

Contribuição do Cade à tomada de subsídios para regulação de plataformas digitais do Ministério da Fazenda

Brasília, abril de 2024

CONTRIBUIÇÃO DO CADE À TOMADA DE SUBSÍDIOS PARA REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA

Processo nº 19995.000158/2024-38

Tipo de Processo: Demanda Externa: Órgãos do Poder Executivo

Interessado(s): Gabinete da Presidência

EMENTA: Tomada de Subsídios nº 1, de 18 de janeiro de 2024 – Aspectos econômicos e concorrenciais das plataformas digitais. A Secretaria de Reformas Econômicas do Ministério da Fazenda almeja, por meio da presente Tomada de Subsídios, obter contribuições da sociedade sobre a regulação econômica e concorrenciais 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.

Ficha Técnica

Presidente do Cade

Alexandre Cordeiro Macedo

Conselheiros do Cade

Carlos Jacques Vieira Gomes

Diogo Thomson de Andrade

Gustavo Augusto Freitas de Lima

Victor Oliveira Fernandes

Camila Cabral Pires Alves

José Levi Mello do Amaral Júnior

Superintendente-Geral do Cade

Alexandre Barreto de Souza

Superintendente-Geral Substituta do Cade

Fernanda Garcia Machado

Colaboradores Internos

Bruno Polonio Renzetti

Paulo Henrique de Oliveira

Rafaela Caffáro

Vitor Jardim Barbosa

Economista-Chefe

Lilian Santos Marques Severino

Sumário Executivo

I – Objetivos e racional regulatório

- O Cade defende a necessidade de uma regulação *ex-ante* para os mercados digitais, complementando o regime da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011.
- A regulação concorrencial *ex-ante* de plataformas deve endereçar disfunções nos ecossistemas digitais que, como falhas funcionais e distributivas que afetam a geração e apropriação de valor, não se confundem com falhas de mercados dos setores regulados tradicionais.
- A intervenção regulatória deve visar à promoção da concorrência por meio da diminuição de barreiras à entrada e proteção do processo competitivo, promovendo a contestabilidade dos mercados.

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

- O Cade tem atuado consistentemente nos mercados digitais, mas características desses mercados como externalidades de redes e tendências de tombamento podem limitar a eficácia de intervenções exclusivamente *ex-post*.
- A complementação da legislação concorrencial brasileira a partir de um modelo regulatório *ex-ante* possibilita a estruturação de intervenções mais proativas e reformadoras, superando os desafios de desenho e implementação observados em relação à adoção remédios antitruste tradicionais no contexto digital.
- Deste modo, o marco regulatório deve promover proteção ao consumidor, inovação e empreendedorismo, garantindo simultaneamente a preservação da dinamicidade do mercado e ampliando a contestabilidade no âmbito da economia digital.

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

- Não há um modelo único de regulação *ex-ante* para plataformas digitais, cada proposta legislativa estrangeira pondera prós e contras de intervenção regulatória mais flexível ou mais rigorosa.
- Uma estrutura regulatória flexível, com ajuste individual das disposições e monitoramento contínuo, poderia ser útil no Brasil.
- O Brasil precisa garantir a relevância das suas abordagens regulatórias em relação às experiências internacionais.

IV – Arranjo institucional para regulação e supervisão

- Antes da criação um novo agente regulador, é crucial conduzir uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) detalhada.
- A expansão das competências do Cade a partir da inclusão de uma unidade dedicada a mercados digitais poderia ser a abordagem mais pragmática e adequada.
- O Cade apresenta um histórico de desenvolvimento de expertise na análise da questão concorrencial no âmbito da economia digital, além de possuir a vantagem de atuar de forma transversal em diversos setores da economia, diferentemente de agências reguladoras setoriais.
- O diálogo com jurisdições internacionais e em fóruns globais de política de defesa da concorrência reforça a conveniência dessa abordagem.

Introdução

A Advocacia da Concorrência é um dos principais objetivos da Lei Brasileira de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011). Assim como ocorre em outras economias com vasta tradição de empresas estatais e profunda regulação, é crucial que o Brasil gere e aprimore o entendimento e a aceitação ampla dos princípios concorrenciais. Nesse sentido, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) tem desenvolvido atividades de advocacia que incluem publicações, estudos de mercado, elaboração de guias, avaliações de impacto, elaboração de seminários e estreita cooperação com agências reguladoras e outros órgãos públicos¹.

Considerando seu papel institucional, o Cade apresenta a presente nota técnica como contribuição à Tomada de Subsídios nº 1, de 18 de janeiro de 2024, em que:

O SECRETÁRIO DE REFORMAS ECONÔMICAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA, considerando o disposto no art. 12, III do Decreto nº 9.215, de 29 de novembro de 2017 e no uso das atribuições conferidas pelo o art. 74 do Decreto nº 11.344 de 1º de janeiro de 2023, COMUNICA que será aberta TOMADA DE SUBSÍDIOS, com período para envio de contribuições de 19 de janeiro a 18 de março de 2024, com vistas a colher comentários e sugestões sobre a regulação de aspectos **econômicos e concorrenciais de plataformas digitais**, com o objetivo de coletar informações que melhor subsidiem o debate e a elaboração de políticas públicas relacionadas à matéria.

Além desta introdução, esta nota apresenta as respostas às questões apresentadas pela aludida Secretaria.

¹ Departamento de Estudos Econômicos (DEE). Publicações institucionais. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoes-dee>>. Acesso em: 29/04/2024.

I – Objetivos e racional regulatório

1. Que razões econômicas e concorrenciais justificariam a regulação de plataformas digitais no Brasil?

1.1 Há razões distintas para regular ou deixar de regular diferentes tipos de plataformas?

Sim. O movimento de regulação concorrencial dos mercados digitais surge a partir da percepção de algumas jurisdições de que os regimes tradicionais de direito da concorrência, baseados em intervenções *ex-post*, podem não ser mais suficientes para manter os mercados digitais abertos e contestáveis muito em função, justamente, das características econômicas destes modelos de negócio. Neste sentido, nos últimos sete anos diversas autoridades antitruste estrangeiras², organizações internacionais³ e especialistas acadêmicos⁴ publicaram relatórios e estudos de mercado que exploraram os desafios da política de defesa concorrência nos mercados digitais. No ano de 2019, o Cade lançou sua publicação “Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados”⁵, em que foram examinados 21 documentos⁶ a respeito do

² AUSTRALIAN COMPETITION & CONSUMER COMMISSION. Digital Platform Services Inquiry. n. September, p. 1–214, 2022; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. Online Advertising: Development of an ecosystem with strong growth and led by two stakeholders. [S. l.: s. n.], 2018; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. Competition Law and Data. [S. l.: s. n.], 2016. ; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE; BUNDESKARTELLAMT. Algorithms and Competition. n. November, 2019. ; COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY - CMA. Online Platforms and Digital Advertising: Market Study Final Report. Londres: Competition and Markets Authority, 2020. ; BRICS COMPETITION INNOVATION LAW & POLICY JOINT RESEARCH PLATFORM. *Digital Era Competition: Brics View*. Moscow: Brics Competition Law and Policy Centre, 2020.

³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation. Paris: OECD Publishing, 2019; ORGANIZATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT - OCDE. Big Data: Bringing Competition Policy to the Digital Era. Background Paper by the Secretariat, n. April, p. 40, 2016.

⁴ STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: [s. n.], 2019; FURMAN, J. et al. *Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. Londres: [s. n.], 2019 e CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.-A.; SCHWEITZER, H. *Competition Policy for the Digital Era European Commission Report*. Brussels: European Commission Final Report, 2019.

⁵ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). *Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Brasília: Cade, 2019.

⁶ Sub-committee on Market Structure and Antitrust Report, preparado pelo Comitê para o Estudo de Plataformas Digitais do Stigler Center da Universidade de Chicago, Estados Unidos; 2. Big Data and Innovation: key themes for competition policy, de autoria do Competition Bureau do Canadá; 3. Competition Law and Data, estudo conjunto realizado pela Autorité de la Concurrence Francesa e pelo Bundeskartellamt Alemão; 4. Competition Policy for the Digital Era, relatório preparado por um painel de três experts para o Directorate-General of Competition da União Europeia; 5. Digital Platforms Inquiry – Final Report, de autoria da Australian Consumer and Competition Commission (ACCC); 6. *Ex-post* Assessment of Merger Control Decisions in Digital Markets, relatório preparado pela consultoria LEAR para a Competition and Markets Authority do Reino Unido; 7. Market Study – Mobile App Stores, preparado pela Authority for Consumers and Markets dos Países Baixos; 8. Price Effects of non-brand bidding agreements in the hotel sector, também preparado pela Authority for Consumers and Markets dos Países Baixos; 9. Report on the monitoring exercise carried out in the online hotel booking sector by EU Competition Authorities em 2016, preparado pela Comissão Europeia em conjunto com a European Competition Network; 10. Digital Comparison Tools Market Study, preparado pela Competition and Markets Authority do Reino Unido; 11. Publicité En Ligne: La Constitution d’un Écosystème En Forte Croissance et Tiré Par Deux Acteurs, relatório preparado pela

tema. De forma convergente, esses estudos sustentam que há características econômicas particulares dos mercados digitais que favorecem elevados níveis de concentração. Dentre elas, ressaltam-se:

- a) **Relevantes economias de escala e escopo:** alguns tipos de plataformas são beneficiados pelas economias de escopo em decorrência das complementaridades entre dois ou mais dos serviços que prestam em uma determinada plataforma ou entre elas. Em alguns casos, custos e/ou dados de desenvolvimento podem ser compartilhados entre linhas de negócios. Inclusive, os aplicativos podem ter uma aparência e um comportamento parecidos para que os usuários se acostumem com as plataformas de forma mais rápida, o que pode fazer com que novas plataformas tenham um sucesso rápido, dando a elas vantagem competitiva. O custo de produção de serviços digitais é significativamente menor do que o esperado se fosse diretamente proporcional ao número de clientes atendidos, e o ambiente digital intensifica essa eficiência, proporcionando uma vantagem competitiva substancial às empresas já estabelecidas.⁷ Ademais, oferecer mais serviços é uma forma de manter o usuário conectado à empresa, o que pode significar que a empresa tem mais possibilidades de coletar dados dos usuários para melhorar os serviços das plataformas. Isso pode levar a eficiências, mas também pode levar a condutas anticompetitivas em relação aos usuários de negócios a jusante ou a montante.⁸ Assim, torna-se necessário distinguir casos que estariam perto de se tornarem monopólios naturais daqueles que os economistas chamam de mercados contestáveis, isto é, partes que podem ser desafiadas comercialmente por novos concorrentes.⁹

Autorité de la Concurrence Francesa; 12. Online Platforms and Digital Advertising – Market Study Final Report, preparado pela Competition and Markets Authority do Reino Unido; 13. Report of the study group on data and competition policy, preparado pela JFTC Japonesa; 14. Report regarding trade practices on digital platforms, também preparado pela JFTC Japonesa; 15. Rethinking Competition in the Digital Economy, de autoria do COFECE Mexicano; 16. Unlocking Digital Competition, relatório preparado por um painel de experts para o Governo do Reino Unido; 17. Working paper: Market power of platforms and networks, de autoria do Bundeskartellamt; 18. Modernizing the Law on abuse of Market power, de autoria de Heike Schweitzer, Justus Haucap, Wolfgang Kerber, Robert Welker a pedido do Ministério da Economia alemão; 19. A New Competition Framework for the Digital Economy, preparado pela Comissão "Competition 4.0" sob pedido do Ministério Federal Alemão para Economia e Energia; 20. Ecossistemas Digitais, Big Data e Algoritmos, preparado pela Autoridade da Concorrência Portuguesa; 21. Market Study on E-Commerce in India, preparado pela Competition Commission of India.

⁷ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.-A.; SCHWEITZER, H. *Competition Policy for the Digital Era European Commission Report*. Brussels: European Commission Final Report, 2019.

⁸ Cade. Cadernos do Cade. *Mercados de Plataformas Digitais*. 2023. Disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf>. Acesso em 19 jan. 2024.

⁹ ASEAN. *Competition Law and Regulation in Digital Markets* Disponível em <<https://www.apec.org/publications/2022/03/competition-law-and-regulation-in-digital-markets>>. Acesso em 23 jan. 2024.

- b) **Subsídios cruzados:** é uma das formas que as plataformas usam para atingir um tamanho viável de explorar a natureza de mercado de múltiplos lados, devido às estruturas de preços. Isso ocorre quando as empresas subsidiam um lado do mercado para que consigam ser bem-sucedidas em outro lado. Por exemplo, quando um site de busca não cobra por elas para que tenha um maior número de buscas e assim seja mais atraente para os anunciantes. Assim, para aumentar a base de usuários em um lado do mercado, muitas plataformas o subsidiam. Com isso, os usuários subsidiados podem pagar um preço menor, pois, nem sempre o subsídio é total. Algumas vezes, pode-se dizer que tampouco é um subsídio propriamente, apenas uma precificação assimétrica. Entre os tipos de plataformas que empregam essa estratégia pode-se citar a maioria ou todos os principais mecanismos de pesquisa, redes sociais, plataformas de mídia e plataformas de mensagens instantâneas, em que as receitas de publicidade possibilitam oferecer serviços gratuitos para usuários do outro lado dos negócios da plataforma.¹⁰ Importante lembrar, todavia, que essa prática acontece também em mercados não digitais, como o de cartões e que não necessariamente é danosa.
- c) **Coleta e uso de dados dos usuários:** apesar de não serem as únicas espécies de empresas que coletam e geram dados, as plataformas são as empresas que melhor fazem uso deles para refinar e atrair os usuários¹¹. As plataformas usam os dados como um insumo essencial¹², o que cria um tipo de “economia de escala dinâmica”, pois empresas com mais dados melhoram os seus produtos com custos mais baixos do que as empresas menores. Isso significaria uma potencial barreira à entrada¹³. Essa aquisição de dados pode ser usada para aumentar a produtividade e ganhar mais participação de mercado, o que expande ainda mais a quantidade de

¹⁰ OECD *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, OECD Publishing, Paris, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. Acesso em 23 jan. 2024.

¹¹ OECD *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, OECD Publishing, Paris, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. Acesso em 23 jan. 2024.

¹² Dados são um insumo essencial nas plataformas pois permitem a melhora dos produtos e expansão de suas atividades, por exemplo, as empresas podem aplicar o “machine learning” a amplos conjuntos de dados para melhorar seus produtos e expandir suas atividades em novas áreas. Os dados fazem com que os consumidores sejam mais bem identificados para que se possa extrair mais valor deles, com a personalização da oferta, e até aumentar o custo de trocas dos consumidores.

¹³ STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS, *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report*. Disponível em <https://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stiglerhttps://research.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225Ecenter.pdf?la=en&hash=2D23583FF8BCC560B7FEF7A81E1F95C1DDC5225E>. Acesso em 23 jan. 2024.

dados disponíveis e a possibilidade de poder de mercado.¹⁴ O uso de dados pode ainda implicar diferenciação de preços. Do ponto de vista econômico, discriminação de preços tende a aumentar o excedente total na economia, sendo uma prática eficiente. No entanto, nem sempre a prática beneficia todos os consumidores. Nos mercados digitais, a discriminação é mais facilmente implementada¹⁵, e, com isso, surgem desafios novos para o direito consumerista, para a privacidade e para o direito antitruste. O uso de tais dados para fins econômicos deve, todavia, respeitar os parâmetros legais de proteção de dados pessoais. Ademais, a capacidade de utilizar dados para inovar e desenvolver novos serviços e produtos é um fator competitivo cuja importância continuará crescendo, ampliando o alcance desse tipo de organização de mercado para grande parte das atividades e setores da economia.¹⁶

- d) **Custos de troca:** algumas plataformas podem gerar altos custos para que os usuários troquem de plataformas. Por exemplo, em uma rede social há custos de troca como a configuração de um novo perfil, *upload* de novos conteúdos, uma nova comunidade de amigos ou seguidores. Esses custos podem incluir simplesmente se tornar familiar com a plataforma ou estar confiante com o uso dela. Quando esses custos não são facilmente transferidos, podem desencorajar os usuários a trocarem para outras plataformas, mesmo com o aumento dos preços, queda da qualidade ou menos privacidade. Além disso, quando os dados não estão ligados a uma única plataforma, mas a um ecossistema no qual a plataforma é somente uma parte, os usuários podem estar menos propícios a trocar de plataforma.¹⁷
- e) **Externalidades de rede:** a utilidade de utilizar uma tecnologia ou serviço cresce conforme o número de usuários aumenta, evidenciando os efeitos diretos e indiretos de rede. Por isso, para um novo concorrente, não basta oferecer qualidade superior ou preços inferiores ao do incumbente; é essencial também convencer os usuários existentes a migrarem para o novo serviço, uma tarefa complicada devido aos efeitos de rede. Esses efeitos podem dificultar a substituição de uma plataforma dominante mesmo que

¹⁴ BAJARI, Patrick, *et al.* *The Impact of Big Data on Firm Performance: An Empirical Investigation*. AEA Papers and Proceedings, 2019, p. 33–37.

¹⁵ BISELLI, E. C. J. T. *Discriminação de preços na economia digital*. In: PEREIRA NETO, C. M. D. S. *Defesa da concorrência em plataformas digitais*. [S.l.]: FGV, 2020.

¹⁶ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.-A.; SCHWEITZER, H. *Competition Policy for the Digital Era European Commission Report*. Brussels: European Commission Final Report, 2019.

¹⁷ OECD. *The Digital Economy*. OECD, Paris, 2012. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/The-Digital-Economy-2012.pdf>. Acesso em 23/01/2024.

uma alternativa superior esteja disponível, também conhecidos como efeitos de *lock-in*. A extensão dessa "vantagem do incumbente" é influenciada por fatores como a possibilidade de associações múltiplas (*multi-homing*), a portabilidade de dados e a interoperabilidade entre plataformas, que são mais críticos em mercados digitais do que em indústrias de rede tradicionais.¹⁸ Nos mercados de múltiplos lados, um operador central facilita a interação entre diversos grupos de consumidores, onde a utilidade percebida por um grupo depende diretamente da participação dos outros grupos. Esse modelo de negócios é marcado tanto por efeitos diretos de rede — onde o valor do serviço aumenta diretamente com o número de usuários — quanto por efeitos indiretos, onde o valor cresce devido ao aumento da oferta de produtos ou serviços em mercados complementares. Nesse contexto, a presença de efeitos de rede robustos pode gerar uma externalidade de rede negativa, na qual o benefício incremental de um novo usuário para a rede não é compensado, afetando a distribuição de benefícios entre os usuários existentes.¹⁹ Essas dinâmicas são distintas das encontradas em indústrias de rede tradicionais, onde os efeitos de rede são geralmente mais uniformes e menos dependentes de interações complexas entre múltiplos grupos de usuários. Em mercados digitais, a complexidade aumenta à medida que a interdependência entre diferentes lados da plataforma intensifica tanto as oportunidades quanto os desafios concorrenciais, demandando estratégias regulatórias mais sofisticadas para manter a competitividade e a inovação.

- f) **Concorrência "Winner takes all" ou "winner takes most"**: como resultado dos efeitos positivos de rede, economia de escala e de escopo, a maioria dos mercados nos quais operam as plataformas exibem essa tendência. Isso acontece quando os efeitos de rede são fortes, os custos de troca são altos e os usuários acham difícil ou indesejável usar múltiplas plataformas simultaneamente.²⁰ Presentes esses três fatores, que são grandes vantagens do "first mover", a concorrência pode ser sufocada, entrincheirando-se as posições do mercado dos ganhadores que eles ajudaram a criar. Especificamente, o primeiro a entrar em um mercado "winner take all" ou "winner take most" pode se tornar forte tão

¹⁸ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.-A.; SCHWEITZER, H. *Competition Policy for the Digital Era European Commission Report*. Brussels: European Commission Final Report, 2019.

¹⁹ De acordo com Katz e Shapiro, os efeitos de rede ocorrem quando o valor que um consumidor atribui a determinados produtos ou serviços aumenta com o número de outros usuários que os consomem. Esse incremento no valor marginal pode surgir tanto de um crescimento direto da rede que dá suporte ao serviço, conhecido como efeitos diretos de rede positivos, quanto de um aumento na oferta de bens e serviços em mercados complementares à rede, chamados de efeitos indiretos de rede positivos (KATZ, M. L.; SHAPIRO, C. *Systems competition and network effects*. The Journal of Economic Perspectives, v. 8, n. 2, pp. 93–115, 1994.).

²⁰ IANSITI, Marco. e LAKHANI, Karim. *Managing our hub economy*. Harvard Business Review, Vol. 95, No. 5, pp. 84-92, 2017. Disponível em: <https://hbr.org/2017/09/managing-our-hub-economy>. Acesso em 23/01/2024.

rapidamente que deixa os entrantes em seguida em desvantagem. Os caminhos dos entrantes podem ser mais difíceis porque, diferentemente da primeira empresa, eles estão entrando em um mercado que já possui um grande e promissor incumbente que se beneficia da economia de escala e dos efeitos de rede diretos. No entanto, por outro lado, efeitos de rede diretos, o fato de as plataformas terem possibilidade de crescer de maneira mais rápida e barata, comparativamente com os mercados de bens físicos e a natureza de não rivalidade da informação digital também são fatores que facilitam os entrantes a oferecerem um melhor serviço para ultrapassarem rapidamente os incumbentes. Ou seja, algumas das características que ajudam o incumbente a assumir uma posição no mercado podem eventualmente estar a favor do entrante. Cada usuário que deixa uma plataforma com efeitos positivos e diretos de rede faz com que outros usuários estejam mais aptos a deixá-la também. Consequentemente, ser uma plataforma líder (mesmo em um mercado "winner take all") não é uma garantia de que a posição de liderança será mantida permanentemente ou que se é invulnerável à concorrência. Além disso, não são todos os mercados em que operam as plataformas online que têm características de "winner take all" ou "winner take most". Os efeitos de rede diretos devem ser fortes, os custos de transação devem ser altos e os usuários devem achar difícil ou não desejável o "multi-homing" (o que significa que eles não tendem a usar plataformas múltiplas ou rivais simultaneamente).²¹ A experiência demonstra que é extremamente desafiador superar os principais atores digitais incumbentes, embora haja poucas evidências empíricas que quantifiquem o custo dessa dificuldade.

Em que pese a enumeração deste conjunto de características, há que se considerar, contudo, que os ecossistemas digitais não devem ser vistos como "*essential facilities*"²²⁻²³. O poder econômico de uma plataforma dentro de um ecossistema digital

²¹ OECD. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. Acesso em 23/01/2024.

²² "An "essential facilities doctrine" (EFD) specifies when the owner(s) of an "essential" or "bottleneck" facility is mandated to provide access to that facility at a "reasonable" price. For example, such a doctrine may specify when a railroad must be made available on "reasonable" terms to a rival rail company or an electricity transmission grid to a rival electricity generator. The concept of "essential facilities" requires there to be two markets, often expressed as an upstream market and a downstream market. (The case of two complementary products is logically the same, but confusing in exposition.) Typically, one firm is active in both markets and other firms are active or wish to become active in the downstream market. (See below for a fuller discussion of the market configurations found by some commentators to be relevant to an EFD.) A downstream competitor wishes to buy an input from the integrated firm, but is refused." ROUNDTABLE, OECD Policy. The essential facilities concept. OCDE/GD (96), v. 113, 1996, p. 7.

²³ "The doctrine grants competitors rights of access to monopolist facilities to the extent that these competitors depend on the facilities and cannot reasonably duplicate them. This approach forced railroad companies and utility providers to share their infrastructure, for example." (GUGGENBERGER, Nikolas. *The Essential Facilities Doctrine in the Digital Economy: dispelling persistent myths*. In.: Yale Journal of Law & Technology, v. 23, Spring 2021).

resulta da sua capacidade de criar e capturar valor de interações não lineares entre diferentes grupos de ofertantes e consumidores, por meio da internalização de externalidades de redes que resultam de escolhas de conformação do modelo de negócio e não de atributos tecnológicos exógenos, tal qual ocorre com as “*essential facilities*” tradicionais²⁴.

Esta abordagem falha em capturar as dinâmicas específicas e inovadoras das plataformas digitais, exigindo uma abordagem regulatória mais refinada e adaptada à realidade do ambiente digital. A analogia possível se dá na concepção de uma essencialidade imputada aos fluxos de dados controlados, por exemplo, mas o ferramental designado para a discussão das “*essential facilities*” tende a ser muito mais rígido e estático do que aquele necessário às plataformas digitais.

Daí porque se afirmar que as legislações *ex-ante* em discussão não visam endereçar falhas de mercado e sim falhas de ecossistemas²⁵, que consistem em falhas funcionais e distributivas na geração e captura de valor pelos agentes participantes do ecossistema que impedem que tais participantes sejam adequadamente compensados pelos seus produtos e serviços.²⁶ Neste sentido, as finalidades de um modelo de regulação de plataformas digitais devem incluir objetivos relacionados à necessidade de geração de capacidade de contestação e ampliação da rivalidade nos mais distintos espaços da economia digital.²⁷

Em razão da tendência de tombamento dos mercados digitais²⁸, há riscos de danos aos consumidores aos quais as autoridades antitruste devem estar atentas. Do ponto de vista da política de concorrência, existe uma preocupação legítima de que as

²⁴ LIANOS, I. *Value Extraction and Institutions in Digital Capitalism: towards a Law and Political Economy Synthesis for Competition Law*. European Law Open, v. 1, p. 852–890, 2022. p. 881.

²⁵ “Accordingly, platform ecosystems are seen as “semi-regulated marketplaces” that foster entrepreneurial action under the coordination and direction of the platform sponsor (Wareham, Fox, & Cano Giner, 2014, p. 1211), or as “multisided markets” enabling transactions among distinct groups of users (Cennamo & Santaló, 2013).” JACOBIDES, Michael G.; CENNAMO, Carmelo; GAWER, Annabelle. Towards a theory of ecosystems. Strategic management journal, v. 39, n. 8, p. 2255-2276, 2018, p. 2258.

²⁶ CENNAMO, Carmelo. *Ecosystem Failures, Global Dictionary of Competition Law*. Concurrences, Art. Nº 117878 (“ecosystem failures capture new inefficiencies related to competitive and cooperative dynamics that are distinct from the competitive behaviour in the subject of competition law. These consist of instances where an inferior product is supplied due to a misalignment in the incentives of ecosystem participants or when the value generated is distributed in a way that fails to sufficiently compensate one or many ecosystem participants”). No mesmo sentido, cf. CENNAMO, Carmelo. *The EU Digital Markets Act: It Is Not About Markets But Ecosystem Failures!* Network Law Review, 2023. Disponível em: <https://www.networklawreview.org/dma-ecosystems/>. Acesso em 25/04/2024.

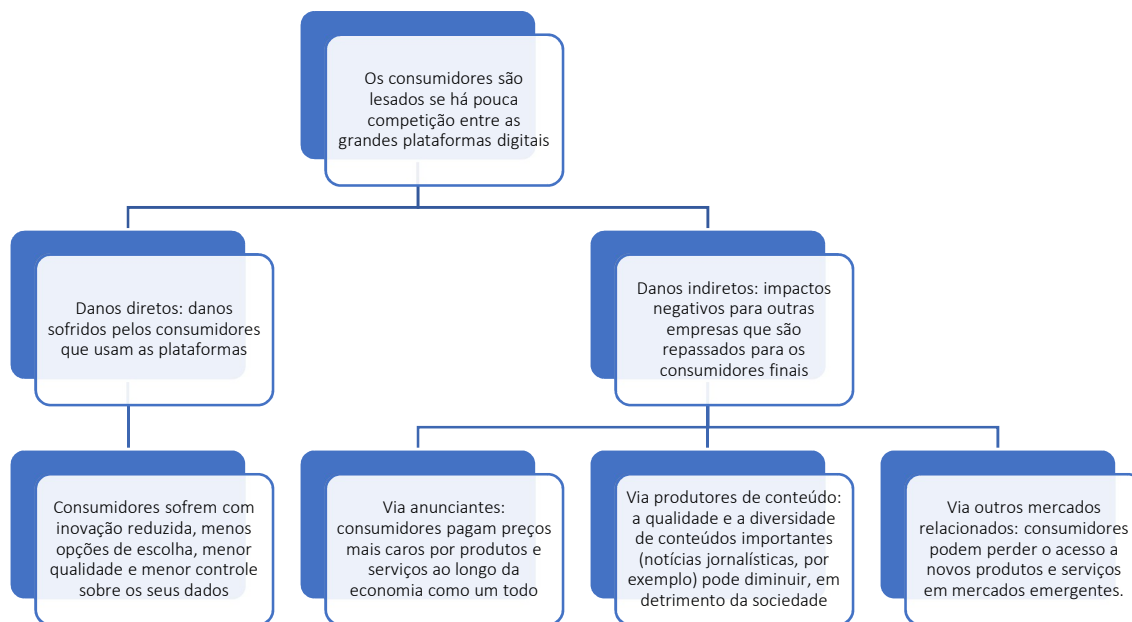
²⁷ FERNANDES, V. O. *Lost in translation? Critically assessing the promises and perils of Brazil’s Digital Markets Act proposal in the light of international experiment*. Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice, v. 52, p. 105937, 2024. pp. 105956. (“while public utility regulation is primarily aimed at preventing natural monopolies from directly exploiting consumers, therefore correcting a market failure, digital ecosystems regulations are far more ambitious in reshaping the market structure, as they aim both to encourage threats to large incumbent platforms and to promote other societal values of economic competition”).

²⁸ É frequentemente argumentado que, devido aos efeitos de rede, os mercados digitais estão sujeitos a “tombamento”, onde, uma vez que um produtor alcance uma participação de mercado significativa, ele rapidamente se torna um monopolista total ou quase total. Mesmo que inicialmente sejam altamente competitivos, esses mercados tendem a demonstrar uma dinâmica de “winner takes all”. As regulamentações *ex-ante* geralmente buscam prevenir ou corrigir essa situação, focando no tamanho de uma empresa ou em empresas que detêm poder de mercado.

empresas digitais dominantes tenham fortes incentivos para se envolver em comportamento anticompetitivo.²⁹ Embora diversos mercados digitais operem com preço-zero, baixos níveis de competição sobrelevam preocupações relacionadas a diminuição das opções de escolha de serviços disponíveis, diminuição das taxas de inovação, deterioração da qualidade dos serviços; coleta excessiva de dados e degradação dos níveis de privacidade, restrição de acesso e restrição de interoperabilidade, entre outros.³⁰⁻³¹

A figura abaixo, adaptada de estudo da autoridade de concorrência do Reino Unido (CMA), sistematiza as diversas formas potenciais de danos ao consumidor nos mercados digitais:

Figura 1 – Potenciais danos diretos e indiretos de problemas concorrenciais nos mercados digitais



²⁹ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.-A.; SCHWEITZER, H. *Competition Policy for the Digital Era European Commission Report*. Brussels: European Commission Final Report, 2019.

³⁰ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). *Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. Brasília: Cade, 2019. p. 37–50. Sobre como condutas anticompetitivas de plataformas digitais podem prejudicar consumidores mesmo em mercados de preço-zero, cf. NEWMAN, J. M. Antitrust in Zero-Price Markets: Applications. *Washington University Law Review*, v. 94, n. 1, 2016.

³¹ "Multiple categories of sustainable (i.e., long-run) business models have gained prominence in zero-price markets. These include tying strategies, two- or multisided models,²⁰ and "premium upgrade" or (more commonly) "freemium" models.²¹ The common thread between each of these categories is the presence of interrelated products.²² Where for-profit firms are competing in zero-price markets, invariably they are making money somehow. In this context, they do so by offering some other product that is somehow interrelated with the zero-price product.". NEWMAN, John M. Antitrust in zero-price markets: Foundations. *University of Pennsylvania law review*, p. 154, 2015.

Fonte: elaboração própria a partir de adaptações de organograma contido em COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY - CMA. Online Platforms and Digital Advertising: Market Study Final Report. Londres: Competition and Markets Authority, 2020. p. 69.

Esses danos podem ser consumados a partir de diversas estratégias empresariais. Na última década, essas estratégias têm sido objeto de escrutínio em diversas investigações antitruste.³² Por meio de estratégias de auto-favorecimento (*self-preferencing*) de produtos e serviços ofertados pelo grupo econômico da própria plataforma, por exemplo, as grandes empresas de tecnologia podem excluir rivais. Isso pode ocorrer de diferentes maneiras, como na exibição de *rankings* de buscas *on-line*, na distribuição de lojas de aplicativos, ou mesmo na imposição de dificuldades à interoperabilidade, quando uma plataforma dominante restringe a capacidade de concorrentes de interoperar com sua plataforma ou acessar insumos-chave como dados, APIs ou lojas de aplicativos, elevando barreiras à entrada³³.

Plataformas digitais podem também ressignificar condutas abusivas convencionais, como práticas de exclusividade, vinculação de produtos e venda casadas³⁴. Alguns exemplos incluem pré-instalação de aplicativos de determinada empresa em sistemas operacionais móveis, a imposição de serviços conjuntos de redes sociais e anúncios de e-commerce, entre outros. Além dessas práticas com potencial efeito de exclusão de rivais, são suscitadas preocupações com abusos de exploração, tais como a imposição de termos e condições de uso abusivos em lojas de distribuição de aplicativos³⁵, o uso de dados de terceiros para calibração de ofertas de produtos próprios da plataforma³⁶, coleta excessiva de dados e uso desses dados em diferentes negócios de um mesmo grupo econômico³⁷.

³² Para um resumo das principais investigações em questão, cf. *BOSTOEN, F. Understanding the Digital Markets Act*. Antitrust Bulletin, v. 68, n. 2, p. 263–306, 2023. p. 7 e *ALEXIADIS, P.; DE STREEL, A. Designing an EU Intervention Standard for Digital Platforms*. EUI Working Papers RSCAS 2020/14, v. 1, n. 1, p. 1–50, 2020. p. 9–17.

³³ A noção de “*self-preferencing*” é tomada como uma expressão guarda-chuva que abarca diversas teorias do dano, cf. *MOTTA, M. Self-Preferencing and Foreclosure in Digital Markets: Theories of Harm for Abuse Cases*. BSE Working Paper 1374, 2022. Por isso, alguns autores têm questionado a utilidade de tratar as estratégias de auto-favorecimento como uma categoria legal própria *COLOMO, P. I. Self-preferencing: yet another epithet in need of limiting principles*. World Competition, v. 43, n. 4, pp. 417–446, 2020 (“*self-preferencing may be misleading as a legal category insofar as it may obscure the true issues underpinning a case and may lead to the use of the same legal test for the assessment of practices that are fundamentally different*”). De toda sorte, a nomenclatura ajuda a explicar as preocupações que surgem nessas investigações com a possibilidade de alavancagem anticompetitiva por meio de estratégias de abuso.

³⁴ OCDE. *Abuse of Dominance in Digital Markets*. Paris: OECD Publishing, 2020, p. 23-50. ; *WU, Q.; PHILIPSEN, N. J. The Law and Economics of Tying in Digital Platforms: Comparing Tencent and Android*. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 19, n. 1, p. 103–122, 2023.

³⁵ *GERADIN, D.; KATSIFIS, D. The Antitrust Case Against the Apple App Store*. *TILEC Discussion Paper No. DP2020-035*, v. 17, n. 3, p. 503–585, 2020.

³⁶ ; *REVERDIN, V. M. K. Abuse of Dominance in Digital Markets: Can Amazon’s Collection and Use of Third-Party Sellers’ Data Constitute an Abuse of a Dominant Position under the Legal Standards Developed by the European Courts for Article 102 TFEU?* *Journal of European Competition Law and Practice*, v. 12, n. 3, p. 181–199, 2021.

³⁷ *ROBERTSON, V. H. S. E. Excessive Data Collection: Privacy Considerations and Abuse of Dominance In The Era of Big Data*. *Common Market Law Review*, v. 57, n. 1, p. 161–190, 2020.

O relatório Furman³⁸ explora as razões por trás da concentração nos mercados digitais. Embora os mercados digitais possam, em certos aspectos, intensificar a competição em comparação aos mercados tradicionais — como a capacidade dos consumidores de usar múltiplas plataformas ao mesmo tempo, a eliminação de algumas barreiras à mudança e o uso de ferramentas digitais para comparar preços e funcionalidades — o relatório também aponta características³⁹ que aumentam a concentração. Embora esses fatores variem entre os mercados digitais, frequentemente têm um efeito cumulativo que favorece a concentração sobre a competição, sugerindo que alternativas tecnológicas poderiam potencialmente aumentar o nível de domínio de mercados.

Sob o enfoque do controle de estruturas, estudos apontam o risco de que aquisições de competidores nascentes por grandes plataformas podem ser adotadas para cessar o amadurecimento de novos competidores⁴⁰. É possível que novas possibilidades de danos decorrentes de fechamento de ecossistemas digitais e de restrições ao acesso a dados estejam sendo subapreciadas pelas autoridades antitruste⁴¹.

Diante de todas essas preocupações, diversas jurisdições têm considerado que as ferramentas e metodologias convencionais de aplicação das regras de concorrência não são mais suficientes para lidar com os riscos de danos aos consumidores. As discussões sobre a necessidade de regulação das plataformas digitais tendem a se concentrar no fato de que a aplicação da lei da concorrência parece não ter abordado de forma eficiente e rápida os desafios competitivos que surgiram com o amadurecimento dos mercados digitais⁴². Nesse contexto, o debate decorrente aborda (i) a necessidade de se alterar os sistemas de defesa da concorrência em direção a uma regulação *ex-ante* que seja capaz de prevenir e desde logo impor obrigações para proteção da concorrência em mercados digitais e (ii) a necessidade de se aprimorar e incrementar as leis de defesa da concorrência e suas ferramentas e desenho

³⁸ FURMAN, J. *et al. Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*. Londres: [s. n.], 2019.

³⁹ Conforme citado, economias de escala e escopo, a vantagem dos dados nas mãos dos incumbentes, efeitos de rede, custos de troca e de uso simultâneo de várias plataformas, incluindo fatores comportamentais, além do acesso a financiamento e ativos intangíveis.

⁴⁰ KATZ, M. L. *Big Tech mergers: Innovation, competition for the market, and the acquisition of emerging competitors*. *Information Economics and Policy*, v. 54, p. 100883, 2021; MOTTA, M.; PEITZ, M. *Big tech mergers*. *Information Economics and Policy*, v. 54, p. 100868, 2021 e GAUTIER, A.; LAMESCH, J. *Mergers in the digital economy*. *Information Economics and Policy*, v. 54, p. 100890, 2021 (analisando as estatísticas de 175 fusões envolvendo grandes empresas de tecnologia, os autores observam que "one of the most intriguing features of these acquisitions is that, in the majority of cases, the product of the target is discontinued under its original brand name post acquisition and this is especially true for the youngest firm").

⁴¹ Esse diagnóstico foi apontado em relatório recente elaborado a pedido da Comissão Europeia, no qual foram examinadas as práticas decisórias da União Europeia e de autoridades nacionais no controle de fusões em mercados digitais, cf. ROBERTSON, V. H. S. E. *Merger Review in Digital and Technology Markets: Insights from national case law - Final Report*. Bruxelas, 2022. No mesmo sentido, cf. ARGENTESI, E. *et al. Merger Policy in Digital Markets: An Ex-post Assessment*. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 17, n. 1, p. 95–140, 2021 ("merger control enforcement has not proved able so far to cope with several of the new challenges posed by digital markets").

⁴² OCDE. *Ex-ante Regulation and Competition in Digital Markets*. Paris: OECD Publishing, 2021. p. 11.

institucional para exercer o papel de repressão ao abuso de poder econômico nesses mercados.

Importa ressaltar desde logo, que no seio desse debate, ainda que se discuta a existência de estruturas e expertises específicas para lidar com os mercados digitais, o reconhecimento do papel central da autoridade antitruste como responsável pela política pública decorrente tem sido praticamente unânime. Exemplificando este ponto, estudo recente desenvolvido pelo G7 no âmbito da análise dos instrumentos regulatórios para a questão concorrencial em mercados digitais⁴³ aponta que, das jurisdições analisadas (União Europeia, Alemanha, Reino Unido, EUA, Japão e Brasil), apenas o Brasil aventa a possibilidade de implementação da lei por meio de um órgão que não a agência de defesa da concorrência⁴⁴.

De fato, porém, as legislações que até agora tem sido propostas, para colmatar essas lacunas de *enforcement* têm preferencialmente optado por alguma forma de regulação concorrencial *ex-ante* tais como o *Digital Market Act* (DMA) da União Europeia⁴⁵ e seus análogos, como o Digital Markets, Competition and Consumers Bill (*DMCC Bill*) no Reino Unido⁴⁶, o novo artigo 19-A da Lei de Defesa da Concorrência alemã⁴⁷, dentre outros. Como sistematizado pela OCDE na última versão do inventário do G7 sobre novas regras para os mercados digitais, há um movimento crescente em direção à regulação *ex-ante* das grandes plataformas digitais em jurisdições como a União Europeia, Reino Unido, Alemanha, Estados Unidos, Japão e Coreia do Sul⁴⁸. Além dessas jurisdições, ressalta-se a existência de propostas legislativas mais recentes em debate na Índia (*Proposed Digital Competition Act*)⁴⁹. A tabela abaixo sintetiza os principais pontos de algumas dessas:

⁴³ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Analytical note on the G7 inventory of new rules for digital markets*. Nota analítica, 2023. Disponível em: < <https://www.oecd.org/competition/analytical-note-on-the-G7-inventory-of-new-rules-for-digital-markets-2023.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2024.

⁴⁴ O caso japonês é uma exceção dado que a implementação da lei é tocada pelo Ministério de Indústria nacional. Neste sentido, cumpre destacar que a lei observada no Japão tem caráter eminentemente consumerista e não concorrencial, o que explica a decisão do órgão regulador.

⁴⁵ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo a mercados contestáveis e equitativos no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais). Jornal Oficial da União Europeia, Bruxelas, 12 out. 2022. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32022R1925>. Acesso em: 22 abr. 2024.

⁴⁶ REINO UNIDO. *Digital Markets, Competition and Consumers Bill*. Londres: Parlamento do Reino Unido, 2023. Disponível em: <https://publications.parliament.uk/pa/bills/cbill/58-03/0285/220285.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2024.

⁴⁷ ALEMANHA. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Bundesministerium der Justiz, 2021. Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>. Acesso em: 22 abr. 2024. (Artigo 19a adicionado em 2021).

⁴⁸ OCDE. *G7 inventory of new rules for digital markets*. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/g7-inventory-of-new-rules-for-digital-markets-2023.pdf>

⁴⁹ Na Índia, uma Comissão do Congresso elaborou um relatório em fevereiro de 2024 recomendando a introdução do novo "Digital Competition Act" para regular condutas anticompetitivas nos mercados digitais. ÍNDIA. Ministério de Assuntos Corporativos. Report of the Committee to Review the Competition Act, 2002 and Propose a Digital Competition Act. Nova Deli: Governo da Índia, 2024. Disponível em: <https://www.mca.gov.in/bin/dms/getdocument?mds=gzGtvSkE3zIVhAuBe2pbow%253D%253D&type=open>. Acesso em: 22 abr. 2024.). Esse relatório inclui uma proposta legislativa em si (*Draft Digital Competition Bill*).

Quadro 1 – Comparativo das propostas de regulação *ex-ante*

JURISDIÇÃO	PROPOSTA LEGISLATIVA	ESTADO DE IMPLEMENTAÇÃO	PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	AUTORIDADE RESPONSÁVEL PELO ENFORCEMENT
União Europeia	<i>Digital Markets Act (DMA)</i>	Setembro de 2022: adoção do DMA pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho. Novembro de 2022: Entrada em vigor do DMA. Maio de 2023: Início da aplicabilidade do DMA, com exigência de notificação pela Comissão Europeia às empresas que atendem aos critérios estabelecidos. Período subsequente: Após a notificação, 45 dias úteis para designar gatekeepers, que tiveram até seis meses para passar cumprir as obrigações do DMA.	Designação de "gatekeepers" a quem são impostas obrigações e proibições em matérias de autopreferência, tratamento de dados, interoperabilidade, etc.	Comissão Europeia
Reino Unido	<i>Digital Markets, Competition and Consumers Bill (DMCC)</i>	Proposta em discussão no Parlamento Britânico desde abril de 2023	Permite a designação de empresas com "estatuto de mercado estratégico" com base em critérios como o poder de mercado e a posição estratégica e impõe um código de conduta adaptado às empresas designadas	Digital Markets Unit (unidade especialidade dentro da Competition and Markets Authority – CMA)
Estados Unidos ⁵⁰	American Innovation and Online Choice Act (AICOA) + outras 5 propostas	Em discussão no Congresso norte-americano	Designação das "covered platforms" e imposição de obrigações voltadas a coibir práticas como a auto-preferência, conflitos de interesses e fusões que impedem inovações	Federal Trade Commission (FTC) e Departamento de Justiça (DoJ)
Índia	<i>Proposed Digital Competition Act</i>	Em discussão no parlamento indiano desde fevereiro de 2024	Designação as "plataformas digitais sistematicamente importantes" e regulação suas condutas	CCI (autoridade de defesa da concorrência)
Alemanha	Seção 19-a da Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen — GWB	Em vigor desde 2021	Designa dos agentes econômicos de "importância excepcional para a concorrência entre diferentes mercados" e imposição de obrigações pela própria atuação da autoridade concorrencial	Bundeskartellamt (autoridade de defesa da concorrência)

Fonte: elaboração própria.

⁵⁰ Sobre o atual estado da discussão sobre reformas no direito concorrencial dos Estados Unidos, v. KLOBUCHAR, Amy. *Antitrust: taking on monopoly power from the Gilded Age to the Digital Age*. Alfred A. Knopf: New York, 2021.

O teor dessas propostas legislativas e suas diferenças comparativas serão explorados mais profundamente ao longo da presente contribuição. Em linhas gerais, no entanto, é relevante destacar que elas compartilham o objetivo de impor obrigações e proibições específicas a determinadas plataformas, de forma a prevenir práticas anticompetitivas e promover mercados digitais mais abertos e contestáveis. Conforme também será abordado ao longo dessa contribuição, a proposta legislativa em discussão no Brasil (Projeto de Lei 2.768/2022) apresenta diferenças significativas em relação a esses modelos comparados⁵¹.

À luz de todos esses movimentos, entende-se que cabe aos formuladores de política pública no Brasil discutir de forma transparente e com profundidade a necessidade de adoção de uma regulação concorrencial *ex-ante* para plataformas digitais no país. Diferentemente das jurisdições mencionadas, não houve até o momento no Brasil nenhuma avaliação institucional dos potenciais limites e possibilidades de aplicação da Lei 12.529/2011 aos mercados digitais. Além disso, o Projeto de Lei 2.768/2022, que propõe uma regulação *ex-ante* no nosso país, não foi precedido por qualquer documento de discussão sobre o estado da arte atual do *enforcement* antitruste brasileiro.⁵²

A operação em escala global de muitos serviços digitais, com modelos de negócios e estratégias similares em diferentes países, sugere que os dilemas concorrenciais identificados por jurisdições estrangeiras podem também se manifestar, em alguma medida, no Brasil. Embora seja necessário cautela ao transpor diagnósticos e soluções jurídicas entre diferentes realidades, a experiência internacional pode oferecer importantes subsídios para avaliar a capacidade dos instrumentos previstos na legislação concorrencial brasileira de responder satisfatoriamente aos riscos colocados pelo crescente poder econômico das grandes plataformas digitais que atuam no país.

Em face das complexidades inerentes à regulação de plataformas digitais e das potenciais implicações de novas obrigações regulatórias sobre a dinâmica competitiva e desses mercados, afigura-se oportuna a elaboração de uma Análise de Impacto Regulatório (AIR) abrangente e tecnicamente embasada. O estudo poderia se debruçar sobre as características e peculiaridades dos principais mercados de plataformas digitais no país, examinando fatores como níveis de concentração, barreiras à entrada, padrões de inovação, padrões de *single-homing* e *multi-homing* por parte dos usuários,

⁵¹ Para uma análise comparativa nesse sentido, cf. FERNANDES, V. O. Lost in translation? Critically assessing the promises and perils of Brazil's Digital Markets Act proposal in the light of international experiment. *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, v. 52, p. 105937, 2024.

⁵² Em CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y.-A.; SCHWEITZER, H. *Competition Policy for the Digital Era European Commission Report*. Brussels: European Commission Final Report, 2019, é indicado expressamente o pedido da Comissária Europeia para Concorrência, Margrethe Vestager para a elaboração de estudo prévio a fim de se identificar como a política de concorrência deve evoluir para continuar a promover inovações pró-consumidor na era digital. Vide: "*Commissioner Vestager has asked us to explore how competition policy should evolve to continue to promote pro-consumer innovation in the digital age.*"

além dos potenciais efeitos anticompetitivos decorrentes de estratégias de integração vertical e conglomerada adotadas pelas plataformas dominantes.

A análise de impacto regulatório é relevante para uma regulamentação responsável e eficaz em um setor específico.⁵³ Este processo foi exemplificado pela Comissão Europeia (CE) ao introduzir o DMA⁵⁴, em que três abordagens para regulamentação foram examinadas.⁵⁵

Ademais, eventual avaliação de política pública deveria escrutinar a eficácia dos instrumentos tradicionalmente empregados pelo Cade em suas atividades de *enforcement* nesses mercados, tais como as metodologias de definição de mercado relevante, os critérios utilizados para aferição de posição dominante e os parâmetros que têm orientado o desenho de remédios comportamentais.

O Cade defende a necessidade de uma regulação *ex-ante* e acredita que os subsídios colhidos a partir desse esforço de diagnóstico poderiam embasar, de forma mais consistente e tecnicamente fundamentada, discussões sobre a eventual necessidade de revisão ou aperfeiçoamento do arcabouço jurídico-regulatório brasileiro.

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?

O contexto brasileiro apresenta semelhanças e diferenças em relação a outras jurisdições que adotaram ou estão considerando a adoção de novas legislações concorrenciais *ex-ante*.

A primeira similaridade diz respeito à crescente preocupação com o poder econômico acumulado por grandes plataformas que controlam ecossistemas digitais e

⁵³ No Brasil, foi promulgado o Decreto nº 10.411 em 30 de junho de 2020, que exige que as entidades da administração pública federal, incluindo autarquias e fundações, considerem essa análise ao propor regulamentações que afetam agentes econômicos ou usuários de serviços públicos, conforme suas atribuições. Essa análise, conforme definido pelo artigo 2º, I, deste Decreto, envolve uma avaliação preliminar antes da implementação de regulamentações, compilando dados e informações sobre os efeitos esperados para assegurar a proporcionalidade dos impactos e apoiar decisões informadas.

⁵⁴ Vide Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à Disputabilidade e Equidade dos mercados no Setor Digital (Regulamento Mercados Digitais): "A avaliação de impacto que sustenta a proposta foi analisada pelo Comité de Controlo da Regulamentação, que, em 10 de dezembro de 2020, emitiu um parecer positivo. O parecer e as recomendações do comité, bem como uma explicação de como estas foram tidas em conta, constam do anexo 1 do documento de trabalho dos serviços da Comissão que acompanha a presente proposta. O anexo 3 apresenta uma panorâmica dos intervenientes que seriam afetados pela proposta e de como seriam afetados." Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM:2020:842:FIN>. Acesso em: 25/04/2024.

⁵⁵ A primeira propunha uma lista específica de "gatekeepers" e as obrigações correspondentes, a segunda sugeria um modelo semi-flexível para identificar gatekeepers e ajustar normas existentes, e a terceira abordagem recomendava critérios regulatórios flexíveis, baseados em dados qualitativos.

são capazes de determinar as condições de acesso e participação nesses ecossistemas. Tendo em vista que a elevada concentração de mercados digitais é uma tendência global, há razões para considerar o traslado, para o cenário brasileiro, das preocupações identificadas pelas jurisdições estrangeiras quanto aos riscos de dano aos consumidores, embora seja necessário um adequado aprofundamento dessa análise em cada setor específico.

A segunda similaridade que poderia ser levantada diz respeito às limitações procedimentais do controle de condutas *ex-post*. A Lei 12.529/2011 é de fato comparativamente mais moderna do que outras legislações, sobretudo ao contemplar formas de intervenção mais flexíveis, como medidas preventivas, as quais, inclusive, têm sido utilizadas pelo Cade em casos envolvendo plataformas digitais. Contudo, assim como verificado na experiência europeia, as investigações de abuso de posição dominante no Brasil também podem se postergar por longos anos⁵⁶. De igual maneira, o desenho de remédios comportamentais ou estruturais efetivos é desafiador, uma vez que as condições de mercado tendem a se alterar substancialmente ao longo da investigação, especialmente em setores marcados por rápidas mudanças tecnológicas, o que suscita debates sobre a expertise regulatória e concorrencial necessária para sua adoção e implementação⁵⁷.

Desde a década de 1990, a formulação da política pública de defesa da concorrência no Brasil tem sido orientada por uma abordagem que enfatiza a intervenção pontual nos mercados, resultando em uma política de caráter eventual e não regulatório, que se mantém distante de influências político-partidárias e adota uma postura mais reativa. Por exemplo, o Artigo 36 da Lei 12.529/2011 permite que uma empresa ganhe poder de mercado se tornando mais eficiente que seus concorrentes, e o Artigo 90 dessa mesma lei permite a aprovação de fusões que eliminam a concorrência em uma parte significativa de um mercado, desde que a fusão promova a produtividade, competitividade, ou o desenvolvimento tecnológico ou econômico. Essa visão conduziu, na prática, a uma política que reconhece que a concorrência naturalmente tende a prevalecer, onde o sucesso depende de sua capacidade de se restringir, estabilizando-se como uma política residual e reativa, e assumindo uma missão de promover uma cultura de concorrência.⁵⁸⁻⁵⁹

⁵⁶ A investigação do caso Google Shopping (PA 08012.010483/2011-94), por exemplo, durou sete anos e seis meses no Brasil. Outros casos de abuso de posição dominante envolvendo o Google tiveram tempo de duração elevados, como o Google Scrapping (cinco anos e oito meses) e o Google Adwords (cinco anos e onze meses).

⁵⁷ LANCIERI, F.; PEREIRA NETO, C. M. da S. *Designing Remedies for Digital Markets: The Interplay Between Antitrust and Regulation*. Journal of Competition Law and Economics, v. 18, n. 3, p. 613–669, 2022.

⁵⁸ CARVALHO, V. M. de. *Política de Defesa da Concorrência: dos fundamentos teóricos à implementação*. São Paulo: Editora Singular, 2023. p. 265–273 e MIOLA, I. Z. *Competition law and neoliberalism: the regulation of economic concentration in Brazil*. Direito & Práxis, v. 07, n. 4, p. 643–689, 2016.

⁵⁹ De acordo com o Artigo 170 da Constituição Federal, a organização econômica do Brasil tem como base a valorização do trabalho humano e a liberdade de iniciativa, buscando garantir a todos uma vida digna, em conformidade com os princípios da justiça social. Complementarmente, o Artigo 173, em seu parágrafo quarto, determina que a legislação coíba o abuso do poder econômico que objetiva a dominação de mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. As normas da Lei 12.529/11, especialmente o Artigo 36,

Essas disposições legais, bem como a prática decisória do Cade a partir da década de 1990, denotam um alinhamento da política de defesa da concorrência brasileira à perspectiva econômica vinculada ao paradigma de *consumer welfare*⁶⁰ no contexto pós-Chicago. Em virtude da experiência acumulada e da capacidade de excelência operacional, é indiscutível que a autoridade possui a expertise mais substantiva para conduzir discussões sobre revisões do arcabouço jurídico-regulatório brasileiro, particularmente em relação aos mercados digitais. Com uma vasta acumulação de casos analisados, o Cade se destaca não apenas pela profundidade de sua análise jurídica e econômica, mas também pela sua capacidade de se adaptar às dinâmicas rapidamente mutáveis dos ecossistemas digitais. Esta experiência coloca o Cade em uma posição única de alinhamento com os desenvolvimentos tecnológicos e as práticas de mercado emergentes. Além disso, a permanente interação do Cade com complexidades regulatórias em múltiplos setores o torna o órgão mais apropriado para formular políticas que abordem eficazmente os desafios impostos pela digitalização da economia.

Paralelamente, a autoridade de defesa da concorrência – por seu conjunto de objetivos e objetos – desenvolve estruturas focadas em preocupações relativas à ampliação da capacidade de entrada e dinamicidade nos mercados, em contraposição à lógica de regulação setorial que muitas vezes parte do condicionamento das práticas já desenvolvidas por agentes relevantes do mercado em análise. Por conseguinte, estruturas regulatórias deste tipo tendem a ser desenhadas e desenvolvidas em contextos mercadológicos em que há preocupações e problemáticas estruturais, sendo assim mais rígidas. A política de defesa da concorrência, em contrapartida, observa a dinâmica competitiva dos mercados, atentando-se primariamente aos mecanismos de rivalidade e concorrência potencial (capacidade de entrada de novos agentes).

No controle concorrencial de condutas, a jurisprudência recente do Cade tem evidenciado as dificuldades enfrentadas pela autarquia na aplicação de metodologias

juntamente com a atuação do Cade e o respeito do Poder Judiciário por suas decisões, refletem o esforço de harmonizar esses diversos objetivos. Vide, neste sentido, CARVALHO, V. M. de. *Política de Defesa da Concorrência: dos fundamentos teóricos à implementação*. São Paulo: Editora Singular, 2023. p. 267: “Para fins da discussão proposta neste capítulo, basta mencionar sua configuração normativa expressa no §4º do art. 173 da CF, in verbis: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Em outras palavras, o objetivo da PDC é reprimir o abuso de poder econômico que vise aos efeitos mencionados ou, em outro sentido – levando em conta o disposto no §1º do art. 36 da Lei nº 12.529/2011 –, evitar alcance de poder de mercado que não seja pela via da competição assentada no mérito. A lei, aliás, associa seu objetivo à noção de efeito (potencial) e não necessariamente consciente, reforçando o consenso, advindo da aplicação da teoria econômica, de que não faz sentido perquirir uma valoração subjetiva do comportamento empresarial, o que, por sua vez, diminui sensivelmente o espaço para a estipulação de juízos morais sobre ele.”

⁶⁰ MATTOS, C. *A Revolução do Antitruste no Brasil: Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos*. São Paulo: Editora Singular, 2003 (essa coletânea reúne artigos de especialistas e ex-membros do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência narrando como, a partir da década de 1990, houve uma crescente introdução da análise econômica mais sofisticada no pensamento antitruste brasileiro, com importante influência sobre casos concretos julgados pelo Cade). Ainda sobre esse processo de alinhamento à ortodoxia econômica do antitruste norte-americano, cf. SCHUARTZ, L. F. *A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência*. Revista do IBRAC, v. 16, n. 1, p. 1–26, 2009 e RAMOS, L. F. R. *Antitrust and the Multivalued Function of Competition*. Baden-Baden: Hart Publishing, Nomos, 2021, p. 87–89 (descrevendo como o padrão de consumer welfare standart é adotado em importantes decisões do Cade).

convencionais do direito antitruste em casos envolvendo plataformas digitais. Nos casos Google Shopping⁶¹, Google AdWords e Google Scraping, por exemplo, houve longos debates sobre os *standards* de prova e os regimes de presunção de ilicitude necessários para demonstração dos efeitos anticompetitivos das práticas analisadas. Nessas decisões, o Tribunal do Cade observou que a aplicação de conceitos de "mercado relevante"⁶², "posição dominante" e "fechamento de mercado" pode ser bastante complexa diante dos modelos de negócios baseados em dados. Nesses casos, torna-se intrincada a análise de efeitos anticompetitivos não relacionados a preço que permitam a configuração de situações de exclusão.⁶³⁻⁶⁴

A principal dificuldade enfrentada parece estar relacionada à identificação de testes jurídicos e econômicos que possam ser aplicados de forma transversal a diferentes categorias de condutas, como práticas de *self-preferencing*, restrições de interoperabilidade e apropriação de dados de usuários e rivais. As estratégias usadas pelas plataformas digitais dominantes se manifestam de várias formas, o que dificulta enquadrá-las em tipos fixos de infrações, como "recusa de contratar", "venda casada" ou "discriminação", cada uma implicando em diferentes suposições e encargos de prova.

Além disso, mesmo quando se consegue classificar a ilicitude de determinada conduta, o desenho de remédios comportamentais ou estruturais efetivos tende a ser complexo, especialmente quando envolvem questões como acesso a dados, padrões

⁶¹ Processo Administrativo n.º 08012.010483/2011-94. Representante: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Conselheiro-Relator: Maurício Bandeira Maia. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhB tn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOb0rdAAAnkZ36Rru6H33qbFO51_fjuVWb1uid6m5S5BxJ8gFyW8xprjnuyIpdYbaX3VDhh G3SAAtGWLJPIqjsEDX.

⁶² Vide, por exemplo, trecho do Parecer n.º 12/2019/CGAA4/SGA1/SG. Processo n.º 08700.002703/2019-13. Requerentes: Mosaico Negócios de Internet S.A. e Buscapé Company Informação e Tecnologia Ltda. Ato de Concentração: "Conforme dispõe o Guia para análise de Atos de Concentração Horizontal ("Guia H")", o mercado relevante é composto por agentes que efetivamente constroem decisões competitivas uns dos outros. Ainda segundo o Guia, a delimitação do mercado relevante não vincula o Cade e, por vezes, pode ser deixada em aberto, notadamente quando for constatada baixa concentração em todos os cenários possíveis, bem como em casos em que o mercado é dinâmico. No caso do setor em análise, nota-se especial dinamicidade e flexibilidade na oferta de serviços. Sobre esse setor, segundo o recente estudo da Comissão Europeia "Competition policy for the digital era", os maiores desafios na análise de mercados digitais estão justamente relacionados à definição do mercado relevante. Segundo o documento, 'No mundo digital, os limites do mercado podem não ser tão claros quanto nos mercados tradicionais. Eles podem mudar muito rapidamente. Além disso, no caso de plataformas de múltiplos lados, a interdependência dos 'lados' torna-se parte crucial da análise, considerando que o papel tradicional de definição do mercado tem sido o de isolar problemas. Portanto, argumentamos que, nos mercados digitais, devemos dar menos ênfase à análise da definição de mercado e mais ênfase nas teorias de dano e identificação de estratégias anticompetitivas.'" Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhB tn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNFX2zITWZpdTGXEYBIVfw1PGXb6TivXiWU284zf5znoamUXUh9vX8U2WaoaKx5sRom4 Yvof0Hud9nvdnnByrAT.

⁶³ Para uma revisão dessas decisões, cf. PEREIRA NETO, C. M. S.; PASTORE, R. F.; PAIXÃO, R. *Competition Law Enforcement in Digital Markets: The Brazilian Perspective on Unilateral Conducts*. The Antitrust Bulletin, p. 1–20, 2022.

⁶⁴ LYRA, M. P. O.; PIRES-ALVES, C. C. Innovation Competition and Innovation Effects in Horizontal Mergers: Theory and Practice in the United States and European Commission. Antitrust Bulletin, v. 68, p. 460-476, 2023.

de interoperabilidade e portabilidade. Tais remédios, além de demandarem conhecimentos técnicos especializados, podem se revelar de difícil monitoramento e exigir constante atualização diante das rápidas mudanças tecnológicas que caracterizam os mercados digitais.⁶⁵

Na revisão de fusões, o Cade tem aprofundado teorias de dano relacionadas a dados, questionando se uma determinada fusão tem a capacidade e os incentivos para utilizar os dados obtidos por meio do processo de concentração de maneira anticompetitiva em mercados relacionados.⁶⁶ Se os concorrentes puderem obter os mesmos dados da entidade resultante da fusão por meio de outras fontes viáveis, o Cade geralmente considera que a firma fusionada não adotará estratégias exclusionárias. Por outro lado, em pelo menos um caso, a autoridade antitruste brasileira concluiu que medidas baseadas em compartimentalização de dados ou proibições de uso de dados para fins anticompetitivos eram necessárias para evitar que as empresas fusionadas alavancassem sua condição de dominância de um mercado para outro.⁶⁷

Também há alguns exemplos recentes na jurisprudência do Cade que se referem a novas teorias de dano baseadas em ecossistemas digitais e fusões conglomeradas⁶⁸. O primeiro caso digno de nota é a aquisição da Hortigil Hortifruti S.A pelo Grupo LASA por meio da IF Capital Ltda⁶⁹. Pode-se citar também a aquisição da KaBum! pela Magazine Luiza.⁷⁰ O último exemplo ilustrativo de caso é a aquisição da Activision Blizzard pela Microsoft.⁷¹

⁶⁵ MARSDEN, P. *Google shopping for the empress's new clothes -when a remedy isn't a remedy (and how to fix it)*. Journal of European Competition Law and Practice, v. 11, n. 10, p. 553–560, 2020. (Discutindo como o remédio aplicado pela Comissão Europeia no caso Google Shopping enfrentou dificuldades para tornar os resultados dos serviços de comparação de preços mais visíveis na página do buscador).

⁶⁶ Para uma revisão dos principais casos decididos pelo Cade nesse sentido, cf. FERNANDES, V.; FLORES DA CUNHA, M. Theories of Harm for Digital Mergers - Note by Brazil. *Written contribution from Brazil submitted for Item 8 of the 140th OECD Competition Committee meeting on 14-16 June 2023*, p. 1–18, 2023. p. 3–8.

⁶⁷ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Grupo SBF S.A. –“Centaurus”/Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda., Processo no 08700.000627/2020-37. Tribunal do Cade, 2020

⁶⁸ ZINGALES, N.; RENZETTI, B. *Digital Platform Ecosystems and Conglomerate Mergers: a review of the Brazilian experience*. World Competition, v. 45, n. 4, 2022, p. 473-510.

⁶⁹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Ato de Concentração 08700.004481/2021-80 (IF Capital Ltda. e Hortigil Hortifruti S.A.) Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9Eh_bk5UOJvmyzesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLljH0OLyFSTsfxLVAzL2khUIwnEp3D00wI0yBqwJXo2jqd9PIFVE Acesso em 30/01/2024.

⁷⁰ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Ato de Concentração 08700.003780/2021-05 (Magazine Luiza S.A. e Kabum Comércio Eletrônico S.A.) Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9Eh_bk5UOJvmyzesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLljH0OLyFYbHCnCI0EqKnanUj_j63jhCMIGTyz5Ew9bkN3VoJTjU. Acesso em 30/01/2024

⁷¹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Ato de Concentração 08700.003361/2022-46 (Microsoft Corporation e Activision Blizzard, Inc.). Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9Eh_bk5UOJvmyzesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLljH0OLyFX6gl2sGKAL6BCs1NvfGDcTA25PStaVelgicwm5iRue6 Acesso em 30/1/2024.

A análise da aquisição da Activision pela Microsoft destacou diferenças significativas na abordagem de várias jurisdições, incluindo os Estados Unidos, a União Europeia e o Brasil⁷²⁻⁷³, que refletem as especificidades de cada contexto regulatório. Por exemplo, a CE⁷⁴ e a CMA, do Reino Unido,⁷⁵ concentraram suas análises nas características particulares de mercados digitais, elementos de concorrência potencial e em potenciais efeitos de fechamento de mercado, observando deficiências nos remédios propostos pela Microsoft que poderiam afetar a concorrência no emergente setor de jogos em nuvem. Em contraste, a análise nos Estados Unidos adotou uma abordagem mais tradicional, rejeitando os argumentos da Federal Trade Commission (FTC) devido à aceitação do argumento de falta de evidências concretas de incentivos para o fechamento vertical do mercado.

Na análise realizada pelo Cade sobre a aquisição da Activision pela Microsoft, a autoridade brasileira avaliou a capacidade da Microsoft de expandir seu portfólio de jogos, o que poderia, teoricamente, limitar a necessidade de conteúdo de terceiros e restringir as vias de distribuição para outros editores. Contudo, o Cade concluiu que tal expansão não implicaria uma redução substancial da concorrência, uma vez que os concorrentes continuariam a ter acesso a canais alternativos de distribuição.

Este caso evidencia a competência e a metodologia do Cade para abordar e analisar questões complexas em mercados dinâmicos e tecnologicamente avançados, como os digitais. O Cade tem reforçado a importância da avaliação das particularidades dos mercados digitais em suas análises; desenvolvendo compreensões cada vez mais aprofundadas dessas dinâmicas. No contexto global, exemplos como o caso Google Shopping na União Europeia e o caso Microsoft-Activision ressaltam a crescente disposição de outras jurisdições para investigar e intervir em grandes fusões e práticas comerciais no setor digital, aplicando teorias de fechamento de mercado que refletem a natureza dinâmica desses mercados.

⁷² BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Ato de Concentração nº 08700.003361/2022-46. Parecer nº 23/2022/CGAA3/SGA1/SG/Cade. Publicado no Diário Oficial da União em: 6 de outubro de 2022.

⁷³ Para mais detalhes, veja-se: ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. DAF/COMP/WD (2023)52: *Theories of Harm for Digital Mergers – Note by Brazil*. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2023\)52/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2023)52/en/pdf). Acesso em: 03/09/2023. Este paper foi elaborado pelo Conselheiro Victor Oliveira Fernandes em coautoria com Marcella Brandão Flores da Cunha.

⁷⁴ COMISSÃO EUROPEIA. Mergers: *Commission clears acquisition of Activision Blizzard by Microsoft, subject to conditions*. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_2705. Acesso em: 25/04/2024.

⁷⁵ Em 31 de julho de 2023, renotificou a Operação à CMA propondo remédios “fix it first” em resposta às preocupações da CMA. Além disso, a Microsoft ofereceu compromisso de caráter estrutural por meio da transferência de direitos de transmissão em nuvem de jogos da Activision Blizzard para a Ubisoft Entertainment. Com a renotificação, a Microsoft buscou concluir o processo de revisão antes do prazo de extensão de 90 dias no acordo de aquisição com a Activision. Na nova estrutura, a Microsoft não poderá lançar jogos da Activision exclusivamente em seu serviço de transmissão em nuvem (Xbox Cloud Gaming) nem controlar exclusivamente os termos de licenciamento para serviços concorrentes. A Ubisoft terá direitos de transmissão em nuvem dos jogos da Activision, permitindo inovação em modelos de negócios e distribuição em nuvem global. A Ubisoft compensará a Microsoft por esses direitos por meio de pagamento único e mecanismo de precificação por atacado. Além disso, poderá oferecer jogos a serviços concorrentes não Windows. A Microsoft manterá as obrigações de fornecer direitos de transmissão em nuvem na EEA, em conformidade com compromissos à Comissão Europeia. Para mais detalhes, veja-se: SMITH, Brad. Microsoft and Activision Blizzard restructure proposed acquisition and notify restructured transaction to the UK’s Competition and Markets Authority. 21/08/2023. Disponível em: <https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2023/08/21/microsoft-activision-restructure-acquisition/>. Acesso em: 25/04/2024.

Eventual ampliação da abordagem regulatória do Cade, conforme discutido, visa reforçar e expandir seu arsenal regulatório para que possa lidar de forma eficaz com as nuances da economia digital. O objetivo é posicionar o Cade não apenas como um órgão com vasta experiência e expertise, mas também como plenamente equipado para enfrentar e resolver as limitações existentes dentro de um quadro regulatório robusto e adaptado às exigências dos mercados digitais contemporâneos.

Dessa maneira, percebe-se que, embora o contexto brasileiro apresente semelhanças com o de outras jurisdições no que tange às preocupações concorrenciais suscitadas pelas grandes plataformas digitais, existem particularidades relevantes em nosso arcabouço jurídico-institucional que precisam ser consideradas na discussão sobre a eventual adoção de um regime regulatório *ex-ante*.

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

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?

Conforme mencionado acima, as diferentes propostas de regulação *ex-ante* de plataformas são desencadeadas por uma percepção por parte de alguns reguladores estrangeiros de que as leis antitruste tradicionais não são suficientes para endereçar os riscos de danos aos consumidores e à sociedade em geral decorrentes de problemas concorrenciais verificados nos ecossistemas digitais.

Essa avaliação ainda precisa ser cuidadosamente aprofundada no caso brasileiro, considerando as especificidades do arcabouço jurídico-institucional nacional. Contudo, com o espírito de colaborar para o avanço dessa discussão, é importante compreender quais são os focos de insuficiência que têm sido apontados, a fim de que se possa aprofundar essa avaliação em relação ao regime da Lei 12.529/2011.

Nesse contexto, é interessante observar que existem razões procedimentais e razões substantivas de política pública que têm impulsionado as legislações *ex-ante*. Do ponto de vista procedimental, alguns consideram que o *enforcement* das intervenções antitruste nos mercados digitais é intrinsecamente incapaz de preservar os mercados abertos e contestáveis⁷⁶. Nesse sentido, o Relatório de Impacto que embasou a proposta do DMA na União Europeia, por exemplo, apontou a morosidade das investigações de abuso de posição dominante como uma das razões para justificar a adoção dessa legislação. Segundo o relatório, as investigações sob o Artigo 102 do TFEU seriam excessivamente lentas, consumiriam muitos recursos e, em muitos casos, os remédios impostos ao final não conseguiriam restaurar as condições de concorrência anos após a consumação da prática investigada. Ademais, a natureza caso-a-caso dessas investigações, que exige a estrita observância de direitos processuais em um contexto adversarial, potencialmente dificulta e prolonga o processo decisório⁷⁷.

⁷⁶ CABRAL, L. *et al.* *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.2760/139337>; OCDE. *Ex-ante Regulation and Competition in Digital Markets*. Paris: OECD Publishing, 2021. p. 12.

⁷⁷ EUROPEAN COMMISSION. *Impact Assessment Report - Proposal for The Digital Markets Act*. Bruxelas: [s. n.], 2020, pp.32-36 ("the main challenges with regard to the enforcement of Article 102 TFEU relate to situations where dominance does not exist, and the difficulties with remedying a conduct found to be anti-competitive in an appropriate and effective manner, notably once the damage has already occurred").

Importante notar que, mesmo antes do DMA, a legislação europeia já contemplava a adoção de 'medidas preventivas' como forma de intervenção rápida para preservar a competitividade do mercado, similarmente ao previsto no artigo 84 da Lei 12.529/2011 no Brasil. Essas medidas visam cessar condutas prejudiciais enquanto a investigação está em curso, garantindo a eficácia do resultado final do processo. Por meio desse dispositivo, o Superintendente-Geral ou o Conselheiro-Relator pode, de ofício ou mediante provocação, adotar medidas preventivas que determinem a imediata cessação de condutas que estejam sendo investigadas, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

As medidas preventivas podem reduzir os efeitos da defasagem temporal criada muitas vezes devido ao dinamismo dos mercados digitais. Elas podem ainda impulsionar a adoção de remédios acordados pelos *players* envolvidos na dinâmica do mercado ao endereçarem os possíveis problemas concorrenciais. Tais medidas podem ser alteradas com base em novas informações reveladas na investigação. Além disso, contribuições dos *players* podem ser usadas para elaborar seus termos e reduzir lacunas de informação. Elas podem ajudar a evitar litígios, pois a autoridade antitruste pode ser persuadida a não tomar medidas durante uma investigação. Os *players* de mercado podem chegar mais facilmente a um consenso, pois já conhecem a posição inicial da autoridade; e a cooperação entre os *players* de mercado reduz os custos de aplicação.⁷⁸

Essa ferramenta tem sido utilizada pelo Cade em casos recentes envolvendo plataformas digitais, como nos casos envolvendo o iFood⁷⁹ e o Gympass⁸⁰. Nesses casos, no curso da instrução de inquéritos administrativos, a Superintendência-Geral do Cade adotou medidas preventivas que determinaram a suspensão da celebração de novos contratos de exclusividade por essas plataformas com restaurantes e academias, respectivamente, até a conclusão das investigações. Essas medidas foram importantes para preservar as condições de concorrência nos mercados afetados enquanto as investigações ainda estavam em curso.

Outra ferramenta prevista na Lei 12.529/2011 que pode contribuir para dar maior celeridade à intervenção do Cade em casos envolvendo plataformas digitais é a

⁷⁸ CORDEIRO, A. *et al. Brazil: Interim Measures as an Enforcement Policy in Digital Markets*. In: JEFFS, C.; SOKOL, D.; NING, S. GCR - Digital markets guide - 1st Edition. [S.l.]: Law Business Research, 2021. p. 196-205.

⁷⁹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Nota técnica 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/Cade- Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47. Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBtn3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOCJ9vWg91OyBFjKhqOPfAlxse1Xr_t_z6Ut7QkHkbFWy1QyTXBgSq6jEeE2suP3u9vuf6vhDmcjGqPzqb3EThF. Acesso em 16 mai. 2023.

⁸⁰ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). Nota Técnica. 14/2021/GAB-SG/SG/Cade Inquérito Administrativo 08700.004136/2020-65. Disponível em https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskj7ohC8yMfhLoDBLddaqOuY58g0A5bT5wmqGLIBLFYIY4hPeWK2iU03zOJKYWuAeXqrtK95YGPPF2x0AHjQQo8NdtwmX-IYxgI5KyATo. Acesso em 24 abr. 2024.

possibilidade de celebração dos Termos de Compromisso de Cessação (TCC), previstos no art. 85 da Lei 12.529, de 2011, em investigações de condutas unilaterais. Por meio desses acordos, as empresas investigadas podem se comprometer a adotar certas medidas negociadas com o Cade para endereçar preocupações concorrenciais, sem que seja necessário aguardar a conclusão das investigações. Isso ocorreu, por exemplo, nos dois casos mencionados acima envolvendo o iFood e a Gympass, em que as empresas se comprometeram a limitar os contratos de exclusividade vigentes⁸¹.

É claro que essas ferramentas, embora sejam bastante efetivas, continuam restritas ao modelo de *enforcement ex-post*, baseado em uma avaliação caso a caso. Da mesma maneira, nem sempre é fácil para a autoridade antitruste desenhar remédio, implementá-los e monitorar o seu cumprimento. Esses pontos requerem uma avaliação cuidadosa dos formuladores de políticas públicas à luz das preocupações levantadas com as limitações procedimentais discutidas.

Embora a legislação forneça ferramentas para a investigação e punição de práticas anticompetitivas, há uma natureza predominantemente reativa nessas medidas. As investigações podem ser morosas e, muitas vezes, não conseguem acompanhar a rapidez com que as condições de mercado nas plataformas digitais evoluem. Nesse sentido, um aperfeiçoamento desejável ao SBDC seria a implementação de um modelo de diálogo regulatório contínuo. Este modelo enfatiza a interação proativa entre as autoridades de concorrência e os agentes de mercado, não apenas para punir, mas principalmente para orientar e assegurar a conformidade com as normas de competição. Tal abordagem reduziria a necessidade de intervenções punitivas ao determinar que as empresas esclareçam dúvidas sobre a conformidade de suas operações e proponham soluções de adequação às autoridades.

Além disso, este diálogo regulatório permanente proporcionaria uma base para a aplicação mais ágil e adaptativa da lei, ajustando-se rapidamente às inovações tecnológicas e às novas configurações de mercado. Este mecanismo deveria ser implementado de forma que as próprias plataformas pudessem ter iniciativa de buscar orientação das autoridades, promovendo uma cultura de *compliance* e não apenas de evasão das penalidades. Portanto, a atualização do SBDC para incluir esse modelo de diálogo contínuo poderia ser uma mudança fundamental para lidar de maneira mais eficaz com as complexidades e dinâmicas das plataformas digitais.

É importante enfatizar que os modelos de regulação *ex-ante* de plataforma digitais tem imprimido uma convergência das medidas de intervenção antitruste e de regulação setorial, na medida em que essas leis fazem com que as autoridades estejam mais sensíveis ao papel preventivo do direito da concorrência na estruturação dos ecossistemas digitais e, por isso, essas leis têm sido usadas para, de forma proativa,

⁸¹ Para uma análise sobre o caso iFood, cf. KIRA, B. *Is iFood Starving the Market? Antitrust Enforcement in the Market for Online Food Delivery in Brazil*. *World Competition Law and Economics Review*, v. 46, n. 2, p. 133–162, 2023.

descentralizar os mercados digitais, permitindo que os novos operadores concorram e contestem os operadores históricos, além de promover a escolha dos consumidores⁸².

Para além dessas questões procedimentais, a edição de leis de regulação *ex-ante* por vezes envolvem uma mudança material mais profunda na política de defesa da concorrência.⁸³ A adoção de obrigações *ex-ante* aplicáveis a um conjunto específico de plataformas em legislações como o DMA, o *DMCC Bill* e outras iniciativas similares representa um esforço de reorientação do direito da concorrência⁸⁴ para além da abordagem econômica convencional baseada em uma perspectiva “estática” de concorrência⁸⁵. Essas leis visam promover, de forma mais proativa, uma série de objetivos de política pública, como a redução de barreiras à entrada, o estímulo à inovação por rivais e a proteção dos interesses de usuários profissionais e consumidores. Tal mudança de enfoque sugere uma ressignificação mais ampla dos propósitos e ferramentas do direito concorrencial.

A noção de que o DMA persegue objetivos mais amplos do que as leis tradicionais de defesa da concorrência se coloca de forma particularmente clara. A lei se pauta por dois princípios normativos fundamentais: contestabilidade e equidade (*fairness*) nas relações comerciais. A contestabilidade diz respeito à necessidade de se combater práticas ou estruturas que contribuam para elevar as barreiras à entrada nos mercados digitais⁸⁶, de modo a nivelar as condições de concorrência entre os *gatekeepers* e os usuários profissionais que deles dependem⁸⁷. Já a equidade está relacionada à correção de desequilíbrios de poder de barganha entre as plataformas

⁸² BIETTI, E. *Structuring Digital Platform Markets: Antitrust And Utilities' Convergence*. Forthcoming in *University of Illinois Law Review*, v. 4, p. 1–74, 2024. p. 50. (“*Digital antitrust and regulatory attitudes are converging. (...) Antitrust enforcers are increasingly sensitive to its pre-emptive role in structuring digital ecosystems, and sectoral regulation is now aimed proactively at decentralizing digital markets, enabling new entrants to compete and contest incumbents, and at promoting consumer choice*”).

⁸³ CRÉMER, J. *et al.* *Fairness and Contestability in the Digital Markets Act*. Yale Tobin Center for Economic Policy Policy Discussion Paper No. 3, p. 1–35, 2021.

⁸⁴ ANDRIYCHUK, O. *Shifting the digital paradigm: towards a sui generis competition policy*. *Computer Law & Security Review*, v. 46, p. 1–14, 2022. p. 5. (“*the references to contestability and fairness as the central objectives of competition policy, go far beyond the rationale of the re-placement of the current competition orthodoxy by the old ones*”).

⁸⁵ KOVACIC, W. E.; SHAPIRO, C. *Antitrust policy: a century of economic and legal thinking*. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, pp. 52–55, 2000 (Identifica-se a Escola de Chicago como um movimento intelectual originado nos EUA na década de 1970, promovido pelas contribuições de Posner e Bork, que questionavam a implementação das normas antitruste conforme os fundamentos da Escola de Harvard, estendendo seu impacto até o começo dos anos 1990.).

⁸⁶ Diferentemente do DMA, que adota uma abordagem proativa e não reativa para impedir tais práticas antes que elas causem danos ao mercado, a legislação brasileira tende a atuar de forma reativa, intervindo após a constatação de práticas anticompetitivas. A previsão legal no contexto brasileiro sobre a contestação das práticas ou estruturas de grandes plataformas digitais que elevam as barreiras à entrada está claramente definida no Art. 36 da Lei 12.529/2011. De acordo com o parágrafo 3º, inciso IV deste artigo, considera-se infração da ordem econômica “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços.”

⁸⁷ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo às regras de concorrência aplicáveis às empresas que prestam serviços centrais de plataforma. *Jornal Oficial da União Europeia*, L 265/1, 18 out. 2022, considerando 32.

dominantes e os usuários profissionais, visando assegurar que estes possam auferir os benefícios dos ecossistemas digitais de forma justa⁸⁸.

O DMA deixa claro que esses dos objetivos são complementares ao objetivo da política de concorrência estabelecida pelas regras do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE). Nesse sentido, o Considerando 11 da lei dispõe que:

Os artigos 101.º e 102.º do TFUE e as correspondentes leis nacionais em matéria de concorrência relativas a práticas multilaterais e unilaterais anticoncorrenciais e ao controlo de estruturas têm como objetivo a proteção da concorrência não distorcida no mercado. **O presente regulamento (DMA) procura alcançar um objetivo complementar, mas diferente, do da proteção da concorrência não distorcida num determinado mercado**, conforme definida no âmbito do direito da concorrência, qual seja o de assegurar que os mercados em que estejam presentes os *gatekeepers* sejam e permaneçam contestáveis (*contestable*) e justos (*fair*), independentemente dos efeitos atuais, potenciais ou presumidos de uma determinada conduta dos *gatekeepers* em um determinado mercado. **Essa regulamentação (DMA), portanto, pretende proteger um interesse jurídico que é diferente daquele protegido por aquelas regras (de concorrência) e deve ser aplicado sem prejuízo da aplicação delas.** (tradução livre e grifos nossos)

Já o *DMCC Bill* do Reino Unido elenca como objetivos principais a promoção de "fair trading" (comércio justo), "open choices" (escolhas abertas) e "trust and transparency" (confiança e transparência) nos mercados digitais. O conceito de "fair trading" envolve assegurar que as empresas se engajem de forma ética nas relações com os consumidores⁸⁹. "Open choices", por sua vez, está associado à garantia de que os usuários tenham possibilidades de escolha e acesso a informações que lhes permitam tomar decisões informadas sobre como interagir com as plataformas⁹⁰. Por fim, "trust and transparency" diz respeito ao dever das plataformas de fornecer aos usuários informações adequadas para que compreendam os termos dos serviços e façam escolhas apropriadas⁹¹.

Ao enfatizarem conceitos como equidade, transparência e liberdade de escolha, essas legislações sinalizam uma maior disposição em intervir na estrutura dos mercados digitais para promover um ambiente mais equilibrado e favorável à inovação e à contestabilidade no longo prazo. Esse enfoque reflete um entendimento de que, no contexto específico dos mercados digitais, a mera repressão a condutas anticompetitivas *ex-post* pode não ser suficiente para assegurar tais objetivos. Dessa forma, é possível compreender que as legislações *ex-ante* discutidas, na sua essência, constituem verdadeiramente novos instrumentos para os mercados digitais, para além do antitruste tradicional.

⁸⁸ UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (UE) 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo às regras de concorrência aplicáveis às empresas que prestam serviços centrais de plataforma. Jornal Oficial da União Europeia, L 265/1, 18 out. 2022, considerando 33.

⁸⁹ REINO UNIDO. Parlamento. *Digital Markets Competition and Consumers Bill*. Capítulo 3, Seção 6. [S.l.], 2023.

⁹⁰ REINO UNIDO. Parlamento. *Digital Markets Competition and Consumers Bill*. Capítulo 3, Seção 6. [S.l.], 2023.

⁹¹ REINO UNIDO. Parlamento. *Digital Markets Competition and Consumers Bill*. Chapter 3, Section 8. [S.l.], 2023.

Com essa compreensão, percebe-se que a discussão sobre a eventual necessidade de uma regulação *ex-ante* para as plataformas digitais no Brasil deve se basear em uma análise mais aprofundada sobre os propósitos da política de defesa da concorrência. Conforme explicado anteriormente, a Lei 12.529/2011 é vinculada a uma perspectiva de "bem-estar do consumidor". O debate sobre a necessidade de regulação *ex-ante* requer que se avalie, no plano legislativo, de que modo a política de defesa da concorrência tradicionalmente concebida no país em torno de objetivos microeconômicos deve ser reformulada para o contexto dos mercados digitais. Trata-se, em última instância, de uma decisão que cabe aos legisladores e aos entes formuladores de políticas pública no país.

Nesse contexto, a falta de delimitação dos objetivos de política pública que se pretende alcançar com uma regulação *ex-ante* pode ser problemática. Nesse aspecto, destaca-se que o atual Projeto de Lei 2.768/2022 carece de clareza sobre o que se deseja alcançar com uma regulação concorrencial para os mercados digitais. A falta de delimitação conceitual dos objetivos do PL pode levar a incertezas sobre se as obrigações impostas às plataformas dominantes devem se pautar exclusivamente pelo objetivo de proteção do bem-estar do consumidor, em linha com a abordagem que tem guiado a aplicação da Lei 12.529/2011 pelo Cade, ou se devem incorporar outros objetivos de política pública. O PL 2768/2022 não delimita de forma precisa, por exemplo, o conceito de "concorrência justa" que pretende promover nos mercados digitais, o que pode dar margem a diferentes interpretações sobre o escopo e a finalidade da intervenção regulatória⁹².

É essencial desenvolver um novo ferramental e robustecer a atuação transversal da autoridade antitruste nos mercados digitais, visando a criação de condições mais justas e competitivas. Essa abordagem deve ser sempre precedida por uma análise detalhada do impacto regulatório, avaliando os *trade-offs* entre concorrência estática e dinâmica, a distribuição de renda nos ecossistemas digitais, e a contestabilidade e abertura dos mercados de serviços complementares. Assim, cabe à legislação brasileira aprimorar as ferramentas de intervenção para se adaptar as particularidades dos mercados digitais de maneira eficaz.

⁹² Para uma crítica a esse respeito, cf. FERNANDES, V. O. *Lost in translation? Critically assessing the promises and perils of Brazil's Digital Markets Act proposal in the light of international experiment*. Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice, v. 52, 2024, p. 105954 ("The lack of detailed objectives in Brazil's PL 2768/2022 stands in stark contrast to these foreign experiences. While Articles 4206 and 5207 include various economic and non-economic objectives, PL 2768 fails to adequately analyze the substantive concept of "competition" it aims to facilitate in digital markets. A more exact expression of the objectives of the law is necessary, particularly because PL 2768 does not adhere to a comprehensive set of responsibilities but instead permits significant regulatory discretion. In this regard, legislators face a crucial choice in deciding whether ANATEL's obligations should conform to or diverge from the economic principles typically upheld in Brazil's Competition Law").

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?

A definição de posição dominante prevista no § 2º do artigo 36 da Lei 12.529/2011 estabelece um conceito amplo de poder de mercado, que corresponde à capacidade de uma empresa ou grupo de empresas de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado. Essa definição tem o mérito de não se ater a critérios rígidos de participação de mercado, reconhecendo que a posição dominante pode se manifestar de diferentes formas a depender das características específicas de cada setor da economia.

De fato, a presunção de posição dominante baseada no controle de 20% ou mais do mercado relevante é apenas um indicativo, não sendo determinante para a configuração do poder de mercado. Tanto é assim que o próprio dispositivo legal prevê a possibilidade de o Cade alterar esse percentual para setores específicos da economia, reconhecendo que a participação de mercado necessária para conferir poder econômico pode variar significativamente entre diferentes indústrias.

No âmbito dos mercados digitais, em particular, a utilização de critérios estritamente baseados em participação de mercado tem se mostrado cada vez menos adequada para identificar situações de poder econômico. Como observado por Jacobides e Lianos, "a definição de mercado relevante centra-se na substitutibilidade, e a métrica utilizada para medir o poder de mercado (*market share*) não é capaz de considerar as questões levantadas pela concorrência intraecossistema, onde a questão relevante não é a substitutibilidade através da rivalidade horizontal, mas a concorrência pelas rendas emergentes dos serviços complementares" (tradução livre)⁹³.

De fato, as plataformas digitais dominantes frequentemente atuam como orquestradoras de vastos ecossistemas, intermediando as relações entre diferentes grupos de usuários e agentes econômicos complementares. Nesses casos, o poder econômico da plataforma decorre não apenas da sua participação em um mercado isoladamente considerado, mas sobretudo da sua capacidade de controlar os termos de acesso aos mercados por ela intermediados e de influenciar a dinâmica competitiva nos mercados adjacentes. Torna-se cada vez mais importante entender que a análise

⁹³ JACOBIDES, Michael G; LIANOS, Ioannis. *Ecosystems and competition law in theory and practice*. Industrial and Corporate Change, v. 30, n. November, p. 1199–1229, 2021, p. 1212.

de poder de mercado não deve se pautar mais somente pela possibilidade de aumento de preço em um mercado relevante rigidamente definido, mas também da possibilidade de imposição de condutas como o abuso da exploração de dados⁹⁴.

Essas novas formas de poder econômico têm sido capturadas por expressões como "*gatekeepers*" (ou "guardiões dos portões") nas leis de concorrência *ex-ante*⁹⁵. A noção de "*gatekeeper*" busca justamente descrever a posição estratégica ocupada por certas plataformas digitais dominantes, que lhes permite controlar o acesso de terceiros a dados, usuários e recursos essenciais para a inovação e a concorrência em mercados digitais.

Outros conceitos têm sido propostos para capturar as especificidades do poder econômico das plataformas decorrentes da posição estratégica ocupada pelo agente em determinada rede de valor, tais como poder de gargalo (*bottleneck power*)⁹⁶, poder de intermediação ("*Intermediationsmacht*")⁹⁷, status de mercado estratégico (*strategic market status*)⁹⁸ e parceiro comercial inevitável (*unavoidable trading partner*)⁹⁹.

Esses novos conceitos partem da constatação de que, mesmo quando não detêm participação de mercado expressiva em um dado mercado adjacente, as plataformas orquestradoras podem adotar estratégias para impedir futuros ataques de agentes complementadores ao mercado principal por elas dominado. Dessa forma, a posição dominante da plataforma no mercado principal pode lhe conferir a capacidade de interferir em mercados secundários, independentemente da sua participação nesses mercados medida em termos estáticos.

⁹⁴ Sobre o tema, ZINGALES, N.; STYLIANOU, K.. Das plataformas aos ecossistemas digitais: implicações para a definição do poder de mercado. In: ZINGALES, N.; AZEVEDO, P. F.. **A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022.

⁹⁵ TOMBAL, T. *Ensuring contestability and fairness in digital markets through regulation: a comparative analysis of the EU, UK and US approaches*. European Competition Journal, v. 18, n. 3, p. 468–500, 2022. p. 473–485.

⁹⁶ STIGLER COMMITTEE ON DIGITAL PLATFORMS. *Stigler Committee on Digital Platforms Final Report*. Chicago: Stigler Center for the Study of the Economy and the State. 2019. pp. 105–106.

⁹⁷ SCHWEITZER, H. et. al. *Modernisierung der Missbrauchsaufsicht für marktmächtige Unternehmen*. Projekt im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) - Projekt Nr. 66-17, pp. 66–74, 2018.

⁹⁸ FURMAN, J. et. al. *Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel*. Londres: 2019. p. 41.

⁹⁹ CRÉMER, J.; DE MONTJOYE, Y. A.; SCHWEITZER, H. *Competition policy for the digital era*. Bruxelas: European Commission Final Report, 2019. p. 49.

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?

O art. 36 da Lei 12.529/2011 estabelece uma proibição legal ampla a todo e qualquer ato capaz de limitar, falsear ou prejudicar a livre concorrência. A amplitude da proibição legal é refletida na natureza abrangente dos conceitos apresentados. O art. 36, § 3º, da Lei nº 12.529/2011, em diversos incisos elenca condutas que podem ser classificadas como abusos de posição dominante, tais como: restrição de acesso ao mercado, imposição de contratos ou descontos exclusivos, tratamento discriminatório de preços, negativa de contratação, vinculação de venda de produtos e uso abusivo de direitos de propriedade industrial, entre outros exemplos.

Em face desse enquadramento legal, as disposições de abuso de posição dominante podem ser plenamente aplicadas aos mercados digitais. A jurisprudência do Cade deixa claro que não há qualquer óbice para que a Lei 12.529/2011 incida mesmo em relações de preço-zero, quando as transações econômicas são baseadas em trocas de dados e de atenção que sinalizam a existência de custos para os usuários¹⁰⁰. Nesses casos, a autoridade de defesa da concorrência pode punir diversas formas de abuso que se projetam em outros parâmetros de competição para além do preço, como reduções de inovação e qualidade.

A experiência recente do Cade mostra que é possível, a partir de teorias do dano contemporâneas, enquadrar sob a cláusula legal de abuso práticas como imposição de restrições à interoperabilidade¹⁰¹, raspagem e cópia de conteúdos em mercados de comparação de preço¹⁰² e relações de auto-favorecimento em mercados de buscas¹⁰³.

Alguns mercados digitais podem ser mais propensos a manifestar os tipos de danos que a lei de defesa da concorrência busca tutelar. A dinâmica de

¹⁰⁰ Para uma revisão desse debate, cf. FERNANDES, V. O. *Direito da Concorrência das Plataformas Digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022. p. 171–175.

¹⁰¹ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0056- 94/2013-19. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0628841). 2019

¹⁰² BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08700.0090- 82/2013-03. Voto-relator da Conselheira Polyana Vilanova (SEI nº 0527547). 2019

¹⁰³ BRASIL. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. CADE. Processo Administrativo nº 08012.0104- 83/2011-94. Voto-relator do Conselheiro Maurício Oscar Bandeira Maia (SEI nº 0632170). 2019

complementaridade entre diferentes serviços ou produtos oferecidos em plataformas e ecossistemas pode resultar em barreiras à entrada ou expansão de concorrentes. Por exemplo, a integração de um sistema operacional popular com outros serviços digitais pode desencorajar a competição e criar um ecossistema fechado onde a inovação por parte de pequenos desenvolvedores é limitada.

Diante desses riscos, as autoridades de defesa da concorrência podem adotar múltiplos critérios de presunção de ilicitude e de estandarte de prova, mais ou menos elevados, considerando os riscos de sub e sobre-*enforcement*.¹⁰⁴ Nesse contexto, as autoridades podem adotar novos conceitos de aferição de posição dominante e implementar testes jurídicos voltados a avaliar como condutas de alavancagem e discriminação intra-plataforma podem provocar a exclusão de competidores e exploração de usuários.¹⁰⁵

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.

Autoridades de várias jurisdições têm enfrentado a questão de como conduzir o controle de estruturas diante dos desafios apresentados pelas plataformas digitais. No Brasil essas discussões não são ignoradas, no entanto, a Lei concorrencial brasileira já apresenta dispositivo capaz de proporcionar soluções.¹⁰⁶ Conforme já citado, o parágrafo 7º do artigo 88 da Lei 12.529/2011 proporciona à legislação brasileira um mecanismo de controle de fusões abaixo dos critérios de notificação (*mergers below the thresholds*). Esse mecanismo poderia ser usado no contexto de aquisições nascentes e *killer acquisitions* em mercados digitais. Tal dispositivo tem potencial de servir como “uma válvula de flexibilidade para o controle de estruturas”.

Internacionalmente, a preocupação com a concentração de mercado e poder sobre os dados dos usuários está cada vez mais centralizada nas mãos de poucas plataformas digitais. Isso é refletido nas disposições do Artigo 14 do DMA, que obriga os *gatekeepers* a informar à Comissão Europeia sobre quaisquer concentrações planejadas que envolvam *core platform services* ou outros serviços no setor digital que

¹⁰⁴ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Abuse of Dominance in Digital Markets*. Paris: OECD Publishing, 2020. p. 58.

¹⁰⁵ BOSTOEN, F. Online platforms and pricing: Adapting abuse of dominance assessments to the economic reality of free products. *Computer Law and Security Review*, v. 35, n. 3, p. 263–280, 2019.

¹⁰⁶ BRASIL. Lei 12.529/2011: “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente: (...) § 7o É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.”

permitam a coleta de dados, mesmo que essas operações não estejam sujeitas às regras de fusão da UE ou nacionais, uma disposição destinada a controlar possíveis *killer acquisitions*.¹⁰⁷

Especificamente na Áustria e na Alemanha, foram introduzidos limiares de valor de transação em 2017 para captar negócios que possam ter impactos significativos no mercado, independentemente do faturamento das empresas envolvidas. Na Áustria, transações com valor acima de €200 milhões precisam ser notificadas, enquanto na Alemanha, o limite é de €400 milhões. Essas medidas visam garantir que transações envolvendo grandes valores, frequentemente indicativos de aquisições estratégicas de startups por grandes plataformas digitais, sejam devidamente avaliadas quanto a seus efeitos anticompetitivos.¹⁰⁸ A adoção de novos critérios de notificação no exterior reflete uma adaptação das políticas antitruste às realidades dos mercados digitais, em que ativos como propriedade intelectual e dados podem ser extremamente valiosos, mas não necessariamente refletidos no faturamento.

A análise dos efeitos anticoncorrenciais que transcendem a dimensão de preço, particularmente os impactos sobre a inovação, demanda uma perspectiva ampla e metódica. Esta avaliação necessita de um entendimento das dinâmicas inovativas específicas das plataformas digitais. Segundo Lyra e Pires-Alves¹⁰⁹, o desafio reside na complexidade de identificar e avaliar tais efeitos, dado que o impacto de operações em inovação frequentemente não segue padrões previsíveis e pode manifestar-se de maneiras sutis e multifacetadas. Este contexto exige das autoridades uma capacitação técnica elevada para efetivamente diagnosticar e intervir em práticas que possam restringir a concorrência e a inovação. Assim, reforça-se a necessidade de uma expertise detalhada e especializada, capaz de entender as especificidades da inovação e o que determina a capacidade e o incentivo das firmas a inovar, bem como navegar nas intrincadas relações entre inovação, poder de mercado e regulação antitruste, garantindo que medidas proativas e eficientes sejam implementadas para preservar a vitalidade competitiva dos mercados.

¹⁰⁷ ROBERTSON, Viktoria H.S.E. *The Future of Digital Mergers in a Post-DMA World*. In: European Competition Law Review. 2023 ; Vol. 44, No. 10. p. 447-450.

¹⁰⁸ ROBERTSON, Viktoria H.S.E. *The Future of Digital Mergers in a Post-DMA World*. In: European Competition Law Review. 2023; Vol. 44, No. 10. p. 447-450.

¹⁰⁹ LYRA, M. P. O.; PIRES-ALVES, C. C. Innovation Competition and Innovation Effects in Horizontal Mergers: Theory and Practice in the United States and European Commission. *Antitrust Bulletin*, v. 68, p. 460-476, 2023.

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

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?

Sim, o Brasil deveria considerar a adoção de regras específicas de caráter preventivo (*ex-ante*) para abordar as peculiaridades das plataformas digitais, a fim de prevenir condutas que possam ser nocivas à concorrência e/ou aos consumidores. Embora a autoridade de defesa da concorrência venha se esforçando para manejar essas questões com o instrumental e *know-how* existentes, alterações legislativas específicas se fazem necessárias para abordar desafios particulares aos mercados digitais. Neste sentido, tais mudanças devem incluir mecanismos para uma vigilância mais eficaz e direta das práticas de mercado e a implementação de políticas que antecipem e evitem problemas antes que estes surjam.

O poder de mercado e o potencial intrínseco das plataformas digitais para agravá-lo representam uma preocupação significativa. Uma abordagem *ex-post*, por meio de intervenção residual, eventual e reativa, pode não ser considerada suficiente para o seu enfrentamento.

A Política de Defesa da Concorrência desempenhada pelo Cade é, neste contexto, fundamental para enfrentar os desafios impostos pelo poder de mercado. Em um cenário onde as tendências monopolísticas ou oligopolísticas são agravadas pela natureza digital das plataformas, é essencial que o Cade implemente uma abordagem proativa e abrangente, capaz englobar diversos players do setor. Embora historicamente a Política de Defesa da Concorrência no Brasil tenha sido caracterizada pela atuação focada em casos concretos e por uma postura reativa, há uma necessidade crescente de uma política mais estruturada e coordenada, que vá além das intervenções caso a caso. Isso inclui a sua integração de forma transversal, promovendo a concorrência como um objetivo central e contínuo.¹¹⁰ Uma orientação específica por tipo de plataforma pode também incluir avaliações mais abrangentes de concorrência e objetivo regulatório, por exemplo. A efetividade da Política de Defesa da Concorrência, portanto, depende não apenas da resolução de casos individuais, mas também de sua capacidade transversal de orientar comportamentos de mercado.

¹¹⁰CARVALHO, V. M. de. *Política de Defesa da Concorrência: dos fundamentos teóricos à implementação*. São Paulo: Editora Singular, 2023. p. 235.

Para além da análise de casos específicos já mencionados anteriormente, o Cade tem desempenhado um papel ativo na análise dos mercados digitais por meio de estudos e relatórios especializados. Entre eles, destaca-se o trabalho "Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados", elaborado pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) com contribuições de Filippo Maria Lancieri e Patrícia Alessandra Morita Sakowski¹¹¹. Além disso, o Cade publicou o "BRICS in the digital economy: Competition Policy in Practice"¹¹², e o estudo atualizado sobre "Mercados de Plataformas Digitais", parte da série "Cadernos do Cade"¹¹³, focando em novos segmentos de atuação da autarquia. Este último relatório reflete uma revisão da publicação original de 2021 e está alinhado com as últimas tendências e intervenções do Cade em mercados digitais. Esses documentos destacam a necessidade de uma abordagem atualizada e adaptada às rápidas transformações dos mercados digitais.

O Cade tem demonstrado um envolvimento significativo em diversas iniciativas globais e regionais focadas em mercados digitais, o que reflete a importância crescente dessa área para a política antitruste. Em 2023, o Cade participou de uma série de eventos internacionais, destacando-se pela sua colaboração e liderança em discussões sobre a economia digital. Notavelmente, o Cade coordenou o Grupo de Trabalho sobre concorrência no mercado digital dos Brics, em parceria com a autoridade de concorrência da Rússia, e foi co-presidente de importantes grupos de trabalho na International Competition Network (ICN). Além disso, o Cade teve papel ativo no Fórum de Concorrência da América Latina e do Caribe (LACCF) e contribuiu significativamente em eventos como o Brics+Digital Competition Forum, realizado no Brasil. Esse fórum abordou questões centrais do mercado digital e contou com a participação de especialistas, autoridades e acadêmicos de várias regiões. Outros eventos notáveis incluem a 22ª Conferência Anual da ICN na Espanha, onde o Cade desempenhou um papel central nas discussões sobre fusões digitais e mercados regulatórios.¹¹⁴

¹¹¹ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*. 2020. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em: 23/04/2024.

¹¹² BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). *BRICS in the digital economy: Competition Policy in Practice*. 2nd Report. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/noticias/2024/BRICS%20Digital%20Economy.pdf>. Acesso em: 23/04/2024.

¹¹³ BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). *Mercados de Plataformas Digitais*. Parte da série "Cadernos do Cade". 2023. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 23/04/2024.

¹¹⁴ Exemplos de eventos internacionais e regionais sobre mercados digitais nos quais o Cade colaborou, conforme destacado no Relatório Integrado de Gestão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) - Exercício 2023, disponível em <https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/Transpar%20e%20Presta%20a%7%20a3o%20de%20Contas/2023/RIG-2023.pdf>:

1. 2023 Antitrust Global Seminar Series, Estados Unidos;
2. ICN UCWG Workshop 2023, Japão;
3. Workshop sobre abuso de posição dominante e análise de fusões verticais com o Prof. Richard Whish, Brasil;
4. Chief/Senior Economist Workshop 2023, Noruega;

Portanto, enquanto o modelo *ex-post* atual, focado na identificação e remediação de problemas concorrenciais após sua ocorrência, tem seu valor, ele pode não ser suficientemente ágil ou eficaz para lidar com a dinâmica e a velocidade das mudanças nos mercados digitais. Uma abordagem *ex-ante*, complementada por reformas legislativas na própria lei concorrencial, o que permite, tanto em termos de objetivos, princípios como desenho institucional, uma atuação sistêmica, coerente e especializada, seria mais apropriada para garantir uma atuação transversal da autoridade antitruste, de modo a preservar concorrência saudável e proteger os interesses dos consumidores no ambiente digital.

É necessário que haja uma conjugação de esforços *ex-ante* e *ex-post* para lidar com os desafios colocados pelas plataformas e ecossistemas digitais no atual cenário econômico. Tais esforços não são incongruentes entre si, mas sim complementares. Enquanto a regulação *ex-ante* pode ter como objetivo nivelar as condições de mercado e promover a contestabilidade, criando condições estruturais e comportamentais para que entrantes desafiem a posição dominante de incumbentes, o controle *ex-post* de condutas tem o fito de retornar o ambiente concorrencial ao *status quo ante*, inibindo e punindo condutas contrárias ao devido funcionamento do mercado. São duas ferramentas dentro de uma mesma caixa.

Por fim, vale ressaltar que o desenho institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em especial as competências estabelecidas ao Cade, garante ao órgão de defesa da concorrência atuação transversal nos setores da economia, não ficando limitado a apenas um setor específico, tal qual as agências reguladoras. Tal característica proporciona ao Cade expertise capaz de identificar nos mais diferentes setores situações que mereçam atenção.

-
5. Reuniões do Comitê de Concorrência da OCDE, França;
 6. Intergovernmental Group of Experts on Competition Law and Policy (IGE/UNCTAD), Suíça;
 7. Fórum Latino-Americano do Caribe de Concorrência (LACCF), Equador;
 8. Assembleia Anual do Grupo de Agências de Concorrência das Américas (GrACA), Equador;
 9. Brics Head of Competition Authorities, África do Sul;
 10. 22ª Conferência Anual da ICN, Espanha;
 11. 8th Brics International Competition Conference 2023, Índia;
 12. XI Reunião Anual do Grupo de Trabalho sobre Comércio e Concorrência do Sistema Econômico Latinoamericano (Sela), República Dominicana;
 13. Brics+Digital Competition Forum, Brasil;
 14. Fórum Global de Concorrência 2023, França.

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?

Não há um modelo único de regulação *ex-ante* para plataformas digitais, o que pode ser observado até mesmo a partir de diferentes estruturações internas a um mesmo marco regulatório¹¹⁵. Existem normas autoexecutáveis, como no artigo 5º do *Digital Markets Act* (DMA), da União Europeia, e normas mais orientadas que requerem uma regulamentação mais detalhada pelas autoridades, como no artigo 6º do próprio DMA.

No caso do projeto do Reino Unido, por exemplo, há uma legislação de princípios gerais, mas em determinados setores econômicos, são estabelecidos códigos de conduta específicos para cada tipo de plataforma, com avaliação retrospectiva dos efeitos. Já em outros casos, como no DMA, a regulamentação é mais abrangente e focaliza as especificidades concorrenciais transversais ao caráter digital de um conjunto de determinados serviços entendidos pelas autoridades (legislativas e regulatórias) da União Europeia enquanto relevantes.¹¹⁶ Neste sentido, ainda que o DMA apresente um conjunto limitado de serviços, este próprio caráter de transversalidade e dinamicidade dos mercados digitais é incorporado no marco regulatório a partir de dispositivos que preconizam a incorporação de novos serviços a partir da ampliação do processo de digitalização de outros mercados e desenvolvimento de novos ecossistemas digitais¹¹⁷.

Ao analisar as principais propostas legislativas estrangeiras, torna-se evidente que cada uma pondera de maneira única os prós e contras de intervenção regulatória mais flexível ou mais rigorosa. Além disso, cada proposta examina de forma distinta os dilemas associados à divergência da abordagem convencional de intervenção antitruste. Conforme representado na figura a seguir, essas distinções podem ser mapeadas em pelo menos dois eixos: (i) o caráter assimétrico da regulação a partir da designação de um conjunto específico de agentes sujeitos a esta; e (ii) a prevalência de uma estratégia de regulação baseada na lógica de comando e controle (baseado

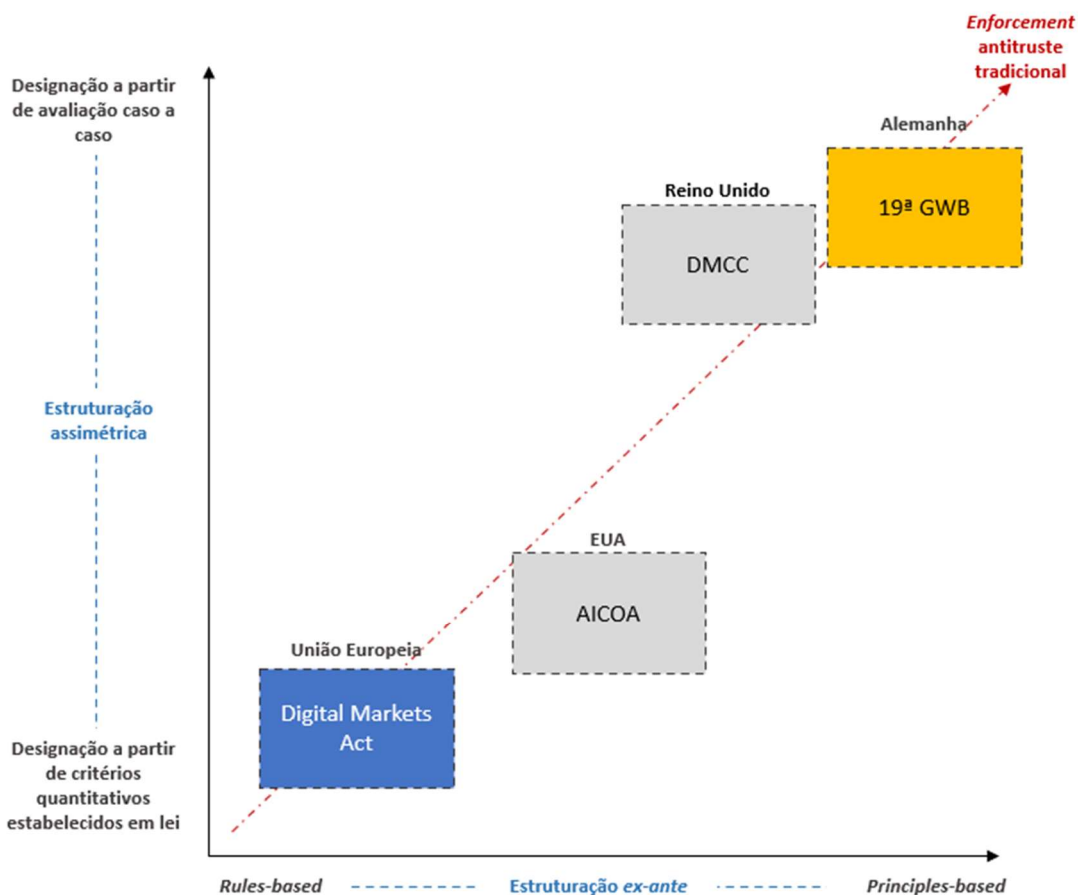
¹¹⁵ FERNANDES, V. O. *Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais: cardápio de opções*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-12/victor-oliveira-fernandes-leis-regulacao-concorrencial-plataformas/>>. Acesso em 24 abr. 2024

¹¹⁶ FGV-RIO. *Relatório referente à 3ª Reunião do Núcleo de Estudos em E-commerce*, 2023. Disponível em <https://diretorio.fgv.br/sites/default/files/arquivos/direito_rio_livro_neec_ap2.pdf>. Acesso em 25 jan. 2024.

¹¹⁷ OLIVEIRA, Paulo Henrique de. *A economia política da regulação concorrencial de mercados digitais: um estudo comparativo entre EUA e União Europeia*. Dissertação de Mestrado, FGV-EAESP, 2024.

em regras) em comparação com um modelo de regulação de livre mercado típico da abordagem antitruste (e mais fortemente estruturado a partir de princípios).¹¹⁸

Figura 2: Diferenças entre as propostas legislativas de regulação concorrência de plataformas



Fontes: OLIVEIRA, Paulo Henrique de. *A economia política da regulação concorrencial de mercados digitais: um estudo comparativo entre EUA e União Europeia*. Dissertação de Mestrado, FGV-EAESP, 2024. Adaptado de: FERNANDES, V. O. *Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais: cardápio de opções*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-12/victor-oliveira-fernandes-leis-regulacao-concorrencial-plataformas/>>. Acesso em: 24 abr. 2024.

As abordagens já apresentadas das regulações implementadas pelas jurisdições estrangeiras têm, na sua maioria, em comum o ponto de que a intervenção antitruste *ex-post* poderia ser complementada (sem substituição) por regimes de regulação *ex-ante* assimétrica, os quais aliás seriam aplicados pelas próprias autoridades de defesa da concorrência.¹¹⁹ Neste sentido, a desconsideração dos desafios associados a cada

¹¹⁸ FERNANDES, V. O. *Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais: cardápio de opções*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-12/victor-oliveira-fernandes-leis-regulacao-concorrencial-plataformas/>>. Acesso em 24 abr. 2024

¹¹⁹ FERNANDES, V. O. *Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais: cardápio de opções*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-12/victor-oliveira-fernandes-leis-regulacao-concorrencial-plataformas/>>. Acesso em 24 abr. 2024.

um dos aspectos regulatórios pode gerar riscos substanciais para a economia digital. Além disso, pode significar uma trajetória irreversível em direção a uma ordem econômica menos equitativa e com regras pouco transparentes para os agentes econômicos. Por outro lado, a escolha regulatória apropriada pode tornar os mercados digitais mais competitivos e alinhados com as preocupações concorrenciais, que atualmente se tornam tão sérias a ponto de não poderem ser ignoradas.¹²⁰

Nas regulamentações de outras jurisdições, há diferenças na determinação do alvo regulatório (caráter assimétrico da decisão dos agentes regulados): cada legislação estabelece seu próprio conceito normativo para definir o "alvo" da intervenção regulatória. Por exemplo, no DMA, é utilizado o conceito de "*gatekeeper*". Já na proposta do Reino Unido, apresenta-se o conceito de "status de mercado estratégico". Na proposta do Aicoa (American Innovation and Choice Online Act)¹²¹, trata-se de "*covered platforms*". Na lei alemã (*GWB - Gesetz Gegen Wettbewerbsbeschränkungen*)¹²², por sua vez, são analisados agentes econômicos com "importância excepcional para a concorrência entre diferentes mercados". Esses conceitos estão relacionados à ideia de que as posições ocupadas por grandes plataformas devem desencadear a intervenção regulatória, indo além da capacidade de fixar preços acima do nível de concorrência em mercados rigidamente definidos. A designação desses alvos regulatórios depende de critérios quantitativos e/ou qualitativos que variam em cada jurisdição.

As principais discrepâncias entre as propostas dizem respeito à estratégia regulatória adotada em cada regime. Uma estratégia é a de comando e controle, impondo proibições exaustivas sob uma lógica baseada em regras, enquanto a outra envolve estratégias de controle de mercado, aplicando proibições principiológicas que consideram as particularidades de cada contexto econômico. A escolha entre essas estratégias reflete na discricionariedade administrativa da autoridade reguladora e na possibilidade de justificativas econômicas apresentadas pelos agentes econômicos sujeitos à regulamentação.¹²³

O DMA, ao menos no seu artigo 5º, optou por um regime *ex-ante* de regras detalhadas. Por outro lado, o artigo 6º do DMA permite procedimentos negociados

¹²⁰ FERNANDES, V. O. *Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais: cardápio de opções*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2022-nov-12/victor-oliveira-fernandes-leis-regulacao-concorrencial-plataformas/>>. Acesso em 24 abr. 2024.

¹²¹ A legislação tem como objetivo impedir que as grandes empresas de tecnologia promovam seus próprios produtos em detrimento dos concorrentes. As plataformas abrangidas pela legislação seriam proibidas de prejudicar os produtos ou serviços de outras empresas. A legislação também proibiria as plataformas abrangidas de usar dados não públicos coletados de usuários comerciais para beneficiar injustamente os próprios produtos das plataformas. Disponível em <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992/text>>. Acesso em 19 jan. 2024.

¹²² O §19a da lei alemã se refere ao comportamento abusivo de empresas com significativo impacto competitivo. Disponível em <<https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/>>. Acesso em 19 jan. 2024.

¹²³ FERNANDES, V. O. Lost in translation? Critically assessing the promises and perils of Brazil's Digital Markets Act proposal in the light of international experiment. *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice*, v. 52, p. 105937, 2024. p. 10552-10553.

entre a Comissão Europeia e os *gatekeepers*, proporcionando uma flexibilidade que pode ser crucial para adaptar as obrigações regulatórias às realidades específicas do mercado¹²⁴. Além disso, o DMA contém disposições como artigo 15, que demanda uma descrição anual e auditada das técnicas de definição de perfis de consumidores usadas. O Aicoa, por sua vez, apresenta uma lista mais enxuta de proibições com a possibilidade de justificativas econômicas. Já a proposta do Reino Unido estabelece um processo de elaboração contínuo de códigos de conduta para plataformas e a legislação alemã permite que as proibições sejam afastadas se o comportamento for objetivamente justificado, transferindo o ônus da prova para a empresa com posição de mercado significativa.¹²⁵

Em contraposição a essas experiências internacionais, a versão atual do PL 2.768, além de carecer de objetivos claramente definidos que orientem sua abordagem regulatória, também trata de forma bastante genérica e aberta as obrigações atribuídas às plataformas consideradas de controle de acesso essencial. Ao pretender se afastar do modelo de lista de obrigações do DMA, o art. 10 da proposta legislativa atribui uma delegação ampla de competências à autoridade reguladora, sem que seja sequer possível avaliar se as eventuais proibições dialogariam ou não com as preocupações concorrenciais identificadas na experiência estrangeira em mercados digitais.

Uma estrutura regulatória dotada de flexibilidade, caracterizada pelo ajuste individual das disposições regulatórias e pelo monitoramento contínuo, poderia ser particularmente útil no Brasil e, como aponta a OCDE¹²⁶, tal solução deve partir da hibridização de estruturas *ex-ante* concomitantemente à dinâmica *ex-post* já desenvolvida no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa Concorrência. Adaptar essa abordagem permitiria a reação de forma mais eficaz aos desafios apresentados pelas plataformas digitais. Isso incluiria garantir que as obrigações impostas sejam proporcionais e equilibradas, considerando tanto os custos para as empresas quanto a eficácia dessas medidas para manter um ambiente competitivo saudável e pulsante. Além disso, a ideia de um diálogo regulatório constante e adaptativo poderia ajudar a mitigar o risco de regulamentações desatualizadas que não conseguem acompanhar o ritmo da inovação digital.

A digitalização e plataformização generalizadas da economia requerem que as autoridades antitruste não se limitem a uma regulação setorial estreita, mas adotem uma abordagem transversal capaz de abarcar múltiplos mercados. Este enfoque é fundamental porque as plataformas digitais operam em uma ampla gama de contextos

¹²⁴ ANDRIYCHUK, Oles. *Shifting the digital paradigm: Towards a sui generis competition policy*. Computer Law & Security Review, v. 46, p. 105733, 2022.

¹²⁵ FERNANDES, V. O. *Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais: cardápio de opções*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2022-nov-12/victor-oliveira-fernandes-leis-regulacao-concorrencial-plataformas/>. Acesso em 24/04/2024.

¹²⁶ OECD. *Ex-ante regulation of digital markets, OECD Competition Committee Discussion Paper. 2021*. Disponível em <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-andcompetition-in-digital-markets.htm>. Acesso em 31/01/2024.

econômicos, influenciando uma variedade de setores além de seus mercados de origem. A interconexão e a interdependência entre diferentes setores intensificada pela presença de plataformas digitais exigem uma regulamentação que possa efetivamente endereçar as complexidades dessas novas dinâmicas de mercado.

Portanto, a autoridade antitruste, ao se encarregar dessa regulamentação, deve possuir a capacidade de aplicar regras e diretrizes que transcendam as fronteiras setoriais tradicionais. Isso envolve uma compreensão profunda das estratégias operacionais das plataformas digitais e de como essas estratégias podem afetar não apenas um único setor, mas o ecossistema econômico como um todo. A autoridade deve, então, ser equipada com ferramentas e *frameworks* regulatórios que permitam uma intervenção eficaz e ajustável, adequada às necessidades e desafios específicos apresentados pela crescente integração digital em múltiplos setores da economia.

O modelo de regulação proposto deve, portanto, garantir que as medidas antitruste sejam capazes de identificar e mitigar riscos competitivos em uma base ampla e integrada, refletindo a natureza interconectada da economia digital. Isso não apenas aumentará a eficácia da política concorrencial, como também assegurará que a inovação e o crescimento econômico sejam promovidos de maneira justa e equilibrada em todos os setores impactados pela plataformização. Assim, deve-se sopesar, levando em consideração as peculiaridades brasileiras, qual abordagem seria a mais adequada.

É fundamental que a regulação concorrencial resultante e o da autoridade responsável pela sua implementação – o Cade - , sejam capazes de prevenir tempestivamente que estratégias e modelos de negócios típicos dos mercados digitais tenham efeitos anticompetitivo, garantindo a concorrência justa e equânime nesses mercados, ao mesmo tempo em que se mantenha um enforcement e monitoramento eficaz por meio de um controle *ex-post* de riscos concorrenciais que decorrem da pervasividade da digitalização generalizada mais variados - e tradicionais – setores econômicos, que pode permitir novas e sofisticadas formas de abuso de poder econômico.

7. 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?

As principais jurisdições que adotaram ou estão considerando a adoção de modelos de regulação pró-competitiva para plataformas digitais têm optado por um modelo assimétrico de regulação, como já desenvolvido no item 6. Esse modelo estabelece obrigações diferenciadas para os agentes econômicos a depender do seu porte e da sua posição nos respectivos segmentos de atuação.

O exemplo mais emblemático é o DMA, da União Europeia, que estabelece um conjunto de obrigações *ex-ante* aplicáveis apenas a um conjunto restrito de grandes plataformas digitais classificadas como "*gatekeepers*". Para ser enquadrada como *gatekeeper*, a empresa deve fornecer um "serviço de plataforma essencial" e satisfazer certos critérios quantitativos, como ter um faturamento anual superior a 7,5 bilhões de euros ou uma capitalização de mercado superior a 75 bilhões de euros, além de possuir mais de 45 milhões de usuários finais mensais ativos e mais de 10.000 usuários comerciais ativos na União Europeia.

De forma similar, a proposta do Digital Markets, Competition and Consumers Bill do Reino Unido prevê a imposição de obrigações regulatórias apenas para empresas designadas como tendo "Strategic Market Status" (SMS). Essa designação é feita a partir de uma análise caso a caso que considera fatores como a existência de "poder de mercado substancial e entrincheirado" e uma "posição de significância estratégica" da empresa em relação a determinada atividade digital.

Já o Projeto de Lei brasileiro nº 2768/2022, inspirado no DMA europeu, adota um critério puramente quantitativo para a definição das plataformas sujeitas à regulação assimétrica. De acordo com o art. 9º do projeto, as obrigações regulatórias seriam aplicáveis apenas às empresas que operem modelos de negócios específicos listados no art. 6º (como serviços de intermediação online, mecanismos de pesquisa, redes sociais, sistemas operacionais, entre outros) e que tenham receita operacional

anual no país igual ou superior a R\$ 70 milhões com a oferta de serviços ao público brasileiro¹²⁷.

A adoção de um modelo assimétrico de regulação se justifica pelo reconhecimento de que nem todas as plataformas digitais possuem o mesmo potencial de gerar riscos à concorrência e à inovação em seus respectivos ecossistemas de atuação. Plataformas com elevado poder econômico e que atuam como *gatekeepers* de acesso a usuários e recursos essenciais tendem a apresentar maior capacidade de adotar condutas exclusionárias e exploratórias, demandando assim um escrutínio regulatório mais intenso.

Por outro lado, a imposição indiscriminada de obrigações regulatórias a todos os agentes atuantes em mercados de plataformas digitais, independentemente do seu porte e posição de mercado, poderia gerar custos de *compliance* desproporcionais e desincentivar a inovação e a entrada de novos competidores. Uma regulação simétrica "tamanho único" dificilmente seria capaz de endereçar de forma adequada os desafios concorrenciais colocados especificamente pelas grandes plataformas dominantes, ao mesmo tempo em que poderia impor ônus excessivos a empresas menores e com menor potencial ofensivo.

Portanto, caso o Brasil venha a adotar uma regulação *ex-ante* para plataformas digitais, o mais recomendável seria seguir o exemplo das principais jurisdições estrangeiras e optar por um modelo assimétrico, que concentre as obrigações regulatórias nos agentes com maior poder econômico e capacidade de influenciar as condições de concorrência nos mercados por eles intermediados.

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?

A regulação, caso seja assimétrica, deve ter uma perspectiva de equidade, o que seria uma redução de barreiras de entrada dentro dos ecossistemas digitais, entre direitos e obrigações. Ademais, ela deve ser avaliada periodicamente uma vez que as condições que levaram à assimetria podem ser alteradas com o tempo ainda mais em um ambiente tão dinâmico como o das plataformas digitais.

Os critérios adotados (qualitativos ou quantitativos) devem ser escolhidos após uma análise minuciosa do mercado (ou dos mercados) e de consulta aos variados agentes envolvidos. Os critérios quantitativos estabelecem limites específicos com base, por exemplo, no faturamento ou participação de mercado, independentemente da constatação de domínio, a fim de identificar as empresas sujeitas às novas

¹²⁷ Vale ressaltar que o valor de 70 milhões de reais é abaixo do critério mínimo de faturamento para que um agente econômico tenha que submeter obrigatoriamente um ato de concentração ao Cade (R\$ 75 milhões).

regulamentações. O objetivo desses critérios quantitativos é garantir que as novas regulamentações abranjam as plataformas das maiores empresas que possuem ecossistemas extensos e que, até o momento, têm suscitado mais preocupações concorrenciais.

Por um lado, a maior flexibilidade das normas reflete um foco mais forte na proporcionalidade para evitar direcionar-se a empresas sem uma boa justificativa, permitindo, ao mesmo tempo, a inclusão de empresas que não atendem formalmente aos critérios quantitativos. Além disso, visa tornar as novas regras mais perenes no tempo e evitar que a fragmentação de serviços seja estrategicamente usada por empresas para evitar cumprir os critérios quantitativos. Por outro lado, tal flexibilidade pode criar ambiguidade sobre o resultado do processo de definição dos entes regulados e aumentar custos e riscos para empresas que precisam avaliar por conta própria se estão abrangidas pelo escopo das novas disposições.¹²⁸

A definição de critérios qualitativos específicos pode ser usada para identificar empresas sujeitas às novas regulamentações, em grande parte fundamentada na extensão do poder de mercado de uma empresa no mercado de intermediação a montante, na natureza duradoura ou transitória do poder da empresa e na existência de negócios que dependem do produto ou serviço da empresa para acessar outros mercados.¹²⁹

Assim, caso sejam adotadas regulações assimétricas, podem ser adotados critérios qualitativos e quantitativos, levando-se em consideração as vantagens e desvantagens apontadas e reforçando-se a necessidade de estudos e avaliações apuradas – muito a partir da expertise dos casos e mercados analisados pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ao longo dos últimos anos – para estabelecimento de critérios adequados para a segmentação assimétrica.

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?

A não adoção de instrumentos regulatórios pró-competitivos gera vulnerabilidades em um contexto de crescente digitalização, implicando evidentes riscos de redução da competição em mercados cada vez mais relevantes social e

¹²⁸ SCHNITZER, M. et al. *International coherence in digital platform regulation: an economic perspective on the US and EU proposals* - Digital Regulation Project, Policy Discussion Paper No. 5., 2021. Disponível em: <<https://research-portal.uea.ac.uk/en/publications/international-coherence-in-digital-platform-regulation-an-economist>>. Acesso em 01 fev. 2024.

¹²⁹ ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Ex-ante Regulation and Competition in Digital Markets*, 2021. Disponível em: <<https://web.archive.oecd.org/2021-12-01/616997-ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2024.

economicamente. Além disso, a adoção de instrumentos por outras jurisdições associada ao caráter global da operação de grandes plataformas digitais indica uma dinâmica de transbordamento dos dispositivos regulatórios destas jurisdições para o cenário brasileiro, sendo, portanto, relevante que o legislativo e os órgãos reguladores nacionais desenvolvam sua própria compreensão sobre as necessidades e escopo da ação regulatória. Por fim, a existência de arcabouços regulatórios para o cenário digital amplia a segurança jurídica e previsibilidade para os agentes econômicos, elemento especialmente relevante em setores dinâmicos e inovadores como é o caso da economia digital. A adoção de tal modelo regulatório tem o condão de mitigar riscos significativos para estes agentes econômicos, fomentando um ambiente concorrencial e de negócios estável e equilibrado.

Com efeito, o Brasil destaca-se como referência na agenda de redução de desigualdades paralelamente à ampliação da dinamicidade econômica, espaço em que o antitruste pode desempenhar um papel de maior relevância. Este contexto reforça a necessidade de um marco regulatório que não apenas promova a proteção ao consumidor, mas também incentive a inovação e o empreendedorismo. Com uma abordagem regulatória bem-calibrada, o país pode fortalecer sua posição como líder na agenda de promoção da equidade e crescimento econômico sustentável no cenário digital.

É importante ressaltar que regulação, *enforcement* antitruste e inovação não são antagônicos entre si¹³⁰. Em verdade, estudos demonstram que muitas as inovações tecnológicas durante o século XX somente foram possíveis devidos a intervenções pontuais das autoridades concorrenciais que coibiram condutas anticompetitivas de incumbentes e abriram espaço para entrantes inovadores. Giovanna Massarotto¹³¹ explica como as decisões antitruste nos casos AT&T (1956), IBM (1969) e Microsoft (2001) foram essenciais para reduzir o poder de mercado dos incumbentes e propiciar o nascimento de novos agentes econômicos. Por exemplo, a decisão de desmembrar as atividades da IBM propiciou o crescimento do mercado independente de *softwares*. Este novo ambiente favoreceu a ascensão de inovadores, como a própria Microsoft, que se tornou fornecedora de *softwares* para a IBM.

Adicionalmente, é importante destacar a existência de *gatekeepers* que operam prioritariamente no Brasil e na América Latina com relevante impacto econômico e social e que, por sua especificidade local, não são alvo do DMA ou de outros marcos regulatórios internacionais similares. Este cenário ressalta a necessidade de desenvolvimento de uma política antitruste adaptada às realidades e desafios

¹³⁰ Gorgen, J. (2024). *Inovar ou regular: uma falsa escolha para o digital*. JOTA. Disponível em: https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/inovar-ou-regular-uma-falsa-escolha-para-o-digital-29042024?utm_campaign=jota_info. Acesso em: 29 abr. 2024.

¹³¹ MASSAROTTO, Giovanna. *Driving Innovation with Antitrust*. In. ProMarket, Chicago Booth – Stigler Center for the Study of the Economy and the State. April 10, 2024. Disponível em: <https://www.promarket.org/2024/04/10/driving-innovation-with-antitrust/>

específicos do Brasil, garantindo assim uma competição justa e o desenvolvimento de um mercado digital mais inclusivo e diversificado.

8.1. Como o Brasil, no caso da adoção de uma eventual regulamentação pró competição, se integraria a esse contexto global?

Como já discutido, as regulações já adotadas nas diversas jurisdições não são uniformes. No entanto, devido ao caráter global da maioria das plataformas, a regulamentação em qualquer jurisdição pode ter efeitos extraterritoriais. As diferentes abordagens legais adotadas em várias jurisdições tornam a consistência absoluta irrealista e provavelmente indesejável.¹³² No entanto, uma possível regulação brasileira, caso entre em vigor após análise cuidadosa, deve ter a maior coerência possível para que a regulação seja eficaz e capaz de limitar quaisquer consequências negativas. É relevante que haja a cooperação com os órgãos internacionais – como já amplamente desenvolvido pelo Cade – para que a regulação tenha resultado mais coerente.

O Cade coopera internacionalmente com seus pares, com destaque para sua participação ativa na OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico). Esta cooperação internacional abrange tanto aspectos bilaterais, através da troca de experiências e melhores práticas com autoridades de concorrência estrangeiras, quanto multilaterais, onde o Cade contribui em discussões em fóruns internacionais como a já citada OCDE, a ICN (*International Competition Network*), e a UNCTAD (*United Nations Conference for Trade and Development*). Essa interação global não só reforça as práticas de regulamentação antitruste no Brasil, mas também as posiciona em um contexto global, permitindo que o país influencie as dinâmicas internacionais da política concorrencial.

A recente aceitação do Brasil como membro permanente do Comitê de Concorrência da OCDE marca um passo significativo no reconhecimento internacional das políticas antitruste do país. Esta aprovação é fruto de mais de duas décadas de colaboração e alinhamento com as melhores práticas internacionais, e reflete o compromisso contínuo do Brasil em fortalecer a defesa da concorrência. A entrada do Brasil no comitê não só fortalece a cooperação com outras autoridades da organização, mas também enfatiza o compromisso do país com mercados mais eficientes e com o alinhamento aos melhores padrões internacionais de políticas públicas. Além disso, ainda que México, Chile e Colômbia sejam membros da OCDE, o Brasil se destaca como o primeiro país sul-americano a integrar especificamente o Comitê de Concorrência, o que sublinha o crescente prestígio internacional do país e sua capacidade de contribuir efetivamente para as atividades da OCDE.

¹³² ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Ex-ante Regulation and Competition in Digital Markets*, 2021. Disponível em: <<https://web-archiver.oecd.org/2021-12-01/616997-ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets-2021.pdf>>. Acesso em 01 fev. 2024.

Ademais, o Brasil possui atuação ativa no âmbito das discussões de concorrência nos países dos BRICS. Em 2017, o Cade foi o anfitrião da *BRICS Competition Conference*. Em 2019, a conferência foi realizada em Moscou e contou com a participação de diversos integrantes do Cade e da sociedade civil envolvida com discussões concorrenciais. Naquela ocasião, foi lançando o relatório *Digital Era Competition: a BRICS view*, o qual conta com um capítulo específico sobre o Brasil e sua atuação concorrencial em mercados digitais. Em 2023, o Cade desempenhou um papel significativo nas colaborações com os Brics, atuando como coordenador do Grupo de Trabalho sobre concorrência no mercado digital junto com a autoridade de concorrência da Rússia. Além disso, nesse mesmo ano, o Cade teve uma presença marcante no Brics+Digital Competition Forum, realizado no Brasil. Este evento concentrou-se em abordar os desafios cruciais dos mercados digitais e contou com a participação de especialistas, autoridades e acadêmicos de diversas regiões. Essas iniciativas destacam o envolvimento ativo do Cade em 2023 para fortalecer as relações e a colaboração entre os países dos Brics na área de concorrência digital.¹³³

Para fortalecer ainda mais essa trajetória, é crucial que os poderes Legislativo e Executivo nacionais tenham um protagonismo ativo nessa agenda, assegurando que o Brasil esteja na ponta de lança da tomada de decisões em relação à economia digital em suas múltiplas dimensões, dentre elas a concorrencial, em que o Cade e o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência são referência internacionais. Assim, a iniciativa reforça o compromisso do Brasil com a promoção de um ambiente regulatório coerente e previsível, essencial para o desenvolvimento econômico sustentável e competitivo, evitando dependência externa e garantindo que as decisões locais reflitam as necessidades e especificidades nacionais.

¹³³ Conforme destacado no Relatório Integrado de Gestão do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) - Exercício 2023, disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/acesso-a-informacao/Transpar%3%aaancia%20e%20Presta%3%a7%3%a3o%20de%20Contas/2023/RIG-2023.pdf>>:

1. Brics Head of Competition Authorities, África do Sul;
2. 8th Brics International Competition Conference 2023, Índia;
3. Brics+Digital Competition Forum, Brasil.

IV – Arranjo institucional para regulação e supervisão

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

A questão sobre a necessidade de um regulador específico para supervisionar e regular grandes plataformas digitais no Brasil, considerando apenas a dimensão econômico-concorrencial, é de grande relevância e complexidade. As experiências internacionais e a dinâmica dos mercados digitais evidenciam que qualquer decisão sobre a criação de uma nova autoridade reguladora ou a extensão dos poderes de uma já existente requer uma abordagem meticulosa e bem fundamentada.

A primeira etapa nesse processo, portanto, seria a realização de uma AIR abrangente. Tal análise permite avaliar os efeitos potenciais das opções regulatórias disponíveis, considerando não apenas os benefícios esperados, mas também os possíveis custos e desafios associados à regulação das plataformas digitais. A AIR deveria englobar estudos de casos internacionais, modelos econômicos e possíveis cenários futuros, garantindo que a base para decisões políticas seja solidamente embasada em evidências e tecnicamente robusta.

Após a conclusão da AIR, seria possível identificar claramente a necessidade (ou não) de estabelecer uma nova autoridade reguladora específica para o setor. No entanto, como observado em outras jurisdições, a tendência tem sido o fortalecimento das autoridades concorrenciais já existentes, como o Cade no Brasil. Isso porque essas autoridades já possuem expertise significativa na análise de questões de mercado, incluindo as complexidades dos mercados digitais.

De fato, o Cade tem reiterado a importância de fortalecer sua estrutura com a criação de uma carreira específica focada na regulação econômica dos mercados digitais. Isso envolveria formar uma unidade especializada dentro da autoridade, dedicada exclusivamente a lidar com casos de plataformas digitais, o que garantiria uma abordagem mais eficaz e informada. Esse modelo segue a lógica de outras iniciativas internacionais, como a Digital Markets Unit (DMU) no Reino Unido, que opera dentro da autoridade antitruste e é especializada em questões relacionadas a mercados estratégicos digitais. Sob o DMA, a Diretoria-Geral da Concorrência da Comissão Europeia (DG-Comp) terá a centralidade no enforcement das regras estabelecidas, supervisionando diretamente os gatekeepers e as grandes plataformas online. Esta liderança enfatiza o papel crucial do DG-Comp na manutenção da concorrência e regulação eficaz dos mercados digitais na União Europeia. De acordo com o plano de gestão de 2023, a implementação do DMA representa uma nova e significativa linha de trabalho para a DG-Comp, envolvendo a criação de uma nova

direção operacional encarregada de aplicar o ato e preparar uma série de decisões de implementação.¹³⁴

Essa abordagem corrobora a necessidade de expertise técnica e recursos adequados para enfrentar os desafios impostos pelo dinâmico ambiente dos mercados digitais, uma lição que poderia ser adaptada e aplicada ao contexto brasileiro na expansão das competências do Cade.

Além disso, a experiência tanto nacional quanto internacional indica que o Cade, com sua expertise e histórico de atuação, seria a autoridade mais adequada para assumir a responsabilidade ampliada caso seja decidido que não há necessidade de criar uma nova entidade reguladora. A expertise já desenvolvida pelo Cade em lidar com questões concorrenciais complexas fornece uma base sólida para adaptar-se e expandir suas capacidades para abordar especificamente as nuances dos mercados digitais.

Em suma, antes de avançar com a criação de um novo regulador específico, é crucial conduzir uma AIR detalhada para fundamentar qualquer decisão. Com base nessa análise, a expansão da competência do Cade para incluir uma unidade dedicada a mercados digitais poderia ser a abordagem mais pragmática e eficiente, alinhando-se com as tendências globais e maximizando o uso de recursos e expertise já disponíveis.

Optar pela ampliação das competências do Cade para englobar uma unidade especializada em mercados digitais emerge como uma solução pragmática e eficaz, alinhando-se às tendências internacionais e otimizando a utilização de recursos e expertise pré-existentes. Tal estratégia não apenas capitaliza sobre a infraestrutura regulatória consolidada e a experiência acumulada pelo Cade, mas também evita os custos substanciais e a dilatação temporal associados à criação e estabilização de uma nova entidade reguladora. Além disso, a integração de responsabilidades regulatórias nos mercados digitais dentro do âmbito operacional existente do Cade promove sinergias entre domínios antitruste correlatos, facilitando uma resposta regulatória mais coesa e eficiente diante das dinâmicas voláteis que caracterizam o ambiente digital contemporâneo.

¹³⁴ Citação original: "A major task for DG Competition in 2023 is the implementation of the Digital Markets Act (DMA). This new instrument complements the regulatory toolbox of the Commission in the digital sector and grants enforcement and investigative powers to the Commission. Therefore, the DMA will be a major new work stream for DG Competition in 2023, and beyond, requiring a new operational directorate tasked with enforcing the Act as well as preparing the adoption of a number of implementing decisions." Tradução livre: "Uma tarefa importante para a Diretoria-Geral da Concorrência em 2023 é a implementação do Digital Markets Act (DMA). Este novo instrumento complementa o conjunto de ferramentas regulatórias da Comissão no setor digital e concede poderes de execução e investigação à Comissão. Portanto, o DMA representará uma nova e importante linha de trabalho para a DG-Comp em 2023 e além, exigindo uma nova direção operacional encarregada de aplicar o ato e preparar a adoção de várias decisões de implementação." Disponível em: <https://commission.europa.eu/system/files/2023-02/comp_mp_2023_en.pdf>. Acesso em 29 jan. 2024.

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?

Conforme discutido na resposta ao item 9, a complexidade e a necessidade de expertise técnica e regulatória para lidar com as grandes plataformas digitais indicam a importância de uma abordagem coordenada e integrada entre as autoridades existentes. Neste contexto, a possibilidade de atribuir novas competências a órgãos já existentes, como o Cade, apresenta-se como a alternativa mais adequada, viável e eficiente.

O Cade, por executar a política de defesa da concorrência, que é horizontal, já atua com diversos mecanismos de coordenação institucional com agências reguladoras, tais como a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP). Essa colaboração é essencial para garantir uma abordagem integrada e eficaz na regulação de diferentes setores, promovendo a concorrência e o bem-estar dos consumidores.

Por outro lado, na hipótese de criação de um novo regulador, a coordenação torna-se ainda mais crucial para evitar fragmentação regulatória e garantir que as políticas sejam implementadas de maneira coesa. Nesse caso, seriam necessárias estruturas formais de cooperação entre o novo órgão e as autoridades já estabelecidas, como o Cade, Anatel e ANPD. Essas estruturas poderiam incluir protocolos de cooperação, acordos de compartilhamento de informações e mecanismos de decisão conjunta em casos que cruzem as competências das diferentes agências.

É importante destacar que, embora o Cade não se oponha à expansão pontual do escopo de atuação de outras autoridades como ANPD e Anatel, há uma clara preferência para que o conteúdo concorrencial permaneça como de sua competência. Isso garantiria a manutenção da expertise e da abordagem já desenvolvidas pelo Cade, otimizando os recursos e maximizando a eficácia regulatória no tratamento de questões relacionadas aos mercados digitais. O histórico robusto do Cade na implementação de remédios para restaurar a competitividade nos mercados, incluindo os digitais, aliado à sua regulamentação especializada, é essencial para lidar eficientemente com questões antitruste nesse setor dinâmico. Centralizar essa competência fortalece a capacidade do órgão em adaptar-se às complexidades e inovações dos mercados digitais, evitando a fragmentação da supervisão e garantindo intervenções oportunas e informadas.

Finalmente, destaca-se que a interação com outros órgãos internacionais de competência similar ficaria facilitada, especialmente considerando que a experiência internacional de jurisdições mais próximas do Brasil aponta para a solução transversal da autoridade de defesa da concorrência. Essa colaboração fortalecida entre o Cade e seus pares internacionais permitiria a troca de conhecimentos e práticas

recomendadas, contribuindo para uma abordagem mais eficaz e alinhada às tendências globais na regulação da concorrência.