

IX PRÊMIO SEAE– 2014

Tema 1. Defesa da Concorrência

Inscrição: **28**



CLASSIFICAÇÃO: 3º LUGAR

Título da Monografia:

Propaganda Online e privacidade - o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste

Marcela Mattiuzzo

(23 anos)

São Paulo - SP

Graduada em Direito – USP

Assistente de Pesquisa - FGV/SP

Resumo: Costuma-se afirmar que empresas “pontocom” devem ser descritas como mercados de dois lados. Esse trabalho filia-se a uma minoria de autores que entende que o funcionamento de grande parte dessas empresas não pode ser corretamente compreendido por meio das regras desse modelo. Procura-se demonstrar (i) de que modo plataformas de propaganda online, que fornecem aos seus usuários serviços gratuitos – como ferramentas de busca e redes sociais – são na verdade melhor descritas sob um modelo de *varejo de dados pessoais* e (ii) como essa abordagem modifica a análise antitruste. Para isso, recorre-se a uma breve análise de caso no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, a qual visa apontar efeitos substantivos da proposta aqui apresentada para a defesa da concorrência. Conclui-se que o varejo de dados pessoais (i) traz o direito fundamental de privacidade para a jurisdição antitruste, bem como (ii) altera a percepção sobre os mercados relevantes nos quais as empresas “pontocom” atuam, (iii) insere considerações relevantes sobre bancos de dados como estruturas essenciais e (iv) aponta preocupações pertinentes em matéria de integração vertical e barreiras à entrada.

Palavras-chave: propaganda online, privacidade, antitruste

IX Prêmio SEAE - 2014

Tema 1: Defesa da Concorrência

Propaganda online e privacidade – o varejo de dados pessoais na perspectiva
antitruste

Introdução	4
I. Mercados de dois lados - o modelo econômico tradicional	5
I.1 O problema “do ovo e da galinha”	6
I.2 Estrutura e nível de preços	8
I.3 Efeitos de rede	9
II. Plataformas de propaganda online como mercados de dois lados	11
II.1 Interdependência entre usuários e anunciantes	12
II.1.1 Oportunidades de compra	12
II.1.1.1 E-Commerce e Ferramentas de Busca Vertical	14
II.1.1.2 Bloqueio de propaganda	16
II.1.2 A relevância da propaganda	17
II.1.3 O modelo de dois lados e a propaganda	19
II.1.3.1 O problema “do ovo e da galinha”	20
II.1.3.2 Estrutura e níveis de preços	21
II.1.3.3 Efeitos de rede e internalização de benefícios	22
III. Varejo de dados pessoais - um mercado unilateral	24
III.1 A plataforma e os usuários - o mercado a montante	25
III.1.1 Aquisição de dados pessoais em primeira mão	26
III.1.2 Aquisição de dados pessoais por terceiros	27
III.1.2.1 Mecanismos de monitoramento	28
III.1.2.2 Custos de aquisição de tráfego	29
III.1.2.3 Acordos sobre dados pessoais	30
III.1.2.4 Indústria de monitoramento	31
III.1.3 O caso Google/DoubleClick - como dados pessoais são analisados por autoridades antitruste	33
III.1.3.1 Análise da FTC	35
III.1.3.2 Análise da Comissão Europeia	36
III.1.3.3 Análise do CADE	38
III.1.3.4 Proposta alternativa - inclusão do mercado a montante na análise	38
III.2 A plataforma e os anunciantes - o mercado a jusante	40
III.2.1 Descrição do mercado - capacidade de criação de perfis ou monetização de dados?	40
III.2.2 Segmentação em propaganda online	43
III.3 O mercado das plataformas de propaganda online	44
III.3.1 Os agentes do mercado	45

IV. Privacidade e Antitruste	46
IV.1 Privacidade no mercado - a jurisdição antitruste	47
IV.1.1 O mercado relevante	48
IV.1.2 Barreiras à entrada	50
IV.1.2.1 Barreiras em serviços de busca	51
IV.1.2.2 Portabilidade de dados	52
IV.1.3 A doutrina das estruturas essenciais	53
IV.1.4 Integração vertical	54
IV.2 Privacidade como direito fundamental	55
V. O caso brasileiro - o papel do CADE	57
V.1 A Phorm e o varejo de dados pessoais	58
V.1.1 Percepções iniciais da autoridade concorrencial	60
V.1.2 Oi, Telefônica e Phorm	62
V.1.3 Estabelecendo o varejo de dados pessoais	65
Conclusões	68

Introdução

Durante os últimos anos, as autoridades concorrenciais têm conferido especial atenção a empresas “pontocom” devido ao número crescente de supostos monopólios surgidos nesse mercado. Na tentativa de compreender o funcionamento dessas empresas, várias investigações no campo do antitruste tiveram início em diversas jurisdições. Em meio a tais análises, tanto as autoridades quanto os acadêmicos costumam considerar as empresas “pontocom” como mercados de dois lados (ou plataformas de dois lados).¹ Ferramentas de busca, redes sociais, plataformas e-commerce, e outros seriam todos parte desse mesmo modelo econômico.

Esse trabalho filia-se a uma minoria que entende que alguns dos mais relevantes mercados da Internet não podem ser corretamente compreendidos por meio das regras aplicadas aos mercados de dois lados.² Procura-se demonstrar (i) como os mercados de propaganda online que fornecem a seus usuários serviços gratuitos, como Google e Facebook, são na verdade melhor descritos através de um modelo de *varejo de dados pessoais* e (ii) de que forma essa abordagem modifica a análise antitruste, tanto em relação a questões concorrenciais tradicionais, como determinação do mercado relevante, barreiras à entrada e integração vertical, quanto em relação ao debate sobre os limites e objetivos do antitruste e sua permeabilidade à teoria dos direitos fundamentais.³

¹ Os termos são tratados como sinônimos ao longo do trabalho.

² (Manne and Wright 2011), pp. 206-207, por exemplo, dizem que “[m]any claim that Google’s search engine and search advertising represent a multi-sided platform that benefits from the presence of network effects, but nearly all such claims take these effects for granted or assert them without empirical backing and derive legal conclusions from their existence without analysis”.

³ Minha impressões estão fortemente inspiradas no trabalho de Giacomo Luchetta. Sua análise, no entanto, é limitada ao caso Google. Busco expandir suas conclusões, a fim de explicar de forma mais abrangente o mercado, incluindo outras empresas, as quais chamo de PPOs.

O argumento será apresentado da seguinte forma: o item I traz uma breve descrição dos mercados de dois lados, apontando suas principais características. O item II esclarece de que maneira as plataformas de propaganda online (PPOs)⁴ têm sido descritas sob esse modelo econômico, ressaltando os motivos pelos quais ele não é o mais adequado para abordá-las. O item III apresenta o modelo alternativo de mercado, o “varejo de dados pessoais”. O item IV preocupa-se com a questão que se coloca tendo em vista às conclusões dos itens I a III, ou seja, quais seriam as consequências de inserir a privacidade, e mais especificamente os dados pessoais, sob jurisdição concorrencial. Para responder tal questão, explora como o modelo alternativo de varejo de informação seria útil na análise antitruste, voltando-se em especial à coleta de dados pessoais e à maneira pela qual o assunto tem sido inserido nas decisões de autoridades concorrenciais, apontando para a necessidade de inclusão da privacidade como mais uma das preocupações do direito da concorrência. Finalmente, no item V, as noções são apresentadas no âmbito do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), ressaltando de que forma casos decididos no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) poderiam sofrer alterações se os conselheiros optassem por enxergar os sistemas de plataformas online como um varejo de dados pessoais.

I. Mercados de dois lados - o modelo econômico tradicional

A doutrina e a jurisprudência concorrenciais são praticamente unânimes em afirmar que vários dos mais importantes mercados online devem ser compreendidos como mercados de dois lados. O enquadramento de tais mercados foi delineado ao longo dos anos com contribuições de (Rochet and Tirole, Platform Competition in

⁴ A definição de uma plataforma de propaganda online é propositadamente ampla. Considero como PPO plataformas cujo modelo de negócio é baseado em propaganda. Uma definição mais estrita do conceito será fornecida ao longo do trabalho.

Two-Sided Markets 2003), (Evans, The Antitrust Economics of Two-Sided Markets 2002), (Shapiro and Varian 1999), (Katz and Shapiro, Systems Competition and Network Effects 1994), entre outros. De acordo com essa literatura, plataformas como a ferramenta de busca Google e a rede social Facebook podem ser inseridas na categoria de mercados de dois lados, pois reúnem dois grupos distintos de consumidores, a saber, usuários e anunciantes. O modelo é também compatível com outras atividades, como as das empresas de cartão de crédito, de video-games, de sistemas operacionais, as corretorias de imóveis e os shopping centers.

O que todos eles têm em comum, de acordo com a doutrina, é (i) a presença de dois grupos de consumidores e (ii) a necessidade de uma plataforma para conectá-los.⁵ Essa peculiaridade surge por ser a plataforma, e *somente* a plataforma, capaz de internalizar os benefícios advindos da presença simultânea dos dois grupos, o que gera interdependência entre eles e, ao mesmo tempo, dependência da plataforma.⁶

Três consequências advêm dessa elaboração. Primeiramente, o problema “do ovo e da galinha”; em segundo lugar, a necessidade de construção de uma estrutura de preços diferenciada dos mercados tradicionais; por último, os efeitos de rede. Cada uma dessas consequências será descrita em maior detalhe nos tópicos seguintes.

I.1 O problema “do ovo e da galinha”

Qualquer mercado de dois lados é caracterizado pela presença de dois grupos distintos, porém simultâneos, de consumidores. Esse mercado deixaria de existir se

⁵ O modelo econômico é obviamente muito mais detalhado que essa breve explicação. Não se pretende, no entanto, conduzir uma extensa análise econométrica das proposições e especificidades dos mercados de dois lados, a qual pode ser encontrada em (Rochet and Tirole, Two-sided markets: a progress report 2006).

⁶ Outra maneira de abordar a questão seria dizer que há externalidades de um agente econômico a serem internalizadas pela plataforma.

os dois grupos não se apresentassem concomitantemente. Se é assim, e um dado grupo A somente pode extrair os benefícios da plataforma se outro grupo B já for parte dela, e o grupo B, por sua vez, enfrenta o mesmo dilema, como convencê-los a aderir ao modelo? Este é o chamado problema “do ovo e da galinha”.

O problema se torna mais claro pela análise de um clássico mercado de dois lados, o das bandeiras de cartão de crédito. Empresas como Visa, MasterCard e American Express coordenam a relação entre lojistas e compradores. Os compradores só estão interessados em ser parte desse mercado se há um número suficiente de lojistas que aceita o cartão de crédito como forma de pagamento. Os lojistas, por sua vez, só se interessam por aceitar cartões de crédito se um número suficiente de compradores escolhe o cartão como método de pagamento. Sendo assim, a plataforma precisa desenvolver uma estratégia a fim de trazer ambos os grupos ao mercado ao mesmo tempo.⁷ Tais estratégias são muito variadas, mas trata-se de questão que todas as empresas do ramo precisam enfrentar. Quando elas falham nesse enfrentamento, seus produtos sucumbem no mercado. Foi o que ocorreu nas chamadas “guerras dos formatos”. A primeira dessas batalhas se deu entre o VHS e o Betamax, a segunda, entre o HD-DVD e o Blu-ray. Em ambos os casos, um dos formatos não teve êxito em engajar um número suficiente de produtores e compradores, o que fatalmente levou à sua extinção.⁸

⁷ Há uma característica contingente da indústria de cartões de crédito que a torna menos adequada ao modelo de mercado de dois lados. Se considerarmos a multiplicidade de bandeiras em operadores de cartões, poderíamos dizer que um entrante no mercado não enfrentaria o problema do ovo e da galinha, já que ele não necessariamente teria o desafio de reunir lojistas e usuários. Um bom exemplo é o próprio caso brasileiro. No Brasil, até 2009, o mercado de cartões eram monopolizado pelas empresas Visa e MasterCard. Cada uma delas detinha contratos de exclusividade com operadores de cartão de crédito, respectivamente VisaNet e Redecard. A partir de 01 de julho de 2010, os operadores foram proibidos pelo CADE de deter exclusividade de qualquer dos líderes de mercado. A consequência foi a inserção de multiplicidade de marcas. Hoje, a Cielo SA (antiga VisaNet) trabalha com uma diversidade de marcas, e o mesmo pode ser dito sobre a Rede SA (antiga Redecard). Isso quer dizer que um novo agente de mercado não necessariamente deve estabelecer uma nova rede de usuários, ele pode simplesmente arcar com os custos de ter sua marca inserida nas máquinas Cielo ou Rede. Para mais sobre a regulação desse setor, ver (Folha de S. Paulo 2010)

⁸ Para mais informações sobre o embate entre HD-DVD e Blu-ray, (Lawler 2014).

I.2 Estrutura e nível de preços

Se as plataformas de dois lados funcionam como intermediárias numa transação única, elas devem estabelecer, diferentemente do que ocorre em mercados tradicionais, não só o nível de preços para seus produtos, como também a estrutura de alocação desses preços que demonstre ser a mais adequada para maximização dos lucros. A estratégia de tratar ambos os grupos de consumidores de maneira indistinta, cobrando-lhes quantias idênticas, dificilmente será a melhor. Os mercados de video-games e sistemas operacionais, por exemplo, fornecem duas opções distintas de alocação de preços: os produtores de consoles de video-games devem coordenar a relação entre jogadores e desenvolvedores, os quais estão inseridos na relação de compra e venda de jogos adaptados para um determinado console. A opção é por fazer da principal fonte de lucro do mercado não o jogador, mas o desenvolvedor de games, o qual paga por uma licença a fim de ter acesso ao código do console.⁹ Mercados como o de sistemas operacionais, por outro lado, apesar de continuarem coordenando uma transação única - a compra e venda de programas e aplicações para um dado sistema operacional -, optaram por alocações distintas, tendo no usuário final sua fonte de lucro.

Quando falamos em estruturas de preço, é preciso ter em mente, como destacam (Rochet and Tirole, Two-sided markets: a progress report 2006), que o modelo de negócio dos mercados de dois lados sempre conta com um *loss leader*, ou seja, um grupo de consumidores que subsidiará o negócio, não sendo responsável por nenhum ganho monetário substancial, servindo apenas de atração para o mercado. Nos exemplos anteriores de empresas de video-game e sistemas operacionais, os jogadores e os desenvolvedores de programas são os respectivos

⁹ (Rosmarin 2006) demonstra, por meio do exemplo de um game específico, como se dá a lucratividade do setor. (Rochet and Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets 2003) também abordam o assunto.

loss leaders. Esse conceito será analisado em maior detalhe no item II, quando da referência à adequação do modelo de dois lados às PPOs.

I.3 Efeitos de rede

O modelo de mercado de dois lados não pode ser reduzido às considerações sobre efeitos de rede, mas essa é uma de suas características mais marcantes.¹⁰

Um mercado apresenta efeitos de rede quando os consumidores se beneficiam (i) de um maior número de agentes no lado oposto da plataforma - efeitos indiretos; ou (ii) de um maior número de agentes do mesmo lado da plataforma - efeitos diretos.

Ainda que nem todos os autores reconheçam essa distinção entre efeitos diretos e indiretos, as consequências de cada tipo, como aponta (Clements 2004), são diametralmente opostas. Quando a utilidade da plataforma para um dado usuário aumenta paralelamente ao número de consumidores no outro lado do mercado (isto é, no lado oposto da plataforma), os efeitos são chamados indiretos. Esse é o aspecto mais claramente relacionado com o problema do ovo e da galinha e portanto presente em todos os mercados de dois lados: o mercado deixa de existir sem a concomitância dos dois grupos de consumidores, mas ele se torna mais atrativo e valioso para qualquer um dos lados quanto maior for o número de agentes no lado oposto. Contrariamente, se a maior utilidade advém de um aumento de agentes no mesmo grupo de consumidores, os efeitos são diretos.¹¹ Tal efeito pode ser observado se o tamanho da rede em si for de alguma relevância para o usuário.

¹⁰ (Evans and Schmalensee, *The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses* 2013), (Shapiro and Varian 1999), (Katz and Shapiro, *Network Externalities, Competition, and Compatibility* 1985), (Clements 2004), (Evans and Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms* 2007), etc.

¹¹ Autores têm denominações diversas para os efeitos diretos. (Shapiro and Varian 1999), pp. 174-175, dizem que “[...] the value of connection to a network depends on the number of other people already connected to it. This fundamental value proposition goes under many names: network effects, network externalities, and demand-side economies of scale. They all refer to essentially the same point: other things being equal, it’s better to be connected to a bigger network than a smaller one.”

Qualquer mercado de dois lados apresenta alguma forma de **efeito de rede indireto**. Um bom exemplo é o da indústria de video-games. De um lado, temos os jogadores, de outro, os desenvolvedores de games. Os jogadores verão seus consoles como mais valiosos na medida em que mais desenvolvedores aderirem à plataforma, pois dessa maneira terão mais opções dentre as quais escolher quando forem comprar seus próximos games. Essa indústria, no entanto, não apresenta efeitos de rede diretos em ambos os lados, pois enquanto os jogadores extrairão benefícios de um maior número de indivíduos do seu lado da plataforma, os desenvolvedores não têm qualquer interesse num aumento dos agentes em seu grupo - somente na medida em que um maior grupo de desenvolvedores torna a plataforma mais atraente para os jogadores, por produzir mais jogos dentre os quais estes últimos poderão optar. De qualquer forma, o *benefício em si* continua tendo origem no lado oposto da plataforma.

Efeitos de rede diretos, por outro lado, estão absolutamente ausentes em alguns mercados de dois lados. A indústria de sistemas operacionais é um exemplo de plataforma que conta com tais efeitos, enquanto que a de cartões de crédito é um caso em que tais efeitos não se verificam. Os usuários do sistema operacional e os desenvolvedores de aplicações e programas são os dois grupos parte do primeiro tipo de negócio, em que o lado dos usuários se beneficia não apenas de uma maior quantidade de aplicações criadas por um maior número de desenvolvedores (o efeito indireto clássico previamente descrito), mas também de um maior número de outros usuários finais. Isso porque as possibilidades de interação crescem, uma vez que qualquer novo usuário é teoricamente capaz de trocar arquivos com um maior número de pessoas. Na indústria de cartões de crédito, por sua vez, nenhum dos grupos se beneficia quando há um maior número de agentes no mesmo lado do

mercado.¹² É irrelevante para os compradores se outras pessoas também se utilizam desse método de pagamento, assim como é irrelevante para os lojistas se outras lojas aceitam cartões como forma de pagamento.

Tendo estabelecido as bases desse modelo do mercado, examinarei a seguir como as PPOs têm sido descritas como plataformas de dois lados, explicitando os motivos pelos quais esse não é um enquadramento adequado.

II. Plataformas de propaganda online como mercados de dois lados

Boa parte da doutrina que fundou a teoria dos mercados de dois lados também foi responsável por incluir as PPOs como parte desse modelo econômico. (Rochet and Tirole, Platform Competition in Two-Sided Markets 2003) classificam as plataformas online como “portais”, colocando “consumidores” e “anunciantes” nos dois polos complementares; (Evans, The Antitrust Economics of Two-Sided Markets 2002) faz referência aos portais de mídia como “criadores de audiência e não de mercado” e inclui “sites de internet que constituem plataformas de mídia” como parte desse conjunto, enquanto (Wotton 2007) afirma a necessidade de aplicação de um modelo de dois lados para casos concorrenciais envolvendo mercados de mídia, tanto no Reino Unido quanto na União Europeia.

Como dito no item I, plataformas de dois lados têm uma característica inescapável: elas conectam dois grupos distintos de consumidores que não são capazes de internalizar os benefícios criados pela parte contrária de maneira autônoma, ou seja, que só podem ser obtidos por intermédio da plataforma. Como resultado, apresentam-se as consequências também já descritas: o problema do ovo e da galinha, a necessidade de uma estrutura de preços e os efeitos de rede. Os

¹² Salvo no já mencionado caso das operadoras multimarca de cartões.

subitens seguintes buscarão mostrar porque os mercados de PPOs não apresentam essa característica nem quaisquer de suas consequências.

II.1 Interdependência entre usuários e anunciantes

Apesar de usuários claramente trazerem benefícios para anunciantes (quanto maior o número de usuários, maior a audiência, maior a notoriedade da marca e a chance de vender produtos), *os anunciantes são, no melhor dos casos, irrelevantes para os usuários*. A propaganda é um preço que os usuários pagam a fim de ter acesso à plataforma, mas não é valiosa para os usuários da mesma maneira que os desenvolvedores de games são valiosos para os jogadores, os lojistas para os usuários de cartão de crédito e os engenheiros de aplicativos para os usuários desses aplicativos. Diferentemente do que ocorre nesses casos, a PPO tem todas as condições de funcionar sem a presença dos anunciantes.

Acredito que tal afirmação de que a propaganda não é útil ou valiosa para os usuários de plataformas online pode ser contestada por três tipos de argumento: (i) os usuários estão sempre procurando por oportunidades de compra, (ii) a propaganda é sempre útil para os usuários ou (iii) a plataforma não existiria sem a presença dos anunciantes. Cada um deles será rebatido a seguir.

II.1.1 Oportunidades de compra

Alguns autores parecem entender que o valor que a propaganda fornece a usuários em PPOs é evidente, pois usuários em tais plataformas estão determinados a adquirir bens. (Varian 2006) sugere tal conclusão ao chamar o Google de “yenta” (ou match-maker), afirmando que essa plataforma combina “pessoas que buscam informação” com “pessoas que fornecem informação”, assim como “pessoas que querem comprar coisas” com “pessoas que querem vender coisas”. A afirmação, no entanto, é enganosa. Usuários, em sua maior parte, não estão interessados em

comprar bens quando acessam PPOs, eles desejam adquirir conteúdo, seja na forma de resultados de busca (os quais podem incluir, mas não são restritos a, buscas por produtos), de interação com outros usuários, de acesso a suas contas de e-mail, etc.

(Rose and Levinson 2004), num trabalho especificamente projetado para plataformas de busca, classificaram os resultados de tais buscas com base no objetivo que o usuário almejava atingir com a pesquisa. Eles propuseram uma tipologia tripla: (i) busca de informação - aquela conduzida quando o usuário deseja localizar *conteúdo*, seja por meio de uma chave de busca bastante restrita ou extremamente ampla, incluindo desde conselhos [advices] até pesquisas para trabalhos escolares, (ii) busca de navegação - inclui chaves de usuários que procuram por uma *organização, instituição ou pessoa específica*, e tem como objetivo encontrar sua homepage, e (iii) busca de ofertas - na qual os usuários estão interessados num *produto* ulterior, o qual eles esperam encontrar por meio da ferramenta de busca. De acordo com essas categorias, as buscas por produtos fariam parte do último grupo, visto que os usuários estão interessados em adquirir um artigo ou serviço fornecido não pela ferramenta de busca ela mesma, mas por uma outra empresa. Os autores concluíram, depois de examinar aproximadamente 500 palavras-chave de busca nos EUA, que “cerca de 40% das buscas eram não-informacionais em todos os casos, e uma grande parcela das buscas informacionais pareciam ser tentativas de localizar um produto ou serviço, ao invés de adquirir conteúdo”.

Tais resultados dariam razão para sustentar que buscas de informação são de fato muito menos dominantes do que o argumento aqui apresentado pretende presumir. No entanto, pesquisas posteriores conduzidas por (Jansen, Booth and

Spink 2008), baseadas na mesma tipologia tripla, concluíram que mais de 80% das chaves de busca analisadas eram informacionais. Eles afirmam que “a variação na porcentagem de chaves navegacionais e de ofertas [em relação à pesquisa de Rose e Levinson] pode estar relacionada ao número de amostras utilizadas nas pesquisas previamente conduzidas (muito menores que as usadas nesse caso) e a distribuição [...] dessas chaves.”¹³

Dessa maneira, há razão para afirmar que a maioria dos usuários, quando fazendo buscas na internet, não está procurando por oportunidades de compra. Razões adicionais para fazer tal afirmação são a proliferação de websites especializados em varejo de bens, especificamente e-commerce e ferramentas de busca vertical, e as várias tecnologias de bloqueio de propaganda disponíveis para usuários.

II.1.1.1 E-Commerce e Ferramentas de Busca Vertical

Como dizer que a propaganda é irrelevante se existem hoje até mesmo plataformas como o e-commerce e as ferramentas de busca vertical especializadas em shopping? O argumento não é, por óbvio, o de que a propaganda é irrelevante para usuários que buscam oportunidades de compra nas PPOs, mas sim de que tanto o e-commerce quanto as ferramentas de busca verticais especializadas são parte de um mercado distinto, que opera sob regras diferentes.

Sobre o e-commerce, as razões pelas quais tais sites não são parte do mercado de PPOs aqui proposto serão delineadas com maior clareza no item III. No momento é suficiente dizer que, nesse caso, não há um mercado baseado na venda de propaganda, e sim na venda de bens e serviços, o que altera substancialmente

¹³ (Jansen, Booth and Spink 2008), p. 1262.

tanto o modelo de negócio quanto o modelo de mercado que pode adequadamente descrevê-lo.

Ferramentas de busca verticais, por outro lado, ainda que tenham por base de lucro a venda de propaganda, *fornecem informação na forma de anúncios*.¹⁴ Se o que a maioria dos usuários deseja é conteúdo e esse conteúdo, no caso das ferramentas verticais, é fornecido via anúncio, a propaganda torna-se relevante.¹⁵

É possível que críticas afirmem que a mera existência de ferramentas de busca vertical prejudica o argumento aqui apresentado. Na realidade, porém, a existência de tais ferramentas fortalece o argumento. Há plataformas distintas, com funcionalidades diferentes, direcionadas especificamente a usuários que buscam por oportunidades de venda e conseqüentemente valorizam a propaganda, o que indica que tais oportunidades *não são o que usuário padrão está buscando*. Não há nenhuma pretensão em se negar a utilidade dos anúncios para um grupo específicos de usuários, mas não se pode daí concluir que a propaganda é útil e relevante para todos eles.

Um exemplo pode auxiliar na compreensão desse ponto: o Google desenvolveu uma ferramenta específica para shopping, chamada Google Shopping, e decidiu operá-la com base em algoritmos orientados por preço de leilão, diferentemente do que ocorre com sua plataforma de busca padrão, Google

¹⁴ Resultados de busca em ferramentas verticais de shopping são determinados não só por sua relevância, mas também por meio de leilão. Em outras palavras, o que as plataformas exibem como conteúdo é a própria propaganda que lhe fornece lucro. Essa é uma diferença substancial em relação às PPOs analisadas nesse trabalho, pois nesse caso, falamos em um verdadeiro mercado de dois lados. Os requisitos para estabelecimento do varejo de dados pessoais aqui propostos serão esclarecidos no item IV e ajudarão a esclarecer essa diferença.

¹⁵ Enquanto que a busca orgânica é aquela feita por plataformas de maneira indistinta em toda a internet, em que não existe um segmento de concentração ou sites previamente definidos nos quais o algoritmo concentra sua atividade, pois ele pretende mapear toda a rede, as buscas verticais são limitadas a setores específicos, normalmente por meio do conteúdo buscado.

Search.¹⁶ É provável que o Google tenha optado por essa divisão por entender que o usuário padrão não está procurando por oportunidades de compra, e sim por conteúdo, e possuir uma ferramenta de busca mais específica permitiria que a empresa segregasse os casos em que esse conteúdo é igual aos anúncios, o que por sua vez possibilita aumento de lucro. O Shopping não é um mecanismo específico da busca orgânica, ele é uma plataforma distinta que funciona sob especificações próprias, cujo objetivo é atender a um grupo de usuários diferenciado.

II.1.1.2 Bloqueio de propaganda

A habilidade de bloquear anúncios é bastante difundida nos navegadores de Internet, por meio dos chamados *ad-blockers*. Eles são utilizados a fim de que anúncios não mais apareçam na página visitada pelo usuário, o que uma vez mais indica que o usuário padrão geralmente não está interessado em propaganda. O argumento só é convincente, no entanto, se uma parcela substancial de usuários efetivamente fizer uso de tais *ad-blockers*. Ainda que dados precisos nesse sentido sejam de difícil obtenção, é viável fornecer outras informações a esse respeito. O mais popular *ad-blocker* é conhecido como Adblock Plus. Ele possui mais de 200 milhões de downloads e uma média de mais de 18 milhões de usuários frequentes.¹⁷ Tais números para um só *ad-blocker* sugerem de que uma parcela significativa dos usuários na Internet não deseja estar em contato constante com anúncios.

Além dos *ad-blockers* desse tipo, navegadores de aparelhos celulares cada vez mais oferecem serviços de bloqueio de propagandas integrados, os quais impedem pop-ups e permitem que o usuário limite sua exposição a anúncios. Um exemplo é o

¹⁶ Sobre atualizações e atual funcionamento do Google Shopping, vide (Google Inc. 2012). Ainda que a busca orgânica conte com espaço publicitário, vendido de acordo com as palavras que os usuários submetem em suas chaves de busca, esse espaço é claramente identificado e separado dos resultados do algoritmo.

¹⁷ (Mozilla Firefox 2012)

Jerky, um navegador para Android. O produto é descrito da seguinte forma pelo seu criador: “Isso quer dizer que as irritantes pop-ups, que dirigem ao Google Play para instalação de aplicativos não desejados, etc., desaparecerão a partir do momento em que você acione essa ferramenta.”¹⁸

Ainda seria possível alegar, no entanto, que apesar de a maioria dos usuários na Internet não estar interessada em propaganda, o mesmo não é verdade para usuários de PPOs. Se isso fosse verdade, porém, por que o Adblock Plus teria se preocupado em divulgar em sua página, quando questionado a respeito das propagandas no Facebook, que “continuará a encontrar maneiras para permitir que você, o usuário, possa escolher entre permitir ou bloquear [anúncios]. A decisão pertence a você”¹⁹? Simplesmente não há nenhum bom motivo para acreditar que usuários em PPOs se comportam de maneira distinta. Como mencionado acima, quando os usuários buscam por oportunidades de compra, eles acessam plataformas que fornecem tal conteúdo. A mera existência dessas plataformas indica que se trata de um grupo selecionado de usuários, os quais estão de fato interessados em shopping, e que não correspondem à totalidade dos usuários de PPOs.

II.1.2 A relevância da propaganda

Uma investigação mais detida sobre o “valor da propaganda” vai além dos objetivos desse trabalho.²⁰ Pretendo simplesmente colocar em dúvida a afirmação de que anúncios são sempre úteis para quaisquer usuários, independentemente de suas razões para acessar uma plataforma. Tal afirmação baseia-se na presunção de que a propaganda é apenas mais um meio de fornecer informação aos usuários.

¹⁸ (Jerky App 2014)

¹⁹ (AdBlock Plus 2013)

²⁰ No entanto, o tema é extremamente relevante e recebeu atenção de outras fontes, como por exemplo (McCoy, et al. 2007), (Wang, et al. 2002), (Wielbacher 2003), (Ducoffe 1995).

Essa presunção é falsa por dois motivos: primeiramente, porque ignora que anúncios podem ser enganosos, por serem orientados a um objetivo específico, isto é, vender produtos, e portanto não configuram apresentações imparciais de dados, interessadas tão somente em apresentar uma marca ou produto ao usuário²¹; em segundo lugar, porque desconsidera que “quantidade não é qualidade” - o número excessivo de oportunidades e informações na Internet torna a navegação e a busca por conteúdo difícil para os usuários, já que muito do que está disponível não corresponde às suas necessidades. Esse excesso de informação é precisamente o que tornou alguns negócios “pontocom” tão rentáveis, porque eles proporcionam os meios para que o usuário selecione conteúdo. Ao inserir propaganda em suas páginas, as empresas vão na contramão dessa tendência, apresentando aos usuários mais conteúdo do que eles pretendem acessar, e assim provocando irritação ou aborrecimentos.²²

Como visto em II.1.1 acima, os usuários têm razões diferentes para acessar as plataformas, e nem todos buscam por oportunidades de compra. Consumidores buscando por outros tipos de conteúdo, quando se deparam com anúncios, tomam contato com informação em que não estão interessados. Há bons motivos para concluir que quando a propaganda serve a esse propósito ela é na realidade um desserviço aos usuários, como o exemplo dos *ad-blockers* pretende demonstrar.²³ Por esse motivo, diversas empresas desenvolveram modelos de negócio baseados no oferecimento de versões *ad-free* de seus produtos, as quais só podem ser

²¹ (Bloom and Krips 1982)

²² (Li, Edwards and Lee 2002).

²³ Mais de uma vez, pesquisas concluíram que os usuários veem esse tipo de propaganda como irritante. Estudos sobre propaganda online incluem as conclusões de (Rettie, Robinson and Jenner 2001), p. 7, os quais afirmam que “Internet advertising annoys many consumers. (...) As users become more experienced, Internet advertising becomes more annoying, so that we should expect annoyance, and consequently click-through to increase.”

acessadas mediante pagamento.²⁴ Não há porquê acreditar que as PPOs seguem regras diferentes, portanto também nelas a propaganda não é útil a qualquer usuário, pelo contrário, pode ser uma fonte de desconforto para muitos deles.²⁵

II.1.3 O modelo de dois lados e a propaganda

Atualmente, as maiores empresas “pontocom” são economicamente viáveis por conta da propaganda. O balanço do Google referente ao ano de 2013 demonstra que 91% de toda sua renda advém da propaganda.²⁶ O balanço do Facebook para o mesmo período indica um percentual próximo de 90%.²⁷

Nesse sentido, poder-se-ia sustentar que, ainda que nem todos os usuários pretendam adquirir produtos quando acessam plataformas online, e que consideremos que a propaganda não é sempre útil, ela é um “mal necessário” para o funcionamento do mercado das PPOs, dado que esse mercado é uma plataforma de dois lados e portanto os benefícios produzidos por cada um dos grupos participantes não podem ser internalizados de nenhuma outra forma. Buscarei demonstrar que PPOs não são estruturalmente plataformas de dois lados, e portanto devem ser compreendidas de forma distinta pelas autoridades antitruste e pela doutrina. O fato de tais empresas lucrarem com propaganda não significa que elas estejam inseridas em mercados de dois lados. As consequências identificadas no item I serão agora

²⁴ Um exemplo é o Spotify. O serviço baseia-se no oferecimento gratuito de músicas, as quais podem ser ouvidas sempre que o usuário se conecta à internet. Com o pagamento de uma taxa mensal, no entanto, as propagandas são eliminadas e o usuário pode desfrutar da ferramenta sem interrupções.

²⁵ Na realidade, há razão para afirmar que as PPOs seguem precisamente as mesmas regras. O jornalista Mat Honan decidiu conduzir um experimento e publicar suas conclusões na internet. Tal experimento consistia em “curtir” tudo aquilo que o Facebook apresentasse em seu feed de notícias durante um período de 48 horas. Segundo ele, “See, Facebook uses algorithms to decide what shows up in your feed. It isn’t just a parade of sequential updates from your friends and the things you’ve expressed an interest in. In 2014 the News Feed is a highly-curated presentation, delivered to you by a complicated formula based on the actions you take on the site, and across the web. I wanted to see how my Facebook experience would change if I constantly rewarded the robots making these decisions for me, if I continually said, ‘good job, robot, I like this.’” □ Alguns dos resultados do experimento incluíam mudanças até mesmo nos feeds de notícias de seus amigos, que aumentaram consideravelmente a frequência de exposição de suas “curtidas”: “While I expected that what I saw might change, what I never expected was the impact my behavior would have on my friends’ feeds. I kept thinking Facebook would rate-limit me, but instead it grew increasingly ravenous. My feed become a cavalcade of brands and politics and as I interacted with them, Facebook dutifully reported this to all my friends and followers.” (Honan 2014)

²⁶ (Google Inc. 2013)

²⁷ (Facebook Inc. 2014)

aqui retomadas, a fim de esclarecer os motivos pelos quais as PPOs são estruturalmente distintas de plataformas de dois lados.

II.1.3.1 O problema “do ovo e da galinha”

Uma das dificuldades que as empresas enfrentam quando entram num mercado de dois lados é saber como atrair simultaneamente para a plataforma ambos os grupos de consumidores. Se um dos grupos só se beneficia do mercado com a existência do grupo oposto, eles aderirão à plataforma concomitantemente ou não terão qualquer interesse nela. Tal problema não se apresenta no caso das PPOs. Aqui, a resposta à pergunta “quem vem antes?” é bastante evidente: os usuários. A fim de sequer considerar a possibilidade de inserção de propaganda, a plataforma precisa dos internautas, mas não há qualquer necessidade de anúncios para que os usuários sejam atraídos pela plataforma.

O argumento padrão contra essa afirmação é o de que, ainda que os anunciantes não sejam essenciais para atrair os usuários para a plataforma, o fornecimento do serviço só é viável porque as empresas adquirem lucros por meio de propaganda, o que permite que elas reinvestam no negócio e portanto mantenham ou aumentem as funcionalidades da plataforma. No entanto tal investimento para a plataforma não precisa advir da propaganda, essa é apenas uma contingência do modelo de negócio desenvolvido, ainda que esse modelo seja muito eficiente. Se uma PPO “X” decidir basear seu negócio não na propaganda, mas no pagamento direto de usuários e excluir completamente qualquer tipo de propaganda de sua página, cobrando mensalidades para que os usuários acessem o mecanismo, teremos, ainda assim, um negócio em teoria viável, e que poderia

sobreviver sem anúncios.²⁸ Sua existência sem um dos grupos da plataforma permite compreender porque as PPOs não são um mercado de dois lados. Alterar o modelo de negócio dessa forma não é uma possibilidade para mercados efetivamente de dois lados, em que nenhum dos grupos envolvidos é dispensável. Afinal, como os portadores de cartão de crédito utilizariam seus cartões caso os lojistas deixassem de aceitá-los como método de pagamento?

II.1.3.2 Estrutura e níveis de preços

Uma parte essencial de qualquer negócio é a alocação de preços. Como visto em I.2, plataformas de dois lados enfrentam uma dificuldade a mais nesse quesito, pois são intermediárias numa transação, isto é, elas têm de coordenar uma *estrutura de preços* para seu produto e não somente estabelecer um nível de preço.

PPOs, por outro lado, não intermedeiam relações entre grupos engajados numa única transação. Não há singularidade, mas duas operações distintas, (i) uma entre a plataforma e os anunciantes, a qual por hora será definida como “a venda de anúncios”, e (ii) uma entre a plataforma e os usuários, identificada, no momento, como “a troca de funcionalidades por informação”.²⁹ Ao entender o mercado dessa maneira, não há que se falar em estrutura, apenas em níveis de preços.

Além do mais, o conceito de *loss leader* deixa de ser pertinente. Se o usuário não é parte da transação responsável pelo ganho financeiro, ele não pode ser a razão para qualquer perda. Ainda se poderia afirmar, porém, que a transação entre plataforma e usuários, apesar de ser distinta da transação com os anunciantes, não traz nenhum ganho financeiro, e portanto opera com prejuízo. A resposta a esse argumento se apresenta na medida em que o conceito de *loss leader* é

²⁸ Esse seria o caso da Netflix. A empresa fornece conteúdo aos usuários na forma de programas de televisão e filmes, mas não opta por monetizar o negócio por meio de propaganda e sim de cobrança de taxas mensais.

²⁹ Especificidades de ambas as transações são objeto do item III.

intrinsecamente conectado à ideia de incorrer em perdas a fim de impulsionar vendas. Esse conceito não é adequado em matéria de PPOs, pois nesse caso os usuários não podem ser considerados meros consumidores, eles são verdadeiros fornecedores de matéria prima.³⁰ Ainda que a plataforma não perceba benefícios monetários diretos da transação, o que os usuários proporcionam não é somente um meio de potencializar vendas, como ocorre com os *loss leaders*, é sim o produto que a plataforma mais tarde revenderá aos anunciantes: *dados pessoais*.

Uma comparação com um mercado distinto pode ser útil. Na indústria de consoles de video-game, os jogadores são os *loss leaders*, em outras palavras, as empresas optam por não lucrar deste lado do mercado, preferindo auferir lucros dos desenvolvedores de games. O que os jogadores proporcionam à plataforma, portanto, é principalmente sua presença. Nas PPOs, ao contrário, os usuários são relevantes não apenas por conta de sua presença e o que ela significa para os anunciantes (as chamadas *eyeballs*), mas também por conta do que eles fornecem à plataforma, notadamente suas informações pessoais. A propaganda em PPOs é baseada em *behavioral targeting*³¹ e não há qualquer meio de selecionar usuários se eles não disponibilizam dados pessoais à plataforma. Portanto os usuários não são simples “pesos” que as plataformas têm de carregar a fim de estabelecer um negócio lucrativo, *eles são a própria fonte desse negócio*.

II.1.3.3 Efeitos de rede e internalização de benefícios

Uma plataforma será um modelo de dois lados quando ambos os seus grupos de consumidores forem interdependentes, e também dada sua habilidade de internalizar benefícios produzidos pelo lado oposto do mercado. Ela será capaz de

³⁰ (Tene and Polonetsky 2012) já falavam em dados pessoais como “raw material of production”.

³¹ O item III.1 trará maiores informações sobre o que é *behavioral targeting* e de que forma esse conceito é pertinente no caso das PPOs.

comportar-se dessa forma por conta dos efeitos de rede particulares a essas estruturas. PPOs divergem desse modelo de duas formas: (i) elas não contam com efeitos de rede indiretos e (ii) elas quase sempre apresentam efeitos de rede diretos.

A ausência de efeitos indiretos vem sendo formulada durante todo o item II do trabalho e será aqui apenas enfatizada. Por todas as razões acima mencionadas, ainda que os anunciantes beneficiem-se de um maior número de usuários na plataforma, estes usuários não têm nada a ganhar com um maior número de anunciantes. Rochet e Tirole (2005) indicam reconhecer essa particularidade das PPOs. Outros autores, como Evans e Schmalensee (2007), são claros ao identificar essas características, tendo denominando-a “efeitos indiretos negativos”.³² Uma vez mais, os efeitos são negativos porque os usuários estão interessados em conteúdo, o qual pode ser oferecido pela plataforma independentemente dos anúncios. Assim, não há benefícios externalizados por anunciantes a serem internalizados pelos usuários, já que a propaganda ou é uma desvantagem ou é irrelevante.

Efeitos de rede diretos, por outro lado, podem ser observados em PPOs. A maioria dessas plataformas apresenta tal característica em pelo menos um de seus grupos de consumidores, já que o tamanho da plataforma em si é relevante para os usuários. As redes sociais são o exemplo mais claro. Ao acessar o Facebook, qualquer usuário está teoricamente interessado em que a rede disponível seja cada vez maior, pois assim ele terá maiores chances de interagir com um maior número de pessoas, acessar mais informação, tirar maior proveito do conteúdo.³³ Assim, a

³² (Reisinger 2004). também fala na definição de externalidades negativas, aqui numa abordagem estritamente econômica sobre seus efeitos.

³³ O mesmo pode ser dito a respeito do Google, por conta das consideráveis evidências sugerindo que seus resultados de busca são potencializados e efetivamente tornam-se melhores na medida em que mais usuários inserem chaves de busca na plataforma - a razão seria a de que o algoritmo “aprende” com os usuários -, mas essa assunção não pode ser confirmada sem uma compreensão mais aprofundada do algoritmo, a qual por sua vez é impossível sem a permissão do Google. O próprio Google lista as informações de usuários como uma das variáveis que afeta seu algoritmo de busca. Afirmações nesse sentido, no entanto, são especulativas e

característica intrínseca dos mercados de dois lados, i.e. efeitos de rede indiretos, que indicaria que há internalização, não se apresenta, enquanto que a característica contingente, i.e. efeitos diretos, se verifica.

Se ambos os lados do mercado não são interdependentes e se eles não proporcionam benefícios a serem internalizados pela contraparte, não há razão para sustentar que as PPOs possam ser descritas como mercados de dois lados. Se é assim, um modelo alternativo deve ser proposto, o que farei no item III.

III. Varejo de dados pessoais - um mercado unilateral

Ainda que as PPOs sejam vistas pelas empresas “pontocom” como mercados de dois lados, e que negócios extremamente lucrativos e complexos tenham sido descritos tomando essa premissa como verdadeira, ela não precisa e não deve ser aceita. Não há nada que impeça as autoridades antitruste de analisar o mercado de forma diferenciada, desde que essa análise seja coerente e possa ser sustentada por um modelo econômico adequado. Por esse motivo, um trabalho que propõe uma abordagem diferenciada tem o ônus de apresentar também bases mínimas sobre as quais tal abordagem pode ser construída. Assim, adota-se aqui a proposta de Giacomo Luchetta denominada Constant Unidirectional Network Externalities (CUNE).³⁴ Segundo o autor, um mercado como o Google é composto de dois mercados unilaterais distintos, (i) o primeiro, do qual fazem parte usuários e a própria plataforma e (ii) o segundo, em que se relacionam anunciantes e plataforma. A afirmação pode parecer curiosa num primeiro momento, visto que o primeiro mercado trata de uma relação gratuita e que normalmente não seria descrita como

provavelmente não se confirmarão no futuro próximo, visto que o Google não tem qualquer intenção em revelar o modo de funcionamento do algoritmo.

³⁴ (Luchetta 2014) O detalhes do modelo econômico não serão objeto desse trabalho e o leitor deve consultar o original para tais informações. Pra os fins desse trabalho, é suficiente identificar os dois mercados distintos a que o autor faz referência.

econômica. Luchetta no entanto sugere que as PPOs não disponibilizam seus serviços gratuitamente, elas na verdade adquirem dados pessoais de seus usuários em troca do oferecimento de funcionalidades.³⁵

A primeira transação é dependente da segunda na medida em que os anunciantes estão interessados na plataforma por sua habilidade de acessar as informações pessoais dos usuários, mas trata-se de arranjos distintos. Essas duas transações e suas características respectivas serão exploradas em maior detalhe a seguir.

III.1 A plataforma e os usuários - o mercado a montante

A origem de uma PPO é geralmente sua relação com usuários. Muitos dos negócios multibilionários de hoje em dia começaram sem ideias claras sobre como monetizar seus produtos, estando primordialmente preocupados em criar mecanismos inovadores, fossem eles inéditos ou capazes de incrementar significativamente a tecnologia já existente. A monetização veio depois, sendo a propaganda o fator comum a todas essas plataformas.

Esse trabalho não pretende se engajar numa reconstrução detalhada da história da propaganda e das PPOs.³⁶ Para meus objetivos, basta mencionar que a prática de *behavioral targeting* (ou segmentação comportamental) tornou-se a menina dos olhos dos anunciantes.³⁷ A internet proporcionou à propaganda um recurso único: a habilidade de selecionar sua audiência com um alto grau de especificidade, baseando-se não em uma, mas em diversas das ações dos usuários. Pela primeira vez, os websites puderam criar bases de dados por meio do

³⁵ Ele não foi o primeiro a reconhecer que websites operam por meio da aquisição de dados pessoais. (Nehf 2005), p. 7, faz a mesma afirmação: "Web sites offer content, products, and services in exchange for money and, in many cases, personal information."

³⁶ (Evans, *The Online Advertising Industry: Economics, Evolution, and Privacy* 2009), pp. 38-42 descreve de maneira bastante competente a evolução da propaganda nesse campo.

³⁷ Para uma análise detalhada de como *behavioral targeting* é utilizado no âmbito da propaganda e como seu uso traz riscos à privacidade, ver (Hoofnagle, et al. 2012).

monitoramento das “pegadas virtuais”, proporcionando assim informações sobre o que os usuários fazem, gostam e valorizam. Parecia não haver limites para a propaganda. Era uma oportunidade perfeita para que os vendedores antecipassem os desejos dos compradores e criassem oportunidades para que estes adquirissem bens que nem eles mesmos sabiam que desejavam, e também um momento ideal para monetização das empresas “pontocom”.

A fim de adquirir os dados pessoais dos usuários e ter sucesso na monetização, as plataformas tiveram de monitorar a atividade dos internautas. O que se sugere, nesse ponto, é que essa troca entre usuários e plataformas, na qual aqueles cedem acesso a suas informações pessoais para receber funcionalidades destas, pode e deve ser descrita como uma transação econômica relevante para os propósitos da análise antitruste. Para melhor elucidar o argumento, buscarei demonstrar como os dados pessoais são ativamente perseguidos pelas PPOs em duas circunstâncias: (i) quando a empresa utiliza sua própria tecnologia para monitorar os usuários, coletando informação em primeira mão, e (ii) quando a empresa recorre a terceiros para monitorar o comportamento dos usuários.³⁸

III.1.1 Aquisição de dados pessoais em primeira mão

Dados pessoais podem ser adquiridos por PPOs utilizando mecanismos diretamente disponíveis a elas, em outras palavras, por meio do monitoramento de usuários enquanto estes se servem das funcionalidades oferecidas pelas próprias plataformas. Se a PPO é uma ferramenta de busca, ela pode monitorar as chaves

³⁸ Um adendo se faz necessário. Existe uma discussão extremamente importante e digna de nota a respeito dos direitos de privacidade relacionados à aquisição de dados pessoais. Não ignoro esse debate, mas, no momento, esse não é o foco, pois o trabalho está inicialmente preocupado em estabelecer os dados pessoais como tema central de análises de mercado. Não haverá, de momento, discussão sobre se a existência de tal mercado e o tratamento de informações pessoais pelo mercado são apropriados. Ainda assim, deve-se mencionar que há críticas a serem feitas em relação ao modo pelo qual o assunto vem sido tratado pela iniciativa privada e também às consequências desse tratamento. Porém, antes de argumentar a favor ou contra qualquer posição, é preciso compreender de que forma os dados pessoais se tornaram parte do mercado das PPOs, que é precisamente o objetivo do item III, e como essa inserção levou a privacidade a adquirir status diferenciado e a tornar-se relevante para a análise antitruste, tópico que será desenvolvido no item IV.

de busca; se é uma rede social, pode acessar os amigos, interesses e fotos do usuário; se é um provedor de e-mail, pode monitorar a caixa de entrada, e assim por diante. Esses dados representam capacidade de criar perfis, o que naturalmente deu ensejo a debates centrados nas políticas de privacidade.³⁹ Mas além de relevantes em matéria de regulação governamental da privacidade online e de definição dos limites da atuação da iniciativa privada nessa esfera, o que cumpre observar quando se trata da relação usuário-plataforma é a conexão necessária entre aquisição de dados pessoais e expansão das funcionalidades da plataforma. Há uma troca, frequentemente ignorada pelos usuários, entre a PPO e os internautas. Funcionalidades não são desenvolvidas meramente para oferecer uma melhor experiência aos usuários, ainda que esse certamente seja um dos objetivos. Elas também são pensadas para manter os usuários online por períodos mais longos de tempo, o que conseqüentemente oferece às PPOs um número maior de informações sobre suas atividades. Quanto mais funcionalidades, mais razões para permanecer online, portanto mais dados coletados e mais oportunidades para oferecer propaganda.

Se é assim, torna-se evidente que o usuário não é meramente uma *eyeball*, ou um *loss leader* que a PPO deve suportar a fim de garantir a viabilidade de seu negócio, mas sim a fonte do próprio negócio, o fator que possibilita sua existência.

III.1.2 Aquisição de dados pessoais por terceiros

A necessidade de adquirir dados pessoais é tão grande e o mercado tão competitivo que as empresas não mais se satisfazem com as informações que conseguem adquirir por meio de seus próprios websites. Elas buscam outros

³⁹ (Grimmelmann 2009-2010), por exemplo, analisou os riscos postos pelos termos de uso do Facebook, enquanto que (Hoofnagle, Beyond Google and evil: How policy makers, journalists and consumers should talk differently about Google and privacy 2009) salientou os problemas decorrentes das práticas do Google.

métodos de acessar os dados pessoais dos usuários fora de suas plataformas. Esses métodos incluem mecanismos de monitoramento (cookies, beacons, HTML5, ETags, etc.), custos de aquisição de tráfego (em inglês, TAC – traffic acquisition costs), acordos com outras PPOs a respeito de compilação de dados e também criação de uma indústria de monitoramento. Cada uma dessas categorias será explorada em detalhe abaixo, sempre focando suas peculiaridades em relação à transação usuário-plataforma. Não se pretende sejam elas exaustivas, mas apenas capazes de fornecer exemplos dos meios mais comuns pelos quais as PPOs adquirem informações.

III.1.2.1 Mecanismos de monitoramento

Há vários modos diferentes para que empresas monitorem as atividades de internautas. Geralmente isso é feito pelo uso de cookies. O termo “cookie”, no entanto, representa uma variedade de outros mecanismos, incluindo flash cookies, ETags, beacons, tracking pixels e outros.⁴⁰

De maneira geral, tais mecanismos são arquivos que permitem que as empresas armazenem informações sobre usuários – e aqui a variedade é enorme, compreendendo desde preferências quanto ao nível de volume para vídeos até históricos de acesso, sempre buscando sinais distintivos que permitem que um dado usuário seja identificado sempre que estiver online. Para determinar se um mecanismo como esse é próprio ou de terceiros é preciso analisar o domínio especificado em seu código, em outras palavras, quem foi o responsável por inserir

⁴⁰ (Ayenson, et al. 2011) esclarecem qual a função de cada um desses mecanismos e como eles funcionam. De maneira geral, pode-se dizer que são ferramentas de monitoramento inseridas nos computadores dos usuários, seja pela própria PPO, seja por empresas especializadas, muitas vezes sem consentimento expresso dos internautas, a fim de rastrear o comportamento online. Em poucas palavras, podemos dizer que um flash cookie "can be set when a websites embeds first party or third party Flash content on a page. For instance, a website may include animated Flash banner advertisements served by a company that leases the advertising space or they may embed a hidden SWF used solely to provide metrics on the user. Thus, merely visiting some websites (without actually clicking on an advertisement or video) can cause Flash data from a third party advertiser to be stored on the user's computer, often unbeknownst to the user."

o cookie no computador do usuário. Um mecanismo é próprio quando a própria PPO o insere, mas o mais comum é que ele seja controlado por terceiros, inserido por empresas outras que não as PPOs. Independentemente de sua fonte, o objetivo dos mecanismos é sempre o mesmo: eles monitoram o comportamento dos internautas e armazenam essa informação, tornando-a acessível para as PPOs.

O uso de cookies tem consequências paradoxais. Eles certamente representam eficiência para o usuário, que passa a desfrutar de uma experiência online mais agradável, visto que a propaganda com que tem contato foi previamente selecionada de acordo com seus interesses, mas também trazem preocupações em matéria de privacidade, derivadas não só do armazenamento de dados puro e simples, mas também da ignorância dos usuários a respeito do monitoramento.⁴¹

O objetivo desse trabalho não é oferecer contribuições nessa problemática.⁴² O mais importante aqui é destacar como a mera existência de tantos mecanismos de monitoramento reforça o argumento apresentado de que há enorme necessidade de aquisição de dados por PPOs, necessidade essa que tem sido satisfeita por meio de busca ativa por essas informações pessoais de usuários.

III.1.2.2 Custos de aquisição de tráfego

Já que PPOs precisam que usuários lhes forneçam informações, elas devem atrair tais usuários para seus websites. O método tradicional seria que o internauta digitasse o endereço da página em seu navegador. Mas a premência pela aquisição de dados faz com que seja necessário recorrer a outros meios de direcionar usuários para as plataformas, um deles é a aquisição de tráfego. O TAC é a

⁴¹ Julia Angwin, editora de tecnologia do The Wall Street Journal, afirmou em entrevista à NPR.org que "Most people that we have heard from since writing these stories did not know what was going on. So when you go to a website, you're not thinking about the fact that they might have relationships with all different types of monitoring firms, and those firms are installing things that are invisible to you on your computer." (NPR 2010)

⁴² Diversos outros estudos dedicaram-se a essa última questão e um panorama dos problemas atuais enfrentados em matéria de *behavioral targeting* pode ser encontrado em (Hoofnagle, Soltani, et al. 2012).

expressão dessa aquisição, ele representa os pagamentos feitos pelas PPOs a outras webpages, que revertem tráfego para suas plataformas.⁴³ Em outras palavras, representa a quantia que uma dada plataforma terá de despende a fim de adquirir tráfego.

O TAC tornou-se mais e mais importante pois as plataformas precisam de algum modo convencer os anunciantes de que seus websites contam com tráfego considerável, já que só assim conseguirão vender espaço publicitário, e também porque as empresas somente podem disponibilizar *behavioral targeting*, o núcleo de seu modelo de negócio, uma vez que tenham uma base de dados pessoais considerável por meio da qual seus anúncios personalizados poderão ser desenvolvidos. Essa é talvez a maneira mais evidente de demonstrar como os dados pessoais são ativamente perseguidos/buscados por PPOs e parte importante de transações financeiras. O TAC, como o próprio nome sugere, nada mais é que o custo pela aquisição do tráfego. Tráfego é o meio pelo qual se adquirem dados e dados, por sua vez, são o que tornam o negócio viável.

III.1.2.3 Acordos sobre dados pessoais

Assumindo-se, como aqui se faz pelas razões apresentadas nos itens I e II, que PPOs operam no mercado de aquisição de dados pessoais, é preciso concluir que o objetivo principal de cada uma dessas empresas é o acesso a uma base de dados mais ampla e que conte com informações de um maior número de usuários. Aqui, há uma dificuldade a ser superada, já que o acesso a dados não é tão imediato quanto pode parecer. O Google, por exemplo, apesar de ser a maior empresa de busca do mundo, considerado por alguns como a “porta de acesso para a internet”, e de contar com a maior taxa de visitantes únicos por mês, não é capaz

⁴³ São vários os artigos que destacam a importância do TAC no modelo de negócio das PPOs. (Charles 2013) e (Gacinga 2014) são exemplos.

de acessar as informações internas ao Facebook. Essa é uma limitação relevante no mecanismo de busca, considerando que a rede social é atualmente a número um em permanência online - um usuário gasta em média sete horas e quarenta e cinco minutos por mês no Facebook, enquanto que apenas uma hora e quarenta e sete minutos no Google.⁴⁴

Por conta dessas limitações, as empresas têm fortes incentivos a cooperar umas com as outras a fim de maximizar seu acesso a dados pessoais. De fato, acordos são cada vez mais comuns. Alguns deles têm atraído a atenção das autoridades antitruste, como o acordo de serviços de propaganda Yahoo!/Google, assinado em 2008 e posteriormente proibido pela FTC nos EUA.⁴⁵ Outros, no entanto, têm passado ao largo da análise concorrencial, sendo o mais importante deles o acordo de cooperação em busca Bing/Facebook, que permite ao Facebook exibir a busca do Bing em sua rede social e, mais que isso, a “fazer a busca mais social” ao incluir recomendações de amigos e “curtidas” entre os resultados.⁴⁶

III.1.2.4 Indústria de monitoramento

A proeminência dos dados pessoais é hoje tamanha que deu origem a um novo ramo de empresas, conhecidas como “Web Analytics”. Adobe Analytics, MixPanel, GoogleAnalytics e várias outras empresas têm como atividade coletar informações sobre o comportamento online de usuários e conferir-lhes significado, a fim de auxiliar outras empresas a melhorar suas estratégias de negócio. A chamada do Google Analytics é ilustrativa: “Seus clientes vão a todo lugar; não deveriam suas estatísticas fazer o mesmo? Google Analytics dá a você a figura completa do comportamento de seus usuários em propagandas e vídeos, websites e ferramentas

⁴⁴ (GO-Gulf.com 2012)

⁴⁵ (Google Inc. 2008)

⁴⁶ (Bing Inc. 2010) e (Facebook Inc. 2010) esclarecem a forma pela qual as empresas abordaram o assunto em seus comunicados de imprensa.

sociais, tablets e smartphones. Isso torna mais fácil servir aos seus clientes atuais e também conquistar novos”.⁴⁷

Também fazem parte da indústria de monitoramento plataformas como DoubleClick, Xaxis e Conversant Media, as quais são responsáveis por propaganda digital oferecida via monitoramento e direcionamento de usuários. Nas palavras da Conversant: “Por décadas os comerciantes têm sonhado em relacionar-se com cada um de seus clientes num nível personalizado. Hoje, graças à Plataforma de Personalização Conversant [Conversant Personalization Platform, no original em inglês], muitas das marcas líderes mundiais estão se relacionando com seus clientes num nível profundamente pessoal. Nossa plataforma oferece tudo o que é necessário para ajudá-lo a entregar comunicação mais personalizada e individualizada. Mais que isso, foi feita pensando em flexibilidade; os níveis de personalização, integração de dados, desenvolvimento criativo, entrega cross-channel e medição da sofisticação são completamente deixados a cargo de suas preferências”.⁴⁸

É de extrema relevância frisar que tais empresas de monitoramento não são concorrentes diretas das PPOs. Elas são parte de um mercado que, ainda que conectado ao das PPOs, é distinto dele. Uma empresa interessada em obter informações sobre usuários que visitam sua página inicial pode perfeitamente contratar os serviços de uma empresa de monitoramento a fim de potencializar as vendas de seus produtos e essa empresa pode não ser uma PPO.

⁴⁷ (Google Inc. 2013). Na versão em português, eis o que diz o Google: “O Google Analytics não apenas permite a você avaliar vendas e conversões, mas também apresenta informações atualizadas sobre como os visitantes usam seu site, como chegaram até ele e o que você pode fazer para que retornem.” (Google Brasil 2013)

⁴⁸ (Conversant, Inc. 2014)

Não há como negar, no entanto, que o monitoramento desempenha um papel especialmente relevante quando se pensa em propaganda em plataformas online.⁴⁹ Por conta de sua pertinência para o varejo de dados pessoais, esse ramo merece uma investigação mais detida. Se é assim, e devido tanto à relevância do Google no mercado “pontocom” quanto ao fato de a aquisição da empresa DoubleClick ter sido aprovada nas duas jurisdições concorrenciais de maior expressão mundial – a estadunidense e a europeia – e também no Brasil, a seção seguinte analisará essa operação, retomando diversos dos pontos expostos até o momento, em especial aqueles sobre as empresas de monitoramento, e fornecendo percepções iniciais sobre o mercado a jusante, no qual a transação entre anunciante e plataforma ganha relevância. Primeiramente o foco será (i) a demonstração de como os dados pessoais são percebidos pelas autoridades antitruste, já que se afirmou haver problemas nessa abordagem, e, posteriormente, (ii) a exposição de uma maneira alternativa de compreender tais dados.

III.1.3 O caso Google/DoubleClick - como dados pessoais são analisados por autoridades antitruste

A aquisição da empresa DoubleClick pelo Google ocorreu em 2007 e foi submetida à jurisdição de diversas autoridades antitruste, entre elas a FTC, a Comissão Europeia e o CADE. Tratava-se da compra de uma ferramenta de publicidade, a empresa DoubleClick, pelo Google, líder em buscas online em todas as três jurisdições. Apresentarei as conclusões de cada autoridade separadamente,

⁴⁹ Se a Web Analytics tem laços tão fortes com o varejo de dados pessoais, não é de surpreender que o Google, atualmente a maior PPO do mundo, seja dono de pelo menos duas empresas desse ramo, o já mencionado Analytics e também o DoubleClick, além de plenamente integrado com uma terceira, KISSMetrics. Nas palavras da própria KISSMetrics: “Google Analytics tells you what’s happening. KISSmetrics tells you who’s doing it”. (KISSMetrics 2014)

mas uma perspectiva geral do mercado será explicitada em conjunto, por ser a mesma para todos os casos.

O mercado em questão é o de propaganda online. A descrição fornecida pelas autoridades ressalta que, em matéria de propaganda online, diversas empresas atuam como *intermediárias*, estando voltadas a facilitar as relações entre divulgadores e anunciantes em relação ao espaço publicitário. Seguindo o FTC e a Comissão Europeia, essas empresas intermediárias podem ser classificadas em três categorias: (i) fornecedoras de rede de publicidade, (ii) bolsas de publicidade ou (iii) agências de mídia.

Enquanto redes de publicidade atuam comprando espaço publicitário e revendendo-o a anunciantes ou agências de propaganda, bolsas de publicidade fornecem plataformas nas quais anunciantes e divulgadores listam e competem por propaganda.⁵⁰ Já agências de mídia, conceito trazido pela Comissão Europeia, possuem apenas um cliente, ao qual vendem espaço publicitário adquirido de divulgadores, oferecendo também planejamento de campanha publicitária.

Além dos intermediários, divulgadores e anunciantes contratam com *ferramentas de publicidade*, dedicadas a garantir que o anúncio pago será aquele exibido na página do divulgador. Tais ferramentas, nas palavras da Comissão Europeia, “permitem que anunciantes encontrem os anúncios corretos a serem exibidos nas páginas corretas, bem como o monitoramento da efetividade das campanhas publicitárias”. Elas também “selecionam os anúncios que criam o maior retorno financeiro correspondente com as obrigações contratuais do divulgador com seus anunciantes”, segundo a FTC.

⁵⁰ (Federal Trade Commission 2007), p. 5.

Nesse termos, as autoridades classificam o Google como intermediário e o DoubleClick como uma ferramenta de publicidade. Não tenho críticas a essa classificação, especialmente porque minha preocupação principal é a compreensão inadequada das bases de dados e de seus efeitos concorrenciais. Tal será o foco dos tópicos seguintes.

III.1.3.1 Análise da FTC

A Comissão foi muito clara ao afirmar que não considera que dados pessoais, nos termos apresentados no caso Google/DoubleClick, sejam matéria concorrencial. A decisão final diz que “[a Comissão] leva a sério as questões de privacidade dos consumidores”, mas descreve o problema exclusivamente sob a perspectiva consumerista e nunca identifica os dados pessoais seja como direitos fundamentais seja como produtos no mercado.⁵¹

Quando a Comissão refere-se à coleta de dados como potencialmente relevante para fins concorrenciais, sua análise é bastante simplificada: alega-se que o Google teria uma grande vantagem competitiva no mercado de intermediação de propaganda caso a aquisição da empresa DoubleClick fosse levada adiante, pois teria acesso a mais informações de consumidores. Essa alegação, porém, deveria ser deixada de lado, pois “as informações de consumidores e concorrentes que o DoubleClick coleta atualmente pertencem aos divulgadores, não à empresa [DoubleClick]”.

A insuficiência da decisão é evidenciada pelo voto concorrente do comissário Jon Leibowitz. Ele chega a concordar com a conclusão da maioria, porém chama atenção à aquisição de dados pessoais ao dizer que “ainda é preciso endereçar os problemas fundamentais de privacidade do consumidor e segurança de dados

⁵¹ (Federal Trade Commission 2007), p. 2.

levantados pela propaganda online comportamental, os quais vão além das duas empresas envolvidas nessa aquisição”.⁵²

Ainda que Leibowitz chame atenção para os dados pessoais, ele também reforça a separação completa entre privacidade e antitruste. O assunto ganha contornos similares às preocupações aqui expressadas nas palavras do voto dissidente da comissária Pamela Jones Harbour. Ela não só discorda da maioria, mas também entende que fusões de bases de dados são relevantes na perspectiva dos direitos dos consumidores e *também do direito antitruste*. Em suas palavras: “ao longo da investigação da Comissão nessa transação, temi que as questões relativas aos dados pessoais seriam relegadas à proteção ao consumidor, e assim não receberiam tratamento concorrencial adequado”.⁵³ Por mais louvável que seja a iniciativa de identificar o problema, ela nunca chegou a propor uma solução, ou seja, uma maneira pela qual a aquisição de dados pessoais poderia efetivamente fazer parte da análise antitruste. No último item desta seção (III.1.3.4) proponho esta solução.

III.1.3.2 Análise da Comissão Europeia

A Comissão Europeia, além de chegar às mesmas conclusões que a FTC sobre as bases de dados - portanto que seu uso não seria permitido por conta de restrições contratuais –, também analisa se o DoubleClick poderia tirar proveito de tais bases ao alavancar (“*leverage*”) sua posição de liderança no mercado de ferramentas de publicidade ao mercado de intermediação de propaganda.⁵⁴

⁵² (Leibowitz 2007), p. 1.

⁵³ (Harbour 2007), p. 9. Vale ressaltar que a agência americana FTC cuida tanto de casos concorrenciais, quanto de casos consumeristas, apesar de possuir bureaus distintos para cada tipo de análise. No Brasil, por outro lado, SBDC e Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC) operam em órgãos separados, são regidos por leis diferentes e vistos como jurisdições bastante independentes.

⁵⁴ Google/DoubleClick (Case COMP/M.4731) Commission Decision 2008/C 184/04 [2008] OJ L 162/21.

A questão é corretamente identificada, mas, acredito, o mesmo não se pode dizer sobre suas implicações. Saber se o DoubleClick pode alavancar sua posição ao mercado de intermediação é apenas parte do problema, pois a principal preocupação deveria estar voltada à fusão das bases de dados, já que, com a transação, as duas empresas terão acesso a mais dados de usuários e poderão portanto potencializar suas vendas em todo o mercado de propaganda online, além de provavelmente oferecer melhores funcionalidades aos internautas na PPO (nesse caso, a PPO do Google). Na medida em que o DoubleClick ganha acesso à base de dados do Google, ele pode usar os dados ali fornecidos para melhorar sua ferramenta de publicidade. O Google, por outro lado, tem o potencial de oferecer funcionalidades mais precisas em intermediação de anúncios (AdSense), em seu aplicativo Analytics e também em buscas.

A Comissão alega ainda que o acesso às bases de dados não representaria um problema pois “os anunciantes obviamente não teriam qualquer interesse em que outros anunciantes tivessem acesso aos seus dados e conseqüentemente tomassem conhecimento de informações relevantes do ponto de vista concorrencial, como aquelas sobre o preço de anúncios em diferentes websites”. Não é porém a informação de outros anunciantes que deveria ser o foco, mas sim a informação de usuários.

Se por um lado, diferentemente da FTC, a Comissão Europeia claramente pretende examinar as bases de dados sob a perspectiva antitruste, ela falha ao não reconhecer a existência do varejo de dados pessoais. Não há qualquer referência à transação usuário-plataforma no mercado do qual o Google faz parte, e limita-se a referência aos dados pessoais a uma análise de vantagem competitiva. A conclusão a que se chega é particularmente reveladora do pensamento da Comissão: há

preocupação em ressaltar que a decisão é restrita ao direito concorrencial e não minimiza de maneira alguma as obrigações impostas às partes em relação aos direitos fundamentais, à privacidade e ao processamento de dados pessoais. Como a questão deve ser encarada em termos de direitos fundamentais, no entanto, se os dados pessoais são tratados como parte do mercado? A questão é complexa e esse trabalho sugerirá uma resposta a ela no item IV. Por ora, começar-se-á a estruturar uma proposta em III.1.3.4, ressaltando as razões pelas quais as autoridades têm abordado o tema de forma insuficiente, bem como o que poderia ter sido feito de modo diverso a fim de que a análise sobre informação de usuários fosse incluída na agenda antitruste.

III.1.3.3 Análise do CADE

A decisão brasileira em nenhum momento faz referência à aquisição de dados pessoais.⁵⁵ Há breve menção às bases de dados durante a descrição do caso europeu, quando se diz que a Comissão concluiu que a privacidade não seria matéria concorrencial e portanto não constituía motivo para impedir o prosseguimento do ato de concentração.

III.1.3.4 Proposta alternativa - inclusão do mercado a montante na análise

Afirmou-se que as autoridades falharam em sua análise do caso Google/DoubleClick pois somente consideraram as transações entre anunciantes e empresas como merecedoras de atenção. Em outras palavras, o que a FTC, a Comissão Europeia e o CADE negligenciaram foi o fato de o Google ser não só um intermediário de propagandas, mas também uma PPO. Como PPO, ele atua (i) no mercado a montante, que tem usuários e plataforma como agentes econômicos, e (ii) no mercado a jusante, que concentra anunciantes e plataforma. Nenhuma das

⁵⁵ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica 2008)

autoridades, no entanto, reconheceu a existência do mercado a montante, provavelmente porque, como indicado no parágrafo 290 da decisão europeia, concorda-se com a maioria da doutrina que afirma serem as PPOs mercados de dois lados e os serviços do Google em sua ferramenta de busca “gratuitos”, portanto irrelevantes para fins concorrenciais.⁵⁶

Este, precisamente, é o erro: se o Google é uma PPO, ele adquire dados pessoais por meio da transação (presumida gratuita) entre usuário e plataforma. O DoubleClick é capaz de adquirir dados pessoais de usuários que acessam os sites de seus clientes, como observado pela Comissão Europeia.⁵⁷ Portanto a aquisição em questão afeta os anunciantes, como as autoridades corretamente identificaram, *mas também o mercado a montante das PPOs*, mais precisamente a transação usuário-plataforma, que no entanto foi uma vez mais classificada como troca gratuita e portanto excluída de investigações pormenorizada.

Para inserir a questão no âmbito concorrencial, é preciso primeiramente reconhecer que o Google é, além de intermediário de propaganda, uma plataforma de propaganda online, e portanto ativamente busca adquirir dados pessoais de internautas. A aquisição do DoubleClick é um dos vários modos pelos quais esses dados podem ser adquiridos (dentro das categorias anteriormente mencionadas, parte de III.1.2.4), o que faz com que a fusão entre as empresas seja particularmente relevante para o varejo de dados pessoais. Dessa forma, percebe-se porque a transação usuário-plataforma no mercado de PPOs é inteiramente

⁵⁶ (Evans and Noel 2008), por exemplo, apresentam um estudo econômico de fusões em plataformas de dois lados e tomam o caso Google/DoubleClick como exemplo principal.

⁵⁷ Google/DoubleClick (Case COMP/M.4731) Commission Decision 2008/C 184/04 [2008] OJ L 162/21, parágrafo 213: “Google cannot provide those metrics in part because, unlike DoubleClick, it does not deliver cookies to users upon the serving of the impression that allow monitoring which users have viewed which ads”.

pertinente para o antitruste: ela é a principal fonte de dados pessoais, o produto sem o qual as PPOs teriam de reformular completamente seu negócio.

III.2 A plataforma e os anunciantes - o mercado a jusante

A transação usuário-plataforma, ou o mercado a montante, foi trabalhado na seção anterior. A partir de agora o foco será nas transações anunciante-plataforma, ou seja, no mercado a jusante. Como já dito, ainda que as PPOs não sejam plataformas de dois lados, elas mantêm relações com anunciantes por meio do oferecimento de espaço publicitário. A questão, nesse ponto, é como diferenciar o mercado a jusante das PPOs de outros mercados de propaganda, a fim de verificar se eles são de fato distintos ou se pertencem ao mesmo mercado relevante.

III.2.1 Descrição do mercado - capacidade de criação de perfis ou monetização de dados

Costuma-se afirmar que a propaganda online constitui um mercado próprio. Para confirmar essa afirmação, é preciso explicar o que os serviços de propaganda online têm de peculiar em relação a outros serviços de propaganda. Uma segunda questão que deve ser respondida diz respeito ao mercado relevante, mais propriamente se o mercado a jusante das PPOs e o restante da propaganda online seriam concorrentes, ou seja, se as PPOs competem exclusivamente entre si ou se disputam anunciantes com outras empresas que não possuem um mercado a montante em que interagem usuários e plataforma e um mercado a montante onde atuam anunciantes e plataforma.

Dever-se-ia concluir, com base no que já foi apresentado até o momento, que o uso de dados pessoais como meio para produzir e selecionar espaço publicitário é a característica distintiva do mercado a jusante de que trata esse trabalho. Poder-se-ia então entender que “o que é relevante para delinear as fronteiras entre [PPOs e

outros] mercados é o grau de *profiling* de usuários”. Essa é a posição de Luchetta.⁵⁸ Aqui, no entanto, defende-se uma abordagem distinta. Ainda que a capacidade de criação de perfis seja certamente relevante, não é apenas a habilidade ou o grau de *profiling* que distinguem o mercado a jusante de PPOs, é preciso também atentar para a monetização dos dados pessoais de usuários.

O grau de *profiling* pode excluir certas empresas do mercado das PPOs, em especial quase todas aquelas que oferecem serviços offline.⁵⁹ A razão já foi mencionada: empresas offline geralmente não possuem a mesma quantidade de informações a partir das quais possam selecionar espaço publicitário.⁶⁰ No entanto, falar em criação de perfis leva a outro desafio: deveriam todos os agentes econômicos tecnicamente capazes de *profiling* em alto grau ser parte do mesmo mercado relevante? A resposta é negativa, já que é perfeitamente possível conceber uma empresa que agrega enormes quantidades de informações pessoais de usuários, utiliza-as (ou é capaz de utilizá-las) para criação de perfis, mas ainda assim nunca monetiza esses dados, em outras palavras, nunca transforma essa informação em matéria-prima.

Um exemplo de empresas desse tipo é, mais uma vez, a indústria de cartões de crédito. Não há como negar que companhias desse ramo possuem quantidade substancial de informação e são capazes de acessar bases de dados as quais podem informar onde, como, em que momento e para quais propósitos cada um de seus clientes efetua gastos. Trata-se de informação que nenhuma outra empresa possui, nem mesmo as PPOs, e que certamente satisfaz o critério de perfilamento

⁵⁸ (Luchetta 2014), p. 200.

⁵⁹ Concorrência entre propaganda online e offline em (Evans, Attention Rivalry Among Online Platforms 2013). Vide (Goldfarb and Tucker, Substitution Between Offline and Online Advertising Markets 2011) sobre substitutibilidade entre mercados de propaganda online e offline.

⁶⁰ Como visto em III.1, a propaganda online atraiu anunciantes exatamente por proporcionar maior capacidade de rastreamento, devido a uma maior quantidade de informações sobre usuários.

em alto grau. Não obstante, nenhuma dessas empresas possui os meios para monetizar essa informação. Além disso, elas não baseiam seu negócio em propaganda, diferentemente das PPOs.⁶¹

Outro exemplo é o e-commerce em geral e a Amazon em particular. Primeiramente, é evidente que um website como a Amazon tem uma ampla gama de informações sobre seus usuários, seja sobre os produtos em que eles estão interessados, quanto eles estão dispostos a pagar por cada item, quais são seus métodos preferidos de pagamento, etc. Nesse sentido, a Amazon certamente tem capacidade de *profiling* em alto grau de detalhamento. Em segundo lugar, e diferentemente do que ocorre com as empresas de cartão de crédito, a Amazon é uma plataforma online. Assim, haveria razão para crer, a primeira vista, que ela poderia ser parte do mercado das PPOs. No entanto, esse não é o caso, porque a Amazon não é uma plataforma *de propaganda* online.

Não apenas o negócio da Amazon é bastante distinto, por se basear em varejo tradicional de bens (e não propaganda)⁶², mas também, como mencionado em II.1.1, usuários em plataformas e-commerce estão buscando por oportunidades de compra, diferentemente do que acontece nas PPOs, em que eles buscam por conteúdo. Assim, ainda que a Amazon venda propaganda, seus anúncios serão úteis para os internautas, o que significa dizer que há, em certo grau, interdependência entre

⁶¹ É preciso ressaltar, no entanto, que há empresas de cartão de crédito que vendem dados pessoais de usuários a anunciantes, os quais por sua vez usam tais dados para *behavioral targeting*. Essa tendência pode indicar uma mudança, que talvez desemboque em possível inclusão, no futuro, da indústria de cartões de crédito no mesmo Mercado relevante que as PPOs, por conta da aproximação entre propaganda online e propaganda offline. De momento, no entanto, acredito que a diferenciação ainda se sustenta e que o exemplo é válido, especialmente porque o cerne do modelo de negócio da indústria de cartões continua sendo a transação entre lojistas e compradores.. (Kaye 2013)

⁶² Relatórios financeiros da Amazon são úteis para melhor compreender sua estrutura de negócio: (Amazon Inc. 2014)

usuários e anunciantes, indicando que o mercado é estruturalmente distinto do mercado das PPOs.⁶³

III.2.2 Segmentação em propaganda online

Se a monetização de dados é a característica principal do mercado a jusante, é razoável questionar se a percepção das autoridades antitruste tem sido adequada, ou seja, se, como visto no caso Google/DoubleClick, o mercado de propaganda online deveria ser considerado um mercado fragmentado.

Além da distinção usual entre propaganda online e offline, diversos tipos de anúncios online são comumente considerados não substituíveis, e sim complementares.⁶⁴ Tanto as autoridades quanto a doutrina fazem referência à publicidade (i) associada ou não à busca (search/non-search ads), (ii) em formato display (display ads), etc., como se todos pertencessem a nichos distintos dentro do mercado mais amplo da propaganda online.^{65,66}

Ainda que esse não seja o objetivo desse trabalho – uma vez que não se pretende engajar numa descrição altamente detalhada da transação anunciante-plataforma, mas somente estabelecer a existência dessa transação e sua separação em relação à transação usuário-plataforma –, com base no que foi apresentado é possível sustentar que as segmentações dentro do mercado de propaganda online parecem caminhar para a extinção. Quanto mais cresce o uso de *behavioral targeting*, mais seus recursos são utilizados em todos os setores da publicidade

⁶³ Ressalte-se que a Amazon vende espaço publicitário. Essa, no entanto, não é a atividade central da empresa. Mas que isso, como ressaltado acima, ainda quando existem anúncios no e-commerce, eles desempenham uma função diversa daquela que ocupam em PPOs. (Amazon Inc. 2014)

⁶⁴ Google/DoubleClick (Case COMP/M.4731) Commission Decision 2008/C 184/04 [2008] OJ L 162/21, parágrafo 55: "It can therefore be understood that, from a publisher's point of view, search and non-search ads are considered as rather complementary in the sense that search advertising "completes" or "complements" the sale of non-search advertising space by publishers.

⁶⁵ Para uma breve explicação sobre diferenças entre display ads e search ads, ver (Blanding 2013).

⁶⁶ (Goldfarb and Tucker, Search Engine Advertising: Channel Substitution when Pricing Ads to Context 2011)

online.⁶⁷ Dessa forma, a diferenciação entre anúncios de busca e publicidade display diminui. Talvez a distinção tradicional entre marketing de marca e marketing direto permaneça, mas um número cada vez maior de empresas volta-se aos dados pessoais de usuários como forma de disponibilizar e selecionar sua publicidade.⁶⁸ As autoridades devem estar atentas a essas modificações. Ainda que tenham eventualmente adotado distinções tradicionais na descrição do mercado, acredito que tanto a FTC quanto a Comissão Europeia já mostraram sinais de preocupação nesse respeito no caso Google/DoubleClick.⁶⁹

Novamente, falar em conclusões definitivas pode não ser sensato nesse momento, dada a dinamicidade do mercado, mas é justamente por conta dessa dinamicidade que se deve conferir especial atenção a essa questão. Afinal, não faz sentido reforçar o uso das categorias mencionadas acima para classificação da propaganda online a menos que elas ofereçam uma descrição adequada de como o mercado efetivamente funciona.

III.3 O mercado das plataformas de propaganda online

No mercado a montante, usuários fornecem dados pessoais a PPOs em troca de funcionalidades. No mercado a jusante, por outro lado, PPOs vendem espaço publicitário a anunciantes. Se é assim, e se a conclusão anterior for aceita – ou seja, entender-se que PPOs não são mercado de dois lados –, como então conectar o

⁶⁷ Nesse sentido, seria relevante investigar de que forma as plataformas online e a indústria de tecnologia móvel estão conectadas. (Vallina-Rodriguez, et al. 2012) descrevem de modo mais detalhado o mercado de publicidade móvel, o que pode ser um ponto de partida para futuras pesquisas.

⁶⁸ (Tucker 2012), p. 5, ao descrever a evolução da mensurabilidade da propaganda online, conclui que houve crescimento substancial em tecnologias cross-channel, ou seja, tecnologias que, entre outras atribuições, “collate data on who has been exposed to what ads across a firm’s many advertising campaigns” e “automate and optimize the adjustment of media spend on behalf of the advertiser, to reflect the relative return on investment of different advertising channels”. É portanto possível sustentar que diferenças entre tipos de propaganda online de fato têm diminuído, já que empresas estão cada vez mais recorrendo a cross-channel, uma tecnologia que mede e compara a performance de suas campanhas publicitárias em diversos sites. Essa comparação só faz sentido se o espaço publicitário nesses vários sites for, em algum grau, substituível.

⁶⁹ Google/DoubleClick (Case COMP/M.4731) Commission Decision 2008/C 184/04 [2008] OJ L 162/21, parágrafo 51: “The market investigation also showed that, from a technical point of view, the differences between the different types of ads seem to be diminishing.”

mercado a montante e o mercado a jusante? Acredito que a melhor resposta seja *por meio do uso dos dados pessoais*.

PPOs vendem espaço publicitário, que é selecionado por meio de *behavioral targeting*. *Behavioral targeting*, por sua vez, só é possível por conta do acesso aos dados pessoais de usuários. É por esse motivo que o mercado de PPOs conta com um mercado a montante e com um mercado a jusante, porque os dados pessoais são a matéria-prima da qual as plataformas de propaganda são feitas.

A conclusão é que as características fundamentais das PPOs são (i) o mercado a montante, em que usuários interagem com a plataforma, trocando dados pessoais por serviços, (ii) o mercado a jusante, onde anunciantes compram espaço publicitário da plataforma, e (iii) a conexão entre ambos os mercados por meio de dados pessoais, tomadas como matéria-prima pela plataforma.

III.3.1 Os agentes do mercado

Essa conclusão leva à pergunta sobre quais empresas propriamente fazem parte do mercado de PPOs. A resposta é que o mercado deve ser definido não pelo uso que a plataforma tem para os internautas (Facebook e LinkedIn são redes sociais, Google, Yahoo! e Bing são ferramentas de busca, Gmail e Hotmail são provedores de e-mail), mas sim pelo uso que a plataforma faz dos dados pessoais: todas elas coletam informações pessoais de seus usuários e a utilizam como matéria-prima para seu negócio de propaganda.⁷⁰ Em outras palavras, é preciso abandonar uma definição de mercado baseada em produtos, pois essa abordagem

⁷⁰ (Evans, *Attention Rivalry Among Online Platforms* 2013), p. 314: "Focusing on competition between specific products and services, rather than attention, could result in competition authorities and courts making either false-negative or false-positive errors in their decisions".

não é capaz de compreender o fato de que *dados pessoais são tratados como produto*.⁷¹

Apesar de oferecerem funcionalidades distintas, Google, Facebook, Hotmail, LinkedIn, Yahoo!, Bing e outras empresas online (i) contam com um mercado a montante entre usuários e plataforma, (ii) fornecem espaço publicitário no mercado a jusante e (iii) conectam esses mercados por meio de dados pessoais, ao transformar informação em matéria-prima. Por essa razão, todas elas deveriam ser classificadas como PPOs.

IV. Privacidade e Antitruste

Até o momento, esse trabalho preocupou-se em descrever o mercado de PPOs e apresentar uma proposta alternativa pela qual ele pode ser compreendido, segundo a qual é essencial conceber os dados pessoais e, portanto, a privacidade como produto, e conseqüentemente, como parte do mercado. Mas qual é o papel do antitruste nessa questão?

Acredito que a pergunta remete a uma discussão mais ampla sobre o modo pelo qual o Estado decidirá regular (ou não regular) a privacidade no mercado. Há dois caminhos possíveis: (i) aquele que reconhece que a privacidade tem sido, ao menos parcialmente, convertida em produto e deve ser tratada como tal, o que estabelece incontestável jurisdição concorrencial sobre o tema - e aqui inclui-se também a opção pela ausência de regulação, pois ela não deixa de ser uma escolha da Administração, ou (ii) aquele que percebe a tendência de conversão da privacidade em produto, mas recusa-se a aceitar esse processo, preferindo reforçar

⁷¹ (Luchetta 2014), pp. 199: "This has two consequences for market definition: first, that Google's competitors include other online platforms offering services and goods other than search results in exchange for personal information, which is subsequently used to match profiles and ads (...)"

suas características como direito fundamental, e portanto afastar a jurisdição concorrencial.

Neste item IV vou indicar aspectos da análise antitruste que precisam ser enfatizados no caso de adotar-se a primeira alternativa e, em seguida, a oferecer alguns argumentos sobre por que a conversão pura e simples de dados pessoais em produto pode ser problemática.

O primeiro argumento a enfrentar é o de que, uma vez que não é claro qual dos caminhos será trilhado pelo Estado, as autoridades antitruste deveriam permanecer inertes e evitar a discussão.⁷² Tal argumento tem dois problemas: (i) é bastante provável que seja impossível reverter a situação atual, em outras palavras, excluir completamente a privacidade do mercado, uma vez que a decisão não mais depende somente do governo, mas de empresas e de usuários, ambos os quais dificilmente concordarão com um processo de total reversão, (ii) ainda que tal reversão seja possível, há situações com que as autoridades devem lidar *de imediato*, e essas situações já apresentam a privacidade como parte do mercado, independentemente de qualquer ação governamental. Sendo assim, é preciso encontrar uma forma de analisar a privacidade dentro da jurisdição antitruste, ao menos nestes casos atuais, motivo pelo qual o debate se faz pertinente.

IV.1 Privacidade no mercado - a jurisdição antitruste

Diferentes jurisdições possuem diferentes regras sobre quais precisamente são as atribuições do direito antitruste, porém um aspecto comum se verifica quando uma autoridade decide determinar que dada situação deve ser submetida à análise

⁷² Esse foi o caminho indicado pela Comissão Europeia no caso Google/DoubleClick. Google/DoubleClick (Case COMP/M.4731) Commission Decision 2008/C 184/04 [2008] OJ L 162/21, parágrafo 368: “ In any event, this Decision is without prejudice to the obligations imposed onto the parties by Community legislation in relation to the protection of individuals and the protection of privacy with regard to the processing of personal data, in particular Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (...)”.

concorrencial: a relação com o mercado, afinal é com o funcionamento de mercado que esse ramo do direito está principalmente preocupado. Em se tratando de PPOs, o mercado é claramente afetado se admitimos a transformação de dados pessoais em matéria-prima, como descrito no item III. O que é preciso agora estabelecer é *como* esse processo pode interessar ao direito antitruste.⁷³ Os efeitos certamente variam caso a caso, e seria inviável tratar aqui de todos os possíveis cenários. É porém provável que tópicos recorrentes em análise concorrencial sofram alterações sob essa abordagem das PPOs. Será a esses tópicos que voltarei minha atenção.

IV.1.1 O mercado relevante

Ainda que seja contestável se uma análise concorrencial deve sempre ter como ponto inicial a definição de mercado relevante, esse aspecto é parte essencial de investigações em atos de concentração. A fim de verificar quais são os impactos de uma fusão entre empresas, determina-se primeiramente em qual mercado elas atuam e qual mercado será afetado.⁷⁴ Dessa forma, as autoridades antitruste devotam parte significativa de seu trabalho em definições sobre mercados relevantes.⁷⁵ Sempre que a posição dominante está em questão, o mercado relevante também é foco de estudo, tanto em termos geográficos quanto em termos de produto.

Como mencionado no item III, a melhor forma de descrever e determinar um mercado relevante para PPOs é por meio de considerações sobre compilação de dados pessoais e sua monetização, o que implica o abandono de uma abordagem centrada na utilidade da plataforma para o usuário. Uma vez que os mercados a

⁷³ (Geradin and Kuschewsky 2013) dedicaram um artigo a considerações preliminares sobre a correlação entre antitruste e coleta de dados pessoais no âmbito da União Europeia.

⁷⁴ Para uma análise das determinações de mercado relevante na União Europeia, (Bailey and Whish 2012), pp. 27-42. Para análises na jurisdição estadunidense, (Hovenkamp 2005) pp. 78-142. Na perspectiva brasileira, (Forgioni 2010), pp. 210-237 e (Salomão Filho 2013), pp. 155-185.

⁷⁵ Foi o que ocorreu no caso Google/DoubleClick, como visto. Esse padrão se mantém em praticamente todas as análises de atos de concentração nas três jurisdições aqui tratadas.

montante e a jusante são identificados, e sua conexão via informações pessoais é estabelecida, é irrelevante verificar se os usuários entendem que duas plataformas são substituíveis a fim de concluir se elas se encontram no mesmo mercado relevante. O foco deve ser como a PPO seleciona espaço publicitário e com quem ela compete quando da venda desse espaço – ou seja, o foco é na relação plataforma-anunciante.

Tal abordagem tem consequências significativas. Alguns dos maiores negócios da indústria da internet, que até então têm sido considerados parte de diferentes mercados e portanto não concorrentes, teriam de ser repensados. Deixa de ser pertinente se o Google oferece serviço de busca, o Facebook, de rede social, e o Hotmail, de armazenamento de e-mails, o foco altera-se para *a percepção dos anunciantes sobre essas plataformas*. Afinal, é perfeitamente possível imaginar um cenário em que o Google, por qualquer razão, não seja mais uma alternativa viável de propaganda e uma empresa que hoje adquire espaço publicitário exibido em seus resultados de busca decida realocar seus gastos comprando anúncios não no Bing ou no Yahoo!, mas no Facebook e no Hotmail. Esse tipo de situação mostra como preferências de usuários não são o ponto central para que se defina a extensão do mercado relevante de PPOs.⁷⁶

Além de indispensável para análises em atos de concentração, a determinação mais clara do mercado relevante é fundamental para uma atividade regulatória eficaz. Se a privacidade tem se transformado (ainda que parcialmente) em produto e o Estado opta por controlar esse processo, ele deve estar ciente de quem é responsável pela monetização. Dessa forma, pode detectar como a mudança tem

⁷⁶ Para uma comparação da efetividade dos anúncios de Google e Facebook, vide (WordStream, Inc. 2012).

ocorrido, quais são seus limites e implicações. Só assim políticas públicas adequadas para esses mercados podem ser elaboradas.⁷⁷

IV.1.2 Barreiras à entrada

Outra questão recorrente na literatura concorrencial diz respeito às barreiras à entrada. Há certa controvérsia a respeito da definição exata do que seriam essas barreiras. Na perspectiva de Joe. S. Bain, é possível dizer que “uma barreira à entrada é algum fator de mercado que permite que empresas já parte desse mercado obtenham lucros monopolistas, e que impede outros agentes de adentrar a indústria”. Segundo George J. Stigler, por outro lado, uma barreira à entrada é “um custo de produção (em alguma ou qualquer taxa de crescimento do produto) com que uma empresa que pretende adentrar certo mercado deve arcar, mas que não é uma preocupação das empresas já parte desse mercado”.⁷⁸ Apesar da discordância, qualquer uma das definições propostas pode ser aplicada ao caso das PPOs.

Quando olhamos para as PPOs e compreendemos o papel que a aquisição dos dados pessoais tem em seus modelos de negócio, a afirmação de que, na internet, “competition is one click away”⁷⁹ não corresponde à realidade. As informações pessoais são algo que a maioria dos líderes de mercado adquiriram ao longo do tempo, inicialmente sem custos adicionais, uma vez que recorriam exclusivamente às ferramentas de seus próprios sites para fazê-lo. Se, no entanto, um novo agente decide competir com as PPOs já estabelecidas, ele precisa arcar com um custo significativo para adquirir essas mesmas informações.

⁷⁷ Legislação que poderia beneficiar-se de entendimento diverso sobre dados pessoais é a Diretiva 95/46/EC da União Europeia, também conhecida como Data Protection Directive. O recém-aprovado Marco Civil brasileiro (Lei 12.965/2014), também tiraria proveito de uma melhor determinação sobre quais agentes coletam informações pessoais e qual o uso de tal informação no mercado. O mesmo pode ser dito sobre as recomendações da FTC sobre privacidade de consumidores, editadas em 2012.

⁷⁸ Tradução livre de (Hovenkamp 2005), pp. 39-40.

⁷⁹ Larry Page, um dos co-fundadores do Google, fez uso dessa frase ao referir-se a uma investigação da FTC sobre as práticas da empresa, e desde então a citação se tornou recorrente na literatura sobre o tema.

IV.1.2.1 Barreiras em serviços de busca

Há um longo debate a respeito de funcionalidades de plataformas de busca em matéria de barreiras à entrada. Tal discussão adquiriu particular força com a introdução do produto Bing, da Microsoft, no mercado.

O Google é líder em buscas online há anos. Em 2009, a Microsoft apresentou o Bing, uma plataforma que pretendia competir com o líder de mercado. Essa plataforma, no entanto, não chegou sequer a ameaçar a posição dominante do Google, o que fez com que se questionasse a capacidade da Microsoft em desenvolver um algoritmo de busca tão eficiente quanto o do Google sem contar com uma das maiores vantagens do veterano no mercado, qual seja, grandes quantidades de dados. O Google está no mercado de buscas há muito mais tempo que a Microsoft e, durante esse período, coletou uma quantidade significativa de informações sobre seus usuários. Poderia a incapacidade do Bing em estabelecer-se como um rival eficaz dever-se à falta de dados pessoais? Em outras palavras, seria o Bing simplesmente incapaz de desenvolver uma ferramenta de busca igualmente eficiente, e assim atrair mais usuários, porque o Google impõe-lhe uma barreira à entrada na forma de dados pessoais?⁸⁰

A resposta parece ser negativa, uma vez que a Microsoft, depois de tentar durante anos⁸¹, conseguiu desenvolver uma ferramenta de busca igualmente capaz, além de ter ganho espaço no mercado.⁸²⁻⁸³ No entanto, uma resposta definitiva a respeito da função precisa desempenhada pelos dados pessoais nos serviços de

⁸⁰ (Cleland and Brodsky 2012) já haviam levantado, ainda que brevemente, a mesma questão.

⁸¹ Nesse período, a Microsoft aportou cerca de US\$ 11 bilhões na plataforma Bing, na tentativa de competir com o Google. (Yarow 2013)

⁸² Também é possível que a Microsoft tenha utilizado dados pessoais para aperfeiçoar o Bing, dados porém adquiridos de outra forma que não via busca, notadamente por meio da indústria de software, onde ela é um agente dominante, ou por meio de seu navegador Explorer. Ainda assim, o Google mantém-se como líder de mercado (Lee 2013).

⁸³ (Chiou and Tucker 2014), por exemplo, sustentam que uma maior quantidade de dados pessoais tem um impacto menos significativo na competitividade de ferramentas de busca do que se costuma supor.

busca requer uma análise cuidadosa dos algoritmos tanto do Google quanto da Microsoft, algo que não parece factível no futuro próximo.⁸⁴

IV.1.2.2 Portabilidade de dados

Os dados podem agir como barreira à entrada sob uma outra perspectiva, em termos de portabilidade.⁸⁵ Nesse caso, o foco seria não os dados de usuários, mas sim de anunciantes. Mais precisamente, haveria uma discussão sobre a propriedade de tais dados. Caso um anunciante estruture uma campanha publicitária utilizando o Google AdWords e posteriormente decida que não mais deseja ser parte dessa plataforma, poderia ele retirar os dados do servidor e exportá-los a um outro sistema concorrente do Google, ou seria a informação considerada propriedade do próprio Google? Neste último cenário, os dados criariam um mecanismo de lock-in e dificultariam sobremaneira o abandono da plataforma pelo anunciante, especialmente se esse anunciante já tivesse despendido consideráveis tempo e energia no desenvolvimento da campanha. Ele seria desestimulado a negociar com um concorrente e possivelmente acabaria por permanecer no AdWords. Dessa forma, o Google e as demais empresas já estabelecidas no mercado poderiam criar uma barreira a qualquer novo entrante, que encontraria dificuldades em atrair anunciantes por conta de um direito de exclusividade.

Essa questão foi levantada pela Comissão Europeia. Nas palavras de seu Vice-Presidente, Joaquín Almunia, “a portabilidade de dados é importante para aqueles mercados em que competição efetiva requer que os clientes possam migrar e levar com eles seus próprios dados”.⁸⁶ Nos EUA, a FTC também enfrentou o problema,

⁸⁴ Isso porque muito do sucesso das plataformas de busca se deve à incerteza quanto ao funcionamento de seus algoritmos. Tanto é que o Google até hoje não patenteou sua invenção, já que ao fazê-lo seria compelido a revelar informações que prefere manter sob sigilo.

⁸⁵ (Swire and Lagos 2013) apontaram essa tendência.

⁸⁶ SPEECH/12/860. Privacy Platform event: Competition and Privacy in Markets of Data. (Almunia 2012)

mas seguiu uma direção diferente. Em 2013, encerrou uma investigação sobre as práticas do Google sem responder satisfatoriamente a questões de portabilidade de dados que surgiram ao longo dos anos, o que fez com que fosse criticada por diversas empresas, inclusive a Microsoft.⁸⁷

Sendo assim, ainda que a portabilidade não esteja intrinsecamente conectada aos dados pessoais, a questão também traz à tona a importância das bases de dados para o antitruste e sinaliza um tópico relevante que deveria aparecer na agenda das autoridades no futuro próximo.

IV.1.3 A doutrina das estruturas essenciais

Ainda outro aspecto do mercado de PPOs estritamente ligado aos dados pessoais e ao antitruste é a doutrina das estruturas essenciais (“*essential facility doctrine*”).⁸⁸ Reconstruir em detalhes a evolução dessa doutrina vai muito além dos objetivos desse trabalho, mas é suficiente dizer, para meus objetivos, que tal teoria ensina que o detentor de uma estrutura essencial tem a obrigação de compartilhá-la com outros, inclusive com seus concorrentes.⁸⁹ Portanto se os dados pessoais forem entendidos como estrutura essencial, há obrigação de compartilhamento de bases de dados entre PPOs, o que alteraria consideravelmente a dinâmica do mercado.

Há dois passos principais para se estabelecer a aplicabilidade da doutrina de estruturas essenciais: em primeiro lugar, é preciso lidar com as questões advindas dos dilemas da própria teoria - o que precisamente seria uma estrutura essencial, em que extensão um agente econômico tem a obrigação de compartilhar tal estrutura, em quais circunstâncias esse agente pode negar acesso aos

⁸⁷ (Microsoft, Inc. 2013)

⁸⁸ Uma vez mais, (Geradin and Kuschewsky 2013) já identificaram brevemente esse problema.

⁸⁹ (Hovenkamp 2005), pp. 309-313 questiona a validade da doutrina das estruturas essenciais, mas admite que ela é vastamente discutida nos EUA. Muitos outros autores estudaram sua aplicabilidade em diferentes jurisdições, sendo que a OCDE produziu um documento, ainda em 1996, sobre o conceito de estrutura essencial (OCDE Competition Committee 1996). Na literatura brasileira, (Salomão Filho, Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos 2008), pp. 65-70.

concorrentes, e assim por diante; em segundo lugar, se a doutrina for considerada aplicável em abstrato, ainda seria preciso determinar se bases de dados contendo informações pessoais de usuários enquadram-se na categoria de estrutura essencial, o que por sua vez requer que se compreenda (i) o funcionamento das PPOs e, assim como no caso das barreiras à entrada, (ii) a função precisa dos dados pessoais na estrutura de cada plataforma.⁹⁰

IV.1.4 Integração vertical

A propaganda online é composta de diferentes negócios, um dos quais é o mercado de PPOs. As PPOs, no entanto, não podem funcionar sozinhas – como visto, a indústria de monitoramento também atua no mercado de propaganda, fornecendo dados pessoais de usuários a plataformas, ou seja, garantindo a elas a matéria-prima necessária para a seleção do espaço publicitário via *behavioral targeting*. O caso Google/DoubleClick é um exemplo de como esses mercados distintos, porém conectados, podem ser verticalmente integrados, ou seja, de como uma só empresa pode agregar várias etapas de produção e sozinha oferecer um produto final, limitando significativamente (ou até eliminando) a terceirização.⁹¹

A integração vertical tem produzido literatura vasta e contraditória, abarcando desde autores que afirmam que ela “fecha” o mercado até aqueles que sustentam que ela, na realidade, cria eficiência.⁹² Apesar das controvérsias, a integração excessiva tem sido considerada como fator que encoraja a monopolização e que aumenta o poder de mercado. Esses efeitos, inclusive, podem ser verificados

⁹⁰ Algo que, como dito acima, as empresas provavelmente teriam resistência em esclarecer, visto que o segredo a respeito dos algoritmos é considerado como uma das chaves do sucesso em negócios online.

⁹¹ Das observações feitas em III.1.3, pode-se perceber como o Google hoje em dia atua em diversas áreas, entre elas gerenciamento de campanhas publicitárias, intermediação de anúncios, rastreamento e também no fornecimento de espaço publicitário. Suas várias plataformas (DoubleClick, AdSense, AdWords, etc.) auxiliam na compreensão do que seria um mercado integrado em propaganda online.

⁹² (Bork 1993) fez famosa defesa dos benefícios da integração vertical, indo no sentido contrário da literatura e da jurisprudência americanas precedentes, que majoritariamente afirmavam que integração encorajaria monopólios e prejudicaria a concorrência.

quando falamos em PPOs, motivo pelo qual as autoridades antitruste deveriam permanecer atentas⁹³: elas podem eventualmente concluir que a integração não representa uma ameaça à concorrência, mas perceber que tal integração vertical ocorre é imperativo para uma análise fundamentada do mercado.

IV.2 Privacidade como direito fundamental

A privacidade foi por muitos anos conceitualmente entendida como direito fundamental.⁹⁴ A literatura no tema é extremamente vasta e, uma vez mais, não é o objetivo desse trabalho analisá-la a fundo, ou mesmo fazer considerações sobre a origem do direito de privacidade. Aqui, busca-se apontar brevemente os motivos pelos quais encarar a privacidade (e mais especificamente os dados pessoais) como produto pode ser problemático.

Muito dessa discussão remete a um debate notório que tem por tema o que o direito - e por extensão o direito antitruste - deve tutelar, debate que teve como protagonistas Guido Calabresi, Ronald Dworkin e Richard Posner.⁹⁵ Já que o antitruste é visto como ramo jurídico preocupado com o mercado, onde portanto vige a “lógica de mercado”, cabe questionar o que seria essa tal lógica. Se por ela se entende a necessidade de avaliar se o mercado funciona de forma eficiente e maximiza os ganhos, é preciso então refletir se esse pensamento é adequado para o caso da privacidade.

Entendo que a abordagem que toma a eficiência como fim não é a mais adequada. O objetivo do direito não é assegurar eficiência, simplesmente porque a

⁹³ (Evans, *The Online Advertising Industry: Economics, Evolution, and Privacy* 2009), p. 44, identificou quatro mercados de propaganda online integrados nos Estados Unidos. Os resultados da pesquisa precisam ser atualizados, mas ainda permanece a pergunta: quais serão as consequências de permitir que empresas adquiram mais e mais empresas, e assim limitem a terceirização?

⁹⁴ (Solove 2008) faz uma reconstrução do conceito e associa-o à segurança e ao debate sobre coleta de dados, no âmbito principalmente dos EUA. (Rotenberg and Jacobs 2013) analisam o surgimento do direito de privacidade na União Europeia, enfocando sua relevância em matéria de proteção de dados.

⁹⁵ O debate surgiu quando Dworkin publicou *Is Wealth a Value?* e teve continuidade em publicações do Hofstra Law Review, com respostas diretas de Calabresi e Posner (*About Law and Economics: a Letter to Ronald Dworkin e A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law*, respectivamente).

eficiência não é um valor.⁹⁶ Não obstante, seria possível afirmar que a eficiência tem um papel a desempenhar na teoria do direito e que esse papel é particularmente enfático no caso do antitruste, já que, ainda que seja correto afirmar que a eficiência não é um valor pelo qual o direito se pauta, ela é considerada por muitos um valor a ser protegido *na jurisdição concorrencial*. Nesse caso, a questão é diferente: a fim de saber se a análise antitruste da privacidade é defensável, é preciso primeiro determinar o que o antitruste de fato protege. Esse é outro tópico que rendeu debates acirrados e complexos ao longo dos anos.⁹⁷

Se a conclusão é, como me parece ser o caso, que o objetivo primeiro, mesmo do antitruste, não é simplesmente resguardar a eficiência, então não deveria haver nenhuma barreira intransponível para se conceder às autoridades concorrenciais alguma autoridade sob a privacidade.⁹⁸ Dificuldades, no entanto, ainda se apresentam. Duas delas são particularmente evidentes: (i) a questão do *enforcement* dos direitos fundamentais e (ii) a conciliação de uma perspectiva de mercado, guiada pela disponibilidade dos bens, com as características dos direitos fundamentais.

Visto que diferentes países possuem diferentes abordagens em relação à teoria dos direitos fundamentais, as respostas a essas questões variarão de jurisdição para jurisdição.⁹⁹ Mas a necessidade de engajar-se num debate sobre o

⁹⁶ Novamente, uma exposição pormenorizada das razões que me levam a essa afirmação exigiria reconstrução do debate entre os três autores mencionados, o que foge do objeto desse trabalho. Remeto o leitor, no entanto, à replica de Dworkin a Posner e Calabresi, que me parece elucidar de maneira convincente os motivos pelos quais a eficiência não pode ser tomada como fim ou valor a ser protegido pelo direito. (Dworkin 1980)

⁹⁷ (Bork, *Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy* 1965) defendeu o posicionamento que se tornou uma das bases da Escola de Chicago, o qual afirma que a eficiência é de fato o objetivo maior do antitruste. Outros, como o próprio Dworkin e os pensadores pós-Chicago – expressão cunhada por Hovenkamp para auto-identificar sua obra – discordaram dessa posição

⁹⁸ Digo alguma pois é evidente que essa autoridade não seria ilimitada. Não pretendo sugerir que qualquer tema relacionado à privacidade possa ser analisado pelas autoridades antitruste, mas apenas que ela não deveria ser a priori excluída de sua apreciação, pelo simples fato de ser um direito fundamental.

⁹⁹ No Brasil, certos aspectos do direito de privacidade são considerados indisponíveis até mesmo pelo titular. Reconciliar a teoria dos direitos fundamentais e o mercado, nesse caso, é um desafio. Especificamente sobre o direito de privacidade em conexão com a internet, (Leonardi 2012), pp. 112-113, afirma que a privacidade é um

tema permanece. Descartar a priori o assunto, ao invés de proteger os consumidores e garantir um melhor funcionamento do mercado, é recusar-se a enxergar o problema. Adotar essa postura não fará com que a privacidade seja excluída do mercado, tampouco previnirá contra desenvolvimentos futuros que vão além do presente uso de dados pessoais para fins de propaganda, mas somente adiará a discussão. É inevitável que em algum momento as autoridades antitruste enfrentem a questão. Quanto mais rápido o fizerem, melhores as chances de controle sobre a situação e a possibilidade de impor seus próprios termos regulatórios.¹⁰⁰ Por outro lado, quanto mais o debate for adiado, mais estabelecidas estarão as preferências das empresas e mais difícil será impor ou influenciar alguma mudança.

V. O caso brasileiro - o papel do CADE

Além de apontar para possíveis efeitos no direito antitruste advindos da definição de varejo de dados pessoais, esse trabalho volta-se agora para consequências concretas que podem ser percebidas em dois casos analisados pela autoridade concorrencial brasileira, o CADE. Ambos os casos são atos de concentração (ACs), o primeiro deles entre a Phorm Veiculação de Publicidade Ltda., a representante brasileira da inglesa Phorm Inc., e a TNL PCS S.A., parte do Grupo Oi; o segundo entre a mesma Phorm Ltda. e a Telefônica Data S.A., do grupo espanhol Telefónica. Os casos foram selecionados por apresentarem diversos dos elementos discutidos ao longo do trabalho, entre eles (i) o mercado de propaganda online, (ii) o modelo de mercado de dois lados, (iii) a privacidade e a coleta de dados

direito fundamental e que se amolda à estrutura de princípio defendida por Robert Alexy, estando portanto sujeita a sopesamento.

¹⁰⁰ Como dito, acredito que a reversão completa do quadro atual é utópica, mas isso não significa que devemos ignorar o papel do direito em promover ou desencorajar mudanças. As autoridades têm poder de influenciar o quadro normativo e assim criar incentivos aos agentes no mercado, em um ou outro sentido.

peçoais e (iv) a abordagem antitruste sobre informações de usuários. Pretende-se verificar se a inserção do varejo de dados pessoais modificaria algum aspecto da investigação do CADE e de suas subseqüentes decisões.

V.1 A Phorm e o varejo de dados pessoais

O primeiro dos casos da empresa Phorm foi notificado por conta de sua parceria comercial com o grupo Oi (mais precisamente, a TNL) para fins de compartilhamento de tecnologia, parceria esta que buscava expandir as atividades de ambas as empresas nos seus respectivos mercados relevantes.¹⁰¹ Os mercados atingidos pela transação, segundo o CADE, seriam o de propaganda e o de comunicação online, bem como o de acesso à rede de internet (mercado de banda larga).

A preocupação inicial demonstrada pela Procuradoria do CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) era a possibilidade de integração vertical, já que a Phorm seria capaz de utilizar a plataforma do grupo Oi, o Portal IG, para oferecer dois produtos, (i) o “Navegador”, uma ferramenta instalada em browsers, destinada a monitorar as atividades online a fim de selecionar propaganda compatível com interesses de usuários, quando estes concordam com os termos e condições da Phorm, e (ii) o Open Internet Exchange (OIX), responsável por apresentar os anúncios selecionados por meio de *behavioral targeting*.¹⁰² No caso aqui apresentado, e de acordo com as considerações feitas nos itens III e IV, o mercado de propaganda online enfrentaria uma integração vertical, já que a matéria-

¹⁰¹ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica 2010)

¹⁰² Nas palavras da própria Oi, fls. 14 “Essa nova facilidade é capaz de identificar as preferências do usuário, em tempo real, pelo seu padrão de navegação, criando perfis e oferecendo conteúdo considerado relevante a partir dos interesses verificados. A ferramenta é totalmente gratuita sem ônus ou prejuízo para os usuários finais e preserva também sua privacidade e garante seu anonimato.”

prima necessária para confecção de anúncios - os dados pessoais dos usuários - e os meios para oferecer tais anúncios seriam ambos controlados pela Phorm.

A Phorm argumentou que, apesar da integração, seu produto melhoraria a experiência dos usuários, já que a eles seria oferecida propaganda de acordo com interesses pessoais auto-identificados. É preciso notar, no entanto, que a empresa parte da premissa de que a propaganda será sempre útil ou proveitosa para os internautas, o que, como visto em II.1.2, é altamente questionável. Se a propaganda, como se afirmou, é não mais que um peso que os usuários devem carregar a fim de ter acesso ao conteúdo das PPOs, então a afirmação da Phorm não se sustenta.

Afirmou-se ainda que o mercado de propaganda online é fragmentado, e que a transação seria incapaz de prejudicar a concorrência. Segundo a empresa, a operação na verdade introduziria um novo agente econômico no mercado, mercado este em que Google e Yahoo! são concorrentes de peso, o que por sua vez aumentaria a competitividade.

Em contrapartida a essas alegações, foram apresentados ao CADE questionamentos sobre várias das consequências da parceria, entre elas a possível criação de uma vantagem competitiva - por meio do uso de bancos de dados pessoais - frente a outros concorrentes.¹⁰³ As requerentes responderam às preocupações dizendo que não havia falar em ameaça à concorrência por conta de (i) total falta de conexão entre o produto OIX e qualquer conluio para prejuízo do ambiente pró-competitivo, (ii) a posição não dominante ocupada pela Oi no mercado, que consequentemente tornava impossível exercer qualquer abuso no mercado de propaganda, (iii) o mecanismo de segurança dos produtos OIX e Navegador, que

¹⁰³ Ofício nº 07786/2010/RJ COGCE/SEAE/MF.

assegurava o anonimato dos usuários, e (iv) a criação de uma opção aos produtos do Google.¹⁰⁴

V.1.1 Percepções iniciais da autoridade concorrencial

Quando levado a analisar o caso, o CADE disse ter considerado as observações apresentadas, tendo inclusive postergado a decisão em face de novas informações decorrentes do ofício 07786/2010/RJ, as quais motivaram uma investigação mais profunda de certos aspectos do AC. No entanto, ao referir-se à privacidade, o Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan foi claro ao dizer que “[n]ão é atribuição institucional do CADE analisar os impactos de uma operação com base em preocupações sobre privacidade na Internet”.¹⁰⁵ Por essa razão, o DPDC (departamento de Proteção e Defesa do Consumidor) foi chamado a pronunciar-se, e tanto o Comitê Gestor da Internet no Brasil (CGI.br) quando a ANATEL (Agência Nacional de Telecomunicações) foram notificados da decisão.

Apesar da posição aparentemente conservadora em matéria de privacidade, o conselheiro chamou atenção para a possível vantagem competitiva da Phorm em sua entrada no mercado, pois ela se aproveitaria de uma base de dados já estabelecida, aquela da Oi, a partir da qual poderia criar seus anúncios personalizados.¹⁰⁶ Ainda assim, ele entendeu que tal dado não configura um impedimento à transação, porque (i) a posição potencialmente privilegiada que a Phorm viria a ocupar por meio da parceria decorre do mercado já ocupado pela própria Oi, donde se conclui que esta última seria capaz de usufruir da mesma vantagem mesmo sem a participação da Phorm, (ii) a parcela do mercado

¹⁰⁴ Interessante notar que tanto o Google quanto a Microsoft, quando instados pelo CADE a prestar informações sobre a operação, disseram não acreditar que ela alteraria de forma significativa o mercado de propaganda online.

¹⁰⁵ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica 2010), fls. 362.

¹⁰⁶ Em suas palavras, fls. 366: “O fato de ter acesso aos hábitos de navegação de milhões de usuários pode lhe proporcionar informações tão detalhadas a respeito de uma base considerável de clientes que seria impossível competir com essa empresa em publicidade na Internet”.

controlada pela Oi não é expressiva, e há outros agentes relevantes a serem considerados no mercado de banda larga, especialmente a NET e a Telefônica, (iii) não há certeza sobre a efetividade das bases de dados como mecanismos de mapeamento de interesses de usuários e (iv) a propaganda online é ela mesma um segmento de mercado fortemente dominado pelo Google, o que significa dizer que a Phorm não seria capaz de exercer sobre ele nenhuma influência anticompetitiva relevante.

É razoável supor que essas conclusões seriam diferentes caso o mercado analisado não fosse apenas aquele de propaganda online, mas incluísse também o varejo de dados pessoais. Certamente não se pode prever qual teria sido o resultado, já que a própria investigação do CADE poderia ter tomado rumos distintos, mas é provável que alguns aspectos do caso fossem vistos sob outra luz. Primeiramente, haveria maior preocupação com as bases de dados. Nesse contexto, as conclusões do Conselheiro Furlan sobre o poder de mercado da Oi poderiam ser diversas.

O conselheiro observa corretamente que a Phorm dificilmente poderia alavancar a posição da Oi em propaganda online a ponto de prejudicar a concorrência, mas disso não se pode concluir pela ausência de barreiras à entrada e, muito menos, pela ausência de integração vertical. Se os dados pessoais são um ativo essencial para a propaganda online, seria preciso primeiro analisar qual é o domínio sobre esse ativo, tanto da Oi quanto da Phorm, para então concluir se uma parceria entre as duas empresas poderia prejudicar a concorrência.¹⁰⁷ Em segundo lugar, a privacidade tornar-se-ia mais palatável para as autoridades antitruste, já que

¹⁰⁷ Massimo Motta diz, sobre estruturas essenciais, que as autoridades devem verificar (i) o grau de substitutibilidade de uma dada estrutura, a fim de concluir se nenhuma outra estrutura poderia ser utilizada para preencher seu papel, (ii) a capacidade do agente econômico em reproduzir a estrutura utilizando seus próprios recursos e (iii) a viabilidade de uso conjunto da estrutura. (Motta 2009), pp. 69 e ss.

seria tomada como matéria-prima, uma categoria com que o Conselho certamente tem menos resistência em trabalhar que aquela de direitos fundamentais. Em terceiro lugar, insistir na afirmação de que retenção de informações pessoais não é um mecanismo eficiente para mapear os interesses dos internautas é um tanto quanto ingênuo. Há evidência suficiente do contrário para que as bases de dados e a aquisição de informação sejam consideradas merecedoras de atenção antitruste. Se as empresas desejam convencer as autoridades do contrário, são elas que têm o ônus da prova.

Novamente, nada disso quer dizer que a decisão final do CADE teria sido diferente. Como o Conselho acertadamente observou, o mercado de propaganda online conta com concorrentes de peso, como o Google e o Yahoo!, e o mesmo pode ser dito sobre o varejo de dados pessoais. No entanto, a exclusão a priori da privacidade da jurisdição antitruste é problemática e cria dificuldades para compreensão do funcionamento do mercado.

V.1.2 Oi, Telefônica e Phorm

Depois do caso Oi-Phorm, a Phorm mais uma vez teve uma transação analisada pelo CADE, agora por conta de uma parceria com a Telefônica.¹⁰⁸ Os termos da transação eram precisamente os mesmos: a Phorm equiparia a Telefônica com o “Navegador” e com o OIX (aqui, no entanto, renomeado para BIX, Brazilian Internet Exchange), a fim de oferecer a usuários propaganda selecionada.

O CADE identificou o mercado como aquele de propaganda online. As preocupações iniciais uma vez mais foram dirigidas à integração vertical, já que a

¹⁰⁸ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica 2011).

parceria permitiria que a Phorm oferecesse seus serviços por meio do uso do produto da Telefônica.¹⁰⁹

Como no caso anterior, o DPDC foi chamado a pronunciar-se, dada a natureza da investigação.¹¹⁰ O Conselheiro Ricardo Machado Ruiz resumiu a manifestação do Departamento, que já havia externado algumas preocupações no caso anterior por considerar que esse tipo de parceria poderia ameaçar a privacidade e a autonomia dos usuários por conta de (i) forma de monitoramento do comportamento dos internautas – que se dá não por meio de fornecedores de conteúdo, como geralmente acontece, mas por meio dos provedores de acesso à rede banda larga, (ii) questionabilidade da segurança das informações pessoais e (iii) obscuridade do modelo *opt-out* adotado pela empresa, que em teoria permite ao usuário escolher se ele deseja ou não aderir ao sistema da Phorm, mas na prática é entendido pelo DPDC como pouco esclarecedor do objetivo da ferramenta Navegador de monitorar o comportamento dos usuários para fins de propaganda online.

O Conselheiro Ruiz, no entanto, ressaltou que “[n]ão obstante a oportuna e esclarecedora manifestação do DPDC sobre o potencial da tecnologia Phorm de causar danos aos consumidores no que tange à privacidade de sua navegação na Internet, [...] não é atribuição institucional do CADE analisar tais impactos”.¹¹¹ Sobre a posição do CADE na questão, ele disse, ainda, que a parceria deveria ser permitida, já que “[...] considero que não há argumentos suficientes para analisar esse ato de concentração como sendo a união entre os Grupos Oi e Telefônica no

¹⁰⁹ Diferentemente do caso anterior, no entanto, essa operação é apresentada, no voto do Conselheiro Ruiz, fls. 184, como se a ferramenta BIX da Phorm necessariamente criasse uma melhor experiência online aos usuários, por meio da seleção de propaganda. Como dito inúmeras vezes, não acredito que essa é uma forma adequada de descrever a relação que internautas têm com a propaganda.

¹¹⁰ Ofício no. 530/2011/CADE. A CGI.br, apesar de não ter participado do processo, posteriormente publicou um pronunciamento oficial sobre os serviços da Phorm no Brasil, a Resolução CGI.br/RES/008

¹¹¹ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica 2011), fls. 189-190.

mercado de banda larga [...]”.¹¹² Ruiz entendeu não existir comunicação direta entre a Oi e a Telefônica, e que portanto a operação deveria ser aprovada. A presença do Google no mercado foi novamente levantada como prova de que o segmento de propaganda online tem agentes econômicos importantes, e de que a Telefônica não seria capaz de exercer abuso de posição dominante, pelo contrário, ela seria uma nova concorrente num mercado muito concentrado.

O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo concordou com essas percepções. Embora tenha manifestado alguma preocupação com a parceria, ele seguiu o entendimento de Ruiz, afirmando que “[...] é preciso não descuidar do fato de estar a análise desta operação adstrita ao âmbito específico do controle preventivo de estruturas de mercado, [...] mas não permit[ir], certamente, intervenções para além desses limites estreitos, seja fundadas em razões prudenciais, regulatórias, de boas práticas ou de que outra natureza forem”. O conselheiro concorda com o posicionamento por entender que nenhuma das condições necessárias para que o CADE intervenha na operação encontram-se presentes, já que não haveria (i) um novo agente com poder de mercado significativo, (ii) habilidade de exercer e abusar de posição dominante, (iii) capacidade de prejudicar consumidores e/ou (iv) possibilidade de impedir acesso ao mercado.¹¹³

Veríssimo reforça seu posicionamento também mencionando a posição dominante ocupada pelo Google. Segundo ele, tal domínio faz com que uma eventual parceria entre Oi e Telefônica seja absolutamente incapaz de concentrar o mercado – na realidade, o efeito seria positivo, pois seria criado um novo agente, suficientemente relevante para fazer frente ao Google. Além do mais, ele ressalta

¹¹² (Conselho Administrativo de Defesa Econômica 2011), fls. 192.

¹¹³ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica 2011), fls. 585.

que seria a Phorm, e não a Oi ou a Telefônica, quem atuaria no mercado por meio da seleção de espaço publicitário.

V.1.3 Estabelecendo o varejo de dados pessoais

O Conselheiro Fernando de Magalhães Furlan discordou dos votos anteriores e expressou em seu posicionamento muitas das preocupações com que esse trabalho também se ocupa. Ao apresentar sua divergência, ele retomou pontos já ressaltados no caso Phorm anterior, para então voltar-se à atuação conjunta de Oi e Telefônica no mercado de propaganda online. Dessa forma, concluiu que a transação efetivamente fundiria as operações de ambas as empresas, ao colocar a Phorm como intermediária entre as provedoras de banda larga. A Phorm, por sua vez, ganharia em troca a matéria-prima necessária ao seu negócio: *clientes a serem monitorados*. Ou seja, o conselheiro consegue compreender qual o real objetivo da parceria e o que ela de fato envolve, a compra e venda de informação. Em suas palavras:

“A resposta mais simples é que estão sendo vendidos informação e apresentação. Vende-se a informação sobre o histórico de navegação na Internet dos usuários de banda larga na forma de perfis. E vende-se a apresentação de publicidade a usuários com perfis desejados pelo anunciante. Não se trata de uma venda isolada. No sistema da Phorm, esses dois serviços são vendidos de forma conjunta e inseparável: o anunciante compra a apresentação de publicidade aos usuários que pertençam a um determinado perfil.

Nesse contexto, o usuário de banda larga não é o cliente, mas o produto. As provedoras vendem dados do usuário e vendem a apresentação de publicidade a este usuário. O real cliente é o anunciante.”

Apesar de sua descrição esclarecedora, Furlan deixa de definir o mercado como aquele de varejo de dados pessoais. Ao invés disso, ele reafirma o modelo de mercado de dois lados.

Apesar de concordar em boa parte com as afirmações do conselheiro, entendo que seu argumento poderia ser fortalecido se deixasse de insistir no modelo de dois lados. Se o que se vende aos anunciantes é a informação pessoal dos usuários monetizada na forma de espaço publicitário, por que descrever o mercado como uma plataforma de dois lados? Para ser verdadeiramente um mercado desse tipo, seria preciso que os usuários recebessem algo dos anunciantes, que internalizassem os benefícios da relação. O único produto que tais anunciantes têm a oferecer, porém, é a própria propaganda e, pelas razões apresentadas no item II, já foi estabelecido que anúncios não são produtos que os internautas, em sua grande maioria, de fato desejam.

Com tudo isso dito, acredito que já está claro que a categorização do mercado que proponho não é mero preciosismo. A partir do momento que se reconhece o varejo de dados pessoais como um mercado individualizado, o funcionamento do mercado pode ser corretamente compreendido e descrito. Não há mais que se falar em plataforma de dois lados, onde anunciante e usuários finais interagem por meio de provedores de banda larga, mas sim em varejo de dados pessoais, onde a informação de usuários é o produto.

Outro ponto levantado pelo conselheiro Furlan diz respeito à alavancagem da posição dominante da Oi e da Telefônica do mercado de banda larga ao mercado de propaganda online, e à conseqüente criação de uma estrutura essencial na forma de históricos de usuários. Segundo ele, a Phorm seria capaz de monitorar os clientes da Oi e da Telefônica durante *toda* sua navegação online, uma habilidade que

nenhuma outra empresa possui (nem mesmo o Google, o Facebook, ou o Yahoo!), e assim apoderar-se-ia de uma estrutura essencial (“*essential facility*”). Em resposta a essa afirmação, o Conselheiro Veríssimo sustentou o contrário, dizendo que “a intervenção sequer parecia coadunar-se com as versões tradicionais da doutrina das *essential facilities*, uma vez que atingiria, aparentemente, o próprio *produto* vendido no mercado de intermediação publicitária, ao invés de atingir o *insumo* necessário para atuação nesse mercado”.¹¹⁴ Ele diz que há outras estratégias às quais as empresas podem recorrer a fim de adquirir informações de usuários, e que a abordagem da Phorm nada mais é que um método diferenciado, não uma *essential facility*. Esse argumento, no entanto, não se sustenta se o mercado for analisado como aquele de dados pessoais e o *insumo forem os próprios dados pessoais*. Novamente, não se pode afirmar com absoluta certeza que haveria a criação de uma estrutura essencial, mas o ponto que desejo ressaltar é que uma investigação mais detalhada da questão é necessária por conta da determinação do mercado de forma distinta.

Na visão defendida nesse trabalho, o ponto central nos casos analisados é que a Phorm poderia concentrar o mercado. As observações do CADE são dirigidas ao mercado de propaganda online e de banda larga, mas se a autoridade pensasse também no varejo de dados pessoais tornar-se-ia mais claro que a Phorm poderia ganhar acesso nunca antes visto às informações de usuários e assim monetizar essa matéria-prima por meio de propaganda direcionada. Furlan entende que essa seria a constituição de uma *essential facility* no mercado de propaganda online, com a efetiva mitigação da concorrência nessa indústria por meio de uma parceria disfarçada entre a Oi e a Telefônica. Esse trabalho sustenta que, além disso, criar-

¹¹⁴ (Conselho Administrativo de Defesa Econômica 2011), fls. 591-592.

se-ia um agente no mercado com posição dominante na indústria de monitoramento, o que traria efeitos perceptíveis para a propaganda online.¹¹⁵ A decisão final do CADE, no entanto, foi favorável aos entendimentos de Ruiz e Veríssimo, não de Furlan.

Conclusões

Buscou-se demonstrar de que forma uma análise do mercado de PPOs que reconheça o varejo de dados pessoais é mais adequada do que o modelo atualmente utilizado, o qual vê tais plataformas como mercados de dois lados. A partir disso, foram apontados alguns efeitos possíveis dessa nova definição para os fins da análise antitruste. Por fim, dois casos do SBDC foram analisados, para demonstrar de que forma a proposta do trabalho teria efeitos práticos em decisões das autoridades concorrenciais, em especial a autoridade brasileira.

Entendo que a proposta do varejo de dados pessoais é esclarecedora e como tal deveria fazer parte da agenda do CADE, já que, como espera-se que os casos Phorm tenham demonstrado, ela poderia alterar ao menos dois aspectos da decisão final. Em primeiro lugar, requereria uma definição diferenciada do mercado relevante, definição essa que incluísse os dados pessoais e abandonasse o modelo de dois lados. Em segundo lugar, abriria espaço para uma análise mais profunda da doutrina das *essential facilities*, ao atribuir aos próprios dados pessoais o papel de ativo necessário para o oferecimento de propaganda online. A privacidade, em sua faceta de informações pessoais, não mais estaria fora da jurisdição antitruste e a descrição do mercado seria mais consistente.

¹¹⁵ Quanto à doutrina das estruturas essenciais, a Telefônica afirmou que qualquer tentativa de abrir acesso aos bancos de dados pessoais configuraria violação ao direito de propriedade intelectual. Tal alegação não se sustenta, porém, já que se alguma propriedade estivesse sendo violada, seria a propriedade dos usuários. Não parece existir qualquer inovação no banco de dados que o torne sujeito à proteção do direito de PI.

Bibliografia

- AdBlock Plus. *Adblock Plus and (a little) more: The Future of Facebook Ads (and how Adblock Plus will deal with them)*. Maio 7, 2013. <https://adblockplus.org/blog/the-future-of-facebook-ads-and-how-adblock-plus-will-deal-with-them> (acesso em Julho 9, 2014).
- Almunia, Joaquín. "Competition and personal data protection." Bruxelas, Novembro 26, 2012.
- Amazon Inc. *Drive traffic to your website with Amazon's CPC advertising program*. 2014. <http://services.amazon.com/content/product-ads-on-amazon.htm> (acesso em Abril 10, 2014).
- . "Quarterly Results." *Amazon.com Investor Relations*. Janeiro 30, 2014. <http://phx.corporate-ir.net/phoenix.zhtml?c=97664&p=irol-reportsother> (acesso em Fevereiro 22, 2014).
- Ayenson, Mika D., Dietrich J. Wambach, Ashkan, Good, Nathaniel Soltani, and Chris Jay Hoofnagle. "Flash cookies and privacy II: Now with HTML5 and ETag respawning." *SSRN*. Julho 29, 2011. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1898390 (acesso em Março 18, 2014).
- Bailey, David, and Richard Whish. *Competition Law*. 7ª edição. New York: Oxford University Press, 2012.
- Bing Inc. *Enhanced Cooperation with Facebook on Search*. Fevereiro 5, 2010. <http://blogs.bing.com/search/2010/02/05/enhanced-cooperation-with-facebook-on-search-2/> (acesso em Março 8, 2014).
- Blanding, Michael. *Search vs. Display Advertising: Which Promises More Bang for the Buck?* Abril 15, 2013. <http://www.forbes.com/sites/hbsworkingknowledge/2013/04/15/search-vs-display-advertising-which-promises-more-bang-for-the-buck/> (acesso em Maio 29, 2014).
- Bloom, Paul N., and Jeanne Krips. "An Experiment in the Economics of Advertising." *Journal of Marketing & Public Policy* (American Marketing Association) 1 (1982): 25-42.
- Bork, Robert H. "Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy." *Columbia Law Review* 65, no. 3 (Março 1965): 363-376.
- . *The Antitrust Paradox: a Policy at War With Itself*. 2ª edição. New York: Simon & Schuster, 1993.
- Calabresi, Guido. "An Exchange: About Law and Economics: A Letter to Ronald Dworkin." *Hofstra Law Review* 8 (1980): 553-562.
- Charles, Aaron. *What is Google TAC?* 2013. <http://smallbusiness.chron.com/google-tac-64583.html> (acesso em Janeiro 29, 2014).
- Chiou, Lesley, and Catherine Tucker. "Search Engines and Data Retention: Implications for Privacy and Antitrust." *SSRN*. Maio 27, 2014. http://papers.ssrn.com/sol3/Papers.cfm?abstract_id=2441333 (acesso em Junho 22, 2014).
- Cleland, Scott, and Ira Brodsky. *Search & Destroy: why you can't trust Google Inc*. St. Louis, Missouri: Telescope Books, 2012.
- Clements, Matthew T. "Direct and Indirect Network Effects: Are They Equivalent?" *SSRN*. Janeiro 30, 2004. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=313928 (acesso em Novembro 23, 2013).
- Concurring Statement of Comissioner Jon Leibowitz*. FTC File No. 071-0170 (Federal Trade Commission, Dezembro 20, 2007).

Conversant, Inc. *Our Approach*. 2014. <http://www.conversantmedia.com/our-approach> (acesso em Julho 10, 2014).

Dissenting Statement of Commissioner Pamela Jones Harbour. FTC File No. 071-0170 (Federal Trade Commission, Dezembro 20, 2007).

Ducoffe, Robert H. "How Consumers Assess the Value of Advertising." *Journal of Current Issues & Research in Advertising* 17, no. 1 (1995): 1-18.

Dworkin, Ronald. "Is Wealth a Value?" *The Journal of Legal Studies* (The University of Chicago Press) 9, no. 2 (Março 1980): 191-226.

Dworkin, Ronald. "Why Efficiency? A Response to Professors Calabresi and Posner." *Hofstra Law Review* 8 (1980): 563-590.

Evans, David S. "Attention Rivalry Among Online Platforms." *Journal of Competition Law & Economics* (Oxford University Press) 9, no. 2 (2013): 313-357.

—. "The Antitrust Economics of Two-Sided Markets." SSRN. Novembro 2, 2002. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=332022 (acesso em Dezembro 10, 2013).

Evans, David S. "The Online Advertising Industry: Economics, Evolution, and Privacy." *Journal of Economic Perspectives* 23, no. 3 (Summer 2009): 37-60.

Evans, David S., and Michael C. Noel. "The Analysis of Mergers that Involve Multisided Platform Business." *Journal of Competition Law & Economics* (Oxford University Press) 4, no. 3 (2008): 663-695.

Evans, David S., and Richard Schmalensee. "The Antitrust Analysis of Multi-Sided Platform Businesses ." SSRN. Janeiro 30, 2013. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2185373 (acesso em Outubro 14, 2013).

Evans, David S., and Richard Schmalensee. "The Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms." *Competition Policy International Journal* 3, no. 1 (2007): 151-179.

Facebook Inc. *Bringing Your Friends to Bing: Search Now More Social*. Outubro 13, 2010. <https://www.facebook.com/notes/facebook/bringing-your-friends-to-bing-search-now-more-social/437112312130> (acesso em Março 7, 2014).

—. *Earnings*. Janeiro 29, 2014. <http://investor.fb.com/results.cfm> (acesso em Fevereiro 6, 2014).

Folha de S. Paulo. *Operadoras de cartões unificam terminais a partir de hoje*. Julho 1, 2010. <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2010/07/759949-operadoras-de-cartoes-unificam-terminais-a-partir-de-hoje.shtml> (acesso em Março 9, 2014).

Forgioni, Paula A. *Fundamentos do Antitruste*. 4ª edição. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2010.

Gacinga, Joseph. *Google's Traffic Acquisition Costs Could Soon Stabilize*. Agosto 31, 2014. <http://seekingalpha.com/article/2462165-googles-traffic-acquisition-costs-could-soon-stabilize> (acesso em Setembro 2, 2014).

Geradin, Damien, and Monika Kuschewsky. "Competition Law and Personal Data: Preliminary Thoughts on a Complex Issue." SSRN. Fevereiro 12, 2013. http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2216088 (acesso em Março 23, 2014).

GO-Gulf.com. *How People Spend Their Time Online [Infographic]*. Fevereiro 2, 2012. <http://www.go-gulf.com/blog/online-time/> (acesso em Março 17, 2014).

Goldfarb, Avi, and Catherine E. Tucker. "Privacy Regulation and Online Advertising." *Management Science*, Janeiro 2011: 57-71.

Goldfarb, Avi, and Catherine Tucker. "Search Engine Advertising: Channel Substitution when Pricing Ads to Context." *Management Science*, Março 2011: 458-470.

Goldfarb, Avi, and Catherine Tucker. "Substitution Between Offline and Online Advertising Markets." *Journal of Competition Law & Economics* (Oxford University Press), 2011: 1–8 .

Google Brasil. *Lista de recursos do Google Analytics*. Janeiro 1, 2013. http://www.google.com/intl/pt-BR_ALL/analytics/features/index.html (acesso em Março 9, 2014).

Google Inc. *2013 Quarterly Earnings*. Janeiro 30, 2014. <http://investor.google.com/earnings.html> (acesso em Fevereiro 6, 2014).

—. *Build your audience*. Janeiro 1, 2013. <http://www.google.com/analytics/why/> (acesso em Março 9, 2014).

—. *Google Shopping Updates*. Agosto 7, 2012. <http://googlecommerce.blogspot.com.br/2012/08/google-shopping-updates.html> (acesso em Março 24, 2014).

—. *Our agreement to provide ad technology to Yahoo!* Junho 12, 2008. <http://googleblog.blogspot.com.br/2008/06/our-agreement-to-provide-ad-technology.html> (acesso em Novembro 4, 2013).

Google/DoubleClick. AC 08012.005304/2007-11 (Plenário CADE, Abril 23, 2008).

Google/DoubleClick. COMP/M.4731 (Commission of the European Communities, Março 11, 2008).

Grimmelmann, James. "Privacy as Product Safety." *Widener Law Journal* 19 (2009-2010): 793-827.

Honan, Mat. *I Liked Everything I Saw on Facebook for Two Days. Here's What It Did to Me*. Agosto 11, 2014. http://www.wired.com/2014/08/i-liked-everything-i-saw-on-facebook-for-two-days-heres-what-it-did-to-me/?mbid=social_fb%3E. (acesso em Agosto 13, 2014).

Hoofnagle, Chris Jay. "Beyond Google and evil: How policy makers, journalists and consumers should talk differently about Google and privacy." *First Monday Journal* 14, no. 4 (April 2009).

Hoofnagle, Chris Jay, Ashkan Soltani, Nathaniel Good, Dietrich J. Wambach, and Mika D. Ayenson. "Behavioral Advertising: The Offer You Cannot Refuse." *Harvard Law & Policy Review* (Harvard University Press) 6 (2012): 273-296.

Hovenkamp, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 3ª edição. Thomson/West, 2005.

Jansen, Bernard J., Danielle L. Booth, and Amanda Spink. "Determining the informational, navigational, and transactional intent of Web queries." *Information Processing & Management* (Elsevier) 44, no. 3 (Maio 2008): 1251–1266 .

Jerky App. *Jerky Has Adblock!* Fevereiro 25, 2014. <http://jerkyapp.com/blog/ad-block> (acesso em Julho 2, 2014).

Katz, Michael L., and Carl Shapiro. "Network Externalities, Competition, and Compatibility." *The American Economic Review* 75, no. 3 (Junho 1985): 424-440.

Katz, Michael L., and Carl Shapiro. "Systems Competition and Network Effects." *The Journal of Economic Perspectives* (American Economic Association) 8, no. 2 (1994): 93-115.

Kaye, Kate. *Mastercard, AmEx Quietly Feed Data to Advertisers*. Abril 16, 2013. <http://adage.com/article/dataworks/mastercard-amex-feed-data-marketers/240800/> (acesso em Junho 3, 2014).

KISSMetrics. *Marketing Attribution & Customer Tracking Across Multiple Devices*. 2014. <https://www.kissmetrics.com/features> (acesso em Junho 14, 2014).

Lawler, Richard. *Format Wars: Blu-ray vs. HD DVD*. Junho 4, 2014. <http://www.engadget.com/2014/06/07/format-wars-blu-ray-vs-hd-dvd/> (acesso em Julho 12, 2014).

Lee, Jessica. *Google's Search Market Share Shoots Back to 67%*. Agosto 13, 2013. <http://searchenginewatch.com/article/2289560/Googles-Search-Market-Share-Shoots-Back-to-67> (acesso em Maio 12, 2014).

Leonardi, Marcel. *Tutela e Privacidade na Internet*. São Paulo, SP: Editora Saraiva, 2012.

Li, Hairong, Steven M. Edwards, and Joo-Hyun Lee. "Measuring the Intrusiveness of Advertisements: Scale Development and Validation." *Journal of Advertising* 31, no. 2 (2002): 37-47.

Luchetta, Giacomo. "Is The Google Platform a Two-Sided Market?" *Journal of Competition Law & Economics* (Oxford University Press) 10, no. 1 (2014): 185-207.

Manne, Geoffrey A., and Joshua D. Wright. "Google and the Limits of Antitrust: The Case Against the Case Against Google." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 34, no. 1 (2011): 171-244.

McCoy, Scott, Andrea Everard, Peter Polak, and Dennis F. Galletta. "The Effects of Online Advertising." *Communications of the ACM - Emergency response information systems: emerging trends and technologies*, Março 2007: 84-88.

Microsoft, Inc. *The FTC and Google: A Missed Opportunity*. Janeiro 3, 2013. <http://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2013/01/03/the-ftc-and-google-a-missed-opportunity/> (acesso em Abril 26, 2014).

Motta, Massimo. *Competition Policy – Theory and Practice*. New York: Oxford University Press, 2009.

Mozilla Firefox. *Adblock Plus - Statistics Dashboard*. Janeiro 1, 2012. <https://addons.mozilla.org/en-US/firefox/addon/adblock-plus/statistics/?last=30> (acesso em Abril 16, 2014).

Nehf, James P. "Shopping for Privacy Online: Consumer Decision-Making Strategies and the Emerging Market for Information Privacy." *Journal of Law, Technology & Policy* 1 (2005): 1-54.

NPR. *Tracking The Companies That Track You Online*. Agosto 19, 2010. <http://www.npr.org/templates/story/story.php?storyId=129298003> (acesso em Maio 27, 2014).

OCDE Competition Committee. "The Essential Facilities Concept." *OCDE Policy Roundtables*. 1996. <http://www.oecd.org/dataoecd/34/20/1920021.pdf> (acesso em Julho 25, 2014).

Posner, Richard A. "A Reply to Some Recent Criticisms of the Efficiency Theory of the Common Law." *Hofstra Law Review* 9, no. 1 (1981): 775-794.

Reisinger, Markus. "Two-Sided Markets with Negative Externalities." *Münchener Wirtschaftswissenschaftliche Beiträge*. 2004. 1-30.

Rettie, Ruth, Helen Robinson, and Blaise Jenner. "Does Internet Advertising Alienate Users?" *Academy of Marketing (AM) Annual Conference 2001*. Kingston Business School, 2001. 1-10.

Rochet, Jean-Charles, and Jean Tirole. "Platform Competition in Two-Sided Markets." *Journal of the European Economic Association* (Wiley) 1, no. 4 (Junho 2003): 990-1029.

Rochet, Jean-Charles, and Jean Tirole. "Two-sided markets: a progress report." *The RAND Journal of Economics* 37, no. 3 (Setembro 2006): 645–667.

Rose, Daniel E., and Danny Levinson. "Understanding user goals in web search." *13th international conference on World Wide Web*. New York: WWW '04, 2004. 13-19.

Rosmarin, Rachel. *Why Gears of War Costs \$60*. Dezembro 19, 2006. http://www.forbes.com/2006/12/19/ps3-xbox360-costs-tech-cx_rr_game06_1219expensivegames_slide.html (acesso em Fevereiro 18, 2014).

Rotenberg, Marc, and David Jacobs. "Updating the Law of Information Privacy: The New Framework of the European Union." *Harvard Journal of Law & Public Policy* 36, no. 2 (2013): 605-652.

Salomão Filho, Calixto. *Direito Concorrencial*. 1ª edição. São Paulo, SP: Malheiros, 2013.

—. *Regulação da Atividade Econômica: princípios e fundamentos jurídicos*. São Paulo, SP: Malheiros, 2008.

Shapiro, Carl, and Hal R. Varian. *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy*. Boston: Harvard Business Press, 1999.

Solove, Daniel J. "Data Mining and the Security-Liberty Debate." *The University of Chicago Law Review* 75, no. 1 (Winter 2008): 343-362.

Statement of Federal Trade Commission Concerning Google/DoubleClick. 071-0170 (FTC, Dezembro 20, 2007).

Swire, Peter, and Yianni Lagos. "Why the Right to Data Portability Likely Reduces Consumer Welfare: Antitrust and Privacy Critique." *Maryland Law Review* 72, no. 2 (2013): 335-380.

Telefônica/Phorm. AC 08012.010585/2010-29 (CADE, Dezembro 14, 2011).

Tene, Omer, and Jules Polonetsky. "Privacy in the Age of Big Data: A Time for Big Decisions." *The Privacy Paradox: Privacy and Its Conflicting Values*. Stanford Law Review, 2012. 63-69.

TNL/Phorm. AC 08012.003107/2010-62 (CADE, Outubro 6, 2010).

Tucker, Catherine. "The Implications of Improved Attribution and Measurability for Online Advertising Markets." *Competition in the Online Environment*. ipria.org, 2012. 1-40.

Vallina-Rodriguez, Narseo, et al. "Breaking for Commercials: Characterizing Mobile Advertising." *IMC '12 Proceedings of the 2012 ACM conference on Internet measurement conference*. New York: ICM '12, 2012. 343-356.

Varian, Hal R. "The Economics of Internet Search." *Rivista di Politica Economica*, Novembro-Dezembro 2006: 177-191.

Wang, Chingning, Ping Zhang, Risook Choi, and Michael D'Eredita. "Understanding Consumers Attitude Towards Advertising." *AMCIS 2002 Proceedings*. AIS Electronic Library, 2002. 1143-1148.

Wielbacher, William M. "How Advertising Affects Consumers." *Journal of Advertising Research* 43, no. 2 (Junho 2003): 230-234.

WordStream, Inc. *Facebook IPO: Can Facebook Beat the Google Display Network in Online Advertising?* 2012. <http://www.wordstream.com/articles/facebook-vs-google-display-network> (acesso em Janeiro 29, 2014).

Wotton, John. "Are Media Markets Analyzed as Two-Sided Markets? ." *Competition Policy International Journal* 3, no. 1 (2007): 237-247.

Yarrow, Jay. *Steve Ballmer's Huge Reorg Of Microsoft Could Bury One Of The Company's Biggest Embarrassments* Read more: <http://www.businessinsider.com/microsoft-reorg-earnings-reports-2013-7#ixzz3CeevViKq>. Julho 9, 2013. <http://www.businessinsider.com/microsoft-reorg-earnings-reports-2013-7> (acesso em Maio 11, 2014).

