e não tenha mudado a forma de vivência do ser humano, mas a forma como alguns imaginavam a mudança era um tanto quanto utópica.⁸⁶

Apesar de diversos especialistas em diferentes setores verem a internet como a vanguarda de uma nova forma de globalização, a forma como ela foi se construindo passou a

⁸⁴ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 122-123.

⁸⁵ Ibidem, p. 123-124.

⁸⁶ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of a borderless world**. New York: Oxford University Press, 2006. *E-book*, p. 27.

gerar preocupações, principalmente das autoridades. Com o seu desenvolvimento e sua crescente extensão, era difícil definir qual a jurisdição de seu exercício e com isso havia o entendimento de que a internet não seria um ambiente possível de regular devido a inexistência de barreiras geográficas⁸⁷.

A natureza onipresente da internet e os conflitos relacionados as leis territoriais que ela gerou levou a alguns a acreditar que o domínio territorial precisaria ser suplementado e, eventualmente, substituído por instituições governamentais globais⁸⁸.

Do mesmo modo se observava a noção de responsabilidade das empresas que administravam as plataformas digitais no Vale do Silício, que recorrentemente disseminavam que a internet seria como a “praça da cidade”, isto é, um local passivo e neutro de pensamentos e atividades. Nesse sentido, Foroohar explica que a noção era de que os empreendedores envolvidos na criação de negócios digitais não teriam recursos ou mão de obra suficientes para monitorar as ações dos usuários e que impor-lhes esse dever seria obrigatoriamente uma forma de impedimento do desenvolvimento da internet.⁸⁹

Essa ideia prevaleceu até o momento em que casos práticos desafiaram as autoridades. Destaca-se, por exemplo, o *case* do *Yahoo!* na França, visto que a plataforma permitia que ocorressem leilões com produtos antissemitas no país. O caso foi levado ao Judiciário em abril de 2000 e representou um marco pela instauração de medidas restritivas vinculadas ao território geográfico francês na atividade de plataformas digitais.⁹⁰

E não foi apenas na França que marcos foram impostos. Dado o desenvolvimento da internet e em razão de todas as preocupações que decorriam dela, em 23 de abril de 2014 foi promulgada a Lei n.º 12.965⁹¹, que tem como escopo estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil. Tal legislação ficou conhecida como o “Marco Civil da Internet”.

Com o desenvolvimento da internet, novas formas de organização empresarial foram surgindo, conforme será tratado a seguir.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 8-10.

⁸⁸ *Ibidem*.

⁸⁹ FOROOHAR, Rana. **Don't be Evil: how big tech betrayed its founding principles – and all of us**. New York: Currency, 2019. *E-book*, p. 58.

⁹⁰ GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet? Illusions of a borderless world**. New York: Oxford University Press, 2006. *E-book*, p. 14-15.

⁹¹ BRASIL. **Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF, 2014.

2.2.2 A escalada das *big techs*: ascensão e preocupações

Com a consolidação da internet no mercado foi possível observar a especial ascensão de algumas empresas de tecnologia, das quais comumente são chamadas de *big techs*. O termo é usado para se referir, em conjunto, às companhias com maior importância no mercado digital, como Alphabet (nova denominação das empresas do Google), Apple, Meta (nova denominação do Facebook, que também controla o Whatsapp e o Instagram), entre outras, tais como a Amazon, Microsoft, Twitter e a Tiktok⁹².

Chama-se atenção para o fato de que no início da década passada as grandes empresas de tecnologia ainda não eram tão grandes como são hoje. Em realidade, ainda na década passada, as maiores empresas utilizavam o petróleo como sua atividade principal.⁹³ Nesse sentido, o agigantamento das empresas de tecnologia tomou proporções de forma célere, isto é, de uma década para outra, de modo que a atividade desenvolvida pelas *big techs* se tornou a “nova forma de refinar petróleo”.

Inclusive, essa “nova forma de refinar petróleo” foi a conclusão extraída pelo *The Economist* em 2017 quando afirmou que o recurso mais valioso do mundo não seria mais o petróleo, mas os dados⁹⁴.

Conforme veremos no capítulo 3, que melhor tratará das plataformas digitais e suas peculiaridades, destaca-se alguns pontos importantes da dinâmica competitiva dos mercados digitais, tais como os dados, dos quais as *big techs* possuem em larga medida e que podem ser considerados um ativo de vantagem competitiva no mercado digital.

Além dos dados, pode-se ressaltar algumas outras características dos mercados digitais que as *big techs* se beneficiam, tais como a assimetria informacional do consumidor, a tendência a monopolização e a rápida transformação do mercado e de seus agentes, entre outras características que trataremos no capítulo seguinte.

⁹² “The most visible manifestations of the consolidation trend sit right in front of our faces: the centralization of the once open and competitive tech industries into just a handful of giants, Facebook, Google, Apple and others, many of which have achieved monopolies not just in their home countries, but around the world, creating a rather extreme version of global economic monopoly. [...] Big tech is ubiquitous, knows too much about us, and seems to have too much power over what we see, hear, do, and even feel”. WU, Tim. **The Curse of Bigness**: how corporate giants came to rule world. London: Atlantic Books, 2020. *E-book*, p. 16.

⁹³ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019, p. 232.

⁹⁴ The world’s most valuable resource is no longer oil, but data: The data economy demands a new approach to antitrust rules. **The Economist**, 06 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em outubro de 2022.

Todavia, como veremos adiante, se para mercados de longa data é um desafio entender os efeitos de determinado mercado, visto que cada mercado possui suas particularidades, imagine-se para mercados de inovação, já que parte das ferramentas tradicionais do direito antitruste perde a efetividade⁹⁵.

De qualquer modo, cabe uma reflexão sobre a atuação das *big techs* nos últimos anos. Tal como é possível observar, essas grandes plataformas digitais, que atualmente são onipresentes em nossas vidas, sabem muito sobre nós e parecem ter também muito poder sobre o que vemos, ouvimos, fazemos e, muitas das vezes, até sentimos⁹⁶.

A importância dessas empresas no cenário tecnológico, crescente tendo em vista a digitalização da economia, inevitavelmente acentuada com a pandemia de covid-19⁹⁷, gera preocupações devido a concentração de poder econômico e a sua forma de atuação no mercado. Tanto é verdade que essas empresas, nos últimos anos, não raramente, estão envolvidas em escândalos.

Nesse sentido, aponta-se o caso que envolveu o Facebook e a empresa *Cambridge Analytica*. Em uma investigação feita pelo *The New York Times* e o *London Observer*, foi informado que a empresa de dados britânica, *Cambridge Analytica*, adquiriu milhões de informações pessoais de usuários do Facebook para construir um *software* que poderia ter utilizado como alvo os eleitores indecisos nas campanhas políticas, incluindo a de Donald Trump em 2016. A denúncia foi feita inicialmente pelo cofundador da empresa.⁹⁸

Outro escândalo envolvendo as *big techs*, agora envolvendo as empresas Apple e Google, assim como outras empresas de tecnologia, como a Adobe, Intel, Intuit e Pixar, referem-se aos acordos de não contratação de mão de obra entre empresas concorrentes em

⁹⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Org.). **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, p. 169-176, 2019, p. 171.

⁹⁶ “The most visible manifestations of the consolidation trend sit right in front of our faces: the centralization of the once open and competitive tech industries into just a handful of giants, Facebook, Google, Apple and others, many of which have achieved monopolies not just in their home countries, but around the world, creating a rather extreme version of global economic monopoly. [...] Big tech is ubiquitous, knows too much about us, and seems to have too much power over what we see, hear, do, and even feel” WU, Tim. **The Curse of Bigness: how corporate giants came to rule world**. London: Atlantic Books, 2020. *E-book*, p. 16.

⁹⁷ Pesquisa realizada pela UNCTAD aponta como o cenário de consumo digital segue fortalecido pela pandemia de COVID-19. Os consumidores passaram a usar mais o ambiente virtual para realizar compras e obter notícias. Ainda, essa pesquisa também demonstra que os consumidores de países emergentes foram os que mais realizaram compras *on-line*. In: COVID-19 has changed online shopping forever, survey shows. UNCTAD, 08 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://unctad.org/news/covid-19-has-changed-online-shopping-forever-survey-shows>>. Acesso em maio de 2021.

⁹⁸ Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal so Far, 28 de março de 2018. **Al Jazeera News**. Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/2018/3/28/cambridge-analytica-and-facebook-the-scandal-so-far>>. Acesso em outubro de 2022.

relação aos profissionais de alta tecnologia. A situação ocorreu nos Estados Unidos e o resultado da “não contratação” foi a diminuição de oportunidades e de salários. Salienta-se, ainda, que esses acordos nos EUA não são vistos com bons olhos, estando suscetíveis a análise antitruste e penal.⁹⁹

Ainda tratando de manipulação, observa-se a discussão sobre os preços personalizados envolvendo as gigantes de tecnologia, ou, como definido pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), *price steering*¹⁰⁰, que tem por finalidade manipular os resultados de pesquisa conforme as preferências e comportamentos dos consumidores, exibindo para eles os produtos mais caros.

Como essas empresas possuem muitos dados de seus usuários, despontam ainda preocupações de ordem financeira no sistema brasileiro em relação às *big techs*. No caso, atualmente, apenas instituições financeiras, autorizadas pelo Banco Central, podem atuar no chamado *open banking*. Entretanto, em razão da tendência mundial, o sistema financeiro aberto também estará disponível para as *big techs* muito em breve. Como essas empresas já possuem em larga medida dados pessoais não financeiros, poderão ampliar a sua atuação de forma muito mais rápida, visto que já tem posição sólida no mercado digital.¹⁰¹

Tantas são as preocupações atualmente com as *big techs* que a senadora dos Estados Unidos da América, Elizabeth Warren, apontou que essas grandes empresas de tecnologia possuem muito poder, inclusive sobre a economia, podendo, dessa forma, “quebrar” a sociedade e a democracia¹⁰².

⁹⁹ ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; MENDONÇA, Nayara. Acordos de não contratação: o antitruste e o direito do trabalho, 17 de abril de 2019. **Revista Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-nao-contratacao-o-antitruste-e-o-direito-do-trabalho-17042019>>. Acesso em outubro de 2022.

¹⁰⁰ “Price steering (also known as personalised offers or search discrimination): manipulation of search results according to consumers’ preferences and behaviour, in order to display more expensive products to consumers with higher willingness to pay (Mikians et al., 2012[14]).” Personalised Pricing in the Digital Era, 28 de novembro de 2018. **OECD**. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf)>. Acesso em fevereiro de 2021, p. 10.

¹⁰¹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; Paravela, Tatyana Chiari. Open Banking: a implementação do sistema financeiro aberto no Brasil na perspectiva do consumidor. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 15, n. 1, p. 81-92, 2021, p. 88.

¹⁰² Nas palavras de Elizabeth Warren “Today’s big tech companies have too much power — too much power over our economy, break up our society, and our democracy”. *In: How Big Tech became such a big target on Capitol Hill*, 10 de outubro de 2020. **CNBC**. Disponível em: <<https://www.cnn.com/2020/10/10/how-big-tech-became-such-a-big-target-on-capitol-hill.html#:~:text=%E2%80%9CToday's%20big%20tech%20companies%20have,small%20businesses%20and%20stifled%20innovation.%E2%80%9D>>. Acesso em outubro de 2022. Para mais sobre as ideias de Warren, ver artigo de opinião: GONÇALVES, Priscila Brolio; COUTINHO, Diogo R. O antitruste, a regulação e as big tech, 21 de março de 2019. **Revista Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-antitruste-a-regulacao-e-as-big-tech-21032019>>. Acesso em julho de 2021.

Ainda no âmbito dos EUA, a Federal Trade Commission (FTC), agência reguladora desse país, anunciou em dezembro de 2020 que entrou com um processo contra a gigante de tecnologia Facebook, agora denominada Meta.

O processo foi resultado de uma longa investigação em cooperação com uma coalização de procuradores-gerais de quarenta e seis estados norte-americanos, do Distrito de Columbia e de Guam. A justificativa se deu porque a empresa estaria empregando estratégias sistemáticas para eliminar ameaças ao seu monopólio, tais como a aquisição do Instagram e do Whatsapp pelo Facebook em 2012 e 2014, respectivamente.¹⁰³

Ainda, o FTC esclarece que o Facebook impôs condições anticompetitivas aos desenvolvedores de softwares de terceiros, pois a gigante teria possibilitado que a interface com o Facebook (IPA) só poderia ocorrer se os desenvolvedores se abstivessem de desenvolver funcionalidades concorrentes e promover ou conectar com outras redes sociais.¹⁰⁴

Para o FTC, a conduta do Facebook prejudica a concorrência, deixa os consumidores com poucas opções de redes sociais pessoais e priva os anunciantes dos benefícios da concorrência. Em contrapartida, o Facebook alegou que as fusões com as empresas Instagram e Whastapp foram devidamente aprovadas à época pelo órgão regulador. A Federal Trade Commission procura desfazer a coalisão entre as três empresas (Facebook, Instagram e Whatsapp).¹⁰⁵

Preocupações relacionadas as *big techs* e a inovação também são frequentes, tais como as inquietações relativas a manutenção e crescimento das *startups* de tecnologia, assim como relacionada aos atos de concentração envolvendo plataformas digitais.

Outros eventos também ocorreram recentemente, de modo que ainda não há uma conclusão pelas autoridades se as gigantes da tecnologia tem ou não grande influência.

Nesse escopo, vale lembrar o episódio de invasão ao Congresso americano, que resultou em cinco mortes, no início de janeiro de 2021, logo após as eleições presidenciais dos Estados Unidos. Embora atualmente esteja ocorrendo uma “Comissão Parlamentar de Inquérito” no congresso americano sobre o ocorrido, é bom lembrar que por meio da rede social Twitter, o

¹⁰³ FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization: Agency challenges Facebook’s multi-year course of unlawful conduct, 9 de dezembro de 2020. **Federal Trade Comission**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>>. Acesso em fevereiro de 2021.

¹⁰⁴ Ibidem.

¹⁰⁵ FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization: Agency challenges Facebook’s multi-year course of unlawful conduct, 9 de dezembro de 2020. **Federal Trade Comission**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>>. Acesso em fevereiro de 2021.

ex-presidente Donald Trump, após entender ser impossível estatisticamente ter perdido a eleição, convidou o seu eleitorado para protestar em Washington¹⁰⁶.

Apesar do Twitter¹⁰⁷ não ser o causador da invasão ao Capitólio, a plataforma foi o meio utilizado para convidar o eleitorado do ex-presidente dos EUA, a partir de um *fake news*, a se reunir em Washington, onde está o congresso, de forma que é possível observar o inevitável poder político e social da plataforma digital, que pode até mesmo ser entendida como “um grande palco” para milhares – ou até mesmo milhões – de pessoas.

Diante desses fatos graves relatados, conforme demonstrados acima apenas de forma ilustrativa, não só as autoridades têm olhado atentamente para gigantes de tecnologia, mas os juristas também, conforme veremos a seguir.

2.2.3 Breves considerações sobre as Escolas de Freiburg, Harvard, Chicago diante dos movimentos mais recentes

Antes de adentrarmos as críticas mais recentes sobre os objetivos da lei antitruste, assim como para podermos aprofundar a discussão a ser abordada no capítulo 6, faz-se necessário explicar sobre os ensinamentos das Escolas de Freiburg, Harvard e a de Chicago, para após vermos as críticas mais recentes.

A Escola de Freiburg surgiu na década de 1930, na Alemanha, e é também lembrada como Teoria Ordoliberal. Por meio de um manifesto feito pelos professores da Universidade de Freiburg em 1936, foi estabelecido os princípios e as bases dos próximos trabalhos. Dentre as principais críticas dessa Escola, denota-se o apontamento de que os pressupostos econômicos são meramente teóricos e a crítica ao conceito de concorrência até então utilizado na época. Para esta Escola, não se poderia predeterminar a eficiência, por exemplo, como escopo ao direito da concorrência.¹⁰⁸

A Escola de Harvard, que tem como grandes nomes Areeda, Turner, Sullivan e Blake, tem como premissa que empresas que possuem muito poder econômico se utilizam desse poder

¹⁰⁶ Nas palavras de Donald Trump: “Statistically impossible to have lost the 2020 Election. Big protest in D.C. on January 6th. Be there, will be wild!”.

¹⁰⁷ Sobre o Twitter, recentemente a plataforma foi objeto de aquisição por Elon Musk. Nesse sentido, veja-se artigo de opinião sobre o tema: FRAZÃO, Ana. Quando Elon Musk resolve comprar o Twitter... e pode fazê-lo: algumas reflexões sobre os impactos da operação sobre os usuários e sobre a democracia, 04 de maio de 2022. **Revista Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/quando-elon-musk-resolve-comprar-o-twitter-e-pode-faze-lo-04052022>>. Acesso em outubro de 2022.

¹⁰⁸ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*, p. 78.

para impor condutas anticompetitivas, de modo que se defende uma estrutura pulverizada, sustentando que a não concentração empresarial excessiva diminuirá eventuais disfunções do mercado. O que se busca é um modelo *workable competition* sendo essa Escola também chamada de Escola Estruturalista.¹⁰⁹

A partir dos anos de 1970, a Escola de Harvard e Chicago tiveram alguns confrontos, no entanto, quase em 1980, a Escola de Harvard já não tinha mais espaço, visto que a Escola de Chicago passou a ser mais aceita¹¹⁰.

Assim, na década de 1980 a Escola de Chicago se firmou, tendo como principais expoentes Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner. Nesse sentido, aponta Forgioni¹¹¹:

A partida da década de 1980 atinge seu auge a Escola de Chicago, levada ao poder, nos Estados Unidos, durante o governo de Ronald Reagan. Iniciada pelas lições de Aaron Director e Ronald Coase nos 50, tem como principais expoentes Bork, Bowman, Mac Gee, Telser e Posner. Revolucionando o entendimento que se tinha da matéria, Telser inicia a contestação à ilicitude dos acordos verticais valendo-se da doutrina *free-rider*. Mac Gee ataca a teoria tradicional dos preços predatórios, afirmando que não há base racional para sua adoção. Bork lança profundos questionamentos sobre toda a disciplina antitruste, identificando preocupante paradoxo: ao mesmo tempo em que o antitruste busca preservar a concorrência, combate-a, de sorte que se trata de uma ‘política em guerra com si mesma’.

A Escola de Chicago, ou como também é conhecida, a Escola Neoclássica de Chicago, defende que se tenha o mínimo possível de regulação da economia pelo Estado. Com efeito, a Escola de Chicago prima pela análise econômica, buscando a eficiência alocativa do mercado, que traria, sem exceção, benefícios aos consumidores¹¹². Nesse sentido, Bork defende que o único objetivo da Lei Antitruste americana seria a maximização do bem-estar do consumidor¹¹³.

Dessa forma, aponta-se que a Escola de Chicago possui como modelo de pensamento o positivismo e busca afastar do direito o que poderia estremecê-lo. O modelo chicaguiano

¹⁰⁹ Ibidem, p. 74-75.

¹¹⁰ Ibidem, p. 76.

¹¹¹ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 167-169.

¹¹² Ainda para Forgioni: “A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores. Esse fato é verdadeiro, esteja o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição. Os principais institutos antitruste passam a ser pensados em termos de ‘eficiência alocativa’: sob esse prisma, as concentrações (e o poder econômico que delas deriva) não são vistas como mal a ser evitado, os acordos verticais passam a ser explicados em termos de economia de custo de transação, eficiências e ganhos para os consumidores”. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-171.

¹¹³ “This chapter and the next advance a pair of related propositions: (1) The only legitimate goal of American antitrust law is the maximization of consumer welfare; therefore, 2) "competition", for purposes of antitrust analysis, must be understood as a term of art signifying any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by judicial decree”. BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. New York: Basic Books, 1978, p. 51.

entende que para ter certeza e segurança é necessário o distanciamento de tudo que não conduz à eficiência alocativa e do que pode comprometer a previsibilidade do sistema.¹¹⁴

Ainda na década de 1980 um movimento “revisionista” encabeçado por Laurence A. Sullivan, Robert L. Steiner, Steven C. Salop, Eleanor M. Fox, entre outros, surgiu. Apesar de concordar com a Escola de Chicago no que se refere a análise econômica, aponta que o método empregado era excessivamente simplista. Assim, por meio de métodos aperfeiçoados, esse movimento demonstrava que poderiam ocorrer prejuízos concorrenciais em determinadas condutas, muito embora anote que poderia se extrair benefícios.¹¹⁵

De todo modo, mesmo após a crise financeira de 2008 que atingiu drasticamente a economia mundial¹¹⁶, a supremacia da Escola de Chicago imperou. Todavia, como vimos na seção acima, com a ascensão das *big techs*, sobrevivendo preocupações e escândalos na última década, nota-se que os “novos paradigmas colocam dúvidas sobre os padrões tradicionais de análise”¹¹⁷.

Nesse sentido, destaca-se o movimento *hipster* antitruste¹¹⁸ ou neo-brandeisiano, que rememora Louis Brandeis, advogado e jurista norte-americano que atuou contra os grandes trustes, em especial a empresa de J. P. Morgan, no início do século XX. Encabeçado por Lina

¹¹⁴ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 172-173. Ainda sobre o assunto: “Posner afirma que esta análise econômica do direito é, de certa forma, o resgate da doutrina de Kelsen, para quem o problema da “indeterminação” do direito coloca-se sempre como um defeito por conta de uma linguagem que não é suficientemente clara, deixando espaços para vários significados. Posner entende que, sendo impossível determinar a solução “mais justa” em cada caso concreto, é social e democraticamente preferível que a alocação de recursos entre os indivíduos seja realizada pelo mercado, e não pelo direito, ou seja, venha determinada pelo resultado da somatória das vontades individuais. Assim, a tomada de decisões na sociedade deve ser feita de acordo com o critério econômico da eficiência alocativa, que reverterá sempre em prol do bem-estar do consumidor”. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 173.

¹¹⁵ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 176.

¹¹⁶ Paula Forgioni aponta que com a crise mundial de 2008 diversos nomes que defendiam fervorosamente as ideias postas pela Escola de Chicago, tais como Alan Greenspan e Richard Posner, desprezaram algumas das premissas mais fortes da supracitada Escola. Para ver mais: FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 176-178.

¹¹⁷ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019, p. 233.

¹¹⁸ Conforme aponta Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, o termo *hipster* antitrust foi atribuído por um advogado chamado Konstantin Medvedovsky que relacionou as elevadas multas tomadas pelas empresas de tecnologia em razão de condutas unilaterais anticompetitivas que foram impostas pela Comissão Europeia em razão das preocupações observadas nos EUA nos anos de 1960, que anotava que ter o porte necessariamente grande de empresa representaria ser ruim, concluindo que “Hipster expressa, assim, um movimento de retorno, vintage”. SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Hipster Antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na Era da Informação: o que deve ser alterado, destarte, é a metodologia de análise, não os objetivos do antitruste, 28 de dezembro de 2018. **Revista Jota**. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018>>. Acesso em outubro de 2022.

Khan¹¹⁹, Tim Wu e Luigi Zingales, entre outros, o movimento neo-brandeisiano considera outros parâmetros do que apenas a eficiência alocativa e o bem-estar no consumidor, apontando que deveria ser levado em conta também efeitos sócio-políticos. Há que se ressaltar que problemas como o tamanho das empresas e o nível de concentração de poder também são levados em conta¹²⁰.

Em contraponto, Hovenkamp, Orbach, Rebling, Whright e Ginsburg ainda sustentam as premissas da Escola de Chicago, de modo que a análise deve ser baseada em “critérios mensuráveis e objetivos”. No mais, entendem que o tamanho da empresa não deve ser considerado¹²¹.

Mesmo que o movimento neobrandeisiano seja ainda insipiente, nota-se que com Joe Biden na presidência dos EUA, Lina Khan assumiu a presidência do Federal Trade Commission (FTC), assim como houve a nomeação de Tim Wu para o Conselho Econômico Nacional. Desse modo, acredita-se que ocorrerão mudanças na forma de atuação da autoridade estadunidense¹²².

De qualquer jeito, por qualquer ângulo que se analise, a escalada das empresas de tecnologia é notória e, à sua maneira, as *big techs* descobriram uma nova forma de refinar petróleo, de forma que o seu poder econômico cresceu e cresce de forma desenfreada. Com isso, reflexos estão podendo ser observados em outras searas, tais como sociais e políticos.

Se o objetivo da lei antitruste é ou não responder a esses reflexos, aponta-se que o assunto será tratado de forma mais aprofundada no capítulo 6. De qualquer forma, nos centraremos agora na próxima seção que falará sobre a *big tech* Alphabet, ou, como é mais conhecida, sobre a empresa Google, em razão do recorte metodológico aqui empregado.

¹¹⁹ Lina Khan é autora do texto Amazon’s Antitrust Paradox, que fora publicado em 2017, e foi e ainda é objeto de discussão nos campos especializados. O texto, em síntese, busca demonstrar que a atual estrutura antitruste não está preparada para tratar do poder de mercado na economia moderna e que não seria possível reconhecer os danos potenciais à concorrência causados pelo domínio da Amazon se medirmos a concorrência principalmente por meio de preço e produção. KHAN, Lina. Amazon’s Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, vol. 126, n. 3, p. 564-907, jan. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2911742>>. Acesso em julho de 2020.

¹²⁰ Sobre o movimento “neobrandeisiano” e/ou “hipster antitrust” dissertam os professores Eduardo Gaban e Juliana Domingues: “Wu entende que o *consumer welfare* approach cria limitações para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Obviamente o autor não nega que o parâmetro de bem-estar do consumidor auxiliou o processo decisório, entretanto, coloca em dúvida a certeza e o suposto rigor científico atribuído a esse critério. (...) Esse movimento não apenas endereça dúvidas, mas também levanta uma miríade de efeitos sócio-políticos que, ao menos em tese, poderiam ser mitigados por uma aplicação mais refinada do direito antitruste: i) o aumento da desigualdade social, ii) questões atinentes aos salários e a mobilidade dos funcionários e iii) concentração do poder político. Trata-se de vertentes distintas que não estariam distantes dos fundamentos do antitruste, conforme alegam os protagonistas do movimento hipster antitruste DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019, p. 234-235.

¹²¹ Ibidem, p. 237.

¹²² KLEIN, Vinícius; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Quem tem medo de Lina Khan? **Revista Justiça do Direito**, v. 35, n. 3, p. 309-331, Set./Dez., 2021, p. 310.

2.3 A empresa Google e seu crescente poder econômico

O poder econômico, auferido de forma legítima, não é defeso na legislação brasileira¹²³.

Nessa toada, nota-se que o poder econômico parte da premissa de que a empresa pode atuar “de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou comportamento dos outros agentes”, mesmo que ela não atue de forma sozinha no mercado. Dessa forma, mesmo que a empresa detenha um razoável poder econômico, ela não sofrerá pressão dos demais competidores. Tal como aponta Forgioni, “apenas o abuso (e não o uso) da posição dominante é vedado”.¹²⁴

Conforme já abordado na seção acima, as *big techs* auferiram um poder econômico gigantesco na última década. Além disso, ressalta-se a forma como essas empresas estruturaram o mercado, que fora de uma forma ímpar. Como aborda Pierre Lévy, filósofo e sociólogo francês, essas empresas possuem um monopólio sobre a memória mundial e conseguem anotar tudo que ocorre na internet, assim como são hoje em dia o meio de comunicação entre as pessoas. Lévy ainda aponta que além de desenhar uma nova forma de poder econômico, essas empresas estão também delineando uma nova forma de poder político. Tal como apontado por ele, as *big techs* estão desenhando uma nova forma de Estado, isto é, um “Estado-plataforma”.¹²⁵

Nesse sentido se observa a empresa Google. Nos primórdios da empresa, o Google, em seu Código de Conduta original, utilizava-se, em sua primeira linha, da expressão: “*don’t be evil*”. E, apesar do Google não ser uma empresa ativamente “má”, até porque esse conceito é relativo, é notório que ela se envolveu nos últimos anos em diversas condutas que não foram boas e foram/estão sob investigação¹²⁶.

¹²³ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*, p. 54.

¹²⁴ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 259-263.

¹²⁵ FERNANDES, Daniela. “Gigantes da web são novo Estado”, diz Pierre Lévy, 26 de março de 2021. **O Valor Econômico**. Disponível em: <<https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2020/10/23/gigantes-da-web-sao-novo-estado-diz-pierre-levy.ghtml>>. Acesso em outubro de 2022.

¹²⁶ “When Larry Page and Sergey Brin first dreamed up the idea for Google as Stanford graduate students, they probably didn’t imagine that the shiny apple of knowledge that was their search engine would ever get anyone expelled from paradise (as many Google executives have been over a variety of scandals in recent years). Nor could they have predicted the many embarrassments that would emanate from the Googleplex: Googledoctoring its algorithms in ways that would deep-six rivals off the crucial first page of its search results. Google’s YouTube hosting instructional videos on how to build a bomb. Google selling ads to Russian agents, granting them use of the platform to spread misinformation and manipulate the 2016 U.S. presidential election. Google working on a potential search engine for China—one that would be compliant with the regime’s efforts to censor unwelcome results. Former Google CEO Eric Schmidt leaving his position as executive chairman of Google’s parent company, Alphabet, a few months after The New York Times revealed he’d been unduly

Fundada em 1998, a empresa em fevereiro de 2022, pouco mais de 20 anos depois, foi avaliada em valor de mercado de quase US\$ 2 trilhões de dólares, juntando-se assim ao pequeno grupo de outras empresas de tecnologia que possuem alto valor de mercado, como a Apple e a Microsoft¹²⁷.

Nesse cenário, é interessante ressaltar que o Google foi o pioneiro em *big data*¹²⁸ e publicidade direcionada, substituindo o industrialismo dos séculos XIX e XX pela economia baseada na informação que veio definir o século XXI¹²⁹. E para estruturar seu mercado de negócios, o Google se utiliza de plataformas digitais. Essas plataformas fazem parte do cotidiano social, já que concentram os dados dos usuários, bem como atividades que antes eram realizadas pessoalmente. Com a utilização da *big data*, junto aos algoritmos e as plataformas digitais, verifica-se um ambiente desafiador para o Direito Concorrencial, como veremos no capítulo 3¹³⁰.

A despeito das grandes empresas de tecnologia estarem inseridas em diversas problemáticas, este trabalho analisará a *big tech* Alphabet, ou, como é mais conhecida, o Google. Tal como as grandes empresas de tecnologia, conforme exposto de forma ilustrativa na seção acima, o Google se envolveu em diversos escândalos na última década, assim como sua atuação tem ensejado diversas preocupações, inclusive no campo concorrencial. Todavia, no presente trabalho, a atividade do Google será analisada em um contexto específico, ou seja, no contexto do mercado de notícias online.

Sabe-se que o Facebook, agora Meta, também está envolto nos aspectos centrais da presente pesquisa, mas ele não será objeto de discussão por alguns motivos. O primeiro deles é

nfluencing antitrust policy work at a think tank that both his family foundation and Google itself supported, going so far as to push for the firing of a policy analyst who dared to speculate about whether Google might be engaging in anticompetitive practices (something that Schmidt has denied). In May 2019, Schmidt announced he would be stepping down from the Alphabet board as well.” In: FOROZHAR, op. cit., 2019, p. 17-18.

¹²⁷ Google se aproxima de US\$ 2 trilhões em valor de mercado, 02 de fevereiro de 2022. **Revista Exame**. Disponível em: <<https://exame.com/tecnologia/google-se-aproxima-de-us2-trilhoes-em-valor-de-mercado/>>. Acesso em outubro de 2022.

¹²⁸ Sobre o conceito de *big data*, informa-se que este será esclarecido no capítulo 3, de qualquer modo, adianta-se que o termo pode ser entendido como a capacidade de coletar, processar e analisar um enorme volume de dados em determinado período, dando ao titular a capacidade de estabelecer estratégias de negócios, já que proporciona respostas mais rápidas e resultados mais eficientes para as empresas. Nesse sentido, conforme disserta Bagnoli, desde 2001 a *big data* é definida por 3Vs, que se tornaram 6Vs com o tempo, isto é, (i) geração de volume; (ii) velocidade; (iii) variedades dos vários formatos de dados; (iv) valor; (v) veracidade; (vi) validação. In: BAGNOLI, Vicente. The Big Data Relevant Market. In: DI PORTO, Fabiana (org.). **Concorrenza e Mercato: antitruste, regulation, consumer welfare, intellectual property**. Milano: Giuffrè Editore, v. 23, p. 74/94, 2016, p. 79-80.

¹²⁹ FOROZHAR, Rana. **Don't be Evil: how big tech betrayed its founding principles – and all of us**. New York: Currency, 2019. *E-book*, p. 18.

¹³⁰ FRAZÃO, Ana. Big Data, Plataformas Digitais e Principais Impactos sobre o Direito da Concorrência. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (org.). **Empresa, Mercado e Tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, p. 181-199, 2019, p. 183.

porque foi necessário um recorte metodológico, visto que esta pesquisa busca tratar sobre a atividade de apropriação de conteúdo de terceiros que é feita majoritariamente pelo Google. Igualmente, nota-se que o Facebook tem perdido seu número de usuários nos últimos meses¹³¹, sendo cada vez menos uma plataforma utilizada pelos usuários.

É bom ressaltar que apesar da rede Facebook ser objeto de êxodo atualmente, a plataforma chinesa, Tiktok, tem sido uma plataforma de imigração constante, ocupando cada vez mais o lugar que o Facebook tem hoje. De qualquer modo, em razão do objeto desta pesquisa, o fenômeno do Tiktok em relação a notícias também não será analisado, podendo ser objeto de outras pesquisas no futuro.¹³²

Centrando-se no Google, novamente, nota-se que o Código de Conduta, atualmente, traz a seguinte frase “do the right thing”, isto é, “faça a coisa certa”¹³³, em tradução literal. Ainda, em 10 de agosto de 2015, o Google alterou seu nome para Alphabet, isto é, agora a empresa é chamada de “alfabeto”. Mesmo que sejam mudanças, aparentemente singelas, nota-se que a empresa busca, visivelmente, tornar sua imagem para com o público mais bem vista, talvez em razão dos escândalos e preocupações que envolveu a companhia na última década.

Consoante vimos neste capítulo, com o desenvolvimento da *internet* houve a ascensão das empresas de tecnologia que se consolidaram no mercado e demonstraram o grande poder econômico que elas detêm, se envolvendo em diversos escândalos e trazendo muitas preocupações. Ainda, foi possível rememorar a história do direito antitruste, assim como as críticas mais atuais sobre a sua finalidade, de modo que foi possível notar que as empresas de tecnologia têm ensejado diversas discussões no direito concorrencial atualmente.

Diante disso, o próximo capítulo aprofundará na discussão sobre plataformas digitais e os meios utilizado pelas *big techs*, incluindo o Google, para desenvolver suas atividades, de forma que se possa clarear os caminhos para as discussões do capítulo 4 e 5.

¹³¹ Facebook perde 2 milhões de usuários mensais, e Meta tem 1ª queda no faturamento: Rede social registrou queda de 11 milhões de usuários na Europa, mas resultado foi amenizado por conta de crescimentos em outras regiões, 27 de julho de 2022. **Revista G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/07/27/facebook-perde-2-milhoes-de-usuarios-mensais-e-tem-1a-queda-no-faturamento.ghtml>>. Acesso em outubro de 2022.

¹³² MATSA, Katerina Eva. More Americans are getting news on TikTok, bucking the trend on other social media sites, 21 de outubro de 2022. **Pew Research Center**. Disponível em: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/10/21/more-americans-are-getting-news-on-tiktok-bucking-the-trend-on-other-social-media-sites/>>. Acesso em outubro de 2022. Ainda, aponta-se: “Adults under 30 are the most likely group to say they regularly get news on TikTok. About a quarter of Americans in this age group (26%) say they regularly get news there, higher than in 2021 and 2020. This compares with 10% of those ages 30 to 49, 4% of those 50 to 64 and just 1% of those 65 and older.” MATSA, op. cit., 2022.

¹³³ WICHOWSKI, Alexis. **The Information Trade: how big tech conquers countries, challenges our rights, and transforms our world**. New York: HarperOne, 2020, p. 30.

3 ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE EM PLATAFORMAS DIGITAIS

3.1 Principais características das plataformas digitais

Não há dúvidas de que as *big techs* cresceram de forma exponencial, tanto é verdade que hoje essas empresas estão sob os olhares atentos das autoridades e dos estudiosos, conforme exposto no capítulo 2. Desta feita, imprescindível se faz entender como se estabelece o modelo de negócios das *big techs*, que se firma, predominantemente, por meio das plataformas digitais ou, como também são conhecidas, por “plataforma movida a dados” e “plataformas online”. Nesse sentido, destaca-se que as plataformas digitais se utilizam de métodos de múltiplos lados que auxiliam a interação entre usuários que utilizam dos serviços que a internet dispõe¹³⁴.

Igualmente, as plataformas digitais impulsionam a inovação e desempenham um papel importante nas economias e sociedades digitais. Nesse sentido, destaca-se que as plataformas digitais possuem algumas características em comum, consoante aponta Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), tais como: efeitos de rede positivos diretos e indiretos, subsídio cruzado, escala em massa, baixo custo marginal, possibilidade de atrair clientes do mundo todo, economia de escala e escopo, geração e uso de dados do usuário, inovação disruptiva, custos de troca, assim como a possibilidade de ocorrência de uma situação *winner takes all*¹³⁵.

Em primeiro lugar, destaca-se a geração e uso de dados do usuário. Como salientado, os dados são ativos econômicos que trazem vantagem competitiva no mercado digital. As plataformas digitais, de modo geral, já possuem os dados com certa relevância, todavia, quando se fala nas *big techs*, denota-se que essas empresas possuem uma quantidade exacerbada de dados dos usuários, principalmente o Google que foi o pioneiro em *big data* e publicidade direcionada¹³⁶.

O conceito de *big data* pode ser entendido como a capacidade de coletar, processar e analisar um enorme volume de dados em determinado período, de modo a conferir ao titular a capacidade de estabelecer estratégias de negócios, visto que proporciona respostas mais rápidas

¹³⁴ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 106.

¹³⁵ OECD. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**, OECD Publishing, Paris, 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/innovation/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation-53e5f593-en.htm>>. Acesso em novembro de 2022, p. 20-25.

¹³⁶ FOROOHAR, Rana. **Don't be Evil**: how big tech betrayed its founding principles – and all of us. New York: Currency, 2019, p. 17-18. *E-book*.

e resultados mais eficientes para as empresas. Nesse sentido, conforme disserta Bagnoli, desde 2001, a *big data* é definida por 3Vs, que se tornaram 6Vs com o tempo, isto é, (i) geração de volume; (ii) velocidade; (iii) variedades dos vários formatos de dados; (iv) valor; (v) veracidade; (vi) validação. O início do ciclo da *big data* se inicia com a geração de dados, sejam eles estruturados ou não, e termina com a utilização pelo consumidor final.¹³⁷

Apesar dos benefícios, é válido ressaltar que a *big data* pode ser usada como um mecanismo para restringir a concorrência por meio de condutas anticompetitivas, como aumento de barreiras de entrada, exclusão de acesso a insumos essenciais e consolidação do domínio do mercado.¹³⁸

Em razão da importância que os dados passaram a ter, denominou-se de *data-driven economy* o momento econômico vivenciado atualmente¹³⁹. Não por outro motivo, os dados passaram a ter uma progressiva importância jurídica, da que afetou diversas áreas do direito, principalmente o Direito da Concorrência, visto que os dados são os veículos da atividade econômica e a forma pela qual se dá a concorrência no mercado digital¹⁴⁰. É por esse motivo que a organização, gerenciamento e administração dos dados passou a ter uma importância demasiadamente grande.

Porém, a detenção dos dados não é suficiente para que se tenha vantagem competitiva. Em verdade, é necessário que os dados sejam gerenciados e administrados de forma a se tornarem úteis ao processo competitivo. E isso não é só importante para as empresas que detém os dados, mas é também importante para a autoridade da concorrência, isso porque deter os dados das empresas não é o mesmo que entender qual é a capacidade para processá-los pela empresa, seja em uma análise qualitativa ou de celeridade.¹⁴¹

Diante da relevância do tema, diversos países elaboraram legislações para a proteção dos dados e, no âmbito nacional, não foi diferente, visto que em 2020 foi promulgada a Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018¹⁴², mais conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados

¹³⁷ BAGNOLI, Vicente. The Big Data Relevant Market. In: DI PORTO, Fabiana (org.). **Concorrenza e Mercato: antitruste, regulation, consumer welfare, intellectual property**. Milano: Giuffrè Editore, v. 23, p. 74/94, 2016, p. 78/80.

¹³⁸ Ibidem.

¹³⁹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan; QUINELATO, Pietra Daneluzzi. Direito antitruste e *big data* nos mercados digitais. In: VAINZOF, Rony; SERAFINO, Danielle; STEINWASCHER, Aline (Org.). **Legal Innovation**. 1 ed., p. 385-406. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 386-388.

¹⁴⁰ FRAZÃO, Ana. Big Data, Plataformas Digitais e Principais Impactos sobre o Direito da Concorrência. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (org.). **Empresa, Mercado e Tecnologia**. 1 ed, p. 181/199. Belo Horizonte: Ed. Fórum. 2019, p. 181.

¹⁴¹ Ibidem, 182-183.

¹⁴² BRASIL. **Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018**. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, 2018.

(LGPD), e, por consequência, houve a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), que tem como função, a determinação dos procedimentos para a proteção de dados pessoais e privacidade, bem como sua fiscalização e aplicação de sanções.

Dentre outras características das plataformas digitais, ressalta-se os efeitos de rede positivos diretos e os efeitos de rede positivos indiretos. Os efeitos de rede positivo diretos ocorrem nas plataformas digitais em que a utilidade está quando os usuários estão do mesmo lado, o que se denomina de efeito direto de rede. O efeito positivo e direto se dá ao passo que os usuários crescem e a usabilidade da plataforma também. Esse efeito não é encontrado em todas as plataformas digitais.¹⁴³

Já os efeitos de rede positivos indiretos são encontrados em todas as plataformas digitais, e, a partir daí, se extrai o conceito de mercado de múltiplos lados. Nesse caso, a partir do momento que o número de usuários cresce, mais os usuários se beneficiam da plataforma digital e o contrário é recíproco. Dessa forma, na medida em que a plataforma digital se desenvolve em um dos seus lados, do outro a demanda também se expande.¹⁴⁴

Mais uma característica em comum das plataformas digitais é a possibilidade de utilização de subsídio cruzado. Uma das maneiras mais comuns pelas quais as plataformas digitais buscam alcançar uma dimensão é capitalizando a natureza multifacetada de seus mercados, ou seja, para que consigam aumentar a base de usuários em um de seus lados, há o subsídio cruzado¹⁴⁵.

Há, que se ressaltar, também, a característica denominada de escala sem massa e isso significa dizer que as plataformas digitais não se utilizam, geralmente, de bens físicos, de modo que podem crescer de forma célere e barata em comparação aos mercados de bens físicos. Ou seja, isso permite que as plataformas digitais cresçam, atendendo até bilhões de pessoas, sem aumentar os investimentos em ativos tangíveis ou contratar novos funcionários. Assim, por esse motivo, outra característica é a possibilidade de alcançar globalmente usuários e consumidores.¹⁴⁶

Outra característica é a economia de escala e escopo, ou seja, algumas plataformas digitais se beneficiam de economias de escopo devido às complementariedades entre dois ou mais serviços. Em alguns casos, os custos de desenvolvimento e/ou dados acabam sendo

¹⁴³ OECD. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**, OECD Publishing, Paris, 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/innovation/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation-53e5f593-en.htm>>. Acesso em novembro de 2022, p. 22.

¹⁴⁴ Ibidem.

¹⁴⁵ Ibidem, p. 22-23.

¹⁴⁶ Ibidem, p. 23.

compartilhados entre as linhas de negócios e os aplicativos podem ter uma aparência comum para que os usuários ganhem familiaridade com as “plataformas irmãs” mais rapidamente.¹⁴⁷

Isso pode auxiliar com que as plataformas mais novas de uma empresa ganhem usuários mais rapidamente, possivelmente dando a elas uma vantagem competitiva que as novas empresas de plataformas não teriam. Ainda, oferecer mais serviços também pode manter os usuários conectados a ofertas de uma determinada empresa. Com isso, uma empresa pode coletar mais dados dos usuários que podem ser usados para refinar ainda mais os serviços da plataforma e assim se tornar ainda mais valiosas para os usuários.¹⁴⁸

Mais uma peculiaridade em comum é a inovação acelerada e altas taxas de investimento¹⁴⁹. Igualmente, destaca-se mais um atributo interessante, isto é, a inovação disruptiva. Por inovação disruptiva se entende os avanços que trazem grandes mudanças que foram previstas e ocorrem de forma irregular. Além disso, as inovações disruptivas normalmente reduzem as participações de mercado das empresas consolidadas, em alguns casos fazendo com que saiam do mercado ou se insiram em novos mercados.¹⁵⁰

Ainda, há outra característica denominada de custos de troca. Os custos de troca são relacionados ao alto custo de troca que o usuário tem para intercambiar de plataforma, isso porque o usuário alimenta determinada plataforma com seus dados, de modo a construir uma familiaridade junto a essa plataforma, e, para trocar, necessita demandar novamente todos os dados e se adaptar à nova plataforma digital, o que pode ter um elevado custo para o usuário.¹⁵¹

Salienta-se, ainda, mais uma característica que é a elevada assimetria informacional. Os usuários têm pouco conhecimento sobre quais dados as empresas de tecnologia têm sobre eles e a forma como tais dados são utilizados no modelo de negócios adotado. Ainda, vale ressaltar que o mercado digital possui outro traço relevante, qual seja, a rápida transformação (inclusive de seus agentes) o que acaba dificultando a atividade regulatória. Ademais, outro aspecto

¹⁴⁷ OECD. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**, OECD Publishing, Paris, 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/innovation/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation-53e5f593-en.htm>>. Acesso em novembro de 2022, p. 23-24.

¹⁴⁸ Ibidem.

¹⁴⁹ Nesse sentido, observa-se que a OCDE já tratava do tema em 2012, vejamos: “Competition in digital markets has certain distinctive characteristics, including tendencies toward “winner takes all” competition for the market, network effects, two-sided markets, fastpaced innovation and high rates of investment. The cyclical nature of competition means that successful digital platforms have tended to acquire significant but transient market power. There was general agreement that dynamic competition, based on continual cycles of innovation, development, and disruption, is paramount in the digital economy. The optimal market structure for encouraging investment and innovation remains an unsettled issue, though.” OECD. **The Digital Economy**. OECD Publishing, Paris, 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>>. Acesso em julho de 2021.

¹⁵⁰ OECD, op. cit., 2019, p. 24.

¹⁵¹ Ibidem.

comum importante é a possibilidade de uma situação *winner takes all* ou *winner take most* que ocorre em razão da confluência dos efeitos positivos de rede e da economia de escala e de escopo¹⁵².

Por fim, faz-se interessante ressaltar, ainda, que Bagnoli entende que a ascensão das plataformas digitais e a relevância que elas têm na estrutura do mercado resultou em uma nova significação delas, ou seja, que vai além de meras facilitadoras ou mesmo intermediadoras, tornando-se atualmente *essential facilities* que poderia inclusive definir o papel das plataformas digitais como *public utilities*. Todas as características que envolvem as plataformas digitais levaram a um controle maciço sobre o comércio, as comunicações e o discurso público.¹⁵³

Assim, Bagnoli depreende que o ecossistema de plataformas digitais deveria ser medido de forma semelhante aos serviços públicos, uma vez que é uma infraestrutura de natureza de bem público da qual os usuários dependem. Nesse sentido, aponta que plataformas digitais maiores e mais poderosas geram maior dependência da sociedade, o que as leva a serem consideradas *public utilities*, o que eleva o nível da lei de concorrência e sujeita às superplataformas a regulamentações específicas.¹⁵⁴

Diante dessas características, as plataformas digitais, principalmente as grandes plataformas, denominadas *big techs*, ascenderam de forma exponencial nas últimas duas décadas, como já salientado no capítulo 2, envolvendo-se em fatos graves e ensejando diversas preocupações para as autoridades e estudiosos, tais como a possibilidade de abusar de suas posições dominantes, conforme veremos nas próximas seções.

3.2 Abuso de posição dominante em mercados digitais

Tal como já apontado, o poder econômico, auferido de forma legítima, não é defeso na legislação brasileira¹⁵⁵. Assim, o poder econômico parte da premissa de que a empresa pode atuar “de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou comportamento dos outros agentes”, mesmo que ela não atue de forma sozinha no mercado. Ademais, mesmo que a empresa detenha um razoável poder econômico, ela não sofrerá pressão dos demais

¹⁵² OECD. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**, OECD Publishing, Paris, 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/innovation/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation-53e5f593-en.htm>>. Acesso em novembro de 2022, p. 24-25.

¹⁵³ BAGNOLI, Vicente. Digital platforms as public utilities. *In: International Review of Intellectual Property and Competition (IIC)*. Vol. 51, p. 903-905, outubro de 2020, p. 903-904.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 905.

¹⁵⁵ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*, p. 54.

competidores. Portanto, concluiu-se que “apenas o abuso (e não o uso) da posição dominante é vedado”.¹⁵⁶

Nesse ínterim, faz-se necessário analisar o arcabouço legislativo brasileiro para que tais conclusões façam sentido. Com base no artigo 173, § 4º, da Constituição Federal de 1988¹⁵⁷ que se observa a possibilidade de repressão do abuso de poder econômico que vise à dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário de lucros. Além disso, é possível observar os ditames previstos no artigo 170¹⁵⁸, *caput* e incisos, que serão melhor tratados no capítulo 6 deste trabalho, que se nota a confluência de objetivos ditados pela Constituição brasileira em vigência.

Há também o previsto no artigo 1º da Lei 12.529/2011¹⁵⁹, que se alinha ao disposto na Constituição Federal de 1988, assim como o exposto no artigo 36 da lei supracitada¹⁶⁰. Tal

¹⁵⁶ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 259-263.

¹⁵⁷ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...)§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

¹⁵⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

¹⁵⁹ “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei.” BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

¹⁶⁰ “Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob

como é possível observar, o artigo 36 desta lei é uma cláusula geral aberta que trata das infrações à ordem econômica, aduzindo, de forma geral, as condutas que remetem à colusão, relativas a atos de restrição vertical e sobre condutas unilaterais.

Todavia, no que se refere especificamente a condutas unilaterais, se observa uma dificuldade na caracterização do abuso de posição dominante. Conforme aponta Fernandes, em razão da abrangência da proibição legislativa, com exclusão do previsto nos incisos I e II do § 3º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência (LDC), o restante das práticas que são previstas neste último artigo pode ser enquadrado como abuso de posição dominante por eliminação¹⁶¹.

Igualmente, Fernandes propõe uma forma de conceituar o abuso de posição dominante alicerçado por meio da convergência do que a maior parte da doutrina e da jurisprudência do CADE anota, denotando que no direito antitruste brasileiro, o abuso de posição dominante

qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.” BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

¹⁶¹ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 153.

“ostenta o caráter de conceito jurídico indeterminado integrado por três elementos normativos distintos e correlacionados”¹⁶².

Para tanto, define o primeiro dos elementos como a necessidade de a empresa ter previamente a posição dominante. Como a custódia do poder de mercado se faz necessária para eventual aplicação de infração à ordem econômica, em casos de condutas exclusionárias, possuir poder de mercado é imprescindível para que a conduta tenha racionalidade econômica.¹⁶³

Já o segundo elemento, seria a importância de reconhecer de forma concreta uma conduta abusiva que busque a “obtenção ou à manutenção de posição dominante por meio da imposição de dificuldades à entrada, ao funcionamento ou à expansão de mercado de concorrentes atuais ou potenciais”. Por isso, aponta que delimitar o ato abusivo é imprescindível, visto que a legislação aponta que apenas a detenção da posição dominante não pode ser considerada prática ilícita.¹⁶⁴

No mais, o terceiro elemento se dá a partir da análise dos “efeitos anticompetitivos sobre a concorrência decorrentes da conduta”. Para tanto, indica que o CADE, a partir do analisado na jurisprudência, anota que a distinção entre escolher uma análise por objeto ou por efeitos se dá a partir do conjunto probatório exigido em cada caso, para considerar o potencial de ilicitude de uma conduta, assim como a forma de se colocar o ônus probatório entre a autoridade e os representados.¹⁶⁵

Dessa forma, no regime por objetos (*per se*), depreende-se que “o poder de mercado do agente econômico poderá ser presumido do próprio juízo de materialidade da conduta”, já no regime por efeitos, o CADE necessita enfrentar um ônus maior, analisando inclusive a estrutura do mercado e a definição de mercado relevante, para assim verificar se a conduta possui, em alguma medida, a possibilidade de gerar danos para a concorrência. Assim, escreve Fernandes sobre abuso de posição dominante:¹⁶⁶

Partindo desses elementos normativos apresentados acima, é possível sintetizar que, no direito brasileiro, os abusos de posição dominante por exclusão (doravante condutas ou abusos exclusionários) são práticas empresariais exercidas por um agente econômico dominante, com a finalidade de privar os rivais atuais ou potenciais da obtenção dos ganhos de escala necessários para a entrada no mercado ou para a

¹⁶² Ibidem, p. 154.

¹⁶³ Ibidem.

¹⁶⁴ Ibidem, p. 155.

¹⁶⁵ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 155-156.

¹⁶⁶ Ibidem, p. 156-157.

expansão das suas operações em determinado nicho. Essa exclusão dos concorrentes atuais ou potenciais ocorre principalmente por meio de fechamento de mercado ou de aumento de custos de rivais. Assim, a definição de padrões de análise e o estabelecimento de regimes jurídicos de presunção de ilicitude complementam o conteúdo normativo do abuso de posição dominante.

Fernandes finaliza apontando que o CADE tem buscado construir um tratamento de condutas unilaterais embasado na regra da razão. Nesse sentido, evidencia que a adoção da regra da razão não seria boa na medida em que se utiliza “de presunções de ilicitude e de testes jurídicos muito díspares, ora aproximando-nos de regras *per se*, ora de uma verdadeira análise por efeitos truncada”. Assim, propõe que sejam firmados critérios jurídicos para a melhor condução do abuso de posição dominante, devendo ser considerado, especificamente, eventuais danos provenientes das práticas anticompetitivas investigadas.¹⁶⁷

É, portanto, o que ver-se-á a seguir.

3.3 Fixação de critérios jurídicos para análise da prática de apropriação de conteúdo de terceiros

A partir do exposto por Fernandes, mister ressaltar que as ideias que serão elucidadas nesta seção não trazem critérios jurídicos postos e pacificados na legislação ou mesmo propõe uma reforma radical na política antitruste. Em verdade, as ideias aqui colocadas são uma possível saída com ajustamentos específicos, de modo que não seja desconstituído o caráter *ex post* do controle de condutas, assim como é buscado o preenchimento dos “elementos essenciais da noção de abuso – verificação do poder de mercado, da conduta anticompetitiva e dos efeitos anticompetitivos”.¹⁶⁸

Dessa forma, as ideias que serão abarcadas nesta seção apontam para uma alternativa interessante e razoável para a discussão sobre a apropriação de conteúdo de terceiros, da qual, inclusive, é onde essa pesquisa se centra. É bom destacar que a proposta de Fernandes não fixa, de forma abstrata, apenas um teste jurídico para as formas existentes de abuso de posição dominante em plataformas digitais.

Em realidade, são abordadas quatro condutas e assim, especificamente, são debatidos os critérios de ilicitude mais apropriados para cada uma das práticas. Vale ressaltar, que as práticas abordadas são as seguintes: (i) apropriação de conteúdo de terceiros, *free rider* forçado

¹⁶⁷ Ibidem, p. 167.

¹⁶⁸ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 309.

ou scraping, cuja discussão, como já dito, é a que se circunda este trabalho; (ii) impedimentos ao uso de múltiplas plataformas; (iii) inovação anticompetitiva; e, por fim, (iv) autopreferência, alavancagem abusiva ou tratamento diferenciado.

Todavia, antes de adentrarmos na discussão que trata sobre a prática de apropriação de conteúdo de terceiros propriamente dita, faz-se necessário analisar as premissas que moldam o combate ao abuso de posição dominante e, por meio do qual, será possível analisar as presunções de ilicitude para condutas de exclusão.

No que se refere às premissas, presume-se que a competição maximiza incentivos em atividades de P&D que resultem em inovações radicais e que não são patenteáveis, enquanto também se presume que a inovação diminui inovações sustentáveis, sendo que nesse último caso o aumento na competição pode até reduzir a inovação. Salienta-se, também, que “os incentivos à inovação por parte do agente dominante são diretamente afetados pelas chances de a inovação resultante canibalizar os seus lucros atuais” em mercados iguais. Por fim, destaca-se que diminuem os riscos à inovação quando há o aumento das possibilidades de outras empresas que não são inovadoras captarem os lucros da inovação.¹⁶⁹

Quando as presunções de ilicitude, observa-se que foram fixadas três¹⁷⁰.

Presunção de ilicitude nº 1: é presumidamente ilícita a conduta exclusionária que, de qualquer forma, cria ou reforça posição dominante prévia em um mercado relevante atual sem afetar a concorrência em mercados adjacentes⁶⁸. Tal presunção se justifica porque, dentro do mercado atual ou principal, a conduta exclusionária tende a reduzir os incentivos de promoção de inovações drásticas, tanto por parte dos rivais quanto por parte do próprio agente dominante, já que este enfrentará riscos de canibalização dos seus lucros atuais. Em relação às inovações sustentáveis, por outro lado, é legítimo pressupor que a conduta do agente dominante, se não diminui os incentivos à inovação, também não os aumenta, dado que, com o aumento da concentração de mercado além de um ponto médio, os rivais terão menos recursos disponíveis para inovar. Nessas hipóteses, portanto, é possível antever que a conduta unilateral exclusionária oferece um elevado risco de comprometimento à inovação, e não é capaz de compensar esse risco por chances de aumento da capacidade ou do incentivo de inovar no mercado.

Presunção de ilicitude nº 2: é presumidamente ilícita a conduta exclusionária do agente dominante que diminui a concorrência em mercado relevante adjacente de produtos complementares. Essa presunção, porém, é mais fraca do que a anterior, já que a conduta em si pode gerar efeitos ambíguos sobre a inovação. De um lado, ela pode diminuir os incentivos à inovação, na medida em que reduz a rivalidade no mercado adjacente. De outro, é possível que a conduta aumente as oportunidades de o agente dominante obter lucros de inovação no mercado adjacente, sem ter de enfrentar os efeitos de canibalização dos seus lucros no mercado atual em que detém posição dominante. Devido a esses efeitos ambíguos, as autoridades antitruste terão que ponderar os riscos de diminuição da inovação advindos da exclusão de um

FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais:** entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 312.

¹⁷⁰ Ibidem, p. 312-313.

concorrente no mercado adjacente vis a vis os possíveis benefícios gerados pelo aumento da capacidade e do incentivo do próprio incumbente de inovar.

Presunção de ilicitude nº 3: é presumidamente ilícita a conduta praticada pelo agente dominante que, de qualquer forma, reduz as possibilidades de os rivais se apropriarem dos lucros de suas inovações, seja em um mercado atual, seja em um mercado adjacente. Dentre as três, trata-se da presunção de ilicitude mais forte, já que a conduta que atrapalha a obtenção dos resultados da inovação gera uma diminuição sistêmica dos incentivos a inovar em quaisquer dos mercados afetados.

Fernandes ainda aponta que essas presunções de ilicitude são derivações dos princípios da contestabilidade e da apropriabilidade¹⁷¹.

A partir das ideias de Shapiro, elucida-se que o princípio da apropriabilidade nada mais é do que a capacidade de uma empresa capturar a maior parte dos benefícios advindos da inovação, de modo que assim terá mais incentivos para inovar. Já o princípio da contestabilidade significa que a possibilidade de poder ganhar ou proteger as vendas constitui aumento do valor para os consumidores e incentiva a inovação. Igualmente, salienta-se que o princípio da sinergia se trata da forma de combinar ativos que são complementares que estimulam a inovação.¹⁷² A partir da análise desses três princípios, na visão de Fernandes, é possível fixar a primeira teoria do dano capaz de ser aplicável ao controle de condutas unilaterais no sentido de que uma plataforma dominante pode atrasar a inovação nos mercados digitais quando viola esses princípios¹⁷³.

No que se refere especificamente a prática de apropriação de conteúdo de terceiros, a partir do que propõe Fernandes, será feito nos próximos parágrafos, o delineamento da materialidade da conduta, assim como a análise se é ou não possível o enquadramento no disposto no artigo 36 da LDC¹⁷⁴, além de ser analisado qual teoria do dano relacionada a inovação pode ser aplicada e, por fim, serão definidos os testes jurídicos que podem ser usados para qualificação dos efeitos sobre a inovação¹⁷⁵.

Todavia, em primeiro lugar, será feita a definição da nomenclatura da conduta. Para tanto, preferiu-se a utilização do termo “apropriação de conteúdo de terceiro”, visto que “a

¹⁷¹ Ibidem, p. 314.

¹⁷² SHAPIRO, Carl. Competition and innovation: did Arrow hit the bull's eye? The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited, p. 361–404. In: LERNER, Josh; STERN, Scott. **The rate and direction of inventive activity revisited**. National Bureau of economic research: March 2012.

¹⁷³ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 224.

¹⁷⁴ BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

¹⁷⁵ FERNANDES, op. cit., 2022, p. 322.

expressão ‘efeito carona forçado’ desnecessariamente confunde a forma da conduta em si com os seus possíveis efeitos verticais, enquanto a expressão *scraping* pode ser confundida com a atividade de raspagem regularmente feita por *crawlers* em plataformas de buscas online”¹⁷⁶. Quanto a expressão *snippet*, que, conforme veremos no próximo capítulo também é muito utilizada para a definição dessa prática, vê-se, em realidade, que se trata da exibição do conteúdo raspado, de forma que não traduz fielmente a prática tratada especialmente neste capítulo e nos próximos.

Conclui-se que a expressão “apropriação de conteúdo de terceiros” é mais adequada porque todos os outros termos, em conjunto, definem o processo da apropriação de conteúdo de terceiros. Nesse sentido, nota-se que a prática se dá por meio da busca do conteúdo por *crawlers* (robôs), após, é feita a raspagem do conteúdo (*scraping*) e, por consequência, o fragmento de conteúdo (*snippet*) raspado é exposto na plataforma digital para os usuários.

Nesse sentido, nota-se que o CADE instaurou o Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03¹⁷⁷ a partir da denúncia apresentada pelo E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, detentor dos sites de comparação de preços Buscapé e Bondfaro, para que fosse analisada a conduta de apropriação de conteúdo de terceiros. Nesse processo administrativo a expressão em voga (apropriação de conteúdo de terceiros) não foi utilizada, em realidade, o termo comumente empregado nesse processo foi o *scraping*.

Conforme veremos adiante, esse caso foi arquivado em julho de 2019 porque não teriam provas suficientes da materialidade da conduta. Para tanto, foi instaurado o Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03¹⁷⁸, que é o objeto de discussão deste trabalho. Este inquérito permanece em andamento e sem uma conclusão do tema pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica¹⁷⁹.

¹⁷⁶ Ibidem.

¹⁷⁷ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013.

¹⁷⁸ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Ofício n.º 6805/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Data de Registro: 08/07/2019.

¹⁷⁹ Nesse sentido, Fernandes anota: “pesar de esses casos de apropriação de conteúdo de terceiros envolverem o mercado de buscas online, em outros mercados digitais, práticas semelhantes também têm suscitado preocupações das autoridades antitruste estrangeiras. A Comissão Europeia e o Bundeskartellam, por exemplo, abriram investigações contra a Amazon para apurar se a empresa tem se apropriado indevidamente dos dados fornecidos por varejistas e compradores no seu marketplace com a finalidade de calibrar as ofertas de varejo nos produtos de marca própria da Amazon”. FERNANDES, op. cit., 2022, p. 324-325.

Centrando-se no enquadramento legal, nota-se que a prática de apropriação de conteúdo de terceiros pode ser enquadrada como uma infração à ordem econômica nos termos do art. 36 da Lei n.º 12.529/2011, mais precisamente no disposto no inciso XIV desse dispositivo. Mesmo que o rol do artigo 36 não seja taxativo, entendeu-se que seria mais didático a aproximação da apropriação de conteúdo de terceiros com a prática de açambarcar propriedade de um terceiro.¹⁸⁰ Partindo dessa perspectiva, Fernandes analisa o julgamento do Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03¹⁸¹. No caso em discussão, a partir do já firmado em precedentes, o CADE entendeu por definir a existência de dois mercados relevantes, isto é, o mercado de buscas universais e o mercado vertical de comparação de preços.

A fim de mensurar a materialidade da conduta, define-se a prática de apropriação de conteúdo de terceiros como a conduta das plataformas digitais de extrair conteúdo produzido por terceiro sem autorização ou contra a vontade dos autores. Desse modo, ocorrerá a exploração, ou seja, como se as informações fossem da plataforma que extraiu o conteúdo, tornando essa plataforma ainda mais atrativa.

Fernandes ainda aponta que a prática de apropriação de conteúdo de terceiro também pode ocorrer mesmo quando há o consentimento da parte explorada, todavia, embora se tenha um consentimento formal, pode ser que o abuso ainda ocorra em razão da existência de posição dominante.¹⁸² Embora o CADE tenha arquivado o Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03¹⁸³ por entender que não haveria materialidade, de forma hipotética, analisar-se-á qual das teorias do dano poderia ter sido aplicada no presente caso, destacando-se aquela que se relaciona aos tratamentos verticais e aquela que trata dos possíveis efeitos restritivos da inovação¹⁸⁴.

Na teoria do dano que considera aos efeitos verticais, entende-se que a apropriação de conteúdo de terceiros é uma forma de reduzir a concorrência em mercados que são relacionados verticalmente, o que levaria as perspectivas de fechamento de mercado ou de aumento de custos

¹⁸⁰ Ibidem, p. 326.

¹⁸¹ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013.

¹⁸² FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 326.

¹⁸³ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013.

¹⁸⁴ FERNANDES, op. cit., 2022, p. 326.

dos adversários¹⁸⁵. Essa conduta ainda poderia ser analisada por meio da teoria da concorrência dinâmica a partir da qual se analisa se a apropriação de conteúdo de terceiro pode restringir a inovação. Nesse sentido, o risco seria que os adversários reduzissem o investimento e o desenvolvimento para a elaboração de novos conteúdos e questões inovadoras, visto que as empresas não conseguiriam usufruir verdadeiramente dos benefícios de suas próprias inovações.¹⁸⁶

Dessa forma, Fernandes anota que no Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03¹⁸⁷ não houve sequer a ponderação sobre a possibilidade de a conduta ser analisada pela teoria do dano de inovação. Nesse sentido, denota que há a violação dos princípios da contestabilidade e da apropriabilidade, isso porque quando ocorre a apropriação de conteúdo, há a restrição da concorrência, que auxilia no processo de inovação, e não há o pleno uso da inovação.¹⁸⁸

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

Dessa forma, conclui-se que para o caso do Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03¹⁸⁹, a prática, na visão de Fernandes e conforme as razões expostas, seria “presumidamente atentatória à inovação por violar a presunção nº 3”. Nesse sentido, depreende-se que a apropriação de conteúdo de terceiros reduz a possibilidade de as empresas adversárias auferirem os lucros de suas inovações. Ao compulsar o Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03¹⁹⁰, que atualmente investiga o mercado de notícias, nota-se que ainda

¹⁸⁵ Ibidem, p. 328.

¹⁸⁶ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 329.

¹⁸⁷ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013.

¹⁸⁸ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 330.

¹⁸⁹ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013.

¹⁹⁰ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Ofício n.º 6805/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Data de Registro: 08/07/2019.

não há conclusão. Para tanto, o caso será esmiuçado e analisado no próximo capítulo. Todavia, as conclusões extraídas nesse capítulo poderão auxiliar para a análise do próximo caso.

4 APROPRIAÇÃO DE CONTEÚDO DE TERCEIROS NO BRASIL NO MERCADO DE BUSCAS ONLINE VERTICALMENTE RELACIONADO AO MERCADO DE NOTÍCIAS

4.1 Aspectos iniciais

Antes de adentrarmos aos casos propriamente e expormos os motivos metodológicos deste capítulo, nota-se que não há um consenso quanto a conceituação dessa categoria que foi estudada no último capítulo e será estudada de forma mais aprofundada neste capítulo e nos próximos. A prática, como veremos adiante, é definida como *scraping*, talvez a mais conhecida, que significa “raspagem” em tradução literal, ou como apropriação de conteúdo de terceiros, ou, como efeito carona forçado e, até mesmo, como *snippet*, que se traduz em “trecho, recorte, fragmento”.

Todavia, para este trabalho, utilizar-se-á, preferencialmente, o termo “apropriação de conteúdo de terceiro”, visto que, assim como aponta Fernandes “a expressão ‘efeito carona forçado’ desnecessariamente confunde a forma da conduta em si com os seus possíveis efeitos verticais, enquanto a expressão *scraping* pode ser confundida com a atividade de raspagem regularmente feita por *crawlers* em plataformas de buscas online”¹⁹¹, e, quanto a *snippet*, vê-se que se trata da exibição do conteúdo raspado, de forma que não traduz fielmente a prática a ser tratada especialmente neste capítulo e nos próximos.

Sobre os casos brasileiros, faz-se importante esclarecer que a análise dos processos e inquéritos administrativos, assim como das notas técnicas, foi feita por meio das informações públicas consultadas pelo Sistema Eletrônico de Informações (SEI) existentes no site oficial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

O primeiro julgamento sobre investigações de condutas unilaterais anticompetitivas na economia digital pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica se trata do caso Google Shopping, que tramitou por meio do Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94¹⁹².

Esse caso se mostra importante nessa discussão porque o caso Google Shopping acabou se desdobrando no primeiro caso de *scraping* no Brasil, isto é, o Processo Administrativo n.º

¹⁹¹ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 322.

¹⁹² BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc, Google Brasil Internet Ltda e E-commerce Media Group Brasil Participações Ltda. Data de Registro: 20/12/2011.

08700.009082/2013-03¹⁹³, tendo em vista o aditamento da denúncia em 2013 pela empresa denunciante. Em síntese, esse caso buscou investigar a prática em razão da coleta automatizada de reviews¹⁹⁴ fornecidos pelos usuários em site distinto ao das empresas da Google e, por consequência, a utilização no site do Google Shopping, que é destinado a comparação de preços.

Portanto, ao menos de forma breve, o caso Google Shopping, assim como o primeiro caso de *scraping* no Brasil, relacionado a sites de comparação de preços, serão tratados neste trabalho devido a influência indireta no assunto. Com a finalização do Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03, foi dada a abertura ao Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03¹⁹⁵, o qual é objeto de estudo principal deste trabalho e, por consequência, deste capítulo, que será estudado de forma mais detalhada.

Mas antes de discutirmos de forma mais minuciosa os casos selecionados sobre o tema, compreendeu-se por pertinente expor os motivos metodológicos sobre por qual razão se entendeu por fazer estudo de caso e por quais motivos esses casos foram escolhidos. Nesse sentido, conforme define Yin, um estudo de caso tem como objetivo uma apuração empírica que pesquisa um fenômeno contemporâneo dentro de seu contexto na realidade, particularmente quando as fronteiras entre o fenômeno e o contexto estão obscuras¹⁹⁶.

Ao contrário de um estudo baseado em um levantamento bibliográfico, por exemplo, o estudo de caso consegue explorar determinadas condições contextuais do fenômeno que não seriam possíveis por meio somente do levantamento. Além disso, vale ressaltar que a coleta de dados e a estratégia de análise de dados são partes importantes na definição de um estudo de caso, mas esses pontos não definem a estratégia do estudo, isso porque o estudo de caso é uma estratégia de pesquisa holística.¹⁹⁷

Diante do exposto, deve-se considerar, de forma preliminar, que um dos principais escopos dessa pesquisa, como já dito, é identificar se a prática de apropriação de conteúdo de

¹⁹³ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Data de Registro: 10/10/2013.

¹⁹⁴ Reviews, conforme exposto na Nota Técnica n.º 348/2013, são as avaliações deixadas pelos usuários/consumidores tratando de suas experiências de consumo, sejam elas positivas ou negativas. *In*: BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013, p. 02.

¹⁹⁵ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Data de Registro: 08/07/2019.

¹⁹⁶ YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 32-33.

¹⁹⁷ YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2001, p. 32-33.

terceiros, adotada pelo Google, pode ser considerada abuso de posição dominante no mercado de buscas verticalmente relacionado ao mercado de notícias, e se, ao fazer essa apropriação, decorrem impactos à liberdade de imprensa. Nesse sentido, nota-se que no Brasil não há um precedente firmado no assunto, apenas o Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03¹⁹⁸, que, até a finalização dessa dissertação ainda não havia conclusão. Assim, entendeu-se por fazer um estudo mais aprofundado deste caso em específico.

Isso ocorre, porque, como visto, os limites entre o fenômeno contemporâneo e a realidade ainda não estão claros no ambiente concorrencial brasileiro, de modo que o assunto ainda está em pauta por meio de um inquérito administrativo que não foi finalizado, pelo menos até essa pesquisa ser terminada. Para tanto, pensando em ampliar o estudo sobre o tema, entendeu-se por relevante trazer para esta pesquisa os estudos de caso francês e australiano, já que ambos os países já discutiram a situação e tomaram decisões distintas para a mesma conduta.

Tanto na França, como na Austrália, foram firmados precedentes, de modo que se demonstram valiosos paradigmas estrangeiros que, eventualmente, podem contribuir e amadurecer a discussão brasileira. Todavia, os casos estrangeiros serão analisados no capítulo seguinte, de modo que possa ser feita uma análise primeiro do panorama brasileiro e as conclusões até então encontradas no Brasil, para, após, ser feita a análise dos casos estrangeiros e as conclusões por lá encontradas e se é possível pensar em algo, a partir do visto em outros países, para o Brasil.

Assim, cuidadosamente, nas próximas seções será analisado o caso brasileiro.

4.2 Os casos precursores: Google Shopping e o primeiro caso de apropriação de conteúdo de terceiros no Brasil

O Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94¹⁹⁹, mais conhecido como “o caso Google Shopping”, foi gerado por meio da denúncia do E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda., que é titular dos sites de comparação de preços do Buscapé (<http://www.buscape.com.br>) e Bondfaro (<http://www.bondfaro.com.br>), que alegou que o

¹⁹⁸ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Ofício n.º 6805/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Data de Registro: 08/07/2019.

¹⁹⁹ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc, Google Brasil Internet Ltda e E-commerce Media Group Brasil Participações Ltda. Data de Registro: 20/12/2011.

Google Brasil Internet Ltda., subsidiária da Google Inc., teria privilegiado o seu próprio site de preço, o denominado Google Shopping, que é verticalmente relacionado ao seu próprio site de buscas, em prejuízo aos outros sites de comparadores de preços.

Assim, para a empresa E-commerce Media Group Informação e Tecnologia, por meio de sua denúncia, o Google se utilizava de sua posição privilegiada no mercado de buscas online para impulsionar, de modo artificial, sua posição no mercado de sites de comparação de preços.

Entretanto, em 2013, a petição foi aditada pelo E-commerce Media Group Informação e Tecnologia no que se refere a representação inicial, inserindo nela a denúncia de que o Google estaria operando também a conduta de *scraping* a partir das informações contidas nos sites do E-commerce Media Group Informação e Tecnologia. A conduta, na verdade, estaria sendo fundamentada na coleta mecanizada de *reviews* dadas pelos clientes nos sites do E-commerce Media Group Informação e Tecnologia pelo Google, e, por consequência, o Google utilizava essas informações no site Google Shopping, site destinado a realizar o mesmo serviço que o oferecido pelo E-commerce Media Group Informação e Tecnologia.

O aditamento da denúncia relatava que o site de buscas do Google (mercado *upstream*) operava a prática de *scraping* em face dos demais sites, assim o Google utilizava o conteúdo raspado, no caso o conteúdo sobre comparação de preços, para utilizar em seu site verticalmente integrado, o Google Shopping (mercado *downstream*). De acordo com o E-commerce Media Group Informação e Tecnologia, a captação indevida de dados se daria de forma automatizada, a partir de *web robots*, isto é, por meio de robôs capazes de fazer a busca automatizada de conteúdo pela internet.

Essa busca automatizada se apropriava de conteúdo, como, por exemplo, os *reviews* feitos nos sites do E-commerce Media Group Informação e Tecnologia e, posteriormente, o conteúdo apropriado era exposto em seu site (no caso em discussão, no site do Google Shopping). Em contrapartida, a denúncia afirmava que a mesma situação não ocorreria em seu inverso, isso porque o E-commerce Media Group Informação e Tecnologia alegava que o Google se protegia dos *web robots* concorrentes, impedindo o acesso deles nos seus sites.

Nesse sentido, a denúncia argumentava que a apropriação desse conteúdo não resultava em nenhuma compensação financeira ou de tráfego aos concorrentes, assim como afirmava que os sites verticalmente relacionados são dependentes do mecanismo de busca oferecido pelo Google, já que este seria o principal site de buscas da internet. Além disso, o denunciante entendia que a raspagem reduzia os incentivos dos concorrentes a se manter investindo em

captação e ordenação dos *reviews*, assim como na redução da qualidade deles e, por consequência, podendo acarretar perdas ao bem-estar dos usuários.

Ainda, argumentava-se que a raspagem e utilização dos *reviews* de terceiros pelo Google gerava um aumento artificial na qualidade dos seus sites, de modo que aumentaria o seu tráfego e as suas receitas decorrentes de publicidade, o que também poderia ensejar em um desincentivo a inovação pelos concorrentes.

Para o E-commerce Media Group Informação e Tecnologia, denunciante, a condição de sofrer a raspagem, ou como é conhecido, o comportamento de *free-rider*, isto é, de “carona”, traria efeitos negativos sobre o fornecimento do serviço. Ainda, a prática de *scraping* e, ao mesmo tempo de ser dependente do mecanismo de busca do Google, poderia ser decisória para que o E-commerce Media Group tivesse de fechar um acordo com o Google – querendo ou não, sob pena de sofrer graves danos em seu negócio, já que o Google possuía grande poder econômico. Deste modo, concluiu o denunciante que se trataria de uma infração prevista na Lei 12.529/2011²⁰⁰.

Diante disso, a Superintendência-Geral do CADE, observando indícios suficientes de infração à Lei 12.529/11, decidiu por instaurar dois Processos Administrativos distintos para as discussões. O Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94²⁰¹ se manteve para prosseguir com a discussão sobre se o Google estaria privilegiando o seu site de comparador de preços (Google Shopping), que é verticalmente relacionado com seu site de buscas, em prejuízo dos demais comparadores de preço.

Já o Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03²⁰² foi iniciado com a finalidade de investigar a prática de *scraping*, em razão da coleta automatizada de *reviews* fornecidos pelos usuários em site distinto ao das empresas da Google e, por consequência, a utilização no site Google Shopping, que é destinado a comparação de preços, nos termos do enquadramento no artigo 36, incisos I, II e IV, e incisos III e IV do parágrafo 3º do mesmo artigo da Lei supracitada.

²⁰⁰ BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

²⁰¹ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica.** Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc, Google Brasil Internet Ltda e E-commerce Media Group Brasil Participações Ltda. Data de Registro: 20/12/2011.

²⁰² BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica.** Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013.

Na análise preliminar por meio da Nota Técnica n.º 348/2013²⁰³, no parecer sobre a denúncia de *scraping* nos autos do Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03, houve a análise preambular das características do mercado. Nesse sentido, explicou-se como se dava o ranqueamento da busca orgânica e patrocinada.

Em breve síntese, o parecer apontou que a busca orgânica se iniciava a partir de rastreadores, definidos como “*crawlers*”²⁰⁴ que visitavam várias páginas da internet, para copiar o seu conteúdo, sendo esta prática definida por *crawling*. Após, haveria a indexação do conteúdo, isto é, este seria o momento em que os mecanismos de buscas organizam o que foi encontrado para gerenciar e armazenar em seus servidores. Depois, haveria o ranqueamento, que é o momento que o usuário consulta o mecanismo de busca por meio de sua caixa de busca e pega o resultado a partir da correspondência mais relevante, sendo formada uma lista de sites para ser apresentada ao usuário. Já na busca patrocinada ocorre a comercialização de espaço publicitário por meio de links patrocinados, o qual foi objeto de análise também.

Ainda, houve a análise preliminar dos sites de comparação de preços no Brasil e do site Google Shopping. Posteriormente, houve a descrição da conduta relatada pela denúncia, inclusive, salientou-se que haveria diferença entre a análise cível e a análise concorrencial. Em realidade, o interesse concorrencial se daria na medida em que se analisa se há o abuso de posição dominante e se isso afeta o interesse público, isto é, o bem-estar agregado da sociedade.

Ou seja, a discussão do Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03 no CADE não seria baseada com enfoque em propriedade intelectual, mas sim na maneira como uma posição dominante pode se eternizar e prejudicar a posição de outros concorrentes, de modo que se evidenciaria a diferença entre a discussão cível e a discussão concorrencial.

Conforme constatado pela Nota Técnica n.º 348/201 do Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03²⁰⁵, a discussão travada no mencionado processo administrativo chegou ao Judiciário por meio do Processo n.º 583.00.2012.131958-7²⁰⁶ movido pelo E-commerce

²⁰³ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Nota Técnica n.º 348/2013. Data de Registro: 08/07/2019.

²⁰⁴ Os *crawlers*, conforme Nota Técnica n.º 348/2013, são definidos também por spiders, web cawlers, ants, automatic indexers, bots, web robots ou robots. *In*: BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013, p. 4.

²⁰⁵ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013.

²⁰⁶ BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo**. Processo n.º 583.00.2012.131958-7. Autor: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia. Réu: Google Inc. 18ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Media Group Informação e Tecnologia em face do Google, que tramitou na 18ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Em primeira instância, a ação foi julgada improcedente. Vale ressaltar que esse processo discutiu a responsabilidade civil do Google, voltando-se, portanto, para uma discussão cível e privada de direito autoral, de modo que a empresa não foi condenada pois a decisão de primeira instância entendeu que se o Google fizesse a raspagem (*scraping*) com a devida referência, não haveria infração de direito autoral.

Além disso, foi trazido à tona os processos relacionados a prática de *scraping* em outras jurisdições, assim como a breve defesa do Google feita nos autos do Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94. Por fim, houve a análise preliminar dos mercados afetados e do poder de mercado para a instauração do processo.

Decorrido o processo legal, em julho de 2019, por unanimidade, o Plenário arquivou o processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03²⁰⁷ nos termos do voto da Ex-Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira. Em síntese, os argumentos para tanto se fundaram no sentido de que no período de outubro de 2011 até o primeiro semestre de 2014 não haveria provas de que as avaliações não licenciadas foram exibidas pelo Google, sendo demonstrado ainda que a prova de eventual rastreamento não seria suficiente para caracterizar a materialidade da conduta, até porque o rastreamento e a exposição seriam atividades distintas. Já para o período posterior em que as avaliações eram feitas por *feeds* e não mais por rastreamento, a Ex-Conselheira Relatora não vislumbrou no processo quaisquer indícios de que as avaliações teriam sido exibidas sem a devida autorização.

A Ex-Conselheira Relatora Paula Farani de Azevedo Silveira, além de entender pelo arquivamento, também recomendou a instauração de Inquérito Administrativo para averiguar as condições de concorrência e eventual abuso de posição dominante no mercado de busca verticalmente relacionado ao mercado de notícias. Isso ocorreu porque mesmo sendo observados indícios no parecer de abertura do Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03 (Nota Técnica n.º 348/2013)²⁰⁸, a Ex-Conselheira Relatora concluiu pela inexistência de indícios suficientes para condenação no segmento de notícias.

²⁰⁷ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Data de Registro: 10/10/2013.

²⁰⁸ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013.

Vale ressaltar que foram oficiadas algumas empresas, porém, apenas o grupo UOL/Folha informou que a prática de apropriação de conteúdo impactaria de forma negativa no ambiente concorrencial, porém não teria o Grupo supracitado apresentado provas de tal prática. Apesar disso, a Ex-Conselheira Relatora recomendou a instauração de inquérito administrativo sobre o assunto.

4.3 O caso brasileiro: análise do Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03

Conforme prevê o artigo 66 da Lei 12.529/2011²⁰⁹, o inquérito administrativo, que possui caráter investigatório inquisitorial, deverá ser instaurado pela Superintendência-Geral para apurar infrações à ordem econômica. Esta forma de procedimento se dá quando os indícios de infração à ordem econômica não são suficientes para a instauração de um processo administrativo. É válido ressaltar que por meio do inquérito administrativo não é dado aos administrados seu exercício absoluto de defesa, até porque, como disserta Marrara, a finalidade primordial deste procedimento é a investigação de indícios suficientes para sustentar a acusação de determinado agente devido a infração à ordem econômica²¹⁰.

Diante disso, foi instaurado o Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03, objeto de análise mais minuciosa desta pesquisa, para que se pudesse examinar as condições da concorrência e a possibilidade de existência de abuso de posição dominante no mercado de busca relacionado verticalmente ao mercado de notícias devido a adoção pelo Google da prática de *scraping*, em outras palavras definida como apropriação de conteúdo de terceiros. Por meio do Ofício n.º 4517/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE²¹¹ o Google foi intimado a se manifestar sobre a adoção das práticas anticompetitivas relacionadas à prática de *scraping* no Brasil e, caso tenham sido adotadas, foi solicitado que a empresa justificasse a sua adoção e os efeitos causados no mercado nacional.

²⁰⁹ “Art. 66. O inquérito administrativo, procedimento investigatório de natureza inquisitorial, será instaurado pela Superintendência-Geral para apuração de infrações à ordem econômica.” BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

²¹⁰ MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**: organização, processos e acordos administrativos de acordo com o código de processo civil de 2015. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222/223.

²¹¹ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Ofício n.º 6805/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Data de Registro: 08/07/2019, p. 90/92.

Além disso, o CADE, para que pudesse instruir o supracitado inquérito administrativo, expediu ofício para os portais de notícias do país solicitando informações por meio de um questionário sobre a situação²¹²:

QUESTIONÁRIO

- 1) Com relação ao período anterior ao ano de 2012, incluindo este:
 - a) Houve a utilização de conteúdo (comentários, imagens, manchetes, trechos de notícias, reviews e etc) retirados do site de sua empresa na plataforma de notícias do Google?
 - b) Em caso de resposta positiva ao item acima, esclareça se houve, na época, ciência e autorização para que o Google coletasse e incorporasse o conteúdo em sua plataforma de notícias.
 - c) Se houve autorização, de que modo se deu? Foi expressa ou se deu por meio do aceite dos termos e condições do Google?
- 2) Com relação ao período que abrange o ano de 2013 e seguintes:
 - a) Houve a utilização de conteúdo (comentários, imagens, manchetes, trechos de notícias, reviews, etc.) retirados do site de sua empresa na plataforma de notícias do Google?
 - b) Em caso de resposta positiva ao item acima, esclareça se houve, na época, ciência e autorização para que o Google coletasse e incorporasse o conteúdo em sua própria plataforma de notícias.
 - c) Se houve autorização, de que modo se deu? Foi expressa ou se deu por meio do aceite dos termos e condições do Google?
- 3) Caso tenha ocorrido a utilização de conteúdo (comentários, imagens, manchetes, trechos de notícias, reviews, etc.) retirados do site de sua empresa na plataforma de notícias do Google, informe, do ponto de vista de sua empresa, quais os efeitos dessa prática para o seu site e para o consumidor final da informação.
- 4) A empresa teve a opção de permanecer no Google buscas (www.google.com) e não ter o seu conteúdo reproduzido na plataforma de notícias do Google (news.google.com)?
- 5) A empresa consegue identificar se o uso do conteúdo de seu site pelo Google trouxe benefícios ou prejuízos (como, por exemplo, alteração no fluxo de visitas e tráfego online) para o seu site?
- 6) A empresa possui dados capazes de identificar qual a porcentagem de acessos a seus sites advindos do Google Search ou do Google Noticiais? Se sim, quais são estes dados?
- 7) Quem são os seus principais concorrentes no segmento de notícias online?
- 8) A sua empresa entende que o uso de conteúdo por parte do Google para produção de snippets (caixas destacadas que aparecem como um curto resumo da notícia publicada em seu site quando um usuário realiza alguma busca no Google) é prejudicial ao seu site? Se sim, justifique.
- 9) Os demais sites de busca (tais como Bing, Yahoo, dentre outros) realizam as mesmas práticas do Google com relação a exibição de conteúdos às notícias? Em caso negativo, descreva o modo de funcionamento destes sites, estabelecendo a diferença entre a abordagem destes e a do Google.
- 10) A disposição dos snippets (ou sua adoção/existência) é diferente em outros países nos quais a sua empresa atue? Se sim, qual é essa diferença? Qual é o impacto de tal diferença no que tange ao tráfego de seu portal?

²¹² BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Ofício n.º 6805/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Data de Registro: 08/07/2019, p. 90/92.

Até a finalização deste trabalho, responderam ao questionário a Globo Comunicações e Participações (G1), El País, IG Publicidade e Propaganda, Microsoft do Brasil Importação e Comércio de Software e Vídeo Games, Mare Clausum Publicações Ltda (Revista Crusoé e O Antagonista), Nexo Jornal Ltda, Empresa Baiana de Jornalismo S/A, Metrôpoles Mídia e Comunicação LTDA, NC Comunicações S/A, Editora Jornal do Comercio Ltda, Revista Piauí, Diário de Pernambuco, Diário de Associados, Editora Verdes Mares LTDA, RBS – Zero Hora Editora Jornalística S.A., Empresa Folha da Manhã S/A (“Folha”), Editora 247 e, além disso, a Associação Nacional de Jornais (ANJ). Somente a ANJ seria responsável por representar mais de oitenta veículos de notícias²¹³, conforme por ela exposto.

Como já salientado, este inquérito administrativo ainda não teve conclusão, pelo menos enquanto da elaboração desta dissertação, visto que a Superintendência-Geral entendeu pela prorrogação do inquérito administrativo devido a insuficiência de informações até então trazidas nos autos e da impossibilidade de avaliação mais aprofundada sobre o tema devido à complexidade dos mercados envolvidos no caso.

Ainda sobre o andamento do processo, nota-se que algumas empresas de jornais responderam individualmente e de forma objetiva o que foi questionado pela autoridade administrativa. Todavia, a ANJ e o Google se alongaram na discussão, de modo que travaram discussões no decorrer do processo, mesmo não sendo intimados para tanto.

No que tange aos argumentos trazidos pelas empresas, de forma preliminar, será feita a análise das respostas das empresas Nexo, El País, IG, Mare Clausum, Empresa Baiana de Jornalismo, Metrôpoles Mídia e Comunicação, NC Comunicação, Editora Jornal do Comércio, Revista Piauí, Diário do Pernambuco, Diário dos Associados, Editora 247, Editora Verdes

²¹³ Consoante é possível observar do Inquérito Administrativo, a ANJ estaria representando os jornais: 1) A Crítica; 2) A Gazeta; 3) A Gazeta de Rondônia; 4) A Notícia; 5) A Tarde; 6) A Tribuna; 7) A Voz da Cidade; 8) A cidade ON; 9) Agora Jornal; 10) Amazônia; 11) B.O Paper Brasil Indústria de Papéis LTDA; 12) Correio; 13) Correio Brasileiro; 14) Correio da Paraíba; 15) Correio do Povo; 16) Correio Popular; 17) Cruzeiro do Sul; 18) Dez Minutos; 19) Diarinho; 20) Diário Catarinense; 21) Diário Comercial; 22) Diário da Amazônia; 23) Diário da Região; 24) Diário do Acionista; 25) Diário do Amazonas; 26) Diário do Litoral; 27) Diário do Nordeste; 28) Diário do Pará; 29) Diário do Rio; 30) Diário do Vale; 31) Diário Lance!; 32) Diário Popular; 33) Estado de Minas; 34) Extra; 35) Folha da Manhã; 36) Folha da Região; 37) Folha de Boa Vista; 38) Folha de Londrina; 39) Folha de Pernambuco; 40) Folha de S. Paulo; 41) Gazeta de Piracicaba; 42) Gazeta de S. Paulo; 43) Gazeta do Povo; 44) Gazeta do Sul; 45) Hoje em Dia; 46) Jornal Cidade; 47) Jornal de Brasília; 48) Jornal de Santa Catarina; 49) Jornal do Comércio; 50) Jornal do Comércio; 51) Jornal do Povo; 52) Jornal do Tocantins; 53) Jornal Exemplo; 54) Jornal Meio Norte; 55) Jornal Propmark; 56) Monitor Mercantil; 57) Notícias do Dia; 58) Novodia; 59) O Dia; 60) O Diário de Mogi; 61) O Estado de Mato Grosso; 62) O Estado de S. Paulo; 63) O Estado do Maranhão; 64) O Fluminense; 65) O Globo; 66) O Imparcial; 67) O Liberal; 68) O Popular; 69) O Povo; 70) O Regional; 71) O São Gonçalo; 72) O Tempo; 73) Pioneiro; 74) Seu Dinheiro; 75) Tododia; 76) Tribuna de Minas; 77) Tribuna do Norte; 78) Tribuna do Paraná; 79) Tribuna Independente; 80) UOL; 81) Valor Econômico; 82) Zero Hora; 83) ZM Notícias. *In*: BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Ofício n.º 6805/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Data de Registro: 08/07/2019, p. 361-366.

Mares, Microsoft, G1, Zero Hora e Folha da Manhã. Esse grupo de empresas respondeu aos questionamentos do CADE de forma mais sintética, de modo a não aprofundar no assunto. Assim, foi feita uma análise conjunta das respostas dessas empresas ao ofício, conforme veremos a seguir.

Em resposta a primeira pergunta, isto é, se relativo ao período anterior ao ano de 2012, contando ele inclusive, teria havido a utilização de conteúdo (comentários, imagens, manchetes, trechos de notícias, reviews etc.) retirado do site da empresa de notícia para a plataforma do Google News, o Nexo Jornal, El País, Mare Clausum e Metrôpoles informaram que ainda não tinham iniciado suas atividades.

Por sua vez, a Editora Jornal do Comércio, Revista Piauí, Diário do Pernambucano e Editora 247 informaram que não houve utilização do conteúdo. A Microsoft, por exemplo, informou que não fazia esse tipo de monitoramento para a época, portanto, não saberia precisar. Todavia, IG, Empresa Baiana de Jornalismo, G1, NC Comunicação, Diário dos Associados, Zero Hora e Folha da Manhã informaram que houve a utilização do conteúdo retirado do site de notícias para a plataforma de notícias do Google.

Sobre a segunda parte da pergunta que questionava se, caso a resposta tivesse sido afirmativa, se houve na época a solicitação da ciência e autorização para que o Google coletasse e incorporasse o conteúdo em sua plataforma de notícias, assim como, se caso tenha havido autorização, como teria se dado, se de forma expressa ou se por meio do aceite dos termos e condições do Google, o IG, Diário dos Associados e Zero Hora informaram que havia ciência e autorização, feita por meio de adesão, para esta utilização. A Empresa Baiana, no entanto, informou que não conseguiria afirmar pois não teria registros suficientes, mas não encontrou nenhuma solicitação expressa do Google em uma revisão de e-mails.

Já a Editora Verdes Mares informou que tinha ciência de que o Google coletava informações do site deles e que não havia qualquer autorização formal. A Folha da Manhã também informou que o Google realizava indexação de conteúdo em suas plataformas de buscas, assim como denotou ser impreciso dizer se houve ciência e autorização, tanto é que a Folha removeu a indexação, levando a discussão sobre a apropriação do conteúdo de terceiros pelo Google sem pagar por eles. A Microsoft, no entanto, informou que concedia às plataformas de busca, incluindo o Google, o direito de fazer o rastreamento dos seus sites e que incluía a instrução “robot.txt” de modo que terceiros poderiam rastrear seus sítios.

Sobre a primeira parte da segunda pergunta que buscava entender se houve a utilização de conteúdo (comentários, imagens, manchetes, trechos de notícias, reviews, etc.) retirados do

site da empresa de notícias na plataforma de notícias do Google a partir de 2013 até hoje, as empresas Nexo, G1, El País, IG, Mare Clausum, Empresa Baiana de Jornalismo, Metrôpoles, NC Comunicações, Editora do Jornal do Comércio, Diário dos Associados, Editora 247, Editora Verdes Mares, Microsoft e Zero Hora responderam de forma afirmativa. Entretanto, a Folha da Manhã informou que mesmo o jornal tendo restringido a indexação de seu conteúdo com relação ao Google News, o Google continuou indexando o conteúdo da Folha.

No que se refere a questão se houve ciência e autorização, assim como se teria sido feita esta autorização, o Nexo, IG, Metrôpoles, Editora do Jornal do Comércio, Mare Clausum, Revista Piauí, Diário dos Associados e Zero Hora informaram que houve ciência e autorização por meio de aceite dos termos e condições do Google. O El País, por exemplo, informou que não foi solicitada autorização expressa, mas que é possível que seja feita a exclusão, desde que a empresa solicite.

Já a Editora Verdes Mares e o G1 informaram que não houve autorização expressa. A Empresa Baiana informou que não possui registros suficientes para afirmar ou negar se houve solicitação por meio de aceite de termos e condições. Por fim, a Editora 247 afirmou que há um contrato em que a empresa aceita os termos e condições de divisão de receita entre o site de notícias e o Google, bem como abre a possibilidade de exposição no Google News, como uma forma de crescimento do site.

Sobre a terceira pergunta que procurava compreender se caso tivesse ocorrido a utilização de conteúdo (comentários, imagens, manchetes, trechos de notícias, reviews, etc.) retirados do site de sua empresa na plataforma de notícias do Google, do ponto de vista da empresa, quais seriam os efeitos dessa prática para o seu site e para o consumidor final da informação, as empresas que responderam, em síntese, que houve aumento da escolha pelo consumidor final de jornais digitais, em contrapartida, aumento da visibilidade da marca do jornal – principalmente para os menores, assim como a possibilidade de gerar rendimentos pelos usuários do tráfego derivado do Google. Ainda relataram que o Google possui uma ferramenta que torna as páginas mais leves (denominada AMP – Accelerated Mobile Pages), o que facilita a usabilidade.

A empresa Zero Hora relatou efeitos negativos, informando que as empresa de jornais seriam “refêns” da empresa Google, isso porque a empresa seria a porta de entrada (*gatekeeper*) e teria o controle sobre o fluxo de tráfego e, caso a empresa decidisse remover a possibilidade de apropriação do conteúdo pelo Google seria como sair do mercado, pois o Google teria posição monopolista. Ainda, informou que a realização de *snippets* e *caching* seria capaz de

alavancar o posicionamento do Google na absorção das verbas publicitárias, desviando a remuneração que seria destinada aos produtores do conteúdo jornalístico, o que comprovava o caráter danoso dessa prática.

Nesse sentido, também argumentou o G1 que a publicação de parcela do seu conteúdo o prejudicava e isso ocorria porque essa disponibilização alavancava a posição do Google, que absorvia as verbas publicitárias, o que, por consequência, teria agravado a situação financeira já sensível de muitos veículos de notícias que dependem da *big tech* e da mesma fatia publicitária, o que poderia configurar abuso exploratório por parte da plataforma do Google. Afirma, também, que para o ano de 2019 o Google News parecia ter sido reformado e ser menos prejudicial do que no passado aos produtores de conteúdo, pois apenas listaria o *link* da matéria com a manchete da reportagem.

Com relação a quarta pergunta, a autoridade questionou se o veículo jornalístico teve a opção de permanecer no Google Search e não ter o seu conteúdo reproduzido na plataforma de notícias do Google News, observou-se que parte desse grupo de empresas respondeu de forma afirmativa, inclusive informando que o Google teria feito reunião com a empresa para tratar do tema, já parte do grupo de veículos de imprensa informou que não poderia ser segmentado ou mesmo que o tema não teria sido objeto de aprovação pela empresa, já que estaria satisfeita com a forma de atuação.

É de se chamar a atenção para a resposta da Microsoft que informou que o Google disponibilizaria atualmente ferramentas de publicação para portais de notícias de modo que proporcionava certo controle sobre como os *snippets* são mostrados. Quanto a empresa Zero Hora, esta informou que a empresa teria a opção de permanecer no Google buscas e não ter o seu conteúdo reproduzido na plataforma de notícias do Google News, mas informou que “não é uma opção para Zero Hora não ser indexada nos buscadores do Google, porque isso significa não estar na internet”.

Esse grupo de empresas, ao tratarem da quinta pergunta, ou seja, que questionava se a empresa de notícias conseguia identificar se o uso do conteúdo de seu site pelo Google trouxe benefícios ou prejuízos (como, por exemplo, alteração no fluxo de visitas e tráfego online) para o seu site, em sua maioria, informou que o uso do conteúdo de seu site pelo Google trouxe benefícios, já que houve o aumento de tráfego, sendo que algumas destacaram que o Google News não traria grande volume de fluxo, enquanto o Google Search seria a ferramenta realmente responsável.

Além disso, destacaram algumas empresas que não saberiam dimensionar se houve prejuízo ou benefício, enquanto outras empresas informaram que somente houve benefícios, mas que caso o Google faça alteração do algoritmo, a empresa de notícias poderia sofrer com a alteração até ocorrer estabilização na situação. Apenas a empresa Zero Hora informou que traria prejuízos e estes seriam em três dimensões, isto é, na dimensão do tráfego, pois a empresa é dependente do Google, na publicidade, pois mesmo que o Google não seja concorrente direto da empresa na produção de conteúdo jornalístico, ele é na produção de verbas publicitárias e, por fim, na dimensão das plataformas tecnológicas, pois o Google tem se aperfeiçoado sempre para manter o usuário nutrido apenas com suas plataformas.

A sexta pergunta buscou compreender se as empresas de notícias possuem dados capazes de identificar qual a porcentagem de acessos a seus sites advindos do Google Search ou do Google Notícias, sendo que para a maioria das empresas que respondeu seria de trinta por cento até cinquenta por cento, somente a Zero Hora informou que seria de quase sessenta por cento. Algumas empresas ainda informaram que a maior parte é referente ao Google Search, sendo apenas uma pequena fração advinda do Google Notícias. É válido ressaltar que essas respostas são dos anos de 2019 e 2020.

Sobre a sétima questão, verifica-se que busca se entender quem são os principais concorrentes no segmento de notícias online, observando-se, de forma geral, que a maioria das empresas respondeu que seriam os jornais e portais de notícias com presença online, enquanto algumas empresas responderam especificamente qual(is) a(s) empresa(s) que seria(m) seu(s) concorrente(s).

Com relação ao questionamento da pergunta oito, ou seja, se o veículo de notícias entende que o uso de conteúdo por parte do Google para produção de *snippets* (caixas destacadas que aparecem como um curto resumo da notícia publicada em seu site quando um usuário realiza alguma busca no Google) seria prejudicial ao seu próprio site, observou-se que a maior parte deste grupo de empresas respondeu de forma a negar que seria prejudicial, não dissertando muito sobre o tema.

Das empresas que justificaram a informação de que não seria prejudicial, observou-se como justificativa que os *snippets*, quando acompanhados do *link* da notícia, na verdade, seriam benéficos, isso porque aumentavam o tráfego. Apenas as empresas NC Comunicação e Zero Hora informaram que seria prejudicial, justificando que quando o Google exibia parte do seu conteúdo, o usuário acabava não entrando em seu site, o que poderia acarretar menor tráfego.

Sobre o questionamento da nona pergunta, que buscou entender se os demais sites de busca (tais como Bing, Yahoo, dentre outros) realizavam a mesma prática, assim como qual seria o modo de funcionamento destes sites, parte deste grupo de empresas informou que os demais sites de busca utilizam as mesmas práticas do Google Search. No entanto, parte do grupo informou que os demais sites de busca apresentam retorno irrelevante para a audiência da empresa e que por isso algumas empresas não souberam informar como seria a metodologia dos demais sites de busca.

Por fim, a décima pergunta buscou entender se a disposição dos *snippets*, ou mesmo a sua adoção/existência, seria diferente em outros países em que a empresa atua e se haveria alguma diferença, assim como qual seria o impacto de tal diferença para o tráfego no portal. Nesse sentido, a maioria deste grupo de empresas informou que não atua fora do Brasil e, portanto, desconhece como é a exibição em outros países.

O El País, no entanto, informou que o Google Notícias não operava na Espanha, isso em razão da atual legislação ter reconhecido um direito inalienável a favor dos editores que consistiria na remuneração como resultado da agregação do conteúdo por terceiros e que atualmente o motor de pesquisa do Google e o tamanho dos *snippets* seria o mesmo. No mais, a Microsoft entende que esta prática em específico seria consistente mundialmente.

Como já dito, a Associação Nacional de Jornais (ANJ) e o Google discorreram de forma mais extensa sobre o assunto, de modo que serão expostos os seus argumentos de maneira mais aprofundada nos próximos parágrafos.

Em suas manifestações iniciais, a ANJ respondeu ao questionário da autoridade administrativa, porém, como representante de diversos jornais, demonstrou como se deu sua atividade no período.

Assim, a associação alega que em 2010 tentou negociar com o Google para que chegassem a um consenso de como trazer benefícios aos veículos de notícias, à *big tech* e aos usuários. Apesar de afirmar que o Google admitiu que poderia existir problemas relacionados aos algoritmos e a indexação do conteúdo de notícias, a empresa de tecnologia se comprometeu a retificar eventuais problemas que os veículos de imprensa estavam apontando.

Contudo, a ANJ alega que a empresa teria sido inflexível na realização de um acordo. Na época, os problemas apontados se centravam em se o conteúdo era ou não notícia, assim como quanto a credibilidade, categorização e ranqueamento. Deste modo, ficou acertado entre os jornais e a associação o monitoramento de como seria a indexação de conteúdo pelo Google, de forma que seria reportado à ANJ em caso de problemas.

Nessa época, após os problemas informados ao Google, a empresa de tecnologia entendeu por criar o “Projeto Uma Linha” que teria como escopo diminuir o que era exibido de conteúdo jornalístico em sua página, ou seja, os denominados *snippets* seriam exibidos somente em uma linha. A ANJ alega que após um lapso temporal da utilização dos *snippets*, alguns sites entenderam por deixar o Google News.

Em 2013 a situação teria mudado novamente, pois o Google teria incorporado ao Google Search uma aba somente para notícias e com essa mudança não seria mais possível ativar o bloqueador de acesso do robô do Google. Deste modo, o esforço dos veículos de mídia para impedir que o Google reproduzisse seu conteúdo passou a não ter mais efeito, já que os *snippets* e o quadro que Google destacava deixava de ser visualizado no site detentor do conteúdo e passava a aparecer no próprio Google, que, na visão da ANJ, capturava sem o reconhecimento dos seus direitos autorais ou mesmo compensando por meio de remuneração.

Nesse interim, a ANJ destaca que o Google teria superado a situação de forma extremamente rápida em razão das vantagens em ser uma plataforma quase monopolista, pelos efeitos de rede e pela forma de capturar e armazenar as informações e as preferências de cada usuário. Denota ainda que os termos de serviço do Google seriam, na verdade, uma forma de inversão dos termos de negociação dos direitos autorais, com a imposição de que os referidos conteúdos sejam reproduzidos nas plataformas da *big tech* sem que se tenha autorização ou termo de cessão, exceto se a empresa se manifestar expressamente contrária.

Para a ANJ, a utilização dos *snippets* pelo Google diminuiu em larga medida o tráfego de acessos aos jornais digitais – que seria comprovado por meio da pesquisa feita pelo Jumpshot que concluiu que metade das pesquisas do Google não resultam em acesso no site de notícias, ficando o acesso restrito ao próprio Google. Outro ponto é que a ANJ salienta que há um aumento significativo da busca por notícias por meio on-line, sendo o maior número por smartphones do que por computadores, com grande diminuição na compra dos jornais impressos. Em razão disso, a publicidade digital ainda não seria suficiente para compensar as perdas dos jornais impressos, afirmando a ANJ que isso seria decorrente da ação predatória do Google e das demais *big techs*.

A ANJ afirma que formalmente suas associadas tiveram a opção de permanecer no Google Search e não ter o seu conteúdo reproduzido na plataforma do Google News. Porém, afirma que isso não é viável, pois isso acarretaria necessariamente em perda de tráfego.

Com relação aos benefícios da prática, a ANJ alegou trazer exposição e visibilidade, principalmente no que tange aos jornais menores. Em contrapartida, entende a ANJ que esse

modo de trabalhar utilizado pelo Google incentiva um comportamento *free rider*, pois a empresa de tecnologia monetiza e se favorece dos acessos, enquanto não repassa nada em troca aos veículos de jornais que produzem bom conteúdo.

Argumenta a ANJ que o formato da plataforma auxilia no abuso de poder econômico por três motivos. O primeiro deles é porque o Google seria um *gatekeeper* e, por isso, conseguiria melhores condições de negociação em razão da dependência dos veículos de mídia. O segundo motivo é porque em razão da estrutura ser integrada em diversos mercados, entrelaçada ao poder de alavancagem da plataforma, pode conseguir vantagem competitiva em mercados auxiliares e independentes.

Em relação ao terceiro motivo, em razão de ser detentora e coletora de dados dos usuários, inclusive monetizando essas informações, a *big tech* seria capaz de adotar práticas anticompetitivas, de modo a discriminar e manipular o processo de escolha dos consumidores e criar vantagens anticompetitivas em relação a concorrentes. Isso evidenciaria a configuração de abuso de posição dominante do Google.

Sobre os principais agentes no segmento, a associação afirmou ser uma infinidade e isso se daria em razão do desenvolvimento da tecnologia que teria anulado as barreiras à entrada para a exposição de notícias online que, contudo, seria mediada por um seletivo grupo de empresas, isto é, pelo Google, Apple, Facebook e Amazon.

Sobre os argumentos de que a reprodução de *snippets* seria benéfica aos veículos de notícias e à concorrência para o segmento, a ANJ alega que mesmo que aumente o tráfego aos veículos jornalísticos, isso não afastaria os efeitos prejudiciais de longo prazo ao setor jornalístico, assim como não afasta o caráter anticompetitivo.

Em suas razões, aponta que o usuário, ao ler poucas linhas pelo Google de determinado veículo de notícias, deixa de acessar o jornal e se satisfaz com o pouco apontado. Em contrapartida, conota que se o veículo deixa de utilizar desse método, pode ser punido pela plataforma digital e isso equivaleria a sua “morte digital”. O Google, ao retirar leitores dos veículos de notícia, ainda auferiria receitas, mesmo que o leitor entre ou não no jornal digital.

Para a associação, no longo prazo, a utilização dos *snippets* impedirá que os sites de notícias possam concorrer com a *big tech* em uma das pontas do mercado, de modo que os veículos jornalísticos não conseguirão monetizar por meio de publicidade ou mesmo por meio da coleta de dados. Na forma como é estruturado atualmente, para a ANJ a plataforma digital se coloca como uma intermediária entre os usuários e os veículos de imprensa, de modo que isso se relacionaria com os efeitos *lock-in* aos usuários da plataforma e fecharia eventuais

mercados competidores, o que levaria a diminuição de uma possível inovação em razão de uma conduta exploratória.

Na verdade, a ANJ sustenta que o aumento de tráfego apenas mostra mais um sintoma de dependência e do abuso exploratório da plataforma, que pode acabar potencializando a disseminação de *fake news* em razão de um “deserto de notícias”. Ainda, reforça a ANJ que não se trata de uma discussão de âmbito privado, visto que a situação foi tratada pelas autoridades competentes em outros países.

Sobre se os demais sites de busca realizam as mesmas práticas do Google aqui tratadas, afirmou a ANJ que os demais sites de busca também utilizam dos mesmos mecanismos, contudo, eles são inexpressivos perto da plataforma do Google.

Sobre a utilização dos *snippets* em outros países, ANJ afirma que em outros países as experiências foram distintas. Enquanto na França e na Alemanha teria ocorrido a proibição da exposição de *snippets* por parte do Google, na Espanha ocorreu a remuneração aos veículos de notícias pela sua atuação *free riding* sobre o conteúdo utilizado, o que levou a um boicote da *big tech*. Afirma ainda que não se pode afirmar que há uma correlação necessária entre a remoção dos *snippets* e a redução de tráfego, de qualquer modo seria possível afirmar que há uma dependência extrema dos veículos de notícias junto às plataformas.

Diversas foram as manifestações da ANJ nos autos do inquérito administrativo, trazendo diversos argumentos, assim como exemplos de casos internacionais. De todo modo, em razão do transcurso temporal, visto que o processo é ativo desde 2019, a ANJ trouxe aos autos complementações das suas manifestações.

Nesse sentido, em suas últimas manifestações, apontou que a prática de *scraping* deve ser remediada com rapidez, pois seria prática nociva ao mercado e propôs um Termo de Cessação de Conduta (TCC) para ser firmado junto ao Google, com a finalidade de que a *big tech* remunere a imprensa digital.

A ANJ destaca que o próprio Google comunicou em 25 de junho de 2020 que remunerará veículos de mídia pela utilização de seu conteúdo, de modo que na visão da associação, esse fato demonstraria assunção de culpa pela *big tech* no que se refere a uma exploração abusiva do conteúdo produzido pelos jornais digitais. Ainda, a ANJ afirma que há uma dependência dos veículos de mídia em relação ao Google, apesar da empresa de tecnologia tentar contrapor este argumento, e que optar por não estar no Google seria o equivalente a morte digital.

Diante disso, a ANJ propõe à SG que sugira ao Google, *ex officio*, a adoção de um TCC que contenha os parâmetros mínimos a serem observados pela *big tech* para tratativas junto aos veículos jornalísticos, de modo que isso atenderia o princípio da eficiência. Ainda, a ANJ elenca em alguns tópicos o que deveria ser considerado pelo CADE como “parâmetros mínimos”, ressaltando que entende que tais pontos não poderiam ser considerados como exaustivos.

Assim, conclui afirmando que há indícios de materialidade suficientes no inquérito administrativo para a abertura de um processo administrativo, com a necessidade de aplicação de sanções ao Google e a determinação pela autoridade administrativa de que seja firmado um TCC.

Já o Google, em sua defesa, apontou que a forma da sua atuação em relação a exibição do conteúdo jornalístico é pró-competitiva, pois melhoraria significativamente a experiência dos usuários, dos sites de notícias e dos anunciantes. Em suas manifestações abordou sobre o desenvolvimento do Google News, que teria nascido após os eventos dos 11 de setembro de 2001, e as formas de exibição de notícias utilizadas pela empresa de tecnologia.

Informou que foi a pioneira quando forneceu resultado de busca especializado e que com isso buscava atender com maior probabilidade o que o usuário estava procurando, isso porque a *big tech* teria entendido que os usuários preferiam a exibição de resultados temáticos relevantes e atualizados do que os “links azuis” estáticos que demoravam para mudar, o que seria resultado em razão de longos anos investimento da empresa de tecnologia.

O Google também demonstrou o funcionamento de sua ferramenta de busca (Google Search) que se dividia em três fases. A primeira delas se dá por meio do rastreamento (crawling), após pela indexação do conteúdo e, por fim, pelo ranqueamento. Afirma ainda que atualmente o Google Search e o Google News exibem o conteúdo jornalístico de forma diferente: o Google Search pode trazer as notícias por meio de três formas, isto é, pelo local das “Principais Notícias”, por meio do rodapé dos resultados exibidos das “Principais Notícias” ou mesmo clicando em “Notícias”; enquanto o Google News, de forma separada, ou seja, em um subdomínio, exhibe as manchetes sem os trechos dos textos e subdivide em áreas de interesse para o usuário.

A empresa de tecnologia também afirmou que não ocorreria a prática de *scraping* em relação às notícias. Sobre o termo em específico, a empresa disse que significaria tecnicamente a mesma coisa que *crawling*, isto é, os termos serviriam para tratar do processo de fazer a cópia de um trecho ou de uma página da internet. A empresa de tecnologia afirmou ainda que o termo *scraping* foi usado de forma pejorativa quando se referia a conduta específica de usar conteúdo

em sites concorrentes em um resultado temático de busca, mas denota que para os sites provedores de notícias é possível decidir se seu conteúdo será exibido ou não no Google Notícias.

Conforme relata o Google, por meio do protocolo padrão Robots de exclusão de conteúdo (robots.txt) seria possível dizer aos rastreadores do Google (“crawlers”, como o *Googlebot* e o *Googlebot-News*) o que deve ser excluído, seja no conteúdo de notícias, seja no conteúdo geral. Além do robots.txt, o Google ainda disponibiliza os chamados “metatags”, que bloqueiam o acesso a uma seção em específico de uma página em vez de excluí-la completamente. Portanto, afirma a empresa de tecnologia que nenhum veículo de notícias poderia alegar que era vítima da prática de *scraping*, em razão da possibilidade de o veículo de mídia poder excluir seu conteúdo para aparecer no Google.

O Google ainda alega que o inquérito administrativo seria uma boa forma para se identificar a natureza jurídica dos fatos, assim como observar que o caso em questão não estaria sob o véu da autoridade antitruste brasileira e, portanto, deveria ser arquivado.

Os motivos para o não enquadramento à Lei Antitruste brasileira seriam quatro, de acordo com a empresa de tecnologia. Em primeiro lugar, o Google aponta que seria uma característica comum a todos os mecanismos de busca a inexistência de compensação financeira. Em um segundo momento, denota que não configuraria infração à ordem econômica porque não há exclusão de concorrentes do mercado. Sob um terceiro aspecto, o Google aponta que seria contraditória a manifestação do G1 no sentido de que, mesmo que o Google explore os provedores de notícia, também os beneficia com o tráfego gratuito. Por fim, em quarto lugar o Google afirma que o provedor de notícias pode excluir o seu conteúdo de todas as plataformas da empresa de tecnologia.

Sobre a alegação de que haveria “abuso exploratório” por parte do Google, a empresa argumentou que esse tipo não seria uma infração concorrencial para a legislação brasileira por quatro motivos. O primeiro deles seria a possibilidade de os provedores de notícias excluírem de seus sites as ferramentas que o Google disponibiliza. O segundo motivo seria porque a empresa de tecnologia teria como função primordial auxiliar os usuários a encontrar os sites que procuram, assim como auxiliar que os sites dos provedores de notícias sejam encontrados, de modo que não haveria assim exploração por parte do Google. O terceiro ponto é que a suposta conduta não teria nexos causal com a suposta posição dominante do Google, isso porque a atividade desempenhada pelo Google estaria em consonância com a atividade desempenhada

por seus concorrentes (Yahoo! e o Bing, por exemplo). Por fim, acusações relativas a abuso exploratório estariam repetidamente sendo arquivadas pelo CADE.

No que tange a alegação de estar ocorrendo alavancagem por parte da *big tech*, o Google, em sua defesa, argumenta que essa alegação não possui base legal e que o modelo de negócios empregado pela empresa de tecnologia é utilizado antes mesmo de seu lançamento, assim esse modelo de negócios não seria capaz de alavancar a posição do Google como uma forma de vender anúncios. Relata ainda que não emprega jornalistas para produção desse tipo de conteúdo, não havendo, portanto, um mercado relevante sobre o qual haveria alavancagem pelo Google. Para a empresa de tecnologia, ela estaria gerando valor para os usuários, provedores de conteúdo e anunciantes, o qual seria o princípio básico de funcionamento de qualquer plataforma de múltiplos lados.

A empresa de tecnologia ainda anota que as respostas ao ofício do CADE, assim como os estudos de terceiros – como o da *Reuters Institute* que aponta que os usuários mais acessam notícias por meio de mídias sociais – comprovariam que o Google teria apenas uma parte do tráfego dos sites de notícias, de modo que a *big tech* não poderia ser considerada um “*gatekeeper*”, assim como não poderia se enquadrar como uma *essential facility*.

O Google ainda alega que sites independentes e de menor porte ou com marcas não tão consolidadas se beneficiam em comparativo aos sites de provedores de conteúdo jornalístico de grande porte, os quais os usuários têm o costume de acessar diretamente. O ranqueamento da empresa de tecnologia, que é baseado em relevância, ainda beneficiaria a concorrência, pois traria um ambiente onde sites de grande e pequeno porte possam concorrer.

Sobre a alegação de que a empresa de tecnologia desviaria o tráfego de sites de notícias para suas páginas, o Google alega que as páginas de resultados não direcionam os usuários para as páginas da própria empresa, mas sim para os sites de notícia.

Outro ponto que o Google destaca é que ele busca fornecer resultados úteis para os usuários, assim como não causa danos aos provedores. Nesse sentido, afirma que o uso dos *snippets* beneficia os usuários – porque fornece mais informações sobre a página antes que o usuário clique nela. Além disso, o Google concluiu que quando os *snippets* são removidos, o que seria uma opção aos provedores de notícias, os sites perderiam cliques, o que levaria a beneficiar os provedores de conteúdo. Por fim, aponta que em nenhuma jurisdição os *snippets* foram reconhecidos como infração concorrencial e que há apenas tentativas de regular o seu uso no âmbito legislativo.

O Google também relatou que as alterações à legislação de direitos autorais não ajudaram sites de notícias na Alemanha, além de ressaltar que isso ocorreu pela via legislativa e não pela via concorrencial. De acordo com a empresa, uma lei impediu o Google de exibir os *snippets* sem compensação monetária. O Google ainda apontou que uma lei de 2014 da Espanha passou a exigir que agregadores de notícias fossem pagos por seus *links*, o que teria impedido a continuação da atuação do Google News pois não seria mais economicamente viável. Nesse sentido, trouxe um estudo encomendado pela Associação Espanhola de Editores de Periódicos que apontou que meses após a publicação da lei, o tráfego caiu mais de 6% e, para os editores menores, a queda foi maior, de 14%.

O Google ainda afirma que busca se aperfeiçoar sempre, nesse sentido ressaltou a criação da funcionalidade “Accelerated Mobile Pages” (AMP) que faz com que páginas da *web* carreguem de forma mais rápida em dispositivos móveis, assim como alega que o conteúdo transcrito por meio dos *snippets* ajudaria os usuários a decidir se devem clicar naquele resultado e que remover tais trechos prejudicaria os usuários. Reafirma, ainda, que o Google não contrata jornalistas, portanto não tem qualquer interesse em prejudicar os jornais.

O Google ainda ressalta que o desenvolvimento da internet estaria trazendo desafios para os sites provedores de notícias, pois eles têm enfrentado cada vez mais concorrência, mas que não caberia a empresa de tecnologia em específico a resolução deste problema. Em contrapartida, um leitor teria a possibilidade de acessar os jornais do mundo todo atualmente.

O Google informa que compensa os sites de notícias ao lhes enviar o tráfego gratuito dos usuários, além disso, denota que não deveria a empresa de tecnologia “arcar com o ônus de salvar o modelo de negócios dos veículos de notícias”, argumentando que a exigência de que a empresa de tecnologia altere seu modelo de negócio, assim como a prática que é aceita no mercado, de modo a fornecer outra forma de compensação aos sites de notícia, seria uma forma de regulação do mercado, o que não estaria dentro do escopo da legislação concorrencial brasileira. Tal ingerência, na visão da empresa de tecnologia, traria efeitos negativos para o ecossistema digital.

Quanto aos argumentos da ANJ sobre a mudança de postura do Google ao remunerar veículos de comunicação por meio do Google Destaques e que isso significaria reconhecer que a empresa deve pagar pelos *snippets*, o Google argumenta que está alegação seria equivocada. Em suas manifestações, a *big tech* apontou que liberou o novo produto ao mercado de notícias, o denominado Google News Showcase ou Google Destaques, que teria como objetivo

remunerar os veículos de mídia pela criação, curadoria e licenciamento de conteúdo de alta qualidade para que pudesse ofertar uma nova experiência no âmbito das notícias online.

Além disso, a compensação financeira se daria na medida em que oferta experiência de curadoria das publicações, do acesso a conteúdo reservado a assinantes e da seleção de conteúdo para o que será disponibilizado nos painéis do Google Destaques. Relata ainda que a nova ferramenta não discrimina ou prioriza veículos de comunicação, na verdade ela se basearia em um conjunto consistente e objetivo de critérios de inclusão para garantir que a publicação tenha o que é necessário para participação do Google Destaques.

Alega o Google que esse tipo de serviço não seria o licenciamento de *links*, *snippets*, trechos curtos ou manchetes, portanto diferiria do que a ANJ busca nos autos, sendo a criação do Google Destaques mais uma das tantas iniciativas que o Google toma para apoiar o meio jornalístico.

Outra iniciativa apontada pelo Google seria a criação do Google News Initiative – GNI, o qual a empresa teria direcionado o montante de vinte e seis milhões de dólares para esta iniciativa. Essa iniciativa, que reconhece que o jornalismo tem enfrentado desafios significativos, teria alguns objetivos e, dentre eles, proporcionar programas de treinamento com enfoque em habilidades digitais direcionadas ao jornalismo e relativas aos desafios centrais do desenvolvimento do modelo de negócio da imprensa, buscar combater a desinformação, investimentos em inovação para o ecossistema de notícias, assim como em grupos de trabalho, pesquisas e programas relativo ao ambiente jornalístico.

Assim, a empresa de tecnologia entende que tentativas de enfrentar esses desafios pelas vias legislativas, como a imposição do pagamento aos jornais ou mesmo a alteração de leis de propriedade intelectual, como nos casos da França e Austrália, não foram efetivas em auxiliar os sites de notícias e não seriam capazes de endereçar a forte concorrência de fontes especializadas de informação.

O Google ainda aponta que alterar o seu modelo negócios atual e a prática geral do mercado para que haja pagamento pelo Google aos veículos de mídia seria uma forma de regular o mercado e não aplicar um remédio concorrencial, além de que isso poderia aumentar os preços dos anúncios, de modo a prejudicar o ambiente digital. Não obstante, a empresa de tecnologia tem como princípio não pagar aos sites que exibe em seus resultados por não ser economicamente sustentável, assim como porque os usuários podem desenvolver confiança para que o Google não aceite pagamentos para selecionar resultados.

Quanto a sugestão da ANJ sobre firmar um Termo de Cessação de Conduta (TCC) com o Google, a *big tech* insiste em enfatizar que a lei de concorrência não permite a aplicação de um remédio se não for verificado dano à concorrência, de modo que um TCC não seria o caso, pois não existiria conduta anticoncorrencial e nexos causal. No que tange ao TCC em específico, a empresa de tecnologia aponta que os remédios propostos pela associação poderiam causar distorções à concorrência, assim como distorções e externalidades negativas.

Nesse sentido, o Google argumenta que haveria prejuízos aos pequenos veículos de notícias, visto que sites de jornais maiores teriam maior poder de barganha na negociação em razão de poderem fazer pagamentos mais altos. Ainda, a *big tech* anota que haveria impactos aos usuários, pois o ranqueamento atualmente seria feito a partir da qualidade e relevância do material jornalísticos e não baseado em relações comerciais. Outro ponto é que o conteúdo das notícias poderia ser impactado em razão da quantidade ser priorizada em relação a qualidade.

Quanto a sugestão de negociações conjuntas entre o Google e a ANJ, a *big tech* também rechaça a possibilidade, pois entende que existe um desequilíbrio da parte obrigada a pagar em relação aos conglomerados de mídia que possuem vasto poder de mercado.

De todo o exposto, nota-se que esses são os argumentos até então postos pelas partes nos autos do Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03 e, como já falado, a autoridade administrativa ainda não se pronunciou nesses autos.

Porém, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE), em 1º de abril de 2022, por meio da Nota Técnica n.º 9/2022/DEE/CADE²¹⁴, que é relativo ao Processo Administrativo n.º 08027.001456/2021-33²¹⁵, que se trata de uma demanda externa de órgãos do poder executivo, se pronunciou sobre o Projeto de Lei n.º 1.354/2021²¹⁶, que trata sobre a eventual possibilidade de remuneração de conteúdo jornalístico pelas plataformas digitais.

Após audiência pública em 16 de dezembro de 2021 e análise do assunto, o DEE entendeu que a remuneração de conteúdo jornalístico seria intervenção excessiva na atividade econômica, de modo que recomendou a reprovação deste Projeto de Lei.

²¹⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo n.º 08027.001456/2021-33. Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica n.º 9/2022/DEE/CADE. Data de emissão: 01/04/2022.

²¹⁵Ibidem.

²¹⁶ BRASIL. Projeto de Lei n.º 1.354, de 12 de abril de 2021. Altera o MCI, com a finalidade de criar estímulo à pluralidade e diversidade de notícias, assegurar medidas de proteção ao jornalismo nacional e combate às fake news, para adotar política de tratamento não discriminatório das empresas de mídia de jornais, revistas, rádio e televisão legalmente instituídas bem como para criar mecanismos de equanimidade, pluralidade e diversidade de conteúdo na internet. Brasília, DF, 2021.

Nesse sentido, argumentou o CADE que a intenção de alterar o Marco Civil da Internet²¹⁷, de modo a ser definido um volume mínimo de conteúdo e um parâmetro mínimo de remuneração, não seria interessante, visto que seria preferível que as partes interessadas, por meio de negociação direta, chegassem a um acordo. É válido ressaltar que a autoridade administrativa reconhece o poder de mercado das plataformas digitais e a assimetria informacional existente na relação entre as empresas de jornais e as plataformas digitais.

Por fim, concluiu a autoridade que “[t]ais medidas impõem rigidez a um mercado caracterizado pelo dinamismo e pela inovação que podem resultar em distorções como alinhamento de preços e redução de inovações”. Assim, entende que é preferível medidas que incentivem a negociação do que o proposto pelo Projeto de Lei.

4.4 Conclusões parciais

Como ainda não há conclusão no CADE, observa-se com curiosidade e interesse a instrução do Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03²¹⁸. Como já tratado, o inquérito administrativo possui caráter investigatório inquisitorial e, no inquérito, não é dado o exercício absoluto de defesa aos administrados, de modo que se for evidenciado indícios suficientes para sustentar a acusação de determinado agente, deve ser instaurado processo administrativo²¹⁹.

²¹⁷ Nesse sentido, vejamos: “O Projeto de Lei acrescenta ao MCI artigos que visam regular a relação entre plataformas digitais e empresas de notícias, nas seguintes condições: Art. 29-A - Empresas de plataforma digital que detenham poder significativo de mercado (mais de 50% do total de usuários dentro do segmento de redes sociais e/ou de motores de busca na internet) deverão veicular no mínimo 30% de conteúdo disponibilizado advindo de fontes diversas da mídia legalmente instituída; Art. 29-B – As empresas de plataforma digital, acima mencionadas, garantirão o pagamento de remuneração pela disponibilização do conteúdo noticioso e jornalístico, o qual será calculado a taxa mínima de 50% (cinquenta por cento) da receita bruta, excluídos os impostos, auferida com a publicização da notícia; Art. 29-C - As empresas de plataforma digital evitarão diferenciar o conteúdo postado por seus usuários em relação ao das empresas de notícias; Art. 29-D - As empresas de plataforma digital deverão assegurar que a mídia (empresa de notícias) regional e local tenha acesso à plataforma; Art. 29-E - As empresas de plataforma digital deverão garantir o fornecimento do serviço digital às empresas e notícias com relação ao rastreamento, indexação, disponibilização e distribuição de notícias, sendo vedada a discriminação decorrente de origem ou de alterações que impliquem alterações que aumentem ou diminuam os destaques dos conteúdos disponibilizados.” BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.354, de 12 de abril de 2021**. Altera o MCI, com a finalidade de criar estímulo à pluralidade e diversidade de notícias, assegurar medidas de proteção ao jornalismo nacional e combate às fake news, para adotar política de tratamento não discriminatório das empresas de mídia de jornais, revistas, rádio e televisão legalmente instituídas bem como para criar mecanismos de equanimidade, pluralidade e diversidade de conteúdo na internet. Brasília, DF, 2021.

²¹⁸ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Ofício n.º 6805/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Data de Registro: 08/07/2019.

²¹⁹ MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**: organização, processos e acordos administrativos de acordo com o código de processo civil de 2015. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222/223.

Pela análise dos autos do Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03²²⁰, é possível extrair algumas conclusões. Como visto, foi feito um questionário para que os veículos de imprensa respondessem. Nota-se que houve a resposta de muitos jornais digitais, no entanto, a Associação Nacional de Jornais (ANJ), que representa mais de oitenta jornais, e o Google foram além do questionário e travaram algumas discussões no decorrer do processo, mesmo não tendo sido intimados para tanto.

Dos pontos que se considera mais importante, nota-se que para o período até 2012, as empresas responderam de forma imprecisa. Algumas empresas já afirmavam que para época havia a apropriação de conteúdo e a ciência expressa se dava por meio de contrato de adesão. Já para o período posterior, verifica-se maior precisão e coesão nas respostas das empresas, que afirmam ocorrer a prática de apropriação de conteúdo e que a autorização se dava por meio do aceite dos termos e condições do Google.

De qualquer forma, nota-se que durante o período perguntado até os dias atuais, o Google se mostra em uma trajetória de constantes mudanças, seja com a criação do “Projeto uma Linha”, Google Notícias (News), Google Destaques (Showcase), da criação da funcionalidade Accelerated Mobile Pages (AMP) e a última anunciada, que se observa de forma muito intrigante, que seria o Google News Initiative (GNI), voltada diretamente para auxiliar o jornalismo.

Com essas mudanças extremamente rápidas e que são próprias do mercado digital, nota-se a dificuldade da análise pela autoridade administrativa e a imposição de uma medida ou não para contê-las em tempo hábil. Não é novidade a demora na tomada de decisões, seja em órgãos administrativos ou mesmo nos judiciais, e se sabe também de todas as dificuldades institucionais que corroboram para isso.

No que se refere ao CADE especificamente, nota-se que em seu histórico, apontado no capítulo 2, houve uma evolução no que toca a celeridade da tomada de decisões. Todavia, para o caso em discussão, vê-se que se trata de um inquérito instaurado no ano de 2019 e que trata de fatos até mesmo anteriores ao ano de 2012, portanto, estar-se-á discutindo, dez anos depois, sobre a ocorrência ou não de prática passível de punição em um mercado que atravessa mudanças de forma extremamente voraz, a própria empresa Google consigna a mudança do mercado em sua narrativa.

²²⁰ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Ofício n.º 6805/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Data de Registro: 08/07/2019.

De todo modo, não se quer com a crítica em questão que sejam tomadas decisões pela autoridade às pressas, isto é, sem cautela, ou mesmo sem a devida diligência, até porque temas como esse são complexos e novos e precisam de um longo estudo e discussão para se chegar a uma conclusão. Todavia, observa-se com preocupação que a demora na tomada de decisões possa prejudicar, sobretudo, a própria concorrência.

No mais, o caso em questão ainda se trata de um inquérito administrativo, portanto, a conclusão dele deveria ser mais célere do que um processo administrativo, pois, caso se chegue a uma conclusão que se tenha de instaurar um processo administrativo, será mais um processo a tramitar por diversos anos.

Além desses pontos que merecem destaque, entende-se como importante a necessidade de estabelecimento de uma maior precisão conceitual. Conforme aduzido por Fernandes, essa carência conceitual é um problema para o estudo estruturado do abuso de posição dominante em plataformas digitais porque faz “com que se tenha pouca clareza sobre qual seria a teoria do dano aplicável e qual teste jurídico deveria orientar a avaliação de efeitos”²²¹.

Como dito, para este trabalho, utilizar-se-á, preferencialmente, o termo “apropriação de conteúdo de terceiro”, visto que, assim como aponta Fernandes “a expressão ‘efeito carona forçado’ desnecessariamente confunde a forma da conduta em si com os seus possíveis efeitos verticais, enquanto a expressão *scraping* pode ser confundida com a atividade de raspagem regularmente feita por *crawlers* em plataformas de buscas online”²²², e, quanto a expressão *snippet*, vê-se que se trata da exibição do conteúdo raspado, de forma que não traduz fielmente a prática tratada especialmente neste capítulo e nos próximos.

Em outras palavras, entende-se que é mais pertinente a utilização da expressão “apropriação de conteúdo de terceiros” porque o processo de apropriação se dá por meio da busca do conteúdo por *crawlers* (robôs), após, é feito a raspagem do conteúdo (*scraping*) e, por consequência, o fragmento de conteúdo (*snippet*) raspado é exposto na plataforma digital para os usuários.

Sobre os efeitos da prática, analisando primeiro o inquérito administrativo, observa-se que a maioria das empresas que respondeu individualmente afirmou que existem benefícios, enquanto algumas empresas e a ANJ já apontaram que a dependência pelo Google trazia grandes prejuízos, conforme os argumentos expostos mais detalhadamente na seção acima.

²²¹ FERNANDES, Víctor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 321.

²²² FERNANDES, Víctor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 322.

De forma sintética, dentre os efeitos positivos advindos da prática de apropriação de conteúdo de terceiros, os jornais digitais relataram que houve a ampliação de escolha pelo consumidor de veículos de imprensa; aumento da visibilidade da marca do jornal principalmente para os menores; a possibilidade de auferir rendimentos pelos usuários a partir do tráfego derivado do Google; o desenvolvimento da ferramenta AMP, desenvolvida pelo Google, que torna as páginas mais leves, facilitando a usabilidade.

Com relação aos efeitos negativos, os jornais digitais e a ANJ apontaram que o Google seria a porta de entrada (*gatekeeper*), criando-se a dependência dos jornais digitais em relação a plataforma digital; o Google também teria o controle sobre o fluxo de tráfego, e, por isso os jornais digitais seriam reféns da *big tech*; que a prática de apropriação de conteúdo de terceiros seria capaz de alavancar o posicionamento do Google na absorção de verbas publicitárias, o que desviaria a remuneração destinada aos jornais digitais, configurando abuso exploratório e/ou o comportamento denominado como *free rider*; no Google há uma estrutura integrada em diversos mercados, o que auxiliaria sua alavancagem; o Google é detentor e coletor de muitos dados dos usuários; diante de todos esses pontos, algumas empresas e a ANJ apontam que o Google seria capaz de adotar práticas anticompetitivas, de forma discriminar e manipular o processo de escolha dos usuários, podendo criar vantagens anticompetitivas em relação a concorrentes, evidenciando abuso de posição dominante do Google.

Como visto, sobre a apropriação de conteúdo de terceiros no mercado de buscas online verticalmente relacionado ao mercado de notícias, não há conclusão sobre o tema ainda. Nesse sentido, avalia-se com interesse as conclusões trazidas por Fernandes no capítulo anterior sobre o Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03²²³.

Dentre tantas alegações trazidas à baila nos autos, nota-se também a discussão sobre a hipótese de que o CADE não seria a autoridade competente para tratar desse caso. A alegação se dá porque se sustenta que a análise deveria ser feita na seara da propriedade intelectual. Dessa forma, é relevante que se traga um aspecto sobre o tema.

Sobre isso, destaca-se que uma mesma prática de determinado agente pode ser enquadrada em várias searas do direito (por exemplo, direito cível, penal, administrativo e etc). Dessa forma, no caso de apropriação de conteúdo de terceiros no mercado de buscas online verticalmente relacionado ao mercado de notícias, no que se refere a atuação do CADE, denota-

²²³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica n.º 348/2013. Parecer sobre a denúncia de *scraping*. Data de Registro: 10/10/2013.

se que a autoridade administrativa é competente para realizar a análise de possível abuso de posição dominante pelo Google e se isso afeta ou não o interesse público. A análise com enfoque em eventual dano a propriedade intelectual deve ser analisada sobre o aspecto do direito privado.

É de se ressaltar também que os jornais digitais não apontam o Google como um concorrente, na verdade denotam que os seus concorrentes seriam os demais sites de jornais digitais. É relevante também que parte do grupo informa que os demais sites de busca utilizam da mesma prática do Google, porém, esses demais sites de busca teriam retorno irrelevante para a audiência dos jornais digitais, destacando-se a posição dominante do Google.

Observa-se, ainda, com curiosidade a iniciativa apontada pelo Google que trata da criação do Google News Initiative – GNI, o qual a empresa teria direcionado o montante de vinte e seis milhões de dólares para este projeto. A iniciativa, conforme aponta o próprio Google, reconhece que o jornalismo tem enfrentado desafios significativos e aponta como um de seus objetivos proporcionar programas de treinamento com enfoque em habilidades digitais direcionadas ao jornalismo e relativas aos desafios centrais do desenvolvimento do modelo de negócio da imprensa, buscar combater a desinformação, investimentos em inovação para o ecossistema de notícias, assim como em grupos de trabalho, pesquisas e programas relativo ao ambiente jornalístico.

Embora pareça ser interessante a iniciativa, como será possível examinar no próximo capítulo, consignam-se dúvidas sobre por quais motivos o Google tem proposto projetos nesse sentido. Mesmo que essa iniciativa auxilie, com esse projeto, o jornalismo de modo geral, nota-se que em outras jurisdições o Google já sofreu sanções em razão de ter apropriado o conteúdo dos veículos jornalísticos.

Por fim, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) já sinalizou o seu entendimento quanto ao pedido formulado pela Associação Nacional de Jornais (ANJ), sobre eventual fixação de remuneração pela autoridade administrativa. Como visto, o DEE concluiu que não seria interessante a fixação de um conteúdo mínimo e de remuneração pelo Google aos jornais digitais pelas vias legislativas, mas não descarta a necessidade de negociação entre as partes sobre o tema.²²⁴

Vale ressaltar que a ANJ alega que teria tentado uma forma de acordo junto ao Google em 2010, porém, a empresa teria se mostrado inflexível. Por óbvio, em razão dos

²²⁴ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n.º 08027.001456/2021-33. Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica n.º 9/2022/DEE/CADE. Data de emissão: 01/04/2022.

acontecimentos nos últimos anos e dos inquéritos e processos administrativos na última década que envolveram o Google, pode ser que a empresa tenha outra postura atualmente. Na verdade, vê-se que a empresa já possui uma iniciativa com destinação de alguns milhões de reais para auxiliar os jornais.

De todo modo, observa-se com entusiasmo a análise do Projeto Lei n.º 1.354/2021²²⁵ pelo CADE. Na medida em que a sociedade se desenvolve e as situações de tornam cada vez mais complexas, o arranjo institucional entre os órgãos governamentais se mostra medida necessária para que os efeitos em todas as searas sejam equilibrados na medida do possível.

Assim, no próximo capítulo trataremos do caso francês e do caso australiano, visto que lá a discussão se encontra mais avançada no tema, de modo que se demonstram valiosos paradigmas estrangeiros que, porventura, podem contribuir para amadurecer a discussão brasileira.

²²⁵ BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.354, de 12 de abril de 2021**. Altera o MCI, com a finalidade de criar estímulo à pluralidade e diversidade de notícias, assegurar medidas de proteção ao jornalismo nacional e combate às fake news, para adotar política de tratamento não discriminatório das empresas de mídia de jornais, revistas, rádio e televisão legalmente instituídas bem como para criar mecanismos de equanimidade, pluralidade e diversidade de conteúdo na internet. Brasília, DF, 2021.

5 UM PANORAMA DA DISCUSSÃO EM OUTRAS JURISDIÇÕES

Dado o cenário brasileiro, faz-se necessária a análise da discussão em outras jurisdições. Nesse sentido, a partir do que foi posto na França e na Austrália, pretende-se ampliar o conhecimento sobre a discussão, de modo que se possa ter sobre um mesmo tema diversos olhares e, por consequência, poder eventualmente contribuir para a discussão brasileira.

Consoante veremos a seguir, o caso francês e o caso australiano tomaram, em certa medida, caminhos distintos para tratar do tema. Todavia, observa-se que, pelo menos enquanto da elaboração dessa dissertação, a discussão em ambos os países acabou se alinhando em algum momento. Dessa forma, passaremos, a seguir, para a análise dos casos.

5.1 O caso francês

Em novembro de 2019, os representantes dos interesses de muitos editores de jornais e revistas na França, ou seja, o setor de imprensa francesa, assim como a Agence France-Presse, que é a agência de mídia francesa, encaminharam para a Autorité de la Concurrence, autoridade da concorrência francesa, as práticas empregadas pela empresa Google na imprensa e nos serviços de comunicação pública online e setores de publicidade online.

Segundo os veículos digitais de imprensa, a forma de implementação pelo Google da Lei n.º 2019-775²²⁶, de 24 de julho de 2019, que visava criar direitos em favor das agências e editores de notícias, constituiria abuso de posição dominante em violação ao artigo L.420-2 do Código Comercial Francês²²⁷ e do artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União

²²⁶ FRANCE. **LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019**. Dossier Législatif: LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse/Échéancier d'application. Paris, 2019.

²²⁷ “Article L420-2. Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées aux articles L. 442-1 à L. 442-3 ou en accords de gamme.” FRANCE. **Code de commerce**. Paris.

Europeia²²⁸ (TFUE). A Lei n.º 2019-775²²⁹, em realidade, visava estabelecer as condições para negociações equilibradas entre editores, agências de notícias e serviços de comunicação pública online a fim de redefinir a forma de remuneração entre elas e o Google.

Contudo, para cumprir o quanto determinado pela lei, o Google decidiu unilateralmente que não exibiria mais trechos de artigos, fotografias e vídeos em seus serviços, a menos que os veículos de mídia lhe dessem permissão para fazê-lo gratuitamente. Na prática, a maioria dos veículos de mídia concedeu ao Google as licenças de forma gratuita para o uso e a exibição de seu conteúdo protegido, sem qualquer negociação e sem receber qualquer remuneração da *big tech*. Além disso, de acordo com a nova política de exibição do Google, as licenças concedidas pelos editores e agências de notícias dariam à empresa a oportunidade de reutilizar mais conteúdo do que antes da entrada em vigor da Lei n.º 2019-775²³⁰.

Nesse contexto, e de forma paralela às queixas sobre concorrência desleal, isto é, relativas ao mérito do caso, os veículos jornalísticos requereram medidas provisórias à autoridade da concorrência francesa para forçar o Google a negociar com eles de boa-fé.

Para tanto, foi instaurado um inquérito pela Autorité de la Concurrence que concluiu que o Google poderia deter posição dominante no mercado francês relativo aos serviços gerais de pesquisa. No final do ano de 2019, as pesquisas apontavam que o *market share* do Google era em torno dos 90%. Além disso, apontaram também que existiriam barreiras à entrada e expansão neste mercado devido aos investimentos significativos necessários para desenvolver a tecnologia dos motores de busca, assim como a ocorrência de efeitos de rede e experiências que tornam a posição do Google difícil de desafiar. Ademais, a Autorité considerou que as práticas referidas pelos denunciadores podem ser consideradas anticoncorrenciais.

Assim, a autoridade considerou que o Google pode ter imposto condições de transação injustas aos veículos jornalísticos na aceção dos artigos L. 420-2 do Código Comercial

²²⁸ “Artigo 102. É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste. Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em: a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas; b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores; c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.” UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Determinados a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus. Roma, IT, 1957.

²²⁹ FRANCE. **LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019**. Dossier Législatif: LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse/Échéancier d'application. Paris, 2019.

²³⁰ *Ibidem*.

Francês²³¹ e do artigo 102 “a” do TFUE²³², evitando qualquer forma de negociação e remuneração pela reutilização e exibição desses conteúdos protegidos pelas supracitadas normas. No mais, apontou a autoridade que seria provável que o Google tenha tratado de forma idêntica os intervenientes econômicos em diferentes situações, sem qualquer justificativa objetiva e, por consequência, tenha utilizado de uma prática discriminatória na aceção dos artigos L. 420-2 do Código Comercial Francês²³³ e do artigo 102, “c”, do TFUE²³⁴.

Portanto, o Google pode ter abusado da sua posição dominante para contornar a Lei n.º 2019-775²³⁵, de forma a utilizar a possibilidade de que os editores e as agências de notícias concedam licenças gratuitas para impor sistematicamente um princípio de não remuneração para a exibição de conteúdo protegido em seus serviços, sem a possibilidade de negociação; recusar qualquer comunicação de informações necessárias que determine a remuneração; e utilizar artigos na íntegra, com base no pressuposto de que a Lei n.º 2019-775²³⁶, que não lhes era, em princípio, aplicável.

Em sua avaliação, a Autorité também levou em consideração o fato de que a nova política do Google impôs condições comerciais mais desfavoráveis às partes interessadas do setor do que àquelas que existiam antes da entrada em vigor da Lei n.º 2019-775²³⁷ que, em realidade, deveria resultar em negociações de boa-fé entre as partes.

Essas práticas são possibilitadas pela provável posição dominante do Google no mercado de serviços gerais de busca. Já a posição dominante leva o Google a trazer tráfego significativo da internet para os sites de editores e agências de notícias. Dessa forma, esse tráfego também se mostra insubstituível e crítico para editoras e agências de notícias, que não podem perder parte de seus leitores digitais por causa das dificuldades econômicas apontadas pelo legislador, e que justificaram a adoção da Lei n.º 2019-775²³⁸.

²³¹ FRANCE. **Code de commerce**. Paris.

²³² UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Determinados a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus. Roma, IT, 1957.

²³³ FRANCE. **Code de commerce**. Paris.

²³⁴ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Determinados a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus. Roma, IT, 1957.

²³⁵ FRANCE. **LOI n.º 2019-775 du 24 juillet 2019**. Dossier Législatif: LOI n.º 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse/Échéancier d'application. Paris, 2019.

²³⁶ Ibidem.

²³⁷ Ibidem.

²³⁸ FRANCE. **LOI n.º 2019-775 du 24 juillet 2019**. Dossier Législatif: LOI n.º 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse/Échéancier d'application. Paris, 2019.

Vale ressaltar que o objetivo primordial da Lei n.º 2019-775²³⁹ era estabelecer um sistema de proteção jurídica para os editores e agências de notícias tendo em vista as especificidades do setor da imprensa e o seu papel numa sociedade democrática. Em linhas gerais, essa lei possibilitou à imprensa o direito de autorizar ou proibir a reprodução das suas publicações pelas plataformas digitais buscando, assim, o reequilíbrio de poder existente entre as grandes empresas de tecnologia e a imprensa.

Já o artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia²⁴⁰ (TFUE) dispõe que é proibido qualquer abuso de uma ou mais empresas de sua posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial do mesmo por ser incompatível com o mercado interno na medida em que possa afetar o comércio entre os estados-membros. Salienta-se que a Comissão Europeia aponta que os artigos 101²⁴¹ e 102²⁴² do TFUE se aplicam aos acordos horizontais e verticais e às práticas abusivas de empresas que poderiam afetar o comércio entre os estados-membros.

Nessas condições, apontou a Autorité que os veículos de jornais digitais são colocados em uma situação em que não têm escolha a não ser cumprir a política de exibição do Google sem qualquer compensação financeira. Para a autoridade, a ameaça aos veículos de jornais de ter sua exibição sem visualizações equivaleria a uma perda de tráfego e, portanto, de receita, seja se for um único afetado por isso, seja se afetar todos os editores e agências jornalísticas. É

²³⁹ FRANCE. **LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019**. Dossier Législatif: LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse/Échéancier d'application. Paris, 2019.

²⁴⁰ UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Determinados a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus. Roma, IT, 1957.

²⁴¹ “Artigo 101. 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma direta ou indireta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transação; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no n.º 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis: — a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas, — a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e — a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas, que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objetivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.” UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Determinados a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus. Roma, IT, 1957.

²⁴² UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Determinados a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus. Roma, IT, 1957.

também a razão pela qual estes editores são obrigados a aceitar condições ainda mais desfavoráveis para eles após a entrada em vigor da Lei n.º 2019-775²⁴³ do que as que existiam antes da sua entrada em vigor.

Diante do exposto, a Autorité de la Concurrence, em 09 de abril de 2020²⁴⁴, determinou medidas provisórias de forma a permitir que editores e agências de notícias, se assim o desejarem, negociem de boa-fé com o Google para discutir os termos e condições para a reutilização e exibição de seu conteúdo protegido e a remuneração correspondente. Essas negociações deveriam ocorrer dentro de um período limitado de três meses após a solicitação do editor ou agência de notícias e, em relação à remuneração, devem incluir o período desde 24 de outubro de 2019.

Durante o período de negociação, o Google continuou exibindo trechos de texto, fotografias e vídeos da maneira escolhida pelo editor ou agência de notícias em questão. Além disso, a fim de assegurar uma negociação equilibrada, as medidas provisórias previam o princípio de neutralidade nas negociações, de modo que previa como seria a indexação, classificação e apresentação dos conteúdos dos veículos jornalísticos protegidos, devendo este princípio também prevalecer nas negociações dos termos de outras relações comerciais que o Google tem com editoras e agências de notícias.

Essas medidas provisórias permaneceriam em vigor até que a Autorité publicasse sua decisão sobre o mérito. Durante esse período, e para garantir eficácia dessas medidas provisórias, o Google forneceria à autoridade relatórios regulares sobre as providências para a implementação desta decisão.

Contudo, em 13 de julho de 2021, a Autorité de la Concurrence multou o Google em quinhentos milhões de euros por ter desrespeitado a decisão de abril de 2020²⁴⁵ e ainda determinou que o Google apresentasse uma oferta de remuneração pelo uso atual dos conteúdos dos editores e agências de imprensa, assim como fornecesse informações necessárias para avaliar a oferta, sob pena de fixar uma nova multa de até novecentos milhões de euros por dia de atraso, se o Google não o fizesse dentro do prazo de dois meses.

²⁴³ FRANCE. **LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019**. Dossier Législatif: LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse/Échéancier d'application. Paris, 2019.

²⁴⁴ FRANCE. **AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**. Décision n° 21-D-17 du 12 juillet 2021 relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de Google dans la décision n° 20-MC-01 du 9 avril 2020. Data da decisão: 09 de abril de 2020.

²⁴⁵ FRANCE. **AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**. Décision n° 21-D-17 du 12 juillet 2021 relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de Google dans la décision n° 20-MC-01 du 9 avril 2020. Data da decisão: 09 de abril de 2020.

Para a autoridade francesa, após uma aprofundada investigação, descobriu-se que o Google não negociou de boa-fé, assim como houve a imposição pela *big tech* de que as negociações ocorressem necessariamente no âmbito de uma nova parceria, isto é, dentro da Publisher Curated News que teria incluído um novo serviço denominado Showcase, sem, contudo, ter uma discussão específica sobre a remuneração devida pelo uso atual de conteúdos protegidos pela Lei n.º 2019-775²⁴⁶.

Na visão da autoridade, a multa de quinhentos milhões de euros leva em conta a gravidade das infrações observadas e como o comportamento do Google levou a atrasar ainda mais a implementação da Lei n.º 2019-775²⁴⁷. No caso da fixação de multa periódica, a autoridade entendeu que seria necessária para que houvesse de fato o cumprimento da decisão.

Após quase um ano, em 21 de junho de 2022, a Autorité de la Concurrence, por meio de decisão, aceitou os termos apresentados pelo Google e encerrou o processo iniciado em novembro de 2019. Para que isso ocorresse, o Google ofereceu para a autoridade, em dezembro de 2021, um conjunto de obrigações do qual a empresa se comprometeria a realizar. Estes compromissos foram objeto de teste de mercado que, posteriormente, foram o motor de discussão em uma audiência em abril de 2022. Diante disso, o Google ofereceu novamente quatro versões desses compromissos, bem como uma proposta final mais aprimorada em maio de 2022 para a autoridade.

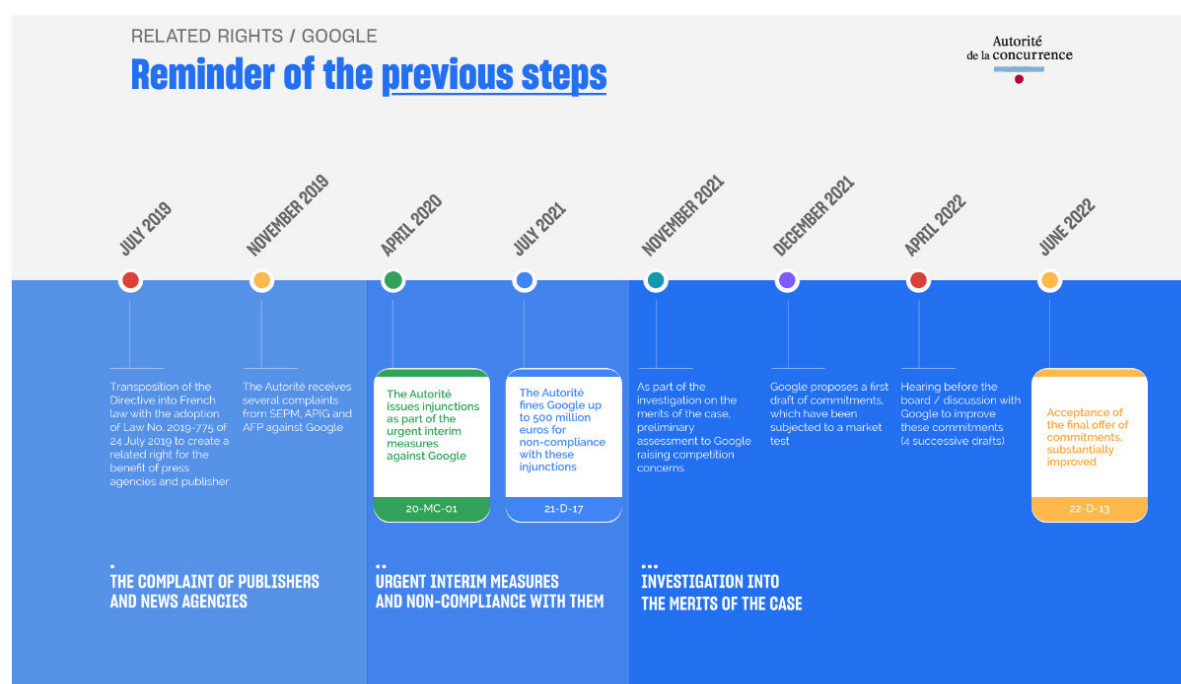
Assim, a autoridade da concorrência francesa considerou os compromissos propostos pelo Google suscetíveis de finalizar as preocupações concorrenciais manifestadas. Tais compromissos foram entendidos como substanciais, plausíveis e controláveis, de modo que a autoridade entendeu por aceitá-los e torná-los vinculativos, sendo aplicáveis pelo período de cinco anos e renováveis uma vez pelo mesmo período, desde que fundamentado pela autoridade da concorrência francesa.

Todo o processo pode ser evidenciado pela tabela abaixo.

²⁴⁶ FRANCE. **LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019**. Dossier Législatif: LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse/Échéancier d'application. Paris, 2019.

²⁴⁷ Ibidem.

Figura 1 – Fluxograma do caso francês



Fonte: Autorité de la Concurrence, 2022²⁴⁸.

Em linhas gerais, os compromissos firmados pelo Google foram divididos em sete pilares. O primeiro deles é o âmbito de aplicação dos compromissos. Nesse sentido, o Google estendeu o escopo de aplicação de seus compromissos a todos os editores abrangidos pelo artigo L.218-1 do Código de Propriedade Intelectual Francês²⁴⁹, inclusive para quem tenha ou não certificação IPG, assim como para as agências de imprensa e editores que já entraram em negociação ou concluíram um contrato com o Google.

²⁴⁸ Related rights: The Autorité accepts Google's commitments, 21 de junho de 2022. **Autorité de la Concurrence**. Disponível em: <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/related-rights-autorite-accepts-googles-commitments>>. Acesso em novembro de 2022.

²⁴⁹ “Article L218-4. La rémunération due au titre des droits voisins pour la reproduction et la communication au public des publications de presse sous une forme numérique est assise sur les recettes de l'exploitation de toute nature, directes ou indirectes ou, à défaut, évaluée forfaitairement, notamment dans les cas prévus à l'article L. 131-4. La fixation du montant de cette rémunération prend en compte des éléments tels que les investissements humains, matériels et financiers réalisés par les éditeurs et les agences de presse, la contribution des publications de presse à l'information politique et générale et l'importance de l'utilisation des publications de presse par les services de communication au public en ligne. Les services de communication au public en ligne sont tenus de fournir aux éditeurs de presse et aux agences de presse tous les éléments d'information relatifs aux utilisations des publications de presse par leurs usagers ainsi que tous les autres éléments d'information nécessaires à une évaluation transparente de la rémunération mentionnée au premier alinéa du présent article et de sa répartition. Conformément à l'article 14 de la loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, cette disposition ne s'applique pas aux publications de presse publiées pour la première fois avant la date d'entrée en vigueur de la directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique.” FRANCE. **Code de la propriété intellectuelle**. Paris.

Já o segundo se refere a necessidade de as negociações serem de boa-fé com os editores de imprensa e agências de notícias que assim requererem remuneração por qualquer reprodução de conteúdo protegido em seus serviços de acordo com as modalidades estabelecidas no artigo L.218-4 do Código de Propriedade Intelectual Francês²⁵⁰ e de acordo com critérios transparentes, objetivos e não discriminatórios. Sobre o serviço Showcase ou qualquer outro novo serviço do Google e sobre os usos existentes de conteúdo protegido, o Google concordou expressamente em conduzir negociações separadas e independentes.

O terceiro pilar fixa que o Google se comprometerá a comunicar as informações necessárias para uma avaliação transparente da remuneração proposta. Para tanto, o Google planejou transmitir, como primeiro passo, a base de informações mínimas a cada parte da negociação para, após, ocorrerem negociações coletivas. Esse documento preliminar inclui o número de visualizações e de cliques dos usuários por meio de todas as frentes do Google, assim como os dados relativos as receitas auferidas pelo Google na França, sejam diretas ou indiretas, no seu papel como intermediário em publicidade.

Ainda, o Google fornecerá informações adicionais relevantes solicitadas pelos veículos jornalísticos dentro de um prazo de dias úteis, sob a supervisão de um administrador independente. O administrador pode emitir um parecer que será vinculante para o Google, sobre a viabilidade técnica ou relevância de tais solicitações, assim como tomará medidas para preservar a confidencialidade das informações, sempre que necessário. Sobre os dados confidenciais do Google, para que seja protegido os segredos comerciais da empresa, serão apenas compartilhados entre o administrador e seus especialistas.

A necessidade de neutralidade nas negociações também foi fixada como pilar, já que o Google se comprometeu a tomar medidas necessárias para garantir que as negociações não afetem a busca e a apresentação do conteúdo para o usuário, assim como a relação econômica entre o Google e as agências e editores de imprensa. Também foi fixado como compromisso

²⁵⁰ “Article L218-4. La rémunération due au titre des droits voisins pour la reproduction et la communication au public des publications de presse sous une forme numérique est assise sur les recettes de l'exploitation de toute nature, directes ou indirectes ou, à défaut, évaluée forfaitairement, notamment dans les cas prévus à l'article L. 131-4. La fixation du montant de cette rémunération prend en compte des éléments tels que les investissements humains, matériels et financiers réalisés par les éditeurs et les agences de presse, la contribution des publications de presse à l'information politique et générale et l'importance de l'utilisation des publications de presse par les services de communication au public en ligne. Les services de communication au public en ligne sont tenus de fournir aux éditeurs de presse et aux agences de presse tous les éléments d'information relatifs aux utilisations des publications de presse par leurs usagers ainsi que tous les autres éléments d'information nécessaires à une évaluation transparente de la rémunération mentionnée au premier alinéa du présent article et de sa répartition. Conformément à l'article 14 de la loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse, cette disposition ne s'applique pas aux publications de presse publiées pour la première fois avant la date d'entrée en vigueur de la directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique.” FRANCE. **Code de la propriété intellectuelle**. Paris.

que o Google retirasse o recurso interposto contra a decisão que entendeu pelo descumprimento das medidas liminares e fixou a multa de quinhentos milhões de euros, tornando-se a decisão de julho de 2021 definitiva.

Como sexto compromisso foi firmado que, caso não entrem em um consenso no prazo de três meses quanto ao valor da remuneração, as partes terão a opção de encaminhar a questão à um tribunal arbitral. Levando em conta os recursos financeiros limitados de alguns veículos jornalísticos, fixou-se que estes últimos podem requerer ao Google que pague integralmente os honorários dos árbitros até o trânsito em julgado da discussão.

Por fim, o sétimo pilar entendeu que será necessário que um administrador independente aprovado pela Autorité de la Concurrence supervisione as negociações entre o Google e os veículos jornalísticos, assim como estará envolvido na revisão e atualização anual das informações mínimas que o Google deverá fornecer às agências e editores de imprensa. O administrador ainda fará, se for o caso, um papel ativo na resolução de quaisquer pontos de desacordo que surjam entre as partes no decurso de suas negociações. Este último pilar, na visão da autoridade, oferece uma maneira rápida de resolver os eventuais problemas que vierem a ocorrer.

5.2 O caso australiano

O governo australiano solicitou em 2017 à Australian Competition & Consumer Commission (ACCC), autoridade da concorrência australiana, que fosse feito um estudo sobre a repercussão entre o serviço disponibilizado pelas plataformas digitais em relação as condições de competição no mercado relacionados aos serviços de mídia e publicidade. Assim, em junho de 2019 foi publicado o estudo feito pela ACCC que resultou em um longo relatório denominado Digital Platforms Inquiry²⁵¹. Dentre os temas abordados, em uma das seções, foi demonstrado como o abuso de poder econômico do Google e do Facebook afeta o serviço de notícias.

Nesta seção, inclusive, foi demonstrado que as empresas jornalísticas expressaram preocupação com o impacto desse desequilíbrio na negociação com as *big techs* em relação a sua capacidade de monetizar e produzir conteúdo de notícias.

²⁵¹ AUSTRALIAN. **Australian Competition & Consumer Commission**. Digital platforms inquiry, 26 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries-finalised/digital-platforms-inquiry-0>>. Acesso em novembro de 2022.

As preocupações se dividiam, sinteticamente, em cinco pilares. O primeiro relacionado aos *snippets* de notícias e a antiga política FCF utilizada pelo Google; o segundo sobre o formato das publicações; o terceiro relativo ao acesso dos dados do usuário; o quarto sobre o reconhecimento de conteúdo original produzido; e, por fim, o quinto sobre a (im)possibilidade de transparência algorítmica.

Sobre os *snippets*, em específico, será feito um breve aprofundamento, visto que o tema é de especial relevância para esse trabalho.

Para a autoridade australiana, um *snippet* seria uma pequena quantidade de texto, uma imagem ou um vídeo curto que faz parte de um determinado link. Ao produzir uma lista de hiperlinks em resposta a um item de pesquisa, e aqui pensando especialmente nos sites de notícias, os mecanismos de pesquisa geralmente extraem dos sites o conteúdo e fornecem um trecho desse mesmo conteúdo para o próprio mecanismo de pesquisa. O objetivo, em um primeiro momento, seria demonstrar para o usuário a relevância do site quando da consulta de pesquisa.

É de se chamar a atenção que a ACCC usa o termo *scraping* com o mesmo significado de rastreamento, isto é, de *crawling*.

Ainda, para a autoridade australiana, o Google afirma que o objetivo dos *snippets* é descrever cada resultado e explicar como ele se relaciona com a consulta de um usuário, para ajudar os usuários a encontrar rapidamente as páginas que provavelmente serão relevantes para a consulta.

Sobre como o uso de *snippets* afeta o mercado de notícias, o relatório expõe que existem duas maneiras que poderiam ser responsáveis para tanto. A primeira delas é quando a empresa opta por não receber os *snippets*. Quando isso ocorre a empresa de notícias pode ser rebaixada na pesquisa orgânica de resultados, reduzindo assim sua visibilidade para os usuários e, por consequência, as taxas de cliques. Quanto a segunda maneira, se a empresa optar por produzir os *snippets* do Google, pode ser que o trecho revelado demonstre conteúdo exacerbado, a ponto do usuário se satisfazer apenas com o *snippet*, não entrando no site do veículo jornalístico.

De qualquer modo, a ACCC concluiu que não é claro se o tamanho dos *snippets* é relevante ou não para a diminuição do tráfego, assim como se a fixação de um tamanho supostamente ideal de *snippet* seria interessante.

Para a ACCC, quando a empresa de notícias escolhe usar o *snippet*, ela enfrenta um *trade-off* entre atrair consumidores aos seus *websites* por meio da indicação do valor do seu conteúdo ou podem também reduzir sua capacidade de monetizar esse conteúdo oferecendo sua

substância gratuitamente e reduzir os incentivos dos consumidores para clicar no *hiperlink* do seu site.

Como o Google é uma fonte importante de tráfego para as empresas de mídia, para a ACCC seria improvável que essas empresas optem por impedir que o Google extraia e publique os *snippets* de seu conteúdo de notícias.

A ACCC concluiu, portanto, que o resultado da relação entre *snippets* e tráfego de referência é que os veículos de imprensa terminam aceitando os termos menos favoráveis a eles para manter seu nível de tráfego e oportunidades de monetização. Ainda, entendeu que a capacidade do Google de obter benefícios por meio dos *snippets* sem negociar com os jornais digitais é uma evidência de seu poder econômico em relação aos veículos de jornais digitais.

Sobre os demais pilares, o relatório ainda trata da natureza restritiva dos formatos de publicação, como o AMP e o Instant Articles do Facebook, que limitaria a quantidade de publicidade que pode ser exibida, reduzindo a oportunidade de monetização das empresas jornalísticas, assim como reduziria o valor das marcas dos jornais digitais e o reconhecimento da marca pelo consumidor.

Outra questão interessante é sobre o acesso aos dados do usuário, ou seja, as plataformas digitais coletam e usam dados individuais dos consumidores quando os consumidores acessam e consomem as notícias nas plataformas digitais, porém não compartilham todos esses dados com os veículos jornalísticos, o que limitaria a capacidade dos jornais digitais de entender seu público e melhorar a qualidade de seus serviços, seja quanto a publicidade ou do conteúdo de notícias.

No mais, o relatório ainda aponta a possibilidade de recompensa de conteúdo original, ou seja, as plataformas digitais que oferecerem os serviços de busca não recompensam os jornais digitais que investem e produzem conteúdo original ou notícias de última hora com classificações mais altas, em comparação com os veículos jornalísticos que copiam esse conteúdo.

Ademais, o relatório ainda aponta sobre a falta de transparência em relação a como os algoritmos das plataformas digitais classificam e distribuem o conteúdo de notícias aos consumidores, reduzindo o nível de controle que um jornal digital tem sobre quem consome o seu conteúdo.

Por fim, o relatório da ACCC ressalta que todas essas preocupações foram colocadas em relação ao Google e ao Facebook, todavia, os interessados citaram mais exemplos em relação ao Google do que em relação ao Facebook. Na visão da ACCC, isso poderia refletir no

fato de que o Google é uma fonte maior de tráfego para as empresas de notícia do que para o Facebook.

Diante de todo o exposto, a ACCC concluiu que ficaria evidente o poder econômico existente entre o Google e o Facebook em face dos veículos de imprensa. Assim, o governo australiano determinou que a autoridade da concorrência australiana fizesse um código de conduta, a priori, voluntário, para resolver o desequilíbrio de poder econômico entre as plataformas digitais e os negócios de mídia.

Porém, sem sucesso nas negociações de forma voluntária para a produção do código, em 20 de abril de 2020, o governo australiano solicitou à Australian Competition & Consumer Commission que desenvolvesse um código de conduta obrigatório direcionado aos desequilíbrios causados pelo abuso de posição dominante das plataformas digitais, especialmente as plataformas Google e Facebook²⁵², em face dos jornais digitais australiano.²⁵³

Em razão de todo o estudo que já havia sido feito pela ACCC, em 31 de julho de 2020, a autoridade da concorrência australiana divulgou um projeto de código para consulta pública e elaborou uma série de perguntas e respostas sobre o respectivo projeto. Após a consulta pública, a ACCC fez recomendações ao governo australiano com base nas opiniões apresentadas pelas partes interessadas. Diante disso, o governo considerou as recomendações e desenvolveu a sua legislação final.

Transcorrido o lapso temporal, em 25 de fevereiro de 2021 foi aprovada a legislação em ambas as casas legislativas australiana, de modo que em 02 de março de 2021 a legislação entrou em vigor. Este código rege as relações comerciais entre as empresas de notícias australiana e as plataformas digitais. É válido ressaltar que para esta lei não se enquadra qualquer plataforma digital, mas somente aquela que se beneficia com eventual desequilíbrio significativo de poder econômico, como, por exemplo, o Google e o Facebook.²⁵⁴

²⁵² AUSTRALIAN. **Australian Competition & Consumer Commission**. News media bargaining code, 25 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries-finalised/digital-platforms-inquiry-0>>. Acesso em novembro de 2022.

²⁵³ Sobre o tema, o Departamento de Estudos Econômicos apontou que nessa época: “o setor de mídia australiano já se encontrava sob uma pressão significativa, que estava sendo exacerbado por um declínio acentuado na receita de publicidade provocado pelo pandemia de Covid-19; e a opinião da ACCC era a de que era improvável que as plataformas digitais e a indústria de produção de notícias chegassem a um acordo sobre o ponto chave da repartição de receitas”. BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n.º 08027.001456/2021-33. Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica n.º 9/2022/DEE/CADE. Data de emissão: 01/04/2022.

²⁵⁴ Nesse sentido, aponta o Departamento de Estudos Econômicos sobre o tema: “Barganha (negociação) – requer que as plataformas digitais e as companhias de notícias registradas[6] que tenham indicado uma intenção de negociar o façam de boa-fé; Arbitragem compulsória – se as partes não chegarem a um entendimento negocial sobre a remuneração relativa à disponibilização de conteúdo noticioso nas plataformas digitais indicadas, um

Para a ACCC, abordar este desequilíbrio é necessário para apoiar a sustentabilidade do setor de mídia de notícias australiana, que é um serviço essencial para a democracia.

De acordo com a legislação, o Treasury²⁵⁵ pode designar quais plataformas digitais estão sujeitas as obrigações previstas no Código, visto que deve avaliar se existe desequilíbrio significativo de poder econômico entre a plataforma digital e os veículos de imprensa, assim como se a plataforma está fazendo algum trabalho considerável para a indústria de notícias australiana, como, por exemplo, se está havendo remuneração em relação a essas empresas.

A legislação ainda autoriza a negociação coletiva, porém, deve ser preservado o previsto no Competition and Consumer Act 2010 (CCA). Ainda, caso não seja fechado um acordo entre as partes no prazo de três meses, é possível que seja instaurada uma arbitragem compulsória. Na arbitragem compulsória, as partes devem ofertar um valor para a remuneração do conteúdo e os arbitrados escolhidos pelas partes, ou pela Australian Communications and Media Authority (ACMA), quando não chegarem a um acordo, vão escolher o valor final ou até mesmo poderão encontrar um valor mais razoável para a disponibilização de conteúdo.²⁵⁶

Apesar da legislação ainda recente, a ACCC considerou que a existência do código e a ameaça de escolha das plataformas digitais pelo Treasury estariam gerando impactos adequados e da forma como pretendida. Nesse sentido, aponta que após a introdução do código, o Google

painel de arbitragem escolherá entre duas ofertas finais feitas pelas partes envolvidas na negociação; Requisitos gerais – entre outras coisas, a lei requer que as companhias de plataformas digitais forneçam às empresas registradas de produção de notícias, previamente, informações sobre mudanças planejadas num algoritmo ou prática interna que tenha um impacto significativo nos conteúdos de notícias; Requisito de não-diferenciação – as empresas de plataformas digitais não devem diferenciar entre as empresas de notícias participantes do Código, ou entre participantes e não-participantes, ou, mesmo entre empresas não-participantes devido a questões que surjam em relação sua condição de participante ou não do Código. Contratação externa (contracting out) – a lei reconhece que uma empresa de plataforma digital pode chegar a um acordo comercial fora do Código sobre remuneração ou outras matérias. A lei estabelece que as partes que notificarem a ACCC desses acordos não precisarão cumprir os requisitos gerais em regras de negociação e de arbitragem compulsória (conforme estabelecido no acordo); e Ofertas padrão – as empresas de plataformas digitais podem fazer ofertas às empresas de notícias, que tenham como objetivo reduzir o tempo e os custos associados com as negociações, particularmente com as pequenas empresas de notícias. Se as partes notificarem a ACCC sobre um acordo sobre uma oferta padrão, não precisarão cumprir com a etapa de negociação e arbitragem compulsória.” BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n.º 08027.001456/2021-33. Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica n.º 9/2022/DEE/CADE. Data de emissão: 01/04/2022.

²⁵⁵ Para que não haja qualquer equívoco na tradução da figura do "Treasury", segue o conceito posto pelo Governo Australiano: "Treasury is the Government's lead economic adviser. We provide advice to the Government and implement policies and programs to achieve strong and sustainable economic and fiscal outcomes for Australians. We anticipate and analyse policy issues with a whole-of-economy perspective, understand government and stakeholder circumstances, and respond rapidly to changing events and directions". *In*: The Treasury. **Australian Government**. Disponível em: <<https://treasury.gov.au/>>. Acesso em novembro de 2022.

²⁵⁶ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n.º 08027.001456/2021-33. Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica n.º 9/2022/DEE/CADE. Data de emissão: 01/04/2022.

e o Facebook chegaram a acordos comerciais voluntários com um número significativo de veículos de imprensa²⁵⁷.

Separadamente, a ACCC ainda autorizou a Country Press Australia e a Commercial Radio Australia a negociar coletivamente com o Google e o Facebook sobre a remuneração pelo conteúdo de notícias apresentado em suas plataformas, de modo a não violar as leis da concorrência australiana.

Nota-se, contudo, que durante a implementação da lei houve retaliações por parte das *big techs*. Nesse sentido, o Google, de início, informou que a remuneração pela empresa aos jornais digitais poderia prejudicar os usuários quando fizessem sua pesquisa na plataforma. Já o Facebook noticiou que os usuários seriam proibidos de publicar notícias internacionais e nacionais na Austrália, enquanto o Instagram, que também é pertencente ao Facebook, agora Meta, não aceitaria que os jornais publicassem em sua plataforma.²⁵⁸

5.3 Conclusões parciais

Como é possível extrair, na França foi promulgada uma lei que visava estabelecer as condições para negociações equilibradas entre editores, agências de notícias e serviços de comunicação pública a fim de redefinir a forma de remuneração entre as empresas de notícias e o Google. Todavia, como visto, a promulgação da lei não teve êxito de início, tendo em vista que a *big tech* entendeu por não exibir o conteúdo das empresas jornalísticas a menos que fosse gratuitamente, assim como a nova política do Google estabeleceu que poderia ser reutilizado mais conteúdo do que anteriormente.

Com isso, foi instaurado um inquérito administrativo pela autoridade da concorrência francesa que, em síntese, concluiu que o Google impôs condições injustas aos veículos jornalísticos, infringindo normas do Código Comercial Francês e do TFUE. Ainda, a autoridade entendeu que a *big tech* estaria tratando de forma idêntica todos os intervenientes econômicos

²⁵⁷ Nesse sentido, Isabella Miranda e Tatyana Paravela apontam: “Assim, o Google anunciou uma parceria de três anos com um grupo de comunicação australiano. Pelos termos acordados, a plataforma pagará aos veículos participantes pela produção jornalística. Ainda, elaborará uma plataforma de assinatura específica, incentivando o jornalismo de áudio e vídeo pelo YouTube e compartilhando a receita de anúncios por meio dos serviços de tecnologia de anúncios do Google. O Facebook, por sua vez, suspendeu as proibições e concordou em apoiar um grupo de veículos de imprensa local, à critério da plataforma.” *In*: MIRANDA, Isabella Dorigheto; PARAVELA, Tatyana Chiari. *Big techs e impactos democráticos: liberdade de imprensa a partir da interação entre plataformas digitais e os veículos de mídia*. *In*: CARDOSO, Fernando da Silva; MOTTA, Andrea Costa do Amaral; D’ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes (Org.). **Direito e contemporaneidade: estudos, interdisciplinaridade e perspectivas**. 1 ed, vol. 3, p. 17-40, São Paulo: Pimenta Cultural, 2022, P. 33.

²⁵⁸ Facebook anuncia bloqueio para visualização e compartilhamento de notícias na Austrália. **G1**, 17 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://glo.bo/3oKwdMR>>. Acesso em novembro de 2020.

em diferentes situações, utilizando-se de uma prática discriminatória vedada pela legislação francesa e pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Assim, a autoridade concorrencial francesa entendeu que o Google pode ter abusado de sua posição dominante para contornar a Lei n.º 2019-775.

Observa-se que a Lei n.º 2019-775 tem escopo similar ao Projeto de Lei n.º 1.354/2021²⁵⁹ analisado pelo Departamento de Estudos Econômicos nos autos do Processo Administrativo n.º 08027.001456/2021-33²⁶⁰. Nota-se que o DEE entendeu que a remuneração de conteúdo jornalístico seria intervenção excessiva na atividade econômica, de modo que recomendou a reprovação deste Projeto de Lei. Todavia, reconhece o poder de mercado das plataformas digitais e a assimetria informacional existente na relação entre as empresas de jornais e as plataformas digitais.

Embora a Autorité de la Concurrence tenha estabelecido medidas provisórias para que o Google negociasse de boa-fé com os jornais digitais, as medidas não foram efetivas, sendo necessária a imposição de uma multa milionária em face da *big tech*. Nesse cenário, o Google apresentou um conjunto de obrigações à autoridade da concorrência francesa de modo a fixar como se darão as negociações junto aos veículos jornalísticos e a forma de fixação da remuneração.

Para o caso francês, destaca-se o papel do administrador independente que participará das negociações e também irá supervisioná-la, assim como é importante ressaltar que foi posto como medida a possibilidade de instauração de uma arbitragem, caso um acordo não fosse alcançado entre as partes.

Na Austrália, observa-se que a história não foi diferente. De início, após o estudo elaborado pela Australian Competition & Consumer Commission, que resultou no relatório Digital Platforms Inquiry e que concluiu que estaria evidente o poder econômico do Google e do Facebook em face dos veículos de imprensa, a ACCC ficou responsável por criar um código de conduta voluntário. Porém, como não obteve sucesso nas negociações de forma voluntária, de modo que o governo australiano determinou que fosse feito um código de conduta obrigatório de aplicação às plataformas digitais que possuíam posição dominante no mercado de aplicação.

²⁵⁹ BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.354, de 12 de abril de 2021**. Altera o MCI, com a finalidade de criar estímulo à pluralidade e diversidade de notícias, assegurar medidas de proteção ao jornalismo nacional e combate às fake news, para adotar política de tratamento não discriminatório das empresas de mídia de jornais, revistas, rádio e televisão legalmente instituídas bem como para criar mecanismos de equanimidade, pluralidade e diversidade de conteúdo na internet. Brasília, DF, 2021.

²⁶⁰ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n.º 08027.001456/2021-33. Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica n.º 9/2022/DEE/CADE. Data de emissão: 01/04/2022.

Com o código de conduta obrigatório, foi estabelecido o Treasury²⁶¹, que, querendo ou não, é similar ao administrador independente instituído na França para auxiliar nas negociações. Ainda, foi possibilitada a negociação coletiva, desde que não infrinja o Competition and Consumer Act 2010 (CCA) e foi estabelecido que seria possível a instauração de uma arbitragem compulsória entre as partes.

Diante do exposto, nota-se, em primeiro lugar, que ambos os países estão discutindo esse tema junto as suas autoridades da concorrência e concluíram pela existência de abuso de posição dominante pelo Google em face dos veículos jornalísticos digitais no mercado de buscas online verticalmente relacionado ao mercado de notícias.

Além disso, vê-se que, embora de início o caminho para a tentativa de resolução do problema tenha sido de forma distinta, ambos os países, até a elaboração dessa dissertação, chegaram a conclusões semelhantes, ou seja, as autoridades da concorrência entenderam pela necessidade de remuneração pelo Google aos veículos jornalísticos digitais, de modo a estabelecer um administrador independente para tanto e, ainda, previram a possibilidade de instauração de uma arbitragem para que se chegue a um consenso.

De todo modo, não se sabe ainda se a forma de resolução desse conflito terá um fim e, ainda, se será suficiente para equilibrar a concorrência no âmbito do mercado de notícias online. Todavia, a resolução desse tema se releva extremamente complexo, de modo que, ao menos na França e na Austrália, a intermediação da discussão por algum órgão que possui conexões com o poder público se mostrou necessária. Entretanto, nota-se que esse arranjo institucional de simples não tem nada.

Como bem observado, os precedentes postos neste capítulo se revelam como experiências extremamente interessantes a serem analisadas para os próximos passos a serem tomados pelo CADE no Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03.

Por fim, é de se ressaltar também, que tanto na França, como na Austrália, a busca pelo equilíbrio negocial entre os jornais digitais e a *big tech* buscava, além de preservar a concorrência, manter um serviço essencial que é fundamental para a democracia. Sobre esse aspecto em específico, observar-se-á, no próximo capítulo, as discussões sobre o tema.

²⁶¹ Para que não haja qualquer equívoco na tradução da figura do "Treasury", segue o conceito posto pelo Governo Australiano: "Treasury is the Government's lead economic adviser. We provide advice to the Government and implement policies and programs to achieve strong and sustainable economic and fiscal outcomes for Australians. We anticipate and analyse policy issues with a whole-of-economy perspective, understand government and stakeholder circumstances, and respond rapidly to changing events and directions". *In: The Treasury. Australian Government*. Disponível em: <<https://treasury.gov.au/>>. Acesso em novembro de 2022.

6 LIBERDADE DE IMPRENSA: UM DESAFIO AO DIREITO ANTITRUSTE?

6.1 Um olhar para atuação da imprensa no mercado digital

6.1.1 A liberdade da imprensa e a sua importância para o Estado Democrático de Direito

Em 1776 já se dava destaque para a liberdade de imprensa na Declaração dos Direitos da Virgínia, nos termos do quanto previsto no artigo 12²⁶² desta Declaração. Esse artigo aponta que a liberdade de imprensa é um dos mais fortes fundamentos da liberdade do estado e só pode ser restringida por governos despóticos.

Porém, foi com os ideais da revolução francesa que a liberdade de imprensa foi impulsionada, conforme é possível observar do exposto no artigo 11²⁶³ da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão²⁶⁴. Tal artigo apontava a livre comunicação dos pensamentos e das opiniões como um dos mais preciosos direitos do homem. Nesse sentido, denota que todo o cidadão pode falar, escrever e imprimir livremente.

No Brasil, a criação da imprensa ocorreu, oficialmente, com o Decreto de 13 de maio de 1808²⁶⁵. Nessa toada, o desenvolvimento da imprensa se deu de forma mais acelerada, tornando-se imprescindível a sua regulamentação. Salienta-se, de início, que no Brasil a proteção da manifestação do pensamento se manteve atrelada aos textos veiculados pela imprensa.²⁶⁶

²⁶² “Section 12. That the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty, and can never be restrained but by despotic governments”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Virginia Declaration of Rights**. Williamsburg, EUA, 1776. Disponível em: < <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>>. Acesso em novembro de 2022.

²⁶³ “Article 11. La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi.” FRANCE. **Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen**. Versalhes, França, 1789. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em novembro de 2022.

²⁶⁴ HOTOTIAN, Andrea. **Tutela autoral da obra jornalística gráfica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 17.

²⁶⁵ Nesse sentido, vejamos: “Tendo-me constado, que os prêlos que se acham nesta Capital, eram os destinados para a Secretaria de Estado dos Negocios Estrangeiros e da Guerra; e attendendo á necessidade que ha da officina de impressão nestes meus Estados: sou servido, que a casa, onde elles se estabeleceram, sirva interinamente de Impressão Regia, onde so imprimam exclusivamente toda a legislação e papeis diplomaticos, que emanarem de qualquer Repartição do meu real serviço; e se possam imprimir todas, e quaesquer outras obras; ficando interinamente pertencendo o seu governo e administração á mesma Secretaria. D. Rodrigo de Souza Coutinho, do meu Conselho de Estado, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios Estrangeiros e da Guerra, o tenha assim entendido, e procurará dar ao emprego da Officina a maior extensão, e lhe dará todas as Instrucções e Ordens necessárias e participará a este respeito a todas as Estações o que mais convier ao meu real serviço.” BRASIL. **Decreto de 13 de maio de 1808**. Cria a Impressão Regia. Palácio do Rio de Janeiro, 1808.

²⁶⁶ HOTOTIAN, Andrea. **Tutela autoral da obra jornalística gráfica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011, p. 18-19.

Já na Constituição do Império de 1824 se observava a abolição da censura, da liberdade de manifestação e pensamento e do direito de publicação pela imprensa, sendo, no entanto, reprimido eventuais abusos cometidos. A Constituição da República de 1891 e a Lei n.º 496 de 1898 também trataram do tema. Após, com o advento do Código Civil de 1916, iniciou-se o tratamento dos direitos patrimoniais e morais dos autores²⁶⁷ de forma mais exaustiva.²⁶⁸

A Carta de 1934²⁶⁹ conservou os direitos até então postos. Todavia, a Constituição de 1937 instaurou uma censura prévia, de modo que a liberdade de manifestação do pensamento estaria condicionada a uma função pública. Com a Constituição de 1946²⁷⁰, a censura foi afastada. No entanto, com a ditadura militar que perdurou de 1964 a 1985, as manifestações de pensamento sofreram novamente censura.²⁷¹

De qualquer modo, nesse tempo, houve a promulgação da Lei n.º 5.250/1967²⁷² e da Lei n.º 5.988/1973²⁷³, que tratam, respectivamente, sobre a imprensa e sobre os direitos do autor. Ressalta-se que a Lei n.º 5.250/1967 foi objeto de discussão na ADPF n.º 130/DF²⁷⁴. Essa ADPF teve como resultado a não recepção desta lei pela Constituição Federal de 1988.

Embora tenha se tratado de modo sintético sobre o histórico da imprensa no Brasil, destaca-se que esse não é o propósito deste trabalho, visto que a ideia foi apenas introduzir o tema e a sua relevância. Deste modo, centrar-se-á, nos próximos parágrafos, no regramento jurídico atual sobre o tema.

A Constituição Federal de 1988²⁷⁵ anota os direitos fundamentais e, dentre eles, são celebradas diversas liberdades, de modo que são buscadas formas de garanti-las. Tal como prevê Branco, tanto a liberdade, como a igualdade, são peças essenciais para o conceito da dignidade da pessoa humana, em “que o constituinte erigiu à condição de fundamento do Estado Democrático de Direito e vértice do sistema dos direitos fundamentais”.²⁷⁶

²⁶⁷ Nesse sentido, ver artigos 2º, 649 ao 673 do Código Civil de 1916. BRASIL. **Lei n.º 3.701, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1916.

²⁶⁸ HOTOTIAN, op. cit., 2011, p. 25-31.

²⁶⁹ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, RJ, 1934.

²⁷⁰ BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro, RJ, 1946.

²⁷¹ HOTOTIAN, op. cit., 2011, p. 31-43.

²⁷² BRASIL. **Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF, 1967.

²⁷³ BRASIL. **Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973**. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF, 1973.

²⁷⁴ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130 Distrito Federal. Relator: Min. Carlos Britto. Decisão publicada em 30 de abril de 2009.

²⁷⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988

²⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 263.

Nos termos do artigo 5º, incisos IV²⁷⁷, V²⁷⁸, IX²⁷⁹, XII²⁸⁰ e XIV²⁸¹, combinado com os artigos 220²⁸² e 224²⁸³, todos da Constituição Federal de 1988, extrai-se as formas que ensejam a liberdade de comunicação. Dentre as liberdades de comunicação, nota-se a liberdade de informação em geral. Ou seja, vê-se que o constituinte, ao elaborar a Constituição, deu especial relevância ao tema.

Antes de adentrarmos no conceito de liberdade de informação, entende-se pertinente que seja exposto o significado de “informação”. Conforme expõe Silva, “[a] palavra informação designa ‘o conjunto de condições e modalidades de difusão para o público (ou colocada à disposição do público) sob forma apropriadas, de notícias ou elementos de conhecimento, ideias ou opiniões’”.²⁸⁴

Deste modo, a liberdade de informação se configura na liberdade de informar e na liberdade de ser informado. Enquanto a liberdade de informar se constitui na possibilidade de manifestar o pensamento por meio escrito, da palavra ou por qualquer outro meio, a liberdade de ser informado se firma no “interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os

²⁷⁷ “IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

²⁷⁸ “V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

²⁷⁹ “IX - é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

²⁸⁰ “XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal; BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

²⁸¹ “XIV - é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

²⁸² “Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV. § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística. § 3º Compete à lei federal: I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada; II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente. § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso. § 5º Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. § 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

²⁸³ “Art. 224. Para os efeitos do disposto neste capítulo, o Congresso Nacional instituirá, como seu órgão auxiliar, o Conselho de Comunicação Social, na forma da lei.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

²⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 243-246.

indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas”.²⁸⁵

Nesse ínterim é que se funda a liberdade de informação jornalística. É por meio da liberdade de informação jornalística que se realiza o direito coletivo à informação. Ressalta-se que a liberdade de informação jornalística da qual a CF/88 dispõe em seu artigo 220, parágrafo 1º, não se trata apenas de liberdade de imprensa, visto que o termo imprensa está intimamente ligado a publicação de veículo impresso.²⁸⁶ Tanto é verdade que com a revolução digital vista nessas últimas duas décadas, os jornais e revistas estão cada vez mais inseridos no ambiente digital, do qual se observa cada vez menos meios impressos de jornais e revistas²⁸⁷.

Assim, nota-se que os donos das empresas de jornais e os jornalistas possuem um direito fundamental para exercer suas atividades, todavia, ao realizar essa atividade, os donos das empresas e os jornalistas exercem também um dever, ou seja, o direito de informar a coletividade. Deste modo, observa-se que os jornais possuem um valioso instrumento de formação da opinião pública, podendo-se entender que a imprensa exerce uma função social.²⁸⁸ Nesse sentido, Silva aponta que²⁸⁹:

É que ela *constitui uma defesa* contra todo excesso de poder e um forte *controle* sobre a atividade político-administrativa e sobre não poucas manifestações ou abusos de relevante importância para a coletividade. Em segundo lugar, aquela função consiste em assegurar a expansão da liberdade humana.

Além do que dispõe a Constituição Federal de 1988, ressalta-se, ainda, a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, em seu artigo 19²⁹⁰, denota que todos tem direito à liberdade de opinião e expressão, assim como o direito à liberdade de ter opiniões e de buscar, obter e disseminar informações e concepções de forma independente e por qualquer forma.

Dada a proteção jurídica à liberdade de comunicação, que se mostra extremamente relevante para o Estado Democrático de Direito, nota-se três funções políticas do sistema midiático que se associam, principalmente, ao jornalismo, em sociedades democráticas. Das

²⁸⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 243-246.

²⁸⁶ *Ibidem*.

²⁸⁷ Dados sobre o assunto serão expostos na próxima subseção deste capítulo.

²⁸⁸ SILVA, op. cit., 2005, p. 247.

²⁸⁹ *Ibidem*, 247.

²⁹⁰ “Artigo 19 Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; esse direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”. NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Paris, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em novembro de 2022.

três funções, observa-se “a) aparelho de ‘vigilância’ para as liberdades políticas e civis; b) fórum para o debate pluralista; c) agente de mobilização para a participação cívica”.²⁹¹

Nesse sentido, aponta-se o poder de vigilância como àquele que busca vigiar as autoridades e as instituições públicas, de modo que se veja uma atuação responsável. Quanto a segunda função, trata-se da possibilidade de existência de um espaço que possa ocorrer a comunicação por meio do debate que seja mediado entre os cidadãos e o Estado. Por último, a terceira função se destaca como a possibilidade de produzir e gerar saber político e comprometimento cívico.²⁹²

Salienta-se que a mídia, da forma como atua, não existe apenas para satisfazer desejos democráticos, visto que existem diversos distúrbios que a acometem. Todavia, apenas a mídia é capaz de exercer funções que são imprescindíveis para que se alcance, de forma ampla, a deliberação pública²⁹³ em sociedades complexas²⁹⁴. Não por outro motivo, Fonseca²⁹⁵ anota que:

Daí, para muitos, o “quarto poder” representar, de fato, o “primeiro poder”, dada a capacidade de influenciar a agenda política simultaneamente à atuação vigorosa enquanto empresas (conglomerados) capitalistas, cuja notícia é uma mercadoria, cada vez mais associada ao entretenimento. A “mercadoria notícia” difere das outras mercadorias, tendo em vista as consequências que pode acarretar aos grupos sociais, como vimos, tema que paradoxalmente é pouco desenvolvido pelas teorias políticas sobre a democracia, que, contudo, têm no tema do acesso à informação um pressuposto crucial.

(...)

A responsabilidade dos meios de comunicação perante a construção permanente da democracia é por demais grandiosa para que interesses empresariais, privatistas e sem qualquer responsabilização e controles democráticos possa levá-la a cabo (Veloso, 2008). Daí se abre um manancial de possibilidades de democratização da mídia, o que implicará a democratização da sociedade. Afinal, a práxis da mídia requer que sobre ela se interponham controles sociais democráticos!

²⁹¹ MAIA, Rousiley C. M. Mídia e deliberação pública: mediações possíveis. In: **Anais do 11º Encontro Anual da COMPÓS**, 2002, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://proceedings.science/compos/compos-2002/papers/midia-e-deliberacao-publica--mediacoes-possiveis?lang=pt-br>>. Acesso em: novembro 2022, p. 4.

²⁹² MAIA, op. cit., 2002, p. 4-5.

²⁹³ Sobre deliberação pública, Rousiley C. M. Mais disserta: “O espaço de visibilidade midiática promove uma complexa relação entre os atores das instâncias formais do sistema político e aqueles da sociedade civil, bem como entre a política e a cultura. Existem diversas definições sobre democracia deliberativa. Para nossos propósitos, podemos entendê-la como: um modelo para a organização do coletivo e do exercício público do poder nas principais instituições de uma sociedade, baseado no princípio de que as decisões afetando o bem-estar de uma coletividade devem ser o resultado de um procedimento de deliberação livre e razoável entre cidadãos considerados iguais moral e politicamente (Benhabib, 1996:69)”. MAIA, Rousiley C. M. Mídia e deliberação pública: mediações possíveis. In: **Anais do 11º Encontro Anual da COMPÓS**, 2002, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://proceedings.science/compos/compos-2002/papers/midia-e-deliberacao-publica--mediacoes-possiveis?lang=pt-br>>. Acesso em: novembro 2022, p. 1.

²⁹⁴ MAIA, op. cit., 2002, p. 5.

²⁹⁵ FONSECA, Francisco. Mídia, poder e democracia: teoria e práxis dos meios de comunicação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 6, p. 41-69, julho-dezembro, 2011, p. 66-67.

Diante do exposto, conclui-se que a atuação da mídia, embora não seja da forma como se espera, isto é, conforme o que é disposto na Constituição Federal de 1988, nota-se que ela é um dos instrumentos necessários para que se firme pilares sólidos para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Entretanto, com o desenvolvimento da *internet*, o cenário para a imprensa tem mudado, podendo ensejar mais disfunções para os veículos de imprensa, ou até mesmo para a democracia, conforme veremos na próxima seção.

6.1.2 A imprensa e o mercado digital

Como visto, a imprensa é essencial para o Estado Democrático de Direito. Todavia, com a digitalização da economia, a forma de veiculação de notícias já não é mais a mesma. Por esse motivo, jornais e revistas estão fazendo a transição dos seus meios tradicionais, que antes eram majoritariamente impressos, para os digitais, de forma a tentar garantir a sua remuneração.

A forma de remuneração dos veículos de imprensa tradicionais, era, predominantemente, por meio de anúncios nos classificados e assinaturas feitas pelos consumidores. Após a ascensão das plataformas digitais, tais como Google e Facebook, que surgiram como organizadores e agrupadores de informações originais, um número crescente de usuários, especialmente os mais jovens, obtém a maior parte de suas notícias diretamente dos *feeds* da mídia social.²⁹⁶

Com isso ocorreu uma desintermediação entre leitores e produtores de notícias originais e essa desintermediação desestabilizou a forma como as notícias eram produzidas, organizadas e consumidas. Por consequência, os jornais, que tinham como principal fonte de receita os anúncios classificados e as assinaturas de jornais impressos, observaram uma redução na demanda, que se acelera ao longo dos anos, devido a disponibilidade e consumo de notícias online.²⁹⁷

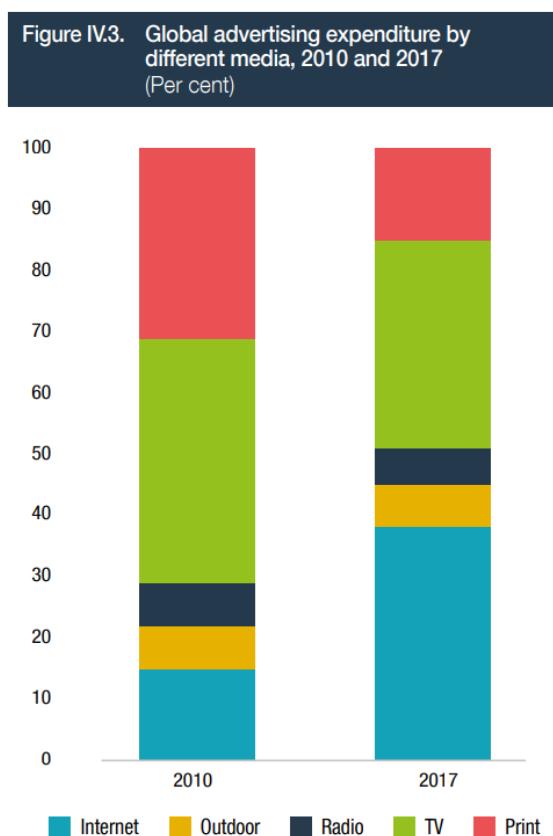
No âmbito da internet, a forma de ser remunerado se dá por meio, predominantemente, do financiamento de publicidade em seus portais online. A publicidade na internet é responsável por uma parcela crescente de receitas publicitárias globais. Aponta a UNTCAD que ela subiu de quinze por cento em 2010, para trinta e oito por cento em 2017, atingindo cerca de duzentos

²⁹⁶ ROLNIK, Guy et al. **Protecting Journalism is the age of digital platforms**. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Chicago: University of Chicago 2019, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~ap3116/papers/MediaReportFinal.pdf>>. Acesso em novembro de 2022.

²⁹⁷ ROLNIK, Guy et al, op. cit., 2019, p. 5-6.

bilhões de dólares. Ainda, a publicidade online ultrapassou a televisão, que era o maior meio de publicidade. E essa tendência parece que irá ainda expandir mais²⁹⁸.

Figura 2 - Despesas globais com publicidade por diferentes mídias, 2010 e 2017



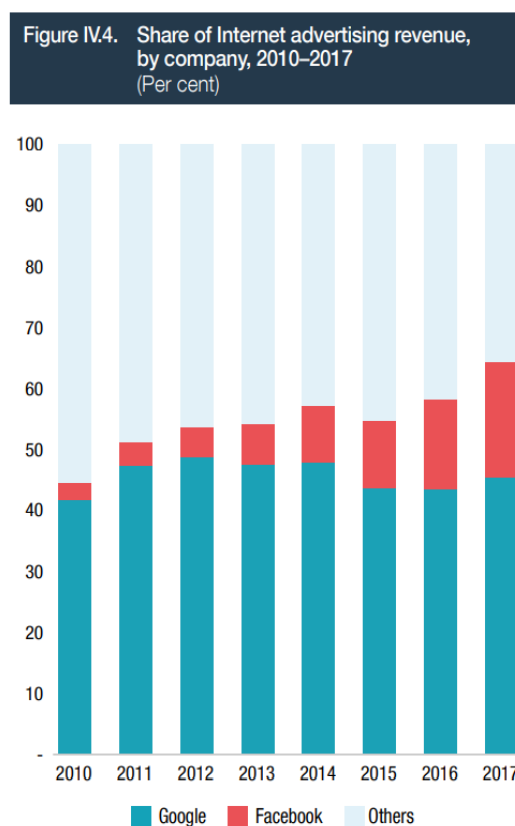
Fonte: UNCTAD²⁹⁹

Todavia, os gastos com publicidade digital também se tornaram mais concentrados. Nesse sentido, denota-se que o Google e o Facebook, juntos, ganharam em torno de cento e trinta e cinco bilhões em receita de publicidade pela *internet* somente em 2017. Apenas nos Estados Unidos, essas duas empresas representam sessenta e um por cento de todas as receitas de publicidade³⁰⁰.

²⁹⁸ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Digital economy report 2019 – Value creation and capture: implications for developing countries**. United Nations Publications: New York, 2019, p. 93.

²⁹⁹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Digital economy report 2019 – Value creation and capture: implications for developing countries**. United Nations Publications: New York, 2019, p. 93.

³⁰⁰ Ibidem.

Figura 3 - Participação na receita de publicidade na *internet*, por empresa, 2010–2017

Fonte: UNCTAD³⁰¹

Nesse sentido, a UNCTAD afirma que ao capturar parcelas cada vez maiores do mercado publicitário online, as grandes plataformas digitais assumem posições do recebimento dessa publicidade e afastam uma importante fonte de receita de empresas como as que veiculam notícias. Para comprovar sua alegação, a UNCTAD denota que nos Estados Unidos, por exemplo, o valor gasto em publicidade em jornais caiu de sessenta e cinco bilhões e oitocentos milhões de dólares em 2000, para vinte e três bilhões e seiscentos milhões em 2014. Prevê-se, ainda, que encolha, para o ano de 2023, para apenas 4 bilhões.

A UNCTAD também anota que potenciais concorrentes são excluídos desse modelo de negócio, e, ainda sugere que esses modelos baseados em pagamentos para sua utilização possam ser a única opção sustentável para negócios que necessitam de plataformas digitais. Por fim,

³⁰¹ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Digital economy report 2019 – Value creation and capture: implications for developing countries**. United Nations Publications: New York, 2019, p. 94.

afirma que o crescimento das *big techs* em países em desenvolvimento é muito maior, e que a publicidade nesses países vale muito menos que nos países desenvolvidos³⁰².

Especificamente no Brasil, pesquisas demonstram que sessenta e quatro por cento dos brasileiros recebem notícias por meio das redes sociais toda semana usando diversas redes sociais. O Facebook vem perdendo terreno e foi ultrapassado pelo Youtube como a rede social mais popular para o consumo de notícias. Também houve um forte aumento no uso do Instagram, trinta e cinco por cento, e do TikTok, para doze por cento, para o consumo de notícias, enquanto aplicativos de mensagens, tais como Whatsapp e Telegram, também são muito usados para o consumo de notícias, sendo quarenta e um por cento e nove por cento, respectivamente.³⁰³

A televisão ainda continua dominante em termos de gastos com publicidade no Brasil, mas vem perdendo espaço para o ambiente digital. Nesse sentido, aponta-se que a televisão aberta teve uma diminuição de, aproximadamente, cinquenta e dois por cento em 2020, para, aproximadamente, quarenta e cinco por cento em 2021 em publicidade. Em comparação, a parcela de publicidade gasta com revistas caiu um terço. Ainda, somente dezoito por cento da população paga por notícias online e quarenta e seis por cento compartilha notícias por meio de mídias sociais e e-mails.³⁰⁴

Diante desses dados, observa-se que as plataformas digitais, principalmente as grandes plataformas, têm influenciado no modelo de negócios de produção, distribuição e consumo de notícias.

Nesse sentido, destaca-se o estudo da Stigler Center for the Study of the Economy and the State que aponta que a indústria da mídia tem enfrentado três formas de disrupção: disrupção publicitária, na qual a produção do jornalismo investigativo se tornou difícil porque as receitas publicitárias diminuíram com a ascensão de gigantes da tecnologia e as empresas de mídia de notícias passaram a não ter dinheiro para produzir conteúdo original; houve a interrupção da atomização, no qual os jornais perderam o poder de agrupar as notícias e as notícias passaram a não ser mais escolhidas por editores de notícias profissionais. Em contrapartida, as notícias são agrupadas pelos algoritmos das *big techs*, que se tornaram gatekeepers informacionais e que tem como objetivo apenas maximizar o engajamento; por fim, o estudo aponta que houve

³⁰² UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Digital economy report 2019 – Value creation and capture: implications for developing countries**. United Nations Publications: New York, 2019, p. 94.

³⁰³ CARRO, Rodrigo. Brazil. In: Newman, Nic et al. **Reuters institute digital news report 2022**, p. 115-116. United Kingdom: University of Oxford, 2022. Disponível em: < <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/digital-news-report/2022>>. Acesso em novembro de 2022.

³⁰⁴ Ibidem, p. 115-116.

a interrupção da responsabilidade, isso porque, embora no modelo tradicional os editores sejam responsáveis pelas notícias que publicam para consumo, no modelo digital os algoritmos filtram e selecionam o conteúdo, de modo que não o produzem ou mesmo pagam pelas eventuais externalidades negativas que causam.³⁰⁵

Como resposta do mercado a essa disrupção, o estudo aponta que houve um aumento no número de empresas de notícias financiadas por meio de filantropia e o modelo de negócio passou a se pautar, predominantemente, por assinaturas. Porém, o estudo denota que o jornalismo filantrópico pode apresentar os mesmos problemas que o controle corporativo da mídia, enquanto o modelo de assinaturas, embora seja um dos maiores focos de esperança para o jornalismo, acaba privilegiando os grandes meios de comunicação que já são estabelecidos no mercado, que veiculam notícias nacionais e globais, em prejuízos ao jornalismo local.³⁰⁶

Sobre esse último aspecto, nota-se a discussão sobre a possível redução do consumo das notícias locais pelas notícias nacionais, o que ensejaria uma redução no grau de competição nos mercados locais de notícias, tanto em termos de leitores, como em publicidade. Isso contrastaria com a promessa das plataformas digitais, que tem o potencial de reduzir as barreiras à entrada e facilitar o compartilhamento de informações. Esse declínio no jornalismo local pode ocasionar consequências no âmbito da política e economia.³⁰⁷

No que se refere a como alguns grandes jornais enxergaram a situação, nota-se que já existem alguns pronunciamentos sobre o tema pelo mundo. Nesse sentido, observa-se que o *The Economist*, em outubro de 2020, destacou que os jornais já vêm se adaptando a situação por meio do sistema de assinaturas. Embora saliente que permanece sem resposta a situação de como será a remuneração do jornalismo de interesse público, denota que não deveria ser o Google e o Facebook os responsáveis por essa incumbência, pois isso poderia minar os princípios de uma imprensa independente. Ainda conota que a sobrevivência dos jornais não deve ser por meio da regulamentação, sob pena de serem resgatados os “barões da imprensa”.³⁰⁸

³⁰⁵ ROLNIK, Guy et al. **Protecting Journalism is the age of digital platforms**. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Chicago: University of Chicago 2019, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~ap3116/papers/MediaReportFinal.pdf>>. Acesso em novembro de 2022.

³⁰⁵ ROLNIK, Guy et al, op. cit., 2019, p. 25

³⁰⁶ Ibidem, p. 31-32.

³⁰⁷ Ibidem, p. 8.

³⁰⁸ SHOULD BIG TECH SAVE NEWSPAPERS? No. They need to save themselves. **The Economist**, 17 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.economist.com/business/2020/10/17/should-big-tech-save-newspapers>>. Acesso em novembro de 2022.

Em sentido contrário, observa-se artigo de opinião do New York Times³⁰⁹ e do The Guardian³¹⁰, que apontam que o jornalismo vem enfrentando uma crise mundial, visto que as empresas de tecnologia estão destruindo a democracia e a liberdade de imprensa. Para esses jornais, a receita de anúncios que costumam apoiar o jornalismo agora é capturada pelo Google e pelo Facebook, e parte desse dinheiro apoia e espalha notícias falsas.

No Brasil, por meio de artigo de opinião publicado no jornal Estadão, tratou-se sobre o processo discutido no capítulo 4 deste trabalho. Nesse artigo, defende-se que as empresas jornalísticas sejam pagas por seus conteúdos disponibilizados, apontando ser uma questão de “justiça”. Não obstante, o artigo ainda denota que se trata também de uma questão de interesse público, conotando que o “jornalismo profissional é o melhor antídoto contra as epidemias de desinformação que infectam as redes digitais, ameaçando a ordem democrática”.³¹¹

Ainda no Brasil, salienta-se o caso da Folha de São Paulo, veículo de notícias amplamente conhecido no país, que em 2018 deixou de publicar seu conteúdo no Facebook. A Folha argumentou que deixou de publicar suas notícias no Facebook porque o algoritmo da mídia social passou a dar mais valor aos conteúdos de interesse pessoal, em prejuízo aos conteúdos produzidos profissionalmente por empresas, tais como o jornalismo profissional. Para a Folha de São Paulo, a forma como o Facebook passou a trabalhar favorece as bolhas de opiniões e a disseminação de *fake news*³¹².

Sobre as *fakes news*, destaca-se a análise feita pelo Departamento de Estudos Econômicos do Projeto de Lei n.º 1.354, de 12 de abril de 2021 que visa alterar o Marco Civil da Internet que busca, primordialmente, “criar estímulo à pluralidade e diversidade de notícias, assegurar medidas de proteção ao jornalismo nacional e combate às fake news”³¹³. Rememore-se que nos capítulos 4 e 5 foi trazida à baila a discussão sobre o tema.

³⁰⁹ STOLLER, Matt. Tech Companies Are Destroying Democracy and the Free Press. **The New York Times**, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/10/17/opinion/tech-monopoly-democracy-journalism.html?>>. Acesso em novembro de 2022.

³¹⁰ SIMONS, Margaret. Journalism faces a crisis worldwide – we might be entering a new dark age. **The Guardian**, 15 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/media/2017/apr/15/journalism-faces-a-crisis-worldwide-we-might-be-entering-a-new-dark-age>>. Acesso em novembro de 2022.

³¹¹ O GOOGLE E O CADE: Mídia profissional requer remuneração pelo conteúdo veiculado nas plataformas digitais. **Estadão**, 07 de março de 2021. Disponível em: <<https://opinioao.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,o-google-no-cade,70003638956>>. Acesso em novembro de 2022.

³¹² FOLHA DEIXA DE PUBLICAR CONTEÚDO NO FACEBOOK. **Folha de São Paulo**, 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://bit.ly/3uhgZ31>>. Acesso em maio de 2021.

³¹³ BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.354, de 12 de abril de 2021**. Altera o MCI, com a finalidade de criar estímulo à pluralidade e diversidade de notícias, assegurar medidas de proteção ao jornalismo nacional e combate às fake news, para adotar política de tratamento não discriminatório das empresas de mídia de jornais, revistas, rádio e televisão legalmente instituídas bem como para criar mecanismos de equanimidade, pluralidade e diversidade de conteúdo na internet. Brasília, DF, 2021.

Tramita também no Congresso Nacional o Projeto de Lei n.º 2.630/2020 que busca instituir uma lei de liberdade, responsabilidade e transparência na internet, isto é, nos termos da ementa, a ideia desta lei seria para criar medidas de combate à disseminação das *fakes news*³¹⁴. Sobre esse Projeto de Lei em específico, o Google divulgou uma carta aberta, assinada por seu presidente, em que afirma que esse PL não combate a desinformação, assim como aponta que pode gerar menos acesso à informação relevante e pode prejudicar os negócios que dependam de publicidade digital³¹⁵.

A própria Câmara dos Deputados brasileira aponta que o combate as *fakes news* já é tema de cinquenta propostas, sendo que existe hoje a Lei n.º 13.834/2019³¹⁶ que pode punir de dois a oito anos quem divulgar notícias falsas com finalidade eleitoral³¹⁷. Denota-se, portanto que o tema já é de debate recorrente no Brasil.

Ainda sobre as *fakes news*, Domingues e Silva, ao tratarem do tema, apontam que o poder econômico é uma das formas mais eficazes “de controle da sociedade e também dos consumidores”, de forma que³¹⁸:

Ainda que imperceptível para muitos, vislumbra-se um efeito dominó: i. o processo de concentração econômica pode originar posição dominante nos mercados; ii. os agentes econômicos com poder econômico (decorrente de posição dominante nos mercados) têm o potencial de influenciar o Estado por meio de seus atos administrativos, políticos e instrumentos de regulação, ii. a capacidade de influência tem o potencial de afetar as liberdades individuais.

As *fakes news*, em geral, são assuntos recorrentes em eleições. No Brasil, estima-se que as notícias falsas interfiram nas eleições desde 2014³¹⁹. Por esse motivo, em 2022 o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) brasileiro assinou com o Supremo Tribunal Federal (STF) um acordo para tentar combater as *fakes news* sobre o judiciário, assim como foram firmadas parcerias para o Programa de Combate à Desinformação (PCD), elaborado pelo STF, que envolveu trinta

³¹⁴ BRASIL. **Projeto de Lei n.º 2.630, de 03 de julho de 2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF, 2020.

³¹⁵ FLESCHE, José Norberto. Google diz que PL 2630 não combate desinformação. **Portal de telecomunicação, internet e TICs**, 11 de março de 2022. Disponível em: <<https://www.telesintese.com.br/google-diz-que-pl-2630-nao-combate-desinformacao/>>. Acesso em novembro de 2022.

³¹⁶ BRASIL. **Lei n.º 13.834, de 04 de junho de 2019**. Altera a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Brasília, DF, 2019.

³¹⁷ BRASIL. Combate a fake news é tema de 50 propostas na Câmara dos Deputados. **Agência Câmara de Notícias**, 1º de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/666062-combate-a-fake-news-e-tema-de-50-propostas-na-camara-dos-deputados>>. Acesso em novembro de 2022.

³¹⁸ DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Fake News: Um desafio ao Antitruste? *In*: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Org.). **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, p. 145-168, 2019, p. 151.

³¹⁹ RUEDIGER, Marco. **Robôs, redes sociais e política no Brasil: interferência de perfis automatizados e atores políticos no debate eleitoral brasileiro**. Policy Paper 2. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2018.

e cinco instituições, dentre elas, universidades públicas, entidades de classe e empresas de tecnologia³²⁰.

Portanto, nota-se que medidas institucionais já estão sendo tomadas em relação as *fakes news*, conforme acima anotado. Porém, diante da abundância de informações que circulam nas redes sociais, questiona-se como a rede social será capaz de identificar o que de fato é verdadeiro ou mentiroso, tornando-se a própria rede social o seu próprio auditor de questões, a exemplo das eleições, que são de interesse público³²¹.

De todo modo, é bom lembrar que as *fakes news* são apenas um dos espectros que envolvem a imprensa e as plataformas digitais, visto que a relação entre ambas tem ganhado discussões mais amplas nos últimos anos, conforme foi possível observar nos casos expostos neste trabalho (capítulo 4 e 5) e nesta seção.

Ainda dentro desses espectros, destaca-se a apropriação de conteúdo de terceiro, prática feita predominantemente pelo Google e que pode atingir a imprensa digital, conforme discutido neste trabalho. Nesse ínterim, a contextualização deste tema, dentro de toda a conjuntura que envolve a imprensa e as plataformas digitais, faz-se importante.

Cabe ressaltar ainda que o mercado digital muda de forma muito voraz, deste modo, nota-se que o reinado de empresas como o Facebook pode estar chegando ao fim, e isso ocorre porque novas empresas de tecnologia têm surgido e têm ganhado cada vez mais espaço. Nesse sentido, no que se refere a leitura de notícias, uma pesquisa mais recente demonstrou que uma parcela de adultos dos EUA, que diz receber regularmente notícias pelo aplicativo Tiktok, triplicou, de 3% em 2020, para 10% em 2022. Em contrapartida, observa-se que nas outras plataformas de mídia social, o consumo de notícias diminuiu ou permaneceu o mesmo nos últimos anos.³²²

Do conjunto exposto até então, conclui-se que esse fato só demonstra que a inserção da imprensa no mercado digital é inegável, entretanto, isso não quer dizer que apenas o Google e

³²⁰ BRASIL. TSE assina com o Supremo acordo para combater as fake news sobre o Judiciário. **Tribunal Superior Eleitoral**, 18 de maio de 2022, atualizado em 11 de agosto de 2022. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Maio/tse-assina-com-o-supremo-acordo-para-combater-as-fake-news-sobre-o-judiciario>>. Acesso em novembro de 2022.

³²¹ ROMANINI, Anderson Vinícius; MIELLI, Renata. A comunicação dominada pelas “big techs” digitais: superabundância informativa, espetáculo, alienação e fabricação de sentido no mundo algorítmico. **Revista Eptic**, vol. 23. n. 1. Jan/Abr, 2021.

³²² MATSA, Katerina Eva. More Americans are getting news on TikTok, bucking the trend on other social media sites, 21 de outubro de 2022. **Pew Research Center**. Disponível em: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/10/21/more-americans-are-getting-news-on-tiktok-bucking-the-trend-on-other-social-media-sites/>>. Acesso em outubro de 2022. Ainda, aponta-se: “Adults under 30 are the most likely group to say they regularly get news on TikTok. About a quarter of Americans in this age group (26%) say they regularly get news there, higher than in 2021 and 2020. This compares with 10% of those ages 30 to 49, 4% of those 50 to 64 and just 1% of those 65 and older.” MATSA, op. cit., 2022.

o Facebook estarão envolvidos nessas discussões, embora os dados até então sejam predominantemente dessas empresas. Nesse sentido, destaca-se a plataforma chinesa Tiktok que tem ganhado grandes proporções nos últimos anos, inclusive no âmbito das notícias, enquanto o Facebook tem perdido cada vez mais espaço no mercado digital³²³.

Diante dos argumentos expostos, o estudo da Stigler Center for the Study of the Economy and the State sugere que seja exigido que as plataformas digitais adotem, de forma voluntária, um código de conduta no qual declaram as bases de seu relacionamento com os editores. Além dos termos econômicos, ou seja, sobre a forma de remuneração, o estudo entende que deva constar ainda quais os dados dos usuários inseridos nas plataformas digitais serão compartilhados com os editores e como as plataformas estão distribuindo o jornalismo, se é de modo significativo e relevante, não apenas por engajamento. Tal sugestão vai de encontro ao proposto e o que está sendo feito pelo governo e pela autoridade da concorrência australiana.

Consoante foi possível observar, a imprensa é essencial para uma boa estruturação do Estado Democrático de Direito. Com o desenvolvimento da *internet* e das grandes plataformas digitais, o modelo de negócio da imprensa foi alterado de forma substancial e isso pode ser visto por meio dos dados acima expostos. Assim, sendo a imprensa essencial para sustentação da democracia, faz-se necessário um olhar mais atento para a situação brasileira. Um jornalismo independente de quaisquer amarras e pautado no interesse público é medida que se impõe para a manutenção do Estado Democrático de Direito. Todavia, a questão a que se remete agora é se essa discussão é também um desafio ao Direito Antitruste brasileiro.

6.2 Revendo os objetivos do antitruste³²⁴: a necessária aproximação entre o Direito Antitruste brasileiro e o Direito Constitucional

Como visto no capítulo 2, a Escola de Chicago, ou como também é conhecida, a Escola Neoclássica de Chicago, defende que se tenha o mínimo possível de regulação da economia pelo Estado. Com efeito, a Escola de Chicago prima pela análise econômica, buscando a

³²³ Facebook perde 2 milhões de usuários mensais, e Meta tem 1ª queda no faturamento: Rede social registrou queda de 11 milhões de usuários na Europa, mas resultado foi amenizado por conta de crescimentos em outras regiões, 27 de julho de 2022. **Revista G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/07/27/facebook-perde-2-milhoes-de-usuarios-mensais-e-tem-1a-queda-no-faturamento.ghtml>>. Acesso em outubro de 2022.

³²⁴ Este subtítulo faz uma alusão ao texto de Maurice E. Stucke: STUCKE, Maurice E. **Reconsidering antitrust's goals**. Boston College Law Review, v. 53, p. 551-629, 2012.

eficiência alocativa do mercado, que traria, sem exceção, benefícios aos consumidores³²⁵. Nesse sentido, Bork defende que o único objetivo da Lei Antitruste americana seria a maximização do bem-estar do consumidor³²⁶.

Dessa forma, denota-se que o modelo chicaguiano entende que para ter certeza e segurança é necessário o distanciamento de tudo que não conduz à eficiência alocativa e do que pode comprometer a previsibilidade do sistema.³²⁷ Nesse sentido, destaca-se que mesmo após a crise financeira de 2008 que atingiu drasticamente a economia mundial³²⁸, a supremacia da Escola de Chicago imperou.

Entretanto, como vimos no decorrer desse trabalho, com a ascensão das *big techs*, sobrevivendo preocupações e escândalos na última década, nota-se que os “novos paradigmas colocam dúvidas sobre os padrões tradicionais de análise”³²⁹.

Nesse ínterim, observa-se o movimento *hipster* antitruste³³⁰ ou neo-brandeisiano, que rememora Louis Brandeis, advogado e jurista norte-americano que atuou contra os grandes

³²⁵ Ainda para Forgioni: “A Escola de Chicago traz para o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores. Esse fato é verdadeiro, esteja o agente econômico em posição monopolista ou sujeito à competição. Os principais institutos antitruste passam a ser pensados em termos de ‘eficiência alocativa’: sob esse prisma, as concentrações (e o poder econômico que delas deriva) não são vistas como mal a ser evitado, os acordos verticais passam a ser explicados em termos de economia de custo de transação, eficiências e ganhos para os consumidores”. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 169-171.

³²⁶ “This chapter and the next advance a pair of related propositions: (1) The only legitimate goal of American antitrust law is the maximization of consumer welfare; therefore, 2) “competition”, for purposes of antitrust analysis, must be understood as a term of art signifying any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by judicial decree”. BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. New York: Basic Books, 1978, p. 51.

³²⁷ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 172-173. Ainda sobre o assunto: “Posner afirma que esta análise econômica do direito é, de certa forma, o resgate da doutrina de Kelsen, para quem o problema da “indeterminação” do direito coloca-se sempre como um defeito por conta de uma linguagem que não é suficientemente clara, deixando espaços para vários significados. Posner entende que, sendo impossível determinar a solução “mais justa” em cada caso concreto, é social e democraticamente preferível que a alocação de recursos entre os indivíduos seja realizada pelo mercado, e não pelo direito, ou seja, venha determinada pelo resultado da somatória das vontades individuais. Assim, a tomada de decisões na sociedade deve ser feita de acordo com o critério econômico da eficiência alocativa, que reverterá sempre em prol do bem-estar do consumidor”. FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 173.

³²⁸ Paula Forgioni aponta que com a crise mundial de 2008 diversos nomes que defendiam fervorosamente as ideias postas pela Escola de Chicago, tais como Alan Greenspan e Richard Posner, desprezaram algumas das premissas mais fortes da supracitada Escola. Para ver mais: FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 176-178.

³²⁹ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019, p. 233.

³³⁰ Conforme aponta Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt, o termo *hipster* antitrust foi atribuído por um advogado chamado Konstantin Medvedovsky que relacionou as elevadas multas tomadas pelas empresas de tecnologia em razão de condutas unilaterais anticompetitivas que foram impostas pela Comissão Europeia em razão das preocupações observadas nos EUA nos anos de 1960, que anotava que ter o porte necessariamente grande de empresa representaria ser ruim, concluindo que “Hipster expressa, assim, um movimento de retorno, vintage”.

trustes, em especial a empresa de J. P. Morgan, no início do século XX. Encabeçado atualmente por Lina Khan³³¹, Tim Wu e Luigi Zingales, entre outros, o movimento neo-brandeiano considera outros parâmetros do que apenas a eficiência alocativa e o bem-estar no consumidor, apontando que deveria ser levado em conta também efeitos sócio-políticos. Há que se ressaltar que problemas como o tamanho das empresas e o nível de concentração de poder também são levados em conta³³².

Em contrapartida, Hovenkamp, Orbach, Rebling, Whrigh e Ginsburg ainda sustentam as premissas da Escola de Chicago, de modo que a análise deve ser baseada em “critérios mensuráveis e objetivos”. No mais, entendem que o tamanho da empresa não deve ser considerado³³³.

No Brasil, de modo tímido, já na Constituição de 1934³³⁴, era possível observar a relação entre democracia e o Direito da Concorrência³³⁵. Contudo, foi apenas com a Constituição de 1988³³⁶, que é também chamada de “Constituição Cidadã”³³⁷, que foi possível observar uma aproximação maior entre a Constituição e o Direito Concorrencial.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Hipster Antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na Era da Informação: o que deve ser alterado, destarte, é a metodologia de análise, não os objetivos do antitruste, 28 de dezembro de 2018. **Revista Jota**. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018>>. Acesso em outubro de 2022.

³³¹ Lina Khan é autora do texto Amazon’s Antitrust Paradox, que fora publicado em 2017, e foi e ainda é objeto de discussão nos campos especializados. O texto, em síntese, busca demonstrar que a atual estrutura antitruste não está preparada para tratar do poder de mercado na economia moderna e que não seria possível reconhecer os danos potenciais à concorrência causados pelo domínio da Amazon se medirmos a concorrência principalmente por meio de preço e produção. KHAN, Lina. Amazon’s Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, vol. 126, n. 3, p. 564-907, jan. 2017. Disponível em: <<https://srn.com/abstract=2911742>>. Acesso em julho de 2020.

³³² Sobre o movimento “neobrandeiano” e/ou “hipster antitrust” dissertam os professores Eduardo Gaban e Juliana Domingues: “Wu entende que o *consumer welfare* approach cria limitações para a aplicação da legislação antitruste norte-americana. Obviamente o autor não nega que o parâmetro de bem-estar do consumidor auxiliou o processo decisório, entretanto, coloca em dúvida a certeza e o suposto rigor científico atribuído a esse critério. (...) Esse movimento não apenas endereça dúvidas, mas também levanta uma miríade de efeitos sócio-políticos que, ao menos em tese, poderiam ser mitigados por uma aplicação mais refinada do direito antitruste: i) o aumento da desigualdade social, ii) questões atinentes aos salários e a mobilidade dos funcionários e iii) concentração do poder político. Trata-se de vertentes distintas que não estariam distantes dos fundamentos do antitruste, conforme alegam os protagonistas do movimento hipster antitruste DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019, p. 234-235.

³³³ *Ibidem*, p. 237.

³³⁴ BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, RJ, 1934.

³³⁵ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

³³⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

³³⁷ Conforme denota José Afonso da Silva “[é] a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente da Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”. SILVA, op. cit., agosto de 2005, p. 90.

Essa interpretação se dá a partir do exposto no artigo 170 da Constituição Federal de 1988³³⁸. Por meio deste artigo, vislumbra-se que a ordem econômica, que é fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, nos termos da justiça social, assim como devem ser observados os princípios que são elencados em seus incisos. Dentre os princípios expostos, para a discussão em epígrafe, nota-se como relevante citar o princípio da livre concorrência e o princípio da defesa do consumidor, respectivamente dispostos nos incisos IV e V. Mesmo que se queira dar destaque para os incisos citados, não se quer com isso retirar a importância dos demais, até porque, tais princípios devem coexistir no sistema lógico-normativo.

Inclusive, o artigo 1º da CF/88³³⁹ anota que o Estado Democrático de Direito tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana, estando o artigo 170 em consonância o que dispõe o primeiro artigo da Constituição Federal de 1988.

Se isso já não bastasse, o artigo 173, em seu parágrafo 4º³⁴⁰, também da CF, assinala o caráter constitucional dado ao tema, visto que denota que “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

Conforme anteriormente exposto no capítulo 2, ambos os artigos primeiros da Lei n.º 8.884/94³⁴¹ e da Lei n.º 12.529/2011³⁴² apontam, em seu capítulo I, que trata “da finalidade” da

³³⁸ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte. IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

³³⁹ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

³⁴⁰ “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. (...) § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

³⁴¹ BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF, 1994.

³⁴² BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei nº 8.137,

lei, que “a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

Nesse interim, rememora-se a discussão sobre a unicidade do Direito. Sob o aspecto da dogmática, observa-se que o Direito é um só e, mesmo que não seja um conjunto rigorosamente lógico, deve ter coerência e coesão³⁴³. Ainda, nas palavras de Eros Roberto Grau, o Direito não pode ser interpretado por tiras³⁴⁴. Diante disso, a partir de uma leitura fria do artigo 1º das Leis 8.884/94 e Lei n.º 12.529/2011, nota-se que legislador buscou dar coerência e coesão ao sistema jurídico brasileiro.

Apesar dos preceitos postos nos artigos 170, *caput* e incisos, e 173, § 4º, ambos da CF/88, assim como o previsto no artigo 1º da Lei 8.884/94, criando-se, com isso, a possibilidade de aproximação real entre a Constituição e o Direito Concorrencial, alguns autores defendem que essa conjectura não ocorreu efetivamente na vigência da Lei n.º 8.884/1994.

Nesse sentido, destaca-se a posição sustentada por Schuartz, ex-conselheiro do CADE e professor, em seu texto que trata do fenômeno da “desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência”. Para o autor, muito embora existam conexões semânticas óbvias entre “as ‘partes’ constitucional e infraconstitucional da afirmação da defesa da concorrência”, e a semelhança estrutural da Constituição de 1988 e da Lei 8.884/94 entre os artigos 170 e 173, §4º da CF, e artigos 1º e 20 da Lei 8.884/94, “os processos de decisão das autoridades responsáveis pela implementação da Lei Antitruste têm permanecido *impermeáveis* a argumentos de natureza constitucional”.³⁴⁵

Influenciado pelo entendimento firmado pela Escola de Chicago, Schuartz apontou que os princípios constitucionais, premissas abertas e gerais, não teriam compatibilidade com as premissas específicas do direito antitruste. Na verdade, na tentativa de proteger a concorrência, de modo a aplicar as normas constitucionais para tanto, haveria não só o enfraquecimento do direito da concorrência, visto que esse último possui critérios objetivos, mas também seria posto em perigo as normas da própria Constituição, isto é, a segurança jurídica.³⁴⁶

de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

³⁴³ FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 196-197.

³⁴⁴ GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 44.

³⁴⁵ SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009, p. 326.

³⁴⁶ SCHUARTZ, op. cit., p. 358.

A Lei n.º 8.884/94, na visão de Schuartz, teria obtido um desempenho satisfatório em razão de três fatores. O primeiro, de natureza político-institucional, seria fruto do “desinteresse político, isolamento organizacional e falta de efetividade”, em razão da forma como o direito antitruste se firmou no Brasil. O segundo fator, seria o cultural, visto que teria ocorrido a “importação” dos conhecimentos da Escola de Chicago, de modo que os magistrados passaram a interpretar a legislação com a finalidade exclusiva de maximização do bem-estar econômico. Por fim, o terceiro fator seria a influência determinante de economistas, como consultores ou autoridades, visto que os economistas têm como enfoque as teorias, não se apegando a precedentes judiciais ou textos legislativos.³⁴⁷

De modo a concluir o pensamento do ex-conselheiro do CADE e professor, as autoridades administrativas deveriam pautar suas decisões por meio da rigidez metodológica e argumentativa, assim como na precisão conceitual e dos aspectos teóricos, visto que a despreocupação com esses pontos ensejaria “no plano do julgamento dos casos, em capricho, arbitrariedade e injustiça”. Assim sendo, deveria a autoridade administrativa se pautar nas premissas econômicas.³⁴⁸

Enquanto Schuartz aponta como satisfatória esta não aproximação entre o Direito Concorrencial e a Constituição de 1988, Frazão³⁴⁹ observa esse distanciamento como um efeito deletério, devendo o movimento de aproximação entre ambas as normas ser urgente e necessário.

Para tanto, Frazão assinala que todas as relações de poder, inclusive o poder econômico, necessitam estar em consonância com os princípios constitucionais e os direitos fundamentais visto que possuem “força deontológica e vinculante” em um Estado Democrático de Direito, de modo que não podem se sujeitar “a meras considerações de custo-benefício, tão comuns no raciocínio puramente político”³⁵⁰.

Não por menos, o Supremo Tribunal Federal se manifestou sobre o tema. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4, sob relatoria do Ministro Moreira Alves, em março de 1993, foi trazido à baila a discussão sobre se a livre iniciativa seria ou não legítima se fosse exercida somente para buscar a realização do empresário e do lucro. Em seu voto, o Ministro concluiu que deve ocorrer a conciliação dos fundamentos dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, junto ao princípio da defesa do consumidor e da redução de desigualdades

³⁴⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009, p. 332-334.

³⁴⁸ Ibidem, p. 351.

³⁴⁹ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41-42.

³⁵⁰ Ibidem, p. 46.

sociais, de modo que fique em conformidade com os ditames da justiça social, tal como prevê o artigo 170 da Constituição Federal de 1988.³⁵¹

Dessa forma, extrai-se que a atividade empresarial só pode ser considerada legítima, na medida em que se compatibiliza com o direito dos demais empresários, e, além disso, da sociedade de modo geral, isso porque “a dignidade da pessoa humana decorre da intersubjetividade dos direitos de todos e da interpenetração entre liberdade e igualdade por meio de critérios da justiça social”³⁵².

Nesse sentido, Forgioni sustenta que a CF “não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social’”. O caráter instrumental estaria disciplinado principalmente nos artigos 170, incisos IV e V, e 173, § 4º. Dessa forma, não há que se falar que o direito antitruste busca apenas a concretização da eficiência (alocativa, produtiva ou mesmo dinâmica), visto que³⁵³:

A grande questão é criar e preservar, nos ditames constitucionais, ambiente no qual as empresas tenham efetivos incentivos para competir, inovar e satisfazer as demandas dos consumidores; proteger o processo competitivo e evitar que os mercados sejam fossilizados pelos agentes com elevado grau de poder econômico.

Bercovici e Andrade vão no mesmo sentido. Para os autores, embora a Constituição Federal de 1988 não tenha definido o termo concorrência de forma representativa, verifica-se que a concorrência foi disposta como um dos escopos da CF/88, isto é, “a concorrência como instrumento de políticas públicas”, afastando-se, assim, a possibilidade de uma forma de concorrência imperfeita ou perfeita³⁵⁴.

Ainda, Bercovici e Andrade destacam que aparenta ser mais distante aduzir que a concorrência está mais ligada a Escola de Chicago do que ser observada e defendida “para um projeto constitucional e historicamente adequado de desenvolvimento econômico brasileiro, com seu respaldo nos artigos 1º, 3º, 170, 218 e 219” da CF/88. Igualmente, a ausência de definição de forma específica da concorrência em nosso sistema não seria uma falha, mas sim

³⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 319-4**. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 03 de março de 1993. Publicado no D.O.U. em 30 de abril de 1993, p. 6-7.

³⁵² FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 47.

³⁵³ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 186-188.

³⁵⁴ BERCOVICI, Gilberto e ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Maurício Leitão (Org.); BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. P. 449-468. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 461.

demonstraria que o Sistema de Defesa da Concorrência brasileiro não está ligado aos pressupostos da eficiência alocativa e as questões neoclássicas.³⁵⁵

Assim, conforme apontam Domingues e Gaban, tanto a Lei n.º 8.884/94, quanto a Lei n.º 12.529/11, são ferramentas preciosas “de instrumentalização das relações jurídicas decorrentes da aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, assim como de todos os demais princípios abarcados pelo art. 170 da Constituição Federal de 1988”³⁵⁶.

E é também nesse sentido que Stucke assinala que a política da concorrência, em qualquer democracia que tenha um pluralismo razoável, não pode ser reduzida a um objetivo único e bem definido. Em realidade, qualquer política antitruste, que vise promover o bem-estar, deve equilibrar múltiplos objetivos sociais, morais e econômicos.³⁵⁷

Nesse sentido, Frazão assinala ser inviável a restrição do Direito da Concorrência a análises que se pautam somente na eficiência. Para tanto, demonstra que no Brasil, Agamenon Magalhães, quando da elaboração da Lei Malaia, deixou claro que o escopo principal da lei seria “de proteger o Estado de Direito e a democracia”. E, seria nesse sentido, que a CF/88 coloca a repressão de abuso de poder econômico “no contexto maior de uma ordem econômica lastreada em diversos princípios fundamentais, em relação aos quais a concorrência pode e deve ser importante instrumento de efetividade”.³⁵⁸

Por outro lado, Jasper³⁵⁹ procurou responder qual é a finalidade do direito antitruste brasileiro de acordo com os precedentes do CADE a partir da vigência da Lei n.º 12.529/2011. Como conclusão, entendeu-se, em primeiro lugar, que a própria lei de defesa da concorrência dificulta o trabalho da autoridade administrativa em determinar quais são os objetivos ou finalidades do direito antitruste brasileiro, visto que no capítulo da lei que trata “da finalidade” são elencados princípios constitucionais. Dessa forma, entende que “não há distinção clara entre princípios do direito concorrência e objetivos”.

³⁵⁵ BERCOVICI, Gilberto e ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Maurício Leitão (Org.); BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. P. 449-468. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 464-466.

³⁵⁶ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019, p. 224.

³⁵⁷ SCHUARTZ, Luis Fernando. A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC**, v. 16, n. 1, p. 325-351, 2009, p. 624.

³⁵⁸ FRAZÃO, Ana. As finalidades do Direito da Concorrência. **Revista Jota**, 08 de março de 2017. Disponível em: http://www.professoraanafrazao.com.br/files/publicacoes/2017-03-24-As_finalidades_do_Direito_da_Concorrenca.pdf. Acesso em novembro de 2022.

³⁵⁹ JASPER, Eric. Hadmann. Paradoxo tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 7, nº 2, 2019, p. 171-189.

No que tange a análise feita dos precedentes do CADE, Jasper aponta que há uma lista difusa de finalidades, destacando-se alguns pontos, tais como o bem-estar do consumidor, a proteção da concorrência, a proteção dos mercados, eficiência, bem-estar econômico e efeitos sociais, assim como houve a repetição dos princípios previstos no artigo 1º da LDC. Ainda, observou-se a citação da inovação como escopo.

De todo modo, as autoridades da concorrência francesa e australiana, quando da análise da prática de apropriação de conteúdo de terceiros no mercado de buscas online verticalmente relacionado ao mercado de notícias, relataram em seus relatórios e decisões sobre a necessidade de análise do caso em razão da importância não só pela ótica do direito concorrencial, mas sobretudo devido à preocupação com a democracia.

Por todo exposto nesse trabalho, assim como bem observado por Fernandes, não se quer o afastamento de conceitos e de metodologias econômicas que são notadamente fundamentais para a análise do controle de condutas e de estruturas. Em razão da pluralidade de valores constitucionais em nossa legislação, inclusive na Lei de Defesa da Concorrência vigente, não se quer que não sejam aplicadas as metodologias e os conceitos econômicos³⁶⁰, muito pelo contrário, o que se quer é uma convivência harmoniosa do Direito ou, ao menos, a tentativa de uma coexistência equilibrada.

Por qualquer ângulo que se analise, a escalada das empresas de tecnologia é notória e, à sua maneira, as *big techs* descobriram uma nova forma de refinar petróleo, de forma que o seu poder econômico cresceu e cresce de forma desenfreada. Com isso, reflexos são observados em outras searas, tais como sociais e políticas, tal como se vê a situação da imprensa.

Se o objetivo da lei antitruste brasileira é ou não responder a esses reflexos, nota-se que a legislação dá embasamento para isso, até porque a liberdade de informação se configura na liberdade de informar e na liberdade de ser informado. Enquanto a liberdade de informar se constitui na possibilidade de manifestar o pensamento por meio escrito, da palavra ou por qualquer outro meio, a liberdade de ser informado se firma no “interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades públicas”.³⁶¹ Ou seja, nota-se que o jornalismo é também um instrumento necessário para que se firme pilares sólidos para a manutenção do Estado Democrático de Direito, portanto, nota-se uma função social e de interesse público.

³⁶⁰ FERNANDES, Víctor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 160.

³⁶¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 243-246.

Mesmo que se entenda pela não atuação direta do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), faz-se necessário um arranjo institucional entre os órgãos governamentais para que o tema seja avaliado. Não se quer dizer com isso que essa medida seja simples, até porque, com o desenvolvimento da sociedade, nota-se uma complexidade maior para a resolução de temas tão relevantes como esse.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A quarta Revolução Industrial está em curso, isto é, a revolução digital. Nesse sentido, nota-se que até a forma de nos comunicar se alterou, observando-se assim um novo vocabulário, uma nova gramática e uma nova semântica. Isso ocorre em razão de estarmos utilizando, de forma cotidiana, diversos serviços disponibilizados por empresas digitais para nos relacionar (tais como o Google, WhatsApp, Waze, Spotify, Youtube, Windows, Dropbox, Skype, iTunes, entre outros).³⁶²

Como esses novos modelos de negócio têm imperado, denota-se uma disputa entre as empresas de tecnologia e as empresas que adotam modelos tradicionais de negócio. Esse é o caso, por exemplo, do Recurso Extraordinário n.º 1.054.110/SP, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, de repercussão geral, que entendeu por declarar inconstitucional uma lei municipal que proibiu o transporte individual de passageiros por aplicativos, tais como a Uber, Cabify e a 99³⁶³.

Para chegar a essa conclusão, o Ministro demonstra que é inevitável o progresso social. Para tanto, rememora um dos fatos que marcou a primeira revolução industrial, isto é, a destruição das máquinas de tear pelos tecelões e artesões devido a diminuição de seus lucros. Nesse sentido, Barroso destaca que é um grande desafio para o Estado a conciliação da inovação com os mercados tradicionais e, em sua visão, eventual proibição de novos mercados não seria uma ação produtiva.³⁶⁴

Com a escalada das empresas de tecnologia, principalmente das *big techs*, ou seja, das companhias com maior importância no mercado digital, como Alphabet (nova denominação das empresas do Google), Apple, Meta (nova denominação do Facebook, que também controla

³⁶² BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.º 1.054.110/SP. Relator: Min. Roberto Barroso. Decisão publicada em 09 de maio de 2019, p. 3-4.

³⁶³ Ibidem, p. 4-5.

³⁶⁴ Ibidem, p. 5. Ainda, nas palavras do Ministro Roberto Barroso: “Nós temos um ciclo próprio do desenvolvimento capitalista, em que há a substituição de velhas tecnologias, de velhos modos de produção, por novas formas de produção, numa terminologia nova muitas vezes chamada de inovação disruptiva, por designar ideias capazes de enfraquecer ou substituir indústrias, empresas ou produtos estabelecidos no mercado. E, nesse cenário, é muito fácil perceber o tipo de conflito que está ocorrendo aqui entre os detentores dessas novas tecnologias disruptivas e os agentes tradicionais do mercado: players que eram estabelecidos em seus mercados, por vezes monopolistas, e que são ameaçados por atores que se aproveitam das lacunas de regulamentação de novas atividades para obterem vantagens competitivas, sejam elas regulatórias ou tributárias”. BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Recurso Extraordinário n.º 1.054.110/SP. Relator: Min. Roberto Barroso. Decisão publicada em 09 de maio de 2019, p. 4.

o Whatsapp e o Instagram), entre outras, tais como a Amazon, Microsoft, Twitter e a Tiktok³⁶⁵, preocupações e escândalos envolvendo essas empresas foram observadas nesses últimos anos.

A escalada dessas empresas de tecnologia é notória e, à sua maneira, as *big techs* descobriram uma “nova forma de refinar petróleo”, de forma que o seu poder econômico cresceu e cresce de forma desenfreada. Com isso, reflexos estão podendo ser observados em outras searas, tais como sociais e políticos. A despeito das grandes empresas de tecnologia estarem inseridas em diversas problemáticas, este trabalho analisou a *big tech* Alphabet, ou, como é mais conhecida, o *Google*, em um contexto específico, isto é, relacionada a apropriação de conteúdo no mercado de buscas online verticalmente relacionado ao mercado de notícias.

O trabalho se centrou na *big tech* Google por alguns motivos. Embora o Facebook, agora Meta, também estar envolto na problemática, nota-se que atividade de apropriação de conteúdo de terceiros é feita majoritariamente pelo Google. Igualmente, nota-se que o Facebook tem perdido seu número de usuários nos últimos meses³⁶⁶, sendo cada vez menos uma plataforma utilizada pelos usuários.

Igualmente, observa-se que enquanto o Facebook tem observado um êxodo dos usuários atualmente, a plataforma chinesa, Tiktok, tem sido uma plataforma de imigração constante, ocupando cada vez mais o lugar do Facebook³⁶⁷. De qualquer modo, em razão do objeto desta pesquisa e do recorte metodológico, o fenômeno do Tiktok em relação a notícias também não foi analisado, podendo ser objeto de outras pesquisas no futuro. De qualquer modo, vale ressaltar que os dados e conclusões extraídos no capítulo 6 também são aplicáveis ao Facebook e ao Tiktok.

Voltando a atenção para o Google novamente, observou-se também que o seu Código de Conduta, atualmente, traz a seguinte frase “do the right thing”, isto é, “faça a coisa certa”³⁶⁸, em tradução literal. Igualmente, em 10 de agosto de 2015, o Google alterou seu nome para

³⁶⁵ WU, Tim. **The Curse of Bigness: how corporate giants came to rule world**. London: Atlantic Books, 2020. *E-book*, p. 16.

³⁶⁶ Facebook perde 2 milhões de usuários mensais, e Meta tem 1ª queda no faturamento: Rede social registrou queda de 11 milhões de usuários na Europa, mas resultado foi amenizado por conta de crescimentos em outras regiões, 27 de julho de 2022. **Revista G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/07/27/facebook-perde-2-milhoes-de-usuarios-mensais-e-tem-1a-queda-no-faturamento.ghtml>>. Acesso em outubro de 2022.

³⁶⁷ MATSA, Katerina Eva. More Americans are getting news on TikTok, bucking the trend on other social media sites, 21 de outubro de 2022. **Pew Research Center**. Disponível em: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/10/21/more-americans-are-getting-news-on-tiktok-bucking-the-trend-on-other-social-media-sites/>>. Acesso em outubro de 2022. Ainda, aponta-se: “Adults under 30 are the most likely group to say they regularly get news on TikTok. About a quarter of Americans in this age group (26%) say they regularly get news there, higher than in 2021 and 2020. This compares with 10% of those ages 30 to 49, 4% of those 50 to 64 and just 1% of those 65 and older.” MATSA, op. cit., 2022.

³⁶⁸ WICHOWSKI, Alexis. **The Information Trade: how big tech conquers countries, challenges our rights, and transforms our world**. New York: HarperOne, 2020, p. 30.

Alphabet, isto é, agora a empresa é chamada de “alfabeto”. Mesmo que sejam mudanças, aparentemente singelas, vê-se que a empresa busca, visivelmente, tornar sua imagem para com o público mais bem vista, talvez em razão dos fatos graves e preocupações que envolveu e envolve a companhia na última década.

Como exposto no capítulo 3, as *big techs*, como o Google, por exemplo, firmam seus negócios por meio de plataformas digitais. Tais plataformas digitais possuem algumas peculiaridades que foram devidamente estudadas. Em razão dessas características, as plataformas digitais, principalmente as grandes plataformas, ascenderam de forma exponencial nas últimas décadas, podendo, inclusive, abusar de suas posições dominantes. Nesse sentido, como muito tratado nesta pesquisa, a detenção de poder econômico não é vedada, apenas e tão somente o abuso dessa posição é proibido na legislação brasileira.

Assim, além das disposições constitucionais, tais como o previsto no artigo 170, *caput* e incisos, assim como no artigo 173, § 4º, há também o previsto no artigo 1º da Lei 12.529/2011³⁶⁹, que se alinha ao disposto na Constituição Federal de 1988, assim como o disposto no artigo 36 da lei supracitada³⁷⁰. Tal como é possível observar, o artigo 36 desta lei é uma cláusula geral aberta que trata das infrações à ordem econômica, aduzindo, de forma geral, as condutas que remetem a colusão, relativas a atos de restrição vertical e sobre condutas unilaterais.

Todavia, no que se refere especificamente a condutas unilaterais, observa-se uma dificuldade na caracterização do abuso de posição dominante. Conforme aponta Fernandes, em razão da abrangência da proibição legislativa, com exclusão do previsto nos incisos I e II do § 3º do art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência (LDC), o restante das práticas que são previstas neste último artigo pode ser colocado como abuso de posição dominante por eliminação³⁷¹.

Com relação ao caso que se quer dar enfoque neste trabalho, até a finalização dessa dissertação não havia conclusão do Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03³⁷², observando-se com curiosidade e interesse o tema. De qualquer modo, o inquérito

³⁶⁹ BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

³⁷⁰ Ibidem.

³⁷¹ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 153.

³⁷² BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Superintendência-Geral. Ofício n.º 6805/2019/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Data de Registro: 08/07/2019.

administrativo possui caráter investigatório inquisitorial e, no inquérito, não é dado o exercício absoluto de defesa aos administrados, de modo que se for evidenciado indícios suficientes para sustentar a acusação de determinado agente, deve ser instaurado processo administrativo³⁷³.

Além disso, nota-se, a partir das respostas, que o Google se mostra em uma trajetória de constantes mudanças, seja com a criação do “Projeto uma Linha”, Google Notícias (News), Google Destaques (Showcase), da criação da funcionalidade Accelerated Mobile Pages (AMP) e a última anunciada, que se observa de forma muito intrigante, que seria o Google News Initiative (GNI), voltada diretamente para auxiliar o jornalismo.

Dessa forma, extraiu-se algumas conclusões. Em primeiro lugar, nota-se que o Google, por ser uma empresa mundial, se envolve em práticas como essa no mundo todo, tais como destacado principalmente nos capítulos 2, 4 e 5. O fato é que, com isso, mesmo que ele seja bandeirante em algumas práticas, investigações e, por consequência, em condenações em outros países, que, no geral, demoram para ser efetivamente processadas – isso em todo o mundo, a *big tech*, por ser uma empresa de tecnologia, consegue ir se adaptando e modificando o mercado em uma velocidade não acompanhada, o que, sem dúvidas, dificulta o trabalho das autoridades, principalmente no que tange ao ônus da prova.

De qualquer modo, em razão dessas mudanças extremamente rápidas e que são próprias do mercado digital, nota-se a dificuldade da análise pela autoridade administrativa e a imposição de uma medida ou não para contê-las em tempo hábil. Todavia, a demora na tomada de decisões também apresenta reflexos negativos, muito embora saibamos todas as dificuldades institucionais que corroboram para isso.

No que se refere ao CADE especificamente, nota-se que em seu histórico, apontado no capítulo 2, houve uma evolução no que toca a celeridade da tomada de decisões. Todavia, para o caso em discussão, vê-se que se trata de um inquérito instaurado no ano de 2019 e que trata de fatos até mesmo anteriores ao ano de 2012, portanto, estar-se-á discutindo, dez anos depois, sobre a ocorrência ou não de prática passível de punição em um mercado que atravessa mudanças de forma extremamente voraz.

Entretanto, não se quer com a crítica em questão que sejam tomadas decisões pela autoridade às pressas, isto é, sem cautela, ou mesmo sem a devida diligência, até porque temas como esse são complexos e novos e precisam de um longo estudo e discussão para se chegar a

³⁷³ MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**: organização, processos e acordos administrativos de acordo com o código de processo civil de 2015. São Paulo: Atlas, 2015, p. 222/223.

uma conclusão. Todavia, observa-se com preocupação que a demora na tomada de decisões possa prejudicar, sobretudo, a própria concorrência e, nesse caso, até mesmo a democracia.

Ainda, como o caso em questão se trata de um inquérito administrativo, entende-se que a conclusão dele deveria ser mais célere do que um processo administrativo, pois, caso se chegue a uma conclusão que se tenha de instaurar um processo administrativo, será mais um processo a tramitar por diversos anos.

Igualmente, entende-se como importante a necessidade de estabelecimento de uma maior precisão conceitual. Conforme aduzido por Fernandes, essa carência conceitual é um problema para o estudo estruturado do abuso de posição dominante em plataformas digitais porque faz “com que se tenha pouca clareza sobre qual seria a teoria do dano aplicável e qual teste jurídico deveria orientar a avaliação de efeitos”³⁷⁴. Por isso, a partir das ideias de Fernandes, busca-se tratar do tema com maior precisão.

Quanto ao estudo do Departamento de Estudos Econômicos, nota-se que já houve sinalização da autarquia quanto ao seu entendimento sobre o pedido formulado pela Associação Nacional de Jornais sobre eventual fixação de remuneração pela autoridade administrativa. Como visto, o DEE concluiu que não seria interessante a fixação de um conteúdo mínimo e de remuneração pelo Google aos jornais digitais pelas vias legislativas, mas não descarta a necessidade de negociação entre as partes sobre o tema.³⁷⁵

Salienta-se, nesse sentido, que a ANJ alega que teria tentado uma forma de acordo junto ao Google em 2010, porém, a empresa teria se mostrado inflexível. Por óbvio, em razão dos acontecimentos nos últimos anos e dos inquéritos e processos administrativos na última década que envolveram o Google, pode ser que a empresa tenha outra postura atualmente. Na verdade, vê-se inclusive a iniciativa com destinação de alguns milhões de reais para auxiliar os jornais, talvez em razão dos acontecimentos em outros países.

Nesse sentido, nota-se que na França foi promulgada uma lei que visava estabelecer as condições para negociações equilibradas entre editores, agências de notícias e serviços de comunicação pública a fim de redefinir a forma de remuneração entre as empresas de notícias e o Google. Todavia, como visto, a promulgação da lei não teve êxito de início, tendo em vista que a *big tech* entendeu por não exibir o conteúdo das empresas jornalísticas a menos que fosse

³⁷⁴ FERNANDES, Víctor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 321.

³⁷⁵ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n.º 08027.001456/2021-33. Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica n.º 9/2022/DEE/CADE. Data de emissão: 01/04/2022.

gratuitamente, assim como a nova política do Google estabeleceu que poderia ser reutilizado mais conteúdo do que anteriormente.

Em razão dessa prática, foi instaurado um inquérito administrativo pela autoridade da concorrência francesa que, em síntese, concluiu que o Google impôs condições injustas aos veículos jornalísticos, infringindo normas do Código Comercial Francês e do TFUE. Ainda, a autoridade entendeu que a *big tech* estaria tratando de forma idêntica todos os intervenientes econômicos em diferentes situações, utilizando-se de uma prática discriminatória vedada pela legislação francesa e pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Assim, a autoridade concorrencial francesa entendeu que o Google pode ter abusado de sua posição dominante para contornar a Lei n.º 2019-775.

Sobre esse aspecto, destaca-se que a Lei n.º 2019-775 tem escopo similar ao Projeto de Lei n.º 1.354/2021³⁷⁶ analisado pelo Departamento de Estudos Econômicos nos autos do Processo Administrativo n.º 08027.001456/2021-33³⁷⁷, do qual o DEE recomendou a rejeição da fixação de remuneração pelo Google aos jornalistas.

Apesar de a Autorité de la Concurrence ter estabelecido medidas provisórias para que o Google negociasse de boa-fé com os jornais digitais, as medidas não foram efetivas, sendo necessária a imposição de uma multa milionária em face da *big tech*. Nesse cenário, o Google apresentou um conjunto de obrigações à autoridade da concorrência francesa de modo a fixar como se darão as negociações junto aos veículos jornalísticos e a forma de fixação da remuneração.

De qualquer modo, para o caso francês, destaca-se o papel do administrador independente que participará das negociações e também irá supervisioná-la, assim como é importante ressaltar que foi posto como medida a possibilidade de instauração de uma arbitragem, caso um acordo não fosse alcançado entre as partes.

Na Austrália, observa-se que a história não foi diferente. De início, após o estudo elaborado pela Australian Competition & Consumer Commission, que resultou no relatório Digital Platforms Inquiry e que concluiu que estaria evidente o poder econômico do Google e do Facebook em face dos veículos de imprensa, a ACCC ficou responsável por criar um código de conduta voluntário. Porém, como não obteve sucesso nas negociações de forma voluntária,

³⁷⁶ BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.354, de 12 de abril de 2021**. Altera o MCI, com a finalidade de criar estímulo à pluralidade e diversidade de notícias, assegurar medidas de proteção ao jornalismo nacional e combate às fake news, para adotar política de tratamento não discriminatório das empresas de mídia de jornais, revistas, rádio e televisão legalmente instituídas bem como para criar mecanismos de equanimidade, pluralidade e diversidade de conteúdo na internet. Brasília, DF, 2021.

³⁷⁷ BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n.º 08027.001456/2021-33. Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica n.º 9/2022/DEE/CADE. Data de emissão: 01/04/2022.

o governo australiano determinou que fosse feito um código de conduta obrigatório para aplicação às plataformas digitais que possuíam posição dominante no mercado de notícias.

Com o código de conduta obrigatório, foi estabelecido o Treasury³⁷⁸, que, querendo ou não, é similar ao administrador independente instituído na França para auxiliar nas negociações. Ainda, foi possibilitada a negociação coletiva, desde que não infrinja o Competition and Consumer Act e foi estabelecido que seria possível a instauração de uma arbitragem compulsória entre as partes.

A partir do analisado em outras jurisdições, chega-se a algumas conclusões. Em primeiro lugar, ambos os países estão discutindo esse tema junto as suas autoridades da concorrência e concluíram pela existência de abuso de posição dominante pelo Google em face dos veículos jornalísticos digitais no mercado de buscas online verticalmente relacionado ao mercado de notícias.

Em um segundo momento, vê-se que, embora de início o caminho para a tentativa de resolução do problema tenha sido de forma distinta, ambos os países, até a elaboração dessa dissertação, chegaram a conclusões semelhantes, ou seja, as autoridades da concorrência entenderam pela necessidade de remuneração pelo Google aos veículos jornalísticos digitais, de modo a estabelecer um administrador independente para tanto e, ainda, previram a possibilidade de instauração de uma arbitragem para que se chegue a um consenso.

Todavia, não se sabe ainda se a forma imposta para a resolução desse conflito será suficiente para equilibrar a concorrência no âmbito do mercado de notícias online. Entretanto, observa-se que a resolução desse tema se relevou extremamente complexa nesses países, de modo que foi fixado um intermediador, que possui relações com o poder público, para a supervisão da discussão. Entretanto, nota-se que esse arranjo institucional de simples não tem nada.

De qualquer modo, um arranjo institucional semelhante parece já ter caminhado positivamente no Brasil. Por esse ângulo, é com entusiasmo que se vê a análise do Projeto Lei n.º 1.354/2021³⁷⁹ pelo CADE. Na medida em que a sociedade se desenvolve e as situações de tornam cada vez mais complexas, o arranjo institucional entre os órgãos governamentais se

³⁷⁸ The Treasury. **Australian Government**. Disponível em: <<https://treasury.gov.au/>>. Acesso em novembro de 2022.

³⁷⁹ BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.354, de 12 de abril de 2021**. Altera o MCI, com a finalidade de criar estímulo à pluralidade e diversidade de notícias, assegurar medidas de proteção ao jornalismo nacional e combate às fake news, para adotar política de tratamento não discriminatório das empresas de mídia de jornais, revistas, rádio e televisão legalmente instituídas bem como para criar mecanismos de equanimidade, pluralidade e diversidade de conteúdo na internet. Brasília, DF, 2021.

mostra medida necessária para que os efeitos em todas as searas sejam equilibrados na medida do possível.

Invariavelmente, os precedentes postos no capítulo 5 se mostram como experiências extremamente interessantes a serem avaliadas para os próximos passos a serem tomados pelo CADE no Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Igualmente, ressalta-se que tanto na França, como na Austrália, a busca pelo equilíbrio negocial entre os jornais digitais e a *big tech* procurava, além de preservar a concorrência, manter um serviço essencial que é fundamental para a democracia.

Nesse passo, é que o trabalho discute sobre a liberdade de imprensa. A liberdade de imprensa é debatida há muitos anos, tal como é possível observar na Declaração dos Direitos da Virgínia, artigo 12, dos Estados Unidos da América de 1776³⁸⁰, assim como na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu artigo 11³⁸¹, elaborada a partir dos ideais da revolução francesa em 1789. Em legislações mundiais mais recentes, nota-se também a Declaração Universal dos Direitos do Homem que, em seu artigo 19³⁸², trata da liberdade de expressão de modo a resguardá-la.

No Brasil, como demonstrado no capítulo 6, não é diferente. Desde o seu histórico até a Constituição de 1988, buscou-se proteger a liberdade de expressão. Conforme se observa do artigo 5º, incisos IV, V, IX, XII e XIV, combinado com os artigos 220 e 224, todos da Constituição Federal de 1988³⁸³. Nesse sentido, nota-se que o constituinte, quando da elaboração da Carta, deu especial relevância ao tema. É a partir desses artigos que se extrai as formas que ensejam a liberdade de comunicação. Dentre as liberdades de comunicação, nota-se a liberdade de informação em geral.

A liberdade de informação se configura na liberdade de informar e na liberdade de ser informado. Enquanto a liberdade de informar se constitui na possibilidade de manifestar o pensamento por meio escrito, da palavra ou por qualquer outro meio, a liberdade de ser informado se firma no “interesse sempre crescente da coletividade para que tanto os indivíduos como a comunidade estejam informados para o exercício consciente das liberdades

³⁸⁰ ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Virginia Declaration of Rights**. Williamsburg, EUA, 1776. Disponível em: < <https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>>. Acesso em novembro de 2022.

³⁸¹ FRANCE. **Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen**. Versalhes, França, 1789. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em novembro de 2022.

³⁸² NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Paris, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em novembro de 2022.

³⁸³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

públicas”.³⁸⁴ E é a partir daí que se funda a liberdade de informação jornalística e se realiza o direito coletivo à informação.

Além da proteção jurídica dada à liberdade de comunicação, que se mostra extremamente relevante para o Estado Democrático de Direito, demonstrou-se as três funções políticas do sistema midiático que se associam, principalmente, ao jornalismo, em sociedades democráticas. Das três funções, observa-se “a) aparelho de ‘vigilância’ para as liberdades políticas e civis; b) fórum para o debate pluralista; c) agente de mobilização para a participação cívica”.³⁸⁵

Apesar das três funções, demonstrou-se que a mídia, da forma como atua, não existe apenas para satisfazer desejos democráticos, visto que existem diversos distúrbios que a acometem. Todavia, apenas a mídia é capaz de exercer funções que são imprescindíveis para que se alcance, de forma ampla, a deliberação pública³⁸⁶ em sociedades complexas³⁸⁷. Com o desenvolvimento da *internet*, demonstrou-se que o cenário para a imprensa tem mudado, podendo ensejar mais disfunções para os veículos de imprensa, ou até mesmo para a democracia.

A forma de remuneração dos veículos de imprensa tradicionais, era, predominantemente, por meio de anúncios nos classificados e assinaturas feitas pelos consumidores. Após a ascensão das plataformas digitais, tais como Google e Facebook, que surgiram como organizadores e agrupadores de informações originais, um número crescente de usuários, especialmente os mais jovens, obtém a maior parte de suas notícias diretamente dos *feeds* da mídia social.³⁸⁸

Com isso ocorreu uma desintermediação entre leitores e produtores de notícias originais e essa desintermediação desestabilizou a forma como as notícias eram produzidas, organizadas e consumidas. Por consequência, os jornais, que tinham como principal fonte de receita os anúncios classificados e as assinaturas de jornais impressos, observaram uma redução na

³⁸⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 243-246.

³⁸⁵ MAIA, Rousiley C. M. Mídia e deliberação pública: mediações possíveis. In: **Anais do 11º Encontro Anual da COMPÓS**, 2002, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://proceedings.science/compos/compos-2002/papers/midia-e-deliberacao-publica--mediacoes-possiveis?lang=pt-br>>. Acesso em: novembro 2022, p. 4.

³⁸⁶ *Ibidem*, p. 1.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 5.

³⁸⁸ ROLNIK, Guy et al. **Protecting Journalism is the age of digital platforms**. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Chicago: University of Chicago 2019, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~ap3116/papers/MediaReportFinal.pdf>>. Acesso em novembro de 2022.

demanda, que se acelera ao longo dos anos, devido a disponibilidade e consumo de notícias online³⁸⁹, conforme os dados trazidos no capítulo 6.

No âmbito da internet, a forma de ser remunerado se dá por meio, predominantemente, do financiamento de publicidade em seus portais online. A publicidade na internet é responsável por uma parcela crescente de receitas publicitárias globais. Entretanto, os gastos com publicidade digital também se tornaram mais concentrados, ao passo que as grandes plataformas digitais assumem posições do recebimento dessa publicidade e afastam uma importante fonte de receita de empresas como as que veiculam notícias.

Ainda, a UNCTAD também anota que potenciais concorrentes são excluídos desse modelo de negócio, e, ainda sugere que esses modelos baseados em pagamentos para sua utilização possam ser a única opção sustentável para negócios que necessitam de plataformas digitais. Igualmente, afirma que o crescimento das *big techs* em países em desenvolvimento é muito maior, e que a publicidade nesses países vale muito menos que nos países desenvolvidos³⁹⁰.

Nesse sentido, destacou-se o estudo da Stigler Center for the Study of the Economy and the State que aponta que a indústria da mídia tem enfrentado três formas de disrupção: publicitária, a interrupção da atomização e, por fim, o estudo aponta que houve a interrupção da responsabilidade³⁹¹. Como resposta do mercado a essa disrupção, o estudo aponta que houve um aumento no número de empresas de notícias financiadas por meio de filantropia e o modelo de negócio passou a se pautar, predominantemente, por assinaturas.

Porém, o estudo denota que o jornalismo filantrópico pode apresentar os mesmos problemas que o controle corporativo da mídia, enquanto o modelo de assinaturas, embora seja um dos maiores focos de esperança para o jornalismo, acaba privilegiando os grandes meios de comunicação que já são estabelecidos no mercado, que veiculam notícias nacionais e globais, em prejuízos ao jornalismo local.³⁹²

³⁸⁹ ROLNIK, Guy et al. **Protecting Journalism is the age of digital platforms**. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Chicago: University of Chicago 2019, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~ap3116/papers/MediaReportFinal.pdf>>. Acesso em novembro de 2022.

³⁹⁰ UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Digital economy report 2019 – Value creation and capture: implications for developing countries**. United Nations Publications: New York, 2019, p. 94.

³⁹¹ ROLNIK, Guy et al, op. cit., 2019, p. 25.

³⁹¹ Ibidem,, p. 25.

³⁹² ROLNIK, Guy et al. **Protecting Journalism is the age of digital platforms**. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Chicago: University of Chicago 2019, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~ap3116/papers/MediaReportFinal.pdf>>. Acesso em novembro de 2022, p. 31-32.

Ainda, o estudo de Stigler Center for the Study of the Economy and the State sugere que seja exigido que as plataformas digitais adotem, de forma voluntária, um código de conduta no qual declaram as bases de seu relacionamento com os editores, como no caso australiano, por exemplo. Além do aspecto que trata sobre a forma de remuneração, o estudo entende que deva constar ainda quais os dados dos usuários inseridos nas plataformas digitais sejam compartilhados com os editores, assim como sobre como as plataformas estão distribuindo o jornalismo, se é de modo significativo e relevante, não apenas por engajamento.

Ainda, dissertou-se sobre outro espectro negativo que advém da atuação das *big techs*, isto é, as tão debatidas *fakes news*. De todo modo, o espectro relevante desse trabalho se centra na prática de apropriação de conteúdo de terceiro, que é uma conduta feita predominantemente pelo Google e que pode atingir a imprensa digital, conforme discutido neste trabalho.

A partir do exposto, concluiu-se que esse fato só demonstra que a inserção da imprensa no mercado digital é inegável, entretanto, isso não quer dizer que apenas o Google e o Facebook estarão envolvidos nessas discussões, principalmente pensando no futuro, embora os dados atuais sejam predominantemente dessas empresas, rememorando-se, novamente, a plataforma chinesa Tiktok que tem ganhado grandes proporções nos últimos anos. Ainda, isso não quer dizer que novas plataformas não possam surgir e possam ganhar relevância de forma voraz, tais com a plataforma Koo que recentemente surgiu e ganhou usuários muito rapidamente.

Após tais conclusões, o trabalho voltou-se a discutir sobre se a questão da liberdade de imprensa ser ou não um desafio ao Direito Antitruste brasileiro. Dessa forma, rememorou-se as escolas do direito antitruste, dando enfoque para a Escola de Chicago, que prima pela análise econômica, buscando a eficiência alocativa de mercado, demonstrando que a supremacia da Escola de Chicago imperou até então.

Entretanto, com a ascensão das *big techs*, sobrevivendo preocupações e escândalos na última década, nota-se que os “novos paradigmas colocam dúvidas sobre os padrões tradicionais de análise”³⁹³. Nesse ínterim, discutiu-se sobre as críticas mais recentes, tais como o movimento neo-brandeisiano. Todavia, embora as influências norte-americanas, voltou-se a analisar a discussão sobre os objetivos do direito antitruste no plano nacional.

A partir da análise histórica do direito antitruste, feita no capítulo 2, e, de modo crítico, analisada no capítulo 6, foi possível observar a relação entre democracia e o Direito da

³⁹³ DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019, p. 233.

Concorrência³⁹⁴. Porém, a aproximação ocorreu de modo mais intenso com a Constituição de 1988³⁹⁵, a partir do exposto nos artigos 1º, 170, especialmente, incisos IV e V, 173, em seu parágrafo 4º³⁹⁶. Além disso, os artigos primeiros da Lei n.º 8.884/94³⁹⁷ e da Lei n.º 12.529/2011³⁹⁸ apontam, em seu capítulo I, que trata “da finalidade” da lei, que também trata dos ditames constitucionais, de modo que se observa que o legislador buscou dar coerência e coesão ao sistema jurídico brasileiro.

Apesar de se observar uma aproximação real entre a Constituição e o Direito Concorrencial, alguns autores defendem que essa conjectura não ocorreu efetivamente na vigência da Lei n.º 8.884/1994, tal como as ideias de Schuartz postas em seu texto que trata do fenômeno da “desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência”. Enquanto Schuartz aponta como satisfatória esta não aproximação, Frazão³⁹⁹ observa esse distanciamento como um efeito deletério, devendo o movimento de aproximação entre ambas as normas ser urgente e necessário.

Nesse sentido, Forgioni sustenta que o direito antitruste é um instrumento para alcançar os ditames da justiça social, previstos nos artigos constitucionais supracitados⁴⁰⁰. Bercovici e Andrade vão no mesmo sentido⁴⁰¹. Igualmente, conforme apontam Domingues e Gaban, tanto a Lei n.º 8.884/94, quanto a Lei n.º 12.529/11, são ferramentas preciosas “de instrumentalização das relações jurídicas decorrentes da aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, assim como de todos os demais princípios abarcados pelo art. 170 da Constituição Federal de 1988”⁴⁰².

³⁹⁴ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34.

³⁹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

³⁹⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

³⁹⁷ BRASIL. **Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF, 1994.

³⁹⁸ BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei n.º 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei n.º 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

³⁹⁹ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 41-42.

⁴⁰⁰ FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 186-188.

⁴⁰¹ BERCOVICI, Gilberto e ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. In: ADEODATO, João Maurício Leitão (Org.); BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). **Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário**. P. 449-468. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 461.

⁴⁰² DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019, p. 224.

Dessa forma, assim como bem observado por Fernandes, não se quer o afastamento de conceitos e de metodologias econômicas que são notadamente fundamentais para a análise do controle de condutas e de estruturas. Em razão da pluralidade de valores constitucionais em nossa legislação, inclusive na Lei de Defesa da Concorrência vigente, não se quer que não sejam aplicadas as metodologias e os conceitos econômicos⁴⁰³, muito pelo contrário, o que se quer é uma convivência harmoniosa do Direito ou, ao menos, a tentativa de uma coexistência equilibrada.

Por qualquer ângulo que se analise, a escalada das empresas de tecnologia é notória e, à sua maneira, as *big techs* descobriram uma “nova forma de refinar petróleo”, de forma que o seu poder econômico cresceu e cresce de forma desenfreada. Com isso, reflexos são observados em outras searas, tais como sociais e políticas, tal como se vê a situação da imprensa. Se o objetivo da lei antitruste brasileira é ou não responder a esses reflexos, nota-se que a legislação dá embasamento para isso. Além disso, ressalta-se que o jornalismo é também um instrumento necessário para que se firme pilares sólidos para a manutenção do Estado Democrático de Direito, portanto, é inegável sua função social.

Portanto, mesmo que não se entenda por uma atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica de forma mais direta, faz-se necessário um arranjo institucional entre os órgãos governamentais para que o tema seja avaliado. Não se quer dizer com isso que essa medida seja simples, até porque, com o desenvolvimento da sociedade, nota-se uma complexidade muito maior para a resolução de temas tão relevantes como esse.

Diante de todo exposto, concluiu-se que os desafios que ensejaram a construção do direito antitruste não são mais os mesmos e isso se dá em razão da quarta revolução industrial. Embora a Lei n.º 12.529⁴⁰⁴ tenha completado dez anos de sua vigência em 2022, ainda é uma lei extremamente jovem, portanto, passível de um amadurecimento, principalmente no que tange a temas tão novos, tais como os relacionados ao mercado digital.

⁴⁰³ FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: entre abuso de poder econômico e inovação. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 160.

⁴⁰⁴ BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

BIBLIOGRAFIA

ATHAYDE, Amanda; DOMINGUES, Juliana Oliveira; MENDONÇA, Nayara. Acordos de não contratação: o antitruste e o direito do trabalho, 17 de abril de 2019. **Revista Jota**. Disponível em: < <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordos-de-nao-contratacao-o-antitruste-e-o-direito-do-trabalho-17042019>>. Acesso em outubro de 2022.

AUSTRALIAN. **Australian Competition & Consumer Commission**. Digital platforms inquiry, 26 de julho de 2019. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries-finalised/digital-platforms-inquiry-0>>. Acesso em novembro de 2022.

AUSTRALIAN. **Australian Competition & Consumer Commission**. News media bargaining code, 25 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://www.accc.gov.au/focus-areas/inquiries-finalised/digital-platforms-inquiry-0>>. Acesso em novembro de 2022.

BAGNOLI, Vicente. Digital platforms as public utilities. *In: International Review of Intellectual Property and Competition (IIC)*. Vol. 51, p. 903-905, outubro de 2020.

BAGNOLI, Vicente. The Big Data Relevant Market. *In: DI PORTO, Fabiana (org.). Concorrenza e Mercato: antitruste, regulation, consumer welfare, intellectual property*. Milano: Giuffrè Editore, v. 23, p. 74/94, 2016.

BERCOVICI, Gilberto e ANDRADE, José Maria Arruda de. A concorrência livre na Constituição de 1988. *In: ADEODATO, João Maurício Leitão (Org.); BITTAR, Eduardo Carlos Bianca (Org.). Filosofia e teoria geral do direito: estudos em homenagem a Tercio Sampaio Ferraz Junior por seu septuagésimo aniversário*. P. 449-468. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

BORK, Robert. **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**. New York: Basic Books, 1978.

BRASIL. Combate a fake news é tema de 50 propostas na Câmara dos Deputados. **Agência Câmara de Notícias**, 1º de junho de 2020. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/666062-combate-a-fake-news-e-tema-de-50-propostas-na-camara-dos-deputados>>. Acesso em novembro de 2022.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Inquérito Administrativo n.º 08700.003498/2019-03. Interessados: Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Data de Registro: 08/07/2019.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Mercados de Plataformas Digitais. Departamento de Estudos Econômicos. Brasília, DF, 2021.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc, Google Brasil Internet Ltda e E-commerce Media Group Brasil Participações Ltda. Data de Registro: 20/12/2011.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo Administrativo n.º 08700.009082/2013-03. Interessados: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda, Google Inc e Google Brasil Internet Ltda. Data de Registro: 10/10/2013.

BRASIL. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**. Processo n.º 08027.001456/2021-33. Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo. Nota Técnica n.º 9/2022/DEE/CADE. Data de emissão: 01/04/2022.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Rio de Janeiro, RJ, 1946.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Rio de Janeiro, RJ, 1934.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF, 1988.

BRASIL. **Decreto de 13 de maio de 1808**. Crêa a Impressão Regia. Palácio do Rio de Janeiro, 1808.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 869, de 18 de novembro de 1938**. Define os crimes contra a economia popular sua guarda e seu emprego. Rio de Janeiro, RJ, 1938.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 7.666, de 22 de junho de 1945**. Dispõe sobre os atos contrários à ordem moral e econômica. Rio de Janeiro, RJ, 1945.

BRASIL. **Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951**. Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular. Rio de Janeiro, RJ, 1951.

BRASIL. **Lei n.º 3.701, de 1º de janeiro de 1916**. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, RJ, 1916.

BRASIL. **Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962**. Regula a repressão ao abuso do Poder Econômico. Brasília, DF, 1962.

BRASIL. **Lei n.º 5.250, de 9 de fevereiro de 1967**. Regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Brasília, DF, 1967.

BRASIL. **Lei n.º 5.988, de 14 de dezembro de 1973**. Regula os direitos autorais e dá outras providências. Brasília, DF, 1973.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília, DF, 1994.

BRASIL. **Lei n.º 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; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF, 2011.

BRASIL. **Lei n.º 12.965, de 23 de abril de 2014.** Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF, 2014.

BRASIL. **Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF, 2018.

BRASIL. **Lei n.º 13.834, de 04 de junho de 2019.** Altera a Lei n.º 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral, para tipificar o crime de denúncia caluniosa com finalidade eleitoral. Brasília, DF, 2019.

BRASIL. **Ministério da Justiça e Segurança Pública.** Disponível em: <<https://www.gov.br/mj/pt-br/assuntos/noticias/facebook-e-condenado-a-pagar-r-6-6-mi-por-vazar-dados-de-usuarios>>. Acesso em novembro de 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 1.354, de 12 de abril de 2021.** Altera o MCI, com a finalidade de criar estímulo à pluralidade e diversidade de notícias, assegurar medidas de proteção ao jornalismo nacional e combate às fake news, para adotar política de tratamento não discriminatório das empresas de mídia de jornais, revistas, rádio e televisão legalmente instituídas bem como para criar mecanismos de equanimidade, pluralidade e diversidade de conteúdo na internet. Brasília, DF, 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n.º 2.630, de 03 de julho de 2020.** Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Brasília, DF, 2020.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 319-4. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, 03 de março de 1993. Publicado no D.O.U. em 30 de abril de 1993.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Arguição de descumprimento de preceito fundamental 130 Distrito Federal. Relator: Min. Carlos Britto. Decisão publicada em 30 de abril de 2009.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Recurso Extraordinário n.º 1.054.110/SP. Relator: Min. Roberto Barroso. Decisão publicada em 09 de maio de 2019.

BRASIL. **Tribunal de Justiça de São Paulo.** Processo n.º 583.00.2012.131958-7. Autor: E-commerce Media Group Informação e Tecnologia. Réu: Google Inc. 18ª Vara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo.

BRASIL. TSE assina com o Supremo acordo para combater as fake news sobre o Judiciário. **Tribunal Superior Eleitoral**, 18 de maio de 2022, atualizado em 11 de agosto de 2022. Disponível em: < <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Maio/tse-assina-com-o-supremo-acordo-para-combater-as-fake-news-sobre-o-judiciario>>. Acesso em novembro de 2022.

Cambridge Analytica and Facebook: The Scandal so Far. 28 de março de 2018. *Al Jazeera News*. Disponível em: <<https://www.aljazeera.com/news/2018/3/28/cambridge-analytica-and-facebook-the-scandal-so-far>>. Acesso em outubro de 2022.

CARRO, Rodrigo. Brazil. In: Newman, Nic et al. **Reuters institute digital news report 2022**, p. 115-116. United Kingdom: University of Oxford, 2022. Disponível em: <

<https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/digital-news-report/2022>>. Acesso em novembro de 2022.

CASTRO, Samara Mariana de; MORAES, Beatriz; TSUZUKI, Camila. Um PL na velocidade das fake news. **Migalhas**, 04 de junho de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/2Th18EQ>>. Acesso em abril de 2021.

COVID-19 has changed online shopping forever, survey shows. **UNCTAD**, 08 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://unctad.org/news/covid-19-has-changed-online-shopping-forever-survey-shows>>. Acesso em maio de 2021.

DOMINGUES, Juliana. Big Techs e o Direito Antitruste. **Folha de São Paulo**, 13 de junho de 2019. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opinia0/2019/06/big-techs-e-o-direito-antitruste-40.shtml>>. Acesso em julho de 2020.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “Neo-brandeisianano”. **Revista Justiça do Direito**, v. 33, n.º 3, p. 222-244, Set/Dez, 2019.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan; QUINELATO, Pietra Daneluzzi. Direito antitruste e *big data* nos mercados digitais. In: VAINZOF, Rony; SERAFINO, Danielle; STEINWASCHER, Aline (Org.). **Legal Innovation**. 1 ed., p. 385-406. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022, p. 386-388.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan; MIRANDA E SILVA, Breno Fraga. Direito Antitruste 4.0. e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o CADE. **Revista Jota**, 17 de dezembro de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opinia0-e-analise/artigos/direito-antitruste-4-0-e-o-abuso-de-posicao-dominante-nos-mercados-digitais-17122018>>. Acesso em janeiro de 2021.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Direito Antitruste 4.0 e o abuso de posição dominante nos mercados digitais: um desafio atual para o Cade. In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Org.). **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, p. 169-176, 2019.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; Paravela, Tatyana Chiari. Open Banking: a implementação do sistema financeiro aberto no Brasil na perspectiva do consumidor. **Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central**, v. 15, n. 1, p. 81-92, 2021.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; SILVA, Breno Fraga Miranda e. Fake News: Um desafio ao Antitruste? In: DOMINGUES, Juliana Oliveira et al (Org.). **Direito antitruste 4.0: fronteiras entre concorrência e inovação**. São Paulo: Singular, p. 145-168, 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Virginia Declaration of Rights**. Williamsburg, EUA, 1776. Disponível em: <<https://www.archives.gov/founding-docs/virginia-declaration-of-rights>>. Acesso em novembro de 2022.

Facebook anuncia bloqueio para visualização e compartilhamento de notícias na Austrália. **G1**, 17 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://glo.bo/3oKwdMR>>. Acesso em novembro de 2020.

Facebook perde 2 milhões de usuários mensais, e Meta tem 1ª queda no faturamento: Rede social registrou queda de 11 milhões de usuários na Europa, mas resultado foi amenizado por conta de crescimentos em outras regiões, 27 de julho de 2022. **Revista G1**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/07/27/facebook-perde-2-milhoes-de-usuarios-mensais-e-tem-1a-queda-no-faturamento.ghtml>>. Acesso em outubro de 2022.

FLESCHE, José Norberto. Google diz que PL 2630 não combate desinformação. **Portal de telecomunicação, internet e TICs**, 11 de março de 2022. Disponível em: <<https://www.telesintese.com.br/google-diz-que-pl-2630-nao-combate-desinformacao/>>. Acesso em novembro de 2022.

FERNANDES, Daniela. “Gigantes da web são novo Estado”, diz Pierre Lévy, 26 de março de 2021. **O Valor Econômico**. Disponível em: <<https://valor.globo.com/eu-e/noticia/2020/10/23/gigantes-da-web-sao-novo-estado-diz-pierre-levy.ghtml>>. Acesso em outubro de 2022.

FERNANDES, Rômulo Magalhães. Direito à comunicação e cidadania: o processo democrático no centro do debate. **Revista Katálysis**, Florianópolis, v. 24, n. 1, jan./abr, p. 139/145, 2021.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. 1 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FERRAZ Jr., Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo: Atlas, 2003.

Folha deixa de publicar conteúdo no Facebook. **Folha de São Paulo**, 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/02/folha-deixa-de-publicar-conteudo-no-facebook.shtml>>. Acesso em maio de 2021.

FONSECA, Francisco. Mídia, poder e democracia: teoria e práxis dos meios de comunicação. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 6, p. 41-69, julho-dezembro, 2011.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 8 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOROOHAR, Rana. **Don't be Evil: how big tech betrayed its founding principles – and all of us**. New York: Currency, 2019. *E-book*.

FORTUNE. Why Google and Facebook Prove the Digital Ad Market Is a Duopoly. **Fortune**, 28 de Julho de 2017. Disponível em: <<http://fortune.com/2017/07/28/googlefacebook-digital-advertising/>>. Acesso em julho de 2021.

FRAZÃO, Ana. As finalidades do Direito da Concorrência. **Revista Jota**, 08 de março de 2017. Disponível em: <http://www.professoraanafraza.com.br/files/publicacoes/2017-03-24-As_finalidades_do_Direito_da_Concorrencia.pdf>. Acesso em novembro de 2022.

FRAZÃO, Ana. Big Data, Plataformas Digitais e Principais Impactos sobre o Direito da Concorrência. In: FRAZÃO, Ana; CARVALHO, Angelo Gamba Prata de (org.). **Empresa, Mercado e Tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, p. 181-199, 2019.

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

FRAZÃO, Ana. Direito da Concorrência e democracia: o que um tem a ver com o outro? **Jota**, 07 de março de 2018. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicaoempresa-e-mercado/direito-da-concorrenca-e-democracia-o-que-um-tem-ver-com-o-outro07032018>>. Acesso agosto de 2021.

FRAZÃO, Ana. Quando Elon Musk resolve comprar o Twitter... e pode fazê-lo: algumas reflexões sobre os impactos da operação sobre os usuários e sobre a democracia, 04 de maio de 2022. **Revista Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/quando-elon-musk-resolve-comprar-o-twitter-e-pode-faze-lo-04052022>>. Acesso em outubro de 2022.

FRANCE. **AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE**. Décision n° 21-D-17 du 12 juillet 2021 relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de Google dans la décision n° 20-MC-01 du 9 avril 2020. Data da decisão: 09 de abril de 2020.

FRANCE. **Code de commerce**. Paris.

FRANCE. **Code de la propriété intellectuelle**. Paris.

FRANCE. **Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen**. Versalhes, França, 1789. Disponível em: <<https://br.ambafrance.org/A-Declaracao-dos-Direitos-do-Homem-e-do-Cidadao>>. Acesso em novembro de 2022.

FRANCE. **LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019**. Dossier Législatif: LOI n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse/Échéancier d'application. Paris, 2019.

FTC Sues Facebook for Illegal Monopolization: Agency challenges Facebook's multi-year course of unlawful conduct, 9 de dezembro de 2020. **Federal Trade Commission**. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2020/12/ftc-sues-facebook-illegal-monopolization>>. Acesso em fevereiro de 2021.

GIL, Antônio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

GOLDSMITH, Jack; WU, Tim. **Who Controls the Internet?** Illusions of a borderless world. New York: Oxford University Press, 2006. *E-book*.

GONÇALVES, Priscila Brolio; COUTINHO, Diogo R. O antitruste, a regulação e as big tech, 21 de março de 2019. **Revista Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/o-antitruste-a-regulacao-e-as-big-tech-21032019>>. Acesso em julho de 2021.

Google se aproxima de US\$ 2 trilhões em valor de mercado, 02 de fevereiro de 2022. **Revista Exame**. Disponível em: <<https://exame.com/tecnologia/google-se-aproxima-de-us2-trilhoes-em-valor-de-mercado/>>. Acesso em outubro de 2022.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2009.

HOTOTIAN, Andrea. **Tutela autoral da obra jornalística gráfica**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

How Big Tech became such a big target on Capitol Hill, 10 de outubro de 2020. **CNBC**. Disponível em: <<https://www.cnbc.com/2020/10/10/how-big-tech-became-such-a-big-target-on-capitol-hill.html#:~:text=%E2%80%9CToday's%20big%20tech%20companies%20have,small%20businesses%20and%20stifled%20innovation.%E2%80%9D>>. Acesso em outubro de 2022.

JASPER, Eric. Hadmann. Paradoxo tropical: a finalidade do direito da concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 7, nº 2, 2019, p. 171-189.

KHAN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. **The Yale Law Journal**, vol. 126, n. 3, p. 564- 907, jan. 2017. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2911742>>. Acesso em julho de 2020.

KLEIN, Vinícius; DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Quem tem medo de Lina Khan? **Revista Justiça do Direito**, v. 35, n. 3, p. 309-331, Set./Dez., 2021.

KMAN, Pinar. The theory of abuse in Google search: a positive and normative assessment under EU competition law. **Journal of Law, Technology and Policy**. vol. 3, p. 301/374, 2017.

LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. Direito à liberdade de imprensa. **Revista Justitia**, v. 63, n. 194, p. 87–94, abr./jun., 2001.

MAIA, Rousiley C. M. Mídia e deliberação pública: mediações possíveis. In: **Anais do 11º Encontro Anual da COMPÓS**, 2002, Rio de Janeiro. Disponível em: <<https://proceedings.science/compos/compos-2002/papers/midia-e-deliberacao-publica--mediacoes-possiveis?lang=pt-br>>. Acesso em: novembro 2022.

MARRARA, Thiago. **Sistema brasileiro de defesa da concorrência**: organização, processos e acordos administrativos de acordo com o código de processo civil de 2015. São Paulo: Atlas, 2015.

MATSA, Katerina Eva. More Americans are getting news on TikTok, bucking the trend on other social media sites, 21 de outubro de 2022. **Pew Research Center**. Disponível em: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2022/10/21/more-americans-are-getting-news-on-tiktok-bucking-the-trend-on-other-social-media-sites/>>. Acesso em outubro de 2022.

MAZUCATO, Thiago. **Metodologia da pesquisa e do trabalho científico**. Penápolis: Funep, 2018.

MEDEIROS, José Augusto. **Antitruste e política industrial**: a tutela do mercado-interno em econômicas periféricas. *Revista de defesa da concorrência*, vol. 7, n.º 1, 239-268, maio 2019.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 8 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MIRANDA, Isabella Dorigheto. **Alternativas para a análise antitruste brasileira dos atos de concentração em plataformas digitais: inovação e concorrência**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2022.

MIRANDA, Isabella Dorigheto; PARAVELA, Tatyana Chiari. Big techs e impactos democráticos: liberdade de imprensa a partir da interação entre plataformas digitais e os veículos de mídia. In: CARDOSO, Fernando da Silva; MOTTA, Andrea Costa do Amaral; D'ANGELO, Isabele Bandeira de Moraes (Org.). **Direito e contemporaneidade**: estudos, interdisciplinaridade e perspectivas. 1 ed, vol. 3, p. 17-40, São Paulo: Pimenta Cultural, 2022.

NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. Paris, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em novembro de 2022.

O Google e o Cade: Mídia profissional requer remuneração pelo conteúdo veiculado nas plataformas digitais. **Estadão**, 07 de março de 2021. Disponível em: <<https://opinio.estadao.com.br/noticias/notas-e-informacoes,o-google-no-cade,70003638956>>. Acesso em novembro de 2022.

OECD. **Abuse of dominance in digital markets**. OECD Publishing, Paris, 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/abuse-of-dominance-in-digital-markets.htm#:~:text=Many%20digital%20markets%20exhibit%20certain,a%20small%20number%20of%20firms.>>. Acesso em julho de 2021.

OECD. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**, OECD Publishing, União Europeia, 2020. Disponível em: <<https://www.oecd.org/innovation/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation-53e5f593-en.htm>>. Acesso em novembro de 2022.

OECD. **Policy Roundtables. The Essential Facility Concept**. OECD Publishing, Paris, 1996. Disponível em <<https://www.oecd.org/daf/competition/abuse/1920021.pdf>>. Acesso em agosto de 2021.

OECD. **The Digital Economy**. OECD Publishing, Paris, 2012. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>>. Acesso em julho de 2021.

PERON, Isadora; ROSA, João Luiz. Congresso terá de discutir papel de “Big Techs”. **Valor Econômico**, 22 de março de 2021. Disponível em: <<https://glo.bo/3yCXNAf>>. Acesso em maio de 2021.

Personalised Pricing in the Digital Era, 28 de novembro de 2018. **OECD**. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2018\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf)>. Acesso em fevereiro de 2021.

Related rights: The Autorité accepts Google's commitments, 21 de junho de 2022. **Autorité de la Concurrence**. Disponível em: <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/related-rights-autorite-accepts-googles-commitments>>. Acesso em novembro de 2022.

Remuneration of related rights for press publishers and agencies: the Autorité fines Google up to 500 million euros for non-compliance with several injunctions, 13 de julho de 2021. **Autorité de la Concurrence**. Disponível em: <<https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiqués-de-presse/remuneration-related-rights-press-publishers-and-agencies-autorite-fines>>. Acesso em novembro de 2022.

REUTERS. Google fecha acordo com redes de TV da Austrália e News Corp para pagar por conteúdo: Facebook resiste. **O Globo**, 17 de fevereiro de 2021. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/google-fecha-acordo-com-redes-de-tv-da-australia-news-corp-para-pagar-por-conteudo-facebook-resiste-24886748>>. Acesso em maio de 2021.

ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em mercados digitais e desafios ao controle de atos de concentração. **Revista de Direito da Concorrência**. v. 7, n.º 2, p. 99/120, novembro 2019.

RODRIGUES, Lorena. Investigado pelos EUA, Google já é alvo de três processos no Cade. **O Estado de São Paulo**, 21 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3vuTViR>>. Acesso em maio de 2021.

ROLNIK, Guy et al. **Protecting Journalism is the age of digital platforms**. Stigler Center for the Study of the Economy and the State. Chicago: University of Chicago 2019, p. 5-6. Disponível em: <<http://www.columbia.edu/~ap3116/papers/MediaReportFinal.pdf>>. Acesso em novembro de 2022.

ROMANINI, Anderson Vinícius; MIELLI, Renata. A comunicação dominada pelas “big techs” digitais: superabundância informativa, espetáculo, alienação e fabricação de sentido no mundo algorítmico. **Revista Eptic**, vol. 23. n. 1. Jan/Abr, 2021.

ROSPA, Aline Martins. O papel do direito fundamental à liberdade de imprensa no estado brasileiro. **Revista Âmbito Jurídico**, 1º de setembro de 2011. Disponível em: <<https://bit.ly/3yCXuFB>>. Acesso em maio de 2021.

RUEDIGER, Marco. **Robôs, redes sociais e política no Brasil**: interferência de perfis automatizados e atores políticos no debate eleitoral brasileiro. Policy Paper 2. Rio de Janeiro: FGV DAPP, 2018.

SAITO, Leandro. Antitruste e Novos Negócios na Internet: condutas anticompetitivas ou exercício regular de poder econômico? Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito do Largo São Francisco, Universidade de São Paulo, 2016.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. Hipster Antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na Era da Informação: o que deve ser alterado, destarte, é a metodologia de análise, não os objetivos do antitruste, 28 de dezembro de 2018. **Revista Jota**. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018>>. Acesso em outubro de 2022.

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

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, Socialism and Democracy**. Londres e Nova Iorque: Routledge, 2003.

Should big tech save newspapers? No. They need to save themselves. **The Economist**, 17 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://www.economist.com/business/2020/10/17/should-big-tech-save-newspapers>>. Acesso em novembro de 2022.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25 ed. São Paulo: Malheiros, agosto de 2005.

SIMONS, Margaret. Journalism faces a crisis worldwide – we might be entering a new dark age. **The Guardian**, 15 de abril de 2017. Disponível em: <<https://www.theguardian.com/media/2017/apr/15/journalism-faces-a-crisis-worldwide-we-might-be-entering-a-new-dark-age>>. Acesso em novembro de 2022.

STOLLER, Matt. Tech Companies Are Destroying Democracy and the Free Press. **The New York Times**, 17 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://www.nytimes.com/2019/10/17/opinion/tech-monopoly-democracy-journalism.html?>>. Acesso em novembro de 2022.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. **Boston College Law Review**, v. 53, p. 551-629, 2012.

The Treasury. **Australian Government**. Disponível em: <<https://treasury.gov.au/>>. Acesso em novembro de 2022.

The world's most valuable resource is no longer oil, but data: The data economy demands a new approach to antitrust rules. **The Economist**, 06 de maio de 2017. Disponível em: <<https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>>. Acesso em outubro de 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Determinados a estabelecer os fundamentos de uma união cada vez mais estreita entre os povos europeus. Roma, IT, 1957.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. **Digital economy report 2019 – Value creation and capture: implications for developing countries**. United Nations Publications: New York, 2019.

WICHOWSKI, Alexis. **The Information Trade: how big tech conquers countries, challenges our rights, and transforms our world**. New York: HarperOne, 2020.

WU, Tim. **The Curse of Bigness: how corporate giants came to rule world**. London: Atlantic Books, 2020. *E-book*.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2 ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.