

REGULAÇÃO DE ASPECTOS ECONÔMICOS E CONCORRENCIAIS DO MERCADO DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Contribuição à Tomada de Subsídios do Ministério da Fazenda



COORDENAÇÃO:

Josie de Menezes Barros
Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

**Regulação de aspectos econômicos
e concorrenciais do mercado de
plataformas digitais:**

*Contribuição à Tomada de Subsídios do
Ministério da Fazenda*



Copyright © LEGAL GROUNDS *INSTITUTE*
Rua Leopoldo Couto de Magalhães Júnior, 1098 | 4º andar, Itaim Bibi | São Paulo/SP
www.legalgroundsinstitute.com | E-mail: contato@legalgrounds.com.br

DIREÇÃO INSTITUCIONAL:

Juliano Maranhão
Ricardo Campos

COORDENAÇÃO:

Bianca Medalha Mollicone
Maria Gabriela Grings
Samuel Rodrigues de Oliveira

GESTÃO EXECUTIVA:

Francisco Cavalcante de Sousa

GESTÃO INSTITUCIONAL:

Bernardo de Souza Dantas Fico

GESTÃO FINANCEIRA:

Claudia Cerullo

PESQUISADORES:

Alexandre Gonçalves Kassama	Carolina Xavier Santos
Amália Batocchio	Jéssica Guedes Santos
Amanda Cunha e Mello Smith Martins	José Humberto Fazano Filho
Ana Catarina de Alencar	Marina Giovanetti Lili Lucena
Ana Laura Marinho Ferreira	Milton Pereira de França Netto
Ani Karini Muniz Schiebert	Roberto Althoff Konder Bornhausen
Bruno Farage da Costa Felipe	Sílvio Tadeu de Campos
	Tatiana Bhering Roxo

CONSULTORES:

Domingos Farinho	Mariana Avelar
Eugênio Bucci	Matthias Kettemann
Giovanni Sartor	Steffen Augsberg
Indra Spiecker	Thomas Vesting
Josie de Menezes Barros	Vanessa Boarati

ESTAGIÁRIOS:

Jaine Mendes
Luiz Fernando Alfrediano
Marina Crivelli Simões
Raimundo Arruda

**REGULAÇÃO DE ASPECTOS ECONÔMICOS E CONCORRENCIAIS DO
MERCADO DE PLATAFORMAS DIGITAIS**

COORDENAÇÃO:

Josie de Menezes Barros
Juliano Souza de Albuquerque Maranhão

FINALIZAÇÃO:

Francisco Cavalcante de Sousa

CAPA:

Michell Ribeiro

Como citar esta publicação:

LEGAL GROUNDS INSTITUTE. **Regulação de aspectos econômicos e concorrenciais do mercado de plataformas digitais**: contribuição à Tomada de Subsídios do Ministério da Fazenda. Legal Grounds *Institute*: São Paulo, 2024. Disponível em: <https://bit.ly/3R6SsvZ>. Acesso em: DD/MM/AAAA

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

2024 © Todos os direitos reservados

SUMÁRIO

SOBRE O LEGAL GROUNDS INSTITUTE.....	9
RESUMO EXECUTIVO.....	12
I. Objetivos e racional regulatório.....	13
Pergunta 1.1.....	13
Que razões econômicas e concorrenciais justificariam a regulação de plataformas digitais no Brasil? Há razões distintas para regular ou deixar de regular diferentes tipos de plataformas?.....	13
Pergunta 1.2.....	20
Em qual medida o contexto brasileiro se aproxima ou se diferencia do contexto de outras jurisdições que adotaram ou estão considerando novas regulações para plataformas digitais? Quais casos, estudos, ou exemplos concretos no Brasil indicariam a necessidade de revisão do arcabouço jurídico-regulatório brasileiro?.....	20
Pergunta 2.....	26
O arcabouço legal e institucional existente para defesa da concorrência – notadamente a Lei nº 12.529/2011 – é suficiente para lidar com as dinâmicas relacionadas às plataformas digitais? Há problemas concorrenciais e de natureza econômica que não são abordados de forma satisfatória pela legislação atual? Que aperfeiçoamentos seriam desejáveis ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para lidar de maneira mais efetiva com as plataformas digitais?.....	26
Pergunta 3.....	32
A Lei nº 12.529/2011 estabelece, no §2º do artigo 36 que: "Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia." As definições da Lei 12.529/2011 relacionadas ao poder de mercado e ao abuso de posição dominante são suficientes e adequadas, da forma como são aplicadas, para identificar poder de mercado de plataformas digitais? Se não, quais as limitações?.....	32
Pergunta 4.....	38
Algumas condutas com potenciais riscos concorrenciais tornaram-se relevantes nas discussões sobre plataformas digitais, incluindo: (i) a discriminação econômica por algoritmos; (ii) falta de interoperabilidade entre plataformas concorrentes em determinadas circunstâncias; (iii) o uso descomedido de dados	

<p> pessoais coletados, associados a eventuais condutas discriminatórias; e (iv) o efeito de alavancagem de um produto da própria plataforma em detrimento de outros concorrentes em mercados adjacentes; entre outras. Em qual medida a lei de defesa da concorrência oferece dispositivos para mitigar preocupações concorrenciais que surgem a partir das relações verticais ou de complementariedade em plataformas digitais? Quais condutas com potencial anticompetitivo não seriam identificadas ou corrigidas por meio da aplicação do ferramental antitruste tradicional?..... </p>	38
<p> Pergunta 5..... </p>	46
<p> Em relação ao controle de estruturas, é necessário algum tipo de adaptação nos parâmetros de submissão e análise de atos de concentração que busque tornar mais efetiva a detecção de potenciais danos à concorrência em mercados digitais? Por exemplo: mecanismos para revisão de aquisições abaixo dos limites de notificação, ônus da prova e elementos para análise – como o papel dos dados, entre outros - que contribuam para uma abordagem holística sobre o tema..... </p>	46
<p> III. Desenho de eventual modelo regulatório de regulação econômica pro-competitiva..... </p>	51
<p> Pergunta 6..... </p>	51
<p> O Brasil deveria adotar regras específicas de caráter preventivo (caráter ex ante) para lidar com as plataformas digitais, visando evitar condutas nocivas à concorrência ou a consumidores? A lei de defesa da concorrência – com ou sem alterações para lidar especificamente com mercados digitais seria suficiente para identificar e remediar problemas concorrenciais efetivamente, após a ocorrência de condutas anticompetitivas (modelo ex post) ou pela análise de atos de concentração?..... </p>	51
<p> Pergunta 6.1..... </p>	54
<p> Qual a combinação possível dessas duas técnicas regulatórias (ex ante e ex post) para o caso das plataformas digitais? Qual abordagem seria recomendável para o contexto brasileiro, considerando ainda os diferentes graus de flexibilidade necessários para identificar de forma adequada os agentes econômicos que devem ser foco de eventual ação regulatória e das obrigações correspondentes?..... </p>	54
<p> Pergunta 7.1..... </p>	57
<p> Jurisdições que adotaram ou estão considerando a adoção de modelos de regulação pró-competitivos – como as novas regras da União Europeia, a legislação japonesa e a proposta regulatória do Reino Unido, entre outras – optaram por um modelo assimétrico de regulação, diferenciando o impacto das plataformas digitais a partir de seu segmento de atuação e em função de seu porte, como é o caso dos gatekeepers no DMA europeu. </p>	57
<p> Pergunta 7.2..... </p>	61
<p> Caso a resposta seja no sentido de adoção de regulação assimétrica, quais parâmetros ou referências deveriam ser utilizados para esse tipo de </p>	

diferenciação? Quais seriam os critérios (quantitativos ou qualitativos) que deveriam ser adotados para identificar os agentes econômicos que devem ser objeto de regulação de plataformas no caso brasileiro?.....	61
Pergunta 8.....	64
Há riscos para o Brasil decorrentes da não adoção de um novo modelo regulatório pró-competitivo, especialmente considerando o cenário em que outras jurisdições já adotaram ou estão em processo para adotar regras específicas voltadas a plataformas digitais, levando em conta a atuação global das maiores plataformas? Quais benefícios poderiam ser obtidos pela adoção de uma regulamentação análoga no Brasil? 8.1. Como o Brasil, no caso da adoção de uma eventual regulamentação pró competição, se integraria a esse contexto global?.....	64
IV. Arranjo institucional para regulação e supervisão.....	67
Pergunta 9.....	67
É necessário haver um regulador específico para supervisão e regulação de grandes plataformas digitais no Brasil, considerando-se apenas a dimensão econômico-concorrencial?.....	67
9.1. Em caso afirmativo, seria adequado criar um órgão regulador específico ou atribuir novas competências a órgãos já existentes? Quais mecanismos de coordenação institucional seriam necessários, tanto em um cenário envolvendo órgãos e instituições existentes, quanto na hipótese de criação de um novo regulador?.....	67

SOBRE O LEGAL GROUNDS INSTITUTE

Fundado em 2020, o Legal Grounds *Institute* consolidou-se como um ator de relevância nos âmbitos público, privado, técnico-científico e terceiro setor no Brasil, com abrangência em todas as cinco regiões do país, além de estender sua influência a países como Alemanha, Estados Unidos, França e Portugal, por meio de seus representantes.

O Instituto se dedica à realização de projetos multidisciplinares na área de direito e digitalização e à condução de estudos aprofundados sobre políticas públicas relacionadas à comunicação social, educação em novas mídias, tecnologias digitais da informação e proteção de dados pessoais, tanto em âmbito nacional quanto internacional. Como um think tank, o Legal Grounds reúne mais de 60 especialistas, dentre eles professores, consultores, pesquisadores e advogados de destaque nas áreas em que atua, de forma voluntária, em projetos e grupos de pesquisa.

As iniciativas educativas e de disseminação do conhecimento promovidas pelo Legal Grounds, como eventos, cursos, seminários e redes sociais, já alcançaram digitalmente centenas de milhares de pessoas no Brasil e no mundo. Através dessas realizações, abertas ao público em geral, o instituto amplia sua capilaridade, atingindo uma variedade de públicos, desde estudantes de graduação a reguladores e tomadores de decisão política.

O Legal Grounds tem desempenhado papel fundamental na formulação de leis, na elaboração de notas técnicas multidisciplinares e no envolvimento em debates com gestores de políticas públicas e legisladores tanto no Brasil quanto na Europa, por meio do direito comparado. Suas áreas de atuação incluem a regulação de serviços digitais e inteligência artificial, a proteção de crianças e adolescentes em ambientes digitais, life sciences, a regulação de infraestrutura digital, as inovações econômicas e as tendências contemporâneas no âmbito do Direito Digital.

Desde sua fundação, o Legal Grounds mantém um compromisso sólido com valores fundamentais, como a democracia, a liberdade individual, os direitos humanos, a diversidade e integridade, a democratização do conhecimento, e a autodeterminação informacional, em um cenário de mercado guiado pela liberdade de iniciativa e inovação.

Frente aos desafios inerentes às tecnologias da informação e à crescente digitalização, o Legal Grounds assume o compromisso de enfrentá-los em colaboração com organizações privadas, o Estado, instituições acadêmicas e a sociedade civil organizada. Nossa ambição é criar arquiteturas jurídicas de regulação que não apenas acompanhem o ritmo das mudanças, mas também assegurem de forma intransigente os valores democráticos e os direitos humanos, garantindo um ambiente digital onde a liberdade e a justiça prevaleçam.

Conheça mais sobre o trabalho do Legal Grounds em www.legalgroundsinstitute.com e acompanhe-o nas redes sociais.

RESUMO EXECUTIVO

Está em curso, em diversos países, um importante debate sobre o impacto econômico e concorrencial de grandes plataformas digitais – incluindo provedores de ferramentas de busca, mensageria instantânea, redes sociais e marketplaces. Essas plataformas influem sensivelmente sobre a organização e dinâmica dos mercados contemporâneos, cada vez mais baseados em dados e dependentes dos meios digitais de intermediação para se estabelecerem e se desenvolverem.

Considerando este contexto, a Secretaria de Reformas Econômicas do Ministério da Fazenda, por meio da Tomada de Subsídios nº. 1/2024 do referido ministério, abriu consulta para obter contribuições da sociedade sobre a regulação econômica e concorrencial das plataformas digitais no Brasil, questionando se devem ocorrer alterações na lei de defesa da concorrência, se nova regulação é necessária, quais aspectos devem ser objeto de regulação e como coordenar a ação estatal para gestão do tema.

Trata-se de tema desafiador e que merece um amplo debate, inclusive sobre a definição do que caracteriza uma plataforma digital, em que níveis de mercado essas plataformas operam e quanto à adequação do arcabouço legal e regulatório existente no que tange à defesa da concorrência.

A presente publicação intitulada **"Regulação de aspectos econômicos e concorrenciais do mercado de plataformas digitais: contribuição à Tomada de Subsídios do Ministério da Fazenda"** consolida as contribuições do Núcleo de Mercados Digitais do Legal Grounds *Institute*, em resposta à consulta.

I. Objetivos e racional regulatório

Pergunta 1.1

Que razões econômicas e concorrenciais justificariam a regulação de plataformas digitais no Brasil? Há razões distintas para regular ou deixar de regular diferentes tipos de plataformas?

Esta questão tangencia a legitimidade de iniciativas regulatórias, perquirindo em especial se as características particulares de cada plataforma e/ou ecossistema digital demandariam ação ou abstenção regulatória específica.

Práticas específicas em mercados de plataformas digitais, não são, *per se*, causa suficiente para a promoção de regulação particular, uma vez que já há estrutura estabelecida para a avaliação e repressão de condutas eventualmente nocivas sob a perspectiva da legislação concorrencial em vigor.

O emprego da legislação concorrencial como mecanismo de inibição de práticas lesivas à concorrência de plataformas de variados portes, atividades e propósitos pode ser percebida em numerosos precedentes antitruste nacionais e internacionais, em avaliações *ex post*, que avaliam a lesividade da conduta considerando especificamente seus efeitos concretos, levando em consideração a avaliação poder de mercado, justificativas econômicas e eventuais eficiências decorrentes das práticas investigadas.

Na representação da Yelp, INC. em face do Google, por exemplo (Inquérito Administrativo nº 08700.003211/2016-94), foi alegada prática de *self-preferencing* por parte da companhia representada, caracterizada pelo suposto desvio de tráfego de usuários para favorecimento de produtos próprios a partir da posição dominante do Google no mercado de busca online. Após a devida instrução, a Superintendência-Geral do CADE, não obstante tenha constatado a ausência de neutralidade do algoritmo do Google, reconhece que tal prática permite a identificação de critérios subjetivos para a geração de resultados fornecidos a cada usuário. Diante

disso, a análise da SG resultou na identificação de que imposições externas sobre a página de resultados do Google teria potencial de desincentivo à inovação e à concorrência dinâmica do setor, de forma que careceria, para a adoção de medida semelhante pela autoridade, a necessária demonstração de existência (ou potencialidade) de danos à concorrência ou aos consumidores como produto da conduta analisada.

O CADE se posicionou em sentido semelhante no caso *Google Shopping* (Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94), pelo qual acusou-se a mesma empresa de alavancagem artificial de posição dominante no mercado *downstream* de comparação de preços. Nesse, o voto-condutor proferido pelo Conselheiro-Relator ressaltou a existência de eficiências que tornam legítimas as práticas do Google acerca de *Product Listing Ads* (PLA), exemplificadas pelo aumento em taxas de conversão em compras, em benefício dos varejistas; e pela necessidade de manutenção de registros atualizados dos produtos anunciados, favorecendo o consumidor e melhorando, enfim, a qualidade e a experiência do usuário de buscas na internet.

Neste mesmo caso, mas no âmbito da União Europeia, a Comissão Europeia considerou que as condutas atribuídas ao Google seriam práticas anticompetitivas, consubstanciadas em *self-preferencing* do serviço fornecido pela empresa no mercado de comparação de preços quando do fornecimento de resultados de buscas, culminando enfim na condenação da empresa ao pagamento de multa no valor de 2,4 bilhões de euros.

Portanto, visto que para a repressão a condutas anticompetitivas de agentes de mercados quaisquer já existe a legislação antitruste, o que deve ser questionado ao considerar-se as razões para a elaboração de regulação geral sobre plataformas digitais é se há questões referentes ao tipo de serviço prestado por parte de agentes atuantes neste setor; ou, por outro lado, se há aspectos estruturais quanto ao porte ou dimensão das companhias que nele desempenham atividades ou serviços.

Ao considerar-se o tipo de serviço como questão concorrencialmente relevante, questiona-se se determinadas relações são, de forma intrínseca, concorrencialmente problemáticas. Contudo, pende para tanto a classificação e especificação de características comuns entre os serviços prestados por plataformas digitais, que sejam, necessariamente,

dissonantes ou desarmônicas ao ambiente concorrencial. Ao avaliar-se os tipos de serviço, deve haver, primeiramente, identificação de se esses agentes efetivamente concorrem entre si, implicando, portanto, a necessidade de definição do mercado relevante, que não se confunde com o termo 'mercado digital', usado em propostas de regulação, que comportam diferentes tipos de serviço e, portanto, diversos mercados relevantes.

Plataformas e mercados digitais são termos que contam com muito vaga definição na literatura e iniciativas regulatórias internacionais, até o presente momento. A OCDE, por exemplo, adota um conceito bastante genérico de Plataformas digitais¹ tratando-as como serviços digitais que promovem interações entre conjuntos distintos de usuários que interagem por meio de seus serviços, via internet. Em estudo conduzido pelo Stigler Center no âmbito da Universidade de Chicago,² contudo, é expressamente reconhecida a carência de efetiva definição do que o termo 'plataforma digital' representa. A ausência de consenso acerca da definição de plataformas digitais e, logo, mercados digitais é, ainda, reconhecida por parte do CADE³ e até mesmo da própria OCDE,⁴ ao apontarem a inexistência de conceituação universal a esse respeito. Dessa forma, o termo pode representar companhias distintas, em distintos ambientes, e que prestam serviços distintos, dizendo respeito, portanto, a distintos mercados, cada quais com especificidades próprias.

¹ OECD. An Introduction to Online Platforms and their Role in the Digital Transformation. Paris: OECD, 2019. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en. Acesso em 29 abr. 2024.

² ZINGALES, Luigi; ROLNIK, Guy; LANCIERI, Filippo Maria. Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, Chicago Booth, 2019. Disponível em: <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>. Acesso em 29 abr. 2024.

³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Cadernos do Cade – Mercados de Plataformas Digitais**. Brasília, ago. 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em 29 abr. 2024.

⁴ OECD. *The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy – Summaries of Contributions*. 2022. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2022\)30/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2022)30/en/pdf). Acesso em 29 abr. 2024.

Tomar-se questões estruturais como motivação para a regulação de plataformas equivale a afirmar-se que o porte dos agentes atuantes no mercado relevante correspondente implicaria, por si só, problemas concorrenciais, noção que contrasta completamente com a tradição e jurisprudência antitruste nacional. No entanto, até mesmo devido à amplitude conceitual e carência de uniformidade na definição do que mercados digitais efetivamente representam, há diferenças importante entre os serviços considerados digitais, que devem ser consideradas quando da elaboração de regulações que o abarcam em sua integralidade.

Nessa caracterização abrangente, eventual regulação direcionada a plataformas ou mercados digitais abarcaria, indistintamente, companhias que apresentam modelos de negócio díspares ao dizer respeito a empresas que prestam serviços em variados setores econômicos, desde o bancário até o de mídias sociais, perpassando sistemas operacionais, sistemas de busca, aplicações de mensageria e navegadores de internet. Entre esses, há mercados que são mais concentrados, como o de buscadores online; há outros, no entanto, que apresentam menor índice de concentração, como o de varejo online. Há mercados que apresentam elevados efeitos de rede (*network effects*), como aplicações de mensageria, redes sociais e sistemas de pagamento; há, por outro lado, mercados em que tal característica é mitigada, como em plataformas de compartilhamento de vídeo e sistemas operacionais.

Portanto, diante das diferenças relevantes entre companhias integrantes desse setor e dos mercados que o compõem, mostra-se difícil a promoção de tratamento uniforme em intervenção regulatória externa por parte do Estado. De certa forma, o DMA Europeu faz generalizações deste tipo, proibindo condutas como discriminação na apresentação de resultados para todos os tipos de serviços digitais, a partir do entendimento de ilicitude dessa conduta no serviço prestado por buscadores (a transferência da prática para outro serviço, como varejo online, não é imediata). Da mesma forma, generalizar a presença de poder de mercado em todos os serviços abrangidos pelo conceito de plataformas parece problemático, mormente pelo fato de que a estrutura de alguns mercados envolvendo esses serviços no Brasil não necessariamente corresponde à estrutura dos mercados europeus correspondentes. Além disso, o papel e relevo da análise de Big Data e

emprego de sistemas de inteligência artificial não é o mesmo para cada um dos serviços incluídos neste conceito.

Deve-se registrar que caso a alternativa regulatória escolhida seja pela criação de um novo arcabouço normativo, específico para regular relações jurídicas no âmbito de ecossistemas digitais, e de forma *ex ante*, tal impulso deverá ser precedido de meticulosa análise de impacto regulatório, para que sejam definidos critérios para a categorização de atores, produtos e serviços digitais de acordo com suas diversas e distintas características, evitando-se uma solução generalista que inclua todos os tipos de “plataformas digitais” em uma única definição. Tal eventual iniciativa também não poderá desconsiderar a existência de múltiplas e interrelacionadas legislações em vigor e as competências atribuídas a órgãos e entidades de controle que já regulam mercados digitais em alguma medida, notadamente a Lei de Defesa da Concorrência, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o Código de Defesa do Consumidor e a legislação que regulamenta os serviços financeiros e de pagamentos, sob a condução do CADE, ANPD, SENACON-MJ e BACEN, respectivamente. Neste aspecto, importante considerar que a criação de um sistema sancionador, com base em análise antitruste atribuída a uma autoridade distinta do CADE certamente trará conflitos positivos de atribuição, o que poderá dar margem à caracterização da violação do princípio *non bis in idem*.

Portanto, parece fazer mais sentido perguntar sobre a necessidade de regulação *ex ante* de mercados específicos, considerando eventuais falhas ou estrutura que dificulte a competição, dentre os diferentes tipos de serviços prestados pelas chamadas plataformas digitais. Após a detecção de eventuais falhas ou insuficiências, é necessário avaliar se elas têm sido adequadamente enfrentadas pela abordagem *ex post* e de análise de concentrações, para que então se justifique a operação.

Pergunta 1.2

Em qual medida o contexto brasileiro se aproxima ou se diferencia do contexto de outras jurisdições que adotaram ou estão considerando novas regulações para plataformas digitais? Quais casos, estudos, ou exemplos concretos no Brasil indicariam a necessidade de revisão do arcabouço jurídico-regulatório brasileiro?

No Brasil, a tramitação do PL n. 2768/2022 denota que o país segue a tendência global de ebulição de iniciativas regulatórias sobre plataformas e mercados digitais, cujo clímax é marcado pela promulgação, no âmbito da União Europeia, do Digital Markets Act (ou, simplesmente, 'DMA'). Há algumas jurisdições que adoram modelo regulatório *ex ante* que, senão equivalente, certamente apresenta inspiração naquele precursor oriundo da União Europeia na Coreia do Sul. Sem contar as jurisdições em que, tais quais se verifica no Brasil, propostas legislativas ou regulatórias nesse sentido encontram-se sob deliberação, como nos Estados Unidos, no Reino Unido, no Japão, na Índia, na Turquia e na África do Sul⁵.

No entanto, apesar das iniciativas de regulação *ex ante* das chamadas plataformas digitais, há elevada discrepância quanto ao racional e aos objetivos das normativas promovidas no âmbito de cada jurisdição que se preste à regulação do setor digital. Na Europa, por exemplo, o fator de maior preponderância na motivação do *Digital Markets Act* é a contestabilidade, conjuntamente à redução às barreiras à entrada, e o faz mediante estabelecimento de obrigações dirigidas e aplicáveis às companhias que, atendendo a critérios previstos na própria regulação, são denominadas *gatekeepers*. Destaque-se, ainda, que não obstante dizer respeito a proibições cujo teor assemelha-se ao de regulações antitruste – especialmente relacionadas a condutas –, sustenta-se de forma

⁵ Nos referimos no Reino Unido ao *Digital Markets, Competition and Consumers Bill (2023)*; na África do Sul, ao *Online Intermediation Market Inquiry (2021)*; e nos Estados Unidos, pela apresentação, no ano de 2021, de conjunto de 5 projetos direcionados à regulação de plataformas e mercados digitais: o *American Innovation and Choice Online Act*; o *Platform Competition and Opportunity Act*; o *Ending Platform Monopolies Act*; o *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Service Switching (ACCESS) Act*; e o *Merger Filing Fee Modernization Act*.

expressa não dizer respeito a uma normativa de natureza concorrencial.

A Alemanha, por sua vez, introduz conteúdo normativo em regulação cujo escopo central é atinente a aspectos concorrenciais, demonstrando-se preocupações quanto a eficiências econômicas e questões de equidade ou justiça (*fairness*). A dessemelhança mais acentuada, contudo, reside no fato de que tal iniciativa foi introduzida como porção própria no interior da legislação concorrencial alemã, a Seção 19a, de forma que reafirma a autoridade regulatória que o *Bundeskartellamt* (autoridade antitruste alemã) sobre o setor digital. Contrariamente, a iniciativa sul-coreana insere disposições acerca de plataformas digitais como componente de estatuto que não mantém relação com a legislação concorrencial local, por força do *Telecommunications Business Act*.

Há propostas normativas como a da África do Sul, por outro lado, em que se verifica consideração a aspectos sociais como centrais à regulação de plataformas e mercados digitais, elegendo-se como objeto relevante tutelado pela regulação aspectos raciais e de participação econômica na proposta do *Online Intermediation Market Inquiry*, cuja aplicação, ademais, se estende a uma extensa gama de serviços que abrangem desde aplicações de redes sociais a plataformas de entrega de alimentos a domicílio (*delivery*). E há, por fim, nações nas quais optou-se pela manutenção da regulação de atores atuantes no setor digital de forma exclusivamente concorrencial e sem qualquer adaptação significativa no corpo normativo a esse respeito, como em Singapura.

Ou seja, inobstante o reconhecimento global da relevância de discutir-se a matéria de regulação de plataformas e mercados componentes do setor digital, há abordagens altamente dissonantes, não havendo uniformidade internacional quanto às formas de promoção dessa regulação. Em rápida reconstrução analítica das abordagens internacionais sobre a questão, pode ser identificada heterogeneidade tanto externa (configurada pela variação entre os objetos de diferentes regulações *ex ante* nesse sentido) quanto interna (constatada pela adoção de definições dissonantes entre os mesmos objetos, inclusive pelo uso diferenciado de conceitos oriundos da literatura antitruste).

Para além das diferenças verificadas entre as regulações propostas ou promulgadas em variadas nações, há peculiaridades no cenário brasileiro que não são verificadas em outras jurisdições. No âmbito da União

Europeia, apenas para citar um exemplo, todas as *big techs* detêm posição de domínio de mercado em seus respectivos serviços, o que não ocorre no Brasil, notadamente no segmento de varejo online. Há diferenças culturais também em relação ao consumo de conteúdo nas diferentes plataformas, que podem apontar para relações de concorrência entre diferentes serviços na Europa, mas que não necessariamente estão presentes no Brasil e vice-versa.

Isso pode ser notado já na diferença entre a jurisprudência antitruste europeia e brasileira, não só com relação condutas no mercado online, como também nos mercados físicos. Exemplo típico é a ausência de punições no Brasil baseada no conceito de “exploitative abuse” ou exploração de domínio de mercado, que foi objeto de uma série de condenações na Europa.⁶

Questiona-se, diante disso, se, em estrita consideração à configuração nacional brasileira dos mercados integrantes do setor digital, os serviços tais quais são prestados, e as relações com consumidores brasileiros, permitem tirar notas comuns que tragam barreiras à entrada de novos concorrentes. A estrutura do mercado brasileiro já é tal que viabiliza a concorrência? Para que tal questão possa ser objeto de superação substancial e embasada em referência à realidade local, deve haver promoção de avaliação de impacto que considere as especificidades do mercado brasileiro, que conta com estrutura de mercado particular e características do serviço diante do consumidor brasileiro.

O Projeto de Lei nº 2768/2022 ressalta e explicita sua inspiração no *Digital Markets Act* europeu, em dimensão tamanha que passa a ser popularmente referido, entre atores relevantes no segmento econômico e regulatório relevante, como o ‘DMA brasileiro’. No entanto, em análise do histórico legislativo do DMA, nota-se que sua elaboração deriva de entendimentos e decisões eminentemente locais, europeus. O DMA, conjuntamente à majoritária porção de obrigações *ex ante* que carrega consigo, é produto de experiência jurisprudencial antitruste que foi conduzida no âmbito da autoridade concorrencial da União Europeia, conforme evidenciado por Colangelo (2022).⁷ Dessa maneira, o PL

⁶ Verificar, nesse sentido, casos relacionados a mercados digitais, como: (i) Case AT.39740 (Google Search (Shopping)); (ii) Case AT.40670 (Google Adtech); (iii) Case C-252/21 (Meta vs Bundeskartellamt); (iv) Case AT.40437 (Apple - App Store Practices (music streaming)).

⁷ Colangelo, G. *The Digital Markets Act and EU Antitrust Enforcement: Double & Triple Jeopardy*, ICLE

brasileiro acabou por importar o resultado de extensiva conjunção de precedentes de demandas concorrenciais envolvendo plataformas digitais que foram conduzidas em avaliação de mercado e pela instrumentalização de ferramental obtidos exclusivamente no mercado europeu.

O histórico de precedentes deste teor na União Europeia conta com extensão amplamente superior àquele com que contamos no Brasil, não obstante a considerável diligência do CADE na busca pela captação de peculiaridades e eficiências relevantes ao mercado local – conforme pode ser verificado em documento, publicado pela própria autoridade, que compila seus precedentes acerca dos *mercados de plataformas digitais*.⁸ Alguns desses casos, inclusive, foram objeto de investigação tanto no Brasil quanto na União Europeia, como aquele, já acima aludido, referente ao *Google Shopping* (Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94). Nesse, contrariamente à decisão proferida pela autoridade antitruste europeia, o Cade aponta a identificação de eficiências econômicas que legitimam as práticas da empresa representada no mercados de comparação de preços (*downstream*) e de buscas (*upstream*). A Comissão Europeia, por sua vez, condena a companhia ao pagamento de multa que até hoje se mantém como a mais vultosa já aplicada pela autoridade, no valor de 2,4 bilhões de euros.

As obrigações e proibições *ex ante* estabelecidas no âmbito do DMA, portanto, não dizem respeito a condutas em relação às quais há inequívoca uniformidade quanto às repercussões por si causadas serem intrínseca e necessariamente danosas ao ambiente concorrencial local – contrariamente ao uníssono quanto a isso em casos de cartelização, por exemplo. Conforme demonstra-se mediante análise das diferenças conclusões a que diferentes autoridades antitruste de diferentes jurisdições chegam quando da avaliação das mesmas condutas, mas em

White Paper. 2022. Disponível em: <https://laweconcenter.org/resources/the-digital-markets-act-and-eu-antitrust-enforcement-double-triple-jeopardy/>. Acesso em 30 abr. 2024.

⁸ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cadernos do Cade – Mercados de Plataformas Digitais. Brasília, ago. 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em 30 abr. 2024.

diferentes ambientes e mercados geográficos, casos como o *Google Shopping* demonstram que prática de *self-preferencing* apontada como ilícita pela Comissão Europeia promove consideráveis eficiências e, logo, benefícios aos consumidores em grau que suplanta eventuais restrições que impõe a agentes concorrentes no mercado correspondente.^{9l} Tais fatores, ademais, são ainda exacerbados quando considerada o diferente posicionamento entre a União Europeia e o Brasil no cenário global de inovações tecnológicas, aspecto que deve ter impacto sobre a adoção de estratégias regulatórias que ditarão a postura internacional do Brasil a esse respeito – conforme será abaixo detalhado.

Dessa forma, a mera referência à condução de avaliações de mercado do setor digital e o resultado obtido pela conjunção de tais estudos em jurisdição alheia à brasileira dificilmente se mostrará como evidência suficiente à identificação de falhas de mercado também incidentes no Brasil, e à adoção de medidas de natureza tão semelhante.

⁹ Vide, nesse sentido: RADIC, Lazar. *India Should Question Europe's Digital-Regulation Strategy*. Truth on the Market, 12 abr. 2024. Disponível em: <https://truthonthemarket.com/2024/04/12/india-should-question-europes-digital-regulation-strategy/>. Acesso em 30 abr. 2024.

II. Suficiência e adequação do modelo de regulação econômica e defesa da concorrência atual

Pergunta 2

O arcabouço legal e institucional existente para defesa da concorrência – notadamente a Lei nº 12.529/2011 – é suficiente para lidar com as dinâmicas relacionadas às plataformas digitais? Há problemas concorrenciais e de natureza econômica que não são abordados de forma satisfatória pela legislação atual? Que aperfeiçoamentos seriam desejáveis ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para lidar de maneira mais efetiva com as plataformas digitais?

Consideramos que a legislação brasileira de defesa da concorrência, sob a Lei nº 12.529/2011 (ou, simplesmente, 'LDC'), possui instrumentos e mecanismos suficientemente flexíveis que permitem a análise e a fiscalização adequadas de mercados relacionados às plataformas digitais quanto ao mérito de suas avaliações. Sob a perspectiva processual, por outro lado, deve haver incrementos que venham a mitigar os efeitos adversos que, em razão da dinamicidade característica desses mercados, o lapso temporal de investigações acarreta, de modo que o tempo de reação da autoridade seja reduzido ao limitar-se às investigações a análises de condutas.

A legislação, dada a generalidade dos seus conceitos, pode ser interpretada de modo a se adequar aos avanços da metodologia de análise antitruste de condutas e atos de concentração por plataformas digitais. A jurisprudência recente do CADE já tem evoluído para incorporar e revisar sua metodologia de análise. Conforme examinaremos de forma mais detida na resposta à Questão 4, a técnica dos tipos abertos adotada pela LDC traz plasticidade para que o CADE, respeitados os princípios inerentes ao direito administrativo sancionador, adapte e evolua sua jurisprudência na apreciação de mercados tradicionais e digitais, ajustando o foco de análise de teorias de dano a depender das

complexidades do mercado e da conduta concretamente examinados, sem que para tanto seja necessária uma alteração legislativa. Por sua vez, no que respeita às questões relacionadas ao poder de mercado, nos termos desenvolvidos na resposta à Pergunta 3, a LDC também é flexível ao definir posição dominante, permitindo uma análise valorativa pelo CADE a partir dos elementos do caso concreto.

Contudo, mesmo em relação a termos estruturais de concentração de agentes de mercado, o CADE, conforme o §1º do artigo 61 da LDC, dispõe de variados instrumentos restritivos de intervenção, que podem ser empregados caso haja a identificação de efeitos concorrencialmente nocivos derivados de ato de concentração: os remédios antitruste.

Os assim cunhados “remédios antitruste” configuram medidas estipuladas como condicionantes à aprovação de determinado Ato de Concentração, aplicáveis pelo CADE (artigo 9º, incisos V e X, LDC) por intermédio de Acordos de Controle em Atos de Concentração (‘ACC’) e cujo propósito é impedir que a operação correspondente apresente impactos deletérios à concorrência, potencialmente manifestos ao possibilitarem a adoção de exercício de poder de mercado (efeito unilateral), a coordenação entre competidores (efeito coordenado) ou o fechamento de mercado em caso de Operações de integração vertical.

Os remédios, apresentados em rol exemplificativo pelo artigo 61, §2º, da LDC, podem tomar feição de variadas medidas. Em vias de categorização por sua natureza, as restrições que configuram Remédios Antitruste tendem a apresentar classificações em relação a sua modalidade, segmentados por objeto em ‘estruturas’ e ‘comportamentos’.

Remédios estruturais dizem respeito à transferência de direitos de propriedade dos agentes de mercado relevantes e implicam, portanto, a alienação de ativos a um novo proprietário. Assim, a lógica subjacente à adoção de medidas nesse teor é o balanceamento do ambiente concorrencial que fora desestabilizado devido ao Ato de Concentração a que diz respeito, direcionando de forma direta a causa do dano concorrencial, ainda que potencial, identificado. Tais políticas incluem, por exemplo, a determinação de desconstituição ou desinvestimento de ativos, alienação de controle societário e de transmissão definitiva de direitos de propriedade intelectual.

Remédios comportamentais, por sua vez, são aplicáveis subsidiariamente

aos estruturais, e consistem na obrigação de adoção de práticas comerciais especificadas pelo Cade e impostas aos agentes correspondentes. Exemplos de tais medidas incluem a separação jurídica das atividades das partes, a eliminação de cláusulas de exclusividade, o impedimento ao acesso a informações concorrencialmente relevantes entre as partes, e o licenciamento obrigatório de ativos e direitos de propriedade intelectual.

Os remédios antitruste têm sido esporadicamente adotados pelo CADE como ferramenta de intervenção estrutural direcionada a agentes que detêm atividades em variados mercados. No âmbito da operação entre TIM S.A., Claro S.A., Telefônica Brasil S.A. e Oi S.A. (Ato de Concentração nº 08700.000726/2021-08), por exemplo, a autoridade determina às partes desinvestimento ou alienação de quantias consideráveis de Estações Rádio Base como medida de preservação das condições concorrenciais dos mercados relevantes no caso; conjuntamente a um rol de remédios comportamentais que preservam a disponibilidade de oferta de variados produtos.

No Ato de Concentração entre Viação Águia Branca S.A. e JCA Holding Transportes, Logística e Mobilidade Ltda. (nº 08700.002488/2022-48), por sua vez, o Cade impõe obrigações comportamentais significativas a respeito de ativos cuja relevância é verificada também em mercados digitais – e, naturalmente, a plataformas digitais –, ainda que diga respeito a setor distinto. O objeto central de preocupação do CADE e que foi endereçado quando da celebração do ACC diz respeito, em grande medida, ao compartilhamento de dados entre as Partes da operação, determinando-se o impedimento à troca de informações concorrencialmente sensíveis e a implementação de *chinese wall* que limita o acesso de informações detidas por uma empresa pela outra.

O que se verifica, portanto, é que o CADE conta com ferramentas capazes de resolver preocupações concorrenciais, tanto aquelas oriundas de condutas anticompetitivas praticadas por agentes econômicos, quanto de aspectos estruturais da concentração desses agentes de mercado.

Por seu turno, apesar da disponibilidade de mecanismos para a intervenção da autoridade nas hipóteses de práticas anticompetitivas ou de efeitos adversos ao ambiente concorrencial acarretados por alterações estruturais entre agentes de mercado, subsiste, quando em avaliação

específica aos mercados e às plataformas digitais, preocupação relacionada ao tempo exigido para que a autoridade competente alcance conclusões de suas análises.

Conforme será mencionado em diversas oportunidades nestas contribuições, o principal embaraço à adequação do modelo analítico-regulatório, pela Lei de Defesa da Concorrência, quanto à adoção de medidas atinentes aos mercados digitais é o tempo. Esse setor tem como uma de suas características marcantes a dinamicidade competitiva e a rapidez inovativa, de forma que o dispêndio temporal requerido para que se atinja compreensão satisfatória do cenário competitivo desses mercados em sua complexidade por vezes acarreta a incapacidade de seu acompanhamento por parte da autoridade. Consequentemente, o descompasso entre o ritmo de transformações do setor e a cadência analítica e processual implica que a adoção de medidas antitruste careça de efetividade, seja devido à alteração da conjuntura que pautou a análise, seja devido aos danos concorrenciais causados durante o trâmite do procedimento administrativo relevante.

Nesse sentido, sob a perspectiva processual é relevante que haja adequação do arcabouço regulatório e analítico do CADE para que a autarquia seja capaz de acompanhar a dinamicidade que marca o setor digital em sua integralidade, reduzindo-se a complexidade e, consequentemente, tornando mais célere a análise de mercados digitais.

Possível alteração metodológica capaz de aumentar a celeridade de análises *ex post* de mercados digitais seria a segmentação entre avaliações de estrutura e de poder de mercado de agentes atuantes nos mais diversos serviços digitais, em relação à apreciação da ocorrência de condutas anticompetitivas e seus efeitos concretos no mercado. Dessa forma, mediante análises prévias e possivelmente contínuas de estruturas e de poder de mercado, investigações seriam detidas à análise de condutas, reduzindo substancialmente o tempo necessário para que eventualmente sejam adotadas medidas repressivas com o condão de salvaguardar o ambiente competitivo em mercados que compõem o setor digital.

Pergunta 3

A Lei nº 12.529/2011 estabelece, no §2º do artigo 36 que: "Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia." As definições da Lei 12.529/2011 relacionadas ao poder de mercado e ao abuso de posição dominante são suficientes e adequadas, da forma como são aplicadas, para identificar poder de mercado de plataformas digitais? Se não, quais as limitações?

Os mercados digitais impõem dificuldades à análise de mercado relevante e de posição dominante (consequentemente, de seu abuso) nos dois âmbitos de controle antitruste: condutas e concentrações. No entanto, tais dificuldades não estão relacionadas às disposições da Lei 12.529/2011, mas sim às metodologias adotadas pela autoridade antitruste para verificar corretamente qual o mercado relevante e se há posição dominante (seja pela participação de mercado adequada ao setor econômico específico, seja pela possibilidade de alteração unilateral ou coordenada das condições de mercado).

Já é lugar comum constatar que as análises tradicionais de mercado relevante e de poder de mercado baseiam-se em métricas ligadas a preço, faturamento e volume de vendas, tornando-se inadequadas para a análise de mercados digitais, nos quais, além do frequente preço zero, há importantes subsídios cruzados globais e entre diferentes serviços ofertados ou lados do mercado, que fazem com que os preços eventualmente existentes não reflitam a participação nem o poder de mercado.¹⁰ A própria participação de mercado pode ser uma métrica insuficiente para determinar poder de mercado, conforme decidido pela

¹⁰ ZINGALES, Nicolo; STYLIANOU, Konstantinous. Das plataformas aos ecossistemas digitais: implicações para a definição do poder de mercado, *in* A Aplicação do Direito Antitruste em Ecossistemas Digitais, Desafios e Propostas. FGV Direito Rio, 2022.

District Court de Columbia, Estados Unidos, no caso Federal Trade Commission v. Facebook. Inicialmente, o tribunal considerou insuficiente o argumento da FTC de que o Facebook teria posição dominante em razão da participação de mercado acima de 60%, principalmente porque os serviços de redes sociais não têm um mercado de produtos bem definido com métodos de medição consolidados. O tribunal concedeu que a FTC emendasse sua posição, e a FTC alterou o argumento sobre a posição dominante do Facebook utilizando novas métricas – como DAU's (daily active users), MAU's (monthly active users) e tempo despendido pelos usuários na rede –, utilizadas pelas próprias redes sociais para medir desempenho. Essas novas métricas foram aceitas pelo tribunal, que concluiu que a FTC conseguiu encontrar ferramentas aptas a medir o poder de mercado para demonstrar eventual abuso de posição dominante do Facebook.¹¹

Essas dificuldades na definição de mercado relevante e posição dominante são reconhecidas e enfrentadas pelo CADE. No primeiro relatório sobre política antitruste em prática na economia digital nos países do BRICS (2019), o CADE já relatava que empregava as ferramentas tradicionais para avaliar poder de mercado na economia digital, mas com adaptações, sobretudo em se tratando de mercados de múltiplos lados, casos em que a autoridade levava em consideração a existência de grupos de consumidores interdependentes e de efeitos de rede.¹² Dentre os casos citados pela autoridade para ilustrar sua posição, encontra-se o principal caso sobre condutas anticompetitivas em mercados digitais julgado pelo CADE até então: o Google Shopping (Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94).

No caso, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) indicou os fatores que adicionavam complexidade à definição do mercado relevante (a multiplicidade de lados da plataforma em questão e a centralidade da tecnologia, conferindo alta dinamicidade ao mercado) (v. Nota Técnica

¹¹ CLIPPINGER, Lucy S. FTC v. Facebook. Lexology, 2022. Disponível em: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?q=b64b4540-edcf-4f43-9e6d-1c779bffa8d8>. Acesso em 29 abr. 2024.

¹² COMPETITION AUTHORITIES WORKING GROUP ON THE DIGITAL ECONOMY. BRICS in the digital economy, competition policy in practice. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/Not%C3%ADcias/2019/Cade%20lan%C3%A7a%20relat%C3%B3rio%20sobre%20economia%20digital%20em%20reuni%C3%A3o%20do%20BRICS__brics_report.pdf. Acesso em 15 jun. 2023.

34/2018), optando por uma “posição conservadora” ao fixar dois mercados relevantes para análise: o de comparação de preços (no qual a participação de mercado do Google era irrisória, à época) e o de buscas em geral (de onde o Google alavancaria sua posição dominante).¹³ Com base nessa definição de mercado relevante, o Tribunal do CADE julgou reconhecendo a existência de posição dominante e poder de mercado do Google em razão do consolidado *market-share* entre 90-95% no mercado de buscas genéricas naquela década. O Tribunal reconheceu, ainda, a possibilidade e os incentivos para abuso da posição dominante do Google, mas acabou arquivando o caso por não constatar efeitos anticompetitivos na conduta.¹⁴

Dessa forma, vê-se que a autoridade reconhece a necessidade de adaptação da metodologia tradicional para definição de mercado relevante e de posição dominante em mercados digitais. A Lei 12.529/2011 garante margem para tal adaptação, inclusive na menção ao parâmetro de 20% de *market-share* para presunção de posição dominante, o qual é rebatível e frequentemente relativizado pela autoridade sob a ótica de adequação ao caso concreto (v., por exemplo, Nota Técnica 22/2024 no Inquérito Administrativo 08700.001091/2020-77, em que a SG-CADE reconheceu participação de mercado da Representada Veloe superior a 20% de modo que “poderia fazer-se presumir a existência de posição dominante com base no disposto na Lei nº 12.529/11”, mas ainda assim conclui pela impossibilidade de determinar com segurança “a real existência de poder de mercado por parte de tal Representada com base apenas nesses dados”, em virtude de características do mercado analisado).¹⁵

Portanto, as disposições da Lei 12.529/2011 sobre mercado relevante e posição dominante não impedem que o CADE atualize suas metodologias para acompanhar as evoluções dos mercados digitais. Há certamente espaço para que a autoridade adote métricas mais atuais do que aquelas utilizadas em casos passados. Assim como reconhecido no caso FTC v. Facebook, a participação de mercado nem sempre será uma proxy

¹³ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Nota Técnica Nº 34/2018/DEE/CADE. SEI/CADE 0549416.

¹⁴ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Voto Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia. SEI/CADE 0632170.

¹⁵ BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. Nota Técnica Nº 22/2024/CGAA11/SGA1/SG/CADE. SEI/CADE 1370901.

adequada, especialmente considerando que a literatura mais recente aponta para a evolução das plataformas para os ecossistemas digitais, que contam com novas fontes de poder de mercado, consequentemente necessitando de novas métricas (como, exemplificativamente, a teoria da “betweenness centrality” para medir a centralidade de um intermediador no sistema, ou a avaliação do “processo de formação dos termos e padrões técnicos do negócio” para medir o poder do orquestrador de um ecossistema).¹⁶ Além do controle de dados, o poder de direcionamento mostra-se uma fonte de poder de mercado cada vez mais relevante, derivado da posição de orquestrador de um ecossistema.

No mais recente relatório sobre política antitruste em prática na economia digital nos países do BRICS (2024), fica claro que o CADE e as agências antitruste dos demais países do grupo têm empregado esforços para o desenvolvimento de novas metodologias para identificação de poder de mercado não associadas a preço. Por exemplo, as autoridades da Rússia e da África do Sul podem analisar a imposição de termos contratuais, o número de usuários e o seu tráfego ou tempo gasto na plataforma, o número de produtos ou serviços agregados nos serviços (que parece semelhante ao conceito de complementos nos ecossistemas digitais), a singularidade dos dados coletados e o papel dos dados como fonte de inovação e concorrência (BRICS, 2024, p. 27).¹⁷

Deve ser notado o caso da Alemanha, que optou por suprir as dificuldades impostas por mercados digitais às definições de mercado relevante e poder de mercado através da 10ª Emenda à Lei da Concorrência alemã, que introduziu os seguintes fatores na avaliação de mercados e plataformas de múltiplos lados: (i) efeitos de rede diretos e indiretos, (ii) *multi-homing* e *switching-costs* para usuários, (iii) as economias de escala da empresa decorrentes dos efeitos de rede, (iv) o acesso da empresa a dados relevantes para a concorrência, e (v) a pressão competitiva impulsionada pela inovação (§ 18 parágrafo 3a GWB).¹⁸

¹⁶ ZINGALES, Nicolo; STYLIANOU, Konstantinous. Das plataformas aos ecossistemas digitais: implicações para a definição do poder de mercado, op cit.

¹⁷ COMPETITION AUTHORITIES WORKING GROUP ON THE DIGITAL ECONOMY. BRICS in the digital economy: Competition Policy in Practice (2nd Report), p. 27. Brasília, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-lanca-relatorio-sobre-economia-digital-em-reuniao-do-brics>. Acesso em 29 abr. 2024.

¹⁸ Cf. COMPETITION AUTHORITIES WORKING GROUP ON THE DIGITAL ECONOMY. BRICS in the

É possível que tal escolha resulte em celeridade na análise antitruste alemã. Entretanto, o mesmo caminho não parece adequado no contexto brasileiro, pelos motivos acima expostos: a Lei 12.529/2011 garante margem para que o CADE atualize sua metodologia de definição de mercado relevante e poder de mercado, e essa prerrogativa é efetivamente utilizada pela autoridade. Eventual atualização via regulação seria especialmente desnecessária considerando que só seria possível incluir parâmetros já validados na experiência antitruste nacional e internacional – como os parâmetros da 10ª emenda ao GWB –, que atualmente são familiares ao CADE. As dificuldades surgem exatamente da dinamicidade dos mercados digitais, em que novas fontes de poder de mercado geram necessidade de novas métricas. Dificuldades metodológicas, no entanto, não justificam regulação, mas uma modernização do processo de análise. A regulação apenas reforçaria uma das insuficiências da análise tradicional de mercado relevante e de poder de mercado, que é a dificuldade em acompanhar a dinamicidade dos mercados digitais.

Assim, em conformidade com a resposta à Pergunta 2 acima, ainda que não se identifique necessidade de alterações ao mérito da Lei 12.529/2011, as dificuldades de definição de poder de mercado e posição dominante nos mercados digitais poderiam ser mitigadas a partir de uma modernização do processo de análise da autoridade. Tal modernização poderia se dar por meio, por exemplo, de estudos e análises prévias de estrutura e poder de mercado em segmentos dos denominados ‘mercados digitais’, de modo que as investigações não precisem dispendar esforços instrutórios sobre esses aspectos e sejam, assim, reduzidas à análise das condutas.

digital economy: Competition Policy in Practice (2nd Report), op cit, p. 35. Acesso em 29 abr. 2024.

Pergunta 4

Algumas condutas com potenciais riscos concorrenciais tornaram-se relevantes nas discussões sobre plataformas digitais, incluindo: (i) a discriminação econômica por algoritmos; (ii) falta de interoperabilidade entre plataformas concorrentes em determinadas circunstâncias; (iii) o uso descomedido de dados pessoais coletados, associados a eventuais condutas discriminatórias; e (iv) o efeito de alavancagem de um produto da própria plataforma em detrimento de outros concorrentes em mercados adjacentes; entre outras. Em qual medida a lei de defesa da concorrência oferece dispositivos para mitigar preocupações concorrenciais que surgem a partir das relações verticais ou de complementariedade em plataformas digitais? Quais condutas com potencial anticompetitivo não seriam identificadas ou corrigidas por meio da aplicação do ferramental antitruste tradicional?

A Lei de Defesa da Concorrência brasileira – LDC (Lei n. 12.529/2011), assim como a legislação anterior, adotou a técnica de tipos abertos para definir as infrações à ordem econômica¹⁹, de modo que os elementos que identificam a conduta proibida pela norma dependem de uma *análise valorativa* de elementos normativos ou subjetivos do tipo. É neste sentido o *caput* do artigo 36 ao trazer a fórmula geral de que se constituem como infrações concorrenciais “atos sob qualquer forma manifestados”, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que potencialmente: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante. Em complemento ao *caput*, o artigo 36 prevê em seu §3º rol *numerus apertus* de condutas que podem ser

¹⁹ SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial. São Paulo. Malheiros Editores, 2ª edição, p. 383-384.

consideradas ilícitas quando verificado dano ou perigo de dano no caso concreto.

Essa característica da LDC fornece estrutura normativa flexível, “abrangendo infinitos atos ou contratos que podem ser praticados ou celebrados em restrição à concorrência e práticas abusivas”²⁰, para que o CADE, no exercício de sua competência de prevenir e reprimir as condutas anticompetitivas, interprete a lei e avalie a potencial ilicitude de condutas não apenas em mercados tradicionais, mas em mercados emergentes e inovativos, avaliando comportamentos que, por vezes, ganham novas roupagens e peculiaridades.

Em relação a cada conduta elencada na LDC, o CADE desenvolve sofisticadas análises que contemplam a identificação de poder de mercado do agente investigado, sua capacidade e motivação para a prática da conduta, e, por fim, os efeitos decorrentes ou potenciais, levando-se em consideração as justificativas e eficiências que possam afastar a ilicitude da conduta (passos para a avaliação da teoria do dano). Esta metodologia, que é tradicional na análise antitruste, vem sendo questionada frente aos desafios trazidos por mercados em que condutas ou mesmo operações de concentração econômica estão ligadas a serviços digitais²¹. Questiona-se se seria possível desenvolver uma metodologia adequada para lidar com esses novos desafios ou se efetivamente deveria ser adotado um novo aparato de ferramentas de intervenção estatal, como a regulação *ex ante* adotada no DMA europeu e que inspirou o PL 2768 em tramitação no Congresso Nacional.

²⁰ “O texto do art. 36, caput, de nossa lei antitruste é bastante amplo, abrangendo infinitos atos ou contratos que podem ser praticados ou celebrados em restrição à concorrência e práticas abusivas. Por essa razão, o mesmo art. 36, em seu § 3.º, menciona série de condutas que, caso impliquem a concomitante incidência do caput e seus incisos, consubstanciarão infrações à ordem econômica. Frise-se bem: o elenco do § 3º é exemplificativo. No Brasil, não há “infração per se”, pois as condutas do § 3.º, para serem declaradas ilícitas, necessitam da comprovação de seus efeitos abusivos ou anticompetitivos, conforme exigido pelo caput do art. 36.” FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 133.

²¹ Há uma quantidade significativa de estudos que argumentam pela insuficiência do direito antitruste para lidar com as complexidades decorrentes de mercados de plataformas e ecossistemas digitais, sendo possível citar, dentre outros: BRICS COMPETITION AUTHORITIES, “BRICS in the digital economy: competition policy in practice”, Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, 2019. CRÉMER, J.; MONTJOYE, Y.-A. de; SCHWEITZER, H. Competition policy for the digital era. Bruxelas: Directorate-General for Competition, European Commission, 2019.

A nosso ver, e conforme já defendido na resposta às **Questões 2 e 3**, a legislação concorrencial é recente e traz conceitos flexíveis que incorporam e permitem a inserção de metodologia de análise contextual das práticas, considerando sua razoabilidade, efetiva verificação de efeitos deletérios e o exame de eficiências compensatórias. A princípio, tais elementos podem ser adaptados ao contexto de qualquer tipo de mercado, inclusive para mitigar preocupações concorrenciais que surjam a partir das relações verticais ou de complementariedade em plataformas e ecossistemas digitais, sendo que já há precedentes do CADE que sinalizam para uma sofisticação da análise nestes mercados, quer no âmbito de controle de estruturas, quanto de condutas, conforme exposto nas respostas anteriores e logo mais abaixo, sem que para tanto fossem necessárias inovações legislativa.

Argumento já levantado e que influenciou o debate europeu seria a dinâmica do ambiente digital, em que os efeitos de práticas são produzidos muito rapidamente, o que tornaria intervenções pela autoridade antitruste ineficientes, pois intempestivas, com a irreversibilidade dos impactos anticompetitivos. Apesar da tese não questionar diretamente a metodologia de análise antitruste, ela é direcionada aos problemas relacionados à dinamicidade desses mercados e à necessidade de intervenções céleres. Dado que a questão está mais relacionada à tempestividade da atuação do CADE, consideramos que, antes de uma intervenção substantiva, que poderia trazer impactos sobre o modelo de negócios e práticas potencialmente eficientes dos prestadores de serviços online, poderiam ser testadas medidas procedimentais para tornar mais célere a análise concorrencial de práticas ou operações que envolvam serviços digitais. Nesse sentido, a LDC atribui ao CADE competência para a aplicação de medidas preventivas em qualquer fase do inquérito administrativo ou do processo administrativo quando houver indício ou fundado receio de que a conduta investigada cause lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo (art. 84). Esse mecanismo de adoção de medidas acauteladoras tem sido destacado em relatórios de algumas autoridades de defesa da concorrência, com a do Reino Unido, que indica possíveis aperfeiçoamentos na estrutura de análise, aplicação

e revisão de medidas preventivas em mercados digitais, sem que para tanto seja necessária uma alteração legal.²²

Adicionalmente, reformas procedimentais podem ser aplicadas para solucionar o problema vinculado ao extenso lapso envolvendo investigações antitruste que prejudica sua efetividade por conta da dinâmica de produção de efeitos em mercados digitais. Por exemplo, poderia ser estabelecida uma competência instrutória prévia de análise de mercados e identificação de *players* com posição dominante, de forma que na hipótese de condutas subsequentes já estejam definidas posições nos procedimentos de repressão a condutas.

Nesse sentido é também possível citar o Relatório “*Market Definition Notice for competition cases*”²³, atualizado pela Comissão Europeia em 2024, para apresentar modificações metodológicas responsivas à transição ecológica e digital da sociedade. Dentre as inovações, destacam-se, no que aqui interessa, (i) a definição de parâmetros para a definição de mercado relevantes não relacionados com o preço, incluindo inovação, qualidade, fornecimento fiável e sustentabilidade; (ii) orientações específicas em mercados digitais no que diz respeito a mercados multilaterais e “ecossistemas” digitais, (iii) métricas alternativas relevantes para o cálculo de participação de mercado (ex.: critérios de vendas ou capacidade, utilização ou visitas a website), (iv) avaliação de diversas técnicas quantitativas utilizadas na definição de mercados alternativamente ao teste do monopolista hipotético e (v) esclarecimentos sobre avaliações dinâmicas e prospectivas, especialmente em mercados que passam por transições estruturais, como mudanças regulatórias ou tecnológicas.

Portanto, consideramos que a legislação antitruste brasileira é suficientemente flexível para se adaptar e dar respostas eficazes ao complexo conjunto de relações que se estabelecem a partir da interação dos atores no âmbito de plataformas e ecossistemas digitais. Por outro

²² Jason Furman (chair) et al, ***Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel***. Março de 2019, pp. 14; 104.

²³ Comunicação da Comissão sobre a definição de mercado relevante para efeitos do direito da concorrência da União (C/2024/1645). Disponível em: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ%3AC_202401645. Acesso em: 28 de abril de 2024.

lado, é certo que reformas procedimentais podem incrementar a eficácia temporal das intervenções, em consonância com outros exemplos internacionais de novas ferramentas das autoridades da concorrência e regimes de governança que permitem intervenções eficazes e tempestivas à práticas anticompetitivas também em “mercados digitais”.

Nesse sentido, fazemos uma análise mais detida da conduta indicada no item i do enunciado da Pergunta 4, aqui identificada como *self preferencing*.

O desafio de avaliação de práticas discriminatórias nos mercados digitais inicia-se já na identificação da própria prática, uma vez que nesses mercados de rápida inovação, por vezes a discriminação pode se confundir com diferenciação competitiva, ou mesmo com uma transformação no modelo de negócio (KIRA, COUTINHO 2021). Essa ambiguidade é particularmente desafiadora na denominada *self-preferencing*, que se refere a situações nas quais uma empresa dominante dá preferência aos seus próprios produtos ou serviços em detrimento dos produtos de empresas concorrentes, seja no mercado à jusante ou em mercados relacionados controlados por ela (SOUSA, 2020).

A análise da jurisprudência do CADE demonstra que há tradição consolidada da autarquia no que se trata da metodologia de análise de casos envolvendo condutas discriminatórias por agentes do mercado. Em outras palavras, independentemente do resultado das investigações (i.e., da condenação dos Representados ou do arquivamento dos processos), a autoridade demonstra se manter consistente nas etapas tradicionais da avaliação da conduta sob a regra da razão (potencial de dano, justificativa de negócio, eficiências compensatórias).

Percebe-se, na avaliação de condutas em tais mercados, que a autarquia dá peso significativo ao argumento de eficiências dinâmicas, com potencial de aumento da inovação. É o que fica claro no Processo Administrativo n. 08012.010483/2011-94, em que foram avaliadas as práticas do Google relacionadas aos *Product Listing Ads* (“PLAs”). Desde 2013 o Google havia passado a posicionar de maneira fixa os resultados do Google Shopping no topo ou na lateral da página de resultados do Google Busca, por meio de anúncios com imagens. Segundo a Buscapé, tal modelo de atuação seria incompatível com o funcionamento dos comparadores de preços concorrentes ao Google Shopping, gerando

prejuízos e comprovante adoção de conduta discriminatória. A análise do CADE concluiu que as práticas do Google possuíam como motivação e resultado a melhoria da qualidade e a experiência de buscas na internet para os usuários. O voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia considerou que, em que pese a posição dominante do Google, existiriam eficiências decorrentes da ferramenta Google Shopping, capazes de afastar a conclusão pela ilicitude da prática de diferenciação analisada. O Tribunal entendeu, portanto, pela existência das seguintes eficiências na avaliação das preocupações concorrenciais alegadas no caso: (i) investimentos contínuos em pesquisa e desenvolvimento, (ii) a melhor qualidade dos produtos/serviços ofertados para consumidores finais e players verticalmente relacionados e (iii) uma forma inovadora de comercializar os produtos que teria beneficiado os consumidores e o mercado como um todo. Sendo assim, de acordo com o Relator, o padrão PLA incentivaria varejistas a manterem informações de seus produtos detalhadas e atualizadas e conectava os interessados diretamente a vendedores dos produtos, aumentando a taxa de conversão em compras. Acerca da apresentação de imagens nos anúncios, o Relator ressaltou que a prática gera benefícios para os lojistas porque também aumenta as chances de conversão do clique para uma compra, além de chamar mais atenção dos usuários. Devido às eficiências apresentadas e à ausência de provas de manipulação de algoritmos de busca, o Tribunal entendeu que, ao lançar o PLA, o Google inovou com o objetivo de melhorar a qualidade e a experiência de buscas na internet para os usuários.

Avaliação semelhante foi realizada também no âmbito do Inquérito Administrativo n. 08700.003211/2016-94. No caso, arquivado pela SG, destacou-se que a não neutralidade dos algoritmos de Busca o Google seria o que permitiria a um buscador identificar, entre os diversos resultados possíveis, aquele que possuiria maior probabilidade de corresponder à real intenção do usuário ao realizar sua pesquisa. Entendeu-se que, caso os algoritmos dos buscadores fossem neutros, seus resultados seriam idênticos para todos os usuários, uma vez que, ao eliminar dos buscadores critérios subjetivos (a exemplo do histórico pessoal de pesquisa), os resultados gerados para uma busca por determinada palavra-chave seriam iguais para todos os usuários que por ela pesquisassem. Desse modo, destacou que imposições de

neutralidade poderiam acarretar desincentivo à inovação e à concorrência dinâmica e concluiu pelo arquivamento do caso.

Assim, a análise dos casos selecionados demonstra que, em que pese a existência de nuances analíticas específicas a depender do mercado avaliado e da modalidade da conduta discriminatória, o CADE tem sido consistente na determinação de que a constatação da real ilicitude das práticas é feita a partir da ponderação dos elementos justificadores elencados acima, sob a perspectiva da chamada regra da razão.

Deve-se considerar ainda que a imposição de regulação *ex ante*, sem análise de razoabilidade, rivalidade e eficiência, pode jogar por terra a expertise formada pela rica jurisprudência do CADE, que, em função de justificativas negociais, mercadológicas, ou de geração de eficiências e benefícios aos consumidores, admite determinadas formas de discriminação ou de recusa de acesso a serviço ou ativo.

Pergunta 5

Em relação ao controle de estruturas, é necessário algum tipo de adaptação nos parâmetros de submissão e análise de atos de concentração que busque tornar mais efetiva a detecção de potenciais danos à concorrência em mercados digitais? Por exemplo: mecanismos para revisão de aquisições abaixo dos limites de notificação, ônus da prova e elementos para análise – como o papel dos dados, entre outros - que contribuam para uma abordagem holística sobre o tema.

Há um intenso debate em diversas jurisdições acerca da necessidade de se intensificar o controle de estruturas quando as operações tiverem por objeto a aquisição de *startups*, considerando os possíveis efeitos deletérios à concorrência de *killer acquisitions* e da compra de concorrentes nascentes em mercados correlacionados e/ou potenciais.²⁴

Existem relatórios nos quais há intensa crítica aos *standards* de notificação vigentes, como é o caso do documento produzido pela Comissão Europeia em 2021, mas que reconhecem a complexidade da mudança nas hipóteses de notificação obrigatória para incluir ou critérios por valor da transação ou um por participação de mercado.²⁵ Isso porque, se há uma preocupação no sentido de que aquisições ampliem o poder de mercado de empresas incumbentes, por outro lado, a complexidade e dinamicidade dos ecossistemas digitais aumentam o grau de incerteza na identificação e na diferenciação de aquisições que visem à eliminação de concorrentes daquelas que podem gerar maiores benefícios aos consumidores. Reconhece-se, portanto, que o estabelecimento de novos critérios de notificação é uma discussão complexa para resolver as preocupações identificadas, diante do grau de incerteza jurídica e custos

²⁴ Acerca deste debate, veja-se: RESENDE, Guilherme M. LEMOS, Thales de Melo e. Fusões e aquisições em ecossistemas digitais: concorrência potencial, nascente e *killer acquisitions*. In: A Aplicação do Direito Antitruste em Ecossistemas Digitais, Desafios e Propostas. FGV Direito Rio, 2022.

²⁵ European Commission, Directorate-General for Competition, Montjoye, Y., Schweitzer, H., Crémer, J., *Competition policy for the digital era*, Publications Office, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>. Acesso em: 28 de abril de 2024.

burocráticos envolvidos²⁶, ainda mais considerando-se que o número de transações potencialmente problemáticas pode ser incipiente conforme estudos empíricos realizados recentemente²⁷.

A LDC prevê um único critério objetivo para determinar se uma operação é de notificação obrigatória, qual seja, o faturamento bruto anual ou o volume de negócios total no país das partes envolvidas na operação e os seus respectivos grupos econômicos (art. 88). Portanto, apenas os atos de concentração que superem a métrica de faturamento serão objeto de análise *ex ante* pelo CADE.

A Lei prevê ainda, com hipótese residual, a possibilidade de o CADE solicitar a notificação de qualquer ato de concentração que não atenda aos patamares de faturamento definidos na LDC, no prazo de um ano de seu fechamento (§ 7º do artigo 88), prerrogativa da autoridade brasileira que não é comum numa análise comparativa. É a Resolução n. 13, de 23 de junho de 2015, estabelece o procedimento do CADE para análise de atos de concentração não notificáveis, mas cuja submissão pode ser requerida pelo CADE²⁸. Nos termos do artigo 12 do regulamento, a notificação se dará quando “verificados critérios de oportunidade e conveniência da Administração”, trazendo, portanto, ampla discricionariedade à autarquia para requerer a notificação de operações não-obrigatórias. Do que é do nosso conhecimento, até o presente momento, apenas três casos foram analisados em razão da jurisdição residual do CADE e, em todos eles, decidiu-se analisar o caso em função das elevadas participações de mercado detidas pelas partes (critério de *market share*), apesar de os critérios de notificação obrigatórios não terem sido observados: (i) o ato de concentração envolvendo as empresas

²⁶ European Commission, Directorate-General for Competition, Montjoye, Y., Schweitzer, H., Crémer, J., *Competition policy for the digital era*, Publications Office, 2019, <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>. Acesso em: 28 de abril de 2024.

²⁷ De Melo e Lemos, Thales. (2022). Aquisição de concorrentes nascentes ou killer acquisitions em mercados digitais: uma análise de uma década de aquisições pelas big techs. *Revista Debates Em Economia Aplicada – REDEA*, 1(3). Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/redea/article/view/6384>. Acesso em: 28 de abril de 2024.

²⁸ Resolução CADE n. 13/2015, disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&codigo_verificador=0074826&codigo_crc=8E375705&hash_download=41f995eceb315a5df08ce721d8e7a36f1965fbd9b9cd6ac7f7df9cfe63f898cfe0b1c90418ebeeab77acdc6c491619e50e03b32f854112df7006ea5d67af934&visualizacao=1&id_orgao_acesso_externo=0. Acesso em: 28 de abril de 2024.

Greca Distribuidora, Betunel e Centro Oeste Asfaltos (Ato de Concentração nº 08700.006497/2014-06); (ii) a aquisição do Grupo Mallinckrodt pela Guerbe (Ato de Concentração nº 08700.005959/2016-21); e (iii) a aquisição da All Chemistry pela SM Empreendimentos (Ato de Concentração nº 08700.005972/2018-42). Os dois primeiros foram aprovados sem restrições e, o terceiro, foi considerado complexo e aprovado mediante a celebração de Acordo em Controle de Concentrações – ACC. A baixa quantidade de APACs fundamentados na competência residual do CADE denota a sua excepcionalidade, não obstante indique que a LDC disponibilizou ferramentas à autoridade da concorrência para monitorar e determinar a notificação de operações que identifique possíveis problemas concorrenciais decorrentes.

Portanto, não obstante a competência residual atribuída ao CADE, pode-se considerar que os critérios de notificação baseados em faturamento podem acarretar sub-inclusão de operações importantes quando lidamos com mercados digitais, conforme indicado pelo relatório de avaliação de pares da OCDE²⁹ quanto à recomendação de que o valor dos ativos envolvidos na operação passe a ser um critério de notificação de operações no Brasil. De acordo com o Relatório, vários países membros da OCDE estão considerando o valor dos ativos envolvidos na operação como um critério para notificação de atos de concentração, para que seus regimes de controle de concentração respondam aos desafios impostos pela economia digital. Destaca-se que esse critério é relevante na medida em que muitas empresas de tecnologia possuem faturamentos baixos, mas um conjunto de ativos de alto valor e capitalização, o que pode trazer suas atividades de fusão e aquisição para o radar do controle de concentração.

Nesse sentido, outras jurisdições alteraram sua legislação para incluir o *valor do ativo* como critério para notificação de operações econômicas. Nesse sentido, a Alemanha³⁰ e a Áustria, no ano de 2017, incluíram o valor

²⁹ OCDE (2019), Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm#:~:text=This%20review%20finds%20that%20Brazil's,reviews%20in%202005%20and%202010.>

³⁰ Nos termos do §35 (1a) do ARC, uma concentração que não preencha os requisitos de faturamento passará pela revisão do FCO quando: (i) o faturamento agregado de todas as empresas envolvidas na concentração for maior do que € 500 milhões, (ii) o faturamento do doméstico alemão de uma empresa for maior do que € 25 milhões e a empresa –alvo apresentar um faturamento menor do que

do ativo em seus controles de concentração enquanto um critério subsidiário ao critério de valor de faturamento. Segundo este critério, todas as concentrações que não preenchem os requisitos do critério de valor de faturamento, contudo, apresentem como valor final da operação um valor maior do que € 400 milhões para a Alemanha e € 200 milhões para a Áustria, são obrigadas a submeterem a notificação de seus atos de concentração para as autoridades concorrenciais alemã e austríaca.

Há ainda debate acerca da criação de um regime de especial, em que seria definido standard de prova específico para a aquisição de startups por incumbentes. Defensores da medida sugerem a criação de nova legislação que possa inverter standards de prova, criar presunções quanto aos efeitos deletérios de determinadas condutas e aumentar as exigências para que firmas comprovem que eficiências serão compartilhadas com os mercados³¹. De fato, a inversão do ônus da prova poderia contribuir para a redução do tempo de análise, na medida em que diminui a assimetria informacional da autoridade concorrential. Entretanto, essa medida, juntamente às demais propostas, pode expandir demasiadamente os casos de sobre-inclusão da intervenção da autoridade estatal. Note-se que a simples inversão pode ser ainda mais prejudicial do que a proibição *ex ante*, por não só potencialmente incluírem casos indevidos em que a conduta seria justificada e eficiente, como também por trazer insegurança jurídica quanto ao resultado. Nesse sentido, vale considerar que, conforme exposto na resposta à Questão 4, o CADE possui um extenso ferramental para realizar o controle repressivo de condutas, que pode, pelo menos ainda neste momento, ser ainda o sistema mais adequado para responder a eventuais condutas anticompetitivas posteriores à operação, envolvendo fechamento de mercado, discriminação, criação de barreiras ao funcionamento de concorrentes, entre outras quando complementado com alterações procedimentais relacionados ao fator tempo.³²

€ 5 milhões, (iii) quando a remuneração pela aquisição exceder € 400 milhões e (iv) que a empresa alvo ter substanciais operações na Alemanha.

³¹ LANCIERI, F. M.; SAKOWSKI, P. A. M. "Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados". Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade, 2020, p. 116.

³² Cf. RESENDE, Guilherme M. LEMOS, Thales de Melo e. Fusões e aquisições em ecossistemas digitais: concorrência potencial, nascente e killer acquisitions. In: A Aplicação do Direito Antitruste em Ecossistemas Digitais, Desafios e Propostas. FGV Direito Rio, 2022.

III. Desenho de eventual modelo regulatório de regulação econômica pro-competitiva

Pergunta 6

O Brasil deveria adotar regras específicas de caráter preventivo (caráter *ex ante*) para lidar com as plataformas digitais, visando evitar condutas nocivas à concorrência ou a consumidores? A lei de defesa da concorrência – com ou sem alterações para lidar especificamente com mercados digitais seria suficiente para identificar e remediar problemas concorrenciais efetivamente, após a ocorrência de condutas anticompetitivas (modelo *ex post*) ou pela análise de atos de concentração?

A definição da necessidade de adoção de regras de caráter *ex ante* no contexto da regulação de mercados e plataformas digitais passa pela necessidade de uma avaliação e identificação prévia dos problemas e dos impactos que se pretende alcançar em consideração com a complexidade e limitações relacionadas a uma regulação *ex ante*.

Conforme visto, o DMA Europeu foi estabelecido em uma ampla e rica jurisprudência vinculada aos mercados digitais em que a regulação transpôs em seu bojo a proibição de práticas consideradas anticompetitivas pelas autoridades europeias, a partir de um diagnóstico próprio e detalhado ao contexto europeu.

Contudo, cabe esclarecer que o estabelecimento de regulação *ex ante* possui complexidades principalmente em setores relacionados a serviços e plataformas digitais, em que há ampla dinamicidade e heterogeneidade entre os agentes, calcadas na inovação inerente a essas atividades. Com isso em vista, é importante ressaltar que há uma clara dificuldade de estabelecer soluções uniformes para os mais variados tipos de atividades econômicas com características próprias e diferentes. A previsão de descritivos rígidos faz com que a regulação seja sub-inclusiva em função do detalhamento das características definidas, de modo que hipóteses que de fato sejam anticompetitivas não sejam incluídas na regulação. Por

seu turno, descrições genéricas, como se verifica no PL 2768/2022, levam a um modelo que aproxima de uma análise caso a caso, como já é adotado com base na Lei de Defesa da Concorrência.

Além disso, o contexto brasileiro difere do contexto europeu em sua tradição jurisprudencial de análise antitruste. Como já sinalizado anteriormente, a jurisprudência brasileira não possui a mesma compreensão sobre a análise de condutas, conforme se observa no caso do Google Shopping em que autoridade de defesa da concorrência brasileira identificou eficiências que justificavam a conduta, enquanto a autoridade europeia considerou o ato como anticompetitivo.

Caso a alternativa regulatória escolhida seja pela criação de um novo arcabouço normativo, específico para regular relações jurídicas no âmbito de ecossistemas digitais, e de forma *ex ante*, tal impulso deverá ser precedido de meticulosa análise de impacto regulatório, para que sejam definidos critérios para a categorização de atores, produtos e serviços digitais de acordo com suas diversas e distintas características, evitando-se uma solução generalista que inclua todos os tipos de “plataformas digitais” em uma única definição. Tal eventual iniciativa também não poderá desconsiderar a existência de múltiplas e interrelacionadas legislações em vigor e as competências atribuídas a órgãos e entidades de controle que já regulam mercados digitais em alguma medida, notadamente a Lei de Defesa da Concorrência, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, o Código de Defesa do Consumidor e a legislação que regulamenta os serviços financeiros e de pagamentos, sob a condução do CADE, ANPD, SENACON-MJ e BACEN, respectivamente.

Portanto, antes da adoção de regulação *ex ante* é necessária a definição clara dos problemas concorrenciais e estruturais que se pretendem corrigir com as novas regras. Após a detecção de eventuais falhas ou insuficiências, é necessário avaliar se elas têm sido adequadamente enfrentadas pela abordagem *ex post* e de análise de concentrações, para que então se justifique a operação de modo que não haja conflito com a jurisprudência antitruste no contexto brasileiro e a proibição de condutas já identificadas como positivas ou competitivas.

Pergunta 6.1

Qual a combinação possível dessas duas técnicas regulatórias (ex ante e ex post) para o caso das plataformas digitais? Qual abordagem seria recomendável para o contexto brasileiro, considerando ainda os diferentes graus de flexibilidade necessários para identificar de forma adequada os agentes econômicos que devem ser foco de eventual ação regulatória e das obrigações correspondentes?

O fator temporal é um ponto problemático na análise concorrencial de condutas relacionadas a mercados digitais. Em razão da dinamicidade e complexidade desses mercados, o elevado tempo de análise implicou na concretização de efeitos considerados prejudiciais em casos que uma intervenção posterior foi considerada ineficaz.

Nesses casos, há a possibilidade de desempenho de análises contínuas de definição de poder de mercado em avaliações dos principais agentes, de forma anterior a qualquer procedimento concorrencial nesse sentido. Diante de um mercado concentrado, portanto, poderia haver análises periódicas ou contínuas independentemente da apresentação de acusações que, hoje, fomentam tais avaliações, de forma que passar-se-ia à definição de mercado e à avaliação de poder de mercado de forma prévia à etapa de análise de processos antitruste.

Mecanismos análogos podem ser observados em outros setores regulados, como o setor de telecomunicações. A Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) estabeleceu mecanismo de regulação assimétrica em que são identificadas de maneira contínua os agentes detentores de Poder de Mercado Significativo (PMS). A Resolução Anatel nº 600/2012, alterada pela Resolução Anatel nº 694/2018, institui a avaliação e definição prévia (*ex-ante*) de quais são os agentes que detêm PMS. A partir dessa identificação, os agentes com essa atribuição passam a deter opções regulatórias específicas para mitigar problemas concorrenciais considerados pelo órgão regulador.

Esse tipo de regulação com a análise e atribuição de posições específicas previamente à ocorrência de uma conduta pode inspirar modelos

alternativos que mitiguem fator temporal, sem que necessariamente sejam atribuídas obrigações assimétricas aos agentes econômicos. Uma opção para mitigar a dificuldade temporal tida para o acompanhamento de medidas e investigações antitruste no setor digital seria ter-se avaliações *ex-post* de condutas sem que haja a necessidade de apreciação de análise de estrutura individual no mercado, uma vez que esta seria executada *ex-ante*. Ou seja, haveria a separação da análise de estrutura e identificação de agentes com poder de mercado nos diferentes serviços digitais (*cognição ex ante*) e uma análise da conduta e seus efeitos concretos no mercado quando de sua ocorrência (*intervenção ex post*).

Tal possibilidade seria contemplada mediante o estabelecimento de regramentos, majoritariamente procedimentais, que tenham o objetivo de prevenir o dispêndio de tempo em análises de estrutura de mercado no âmbito de avaliações de conduta. Por exemplo, poderia ser atribuída a combinação de órgãos com competências. O Departamento de Estudos Econômicos poderia proceder a análises de diferentes mercados vinculados aos serviços digitais para identificação dos agentes dominantes. Adicionalmente, poderia ser prevista a participação de órgãos setoriais ou terceiros interessados para contribuir com a instrução. Por seu turno, na hipótese de posterior infração à ordem econômica, o órgão sancionar prescindiria de instrução aprofundada, na medida que já realizada.

Dessa forma, em não havendo análises de estrutura e de mercado por parte do órgão competente (seja ele o Cade ou qualquer outro), economizar-se-ia tempo na definição de poder de mercado, a qual seria atualizada de forma prévia e contínua.

Pergunta 7.1

Jurisdições que adotaram ou estão considerando a adoção de modelos de regulação pró-competitivos – como as novas regras da União Europeia, a legislação japonesa e a proposta regulatória do Reino Unido, entre outras – optaram por um modelo assimétrico de regulação, diferenciando o impacto das plataformas digitais a partir de seu segmento de atuação e em função de seu porte, como é o caso dos gatekeepers no DMA europeu.

7.1. Uma legislação brasileira que introduzisse parâmetros para a regulação econômica de plataformas digitais deveria ser simétrica, abrangendo todos os agentes deste mercado ou, ao contrário, assimétrica, estabelecendo obrigações apenas para alguns agentes econômicos?

Enquanto a regulação da atividade econômica geralmente está relacionada à mitigação de falhas de mercado (e.g. monopólios naturais e externalidades) e à funções sociais (e.g. universalização de acesso, políticas de subsídio cruzado)³³, a assimetria regulatória pode ser compreendida como a incidência de regimes regulatórios distintos sobre determinada atividade ou setor econômico, geralmente com o intuito de ampliar a concorrência nessas áreas em razão do grau de concentração econômica que é decorrente da própria conformação estrutural do mercado ou dos agentes econômicos em si – e os problemas associados a essa concentração.³⁴ Nesse sentido, pode-se citar o estabelecimento de regras no setor de telecomunicações pela Anatel para os detentores de “poder de mercado significativo” (como a Resolução Anatel nº 600/2012) e as regras de preferência de alocação de *slots* às empresas áreas entrantes no setor de aviação (Resolução ANAC nº 682/2022). Dessa forma, a eleição de um regime jurídico de assimetria regulatória deve atender a dois limites distintos e complementares: **(i)** a satisfação de

³³ SAMPAIO, Patrícia R. P. Regulação e Concorrência. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 62.

³⁴ MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. A Nova Regulação dos Serviços Públicos. Revista de Direito Administrativo, v. 228, p. 24, 2002.

finalidades públicas específicas, (ii) modulada pelo princípio da legalidade.

O estabelecimento de uma regulação assimétrica dependerá da definição de política regulatória de acordo com determinadas finalidades a serem atendidas. Nesse sentido, um modelo regulatório dual sobre os agentes de mercado aumenta as complexidades regulatórias, exigindo maior discricção quanto a seus impactos. Por essa razão, é crucial sua fundamentação para identificação das finalidades regulatórias pretendidas de modo a garantir a correta seleção dos meios e medidas a serem implementadas.³⁵ A própria viabilidade prática da adoção de um modelo de assimetria regulatória exige uma análise prévia de seu objeto e a definição de seus objetivos.

Em segundo lugar, por força do princípio da legalidade, um modelo regulatório assimétrico deve ser formulado de forma que se admita a aplicação dos critérios distintivos justificados a partir das peculiaridades previamente identificadas com relação a cada atividade ou setor econômico³⁶. Nesse sentido, os comandos normativos regulatórios não podem ter como objeto agentes econômicos específicos, mas sim características de mercado ou de tipos de agentes que sejam gerais e abstratas.

Esses fatores permitem questionar o modelo regulatório em que está assentado o PL 2768/2022. Não foram definidos o diagnóstico e as finalidades regulatórias pretendidas pela regulação, de modo que ela falha em identificar quais os critérios e características de mercado ou de agentes que se pretende corrigir.

O art. 6º, II do PL 2768/2022 lista como plataformas digitais uma série de atividades e serviços com características próprias e distintas que compõem mercados que não se confundem. Em complemento, foi trazido como critério definidor de “*detentor de poder de controle de acesso essencial*” – conceito equivalente ao de gatekeeper – apenas o nível de faturamento do agente econômico que recai sobre a definição de

³⁵ MARQUES NETO, Flávio Peixoto de Azevedo; ZAGO, Marina Fontão. Limites das Assimetrias Regulatórias e Contratuais: O Caso dos Aeroportos. Revista de Direito Administrativo, v. 277, p. 183-186, 2018.

³⁶ ARAGÃO, Alexandre Santos de. Serviços públicos e concorrência. Revista de Direito Administrativo, v. 233, p. 333, 2003.

plataformas digitais. Nesse sentido, o Projeto de Lei falha em estabelecer os contornos precisos do problema concorrencial inerente a esses serviços que mereceriam regulação ex-ante. Os conceitos deveriam ser mais bem especificados para localizar problemas efetivos e contextualizados para cada tipo de serviço incluído na definição de “plataforma digital”. As definições não permitem identificar se os serviços apontados são por sua natureza considerados problemáticos do ponto de vista concorrencial ou se há mercados dentre esses serviços que são problemáticos pelo tamanho que assumiram algumas plataformas, ou se seriam as condutas abusivas a real fonte de distorções concorrências ou de consolidação de posições dominantes, ou ainda se seriam produtos ou serviços mais eficientes. Na verdade, as respostas podem ser diferentes para cada tipo de serviço incluído no conceito de “plataforma digital”. O PL 2768/2022 recorta mercados e serviços com características distintas a partir de um mesmo parâmetro, com a clara ausência de definição rigorosa dos critérios estabelecidos³⁷.

Portanto, de modo a justificar uma assimetria regulatória é preciso que seja definido e analisado o problema concorrencial que se pretende abordar nos mais diferentes mercados e a partir disso, traçar definições e condições rigorosas e precisas para identificação de serviços ou atividades que sejam tidas como concorrencialmente problemáticas e em quais contextos.

³⁷ FERNANDES, Victor Oliveira. Lost in translation? Critically assessing the promises and perils of Brazil's Digital Markets Act proposal in the light of international experiments. *Computer Law & Security Review*, v. 52, p.11, 2024.

Pergunta 7.2

Caso a resposta seja no sentido de adoção de regulação assimétrica, quais parâmetros ou referências deveriam ser utilizados para esse tipo de diferenciação? Quais seriam os critérios (quantitativos ou qualitativos) que deveriam ser adotados para identificar os agentes econômicos que devem ser objeto de regulação de plataformas no caso brasileiro?

Conforme indicado na questão anterior, o fundamento associado à regulação assimétrica diz respeito a riscos relacionados à concentração econômica, como o abuso de posição dominante, fechamento de mercado e dominação de mercado. Por outro lado, existem ferramentas institucionais, como o sistema de repressão de condutas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica que previne e reprime as hipóteses de infração à ordem econômica. Na metodologia de análise casuística aplicada pelo CADE, a repressão a condutas unilaterais – nomeadamente de abuso de posição dominante – exige que os agentes econômicos detenham *poder de mercado* e consigam agir com determinado grau de indiferença face a seus concorrentes³⁸. Nesse caso, a própria metodologia de análise antitruste incorpora o poder de mercado em sua tipologia. Isso significa que a ilicitude de determinadas condutas é vinculada à detenção de poder de mercado pelo agente infrator, em conjunto com a avaliação da estrutura do mercado, como existência de barreiras à entrada e de rivalidade, por exemplo. Em outras palavras, os efeitos anticompetitivos de determinada conduta dependem da capacidade de alteração unilateral das condições de competição. Dessa forma, a adoção de mecanismos que estabeleçam regras ou obrigações específicas para agentes identificados como de posição dominante a partir de critérios já estabelecidos pela análise antitruste poderia substituir a opção por um modelo de assimetria regulatória com critérios e parâmetros fracamente definidos como no PL 2768/2022.

Não obstante, compreende-se que o tempo de análise foi o fator

³⁸ PEREIRA NETO, Caio Mario S.; CASAGRANDE, P. L. Direito Concorrencial. Doutrina, Jurisprudência e Legislação. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 134.

determinante para a própria iniciativa do DMA como regulação ex ante. Em intervenções ex post levadas a cabo pela Comissão Europeia de práticas que vieram a ser tidas como anticompetitivas em “mercados digitais”, o tempo de análise contribuiu para a concretização de efeitos considerados prejudiciais, em razão da dinamicidade e complexidade desses mercados. Nesse sentido, um dos principais argumentos para a justificar a regulação ex ante, em oposição a ferramenta de repressão ex post de condutas, seria ineficácia da intervenção em função do tempo de decisão, incompatível com a dinâmica dos chamados mercados digitais.

Contudo, um modelo de intervenção ou regulação ex ante, apesar de solucionar o fator temporal, possui riscos de sobre-inclusão e atrair consequências indesejadas, como a diminuição da qualidade de serviço ao consumidor³⁹. Assim, um modelo de cognição ex ante, com a definição prévia da presença de poder de mercado e potenciais efeitos prejudiciais de práticas no mercado digital, permitiria, justamente, a redução de tempo de reação necessário, sem que se determine a imposição de regras e obrigações na ausência de uma conduta concreta. Essa análise prévia, sem o risco presente de uma infração e seus efeitos, poderia contar com o tempo de análise necessário ao contraditório e, até mesmo, viabilizar análise de contribuições de terceiros interessados, respeitado o contraditório.

³⁹ BENTATA, Pierre. Regulating 'Gatekeepers': Predictable 'Unitended Consequences' of the DMA for Users' Welfare. Available at SSRN 3804067, 2021.

Pergunta 8

Há riscos para o Brasil decorrentes da não adoção de um novo modelo regulatório pró-competitivo, especialmente considerando o cenário em que outras jurisdições já adotaram ou estão em processo para adotar regras específicas voltadas a plataformas digitais, levando em conta a atuação global das maiores plataformas? Quais benefícios poderiam ser obtidos pela adoção de uma regulamentação análoga no Brasil? 8.1. Como o Brasil, no caso da adoção de uma eventual regulamentação pró competição, se integraria a esse contexto global?

Considerando a análise comparativa dos esforços internacionais de países que adotaram ou estão em vias de adotarem regulações *ex-ante*, apesar da semelhança geralmente verificada em relação ao teor ou ao escopo das regulações de jurisdições como dos Estados Unidos, África do Sul, Japão, União Europeia e a que encontra-se sob discussão no Brasil, os propósitos declarados e para sua promulgação e as estratégias de posicionamento da autoridade ou nação correspondente são altamente discrepantes.

A economia digital implica profundas transformações sobre a ordem econômica global mediante novas configurações quanto à prestação de serviços, fornecimento de bens, e posicionamento geopolítico das economias que exercem liderança no setor. A China, por exemplo, demonstrou estratégia de atuação global centrada em investimentos na infraestrutura de comunicação, conjuntamente a normas que vêm a limitar o papel de agentes estrangeiros no mercado de conteúdo e serviços online no interior de suas fronteiras. Diante da relevância não somente econômica da China no cenário digital global, mas também de sua posição como ator influente na definição mundial de governança de dados, foi cunhado o termo *Efeito Beijing* para designar suas políticas de normatização através de suas fronteiras nacionais.

O posicionamento geopolítico da União Europeia a esse respeito, por sua vez, denota a elaboração de modelo regulatório cujo escopo é voltado à

garantia de direitos aos usuários e à expansividade da aplicação das normativas promulgadas em seu interior, como mecanismo de inserção do bloco econômico na competição global no setor composto pelos mercados digitais.

Tais aspectos compõem o que convencionou-se denominar “Soberania Digital”. A conotação desse conceito remete, inicialmente, à capacidade que nações têm de exercer “Soberania Digital Econômica”, que configura estímulos ao desenvolvimento e à inovação tecnológica locais para inserção do país na concorrência nesse setor a nível global, conjuntamente à redução de sua dependência para a promoção da autonomia digital. Em um segundo sentido, o conceito toma feição de “Soberania Digital Normativa” pela qual se busca a assecuração de que o desenvolvimento e o emprego de tecnologia no país correspondente sejam coerentes com valores e respeite direitos fundamentais constitucionalmente reconhecidos em seu interior.

A estratégia geopolítica europeia tem sido, portanto, a de garantia de sua Soberania Digital nos dois sentidos acima dispostos, pela qual o grupo tem buscado a consolidação de seu posicionamento internacional pelo fomento, conjunto, a aspectos de inovação e de normatização do setor digital.

Existe movimento global por soberania digital e, especialmente em consideração à pertinência que os mercados do setor digital têm obtido como forma de alçada de nações à relevância internacional como agentes influentes a esse respeito (ou, contrariamente, a depender da estratégia nacional a ser adotada, sua subsidiariedade), devem ser compreendidos e claramente estabelecidos quais são os interesses do Brasil em relação aos mercados digitais como um todo para que, a partir de então, seja assegurada a soberania nacional exercida por meio da soberania digital.

IV. Arranjo institucional para regulação e supervisão

Pergunta 9

É necessário haver um regulador específico para supervisão e regulação de grandes plataformas digitais no Brasil, considerando-se apenas a dimensão econômico-concorrencial?

9.1. Em caso afirmativo, seria adequado criar um órgão regulador específico ou atribuir novas competências a órgãos já existentes? Quais mecanismos de coordenação institucional seriam necessários, tanto em um cenário envolvendo órgãos e instituições existentes, quanto na hipótese de criação de um novo regulador?

9. Primeiramente, como pode ser observado das questões respondidas até aqui, a forma de regulação econômica e concorrencial das plataformas digitais deve passar, ainda, por ampla discussão no país.

Não está clara até o momento, no caso do Brasil, a necessidade de que haja um regulador específico para as plataformas digitais. O PL 2768/2022 atribui às condutas a raiz de um “problema concorrencial” motivador da regulação (vide exposição de motivos ao PL) e estabelece elementos de análise para o regulador aparentemente próximos da metodologia antitruste, atribuindo, contudo, a competência para fiscalização à Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Enquanto na Europa o DMA se apresenta como um novo instrumento regulatório, aplicado pela autoridade concorrencial, no Brasil, teríamos um regime especial de análise concorrencial no campo digital, exercida pela ANATEL, órgão até então regulador do setor de Telecomunicações.

Se o foco são as condutas anticoncorreciais, a alteração dos procedimentos de instrução e investigação pela autoridade poderiam ser aperfeiçoados para garantir a eficácia das intervenções antitruste. Para os

mercados digitais, o CADE poderia exercer plenamente suas competências, complementadas por análise prévia das condições e estrutura de determinados mercados, de modo a atenuar os riscos associados ao tempo de investigação pela dinamicidade e complexidade dos mercados. Poderia ser inclusive cogitada o destacamento de uma unidade especial no próprio órgão, voltada aos mercados de plataformas digitais, aliando expertise, aprendizado e maior agilidade. Ou ainda, o Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE poderia realizar análises de poder de mercado em estudos nos diferentes segmentos de serviços digitais, cujos resultados seriam aproveitados como subsídio para a análise específica de condutas em processos administrativos repressivos. Alternativamente, o *poder instrutório* poderia ser estabelecido na forma de um novo arranjo institucional, em que órgão externo à autoridade da concorrência procederia com a análise das estruturas de mercado que subsidiariam a atuação posterior do CADE.

Por outro lado, observa-se a transversalidade dos casos em mercados digitais que têm sido analisados pelas autoridades antitruste aqui e em todo mundo, envolvendo proteção de dados, direito do consumidor e, em um futuro bem próximo, certamente inteligência artificial. Como exemplo, vale lembrar o caso julgado em 4 de Julho de 2023, pelo Tribunal de Justiça Europeu (TJEU), originário de um processo inicial no *Bundeskartellamt* alemão.

O julgamento trouxe requisitos importantes com relação à interpretação da GDPR e à interação entre as autoridades de concorrência e as autoridades de proteção de dados, em particular, no que diz respeito ao uso personalizado dos dados pessoais dos consumidores para publicidade direcionada por plataformas de mídia social. A questão que o TJEU abordou em sua decisão foi se uma autoridade nacional de concorrência poderia investigar e sancionar uma violação do GDPR como uma violação sob o regime do Artigo 102 do TFUE.

O TJUE confirmou a tese do *Bundeskartellamt*, sustentando que, no contexto da análise de um abuso de posição dominante por uma empresa em um mercado específico, "*pode ser necessário que a autoridade de concorrência do estado-membro em questão também examine se a conduta dessa empresa está em conformidade com outras regras além daquelas relacionadas ao direito da concorrência*" (parágrafo 48 da

decisão). O Tribunal europeu deixou bem claro, no entanto, que, quando uma autoridade nacional de concorrência identifica uma violação do GDPR no contexto de um abuso de posição dominante, isso não substitui o papel das autoridades de proteção de dados, esclarecendo que a autoridade nacional de concorrência "não monitora nem impõe" a aplicação do GDPR (parágrafo 49 da decisão).

A razão para que uma autoridade de defesa da concorrência possa avaliar uma violação ao GDPR como um ilícito antitruste é justamente o fato do acesso a dados pessoais, e seu posterior processamento, terem se tornado um parâmetro significativo de concorrência entre empresas na economia digital.

A decisão traz muitos outros pontos importantes no que tange à interação entre a autoridade concorrencial e de proteção de dados como por exemplo: a) o risco de divergências entre as autoridades nacionais de defesa da concorrência e de proteção de dados, sendo necessário que as autoridades concorrenciais examinem eventuais decisões sobpostos das autoridades ou tribunais de proteção de dados relativamente ao mesmo comportamento ou a um comportamento semelhante (parágrafo 55 e seguintes); b) dever de cooperação entre autoridades nacionais de proteção de dados e autoridades nacionais de defesa da concorrência (parágrafo 57 e seguintes), o que inclui a obrigação de resposta a consultas em tempo razoável, dentre outras.

Por outro lado, alguns relatórios a respeito da regulação da economia digital publicados por vários países⁴⁰ entre 2018 e 2019 também traziam a

⁴⁰ **Australian Competition and Consumer Commission. *Digital Platforms Inquiry – Final Report*.** Julho de 2019. Disponível em <https://www.accc.gov.au/publications/digital-platforms-inquiry-final-report>

Competition Bureau – Canada. *Big Data and Innovation: key themes for competition policy*. Fevereiro de 2018. Disponível em [https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/\\$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf](https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/vwapj/CB-Report-BigData-Eng.pdf/$file/CB-Report-BigData-Eng.pdf)

Jacques Crémer, Yves-Alexandre de Montjoye and Heike Schweitzer. ***Competition Policy for the Digital Era*.** European Union Directorate-General of Competition. Março de 2019. Disponível em <http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>

Jason Furman (chair) et al, ***Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*.** Março de 2019. Disponível em: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

sugestão de criação de um órgão específico (Stigler Center, Furman, ACCC), em especial pela velocidade de resposta que os mercados digitais demandam, em virtude da sua peculiar dinâmica concorrencial. Um órgão específico facilitaria uma rápida intervenção, podendo atuar no sentido de reduzir barreiras à entrada, além de atacar condutas como auto preferênciã e coordenar problemas que envolvessem questões ligadas a dados pessoais, como portabilidade ou acesso.

Considerando-se, portanto, as peculiaridades dos mercados digitais, seria interessante se pensar, no mínimo, numa forma de coordenação entre os órgãos existentes, o que será abordado na resposta à questão 9.1 a seguir.

9.1 De fato, quando lidamos com mercados digitais, caracterizados pela rápida inovação tecnológica, diversos órgãos tendem a estar envolvidos, tais como o CADE, a ANPD, a SENACOM e a ANATEL.

Do ponto de vista de governança, podem ser buscadas formas de interação entre esses órgãos: pela adequação de competências para a condução de estudos, fazendo-se a cognição prévia de poder de mercado, para análise da relevância dos dados no âmbito de determinado serviço do mercado etc.

Se o desejo é uma regulação mais ampla, frente aos desafios trazidos pela economia digital nas esferas da proteção de dados, defesa do consumidor e defesa da concorrência, perpassadas pelo uso intensivo da inteligência artificial, uma solução pode ser o estabelecimento de um arranjo institucional de interação e auxílio mútuo entre as autoridades⁴¹.

Essa solução institucional requererá a mobilização transversal da capacidade técnica, ferramental e procedimental de diferentes órgãos, com as agências reguladoras, o CADE, SENACON e ANPD, sem excluir

Stigler Committee on Digital Platforms. **Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report**. Setembro de 2019. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>

⁴¹ “É mesmo necessário regular plataformas digitais? Por quê? Como? Por quem?”. WebAdvocacy, 2023, disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2023/05/15/e-mesmo-necessario-regular-plataformas-digitais-por-que-c-omo-por-quem/>

outros agentes públicos interessados a serem convocados para treinamento e capacitação nos fundamentos técnicos necessários para a compreensão dos mecanismos em uso na economia digital e respectivos impactos.

Esse núcleo de técnicos (experiente em regulação e/ou defesa da concorrência, do consumidor e proteção de dados e capacitado, pela nova iniciativa, em ciência de dados, ciência comportamental e até ciência da computação) poderia auxiliar na análise de denúncias e acompanhamento sistemático de mercados. As notas técnicas preparadas à forma de parecer seriam encaminhadas às diferentes autoridades (ANPD, ANATEL, CADE, SENACON e eventualmente do BACEN, tendo em vista o avanço das plataformas nos serviços financeiros), representante do Ministério Público (direitos difusos), representante de entidade de defesa dos consumidores e representante de instituto de estudos de mercados digitais, sem fins lucrativos. Tal desenho institucional não importaria em aumento da máquina estatal nem aumento expressivo de gastos de custeio (visto que os representantes da sociedade participariam das sessões do colegiado sem remuneração, recebendo apenas eventual cobertura de custos de deslocamento) e auxiliaria na proteção da concorrência e do consumidor na era digital, sem prejuízo à inovação.

Esse arranjo institucional de interação seria uma solução benéfica aos mercados digitais, com a utilização de ferramentas e estruturas que fomentem uma maior concorrência e escolha dos consumidores nesses mercados. Tais atividades poderiam ser desenvolvidas com participação de diversas partes interessadas (stakeholders), códigos de conduta pró competitivos, aplicáveis em especial às empresas que detivessem um maior poder de mercado, evitando-se criar encargos ou barreiras para pequenas firmas ou entrantes. Poderia avaliar também soluções que permitissem uma maior mobilidade de dados pessoais, ou promover uma maior abertura a dados não pessoais ou anonimizados, protegendo a privacidade e visando aumentar a concorrência e a escolha do consumidor.

Como citar esta publicação:

LEGAL GROUNDS INSTITUTE. **Regulação de aspectos econômicos e concorrenciais do mercado de plataformas digitais**: contribuição à Tomada de Subsídios do Ministério da Fazenda. Legal Grounds *Institute*: São Paulo, 2024. Disponível em: <https://bit.ly/3R6SsvZ>. Acesso em: DD/MM/AAAA

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte. As opiniões emitidas em artigos ou notas assinadas são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

2024 © Todos os direitos reservados

www.legalgroundsinstitute.com

