



**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UNB**  
**FACULDADE DE DIREITO – FD**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD**

**MARCO ANTONIO FONSECA JÚNIOR**

**A POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA E SUA CAPACIDADE DE  
ENFRENTAMENTO DOS MERCADOS DIGITAIS: UMA PROPOSTA DE  
REGULAÇÃO CONCORRENCIAL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS**

**BRASÍLIA, DF**

**2022**

**MARCO ANTONIO FONSECA JÚNIOR**

**A POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA E SUA CAPACIDADE DE  
ENFRENTAMENTO DOS MERCADOS DIGITAIS: UMA PROPOSTA DE  
REGULAÇÃO CONCORRENCIAL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de mestre em Direito  
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito –  
PPGD, da Universidade de Brasília – UnB.  
Orientadora: Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Amanda Athayde  
Linhares Martins Rivera.

**BRASÍLIA, DF**

**2022**

Ficha catalográfica elaborada automaticamente,  
com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

FF676p Fonseca Júnior, Marco Antonio  
A política antitruste brasileira e sua capacidade de  
enfrentamento dos mercados digitais: uma proposta de  
regulação concorrencial das plataformas digitais / Marco  
Antonio Fonseca Júnior; orientador Amanda Linhares Martins  
Rivera Athayde. -- Brasília, 2022.  
301 p.

Dissertação (Mestrado - Mestrado em Direito) --  
Universidade de Brasília, 2022.

1. Antitruste. 2. Concorrência. 3. Digital. 4.  
Plataformas digitais. 5. Regulação. I. Athayde, Amanda  
Linhares Martins Rivera, orient. II. Título.

**MARCO ANTONIO FONSECA JÚNIOR**

**A POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA E SUA CAPACIDADE DE  
ENFRENTAMENTO DOS MERCADOS DIGITAIS: UMA PROPOSTA DE  
REGULAÇÃO CONCORRENCIAL DAS PLATAFORMAS DIGITAIS**

Dissertação apresentada como requisito parcial  
para obtenção do título de mestre em Direito  
pelo Programa de Pós-Graduação em Direito –  
PPGD, da Universidade de Brasília – UnB.

**BANCA EXAMINADORA**

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Amanda Athayde Linhares Martins Rivera  
Universidade de Brasília

Membros:

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Ana de Oliveira Frazão  
Universidade de Brasília

Prof.<sup>a</sup>. Dr.<sup>a</sup>. Juliana Oliveira Domingues  
Universidade de São Paulo

Prof.<sup>o</sup>. Dr.<sup>o</sup>. Victor Oliveira Fernandes (Suplente)  
Instituto Brasiliense de Direito Público

Brasília, 22 de abril de 2022.

Aos meus pais, Marco e Áurea, e a minha esposa, Cecília, em agradecimento por sua dedicação à família. Aos meus filhos, João Pedro e Elis, para que saibam que a educação é o maior legado que posso lhes deixar.

## AGRADECIMENTOS

Essa pesquisa materializa um sonho, o de estudar na Univeridade de Brasília. A semente desse sonho foi plantada em mim há três décadas pelos meus pais, Áurea e Marco, que nunca desistiram de me mostrar que a formação pessoal e acadêmica é um dos pilares da vida de um homem. Por isso, agradeço a meus pais por apoiarem meus sonhos e pelo suporte tão necessário para me manter firme nos meus propósitos. Agradeço por todas as renúncias de vida que fizeram para me possibilitar chegar aonde cheguei. A meu irmão Marcelo, obrigado pela parceria de vida.

Agradeço a minha esposa Cecília pela paciência e pela compreensão por todas as vezes que, para estudar, minha ausência a sobrecarregou com a criação do recém-nascido João Pedro e com a gestação da Elis. Sou grato pela vida em comum e, principalmente, pelo seu amor.

Meus sinceros agradecimentos à Professora Amanda Athayde que, sempre disponível e compreensiva, me encorajou, sobretudo nos momentos de aflição, a encarar a pesquisa sem receio e buscar um resultado verdadeiramente capaz de aperfeiçoar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Iniciei a pesquisa com uma orientadora, terminei com uma amiga.

Agradeço, por fim, aos colegas de trabalho, o que faço em nome dos amigos Bruno Drago, Daniel Andreoli, Milena Mundim e Paola Pugliese, pelo incentivo à minha formação acadêmica. A convivência com profissionais tão brilhantes certamente é refletida nessa pesquisa.

A vocês, muito obrigado.

## RESUMO

Essa dissertação trata de desafios enfrentados pelo direito concorrencial para a abordagem de questões oriundas das economias digitais. Diante do aparente descompasso instrumental e teórico do direito antitruste em face da economia digital e os novos mercados dela advindos, a pergunta a guiar a pesquisa foi a de quais seriam os modelos analíticos adequados à prevenção e repressão do abuso de poder de mercado na era digital, bem como quais as perspectivas para sua apropriada regulação jurídica. Como hipótese, ao final confirmada, considerou-se, no que toca às concentrações econômicas, a revisão do critério de notificação de operações às autoridades concorrenciais brasileiras e, no que diz respeito à repressão de práticas anticompetitivas, a adoção de standards mínimos de análise concorrencial para o mercado digital, com a inversão de certos ônus probatórios. Como resultado do trabalho, após uma extensa análise da doutrina especializada sobre o tema, sobretudo em relação aos modelos analíticos antitruste aplicáveis aos mercados digitais, além do estudo da jurisprudência internacional e das propostas legislativas das jurisdições concorrenciais mais avançadas, é apresentada proposta de regulação concorrencial dos mercados digitais a ser considerada no cenário brasileiro. Primeiramente, indica-se o modelo analítico antitruste que se entende deve ser adotado pelas autoridades concorrenciais brasileiras em relação aos mercados digitais. Além disso, propõe-se a criação da figura da Plataforma Digital Relevante, como sujeito passivo da regulação. São feitas, ainda, propostas relacionadas aos atos de concentração envolvendo tais Plataformas Digitais Relevantes, bem como às investigações por condutas anticompetitivas por elas praticadas. Aborda-se, também, iniciativas de promoção da defesa da concorrência em mercados digitais e alterações estruturais no Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade. A materializar a conclusão da pesquisa, é apresentada uma proposta de Resolução do Cade direcionada aos mercados digitais.

**Palavras-chave:** Antitruste; Concorrência; Digital; Plataformas digitais; Regulação.

## ABSTRACT

This thesis deals with the challenges faced by competition law to address issues arising from digital economies. In view of the seeming instrumental and theoretical mismatch of competition law and the digital economy and the new markets arising from it, the question that guided this research was what would be the appropriate analytical models for the prevention and repression of abuse of market power in the digital age, as well as the prospects for its legal regulation. As a hypothesis, confirmed at the end, it was considered, regarding the economic concentrations, the review of the criteria for submission of the transactions to the Brazilian competition authorities, and, regarding the repression of anticompetitive practices, the adoption of standards of competition analysis for the digital market, with the reversal of certain burdens of proof. As a result of this research, after an extensive analysis of the specialized doctrine on the subject, especially in relation to the antitrust analytical models applicable to the digital markets, in addition to the study of international jurisprudence and the legislative proposals of the most advanced competition jurisdictions, a proposal for regulation of digital markets under an antitrust perspective is presented. First, it is indicated the antitrust analytical model that is understood to be adopted by the Brazilian competition authorities in relation to digital markets. Furthermore, it is proposed the creation of the concept of Relevant Digital Platform, as the passive subject of the regulation. Proposals related to mergers involving such Relevant Digital Platforms are also made, as well as proposals regarding anticompetitive conducts practiced by them. It is also addressed advocacy initiatives in digital markets as well as structural changes in the Administrative Council for Economic Defense – CADE. In order to materialize the conclusion of the research, a bill for a CADE Resolution related to the digital markets is presented.

**Keywords:** Antitrust; Competition; Digital; Digital platforms; Regulation.

## LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Ilustração 1 – Elementos distintivos das plataformas digitais em relação aos mercados tradicionais.....	28
Ilustração 2 - Consequências do aumento do preço pago por usuários de plataformas digitais .....	31
Ilustração 3 – Cenário de autores neo-brandesianos e tradicionalistas em 2020 (Fase 1).....	57
Ilustração 4 – Cenário de autores neo-brandesianos, tradicionalistas e modernistas em 2022 (Fase 2) .....	71
Ilustração 5 – Pilares da estrutura do <i>Digital Markets Act</i> .....	85
Ilustração 6 – Capítulos do <i>Digital Markets Act</i> .....	88
Ilustração 7 – Fases legislativas a que se submeterá o <i>Digital Markets Act</i> (atualizado em janeiro de 2022) .....	91
Ilustração 8 – Critérios para a definição de gatekeepers e consequências de ser designado como tal, nos termos do DMA.....	94
Ilustração 9 – Investigações envolvendo mercados digitais na Europa, por tipo de conduta.	113
Ilustração 10 - Investigações envolvendo mercados digitais na Europa, por tipo de decisão	114
Ilustração 11 - Linha do tempo das investigações europeias envolvendo mercados digitais.	141
Ilustração 11 - Linha do tempo das investigações europeias envolvendo mercados digitais.	142
Ilustração 12 - Projetos de Lei norte-americanos sobre a regulação antitruste das plataformas digitais.....	144
Ilustração 13 - Investigações envolvendo mercados digitais na nos Estados Unidos da América, por tipo de conduta.....	167
Ilustração 14 – Investigações envolvendo mercados digitais nos Estados Unidos da América, por tipo de decisão .....	167
Ilustração 15 - Linha do tempo das investigações norte-americanas envolvendo mercados digitais.....	176
Ilustração 16 - Linha do tempo das investigações brasileiras envolvendo mercados digitais	203
Ilustração 17 - Linha do tempo das investigações europeias, norte-americanas e brasileiras envolvendo mercados digitais.....	205
Ilustração 18 - Investigações envolvendo mercados digitais no Brasil, por tipo de conduta.	207
Ilustração 19 - Investigações envolvendo mercados digitais no Brasil, por tipo de decisão..	207
Ilustração 20 - Classificação da jurisdição concorrencial europeia conforme o modelo analítico antitruste.....	216

Ilustração 21 - Classificação da jurisdição concorrencial norte-americana conforme o modelo analítico antitruste.....	216
Ilustração 22 - Classificação da jurisdição concorrencial brasileira conforme o modelo analítico antitruste.....	218
Ilustração 23 - Quadro comparativo dos sujeitos passivos da regulação concorrencial sobre mercados digitais – proposta de Plataforma Digital Relevante – PDR para o Brasil.....	225
Ilustração 24 - Engrenagem da regulação das plataformas digitais relevantes: compatibilidade da regulação proposta com o sistema jurídico atual .....	230
Ilustração 25 - Proposta de regulação dos mercados digitais no Brasil sob a perspectiva dos atos de concentração .....	237
Ilustração 26 - Proposta de regulação dos mercados digitais no Brasil sob a perspectiva das condutas anticompetitivas.....	244
Ilustração 27 - Proposta de regulação dos mercados digitais no Brasil sob a perspectiva da promoção da defesa da concorrência .....	246
Ilustração 28 - Proposta de regulação dos mercados digitais no Brasil sob a perspectiva das alterações estruturais no Cade.....	247
Ilustração 29 - Proposta de regulação dos mercados digitais no Brasil.....	248

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Abrasel	Associação Brasileira de Bares e Restaurante
ACM	Authority for Consumers and Markets
AFP	Agence France-Presse
AGCM	Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato
API	Application Programming Interface
APIG	Alliance de la Presse d'Information Générale
Cade	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CMA	Competition and Markets Authority
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
CoR	Committee of the Regions
CRM	Relacionamento com o Cliente
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
DMT	Digital Markets Taskforce
DMU	Digital Markets Unit
EESC	European Economic and Social Committee
EUR	Euro
FBA	Fulfilment by Amazon
FTC	Federal Trade Commission
GTME	Grupo de Trabalho de Métodos em Economia
IoT	Internet of Things
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PDR	Plataforma Digital Relevante
R\$	Reais
SEM	Search Engine Marketing
SEPM	Syndicat des Editeurs de la Presse Magazine
SMS	Strategic Market Status
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TPC	Cookies de Terceiros
USD	Dólar

## SUMÁRIO

1	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>15</b>
2	<b>MODELOS ANALÍTICOS ANTITRUSTE APLICÁVEIS À ECONOMIA DIGITAL .....</b>	<b>22</b>
2.1	DOS DESAFIOS À REGULAÇÃO NO CIBERESPAÇO .....	22
2.2	DAS PARTICULARIDADES DOS MERCADOS DIGITAIS .....	28
2.2.1	<b>Da estrutura dos mercados digitais .....</b>	<b>29</b>
2.2.2	<b>Da definição de mercado relevante .....</b>	<b>35</b>
2.2.3	<b>Da essencialidade dos dados.....</b>	<b>38</b>
2.2.4	<b>Da precificação nos mercados digitais .....</b>	<b>40</b>
2.2.5	<b>Da dinâmica concorrencial dos mercados digitais em face da economia comportamental .....</b>	<b>42</b>
2.3	DOS MODELOS ANALÍTICOS ANTITRUSTE APLICÁVEIS AOS MERCADOS DIGITAIS .....	44
2.3.1	<b>Dos primeiros movimentos doutrinários identificados sobre modelos analíticos dos mercados digitais aplicáveis ao direito concorrencial .....</b>	<b>46</b>
2.3.1.1	<i>Do movimento neo-brandesiano e do seu postulado de necessidade de reformulação do regime concorrencial .....</i>	<i>46</i>
2.3.1.2	<i>Da suficiência do atual sistema antitruste defendida pelos tradicionalistas ...</i>	<i>51</i>
2.3.1.3	<i>Da convergência entre as duas correntes.....</i>	<i>57</i>
2.3.2	<b>Da evolução das correntes doutrinárias originais sobre modelos analíticos dos mercados digitais aplicáveis ao direito concorrencial.....</b>	<b>59</b>
2.3.2.1	<i>Da Escola de Chicago como propulsora de nova corrente analítica dos mercados digitais sob a ótica do direito concorrencial .....</i>	<i>60</i>
2.3.2.2	<i>Da percepção do movimento neo-brandesiano como populista.....</i>	<i>64</i>
2.3.2.3	<i>Dos Modernistas .....</i>	<i>66</i>
2.3.3	<b>Da necessidade de reforma dos modelos analíticos antitruste nos mercados digitais verificada pela doutrina .....</b>	<b>71</b>
3	<b>DOS MODELOS ANALÍTICOS ADOTADOS PELAS JURISDIÇÕES EUROPEIA E NORTE-AMERICANA E SUAS CONSEQUÊNCIAS ÀS RESPECTIVAS POLÍTICAS ANTITRUSTE .....</b>	<b>75</b>
3.1	DA REALIDADE EUROPEIA SOBRE ANTITRUSTE E MERCADOS DIGITAIS .....	75

<b>3.1.1</b>	<b>Da evolução regulatória antitruste europeia entre 2020 e 2022 .....</b>	<b>77</b>
3.1.1.1	<i>Do levantamento de informações para a propositura do DMA pela Comissão Europeia.....</i>	<i>78</i>
3.1.1.2	<i>Da análise de impacto regulatório das propostas da Comissão Europeia de regulação antitruste das plataformas digitais e da escolha da melhor alternativa .....</i>	<i>81</i>
3.1.1.2.1	Do conceito de gatekeeper para fins de aplicação do DMA.....	82
3.1.1.2.2	Da opção de regulação antitruste escolhida pela Comissão Europeia e seus impactos à comunidade europeia .....	85
3.1.1.3	<i>Da proposta regulatória europeia – O DMA .....</i>	<i>88</i>
3.1.1.3.1	Capítulo I do DMA – Objeto, abrangência e definições.....	92
3.1.1.3.2	Capítulo II do DMA – Gatekeepers .....	93
3.1.1.3.3	Capítulo III do DMA – Práticas consideradas anticompetitivas por parte dos gatekeepers e suas respectivas obrigações.....	95
3.1.1.3.4	Capítulo IV do DMA – Procedimento de investigação de mercado.....	101
3.1.1.3.5	Capítulo V do DMA – Poderes de investigação, de execução e de acompanhamento .....	103
3.1.1.3.6	Capítulo VI do DMA – Disposições gerais .....	107
3.1.1.4	<i>Das propostas de alteração do texto do DMA.....</i>	<i>108</i>
3.1.1.5	<i>Da proposta regulatória do Reino Unido.....</i>	<i>109</i>
<b>3.1.2</b>	<b>Das investigações concorrenciais europeias envolvendo os mercados digitais</b>	<b>112</b>
3.1.2.1	<i>Da análise quantitativa das investigações antitruste europeias envolvendo os mercados digitais.....</i>	<i>112</i>
3.1.2.2	<i>Da análise qualitativa das investigações antitruste europeias envolvendo os mercados digitais.....</i>	<i>115</i>
3.1.2.2.1	Caso dos provedores de serviços de buscas - AT.39740 .....	116
3.1.2.2.2	Caso dos sistemas operacionais móveis – AT.40099 .....	116
3.1.2.2.3	Caso do uso indevido de dados pelo Facebook na Alemanha – B6-22/16 .....	117
3.1.2.2.4	Caso de intermediação de publicidade de busca online – AT.40411 .....	118
3.1.2.2.5	Caso da suficiência de informações prestadas a consumidores pelo Facebook – PS 11112 .....	119
3.1.2.2.6	Casos da atualização de aparelhos reduzindo o seu desempenho – PS 11009 e PS 110039.....	120

3.1.2.2.7	Caso dos termos e condições e práticas comerciais da Amazon – B2-88/18 .	121
3.1.2.2.8	Caso da vinculação do serviço de logística da Amazon ao selo Prime – A528	121
3.1.2.2.9	Caso da pré-instalação de aplicativos da Apple nos aparelhos – ACM/18/032693	122
3.1.2.2.10	Caso do bloqueio do uso do JuicePass pelo Google – A529 .....	123
3.1.2.2.11	Caso de servidores de publicidade para editores (DoubleClick)– 19/0030 F.	124
3.1.2.2.12	Caso do uso indevido de dados pela Amazon – AT.40462 .....	125
3.1.2.2.13	Aquisição da Giphy pelo Facebook .....	126
3.1.2.2.14	Casos dos sistemas de in-app da Apple – AT.40437 e AT.40652.....	126
3.1.2.2.15	Denúncia de venda casada do pacote Office com o aplicativo Microsoft Teams	127
3.1.2.2.16	Casos de utilização de dados de usuários para fins comerciais pelas operadoras de computação em nuvem – CV 194, CV 195, CV 196, PS 11147, PS 11149 e PS 11150 .....	128
3.1.2.2.17	Caso de restrição à exibição de conteúdo de sites de notícias pelo Google – 20/0083 F .....	129
3.1.2.2.18	Caso do mercado italiano de publicidade gráfica online – A542 – ICA .....	130
3.1.2.2.19	Caso de self-preferencing pela Amazon (Buy Box) – AT.40703 .....	130
3.1.2.2.20	Caso Facebook/Oculus.....	131
3.1.2.2.21	Aquisição da Fitbir pelo Google – M.9660 .....	131
3.1.2.2.22	Caso da remoção de cookies de terceiros (TPCs) pelo Google – 50972 .....	133
3.1.2.2.23	Caso da restrição de oferta de aplicativos pela Apple .....	134
3.1.2.2.24	Verificação da relevância concorrencial da Amazon pelo Bundeskartellamt	135
3.1.2.2.25	Casos dos termos de processamento de dados pelo Google – B7-61/21 .....	135
3.1.2.2.26	Caso da falta de clareza no acesso aos serviços de publicidade pelo Facebook – 19/0054 F .....	135
3.1.2.2.27	Caso de anúncios classificados e namoro online .....	136
3.1.2.2.28	Caso do uso indevido de dados pelo Facebook na Europa – AT.40684.....	137
3.1.2.2.29	Verificação da importância concorrencial da Apple pelo Bundeskartellamt..	137
3.1.2.2.30	Caso de oferta de serviços próprios de tecnologia na cadeia de fornecimento ad tech pelo Google – AT.40670 .....	138
3.1.2.2.31	Caso de acordo em relação a restrições às vendas de produtos Apples por terceiros na Amazon – S/0013/21 .....	138

3.1.2.2.32	Aquisição da Kustomer pelo Facebook na Alemanha .....	139
3.1.2.2.33	Aquisição da Kustomer pelo Facebook na União Europeia – M.10262.....	139
3.2	DA REALIDADE NORTE-AMERICANA SOBRE ANTITRUSTE E MERCADOS DIGITAIS .....	143
<b>3.2.1</b>	<b>Do relatório norte-americano <i>Investigation of Competition in Digital Markets, de 2020</i> .....</b>	<b>146</b>
3.2.1.1	<i>Da restauração da concorrência nos mercados digitais, nos termos do relatório norte-americano <i>Investigation of Competition in Digital Markets, de 2020</i>..</i>	146
3.2.1.2	<i>Do fortalecimento da legislação antitruste, nos termos do relatório norte-americano <i>Investigation of Competition in Digital Markets, de 2020</i> .....</i>	148
3.2.1.3	<i>Do fortalecimento do enforcement concorrencial nos termos do relatório norte-americano <i>Investigation of Competition in Digital Markets, de 2020</i> .....</i>	154
<b>3.2.2</b>	<b>Da evolução regulatória norte-americana .....</b>	<b>155</b>
3.2.2.1	<i>Do Projeto de Lei norte-americano H.R. 3825 – Ending Platform Monopolies Act .....</i>	155
3.2.2.2	<i>Do Projeto de Lei norte-americano S. 2992 – American Choice and Innovation Online Act .....</i>	158
3.2.2.3	<i>Do Projeto de Lei norte-americano H.R. 3826 – Platform Competition and Opportunity Act of 2021.....</i>	161
3.2.2.4	<i>Do Projeto de Lei norte-americano S. 228 – Merger Filing Fee Modernization Act of 2021 .....</i>	163
<b>3.2.3</b>	<b>Da Executive Order on Promoting Competition in the American Economy</b>	<b>163</b>
<b>3.2.4</b>	<b>Das investigações concorrenciais norte-americanas envolvendo os mercados digitais .....</b>	<b>165</b>
3.2.4.1	<i>Da análise quantitativa das investigações antitruste norte-americanas envolvendo os mercados digitais .....</i>	166
3.2.4.2	<i>Da análise qualitativa das investigações antitruste norte-americanas envolvendo os mercados digitais .....</i>	168
3.2.4.2.1	Caso dos mercados de busca e propaganda de busca – 1:20-cv-03010.....	169
3.2.4.2.2	Aquisição do Instagram e do WhatsApp pelo Facebook – 191 0134.....	170
3.2.4.2.3	Caso das killer acquisitions do Facebook – Ação Civil nº 20-3589 (JEB).....	170
3.2.4.2.4	Caso do mercado de anúncios online – 1:21-md-03010-PKC.....	171

3.2.4.2.5	Caso da exclusividade em relação a canais de distribuição e pontos de acesso em dispositivos móveis.....	172
3.2.4.2.6	Caso da fixação de preços de varejo online pela Amazon.....	173
3.2.4.2.7	Caso das taxas cobradas pelo Google pelas vendas na Play Store – 31:21-cv-05227.....	173
3.2.4.2.8	Caso da remoção do Fortnite da App Store e Google Store – 4:20-cv-05640-YGR.....	174
<b>4</b>	<b>DA PROPOSTA DE REGULAÇÃO ANTITRUSTE DOS MERCADOS DIGITAIS NO BRASIL .....</b>	<b>178</b>
4.1	DA REALIDADE BRASILEIRA SOBRE ANTITRUSTE E MERCADOS DIGITAIS .....	178
<b>4.1.1</b>	<b>Da evolução regulatória antitruste brasileira entre 2020 e 2022.....</b>	<b>179</b>
<i>4.1.1.1</i>	<i>Do Documento de Trabalho n°. 005/2020 – Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados, de 2020 .....</i>	<i>180</i>
4.1.1.1.1	Da prescindibilidade de mudança dos objetivos do direito concorrencial.....	182
4.1.1.1.2	Da necessidade do maior uso de medidas cautelares e preventivas.....	183
4.1.1.1.3	Da necessidade de alteração de standards e ônus probatórios .....	183
4.1.1.1.4	Da necessidade de tratamento não discriminatório por parte das plataformas dominantes .....	184
4.1.1.1.5	Da necessidade de portabilidade e interoperabilidade de dados.....	185
4.1.1.1.6	Da adoção de novos critérios de notificação de operações de fusão e aquisição às autoridades concorrenciais .....	185
4.1.1.1.7	Da criação de órgão regulador dedicado aos mercados digitais .....	187
4.1.1.1.8	Das conclusões do Documento de Trabalho n° 005/2020.....	187
<i>4.1.1.2</i>	<i>Do Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021 .....</i>	<i>188</i>
4.1.1.2.1	Dos atos de concentração decididos pelo Cade envolvendo plataformas digitais nos termos do Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021	189
4.1.1.2.2	Das investigações de condutas anticompetitivas conduzidas pelo Cade envolvendo plataformas digitais nos termos do Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021 .....	192
4.1.1.2.2.1	Das mais recentes investigações concorrenciais brasileiras envolvendo mercados digitais não abrangidas pelo Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021 .....	194

4.1.1.2.2.1.1	<i>Da medida preventiva imposta ao iFood em 2020.....</i>	195
4.1.1.2.2.1.2	<i>Da medida preventiva imposta à Gympass em 2020 .....</i>	197
4.1.1.2.2.1.3	<i>Da investigação da indústria farmacêutica por práticas anticompetitivas no mercado de trabalho para a indústria de healthcare em 2021 .....</i>	199
4.1.1.2.2.1.4	<i>Das restrições impostas pelo Cade à aquisição da J3 Logística pela ClickBus em 2022 .....</i>	201
4.1.1.2.2.2	Das análises quantitativa e qualitativa das investigações brasileiras envolvendo mercados digitais .....	206
4.1.1.2.2.2.1	<i>Da análise quantitativa das investigações antitruste brasileiras envolvendo os mercados digitais .....</i>	206
4.1.1.2.2.2.2	<i>Da análise qualitativa das investigações antitruste brasileiras envolvendo os mercados digitais .....</i>	208
4.1.1.2.3	Das conclusões do Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021.....	209
4.2	DA PROPOSTA DE REGULAÇÃO ANTITRUSTE DOS MERCADOS DIGITAIS .....	211
<b>4.2.1</b>	<b>Da proposta de modelo analítico antitruste a ser adotado em relação aos mercados digitais no Brasil .....</b>	<b>211</b>
<b>4.2.2</b>	<b>Da criação da figura da Plataforma Digital Relevante.....</b>	<b>219</b>
<b>4.2.3</b>	<b>Da proposta regulatória antitruste sob a perspectiva dos atos de concentração econômica.....</b>	<b>226</b>
4.2.3.1	<i>Dos critérios de notificação das operações envolvendo Plataformas Digitais Relevantes sob a perspectiva dos atos de concentração econômica .....</i>	226
4.2.3.2	<i>Dos critérios para análise de mérito das operações envolvendo Plataformas Digitais Relevantes sob a perspectiva dos atos de concentração econômica</i>	230
4.2.3.2.1	Da definição de mercado relevante nas operações envolvendo Plataformas Digitais Relevantes e o consequente rito de análise a ser adotado pelo Cade sob a perspectiva dos atos de concentração econômica .....	231
4.2.3.2.2	Da redefinição do ponto focal da análise antitruste para a concorrência potencial sob a perspectiva dos atos de concentração econômica.....	234

4.2.3.2.3	Da adoção de presunções relativas em relação às operações realizadas por Plataformas Digitais Relevantes sob a perspectiva dos atos de concentração econômica .....	235
<b>4.2.4</b>	<b>Da proposta regulatória antitruste sob a perspectiva das condutas anticompetitivas .....</b>	<b>237</b>
4.2.4.1	<i>Da presunção de poder de mercado das Plataformas Digitais Relevantes sob a perspectiva das condutas anticompetitivas.....</i>	<i>238</i>
4.2.4.2	<i>Da adoção de presunções relativas em favor da acusação sob a perspectiva das condutas anticompetitivas.....</i>	<i>239</i>
4.2.4.3	<i>Da maior utilização do instrumento da Medida Preventiva sob a perspectiva das condutas anticompetitivas.....</i>	<i>240</i>
4.2.4.4	<i>Da desnecessidade de positivação de rol de condutas ilícitas praticadas por Plataformas Digitais Relevantes sob a perspectiva das condutas anticompetitivas .....</i>	<i>242</i>
<b>4.2.5</b>	<b>Do incentivo à promoção da defesa da concorrência em mercados digitais</b>	<b>244</b>
<b>4.2.6</b>	<b>Das alterações estruturais necessárias à defesa da concorrência nos mercados digitais.....</b>	<b>246</b>
<b>4.2.7</b>	<b>Conclusão das propostas apresentadas no formato de Resolução do Cade</b>	<b>247</b>
<b>4.2.8</b>	<b>Da proposta de Resolução do Cade para a regulação dos mercados digitais</b>	<b>249</b>
<b>5</b>	<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>257</b>
	<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>277</b>

## 1 INTRODUÇÃO

A busca pelo novo sempre fascinou a humanidade. As sociedades historicamente se mostraram avessas à estabilidade e à estagnação. O anseio constante, proposital e racional pela evolução é, inclusive, uma das características que distingue o homem dos outros animais.

Na história moderna, tal esforço evolutivo tem se materializado na tecnologia no ciberespaço. A destruição criadora *schumpeteriana* (SCHUMPETER, 2017) nunca foi tão facilmente percebida e compreendida. O processo de evolução industrial, informacional e tecnológico tem revolucionado a estrutura de toda a sociedade, principalmente o arranjo econômico dos mercados.

Se muito se evoluiu para se chegar ao ápice da sociedade industrial, resultado de um processo de equalização dos direitos sociais frente aos objetivos do capitalismo, fato é que esse movimento desenvolvimentista se dirige à transição da sociedade industrial para a informacional, gerando efeitos e causando rupturas nas ordens jurídica e social. Aproximamo-nos, em verdade, do que Castells (2002) chamaria de capitalismo informacional.

Flingstein (2002, p. 17) afirma que, invariavelmente, em algum momento as sociedades sofrem transformações. Tais transformações fogem ao controle dos agentes dominantes e decorrem de fatores múltiplos tais como ações do próprio Estado ou crises econômicas (2002, p. 84). No atual cenário do planeta, pode-se afirmar que a circunstância disruptiva foi salientada pela pandemia do SARS-CoV2, enfrentada por todas as nações, que impôs o isolamento social, conferindo maior importância e relevância ao ciberespaço.

A universalização do acesso à internet faz com que a sociedade se torne cada vez mais digital, conectada e dependente das novas tecnologias de informação e comunicação. O Brasil, um dos países com mais usuários ativos de internet, percebe tal efeito de forma potencializada. Além disso, a pandemia que se enfrenta, com a consequente necessidade de isolamento social, evidenciou sobremaneira tal cenário. Em verdade, da situação que hoje se impõe, de total e geral imersão da sociedade no ciberespaço, emergem novas relações jurídicas e, conseqüentemente, novas questões que carecem de regulação normativa.

Para alguns, quando isso ocorre surge a necessidade de criação de um novo regramento que regerá as condutas na nova realidade –, no ciberespaço, visando a

manutenção da higidez do ambiente virtual e a prevenção e repressão de abusos. É exatamente nesse sentido que Curtis Milhaupt e Katharina Pistor (2008) defendem que os legisladores e até mesmo os magistrados devem estabelecer regras mais adequadas à nova realidade.

Nesse contexto, pergunta-se: e o Direito? O sistema jurídico vem evoluindo na mesma velocidade do sistema cibernético? O ciberespaço, que nunca foi tão frequentado, seria um ambiente seguramente regulado pelas leis vigentes? Tais perguntas aplicar-se-iam a todo e qualquer ramo do direito, todos eles afetados pelo avanço repentino e avassalador da tecnologia, uns mais, outros menos.

Por bastante tempo, os entusiastas da internet acreditavam ser o ciberespaço imune à regulação estatal, não porque o Estado não possuía a pretensão de regular a internet, mas porque não tinha capacidade técnica para tanto (BOYLE, 2017, p. 178). E tal clichê, como denomina James Boyle, prevaleceu por muito tempo. Em verdade, ainda há em muitas pessoas, jurídicas inclusive, frise-se, o sentimento de que o ciberespaço é uma terra sem leis, um ambiente no qual abusos não são rastreáveis ou, no limite, de difícil detecção. De fato, o ciberespaço ainda inspira em muitos a sensação de total anonimato e impessoalidade, sendo percebido como um espaço livre para condutas que não se querem ver descobertas.

Tal situação tem seu fundo de verdade. Há dúvidas que atualmente tomam lugar no ambiente virtual quanto a aplicabilidade e eficácia do ordenamento jurídico vigente sobre o ciberespaço. Para se dizer o mínimo, os problemas vão desde a competência para a aplicação transnacional de normas, a natureza dos conteúdos objetos do ciberespaço, além da distribuição e capilaridade dos usuários da internet (BOYLE, 2017, p. 178).

Para o direito antitruste a situação não é diferente. Diante do cenário atual, principalmente da forma de atuação das gigantes da tecnologia no ciberespaço, o direito concorrencial entrou em crise, levando pesquisadores e autoridades mundo afora a discutirem desde os objetivos do antitruste até o ferramental analítico a ser considerado nos mercados digitais.

Diversos desdobramentos despontam do cenário atual da tecnologia em face da defesa da concorrência no Brasil e no mundo. Além da insuficiência prática da regulamentação jurídica a ela subjacente, percebe-se uma carência, ou, se menos, uma incipiência, dos estudos teóricos que buscam avaliar a maneira adequada de análise da questão pelo direito brasileiro, especialmente o direito concorrencial.

O direito antitruste e a defesa da concorrência são apontados como uma das possíveis soluções verdadeiramente eficientes para conter o avanço das *big techs*. Não obstante, apesar do instigante desafio a juristas e economistas para o desenvolvimento de ferramentas analíticas e regulatórias aplicáveis a mercados em constante e rápida evolução, muito pouco foi feito. Rodrigo Fialho Borges (BORGES, 2020) ressalta, inclusive, a ausência de estudos retrospectivos em relação ao cenário concorrencial brasileiro.

Em verdade, em face da concentração do mercado e das dúvidas quanto à legalidade de diversos comportamentos das *big techs*, há indicativos de que os métodos tradicionais de análise antitruste não se aplicam à era digital. A grande maioria dos conceitos e ferramentas desenvolvidos para examinar mercados tradicionais somente seriam minimamente aplicáveis aos mercados digitais com consideráveis adaptações (EVANS; SCHMALENSEE, 2013).

A quarta revolução industrial, que, segundo Klaus Schwab (2018), é marcada pela velocidade, alcance e impacto dos sistemas, fez emergir no âmbito do direito concorrencial movimentos como *antitruste 4.0* e neo-brandesiano, também chamado de *hipster antitrust*, mas que vem se afastando de tal denominação por conter, para alguns, carga pejorativa, que representam a necessidade de reformulação da teoria e do instrumental antitruste para lidar com as novas tecnologias, dados e mercados digitais.

Para os defensores desse novo movimento, o advento e a expansão da internet e novas tecnologias trouxeram problemas para o direito que demandam a adaptação de objetivos legais e conceitos jurídicos, a elaboração de novas categorias jurídicas e até mesmo o desenvolvimento de uma regulação nova capaz de endereçar as questões da era digital.

No âmbito das concentrações econômicas, os desafios passam pela própria avaliação das características das transações entre agentes atuantes no mercado digital e tecnológico, bem como pela necessidade de alteração do atual método de análise destas operações pelas autoridades concorrenciais. Igualmente, ainda não há consenso sobre a adequada metodologia de análise das fusões e aquisições em nível global, bem como sobre a efetividade de remédios extraterritoriais que buscam endereçar as preocupações concorrenciais delas advindas.

No que tange a repressão a condutas anticompetitivas, a era digital traz desafios relacionados ao exame dos novos tipos de infrações concorrenciais, tais como colusão

propiciada por algoritmos, recusa de contratar e recusa de acesso a dados, venda casada no mercado digital, *margin squeeze*, oportunismo compulsório, alavancagem discriminatória, além do uso cruzado de conjunto de dados com fins ilícitos (SCHREPEL, 2018).

A política antitruste em relação ao tema não é unânime. Enquanto a Europa vem empreendendo verdadeira cruzada contra os abusos de posição dominante das *big techs*, os Estados Unidos da América, apenas recentemente têm se revelado menos lenientes em relação à atuação dessas empresas. No Brasil, ainda não há um posicionamento consolidado por parte das autoridades concorrenciais.

O fato é que a nova arquitetura dos mercados exige adaptação das ciências jurídicas para o adequado enfrentamento das mudanças impostas pela inovação tecnológica. Na seara concorrencial, apesar da premente necessidade de evolução do direito antitruste, no Brasil, ainda há pouca pesquisa e estudo referentes ao tema. E tal estagnação gerou efeitos (KIRA, 2019).

Na última década, importantes operações de concentração do mercado digital ocorreram sem chamar a atenção das autoridades concorrenciais, tais como as compras do Instagram e do WhatsApp pelo Facebook. Igualmente, as *big techs*, detentoras de posição dominante no mercado, perpetraram práticas que podem ter limitado a concorrência no setor, bem como impedido a entrada e desenvolvimento de concorrentes. Parecem ser necessárias, assim, alterações no sistema analítico nos dois vieses da política antitruste, preventivo e repressivo.

Como se pretende demonstrar ao longo deste trabalho, no que tange às concentrações econômicas, viés preventivo, há indicativos no sentido de ser apropriada a revisão do critério de notificação de operações às autoridades concorrenciais brasileiras. O atual sistema, que se baseia apenas no faturamento das partes envolvidas, parece não ser suficiente para endereçar os problemas concorrenciais destas operações, sobretudo num cenário em que as adquiridas geralmente são *startups* ou empresas que, apesar do desenvolvimento de produtos potencialmente lucrativos, ainda não registraram receitas relevantes. Assim, prudente a definição de critérios alternativos para a avaliação da necessidade de notificação de operações às autoridades concorrenciais, como o valor da operação, *valuation* das empresas envolvidas ou consideração do conjunto de operações realizadas num determinado período, mas não somente seu faturamento bruto no ano anterior à operação, como determina o atual regimento jurídico brasileiro.

Além disso, este estudo tem a intenção de demonstrar ser de suma importância a alteração no modelo de análise das operações submetidas às autoridades concorrenciais, haja vista que, na maioria dos casos, o sistema atual faz com que estas sejam examinadas sob procedimentos sumários, sem o necessário aprofundamento da avaliação de seus impactos concorrenciais. Assim sendo, o critério de definição de mercado relevante apenas por produto parece ser obsoleto e merece revisão, posto que muitas vezes, apesar de se tratar de setores integrados, as empresas envolvidas podem argumentar que atuam em *mercados distintos*, o que, em tese, não suscitaria preocupações concorrenciais. Nesse sentido, a adaptação do teste do monopolista hipotético<sup>1</sup>, bem como a consideração de externalidades decorrentes dos múltiplos agentes envolvidos nos vários lados do mercado parecem ser imperiosas.

No que concerne à repressão de práticas anticompetitivas neste mercado, viés repressivo, pretende-se comprovar neste trabalho, ser necessário o aperfeiçoamento do ferramental analítico dessas questões. Os métodos tradicionais de análise revelam certa obsolescência em face do dinamismo da era digital. Há clara necessidade de se trazer standards mínimos de análise concorrencial para o mercado digital. Nesse contexto, alguns aspectos devem ser considerados, tais como: a exploração do *big data* e a ponderação de parâmetros para a adequada análise de substitutibilidade dos produtos e serviços no mundo online e offline, bem como a revisão dos critérios para definição de poder de mercado, que nos mercados digitais pode se dar pela influência, muitas vezes velada ou operada por inteligência artificial.

O fato é que, sendo certo que a estrutura institucional que regula a defesa da concorrência é fator decisivo para seu sucesso, a adequação do regime antitruste às plataformas de internet e mercados digitais depende, ao menos parcialmente, do arcabouço jurídico a elas aplicável (COUTINHO, 2013). Portanto, é fundamental que sejam estudados e debatidos os limites do atual instrumental analítico aplicáveis aos mercados digitais, bem como as mudanças necessárias, em termos de poderes, funções e recursos (KIRA, 2019).

---

<sup>1</sup> Nas palavras do Departamento de Estudos Econômicos do Cade e do Grupo de Trabalho de Métodos em Economia (GTME - GT nº. 3), no Documento de Trabalho nº 001/10, denominado “Delimitação de Mercado Relevante” (BRASIL, 2010), segundo o teste do monopolista hipotético, o mercado relevante é definido como o menor grupo de produtos e a menor área geográfica necessários para que um suposto monopolista esteja em condições de impor um “pequeno porém significativo e não transitório” aumento de preços.

Assim, a produção de uma regulação atenta às novas particularidades da era digital, com ferramental adequado ao enfrentamento das questões antitruste dela advindas, é o grande desafio a envolver o tema, sobretudo considerando os diversos interesses de poderosos agentes econômicos presentes nos mercados digitais, o direito de potenciais entrantes nesse segmento, além dos interesses dos consumidores usuários da internet.

Ainda há inúmeras dúvidas sobre como deve ser aplicado o direito antitruste na economia digital, sendo questionável se as autoridades de defesa da concorrência dispõem das ferramentas necessárias para coibir o abuso de posição dominante de agentes atuantes nesses mercados.

Diante de tal cenário, buscou-se neste trabalho o esboço de um modelo regulatório e analítico das questões concorrenciais envolvendo a sociedade informacional que, ao mesmo tempo em que auxilia na promoção do desenvolvimento da concorrência e no crescimento da atividade econômica nos mercados digitais, é apto a evitar os abusos de posições dominantes de agentes econômicos, bem como os imperativos sociais que também são um ingrediente adicional sempre que se pensa em defesa da concorrência.

Esclareça-se, ainda, que essa pesquisa também envolve outros campos em fase inicial de estudo pelas ciências jurídicas, tais como o direito à privacidade no mundo virtual, as questões legais envolvendo *big data*, a proteção de dados pessoais, dentre outras. Assim, ganham relevância abordagens não somente sob a ótica do direito concorrencial, mas também do direito digital, econômico, regulatório e do próprio direito comparado. Embora o enfoque deste trabalho não seja imiscuir-se em cada uma dessas disciplinas, um olhar mais abrangente pôde auxiliar a visualização do próprio panorama com que se depara.

Em outras palavras, este estudo tem como tema principal a análise dos impactos à concorrência decorrentes da inovação tecnológica, bem como o necessário endereçamento das questões advindas do mercado digital, em constante evolução, pelo direito concorrencial brasileiro.

Busca-se enfrentar as complexas questões emergentes da sociedade informacional. Almeja-se que a análise de casos práticos e novas abordagens teóricas aqui tratadas tenham impacto na criação e interpretação do direito, contribuindo para o desenho e implementação de normas jurídicas, bem como para que as decisões tomadas

pelas autoridades concorrenciais sejam mais adequadas ao momento de desenvolvimento tecnológico (KIRA, 2019).

Em resumo, a presente pesquisa se presta a responder, considerando o aparente descompasso instrumental e teórico do direito antitruste atual frente à economia digital e os novos mercados dela advindos, quais seriam os modelos analíticos adequados à prevenção e repressão do abuso de poder de mercado na era digital, bem como quais as perspectivas para uma apropriada regulação jurídica do assunto.

Já a hipótese de pesquisa passa, no que tange as concentrações econômicas, viés preventivo, pela revisão do critério de notificação de operações às autoridades concorrenciais brasileiras, mediante a adoção de critérios alternativos que não apenas o faturamento das partes envolvidas, e, no que diz respeito à repressão de práticas anticompetitivas, pela adoção de standards mínimos de análise concorrencial para o mercado digital, com a inversão de certos ônus probatórios.

Para endereçar as questões acima pontuadas, além desta introdução, o trabalho conta com cinco Capítulos. Após essa introdução, no segundo Capítulo, são abordados os modelos analíticos aplicáveis à economia digital, cotejando-se argumentos contrários e a favor da suficiência do atual sistema antitruste para o endereçamento das questões afetas aos mercados digitais. O terceiro Capítulo dedica-se ao direito comparado, avaliando-se a experiência internacional, o que terá como base a correlação dos respectivos modelos analíticos e a evolução dos sistemas antitruste das autoridades que se considera mais avançadas.

No quarto Capítulo, que possui maior densidade e concentra os resultados da pesquisa realizada, são propostas de melhorias ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Por fim, o quinto e último Capítulo é dedicado à exposição das conclusões da pesquisa e encerra o presente trabalho.

## 2 MODELOS ANALÍTICOS ANTITRUSTE APLICÁVEIS À ECONOMIA DIGITAL

O primeiro passo a ser dado em relação à análise do direito antitruste frente aos mercados digitais passa necessariamente pelo exame dos modelos analíticos a eles aplicáveis.

Nesse sentido, um dos principais desafios desta pesquisa, e não poderia ser diferente, em se tratando de mercados digitais, foi a rapidez da evolução do tema. Quando iniciada a pesquisa, em 2020, havia um dado cenário dos modelos analíticos e das correntes doutrinárias aplicáveis ao tema. No início de 2021, contudo, como tal cenário começou a se modificar e as correntes, então, se subdividiram e formaram outras. Já no momento de conclusão da pesquisa, no final de 2021, o estado da arte se revelou diferente, tanto daquele de 2020, quanto do existente no início de 2021. Diante disso, o que se pretende abordar neste Capítulo é a rápida evolução do tema.

Primeiramente, serão explicados os desafios à regulação no ciberespaço como um todo (Capítulo 2.1). Após, far-se-á o exame das características que distinguem os mercados digitais das economias tradicionais (Capítulo 2.2), passando pela estrutura desses mercados (Capítulo 2.2.1), pela forma de definição de mercado relevante (Capítulo 2.2.2), pela essencialidade dos dados (Capítulo 2.2.3), pela sua forma de precificação (Capítulo 2.2.4) e, também, pela sua dinâmica concorrencial (Capítulo 2.2.5).

Após, serão analisados os modelos analíticos dos mercados digitais (Capítulo 2.3), tanto o cenário que se encontrou quando do início dessa pesquisa (Capítulo 2.3.1), quanto do que se revelou quando da sua conclusão (Capítulo 2.3.2). Por fim, abordar-se-á a necessidade de reforma do modelo analítico atual (Capítulo 2.3.3).

### 2.1 DOS DESAFIOS À REGULAÇÃO NO CIBERESPAÇO

A revolução da tecnologia fez com que os rumos da sociedade fossem mudados. Atualmente, a *Internet of Things* (IoT) materializa um ambiente totalmente interconectado, com sistemas que se comunicam entre si e com os usuários, inclusive com objetos físicos, que se inserem nesse cenário através de softwares e sensores que transmitem dados para uma rede. Nesse contexto, a era digital se fez terreno fértil para as discussões sobre a aplicabilidade e eficácia do direito tradicional no ciberespaço.

Frise-se que o ciberespaço, apesar de imaterial, deve ser entendido como conectado e incluído em um espaço emergente em rede que é habitado por pessoas reais, usuários de carne e osso e que são capturados pela experiência, como ensina Julie Cohen (2007, p. 255).

A complexidade desse ambiente, marcado pelo entrelaçamento de elementos tangíveis e intangíveis, nem em seus mais extremos devaneios, poderia ser concebida por aqueles que introduziram a ideia de regulação no mundo jurídico. Charles Adams, Louis Brandeis ou James Landis (MCCRAW, 1986), por exemplo, muito dificilmente conseguiriam imaginar que suas discussões acerca da necessidade de contenção do poder econômico de agentes atuantes nos mercados ferroviário, óleo e gás ou energia elétrica atingiriam um setor marcado pela imaterialidade, como o digital. Coube, por óbvio, à doutrina regulatória moderna a análise do tema. No entanto, ledo engano de quem acredita que a matéria ganhou espaço apenas nos últimos anos.

Por bastante tempo, os entusiastas da internet acreditavam ser o ciberespaço imune à regulação estatal, não porque o estado não possuía a pretensão de regular a internet, mas porque não tinha capacidade técnica para tanto. Esse entendimento, como ensina James Boyle (2017, p. 178), prevaleceu por muito tempo. Em verdade, ainda há em muitos o sentimento de que o ciberespaço é uma terra sem leis, um ambiente no qual abusos são indetectáveis.

De fato, tal sentimento tem fundamento. Há incerteza quanto a aplicabilidade e eficácia do atual ordenamento jurídico no ciberespaço. Os desafios vão desde a competência para a aplicação transnacional de normas, a natureza dos conteúdos objeto do ciberespaço, até a distribuição e capilaridade dos usuários da internet (BOYLE, 2017, p. 178).

Ocorre que tal questão não é nova ao direito. Há ao menos uma década têm sido produzidos estudos sobre o tema, que merecem, por sua robustez e vanguardismo, menção neste trabalho. Em verdade, para se conferir maior solidez teórica a esta pesquisa, será dado um passo atrás, a fim de entender o que pavimentou a sinuosa estrada de discussões regulatórias dos mercados digitais.

Lawrence Lessig, ao menos desde 1997, já identificara o problema e apontava uma possível solução à regulação do ciberespaço. Lessig explica que há três formas de regulação no mundo real: a lei, as normas sociais e a natureza. Diante desses três elementos, a regulação foca no mais plástico deles, a lei. No mundo real, seria a lei a

forma de regulação mais óbvia (LESSIG, 1997, p. 183). Normas sociais seriam imposições de ordem moral e decorrentes da vida em sociedade. Já a regulação decorrente da natureza seria aquela pela qual não se permite determinada conduta pelas próprias limitações naturais que a permeiam (por exemplo, a impossibilidade de se enxergar através de uma parede).

No ciberespaço, por outro lado, as três formas de regulação mudam ligeiramente. Lessig explica que, no ambiente virtual, a natureza seria o que o autor chama de *code*. Tal *code* seriam os softwares que fazem o ciberespaço como ele é e que criam uma série de restrições de como alguém deve se comportar no ciberespaço (1997, p. 183).

Em verdade, explica o autor que o comportamento no ciberespaço seria regulado pela lei quando esta, por exemplo, trata de proteção a direitos autorais, sendo que, nestes casos, remanesceria a possibilidade de punição *ex post*. O quanto eficiente isso seria, é outra questão.

Lessig continua explicando que as normas sociais também regulam o comportamento no ciberespaço. Isso ocorre, por exemplo, quando não se admite a discussão de certos assuntos em determinados fóruns virtuais. Nesses casos, novamente há o tratamento da questão mediante aplicações de sanções a posteriori.

Por fim, o autor explica que, de forma análoga à natureza no mundo real, o *code* regula os comportamentos no ciberespaço. A substância das restrições relacionadas ao *code* pode variar, mas se funda basicamente nas condições de acesso das pessoas ao ciberespaço, quando, por exemplo, apenas se permite o acesso de indivíduos a certas plataformas mediante identificação por login e senha. A verdade é que o *code*, isto é, softwares ou protocolos, que são recursos selecionados por programadores de códigos, restringem comportamentos e tornam outros possíveis. Configuram verdadeira barreira física, se é que se pode dizer isso no ciberespaço, e são, portanto, uma forma de regulação.

Nesse cenário, Lessig constata que, no ciberespaço, o *code* é o elemento mais plástico, mas não a lei, como no mundo real. Em outras palavras, no ciberespaço a regulação mais efetiva seria aquela que se dá por meio do *code*, mas não da lei. Isso porque, ao passo em que no mundo real é relativamente difícil se furtar ao cumprimento da lei, no ciberespaço isso é muito mais simples. A verdade é que, no ambiente virtual, os papéis se invertem, tendo a lei menor prevalência, por questão de detecção de desvios e *enforcement*, por exemplo, do que tem no mundo real. Nesse sentido, elucidativa é a

lição de Lessig quando diz “[...] in real space, law is at center stage, and code is an afterthought. In cyberspace, the game is code. Law is a side-show” (1997, pp. 183–184).

Ao discorrer sobre a preponderância do *code* sobre a lei no ciberespaço, Lessig, brilhantemente, apurou que, enquanto a lei e as normas sociais regulam de forma mediata, isto é, mediante uma punição *ex post*, o *code* exerce coerção imediatamente. Em outras palavras, no ciberespaço se vive de acordo com o *code*, pois não se pode fazer o que o software ou protocolo não permite (1997, p. 184). Trata-se, portanto, de uma regulação extremamente eficiente, pois não se dá ao usuário, sequer, a possibilidade de desviar seu comportamento.

Ocorre que, no ciberespaço, o *code* pode ser regulado por entes privados. Na era das gigantes da tecnologia, detentoras de dados eletrônicos e proprietárias dos softwares por meio dos quais se materializa o ciberespaço, tal situação é extremamente delicada, mormente porque tal poder pode propiciar, e até mesmo incentivar, abusos, que, inclusive, chegam a ter conotação política e configurar ameaça à democracia.

Portanto, ao que tudo indica, sob o ponto de vista da autoridade reguladora, a necessidade de alteração legislativa se torna menos relevante no ciberespaço, ao passo que a regulação por meio do *code* se torna mais forte e essencial. Trata-se, em verdade, de uma questão de eficiência, pois a regulação através do *code* se torna muito menos custosa do que aquela feita por meio da legislação, tanto em relação ao tempo e ao desgaste político, quanto em relação ao seu *enforcement*.

Relembre-se que tal conclusão, apesar de extremamente atual, foi alcançada em 1997. Ou seja, o tema foi, ainda é e, provavelmente, será atual enquanto a tecnologia estiver em desenvolvimento.

E o estudo do tema progrediu. Em obra mais recente, de 2003, mantendo a coerência com a análise anterior, Lessig defende que nem sempre mais leis ou mais direitos são a melhor alternativa. Para ilustrar tal questão, o autor recorre ao exemplo dos direitos de propriedade intelectual, que são extremamente necessários, mas que se garantidos em demasia chegam a desincentivar a inovação. Em relação ao direito de privacidade, o mesmo acontece (LESSIG, 2003, p. 2).

O regulador deve, portanto, encontrar um meio-termo, um balanceamento, sobretudo porque no ciberespaço as leis rígidas podem se tornar ineficientes de forma muito rápida em decorrência da evolução da tecnologia. Lessig novamente exemplifica com a questão dos direitos de propriedade intelectual: quando se permite que internautas

compartilhem arquivos diretamente (*peer to peer*), a lei de direitos autorais ainda está vigente, mas não é eficiente para evitar excessos e violações, apesar de na época dos discos e CDs funcionar bem. Portanto, mais do que existir a lei, é necessária a regulação do *code*, de modo a prevenir abusos (LESSIG, 2003, p. 4).

O autor lembra que, num momento anterior, a impossibilidade de se saber a identidade dos internautas dificultava o monitoramento de certas ações pelos governos. No entanto, quando se mudou a tecnologia, inserindo-se os *cookies*, a identidade das pessoas se tornou mais rastreável, facilitando o acompanhamento de certas situações pelas autoridades reguladoras (LESSIG, 2003, p. 5). Frise-se que tal mudança não decorreu de lei, mas de uma alteração tecnológica, ou seja, do *code*.

Nesse sentido, importante lembrar da lição de Julie Cohen, já em 2007, que tratou da permeabilidade do ciberespaço por questões não só legais (para Lessig, “*lei*”), mas técnicas (para Lessig, “*code*”). Segundo a autora, há algo único sobre o ciberespaço que é, simultaneamente, a regulamentação legal e o projeto técnico, sendo que se deve considerar constantemente as interações entre eles. No entanto, o cotejamento dessas duas faces de uma forma pragmática ainda é um trabalho em andamento (COHEN, 2007, p. 255).

E nem se flerte com a ideia de não regular, que, inclusive, é uma opção legítima do regulador para certas circunstâncias. A verdade é que, alguma regulação é melhor que nenhuma. Por exemplo, pornografia não é algo proibido, mas seu consumo deve ter filtros. No entanto, a demasia de leis não é necessariamente a solução para a regulação do ciberespaço, mormente porque as leis podem se tornar rapidamente inócuas em face do avanço tecnológico.

Como sustenta Lessig, “not too much, but not too little” (2003, p. 2). Ao que tudo indica, se por um lado o exagero na produção legislativa não parece solucionar o problema, por outro uma regulação pública efetiva do *code*, pode não só endereçar a questão de maneira eficiente, mas reduzir a demanda por regulação privada indevida (LESSIG, 2003, p. 14).

A adequação do sistema regulatório, ainda que sob a ideia de intervenção no *code*, defendida por Lessig, para adaptação às questões inerentes ao ciberespaço parece, portanto, imprescindível. Nesse sentido, é igualmente importante a lição de David Friedman, em trabalho publicado em 2001 (frise-se a atualidade dos textos abordados neste Capítulo, apesar de escritos cerca de 20 anos atrás).

Em seu trabalho, Friedman descreve desenvolvimentos tecnológicos, passados, atuais e futuros que tiveram ou terão consequência legais. Cotejou o autor tais desenvolvimentos com os sistemas legais vigentes, com o objetivo de verificar sua suficiência frente ao ciberespaço ou se necessárias inovações por parte dos legisladores e magistrados (2001, p. 84).

Friedman começa explicando que se as regras legais fossem definidas em amplitude suficiente, a inovação legislativa nunca seria necessária. A Constituição norte-americana parece ter tal grau de amplitude. No entanto, constata o autor que regras gerais, baseadas em princípios legais, são muito amplas para serem aplicadas com resultados previsíveis a um custo razoável (2001, p. 85).

Daí, ensina Friedman, que os sistemas jurídicos empregam figuras significativamente mais específicas nas leis, recorrendo a princípios gerais apenas quando tais regras se provam insuficiente para lidar com casos complexos. O autor sustenta, assim, que, sim, são necessárias novas leis para enfrentar as questões do ciberespaço. Esclarece, adicionalmente, Friedman, que se entende por “nova lei” as novas regras legais, a um certo nível de generalidade, para enfrentar as questões tecnológicas (2001, p. 85).

Corroborando as lições de Lessig e Friedman, ninguém menos que James Boyle. O autor afirma que qualquer suposição de que o estado não pode regular o ciberespaço é definitivamente cega para algumas das maneiras mais importantes que alguns estados poderiam, de fato, exercer seu poder sobre o ambiente virtual (BOYLE, 2017, p. 205).

O que Boyle defende é o endereçamento da questão por meio de soluções técnicas (2017, p. 205), o que se mostra razoável num cenário em que existe o poder de captura do ente regulador pelas *big techs*. Ou seja, indiretamente, Boyle corrobora o entendimento de Lessig, que prega a regulação pelo *code*, e Friedman, que sustenta a necessidade de alteração jurídica-regulatória para questões afetas ao ciberespaço.

Pode-se concluir, portanto, ser necessário ao menos uma adaptação no regramento jurídico existente para o enfrentamento das questões advindas do ciberespaço. E, como visto, tal necessidade não é algo que foi recentemente verificada. Pelo contrário, existem importantes estudiosos, acima mencionados, que pelo menos há duas décadas visualizaram tal deficiência normativa.

Há modos de se fazer tal adaptação de forma menos traumática que uma alteração completa e abrupta da lei, bastando regulamentações, talvez infralegais e indiretas, focadas no *code*, isto é, na instrumentalização do ciberespaço.

A verdade é que, caso tais preocupações tivessem, de fato, sido consideradas e enfrentadas décadas atrás, parte dos problemas regulatórios afetos ao ciberespaço hoje não existiriam. No entanto, isso não foi feito e cá estamos no presente momento recorrendo às lições de duas décadas passadas para a busca de solução do problema.

## 2.2 DAS PARTICULARIDADES DOS MERCADOS DIGITAIS

Compreendidos os desafios à regulação do ciberespaço como um todo e entendido que o problema é maior do que o concorrencial, outro passo atrás há de ser dado antes de se adentrar na análise dos modelos analíticos aplicáveis em si. É necessário que se compreenda em que pontos os mercados digitais se distanciam das economias tradicionais<sup>2</sup>.

Passa-se, portanto, ao exame das particularidades dos mercados digitais. Dado a amplitude do tema, o recorte de tal análise, para que seja minimamente inteligível, será o antitruste. Isto é, em termos concorrenciais, o que têm de diferente os mercados digitais e que coloca em dúvida a aplicabilidade e suficiência do direito da concorrência.

Há cinco aspectos principais que desafiam a efetividade do direito concorrencial frente à economia digital, são eles: a estrutura dos mercados digitais (Capítulo 2.2.1.); a forma de definição dos mercados relevantes (Capítulo 2.2.2.); a concepção dos dados como elementos essenciais (Capítulo 2.2.3.); a precificação praticada pelas plataformas digitais (Capítulo 2.2.4); e, por fim, a dinâmica concorrencial cotejada com a economia comportamental por trás dos mercados digitais (Capítulo 2.2.5.). Em resumo, os cinco elementos abordados a seguir serão (Ilustração 1):

Ilustração 1 – Elementos distintivos das plataformas digitais em relação aos mercados tradicionais

---

<sup>2</sup> Nesse sentido, vide Fonseca Júnior (2021).



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

É essencial que tais pontos sejam bem compreendidos, pois justificam as posições doutrinárias e as propostas de mudanças legislativas que serão abordadas no Capítulo 3 bem como as possíveis soluções que serão apontadas ao final deste trabalho.

Reconhece-se que existem inúmeras outras questões a serem levadas em consideração na concepção da política concorrencial mais adequada ao setor. No entanto, acredita-se que a grande maioria delas, ainda que indiretamente, possua alguma relação com os cinco pontos indicados acima. Assim sendo, passa-se a análise detalhada de cada um deles.

### **2.2.1 Da estrutura dos mercados digitais**

Os mercados digitais possuem características ímpares desde que consideradas em conjunto. Tais características, no entanto, se consideradas individualmente, não são novidade para o direito antitruste. O que é incomum, frise-se, é o agrupamento delas num mesmo setor, conferindo-lhe caráter distinto dos demais.

Ao se afirmar que a estrutura dos mercados digitais, materializada por plataformas digitais, é inabitual ao direito concorrencial, deve-se percorrer ao menos seis pontos para se comprovar tal hipótese. O Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em extenso e completo relatório intitulado

*Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados* (BRASIL, 2020d), publicado em 2020, parece, com base na experiência internacional, corroborar tal assertiva da existência de características ímpares dos mercados digitais. Passa-se, portanto, a eles.

É imperioso se enxergar (i) plataformas digitais como mercados de múltiplos lados que são (ii) fortemente marcados por efeitos de rede. Além disso, há características de (iii) economia de escala, quando se considera o número de usuários, e, concomitantemente, (iv) economia de escopo, ao se levar em consideração a qualidade dos dados que trafegam nas plataformas. Ainda do ponto de vista econômico, deve-se ter em conta (v) os impactos concorrenciais decorrentes do fato dos mercados digitais serem marcados por custos marginais desprezíveis e, por fim, não se pode olvidar (vi) o escopo global das plataformas digitais. Passa-se a cada um desses pontos.

Plataformas digitais criam mercados de dois lados. Em verdade, tais plataformas são grandes intermediadoras, unindo consumidores, anunciantes e fornecedores de produtos e serviços. Evans e Schmalensee bem descrevem tal conceito econômico, o de mercado de múltiplos lados, como um sistema negocial baseado na união de diferentes tipos de usuários e na facilitação de suas interações (2013, p. 1).

Nos mercados digitais é mais coerente se falar em mercados de múltiplos lados, mas não apenas dois, como bem aponta a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) ao constatar que apesar da multidimensionalidade por vezes começar com dois lados, unindo consumidores e vendedores, trata-se apenas do início, tendo tais mercados três ou quatro lados quando juntam consumidores, fornecedores de conteúdo, anunciantes e meios de pagamentos (OECD, 2018, p. 10).

Nesse contexto, nota-se que as plataformas digitais são verdadeiros catalisadores da interação dos vários agentes que nelas se fazem presentes. Isso gera incontestável redução dos custos de transação. Ao mesmo tempo, contudo, ao passo que criam benefícios decorrentes da presença de usuários distintos, as plataformas digitais impõem a seus usuários uma relação de dependência, não só da plataforma, mas também entre eles (vendedores, anunciantes e consumidores), como afirma Mattiuzzo (2014, p. 296).

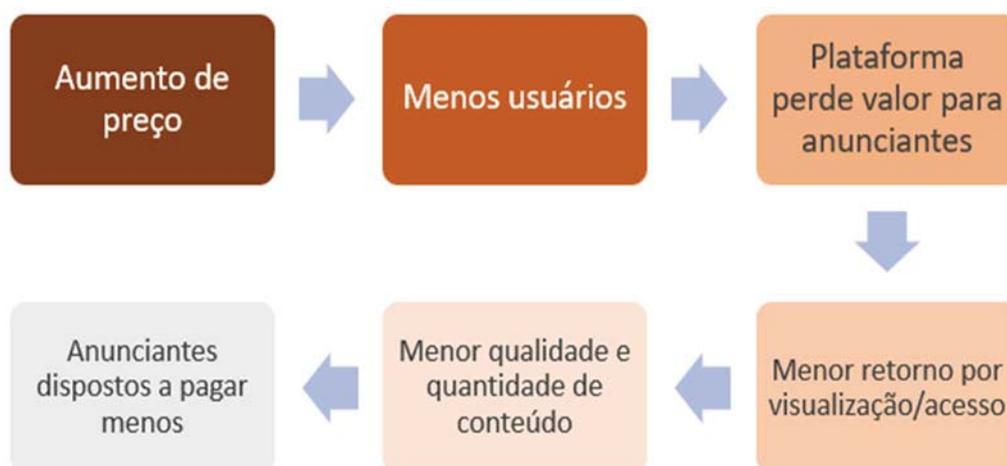
Tal característica de interligação e interdependência deságua noutra com igual relevância para a compreensão da estrutura dos mercados digitais, os fortes efeitos de rede. Trata-se, pois, de externalidade em que a valoração dos serviços prestados pelas

plataformas digitais depende da adesão e engajamento dos usuários, sejam consumidores, fornecedores ou anunciantes, naquele determinado ambiente virtual.

Isto posto, a OCDE aponta que, nos mercados digitais, deve-se considerar os *feedback loops* que, por vezes, propulsionam os efeitos de rede. Em verdade, em razão dessa característica – de presença de *feedback loops* – as plataformas digitais direcionam sua atuação para sempre aumentar o número de usuários nelas presentes. A OCDE explica a questão com um exemplo elucidativo acerca do efeito cascata que eventual aumento do preço pago pelos usuários pode causar. Vejamos algumas ações e suas consequências.

Aumenta-se o preço. Reduz-se o número de usuários. Reduz-se o valor da plataforma para anunciantes. Reduz-se o retorno que os provedores de conteúdo ganham por visualização. Reduz-se a qualidade e a quantidade do conteúdo. Por fim, reduz-se o valor que os anunciantes estão dispostos a pagar. O fato é que toda ação tomada pelas plataformas digitais geram um efeito cascata e, ao mesmo tempo em que podem fazê-las desaparecer do mercado, podem gerar sua completa dominância (OCDE, 2018, p. 11) (Ilustração 2).

Ilustração 2 - Consequências do aumento do preço pago por usuários de plataformas digitais



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Compreendida tal cadeia de incentivos, fica simples compreender a razão pela qual o sistema operacional das plataformas digitais usualmente busca suprimir a capacidade de *multihoming* dos usuários, que nada mais é que a capacidade dos usuários de terem acesso a versões alternativas e simultâneas dos serviços prestados por uma plataforma. O Reino Unido, em documento dedicado à análise dos mercados digitais

(UNITED KINGDOM; DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019), bem apurou que algumas estratégias específicas adotadas por plataformas para limitar o *multihoming* são a perda de dados pessoais ou de reputação dos usuários, termos de uso anticompetitivos, barreiras técnicas à interoperabilidade e a venda-casada de serviços (BRASIL, 2020d, p. 13).

Em outras palavras, a plataforma busca sempre que possível evitar que usuários dela se desliguem ou que utilizem outras plataformas paralelamente. Isso, pois, se por um lado se perde em cadeia com a redução do número de usuários, por outro, o inverso também é verdadeiro. Por essa razão, a competição por ecossistemas reforça a tendência concentracionista – ou monopolista – dos mercados digitais, pois uma plataforma concorrente precisaria oferecer todos os serviços cobertos pela incumbente para ser competitiva (BRASIL, 2020d, p. 13).

Ou seja, eventual entrante ou uma plataforma já existente, mas que queira ganhar participação de mercado, precisaria ser extremamente competitivo num momento inicial para, após adquirida posição de dominância, dela poder extrair lucros. Explica-se.

Suponha-se a existência de determinada rede social com posição consolidada no mercado, detendo mais de 90% (noventa por cento) *market share*. Seus usuários já estão tão acomodados e familiarizados com a plataforma que dificilmente migrarão para outra rede social. Some-se a isso o fato de quase a totalidade dos usuários de redes sociais estarem a ela conectados. Tal situação faz com que tal plataforma não tenha incentivos à melhoria da experiência do usuário, ou seja, há certa estagnação em termos de qualidade do produto.

Pois bem. Imagine-se que surja uma nova rede social, que investe valores vultosos em pesquisa e desenvolvimento e oferece ao usuário uma experiência infinitamente melhor do ponto de vista técnico. A qualidade do serviço é superior. Some-se a isso uma estratégia de marketing em que cada novo usuário desta plataforma ganhe cupons de descontos em variados restaurantes. Além disso, os cem mil primeiros usuários serão bonificados com uma quantia em dinheiro a ser gasta em compras dentro da plataforma.

É de se supor que, diante da inércia da rede social incumbente, os usuários migrariam para esta nova plataforma. No entanto, pode-se igualmente supor que, caso a plataforma entrante absorva todos os usuários da plataforma incumbente, passando ela a deter 90% (noventa por cento) de participação de mercado, que não mais proceda a

estratégias comerciais tão agressivas e custosas. Isso porque, agora, é ela a plataforma incumbente e que tende a manter os usuários com ela engajados.

Esse movimento de extrema competição num primeiro momento, mas que se transforma num longo período de estabilidade e baixa competição posteriormente, no qual o monopolista recebe os lucros de seu poder de mercado, é o que se chama de *tipping effect* (BRASIL, 2020d, p. 14).

Trata-se de mais uma característica atrelada aos efeitos de rede e seus *feedback loops* dentro de um mercado de múltiplos lados. Como dito anteriormente, se isoladamente consideradas, nenhuma dessas características é nova à doutrina antitruste. No entanto, as relações entre elas são o que tornam os mercados digitais diferentes se comparados aos mercados tradicionais.

Abordadas duas, das seis, características que distinguem a estrutura dos mercados digitais – (i) mercados de múltiplos lados; e (ii) fortes efeitos de rede – passa-se ao exame das demais.

As plataformas digitais detêm, ao mesmo tempo, características de economia de escala e de economia de escopo. Num extremo ou noutro, tais tipos de economia, se isoladamente considerados, já levantam preocupações, posto que, em certos casos, poderiam servir como desestímulo ao ingresso de novos entrantes num determinado mercado (BAGNOLI, 2005, p. 152). Imagine-se, então, quando presentes concomitantemente num determinado setor. É justamente o caso dos mercados nos quais atuam as plataformas digitais.

Economias de escala (iii) são aquelas em que a elevação da quantidade ofertada gera uma redução de custos. Ou seja, a quantidade é a variável crucial, que se sobressai à qualidade. Tal tipo de economia é, inclusive, uma das razões de concentração e que viabiliza a atividade econômica em determinados mercados. Nesse ponto, Fábio Nusdeo bem registra que, apesar de justificar eventuais movimentos concentracionistas, as economias de escala não possuem o propósito de extinguir a concorrência pura e simplesmente, sendo que as economias de escala geralmente decorrem de inviabilidades técnicas que nada mais são do que a impossibilidade econômica de se produzir em pequenas quantidades. Assim, ou se produz em larga escala e em série ou não se produz (NUSDEO, 2015, p. 122). Tal característica, por óbvio, tem relevância concorrencial.

Já economias de escopo (iv) decorrem de sinergias, isto é, da produção de diversos tipos de bens que, se isoladamente produzidos, teriam custo maior. Tal característica

possui igualmente relevância antitruste ao passo que podem estar ligadas a verticalizações de cadeias de produção, bem como ao oferecimento conjunto de produtos.

O fato é que a existência de apenas uma das características acima já demandaria atenção por parte das autoridades concorrenciais. Ocorre que, no caso das plataformas digitais, estão presentes os dois tipos de economia. Portanto, tal cenário deve ser considerado como relevante.

Como visto acima, os efeitos de rede levam as plataformas digitais a buscarem cada vez mais usuários. Em outras palavras, seus serviços se valorizam, na lógica de *feedback loopings*, à medida em que possuem mais usuários ativos. Há, portanto, uma economia de escala no que tange ao número de usuários, leia-se dados, ligados a uma plataforma digital.

Da mesma forma, as plataformas digitais oferecem serviços integrados, de modo que os usuários não migrem para plataformas rivais. Elas se valem da grande quantidade de dados que possuem para desenvolver serviços complementares que fidelizem seus usuários. O desenvolvimento de tais serviços paralelos gera um ganho de sinergia na medida em que a plataforma se vale de dados de usuários decorrentes do fornecimento de um serviço primário para o oferecimento de um serviço secundário. Economia de escopo.

Tem-se, portanto, economia de escala ao se pensar em número de usuários e economia de escopo ao se pensar em dados. O supracitado relatório do DEE registra tal característica, com base em estudo do Stigler Center, da Universidade de Chicago (STIGLER CENTER; UNIVERSITY OF CHICAGO BOOTH, 2019), quando explica que *players* de maior porte e que ofertam um maior número de produtos obtêm maior acesso a dados e estes são de maior qualidade, o que propicia o desenvolvimento de melhores produtos. Ademais, como dados são um insumo para diferentes produtos, grandes plataformas digitais conseguem adentrar novos mercados e desenvolver novos produtos a custos mais baixos do que entrantes ou até mesmo empresas já estabelecidas. Tal situação gera um ciclo virtuoso para as plataformas, que passam a ter ainda maior escala e mais dados (BRASIL, 2020d, pp. 21–22).

Outra característica das plataformas digitais com reflexos concorrenciais são os baixíssimos custos marginais por elas incorridos (v). Isso tem ligação intrínseca com as características de economia de escopo supracitadas. Considerando-se o custo marginal como aquele que determinado *player* tem para aumentar a sua produção, pode-se concluir que, diante da quantidade de usuários e dados disponíveis às plataformas incumbentes,

esses são desprezíveis. Tais baixos custos marginais encorajam as plataformas a expandirem sua oferta o máximo possível (BRASIL, 2020d, p. 44). Há, assim, um ciclo, virtuoso ou vicioso, a depender da ótica, a marcar os mercados digitais.

Por fim, característica distintiva da estrutura dos mercados digitais é seu escopo global (vi). Indubitavelmente, as plataformas digitais têm alcance mundial. Barreiras físicas ou geográficas que restringem os mercados tradicionais, via de regra, não são observadas no ambiente virtual. Lessig explica que a variável “natureza” perde relevância quando considerado o meio cibernético, o que, inclusive, é um desafio à regulação do meio digital (1997, p. 183).

A abrangência global dos mercados digitais tem impactos não apenas na complexa tarefa de apuração de efeitos das práticas neles perpetradas como também nos mais básicos e elementares passos de qualquer análise concorrencial, como é o caso da definição de mercado relevante.

A verdade é que as características acima, sobretudo se enxergadas de maneira conjunta, são as que distinguem os mercados digitais das economias tradicionais. Como bem registra o supracitado relatório do DEE, ao tratar das conclusões do Stigler Center sobre os mercados digitais, “[...] a confluência de diversos fatores encontrados em outras áreas da economia faz com que mercados digitais apresentem uma estrutura econômica única.” (BRASIL, 2020d, p. 12). Conclui-se, portanto, que os elementos acima apontam para uma estrutura diferenciada dos mercados digitais.

Tais características são essenciais à compreensão dos motivos pelos quais a atual regulação antitruste parece não ser suficientemente eficiente quando aplicada às plataformas digitais, como explicado nos Capítulos 2.3.1.1 e 2.3.2.3.

## **2.2.2 Da definição de mercado relevante**

Compreendida a estrutura diferenciada dos mercados digitais, passa-se a outra relevante variável concorrencial que os envolve, a definição de mercado relevante.

Trata-se do primeiro passo de qualquer análise concorrencial. O mercado relevante é um conceito que permeia todo o direito antitruste, tratando-se de um espaço em que são estabelecidas as relações concorrenciais entre agentes econômicos, cuja delimitação é indispensável para a incidência de qualquer hipótese de práticas restritivas indicadas na legislação concorrencial (FORGIONI, 2005, p. 231).

De acordo com o Cade, a delimitação do mercado relevante envolve a “[...] identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa” (BRASIL, 2016a, p. 12).

Nesse contexto, Bagnoli explica que a delimitação do mercado relevante, seja em seu escopo material, seja em sua dimensão geográfica, deve ser a mais restrita possível de modo que se apure com clareza a existência de posição dominante de determinado agente, que os efeitos de determinadas práticas sejam visualizados de maneira potencializada e para que se evite a subestimação ou imunidade de determinadas condutas ou agentes (2005, p. 141).

Ocorre que tal definição, por mais básica e importante que seja, encontra dificuldades práticas em relação aos mercados digitais, sobretudo em razão de sua estrutura distinta.

Conceitos de substituíbilidade de oferta e demanda, amplamente aplicáveis a mercados convencionais, encontram barreiras de conformação nos mercados digitais. Isso se dá em razão de tais conceitos serem baseados na variável preço, que não raras vezes é zero nos mercados digitais. Em verdade, testes econométricos baseados em preços – e constituem a maioria dos testes aplicáveis pelas autoridades concorrenciais atualmente – esbarram na estratégia de *zero price* comumente adotada pelas plataformas digitais (BELIZARIO; LORENZETTI, 2020).

Não bastasse, deve-se ter em mente que em mercados de múltiplos lados preços não representam a totalidade dos ganhos auferidos (BRASIL, 2020d, p. 19). Veja-se, por exemplo, que certas redes sociais são de acesso gratuito a seus usuários (*zero price*), que pagam pelo serviço com seus dados, ao mesmo tempo que cobram de certos anunciantes para terem seus produtos divulgados aos usuários da rede social. O mesmo ocorre em relação a aplicativos de delivery de comida, viagens, transporte e outros, em que não é possível se precificar o produto ou serviço para determinados lados do mercado. Isso não faz, contudo, que constituam necessariamente mercados relevantes diversos.

Considerar apenas um dos lados do mercado na definição do mercado relevante, que, repita-se, deve ser a mais restrita possível, não parece ser a opção mais adequada. Certamente, a substituíbilidade dos serviços prestados pela plataforma digital não é a mesma sob o ponto de vista do consumidor final, dos seus anunciantes ou dos prestadores

dos serviços anunciados. Por outro lado, uma definição extremamente aberta e genérica pode levar a cenários em que se subestima o poder de mercado das plataformas digitais.

Diante deste cenário, parece ser prudente que a definição de mercado relevante abranja não apenas a variável de preço, mas também aspectos como funcionalidade, inovação, privacidade, dentre outros (GUNDLACH, 2016). Ocorre que os testes baseados em tais critérios, no atual estado da arte concorrencial, não possuem o mesmo rigor daqueles baseados em preço (EUROPEAN COMMISSION et al., 2019, p. 45).

Por fim, deve-se lembrar que análises históricas, tipo de exame muito comum para a definição de mercados relevantes e apuração de condutas e operações em mercados tradicionais, não se aplicam aos mercados digitais. Mercados digitais são extremamente dinâmicos e, por isso, a situação observada em determinado momento sobre a posição de determinado *player* e a estrutura de certo segmento pode ser totalmente diversa no instante seguinte, o que prejudica a confiabilidade de séries históricas (BRASIL, 2020d, p. 19).

Algumas soluções vêm sendo apresentadas para o endereçamento do problema de definição de mercado relevante em plataformas digitais. Elas passam pela definição de todo o ecossistema de determinada plataforma como um único mercado relevante, com foco nas evidências de poder de mercado, potenciais danos à concorrência e identificação de estratégias anticompetitivas. Abarcam, ainda, análise das dinâmicas competitivas de mercados secundários, considerando-se o efeito *lock-in* dos consumidores (BRASIL, 2020d, p. 20). Victor Fernandes, por exemplo, defende adaptação nas metodologias de definição de mercado relevante aplicáveis a mercados digitais no sentido de se diferenciar duas unidades de análise: (i) mercados digitais e atuais e (ii) mercados digitais adjacentes (FERNANDES, 2021, p. 344, no prelo).

Em resumo, abandonar-se-ia a ideia tradicional de definição de mercado relevante com base na substituíbilidade de produtos, o que é extremamente complexo em mercados digitais. Ao se deixar tal definição em aberto, focando-se mais nas evidências fáticas e econômicas de poder de mercado e verificação do propósito das condutas perpetradas em si, ter-se-ia maior efetividade na persecução das plataformas digitais. Ao mesmo tempo, tal subjetividade da análise pode trazer certa insegurança jurídica.

A verdade é que ainda não é possível se visualizar uma teoria econômica suficientemente clara, testada e incontestável nesse sentido, sobretudo que garanta segurança jurídica aos *players* dos mercados digitais. Desta forma, apesar de instigantes

e promissoras as soluções supracitadas, com destaque para a de Victor Fernandes (FERNANDES, 2021, no prelo) ainda há um longo caminho a percorrer até se chegar a um método facilmente replicável pelas autoridades concorrenciais.

Importante, por fim, ressaltar que a definição de mercado relevante tem relação direta com o ônus probatório e com a dinâmica das investigações antitruste nos mercados digitais, isso porque o ponto de partida da maioria das análises concorrenciais consiste na definição de mercado relevante e, com base nele, na aferição de poder de mercado da parte investigada, sendo que a investigação, via de regra, apenas seguirá adiante nas hipóteses de existência desse poder de mercado.

### 2.2.3 Da essencialidade dos dados

Os dados revelam preferências e predisposições dos indivíduos. Por isso, se tornaram bens importantes e valorizados pelas plataformas digitais. Apesar disso, os usuários ainda não compreendem claramente como seus dados têm sido utilizados. E, pior, não sabem, sequer, se as decisões que tomam são, de fato, livres ou influenciadas por essa cortina de fumaça formada pela tecnologia. Esse cenário tem impacto concorrencial.

Os dados, antes sequer considerados bens quantificáveis, desprovidos de qualquer valor econômico, passaram a ser o novo petróleo (*data is new oil*), num contexto de supervalorização da informação. *Big data*, um enorme conjunto de dados digitais mantidos por organizações e governos que os analisam por meio de algoritmos, inaugurou uma era, que se tornou tema de incessante debate jurídico e econômico.

Os dados provavelmente são a grande novidade dos mercados digitais para o direito antitruste. Isso porque ainda não se tem clareza acerca do exato impacto deles sobre o ambiente competitivo. A quantificação desse impacto, essencial à segurança jurídica, ainda não tem metodologia clara para o direito da concorrência. Não obstante, algumas premissas sobre os dados podem ser estabelecidas desde já.

A primeira delas é que o controle sobre dados confere poder de mercado ao seu detentor (SCHREPEL, 2018). A estrutura dos mercados digitais propicia uma vantagem competitiva enorme a quem consegue colher, tratar e organizar informações. Trata-se de mercado no qual quem adquire o maior volume de informações primeiro, torna-se líder praticamente incontestável (*winner-takes-all market*). Além disso, os dados são

essenciais à operação nas economias digitais, sendo o acesso a eles crucial para entrar e se manter no mercado. O acesso a dados pode configurar elevada barreira à entrada no setor (BRASIL, 2020d, p. 21).

Uma das grandes preocupações concorrenciais em relação a dados é que, em razão da estrutura dos mercados digitais, eles tornam as grandes plataformas cada vez mais poderosas, ao mesmo tempo em que dificultam a ascensão de novos entrantes. A economia de escala dinâmica acima descrita, a reboque da retroalimentação de dados, cria o cenário problemático do ponto de vista antitruste.

E não é apenas a quantidade de dados que gera preocupações concorrenciais, mas também a sua qualidade. *Players* de maior porte e que ofertam um maior número de produtos, têm naturalmente maior qualidade de dados, o que gera indubitável vantagem competitiva.

É importante destacar que, para fins competitivos, os dados podem ser divididos em dois tipos: *large population dataset*, dados sobre uma grande população de pessoas, e *high dimensional dataset*, dimensões de informações sobre um determinado indivíduo. Plataformas digitais possuem volume e capacidade de processamento de dados infinitamente maiores do que *players* da economia tradicional, sendo que suas bases de dados são importantes tanto porque elas possuem *large population datasets*, como porque elas possuem diversas e detalhadas informações sobre determinada pessoa (BRASIL, 2020d, p. 23).

Tal característica gera duas consequências interligadas e que se retroalimentam: quanto mais dados se tem sobre determinada pessoa, é possível fazer sua experiência na plataforma única e de acordo com suas preferências, ou seja, a experiência é melhor e mais customizada para o usuário (*high dimensional dataset*). Por outro lado, sendo a experiência melhor do ponto de vista individual, a plataforma atrai novos usuários para si, aumentando sua base de dados (*large population dataset*) e, conseqüentemente, apurando ainda mais seu conhecimento das pessoas e fornecendo soluções cada vez mais *taylor made*. Ou seja, há um movimento cíclico em favor do agente incumbente, o que dificulta a entrada de outros.

A grande verdade é que, nos mercados digitais, a competição se baseia e depende do acesso constante a dados (BRASIL, 2020d, p. 23). Isso não é necessariamente bom, tampouco ruim. Se por um lado essa necessidade por dados pode, em teoria, gerar maior

competição e eficiência por parte das plataformas digitais, por outro pode expor os usuários a violações aos seus direitos de privacidade e, no limite, propiciar a colusão.

A relevância dos dados para os mercados digitais ganha especial importância para essa pesquisa em razão de poderem tais dados serem considerados um elemento essencial à operação nos mercados digitais, suscitando, pois, a aplicação da teoria das *essential facilities*, que vem acompanhada de relevantes consequências concorrenciais.

#### 2.2.4 Da precificação nos mercados digitais

A forma de precificação distingue mercados digitais de economias tradicionais. Trata-se de um dos principais desafios do direito antitruste para avaliar a forma de atuação das plataformas digitais. Isso porque a doutrina antitruste tradicional é baseada na análise de preços e quantidades, elementos muitas vezes impossíveis de se apurar nos mercados digitais.

Tal questão, inclusive, serviu de mote para o surgimento da corrente que inicialmente foi denominada de *hipster antitrust*, movimento que será melhor detalhado no Capítulo 2.3.1.1 abaixo, e que integra a onda de pensamento chamada de *new brandeisian* ou neo-brandesiana. Para seus defensores, o advento e a expansão da internet e novas tecnologias trouxeram problemas para o direito que demandam a adaptação de objetivos legais e conceitos jurídicos, a elaboração de novas categorias jurídicas e até mesmo o desenvolvimento de uma regulação capaz de endereçar as questões da era digital.

Lina Khan, tida como uma das líderes do movimento, em contraponto ao trabalho de Robert H. Bork em *The Antitrust Paradox* (1993), publicou obra denominada *Amazon's Antitrust Paradox* (2017), uma das pedras fundamentais do movimento neo-brandesiano. Khan, nomeada, em 2021, presidente da Federal Trade Commission, órgão estadunidense com competência antitruste, explicou ter escrito o trabalho pois a Amazon ilustraria o que há de errado com o atual regime antitruste, demonstrando como uma empresa pode monopolizar determinados mercados sem infringir a lei concorrencial diretamente (ANTITRUST PT 2: THE POPULISTS, 2018).

Enquanto Bork, em 1978, criticava a legislação concorrencial vigente à época trazendo a ideia de maximização do bem-estar do consumidor como fundamento do antitruste, Khan afirma que tal bem-estar não pode se resumir apenas à variável de preço.

Em verdade, para Khan, o objetivo do antitruste deve ser maior, o de preservar o processo competitivo e as estruturas de mercado.

Mas, afinal, qual é o motivo pelo qual a aferição de preço nos mercados digitais seria questionável? A resposta é simples: porque em alguns lados dos mercados digitais o preço é zero. Sendo impossível a quantificação do preço, como, portanto, utilizá-lo na análise antitruste? Esse é o grande desafio a envolver o tema. A doutrina antitruste, que por décadas vem sendo construída baseada numa análise de preços, se vê diante de um mercado em que essa variável não é verificada de forma trivial.

O teste do monopolista hipotético, por exemplo, incorporado pelas mais avançadas autoridades de defesa da concorrência, inclusive a brasileira, que é amplamente utilizado na definição de mercado relevante, é baseado na variável de preço. Referido teste traz para a discussão de definição de mercado relevante a visão dos consumidores, ao considerar a substitutibilidade de produtos, a rivalidade entre empresas e a possibilidade de entrada, ao incluir no mercado aquela produção que seria ofertada por entrantes não compromissados frente a um pequeno porém significativo e não transitório aumento de preços (BRASIL, 2010). No mercado digital, no entanto, em que não existe preço (*zero price*), como aplicar esse teste? E, pior, ainda não há outro teste com tamanha robustez e que não seja baseado na análise de preços.

Perdendo, pois, a variável preço relevância na análise concorrencial dos mercados digitais, tem-se por hipótese a verificação da importância da essencialidade do produto ou serviço para terceiros, sejam eles usuários comerciais ou finais, relativizando-se a premissa de bem-estar do consumidor baseada em preços.

Não é demais registrar que o *zero price*, apesar de aparentemente beneficiar o consumidor, não confere a quem o implementa isenção antitruste. Na verdade, há sim pagamento por partes dos consumidores, não em dinheiro, mas via escambo, quando fornece atenção e dados à plataforma, em troca de serviços e propagandas (STIGLER CENTER; UNIVERSITY OF CHICAGO BOOTH, 2019, p. 55). Há, portanto, relevância e impacto concorrencial, pois, ainda que o preço seja aparentemente zero, pode haver, por exemplo, elevação no número de propagandas feitas ao consumidor, o que, consequentemente, reduz a qualidade do serviço.

Como será abordado no Capítulo 2.2.5 a seguir, a prática de preço zero aumenta o impacto de manipulações comportamentais na competição entre diferentes agentes. Tal prática, como bem apurado pelo Stigler Center, por óbvio, limita a competição por preço,

estratégia geralmente usada por entrantes, forçando concorrentes a competirem via oferta de produtos, cuja qualidade é de difícil mensuração (BRASIL, 2020d, p. 31).

Tal cenário faz com que mercados com preço zero tendam a ser dominados por plataformas que ofertem serviços de melhor qualidade, o que depende dos dados a elas disponíveis. Tal situação é diferente daquela observada em mercados tradicionais, em que os setores tendem a ser dominados pelos agentes que apresentam certa qualidade atrelada a um preço (BRASIL, 2020d, p. 31). Também foi percebido que a prática de *zero price* limita uma das principais estratégias para crescimento em mercados tradicionais, a prática de descontos.

É nesse contexto que, aparentemente, a caixa de ferramentas antitruste parece não conter um instrumento apto a fazer, quando necessários, reparos nos mercados digitais. Em outras palavras, eventuais condutas anticompetitivas perpetradas por plataformas digitais são de difícil constatação, porquanto não há meios para apurá-las devidamente. Tampouco permite o atual ferramental antitruste a adequada correção de possíveis problemas concorrenciais nas economias digitais.

Desta forma, sendo a aferição de bem-estar do consumidor baseada em preço falaciosa nos mercados digitais, pois não necessariamente o preço zero gera maior bem-estar ao consumidor, a presente pesquisa buscará outros métodos dessa aferição baseados em critérios alternativos.

### **2.2.5 Da dinâmica concorrencial dos mercados digitais em face da economia comportamental**

Outra característica distintiva dos mercados digitais quando comparados às economias tradicionais tem ligação com o comportamento dos consumidores e seus efeitos sobre a dinâmica concorrencial das plataformas digitais.

Não se pode negar que as plataformas digitais tendem a explorar vieses comportamentais de seus usuários para sedimentar sua posição dominante. Isso porque o poder de mercado das plataformas digitais tem origem justamente nos seus usuários. Nesse contexto, há quatro comportamentos dos consumidores que teriam o condão de, de alguma forma, afetar a concorrência nos mercados digitais: o *salience effect*, quando o consumidor acessa (clica) o conteúdo que está mais evidente; o *confirmation bias*, quando o consumidor tende a concordar com o que já acredita; a manutenção do status quo, pois

os consumidores dificilmente mudam de *defaults* ou trocam de fornecedores; e a impaciência, ansiedade e falta de controle, quando os consumidores permanecem navegando nas plataformas sociais, mesmo tendo outras tarefas a desempenhar (BRASIL 2020d, pp. 31–32).

Esses quatro tipos de comportamento tornam os usuários muito mais suscetíveis a manipulações e, conseqüentemente, criam sensibilidade do ponto de vista concorrencial, sobretudo quando as plataformas digitais possuem o *high dimensional dataset*, ou seja, dados específicos sobre as preferências de determinado consumidor. Isso faz com que a plataforma detentora dos dados seja capaz de manipular as escolhas econômicas do usuário, mesmo sem que ele perceba. Os impactos competitivos de tal manipulação são incontestáveis, principalmente na medida em que a competição nos mercados digitais se dá com base na qualidade da experiência do usuário (BRASIL, 2020d, pp. 31–32).

Tais vulnerabilidades do consumidor têm sido objeto de atenção das autoridades concorrenciais internacionais. Isso porque o viés de consumidores por *defaults* ou por gratificações de curto prazo fortalece o poder de mercado de empresas incumbentes e pode restringir pressões competitivas. As autoridades concorrenciais do Canadá e do Reino Unido, por exemplo, discutem como plataformas utilizam diferentes estratégias para fidelizar consumidores e bloquear *multihoming* através da manipulação de seu comportamento (BRASIL, 2020d, pp. 31–32).

Por mais imaterial que tal circunstância pareça, não há como dizer que não tem reflexos concorrenciais. O fato é que deve o direito antitruste considerar em sua análise aspectos comportamentais e psicológicos dos consumidores para a aferição da competitividade em determinado setor. Tal intangibilidade de conceitos é um desafio a qualquer regulador.

Em verdade, o Direito, o antitruste, inclusive, com sua obsessão por estabilidade e previsibilidade, não convive bem com os desafios enfrentados pela regulação econômica em face das inovações tecnológicas (RANCHORDÁS, 2015). A velocidade dos avanços tecnológicos e a imaterialidade de seus conceitos não harmonizam com as instituições estáticas do direito (RANCHORDÁS, 2015, pp. 28–29).

O fato é que a dinâmica concorrencial dos mercados digitais revela que nem o Direito, tampouco a Economia, são suficientes para superar os desafios postos. Até mesmo aspectos psicológicos parecem ganhar relevância na análise antitruste. Revela-se,

ainda, que, para o adequado enfrentamento da questão, serão necessárias relativizações dos conceitos hoje existentes.

Apresentadas as cinco características que tornam os mercados digitais diferentes do ponto de vista antitruste, cuja compreensão se mostra essencial para se entender os modelos analíticos concorrenciais aplicáveis às plataformas digitais, passa-se, então, ao exame de tais modelos.

### 2.3 DOS MODELOS ANALÍTICOS ANTITRUSTE APLICÁVEIS AOS MERCADOS DIGITAIS

Como visto acima, os desafios à regulação do ciberespaço são incontáveis. Quando se volta ao direito antitruste especificamente, tais dificuldades se tornam mais salientes em razão de determinadas características dos mercados digitais que os distinguem das economias tradicionais e, conseqüentemente, trazem dúvidas quanto à aplicabilidade do direito concorrencial a eles de maneira eficiente.

O vácuo regulatório que hoje se torna mais evidente no ciberespaço acaba por permitir abusos no mundo virtual. Tais abusos são das mais diversas naturezas, passando desde questões criminais, de privacidade, políticas, até questões sociais e econômicas.

A opção de não regular, apesar de ser uma alternativa de política regulatória, inclusive, justificável em certas hipóteses, não pode ser levada em consideração para o ciberespaço. Há de se ter normas coibindo abusos, o que, como já verificado na recente história, é possível e provável de acontecer em face do poder dos agentes dominantes no ambiente cibernético e seus interesses políticos e econômicos.

Compreendida a questão sob um ponto de vista geral e que abrange, se não todas, quase a totalidade das áreas do Direito, passa-se ao exame da regulação do ciberespaço pelo direito antitruste.

Diante da incógnita relacionada à suficiência do atual modelo analítico antitruste aos mercados digitais, surgiram diferentes correntes doutrinárias sobre o tema. Tais correntes evoluem rapidamente, sendo que desde o início desta pesquisa foi possível verificar a movimentação dos posicionamentos dos corajosos estudiosos que se aventuraram a falar sobre o tema. Corajosos pois, em certos momentos, precisaram rever posturas e opiniões anteriores e admitirem a atipicidade e excepcionalidade do debate, que impede a adoção de postulados estáticos e rígidos. Qualquer tipo de proselitismo,

para um lado ou outro, revela-se abalável, em razão da usual necessidade de se mudar radicalmente de posição em face do ineditismo da discussão.

A grande verdade é que ao mesmo tempo em que o mundo virtual cada vez mais se assemelha à realidade, o ciberespaço ainda tem gritantes diferenças sistemáticas do mundo real. Tais discrepâncias se tornam mais evidentes quando se tenta aplicar o ordenamento jurídico-regulatório tradicional ao ciberespaço. Tudo parece novo.

Nesse contexto, o direito concorrencial ganhou protagonismo para o enfrentamento das questões envolvendo o ciberespaço. Talvez por ter escopo mais abrangente e multidisciplinar, as autoridades antitruste vêm sendo constantemente instadas a coibir abusos praticados no ciberespaço, sobretudo pelas *big techs*. E o chapéu bem as serviu. Observa-se que, de fato, as autoridades concorrenciais não têm se furtado ao enfrentamento do problema.

Paralelamente a esse chamamento à questão, se assim se pode dizer, as autoridades concorrenciais também se viram provocadas pela questão normativa, principalmente quanto à aplicabilidade do atual ferramental antitruste às situações ocorridas no ciberespaço.

Num primeiro momento dessa pesquisa, no início de 2020, foram identificadas duas correntes na doutrina antitruste. Uma que defendia a ampliação dos objetivos do direito concorrencial e a consequente ruptura com o modelo de análise tradicional e outra que afirmava ser o ferramental atual suficiente ao endereçamento de tais questões. Já num momento posterior, em 2021, tais correntes foram reformuladas e surgiu uma terceira via, congregando pensamentos das duas anteriores, mas dotada de forte fundamentação econômica.

Até os nomes dessas correntes mudaram. Se num primeiro momento falava-se em corrente tradicionalista e corrente neo-brandesiana. Num segundo momento, surgiram os termos Escola de Chicago, populistas e modernistas.

Tal movimentação doutrinária, registre-se, ocorreu em curtíssimo espaço de tempo, em menos de dois anos. Por isso, não espantaria uma alteração nesse cenário num futuro próximo. Não obstante, de modo que bem se compreenda o estado da arte e, sobretudo, em razão da rapidez com que a mudança doutrinária ocorreu, explicar-se-á nos capítulos subsequentes a perspectiva verificada num primeiro momento, quando do início da pesquisa, (Capítulo 2.3.1), o apurado quando de sua conclusão (Capítulo 2.3.2) e, por fim, a necessidade de reforma do atual modelo analítico antitruste (Capítulo 2.3.3).

### **2.3.1 Dos primeiros movimentos doutrinários identificados sobre modelos analíticos dos mercados digitais aplicáveis ao direito concorrencial**

Como dito, no início desta pesquisa, no ano de 2020, foi identificado um quadro doutrinário sobre os modelos analíticos antitruste aplicáveis aos mercados digitais resumido em duas grandes correntes. A primeira delas, a neo-brandesiana, apelidada de *hipster antitruste*, baseia-se na necessidade de alteração da forma de definição dos objetivos do direito concorrencial (Capítulo 2.3.1.1), já a segunda, a tradicionalista, defende que não são necessárias mudanças no direito antitruste (Capítulo 2.3.1.2), sendo o atual sistema plenamente capaz de enfrentar os desafios concorrenciais trazidos pelas economias digitais. Apesar de opostas, há convergências entre tais correntes (Capítulo 2.3.1.3). Passa-se ao exame de cada uma delas.

#### *2.3.1.1 Do movimento neo-brandesiano e do seu postulado de necessidade de reformulação do regime concorrencial*

Há uma tendência natural de que os *players* de determinado mercado busquem a sua estabilidade, evitando a concorrência agressiva. Assim, os atores teriam poucos incentivos à inovação. No entanto, invariavelmente, em algum momento os mercados sofrem transformações (FLIGSTEIN, 2002, p. 17).

Tais transformações fogem ao controle dos agentes dominantes de mercado e decorrem de fatores tais como entrada de novos *players* no segmento, ações do próprio Estado ou crises econômicas (FLIGSTEIN, 2002, p. 84). Pode-se enxergar, ainda, outros fatores que modificam os mercados, tal como a introdução de novas tecnologias ou até mesmo uma pandemia, como se observou na história recente. Em verdade, no cenário atual o Brasil se tornou um dos maiores consumidores de tecnologia do mundo, o que propiciou a criação de diversos mercados digitais.

O fato é que, para parte da doutrina, quando isso ocorre surge a necessidade de criação de um novo regramento que regerá as condutas no mercado, visando a manutenção de sua higidez e competitividade. Nesse contexto, os legisladores principalmente, mas até mesmos os julgadores, devem estabelecer regras mais adequadas à nova realidade (MILHAUPT; PISTOR, 2008).

Ganhou espaço a ideia de que os métodos tradicionais de análise antitruste não se aplicariam à era digital (EVANS; SCHMALENSEE, 2013). Em verdade, a grande maioria dos conceitos e ferramentas desenvolvidos para examinar mercados tradicionais somente seriam minimamente aplicáveis aos mercados digitais com consideráveis adaptações.

Nesse contexto foi que surgiu movimento neo-brandesiano ou *hipster antitrust*. Para seus defensores, o advento e a expansão da internet e novas tecnologias trouxeram problemas para o direito que demandam a adaptação de objetivos legais e conceitos jurídicos, a elaboração de novas categorias jurídicas e até mesmo o desenvolvimento de uma regulação capaz de endereçar as questões da era digital.

Como explicado acima, o *hipster antitrust* integra o chamado *New Brandeisian*, movimento assim denominado em memória de Louis Brandeis, juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, que julgava de acordo com uma perspectiva antitruste inovadora à época, baseada não só na economia, mas nos direitos sociais, e quem advertia sobre os perigos do poder de mercado das grandes empresas. Brandeis é famoso por sua afirmação: “we can have democracy in this country, or we can have great wealth concentrated in the hands of a few, but we can’t have both.” (informação verbal)<sup>3</sup>. Enxergava-se, portanto, nos grandes conglomerados uma ameaça à democracia, pensamento este que facilmente se identifica como uma das linhas mestras do *hipster antitrust*.

O movimento neo-brandesiano propõe reformas aos mecanismos e ferramentas de análise a serem utilizadas pelas autoridades concorrenciais, além da adoção de medidas regulatórias, conferindo-se, por exemplo, a certas plataformas digitais o tratamento dispensado a monopólios. Aplicar essa ideia envolve, por exemplo, avaliar (i) se a estrutura de determinado *player* pode gerar conflitos anticompetitivos de interesse; (ii) se pode propiciar alavancagem cruzada em diferentes linhas de negócios; e (iii) se a economia dos mercados de plataforma online incentiva a conduta predatória (KHAN, 2017, p. 790).

Khan, sua mais famosa defensora, nomeada em 2021 como presidente da Federal Trade Commission (FTC) nos Estados Unidos, afirma mais especificamente que restaurar os princípios tradicionais do antitruste, para criar uma presunção de predação e proibir a integração vertical por plataformas dominantes, poderia ajudar a manter a concorrência

---

<sup>3</sup> Esta declaração foi proferida pelo *justice* Louis D. Brandeis em 1941, nos Estados Unidos da América.

nesses mercados. Afirmar que, entendendo-se as plataformas online dominantes como monopólios naturais ou oligopólios, assim considerados como *essential facilities*, seriam mantidos os benefícios da escala, enquanto limitar-se-ia a capacidade das plataformas dominantes de abusar de seu poder (KHAN, 2017, p. 803).

Outro expoente do movimento é o Professor da Universidade de Columbia, Tim Wu. Wu igualmente defende que o direito antitruste não pode ser tão leniente. Pelo contrário, deve voltar a ser mais exigente e, de certa forma, radical. O Professor, que é assistente especial do presidente dos Estados Unidos da América para assuntos relacionados à tecnologia e política antitruste, chega, por exemplo, a defender a quebra do Facebook (WU, 2018, pp. 132–134).

Wu faz, inclusive, crítica à ligação das *big techs* com a política, ao afirmar que a concentração econômica gera desigualdade e sofrimento material, fomentando um apetite por lideranças nacionalistas e extremistas. E, de forma ainda mais dura, critica a histórica leniência antitruste norte-americana em relação às referidas companhias quando sustenta que “[...] o caminho para o fascismo e a ditadura é pavimentado com falhas da política econômica em atender às necessidades do público em geral.” (WU, 2018, p. 14).

A crítica abrange não só a insuficiência da legislação antitruste em relação às questões da economia digital, como também a conduta exclusionária das *big techs*, que operam no vácuo regulatório existente. Em verdade, sustenta Wu que tais corporações gigantescas, procurando proteger sua vantagem competitiva, transformam seu enorme poder econômico em poder político. Assim sendo, as autoridades antitruste deveriam atuar no sentido de quebrar referidas *big techs* (WU, 2018, pp. 132–133). Ou seja, o antitruste serviria não apenas à contenção do abuso de poder econômico, mas também do excesso de poder político.

Jonh Douglas (2016, p. 16) observou que os agentes que introduzem novas tecnologias no mercado fazem com que estas sejam utilizadas antes mesmo que as autoridades competentes definam em qual regime jurídico se enquadram. Trata-se do que Niklas Elert e Magnus Henrekson (2016, p. 1) convencionaram chamar de empreendedorismo evasivo.

Elert e Henrekson observam que surgiu no mercado um tipo de empreendedor que, ao exercer sua atividade, busca evitar o enquadramento desta no contexto jurídico regulatório existente, valendo-se de novos modelos de negócios para explorar contradições e vácuos normativos. Tal iniciativa não se mostra ilegal, mas quando começa

a ganhar consideráveis proporções, como ocorre no Brasil, gera preocupações tanto dos legisladores, quanto dos magistrados. Justamente neste cenário, sem aparentemente infringir qualquer lei, as *big techs* se tornaram tão poderosas.

Wu alerta que o simples fato de sua proposta de cisão das empresas que se valeram do vácuo regulatório para se estabelecerem como *big techs* ser considerada radical, revela o fato de como a sociedade está despreparada para lidar com a questão. Nesse sentido, demonstra a razoabilidade de sua proposta rememorando a postura das autoridades norte-americanas no passado, quando determinaram a quebra de monopólios, como nos famosos casos da Standard Oil e AT&T, em resposta à desigualdade social nos Estados Unidos da América (WU, 2018, p. 25).

Em suma, a crítica dos neo-brandesianos ao atual modelo antitruste se fundamenta, basicamente, nos objetivos do direito concorrencial. Afirma-se que, no geral, os objetivos da legislação concorrencial são demasiadamente vagos e que Bork, no que foi aceito pela maioria das autoridades concorrenciais, introduziu a ideia de ligá-los ao bem-estar do consumidor, numa análise voltada basicamente a preços e quantidades. Ou seja, seria um erro acreditar que a lei antitruste busca somente o bem-estar do consumidor. Defende-se que o antitruste deve ser capaz de endereçar outras formas de poder de mercado, como aquelas exercidas, por exemplo, através de monopsonios (ANTITRUST PT 2: THE POPULISTS, 2018).

Em suma, defende-se que a abordagem da Escola de Chicago tradicional sobre o direito antitruste, capitaneada por Bork, não é voltada à preservação dos direitos de concorrentes, mas dos consumidores. A crítica ao modelo tradicional é justamente essa: não se pode confiar no vago conceito de bem-estar do consumidor e esperar que isso resolva todos os problemas concorrenciais.

O professor Calixto Salomão vai além para dizer que tal modelo é capturado pelos grandes agentes econômicos. Nesse sentido afirma que “O direito sucumbe mais e mais aos desígnios econômicos e suas versões teóricas mais simplistas. [Sendo que] As pressões dos interesses econômicos transformam o país em um verdadeiro paraíso de Bork.” (SALOMÃO FILHO, 2018, *online*).

O movimento neo-brandesiano defende a ideia de que devem ser preservados o processo competitivo e as estruturas de mercado, mas não somente os consumidores. É justamente nesse sentido a crítica à atuação da Amazon feita por Lina Khan. Ao se observar, no curto prazo, o bem-estar do consumidor, a empresa até travou certas guerras

comerciais, acarretando uma redução de preços e, conseqüentemente, benefício aos consumidores. Ocorre que, como apurado por Khan, em alguns casos, referidas guerras de preços consistiram em práticas predatórias da Amazon buscando eliminar rivais do mercado, o que, no longo prazo, lesa direitos dos consumidores.

Nessa esteira, defende o movimento neo-brandesiano que deveriam os objetivos do antitruste serem ampliados para considerar não só o bem-estar do consumidor, e sua aferição baseada em preços, mas também as estruturas e as dinâmicas competitivas dos mercados, analisando-se a qualidade de oferta de bens e serviços, relações entre potenciais competidores, subsídios cruzados, dentre outros fatores. Há, segundo esta corrente, o entendimento de que qualidade, proteção de dados, diversificação da oferta, por exemplo, devem fazer parte da análise de bem-estar, pois há problemas decorrentes de análises quantitativas baseadas apenas em preços, em razão destas, por vezes, não guardarem relação com a realidade dos mercados digitais.

E o movimento vai mais além. Quando afirma ser necessário a ampliação dos objetivos do antitruste, é no sentido de que estes deveriam abarcar não só questões voltadas a preços, efeitos e a conseqüente maximização do bem-estar do consumidor, mas também preocupações paralelas advindas da concentração de poder de mercado, que possuem reflexos no poder político dos *players*, nas relações de trabalho de seus empregados, além de implicações ao meio ambiente e à própria noção de democracia (KHAN, 2017, pp. 739–743).

É importante registrar que se espera que esta posição ganhe força e importância num futuro próximo. Isso porque dois de seus principais defensores – Lina Khan e Tim Wu – assumiram posições chave no governo norte-americano. Khan, por exemplo, em setembro de 2021 encaminhou memorando aos demais Conselheiros e servidores da FTC sobre as visões e prioridades da agência sob sua gestão, no qual afirmou que dever-se-ia deixar de enxergar o trabalho da autoridade sob as óticas da defesa da concorrência e proteção do consumidor apenas, para passar a vê-lo no contexto de uma abordagem integrada aos casos, regras, pesquisas e outras ferramentas de políticas públicas (KHAN, 2021). O referido memorando foca em cinco pontos principais, quais sejam a identificação de danos, a atuação na origem das condutas colusivas, a utilização de ferramentas e abordagem empíricas, a atenção às novas práticas comerciais e, por fim, a democratização da instituição (VETTORAZZI; ATHAYDE, 2022).

No Brasil, ao analisar plataformas digitais e a regulação de dados, afirmaram Ana Frazão e Luiza Santos que o direito da concorrência deve passar por uma readequação metodológica para garantir o bem-estar do consumidor em relação aos seus dados, impedindo que a utilização desses leve a abusos de posição dominante ou a concentrações injustificáveis (FRAZÃO; SANTOS, 2020).

Juliana Domingues e Eduardo Gaban, citando, dentre outros, Robert Pitofsky (1979, pp. 1051–1075) e Carl Bogus (2015, pp. 85–114), adicionam que o movimento neo-brandesiano tem motivações sólidas e que não podem ser ignoradas, havendo o seu fortalecimento diante dos crescimentos dos mercados digitais e poder econômico das empresas de tecnologia (DOMINGUES; GABAN, 2019, p. 239).

Apesar dos convincentes argumentos acima expostos, sobretudo quando cotejados com a realidade fática dos mercados digitais, há quem afirme, de forma igualmente persuasiva, que a atual legislação antitruste não precisa ser alterada para endereçar as questões que emergem da economia digital. É o que se passa a explicar.

### 2.3.1.2 *Da suficiência do atual sistema antitruste defendida pelos tradicionalistas*

Parte da doutrina, principalmente aquela tradicionalista e baseada nos preceitos tradicionais da Escola de Chicago, se contrapõe aos argumentos dos neo-brandesianos. Esta corrente sustenta que não são necessárias mudanças estruturais no direito concorrencial para enfrentar as questões postas pela economia digital. Afirmam, pelo contrário, que as mudanças propostas se revelam deveras perigosas sob o ponto de vista democrático.

Cristiane Alkmin J. Schmidt, ex-conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) até 2019, reconhece que a revolução tecnológica vem trazendo profundas e intensas mudanças no mercado, nos seus *players* e nos consumidores finais (2018). Afirma, no entanto, que, apesar da situação assustar alguns, nada mais é do que um movimento natural e que as grandes corporações, incluindo as *big techs*, não deveriam ser culpadas *per se* pela desigualdade econômica presente na economia brasileira. Para Alkmin, “O progresso não é o culpado e nem quem os promove.” (2018, *online*).

A ex-Conselheira do Cade, atualmente Secretária de Fazenda do Estado do Goiás, reconhece que o Estado pretende atuar firmemente para conter as consequências maléficas da revolução tecnológica, mas ainda não sabe como. Alertou Alkmin que,

apesar do momento ser desafiador, “[...] a cegueira do curto prazo não deve interferir equivocadamente nos benefícios de longo prazo que o progresso traz à sociedade.” (2018, *online*). Arremata afirmando que o Estado “[...] deve agir com cautela, evitando atuar de forma proativa demais e acabar criando maus incentivos econômicos.” (2018, *online*). Defendeu, portanto, precaução.

Ao contrário do que sustentam Khan e Wu, Alkmin defende que a separação ou quebra das *big techs* não é o caminho para a solução dos problemas. Ela constatou que os que defendem a cisão das gigantes da tecnologia o fazem considerando dois precedentes americanos, quais sejam, a cisão da AT&T em sete companhias regionais, em 1984, e a segmentação da Standard Oil em 34 (trinta e quatro) empresas, ocorrida em 1911, justamente os casos citados por Wu. A autora esclarece, no entanto, que quatro são os motivos pelos quais a comparação com tais operações não se aplicaria ao cenário atual.

O primeiro deles é que a separação ou quebra de empresas não é uma prática tradicional e usual. O que foi feito em 1911 e 1984 pelas autoridades norte-americanas não pode ser considerado uma ação corriqueira, mas sim uma exceção à regra. Alerta que a retomada de decisões radicais atualmente não seria plausível, tendo em vista a diferença de contextos.

Como segundo motivo indica uma constatação histórica de que empresas separadas no passado voltaram a se unir em momento posterior. Utiliza o exemplo do ocorrido entre as empresas Shell e Esso, bem como a fusão entre AT&T e Time Warner.

O terceiro tem relação com o momento de atuação do Estado em face das grandes concentrações. Explica que, se a autoridade concorrencial anseia ser mais rigorosa, que veto ou reprove prévia e peremptoriamente as operações, mas não as permita para depois determinar sua desconstituição. Nesse sentido, é importante lembrar que os critérios de submissão e análise de atos de concentração econômica às autoridades concorrenciais são atualmente bastante discutidos no que diz respeito a sua suficiência.

Por fim, como quarto motivo, a autora identifica um perigo à própria democracia. Não seria possível, segundo ela, a distinção das boas e más intenções do Estado. Afirmar-se que rejeitar legítima e previamente operações é totalmente distinto da decisão *ex post* de desconstituição de negócios. Em se tratando de propriedade privada num Estado de Direito, conferir tamanho poder ao Estado seria perigoso e desaconselhável, sobretudo em democracias jovens como a brasileira.

No mesmo sentido, Kovacic explica que o recorrente impulso em se usar o antitruste para quebrar grandes empresas tende a repetidamente falhar. Para ele, a desconcentração forçada não tem qualquer relação com a expectativa realista de que um amplo processo de desinvestimento dissolverá a atual concentração de poder (1989). Registre-se um importante detalhe: Kovacic fez tal afirmação há mais de 30 anos, quando havia uma onda desconcentraccionista nos Estados Unidos, o que revela ser tal movimento cíclico.

Shapiro também explica que seria antiético ao processo competitivo quebrar grandes e poderosas empresas simplesmente em razão de seu tamanho, sendo que muitas delas atingiram tais níveis de grandeza por serem mais eficientes que concorrentes. Em verdade, na opinião dele, a desconcentração motivada apenas no tamanho dos *players* poderia causar aumentos sucessivos de preços, o que prejudicaria os consumidores (2021, p. 42).

Portanto, defende-se que a preocupação deve se voltar à análise prévia das operações envolvendo os conglomerados da era da informação. Nesse sentido, a crítica recai sobre a suficiência dos métodos de análise antitruste hoje aplicados pelas autoridades antitruste.

Tais métodos são questionados, sobretudo, em razão do cenário que se permitiu criar. Atualmente, observa-se que as *big techs* podem, de fato, ter aumentado seu poder de mercado e impedido o acesso de novos entrantes, em verdadeiro fechamento de mercado para potenciais concorrentes, além de terem diminuído o desenvolvimento de novas tecnologias e inovações.

Diante deste cenário, defendem os tradicionalistas que não seria necessária uma mudança estrutural no sistema antitruste, isto é, nos seus objetivos, mas sim uma avaliação dos métodos analíticos a serem empregados pelas autoridades concorrenciais no exame de concentrações econômicas. Shapiro considera ser muito arriscada uma mudança fundamental sobre os objetivos do antitruste. Ele afirma ser muito cético em relação a tal alteração, na medida em que poderia mover o antitruste em uma direção distante do foco na promoção da concorrência ou, pior, buscar endereçar problemas que não têm natureza competitiva. Shapiro afirma ser o conceito de bem-estar do consumidor suficiente ao endereçamento dos problemas concorrenciais (ANTITRUST PT 1: THE ESTABLISHMENT, 2018).

Kate Waldoock revelou concordar com tal entendimento ao afirmar que, em se tratando de monopólios, relações do antitruste com o mercado de trabalho ou em quaisquer outros casos, o *approach* baseado no bem-estar do consumidor é aplicável e suficiente (ANTITRUST PT 1: THE ESTABLISHMENT, 2018). Para ela, tal *approach* consistiria numa análise de custo-benefício de quanto os consumidores poderiam ser prejudicados por um potencial monopólio versus quanto poderiam ser beneficiados por determinada concentração de mercado. Sob o ponto de vista econômico, isso seria regra geral e fundamental. Ou seja, defende que já há um conceito capaz de endereçar os problemas de natureza antitruste e que a análise deve continuar a ser baseada no bem-estar do consumidor.

Em verdade, para essa corrente, ampliar os objetivos do antitruste para outros de natureza diversa, como os políticos, seria prejudicial à democracia. Nesse sentido, Shapiro alerta que analisar fusões com base em poder político, ou pedir às autoridades que o façam, seria uma péssima ideia. Na verdade, o autor afirma, em tom provocativo, que os neo-brandesianos, apesar das críticas ao modelo atual, não apresentam maneiras práticas de endereçamento do tema (ANTITRUST PT 1: THE ESTABLISHMENT, 2018).

Shapiro afirma que o texto da lei norte-americana é claro, no sentido de se preocupar com monopolização e efeitos econômicos, o que, de certa forma, se aplica à legislação brasileira. Segundo ele, posta a lei, as autoridades prontamente a interpretaram sob o contexto de poder econômico, produzindo a jurisprudência que vem sendo desenvolvida há mais de um século. Portanto, não se deve abandonar e desconsiderar a consolidação dos precedentes.

Estando a suficiência do atual sistema antitruste em cheque, o Reino Unido encomendou a um painel de especialistas o estudo do assunto. A pesquisa resultou num relatório de recomendações publicado em março de 2019. Trata-se do *Unlocking Digital Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel* (UNITED KINGDOM; DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019).

No âmbito do referido relatório, um dos temas abordados foi justamente a posição do movimento *hipster antitrust*, especificamente a obra de Khan e sua crítica à análise focada em preços. No relatório, registrou-se que críticos como Khan defendem uma abordagem que considera o tamanho dos *players*, *prima facie*, como causa de problemas, e tentam avaliar não só as consequências econômicas da redução de concorrência, mas

também suas implicações políticas (UNITED KINGDOM; DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019, p. 89).

Os especialistas integrantes do painel avaliaram a necessidade de uma mudança ampla no paradigma de objetivos concorrenciais, como a proposta por Khan, e concluíram ser esta desnecessária, por uma série de razões, abaixo pontuadas.

Primeiro, pois, apesar de o bem-estar do consumidor ser mais facilmente conceituado em termos de preços e quantidades, isso não quer dizer que se limite a tais aspectos. Há, em verdade, uma série de outros fatores que impactam no bem-estar do consumidor e são frequentemente considerados pelas autoridades concorrenciais, tais como, qualidade, gama de produtos, o nível dos serviços disponíveis aos consumidores, bem como a inovação.

Segundo, porque a análise de bem-estar do consumidor pode ser efetiva ainda que o preço seja zero, o que geralmente ocorre na economia digital, por considerar fatores qualitativos, tais como privacidade, quão melhores os serviços *gratuitos* podem ficar com mais competição, bem como a possibilidade do preço ser negativo no caso dos consumidores pagarem um preço competitivo pelos seus dados.

Terceiro, porque não somente os consumidores finais devem ser considerados, mas também empresas intermediárias e eventuais danos a elas causados.

Quarto, pois o bem-estar do consumidor pode, e deve, ser considerado de forma dinâmica. Muitas das preocupações dos críticos sobre proteção a competidores potenciais e condutas anticompetitivas poderiam ser incluídas nesse conceito ao se considerar o bem-estar do consumidor ao longo do tempo.

Quinto, porque já existe robusta teoria econômica subjacente à moderna política concorrencial e que permite, inclusive, o uso de certas presunções estruturais. Seria mais eficiente o desenvolvimento desta área em particular, à luz da economia digital, sendo que as melhorias permaneceriam totalmente consistentes com o conceito de bem-estar do consumidor, do que o desenvolvimento de toda uma nova teoria ainda não testada.

Nesse sentido, a recomendação dos especialistas à Comissão Europeia foi que não seja alterado o paradigma atualmente considerado na política concorrencial. Concluiu-se que tal mudança seria, em verdade, contraproducente, pois criaria inúmeras incertezas, haja vista ainda não ser suficientemente desenvolvida para endereçar as diversas questões com as quais as autoridades concorrenciais devem lidar.

Recomendou-se que a política de concorrência deve permanecer enraizada no padrão de bem-estar do consumidor, tal como concebido, dando-se a atenção necessária aos elementos competitivos não baseados em preços, bem como à inovação.

Portanto, esta corrente sustenta não ser necessário a alteração dos paradigmas ou objetivos do antitruste. A análise concorrencial deve continuar a ser baseada no bem-estar do consumidor, porém na sua verdadeira concepção. Na 5ª rodada das audiências denominadas como *Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century*, promovidas pela Federal Trade Commission, realizada em novembro de 2018, em Washington, cuja transcrição resultou num valioso relatório (USA; FEDERAL TRADE COMMISSION, 2020), no qual foi discutida justamente tal questão.

Na ocasião, Shapiro explicou que a jurisprudência vem utilizando de maneira imprópria a noção de bem-estar do consumidor, o que significa que deve haver uma adaptação nesta concepção, mas não uma mudança fundamental no padrão utilizado (USA; FEDERAL TRADE COMMISSION, 2020, p. 272).

Fiona Scott Morton observou que o padrão de bem-estar do consumidor vem sendo redefinido nos últimos 30 (trinta) anos pelos *players* que maximizaram seus lucros e querem poder se fundir e excluir rivais do mercado (USA; FEDERAL TRADE COMMISSION, 2020, p. 214). Reconheceu-se que esse padrão distorcido de bem-estar do consumidor não tem sido suficiente nos últimos anos, sobretudo em face dos mercados digitais. No entanto, afirmou não ser necessário uma alteração de objetivos do direito antitruste para o endereçamento da questão, mas apenas uma retomada da acepção original do conceito.

Ela explica que resolver o problema incluindo outros valores na política antitruste, tal como a democracia, é um erro. Para a Morton, se é desejado alcançar democracia ou quaisquer outros valores, isso deve ser feito através de agências reguladoras com este propósito específico, mas não se atribuindo tal competência às autoridades concorrenciais (USA; FEDERAL TRADE COMMISSION, 2020, p. 214).

Pensadores como Hovenkamp (2017), Orbach e Rebling (2013), Wright e Ginsburg (2013) defendem a manutenção de uma análise baseada em critérios mensuráveis e objetivos, tal como os postos pela Escola de Chicago (DOMINGUES; GABAN, 2019, p. 237).

Conclui-se, assim, que esta corrente doutrinária não enxerga motivos suficientes para uma alteração no sistema antitruste ou nos seus objetivos. Em verdade, para os

notáveis doutrinadores que a defendem, a análise focada no bem-estar do consumidor seria capaz de enfrentar as questões concorrenciais advindas da economia digital.

Para os referidos autores, a crítica parece estar na premissa equivocada dos neo-brandesianos de que a análise de bem-estar do consumidor importa apenas com o preço, quando, na verdade, as estruturas e as dinâmicas competitivas dos mercados também são consideradas.

Entendidos os argumentos dos neo-brandesianos e dos tradicionalistas, a imagem abaixo ilustra o panorama que se tinha em meados de 2020. À época, notava-se, dentre os autores mais importantes e renomados, tendência um pouco maior à defesa do status quo, isto é, percebia-se certa ressalva quanto às agressivas propostas dos neo-brandesianos, majoritariamente norte-americanos, o que pode ser explicado pelo ineditismo e contemporaneidade de suas ideias (Ilustração 3).

Ilustração 3 – Cenário de autores neo-brandesianos e tradicionalistas em 2020  
(Fase 1)

<i>Neo-brandesianos</i>	Tradicionalistas
• Ana Frazão 	• Barack Orbach 
• Calixto Salomão 	• Carl Shapiro 
• Carl Bogus 	• Cristiane Alkmin 
• Juliana Domingues 	• Douglas Ginsburg 
• Lina Khan 	• Fiona Scott Morton 
• Robert Pitofsky 	• Herbert Hovenkamp 
• Tim Wu 	• Joshua Wright 
	• Willian Kovacic 
	• Painel de especialistas - União Europeia 
	• Relatório FTC - EUA 

Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

### 2.3.1.3 Da convergência entre as duas correntes

Apesar dos inflamados debates entre os que defendem as posições acima, não se pode olvidar o fato de que concordam em, ao menos, um aspecto: a análise antitruste focada em preços é insuficiente para o exame dos mercados digitais. Os chamados *non-*

*price factors* devem, sob a ótica das duas correntes, ser considerados na análise concorrencial.

Nos mercados digitais, os produtos geralmente são oferecidos aos consumidores de forma gratuita, como meio de angariar o maior número de usuários possível, potencializando, assim, efeitos de rede e, conseqüentemente, aumentando o valor das plataformas (STUCKE, 2018). Portanto, nos mercados digitais, é improvável que certo *player* dominante aumente seu preço, como explica Lashinsky (2016), que se valeu do exemplo do Whatsapp Inc. que, após adquirido pelo Facebook Inc., deixou de cobrar a taxa anual de utilização pelo serviço. Isso, contudo, não quer dizer que a operação trouxe necessariamente apenas benefícios e bem-estar aos consumidores.

Tais situações, de fato, dificultam uma adequada análise antitruste dos impactos da atuação desses *players* no mercado, posto que, historicamente, preço é a variável a ser considerada. Assim, a análise deve levar em consideração aspectos qualitativos, tais como privacidade, qualidade dos produtos e serviços, inovação, fornecimento de informações, dentre outros, como explica o Gundlach (2016).

O fato é que a análise focada única e exclusivamente em preços não serve mais aos interesses do antitruste em relação ao mercado digital, independentemente de quais sejam, se aqueles tradicionais, voltados ao bem-estar do consumidor, ou aqueles mais amplos defendidos pelo movimento neo-brandesiano.

Assim sendo, percebe-se que a origem do problema detectado pelas duas correntes é a mesma e reside na limitação da análise de bem-estar do consumidor a critérios de precificação. Em outras palavras, ambas as teorias sustentam não ser adequado o entendimento de que o bem-estar do consumidor deve ser medido através de preços.

Nota-se, igualmente, que o endereçamento do problema pelas duas correntes é convergente no sentido de ampliação qualitativa da análise antitruste. Como se verá no Capítulo 2.3.2.3 abaixo, esse é o ponto de partida dos pensadores modernistas. No primeiro momento, portanto, a divergência residia numa questão conceitual, isto é, se os objetivos atuais do antitruste abrangeriam ou não tais questões qualitativas. E, justamente por conta de tal cenário, observou-se uma certa movimentação nas correntes doutrinárias iniciais sobre os modelos analíticos antitruste para dar espaço a outras, exploradas abaixo.

### 2.3.2 Da evolução das correntes doutrinárias originais sobre modelos analíticos dos mercados digitais aplicáveis ao direito concorrencial

Como mencionado anteriormente, desde o início desta pesquisa, em 2020, os debates acerca dos modelos analíticos antitruste aplicáveis às economias digitais se intensificaram e houve uma notável evolução.

O movimento *hipster antitrust* começou a ser enxergado quase de forma pejorativa por alguns membros da comunidade antitruste. Se isso tem relação com o poder de influência e captura das *big techs* (WAKABAYASHI, 2020), as grandes prejudicadas pelas ideias do movimento, não será objeto do presente estudo. No entanto, há interessantes trabalhos sobre tal questão e que merecem aqui o registro<sup>4</sup>.

Os ideais do movimento *hipster* passaram a ser vistos como um tanto quanto populistas<sup>5</sup>, deslocados da realidade prática dos remédios antitruste e voltados ao fim de se decretar a perniciosidade nas condutas das grandes corporações. Em razão disso, enxergou-se entre estudiosos uma certa tentativa em se evitar o rótulo de *hipster*. Passaram a falar apenas em neo-brandesianos.

Ganhou espaço, então, uma nova divisão sobre as abordagens do tema. Shapiro identifica três novas correntes sobre o futuro do antitruste, ressaltando que as pessoas

<sup>4</sup> Ver: DOWBOR, Ladislau. **A era do Capital Improdutivo: a nova arquitetura do poder, sob dominação financeira, sequestro da democracia e destruição do planeta**. 2ª ed. São Paulo: Autonomia Literária, 2018. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Capital-Improdutivo-Fam%C3%ADlias-Riqueza-Popula%C3%A7%C3%A3o/dp/8569536119>; LAZZARINI, Sergio G. **Capitalismo de laços. Os donos do Brasil e suas conexões**. 1ª ed. São Paulo: Bei, 2018. Disponível em: <https://bei.com.br/livro/capitalismo-de-lacos/167>; AUTOR, David; DORN, David; KATZ, Lawrence F.; PATTERSON, Christina; REENEN, John Van. The fall of the labor share and the rise of superstar firms. **Quarterly Journal of Economics**, [S. l.], v. 135, n. 2, p. 645–709, 2020. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/lkatz/publications/fall-labor-share-and-rise-superstar-firms>. Acesso em: 5 maio. 2021; REENEN, John Van. **Increasing differences between firms: market power and the macro-economy**: Centre for Economic Performance (CEP) Discussion Papers. [s.l.]: Centre for Economic Performance, LSE, 2018. Disponível em: <https://ideas.repec.org/p/cep/cepdp/dp1576.html>. Acesso em: 30 mar. 2022; BAKER, Jonathan B. **The antitrust paradigm: restoring a competitive economy**. 1. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019. Disponível em: <https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674975781>. Acesso em: 30 mar. 2022; SHAPIRO, Carl. Antitrust in a time of populism. **International Journal of Industrial Organization**, [S. l.], v. 61, p. 714–748, 2018. DOI: 10.1016/j.ijindorg.2018.01.001. Disponível em: <https://linkinghub.elsevier.com/retrieve/pii/S0167718718300031>. Acesso em: 29 mar. 2022; SHAPIRO, Carl. Protecting competition in the American economy: merger control, tech titans, labor markets. **Journal of Economic Perspectives**, [S. l.], v. 33, n. 3, p. 69–93, 2019. DOI: 10.1257/jep.33.3.69. Disponível em: <https://pubs.aeaweb.org/doi/10.1257/jep.33.3.69>. Acesso em: 29 mar. 2022.

<sup>5</sup> O termo “populista” vem sendo utilizado por parte da doutrina (vide Sokol e Wickelgren (2021)) para designar os outrora denominados defensores do movimento *hipster antitrust*. Não obstante, reconhece-se que o termo pode trazer consigo conotação pejorativa, sendo que ele é geralmente empregado por críticos à doutrina neo-brandesiana.

têm pontos de vista diversos sobre o tema, de modo que qualquer tentativa de criar apenas algumas categorias será imperfeita e, além disso, alguns membros de cada categoria inevitavelmente discordarão de sua caracterização. Não obstante, ele indica três abordagens do tema: a da Escola de Chicago (Capítulo 2.3.2.1.), a populista (Capítulo 2.3.2.2.) e a modernista (Capítulo 2.3.2.3.) (SHAPIRO, 2021).

### *2.3.2.1 Da Escola de Chicago como propulsora de nova corrente analítica dos mercados digitais sob a ótica do direito concorrencial*

No segundo cenário verificado mais recentemente sobre correntes doutrinárias, a linha da Escola de Chicago se mantém. No entanto, críticas de seus próprios defensores culminaram no surgimento de uma outra corrente, a modernista, que será abordada no Capítulo 2.3.2.3. Antes contudo, se fazem necessárias algumas considerações.

Ensina Shapiro, num primeiro momento visto como um tradicionalista a defender os preceitos da Escola de Chicago, que a abordagem antitruste desenvolvida pela Escola de Chicago é fortemente baseada na ideologia do *laissez faire*, que cresceu durante década de 80 e agora está profundamente enraizada no sistema jurídico e, conseqüentemente, nos precedentes. Defende tal escola que as forças do mercado geralmente desgastariam, por si só, o poder de monopólio. Seus adeptos não enxergam nenhuma falha fundamental na legislação antitruste nas últimas décadas (SHAPIRO, 2021).

Percebe-se, portanto, que os fundamentos utilizados pelos adeptos à Escola de Chicago são exatamente aqueles indicados no Capítulo 2.3.1.2, que aborda a suficiência do atual sistema antitruste defendida pelos tradicionalistas, no sentido da manutenção do status quo. Assim sendo, para evitar sua necessária repetição e ressaltando que tal corrente doutrinária permanece no novo cenário ora analisado, passar-se-á diretamente às críticas feitas a tal modelo por Shapiro, num primeiro momento visto com integrante desta corrente, e que serviram de ensejo ao surgimento da corrente modernista.

Primeiramente, critica-se a Escola de Chicago por esta assumir que o poder de monopólio seria naturalmente contestável e desgastado pelas forças do mercado, apesar de existir, na teoria econômica, evidências do contrário (SHAPIRO, 2021, p. 33). Tal pensamento estaria tão arraigado nas autoridades antitruste, sobretudo na norte-americana, que usualmente barreiras técnicas e legais representam verdadeiros obstáculos ao sucesso de denúncias por práticas anticompetitivas.

No caso das plataformas digitais, por exemplo, tem-se a dificuldade em se estabelecer o mercado relevante afetado por determinada conduta e que, quando definido de forma demasiadamente ampla, dilui a participação de mercado de certos agentes e, conseqüentemente, o seu suposto poder de mercado, o que impede o avanço de investigações de natureza antitruste. Outro exemplo estaria relacionado à forma de cômputo de faturamento de plataformas digitais, que, como demonstrado, por vezes, atuam num sistema de preço zero e, portanto, não atingem um dos critérios para a submissão de operações às autoridades concorrenciais.

Shapiro indica que uma mudança válida nesse sentido seria a de se criar, via alteração legislativa ou jurisprudencial, essa mais aplicável ao sistema antitruste norte-americano do que ao brasileiro, presunções refutáveis de modo que se transferisse aos réus o ônus da prova, tirando tal responsabilidade da acusação (2021, p. 34). No caso brasileiro, tal modelo poderia enfrentar dificuldades em prosperar, sobretudo em razão do princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII da Constituição Federal (BRASIL, 1988), do qual decorre o entendimento de que recai sobre a acusação o ônus de provar que o investigado praticou um fato típico, antijurídico e culpável. Ao investigado caberia apenas atuar no sentido de apresentar dúvida razoável à acusação, mas não prova plena das excludentes (GOMES, 2008, p. 26).

Uma segunda crítica à Escola de Chicago se refere aos postulados que esta adotou, alguns deles, supostamente, sem fundamento econômico (SHAPIRO, 2021, p. 34). Isso pode ser explicado, inclusive, pela origem do movimento antitruste oriundo Escola de Chicago. Explica-se.

É preciso que se tenha em mente que os pensamentos da Escola de Chicago emergiram de diversas decisões ruins, segundo Shapiro, tomadas pela Suprema Corte Americana nas décadas de 60 e 70 que, indevidamente, condenaram agentes de mercado por práticas anticompetitivas com base em critérios outros que não a teoria econômica. Diante de tal excesso de rigor, usualmente descolado da teoria econômica, surgiu a Escola de Chicago, numa posição que pode se chamar de pró-mercado. Ocorre que a mudança levou as decisões da Suprema Corte Americana a outro extremo, consistente numa demasiada leniência com os agentes de mercado.

Em verdade, os tribunais passaram adotar medidas mais extremas no sentido de relaxamento da política concorrencial, além de mudarem entendimentos de forma radical e injustificada com base nos ideais promovidos pela Escola de Chicago. Como resultado,

nos EUA, parte da interpretação da lei concorrencial ficou desatualizada se cotejada com a teoria econômica, o que gerou um *under-enforcement* da política antitruste. Shapiro afirma que tal mudança de posição em benefício dos réus, isto é, dos agentes de mercado, foi política e ideológica, no sentido de que as autoridades se tornaram, nas palavras dele, cada vez mais pró-negócios ou pró-mercado, num espírito hostil à regulamentação governamental da atividade econômica (SHAPIRO, 2021, p. 36).

Afirma Schapiro que vários acadêmicos altamente influentes associados à Escola de Chicago, tais como Robert Bork, Frank Easterbrook e Richard Posner, conseguiram enfraquecer drasticamente a capacidade da legislação antitruste de controlar o poder de mercado de agentes monopolistas. Tais pensadores teriam conseguido tal *golpe*, termo utilizado por Shapiro, apresentando uma série de afirmações que aparentemente decorreriam da teoria econômica, mas que eram, de fato, profundamente falhas, além de não terem sido submetidas ao processo científico normal de revisão por pares (*peer review*) (2021, p. 36).

E, ainda que fosse submetida ao *peer review*, a abordagem da Escola de Chicago não passaria por uma revisão por pares por duas razões básicas. Primeiro, porque conclusões frágeis e baseadas em modelos simples não são confiáveis para fins de recomendação de política. Para Shapiro, os adeptos da Escola de Chicago nunca verificaram a robustez dos modelos nos quais confiavam, até porque nem tinham ferramentas para tanto. Segundo, porque de forma totalmente oposta ao que os economistas de Chicago orgulhosamente defendiam, os advogados da Escola de Chicago basearam suas conclusões sobre política antitruste em pouca ou nenhuma evidência empírica sistemática (SHAPIRO, 2021, p. 36). Nesse sentido, Tepper e Hearn criticam a Escola de Chicago por se basear apenas em fundamentos teóricos, não se adaptando ou evoluindo com os fatos, que, inclusive, passaram a desafiar os seus postulados (2018, p. 169).

Não obstante, o fato é que, citando os advogados da Escola de Chicago, a Suprema Corte Norte-americana começou a decidir com base em posições doutrinárias que não refletiam a teoria econômica, mas estavam enraizadas na filosofia do *laissez faire*. Diante disso, chega-se a afirmar que o modo de análise da Escola de Chicago seria profundamente anticientífico e que faria sentido apenas em certas circunstâncias, mas não em todas (SHAPIRO, 2021, p. 36).

A crítica à Escola de Chicago reside basicamente no fato de que seus adeptos incorporaram com sucesso à jurisprudência antitruste uma série de proposições que não teriam sido comprovadas empiricamente e, pior, não foram validadas como uma questão de teoria econômica. Baker identificou uma série de argumentos equivocados pela Escola de Chicago, tais como: os mercados se autorregulam por meio da entrada de novos players; os mercados se autocorrigem porque os oligopólios competem e os cartéis são instáveis; monopolistas inovam; monopolistas não podem auferir mais do que um único lucro monopolista; e as práticas comerciais predominantes em mercados competitivos não podem prejudicar a concorrência (BAKER, 2015, 2019; SHAPIRO, 2021, p. 37).

E as críticas aos renomados acadêmicos da Escola de Chicago não param por aí. Shapiro também critica Easterbrook, afirmando que ele minou o *enforcement* antitruste sob a justificativa de uma suposta análise neutra do “custo do erro”, segundo a qual erros judiciais que tolerem práticas anticompetitivas são autocorretivos, ao passo que condenações equivocadas não (SHAPIRO, 2021, p. 37). Para Shapiro, toda a análise de Easterbrook foi baseada numa premissa econômica que ele mesmo fez de que monopólios serão autodestrutíveis, sendo que preços de monopólio atrairiam novos entrantes. Ocorre que tal presunção era baseada numa ideologia, mas não em evidências econômicas. Shapiro defende que as conclusões de Bork e Easterbrook foram – e são até hoje – replicadas não em razão de aspectos econômicos, teorias ou evidências empíricas, mas sim em suposições injustificadas, porém veementemente repetidas (SHAPIRO, 2021, p. 37).

Registre-se que as críticas aqui descritas à Escola de Chicago não decorrem única e exclusivamente da obra de Shapiro, um de seus defensores no momento em que emergiu o debate. Diversos outros autores tais como Barak Orbach (2017), Luigi Zingales (2012) e Sandeep Vaheesan (2014) também fazem críticas semelhantes à teoria capitaneada por Bork. A crítica comum em relação a todos eles é que a Escola de Chicago vendeu sua abordagem baseada num propósito do direito antitruste (de bem-estar do consumidor) desatrelada de evidências ou registros. Segundo eles, a origem histórica da Escola de Chicago foi no contexto de reescrever o antitruste para eliminar os movimentos contra a concentração, domínio de poder econômico e acúmulo de poder político que ganhavam espaço nas décadas de 60 e 70, como explicado acima.

Percebe-se, portanto, que o pensamento pregado pela Escola de Chicago, por muito tempo exaltado e tido como postulado absoluto de direito antitruste, passou a ser questionado, sobretudo em relação à sua comprovação empírica econômica.

Não obstante, é importante registrar, por fim, que há, no Brasil, quem ainda defenda os ideais tradicionalista originais da Escola de Chicago, inclusive nesse segundo cenário de pensamento mais moderno verificado nessa pesquisa. É o caso da Professora Amanda Flávio que, ao criticar, em tom forte, os populistas, afirma que o projeto neo-brandesiano peca pela frágil compreensão histórica que carrega, existindo vários exemplos, nos anos de 1970 e 1980, de atuação das entidades americanas bastante alinhada com o que defendem ser “disruptivo” (OLIVEIRA; SIGNORELLI, 2021, *online*).

#### 2.3.2.2 *Da percepção do movimento neo-brandesiano como populista*

Notou-se no último biênio que o movimento neo-brandesiano do *hipster antitrust* passou de altamente aclamado, disruptivo e necessário para uma iniciativa um tanto quanto radical. Nesse contexto, muitos passaram a classificá-lo com um movimento sobretudo populista.

Esses populistas estariam profundamente preocupados com o poder político dos grandes agentes de mercado. Sua ideologia seria baseada na desconcentração da economia de modo a reduzir tal poder e, conseqüentemente, criar oportunidades para *players* menores, o que, no fim da linha, beneficiariam trabalhadores, além de reduzir desigualdades econômicas e raciais (SHAPIRO, 2021, p. 34). Populistas são altamente céticos quanto ao papel da economia e da experiência antitruste no bem-estar dos consumidores. Inclusive, como explicado no Capítulo 2.3.1.1, enxergam que o objetivo do antitruste restrito ao bem-estar do consumidor seria altamente falho.

Passou-se a afirmar que o movimento populista deixou de ser acadêmico e passou a ser político, principalmente nos Estados Unidos da América. O tema foi, inclusive, incorporado ao debate presidencial norte-americano. Apesar do populismo antitruste ser um tema muito mais afeto ao partido Democrata, também os Republicanos criticavam a concentração de poder econômico em favor de poucos (GREENFIELD; LANGE; CALLAN, 2020).

Neste Capítulo, novamente para se evitar desnecessária repetição, passar-se-á diretamente às críticas aos neo-brandesianos e às razões pelas quais passou o movimento a ser visto como populista.

Os populistas enxergam situações como concentração excessiva de poder em grandes corporações, benefícios dos acionistas muito maiores que dos trabalhadores, discrepância entre lucros e repartição de renda e diversos outros problemas da democracia e da sociedade como decorrência da falência do sistema antitruste. É justamente nesse ponto que se concentram boa parte das críticas aos populistas: a causa do problema.

Balto e Lane (2018), de forma bastante agressiva, descrevem os populistas como recém-chegados ao direito antitruste, sem nenhum plano concreto e, pior, como defensores da mudança simplesmente pela mudança. Há, ainda, os que afirmam que, apesar dos populistas sustentarem que a falha do antitruste decorre do seu objetivo voltado ao bem-estar do consumidor, muitas de suas propostas representariam ideias perfeitamente consistentes com tal abordagem – de bem-estar do consumidor como objetivo do direito concorrencial -, embora aplicada de uma forma mais agressiva (GREENFIELD; LANGE; CALLAN, 2020).

Enquanto para os populistas a leniência da política antitruste teria acarretado tais problemas econômicos e sociais, outros atribuem tais como preocupações ao fraco sistema eleitoral, a ausência de leis anticorrupção, proteções inadequadas a trabalhadores, acesso desigual à saúde e educação, bem como um sistema tributário antiquado (SHAPIRO, 2021, p. 42).

Populistas também consideram as ciências econômicas como secundárias e até contraproducentes ao direito antitruste em certos casos. No entanto, tal entendimento é contraposto pelo fato de que o próprio conceito do direito concorrencial parte de conceitos econômicos, sendo que a economia seria uma ferramenta neutra que auxiliaria na compreensão de várias práticas negociais (SHAPIRO, 2021, p. 42).

Em outras palavras, a doutrina começou a criticar a fundamentação dos neo-brandesianos, que não possuía bases econômicas. E, sendo o movimento *hipster* fundado em ideologias políticas, muitas delas foco das eleições norte-americanas, passaram a ser chamados de populistas.

O fato é que se observou no prazo desta pesquisa que as críticas aos populistas vêm subindo de tom. Sokol e Wickelgren chegam a dizer que para se combater efetivamente o abuso de poder dominante, a autoridade antitruste deve parar de ignorar o

valor da experiência, da responsabilidade democrática e do devido processo legal (2021). Ao que se pôde apurar, se num primeiro momento o movimento neo-brandesiano ganhou força em razão da suposta ausência de comprovação empírica dos postulados defendidos pela Escola de Chicago, o *hipster antitruste* – que vem sendo chamado de movimento populista – é criticado pelo mesmo pecado: a ausência de fundamentação teórica, principalmente econômica, apta a fundamentá-lo. Diante deste cenário, surgiu uma nova corrente sobre a questão, a modernista.

### 2.3.2.3 *Dos Modernistas*

Se por um lado a Escola de Chicago começou a ser questionada em razão da suposta ausência de fundamentação empírica para suas conclusões, por outro os neo-brandesianos, agora populistas, passaram a ser entendidos como excessivamente agressivos contra as grandes corporações, de forma igualmente infundada em termos de ciências econômicas.

Essa pesquisa revelou, então, que, em 2021, surgiu um caminho intermediário, a corrente modernista. Dentre seus integrantes se encontram acadêmicos outrora adeptos tanto da filosofia da Escola de Chicago, quanto do ideal *hipster* populista. Se por um lado não é eficiente ignorar as décadas de jurisprudência antitruste desenvolvida sob a égide dos princípios da Escola de Chicago, por outro não se pode olvidar a premente necessidade de verificação do poder econômico das grandes corporações defendida pelos populistas. Esse foi o contexto que favoreceu o surgimento da linha de pensamento que ora se aborda.

A verdade é que, diante das ressalvas feitas às duas frentes teóricas – Escola de Chicago e populistas -, explicadas nos Capítulos 2.3.2.1 e 2.3.2.2, ganhou força o movimento designado por Shapiro como modernista.

Os modernistas reconhecem que a legislação concorrencial e a política antitruste não têm sido suficientemente robustas nos últimos anos. Eles defendem o incremento do *enforcement* concorrencial, baseado no que se aprendeu nos julgados das últimas décadas, decididos com fundamento na Escola de Chicago, e levando em consideração como a economia vem se desenvolvendo com o passar dos anos, com correções, como defendem os populistas, mas diferentes em termos de magnitude (SHAPIRO, 2021, p. 34).

Entendem que os mercados são fundamentalmente diferentes um dos outros, sendo que investigações com base nos casos concretos, sem importações de conceitos e conclusões advindas de investigações em outros setores, seriam a melhor forma de se avaliar os efeitos econômicos das práticas. São os modernistas favoráveis à contínua evolução do direito antitruste, o que é propiciado por sistemas de *common law* – baseados em precedentes -, além de defenderem que o direito da concorrência deve ser direcionado a proteger e promover a concorrência, objetivo este fundamentalmente ligado aos efeitos econômicos das condutas (SHAPIRO, 2021, p. 34).

Além de reconhecerem o desenvolvimento da jurisprudência promovida no contexto dos pensamentos da Escola de Chicago, afirmam os modernistas que os populistas adiantaram várias propostas que, se construídas de maneira apropriada, poderiam resultar num agressivo *enforcement* antitruste, ainda que o objetivo da política concorrencial seja o bem-estar do consumidor. Tais propostas iriam desde simples iniciativas, tais como conferir às autoridades de defesa da concorrência mais recursos para abrirem novos casos, até mudanças mais substanciais, tais como a alteração do ônus da prova. A motivação dos modernistas tem ligação com a atual falta de fiscalização decorrente da forma de aplicação do direito antitruste (*under-enforcement*), o que, segundo eles, tem prejudicado o consumidor (GREENFIELD; LANGE; CALLAN, 2020).

Nesse sentido, de construção apropriada das propostas populistas, Athayde e Ros enxergam que, no limite, a adoção da política populista para o combate a cartéis, por exemplo, poderia ter o efeito reverso ao pretendido. Registram que a análise de cartéis desvirtuada do bem-estar do consumidor, como para perquirir direitos de trabalhadores, melhoria de condições ambientais ou de saúde pública, representaria o uso indevido da discussão para alcançar objetivos contrários à própria teoria (ATHAYDE; ROS, 2022).

Se, de um lado, a Escola de Chicago afirma que o objetivo da política antitruste é o bem-estar do consumidor e, de outro, os populistas buscam a desconcentração de poder privado, os modernistas sustentam que o direito concorrencial deve ser utilizado para proteger e promover a competição. Enquanto os populistas associam a maldição da grandeza – título da obra do populista Tim Wu, *The Curse of Bigness* (WU, 2018) – às grandes corporações, os modernistas reconhecem que muitas grandes empresas atingiram tal patamar em razão de sua eficiência (SHAPIRO, 2021, p. 42).

Proteger e promover a competição, para Shapiro, significa dizer que uma prática deve ser considerada anticompetitiva se ela prejudica contrapartes na outra ponta do mercado em razão da quebra do processo competitivo, isto é, quebra da dinâmica pela qual agentes de mercado buscam crescer ao oferecer condições mais atrativas a seus clientes (SHAPIRO, 2021, p. 38). Ou seja, ainda que determinada prática beneficie o consumidor num primeiro momento – e, portanto, atenda ao postulado da busca pelo bem-estar do consumidor – essa não é necessariamente legal, pois pode, ainda assim, afetar a competição e, de maneira transversa, também prejudicar o consumidor. Deve-se avaliar condutas pelos seus impactos à concorrência, mas não a competidores ou consumidores.

Outro erro induzido pelo espírito da busca pelo bem-estar do consumidor seria o da quantificação e apuração de danos. Isso porque, até mesmo pelo ônus probatório envolvido, as autoridades concorrenciais têm focado excessivamente no preço ao consumidor a curto prazo e desprezado aspectos voltados à competição no longo prazo, tais como inovação e qualidade de produtos (SHAPIRO, 2021, p. 42).

Apesar disso, defendem os modernistas que poder-se-ia proteger e promover a concorrência valendo-se do atual sistema concorrencial. Necessários seriam, no entanto, incrementos aos modelos analíticos.

O primeiro deles passaria pela criação de presunções relativas em favor da acusação, reduzindo-se o padrão probatório acusatório, sendo que a ilicitude de certas condutas seria afastada apenas nos casos em que os acusados provassem certas circunstâncias excepcionais aplicáveis aos casos concretos. Exemplo de presunções a serem consideradas contra empresas dominantes abrangeriam aquisições de potenciais rivais, precificação abaixo dos custos, exigência de exclusividade na celebração de negócios (SHAPIRO, 2021, p. 39), bem como concentração entre empresas dominantes em mercados concentrados, práticas exclusionárias e restrições verticais (VAHEESAN, 2016, pp. 679–682).

O segundo passaria pela possibilidade de avanço de investigações concorrenciais sem a definição de mercado relevante, definição esta que é um verdadeiro problema para o direito antitruste, como explicado no Capítulo 2.2.1.2. Defendem os modernistas que as autoridades deveriam se preocupar mais com as evidências econômicas diretas dos efeitos das condutas, sejam elas quantitativas ou qualitativas, do que com a definição de mercado relevante. Alternativamente, até se poderia cogitar definir um mercado relevante nas ocasiões em que as participações de mercado forem informativas dos efeitos econômicos

das práticas, mas de modo a apenas auxiliar a análise, sem, no entanto, constituir seu requisito essencial (SHAPIRO, 2021, p. 40).

Tal proposta evitaria o problema de *under-enforcement* gerado pela Escola de Chicago, haja vista que os que a defendem têm logrado êxito em arquivar investigações em razão da falta de tecnicidade e exatidão na definição dos mercados relevantes, que serve, inclusive, à delimitação da lide. Do mesmo modo, afastaria o risco de definição de mercado relevante de forma mais ampla e estrutural, como propõem os populistas, haja vista que tal definição tornaria o antitruste mais afastado da realidade e um tanto quanto intangível, o que obstaculizaria o prosseguimento de investigações concorrenciais. Afirmam os modernistas que a proposta populista seria falha porque sacrificaria a precisão das decisões e até impediria muitas operações pró-competitivas (GREENFIELD; LANGE; CALLAN, 2020).

A terceira alteração do modelo analítico passaria pela mudança da regulação antitruste. Isso porque, para os modernistas, a análise histórica da jurisprudência leva a crer que não ocorrerão mudanças significativas no entendimento das autoridades nas próximas décadas. Nesse sentido, defende-se legislações específicas a determinados setores, tais como aqueles em que atuam as *big techs* (GREENFIELD; LANGE; CALLAN, 2020, p. 83; SHAPIRO, 2021, pp. 41–42).

Algumas autoridades no exterior já começaram a se movimentar nesse sentido, o que será abordado no Capítulo 3. A Comissão Europeia, por exemplo, em dezembro de 2020, publicou duas propostas de regulamentos pioneiras que trouxeram regras destinadas às plataformas digitais de grande alcance, denominadas nas propostas como *gatekeepers*. Trata-se do *Digital Markets Act* e do *Digital Services Act*, que possuem previsão de entrada em vigor em 2022 e 2023. De acordo com as propostas, plataformas digitais terão que seguir regras especiais destinadas a preservação e fomento da livre concorrência, uma espécie de função social a elas inerente.

No mesmo sentido, a Competition and Markets Authority, autoridade concorrencial do Reino Unido, teve acatada pelo governo do país a sugestão de criação de um novo regime concorrencial aplicável às plataformas digitais, bem como de estabelecimento de uma autoridade específica para tratar dos mercados digitais, a Digital Markets Unit.

Recentemente, sobretudo após a posse do Presidente Joe Biden, os Estados Unidos da América parecem começar a caminhar na mesma direção. Propostas de alteração

legislativa vêm sendo discutidas para tornar mais severas as regras concorrenciais em relação às plataformas digitais.

Espera-se que esse tipo de proposição ganhe fôlego na administração Biden, sobretudo pelas recentes nomeações de Lina Khan e Tim Wu, famosos por suas cruzadas contra as grandes empresas de tecnologia, para posições de destaque em órgãos que afetam diretamente a política antitruste norte-americana. Khan foi nomeada presidente da Federal Trade Commission e Wu anunciado como um dos conselheiros de Biden em temas concorrenciais no National Economic Council.

Percebe-se, portanto, que os modernistas têm ideias mais parecidas com as dos populistas do que com as dos pensadores de Chicago. Em linhas gerais, modernistas criticam ambas as correntes – Escola de Chicago e populistas – pela suposta falta de fundamentação econômica para as premissas que defendem. No entanto, percebe-se um alinhamento maior das preocupações dos modernistas com as dos populistas. A afinidade entre tais pensamentos é maior do que com a Escola de Chicago.

Por fim, deve-se registrar que, no contexto desta pesquisa, o único acadêmico que expressamente se colocou na posição de modernista foi Carl Shapiro. No entanto, foram identificados vários outros que, apesar de não utilizarem tal nomenclatura ou nela não se incluemem, compartilham de ideias semelhantes, tais como, dentre outros, William Kovacic, Jonathan Tepper e Denise Hearn (2018), Leon Greenfiel, Perry Lange e Nicole Callan (2020).

Tem-se, pois, que, após quase dois anos de amadurecimento acadêmico, o quadro das teorias sobre os modelos analíticos antitruste e seus autores mudou. Percebe-se um importante movimento entre os outrora defensores da Escola de Chicago e que passaram a ser classificados como modernistas, bem como novos pensadores que apareceram com relevantes opiniões sobre o tema.

Ressalta-se que tanto o panorama abaixo, quanto o feito ao fim do Capítulo 2.3.1.2 acima, representam percepção pessoal resultante dessa pesquisa e, portanto, sujeito a críticas. De todos os doutrinadores mencionados nessa dissertação, apenas Carl Shapiro se auto classifica como modernista. A classificação de todos os demais é feita, portanto, como resultado desse trabalho. Dito isso, em 2022, o quadro que se apresenta é o seguinte (Ilustração 4).

Ilustração 4 – Cenário de autores neo-brandesianos, tradicionalistas e modernistas em 2022 (Fase 2)

<i>Neo-brandesianos</i>	Modernistas	Tradicionalistas
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ana Frazão </li> <li>• Calixto Salomão </li> <li>• Carl Bogus </li> <li>• Juliana Domingues </li> <li>• Lina Khan </li> <li>• Robert Pitofsky </li> <li>• Tim Wu </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Abraham Wickelgren </li> <li>• Amanda Athayde </li> <li>• Barak Orbach </li> <li>• Carl Shapiro </li> <li>• Daniel Sokol </li> <li>• Denise Hearn </li> <li>• Jonathan Baker </li> <li>• Jonathan Tepper </li> <li>• Leon Greenfield </li> <li>• Luigi Zingales </li> <li>• Nicole Callan </li> <li>• Perry Lange </li> <li>• Sandeep Vaheesan </li> <li>• Willian Kovacic </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Amanda Flávio </li> <li>• David Balto </li> <li>• Mathew Lane </li> <li>• Cristiane Alkmin </li> <li>• Douglas Ginsburg </li> <li>• Fiona Scott Morton </li> <li>• Herbert Hovenkamp </li> <li>• Joshua Wright </li> <li>• Painel de especialistas - União Europeia </li> <li>• Relatório FTC - EUA </li> </ul>

Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

### 2.3.3 Da necessidade de reforma dos modelos analíticos antitruste nos mercados digitais verificada pela doutrina

Como explicado acima, a evolução doutrinária sobre modelos analíticos e objetivos do direito antitruste vem ocorrendo a passos largos. No curto período, de menos de dois anos, desta pesquisa foi possível verificar, no mínimo, dois cenários bem delimitados.

O primeiro deles tem relação com o surgimento do movimento neo-brandeiano ou *hipster antitruste*, que foi o pontapé inicial para as críticas ao sistema antitruste até então existente, ao menos no que diz respeito às *big techs*. Tal movimento enxergou o antitruste como o ramo do direito capaz de enfrentar as questões sociais decorrentes da forma de atuação das plataformas digitais, não necessariamente relacionadas ao direito antitruste tal como até então visto.

Houve um apelo pela proteção de consumidores, dados e até mesmo da democracia pelo direito antitruste. Houve uma verdadeira quebra de paradigma, afirmando seus defensores que os objetivos do direito concorrencial não deveriam ser

restritos à busca pelo bem-estar do consumidor, mas sim tutelar diversos outros bens sociais, tais como direito dos trabalhadores e do meio-ambiente.

Se para alguns tal grito solitário e extremista não ecoaria nos ouvidos da sociedade acadêmica, fato é que pouquíssimo tempo depois se começou a questionar a tão consolidada teoria antitruste desenvolvida na Escola de Chicago. Tal cenário seria inimaginável há menos de cinco anos atrás.

A grande verdade é que os preceitos pregados por Chicago foram desenvolvidos e sedimentados na jurisprudência de grande parte das autoridades concorrenciais mais avançadas. Em razão disso, estudiosos e operadores do direito não viam grande necessidade, ou benefício, em se questionar e mudar o status quo. Nesse contexto, investigações antitruste em face de grandes corporações atuantes nos mercados digitais eram comumente barradas por questões técnicas decorrentes da teoria desenvolvida na Escola de Chicago. Assim sendo, seja pela captura das autoridades pelas grandes corporações, seja por outras razões envolvendo o poder econômico e que não são objeto do presente estudo, não houve incentivo à mudança.

Ocorre que as críticas dos neo-brandeisianos às *big techs* passaram a fazer sentido à sociedade, que começou a questionar a forma de operação dos grandes *players* dos mercados digitais. Naquele momento inicial, identificou-se nesta pesquisa, de fato, mais preocupações do que propostas de solução aos problemas advindos das economias digitais. Não obstante, as críticas dos neo-brandeisianos, tal como se tivessem se valido da Primeira Lei de Newton, tiraram o direito antitruste da inércia e o colocaram em movimento, saindo do repouso da Escola de Chicago e entrando num movimento uniforme de evolução.

Nesse movimento evolutivo da doutrina, começaram a surgir pensadores que defendiam a plena aplicabilidade dos preceitos da Escola de Chicago, o que demandaria única e exclusivamente dos operadores do direito antitruste fazê-lo adequadamente, e outros que sustentavam não ser o modelo analítico baseado na Escola de Chicago suficiente. Ocorre que tal batalha acadêmica foi travada em bases mais sedimentadas e fundamentadas em teoria econômica. Nesse momento, em 2021, a doutrina novamente se dividiu e foi possível a identificação não apenas dos que defendiam a Escola de Chicago, mas também de populistas e modernistas.

Percebe-se, portanto, que apesar da aparente falta de fundamentação econômica das críticas feitas pelos neo-brandeisianos num primeiro momento, o movimento serviu

de mote para o desenvolvimento de teorias, essas sim mais bem fundamentadas, acerca dos modelos analíticos até então existentes. E, apesar das suas diferenças e até mesmo da beligerância de seus defensores, é possível se identificar um ponto de intersecção entre todas elas: a necessidade de alteração da perspectiva de aplicação do direito antitruste. Explica-se.

Os que hoje defendem os preceitos da Escola de Chicago afirmam ser sim o atual sistema analítico suficiente ao enfrentamento das questões concorrenciais que emergem das economias digitais. Para tanto, segundo eles, basta que as autoridades o apliquem da maneira adequada, pois existe no sistema concorrencial vigente meios para coibir abusos, ocorram eles em quaisquer mercados. Se há excessos, é porque o direito não vem sendo aplicado da maneira mais eficiente. Ou seja, é necessária uma alteração na forma de aplicação do direito, uma mudança de perspectiva.

Da mesma forma, os que defendem os posicionamentos extremos *do hipster antitruste* - ou os populistas -, afirmam ser falho o atual sistema antitruste, sendo necessária uma reforma no ferramental antitruste disponível às autoridades concorrenciais. Apesar da reforma por eles pretendida ser aparentemente baseada muito mais em argumentos ideológicos do que no racional econômico propriamente dito, o fato é que, tal como os defensores da Escola de Chicago, dizem ser fundamental uma alteração na maneira de aplicação do direito antitruste pelas respectivas agências reguladoras.

Por fim, a corrente que vem ganhando força recentemente e que tem se revelado à meia distância entre os dois extremos da Escola de Chicago e dos populistas, a modernista, igualmente afirma ser necessária uma alteração na forma como as autoridades aplicam o direito antitruste, mediante a assunção de uma série de presunções relativas, por exemplo, que fariam prosperar investigações concorrenciais.

Inexorável, portanto, a conclusão de que todas as correntes doutrinárias acima analisadas convergem para um ponto em comum, de que, independentemente dos objetivos a serem perseguidos pelo direito antitruste, a ótica pela qual as autoridades devem enfrentar as questões concorrenciais nos mercados digitais deve sofrer adaptações.

Alguns defendem que tal adaptação demandaria única e exclusivamente a mudança de padrão de como os julgadores interpretam o sistema jurídico antitruste, que já é plena e suficientemente aplicável aos mercados digitais. Esses são os adeptos à Escola de Chicago.

Outros afirmam ser mandatária uma total e completa reformulação do direito antitruste, que teria início com a alteração do propósito do direito antitruste. Para eles, ao se positivar que o direito antitruste tutela outros bens e não apenas o bem-estar do consumidor, seria possível o adequado enfrentamento das condutas praticadas pelas *big techs*, haja vista que as autoridades teriam fundamento jurídico para mudarem a atual, e insuficiente, abordagem dos mercados digitais. Esses são os populistas.

Por fim, há quem defenda que a mudança de perspectiva dos julgadores pode decorrer da alteração do entendimento acerca dos postulados de Chicago ou da alteração da regulação. Eles defendem não uma ab-rogação da legislação concorrencial, mas transformações pontuais nas normas, ainda que a nível infralegal, possibilitando aos julgadores se valerem de certas relativizações da lei, atribuindo aos investigados o ônus da prova, o que possibilitaria o avanço de investigações concorrenciais. Esses são os modernistas.

Concluindo-se, portanto, ser necessária uma mudança no *approach* das autoridades concorrenciais sobre os agentes dos mercados digitais, o Capítulo seguinte dedicar-se-á ao exame das providências tomadas pelas mais desenvolvidas jurisdições antitruste nesse sentido. Far-se-á a seguir a correlação dos modelos analíticos europeu e norte-americano, levando-se em consideração a respectiva evolução dos seus sistemas normativos e da jurisprudência.

### 3 DOS MODELOS ANALÍTICOS ADOTADOS PELAS JURISDIÇÕES EUROPEIA E NORTE-AMERICANA E SUAS CONSEQUÊNCIAS ÀS RESPECTIVAS POLÍTICAS ANTITRUSTE

Estabelecidos no Capítulo anterior os ideais doutrinários e as respectivas propostas de modelos analíticos afetas ao tema dos mercados digitais no direito antitruste, este Capítulo da pesquisa dedicar-se-á ao exame das medidas concretas tomadas pelas autoridades concorrenciais mais desenvolvidas sobre o tema, no caso as autoridades europeias e norte-americana<sup>6</sup>. Recorrer-se-á, pois, ao direito comparado.

Será analisada a seguir a evolução normativa concernente à regulação das *big techs* sob o ponto de vista concorrencial, além de casos concretos julgados na Europa e nos Estados Unidos da América sobre eventuais abusos de natureza antitruste ocorridos nos mercados digitais.

Primeiramente, será analisado o cenário europeu (Capítulo 3.1), passando pela evolução da regulação antitruste da União Europeia (Capítulo 3.1.1), bem como pelos principais julgados envolvendo concorrência e mercados digitais (Capítulo 3.1.2). Após, o contexto norte-americano (Capítulo 3.2) da questão será analisado, englobando o relatório que ensejou a revisão da legislação norte-americana (Capítulo 3.2.1), a evolução da legislação antitruste dos Estados Unidos da América (Capítulo 3.2.2), a recente *Executive Order* emitida pelo Presidente Joe Biden (Capítulo 3.2.3) e, por fim, investigações envolvendo a questão (Capítulo 3.2.4). Isso permitirá, ao final, ter tais jurisdições como paradigmas para, então, verificar e propor o modelo mais adequado à realidade brasileira.

#### 3.1 DA REALIDADE EUROPEIA SOBRE ANTITRUSTE E MERCADOS DIGITAIS

O estudo comparado terá início pelos avanços da legislação concorrencial europeia ocorridos desde 2020 e até a conclusão dessa pesquisa, no início de 2022. E isso

---

<sup>6</sup> De acordo com a Global Competition Review (2021), no mundo, a elite das autoridades de defesa da concorrência seria composta pela Divisão de Concorrência da Comissão Europeia, pela autoridade francesa, alemã e, por fim, pela norte-americana, todas consideradas nesse estudo.

tem uma razão: as autoridades europeias foram as primeiras a enfrentar de forma direta os desafios gerados pela economia digital face ao direito concorrencial.

Aqui abrem-se parênteses para registrar que, apesar dos pensadores norte-americanos se destacarem nos estudos relacionados à regulação dos mercados digitais, como demonstrado no Capítulo 2, foi na Europa que efetivamente foi dado o primeiro passo nesse sentido.

E não por acaso as autoridades europeias saíram na frente. Eleanor Fox bem explica que o direito da concorrência aplicado na Europa vem ganhando uma abordagem mais econômica há quase duas décadas, afastando-se dos preceitos tradicionais da Escola de Chicago. Por essa razão, Fox ensina que, ao contrário das autoridades norte-americanas, as agências antitruste europeias não pressupõem que os mercados funcionam bem sozinhos ou se autorregulam, mas, pelo contrário, desconfiam da higidez de mercados concentrados, especialmente aqueles dominados por um único agente (2019).

Assim, se por um lado a Escola de Chicago prega que intervenções antitruste podem *bagunçar* o mercado e arrefecer a concorrência, além de levar a punições excessivas (*over-enforcement*), por outro, as autoridades europeias não presumem tal situação. Pelo contrário, no velho continente parte-se da premissa de que a redução das barreiras à entrada e o estabelecimento de critérios claros e seguros para entrantes torna o mercado mais dinâmico e, conseqüentemente, mais benéfico ao consumidor (FOX, 2019).

Trata-se da importante discussão sobre os reais impactos das decisões das autoridades concorrenciais na economia. Tal debate gira em torno de como deve ser calibrada a intervenção antitruste: regras muito rigorosas que levam a punições excessivas (erro de Tipo I – *over-enforcement*) ou regras brandas e que geram punições inexistentes ou insuficientes (erro de Tipo II – *under-enforcement*) (LANCIERI; PEREIRA NETO, 2021).

O fato é que a jurisdição europeia, como se demonstrará a seguir, tem se revelado menos receosa quanto aos erros de Tipo I do que as demais, o que a fez se tornar pioneira no enfrentamento da questão relacionada à postura das *big techs* nos mercados digitais. Tanto as propostas legislativas europeias, quanto as teorias discutidas em seus julgados, independentemente se certas ou erradas no mérito, são as atualmente mais avançadas.

A seguir far-se-á uma análise da evolução da legislação concorrencial na Europa (Capítulo 3.1.1), passando-se pelo levantamento de informações que lá foi feito para a

alteração da regulação (Capítulo 3.1.1.1) e da correspondente análise de impacto regulatório (Capítulo 3.1.1.2). Após, realizar-se-á o exame pormenorizado da proposta de regulação dos mercados digitais em análise pela Comissão Europeia, o *Digital Markets Act* (Capítulo 3.1.1.3) e das suas alterações (Capítulo 3.1.1.4), bem como da proposta regulatória do Reino Unido (Capítulo 3.1.1.5). Por fim, serão apresentadas as investigações conduzidas pelas autoridades concorrenciais europeias que possuem relação com o tema (Capítulo 3.1.2).

### 3.1.1 Da evolução regulatória antitruste europeia entre 2020 e 2022

Em dezembro de 2020, em iniciativa inédita, a Comissão Europeia apresentou a Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à concorrência e isonomia dos mercados no setor digital, o que a própria Comissão chamou de Regulamento dos Mercados Digitais (em inglês *Digital Markets Act* ou, simplesmente, DMA) (EUROPEAN COMMISSION, 2020f).

Na ocasião, a Comissão Europeia verificou que práticas anticompetitivas e a falta de concorrência conduziram a resultados ineficientes no setor digital, especialmente preços mais elevados, qualidade inferior dos serviços, redução na inovação, além da redução das possibilidades de escolha dos consumidores europeus. Diante de tal cenário, afirmou-se ser essencial resolver tais problemas em razão da dimensão da economia digital, que, em 2019, representava entre 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) e 15,5% (quinze inteiros e cinco décimos por cento) do PIB mundial, com tendência de crescimento, além das implicações sociais e econômicas atreladas às condutas das *big techs* (EUROPEAN COMMISSION, 2020f).

Esse cenário é comum ao mundo todo. Desconhece-se uma autoridade de defesa da concorrência que não se preocupe, ou ao menos se atente, ao desenvolvimento dos mercados digitais<sup>7</sup>. A pergunta que todas elas fazem, no entanto, é o que precisa ser feito. Nesse contexto, sujeita às críticas que, de fato, vem sofrendo, a Comissão Europeia tomou uma providência e editou a proposta de regulação.

---

<sup>7</sup> Gabriela R. Paiva Monteiro (2018, p. 60) bem explica a evolução gradativa do comportamento das autoridades antitruste com relação à matéria passando de indiferença, para desconfiança e, por fim, ao desconforto.

O DMA foi proposto num cenário em que a própria Comissão Europeia constatou que apenas um instrumento legislativo poderia resolver de modo eficaz os problemas concorrenciais existentes nos mercados digitais. Além disso, a forma de Regulamento foi entendida como a melhor maneira de enfrentar a questão, porquanto tal instrumento seria diretamente aplicável nos Estados-Membros da Comissão Europeia, gerando coerência na aplicação das regras pelos países europeus (EUROPEAN COMMISSION, 2020f).

É possível concluir, portanto, que a Comissão Europeia não enxergou no atual modelo analítico antitruste e seu respectivo ferramental capacidade de enfrentar as questões concorrenciais advindas da economia digital. Na visão da Comissão, é necessário que se altere a regulação de modo que esta seja minimamente eficaz contra os abusos cometidos pelas *big techs*.

Traçando-se um paralelo com as teorias abordadas no Capítulo 2 deste trabalho, pode-se afirmar que as autoridades europeias se aproximam do pensamento modernista, ou até mesmo populista, ao mesmo tempo que negam a suficiência dos preceitos da Escola de Chicago à economia digital.

E o posicionamento europeu não decorreu do mero acaso ou da convicção individual de algum de seus líderes. Pelo contrário, a edição da proposta do DMA foi precedida de consultas das partes interessadas e de avaliações de impacto da política. Passa-se, portanto, à explicação do extenso levantamento de informações conduzido pela Comissão Europeia para a propositura do DMA (Capítulo 3.1.1), bem como da correspondente análise de seu impacto regulatório (Capítulo 3.1.1.2), passando não apenas pela definição dos destinatários da norma, os *gatekeepers* (Capítulo 3.1.1.2.1), mas também pelas justificativas da opção regulatória escolhida (Capítulo 3.1.1.2.2).

### *3.1.1.1 Do levantamento de informações para a propositura do DMA pela Comissão Europeia*

Identificou-se no âmbito desta pesquisa três consultas públicas. Primeiramente, entre junho e setembro de 2020, as autoridades europeias deram início a duas delas. Uma dizia respeito a um regulamento *ex ante* dos serviços digitais e outra a uma nova regulação de intervenção, ou domínio, na concorrência (EUROPEAN COMMISSION, 2020f, p. 9). Após, houve a terceira consulta pública, dessa vez de relatórios preliminares (EUROPEAN COMMISSION, 2020d) preparados pelo Observatory on the Online

Platform Economy, que é composto por um grupo de quinze especialistas independentes e um time de servidores da Comissão Europeia. Esclareça-se que, como o tratamento dos dados obtidos com as três consultas pela Comissão Europeia se deu de forma conjunta, elas serão igualmente abordadas conjuntamente nessa pesquisa.

Além disso, a Comissão Europeia se baseou em diversos seminários, conferências e nas pesquisas do Joint Research Centre, um órgão da própria Comissão que contrata especialistas independentes para realizar pesquisas capazes de fornecer fundamento às políticas públicas a serem aplicadas na Europa. Nas palavras da própria Comissão, tais eventos e pesquisas contribuíram para a definição do problema e ajudaram a identificar, ainda que preliminarmente, opções de políticas a serem implementadas (EUROPEAN COMMISSION, 2020f, p. 9). A Comissão registra, também, que fundamentou o DMA no diálogo com os Estados integrantes da União Europeia.

O que todo esse levantamento de informações demonstrou foi um forte apoio da comunidade europeia a uma intervenção nos mercados digitais, especialmente nos *players* que se convencionou chamar de *gatekeepers* e que serão melhor definidos no Capítulo 3.1.1.2.1. deste trabalho.

A coleta de informações realizada pela Comissão Europeia demonstrou o reconhecimento por parte dos que se manifestaram acerca da existência de problemas estruturais que não podem ser resolvidos pela atual legislação concorrencial europeia. Além disso, percebeu-se um certo consenso quanto à necessidade de se conferir poderes para que a Comissão intervenha em mercados nos quais atuam os *gatekeepers*. Notou-se, ainda, a percepção da comunidade de que tal intervenção incentivaria a inovação e aumentaria a escolha dos consumidores, possibilitando novos entrantes nos mercados digitais, além de garantir direitos de privacidade dos usuários (EUROPEAN COMMISSION, 2020f, p. 9).

Ocorre que as plataformas online, dentre elas as *big techs*, também se manifestaram. Como era de se esperar, observou-se uma divisão entre as grandes e as pequenas plataformas quanto à regulação proposta. Ao passo que os grandes *players* do mercado digital, seja diretamente, seja através de entidades de classe, questionaram a necessidade de uma nova regulamentação da questão, os agentes de dimensões menores, em especial os que exploram as grandes plataformas de forma comercial ou profissional, posicionaram-se favoravelmente à criação da normativa específica.

Os *players* que discordaram da regulação proposta afirmaram que o conceito de *gatekeeper* é extremamente amplo e que predeterminá-lo não seria razoável, devendo existir uma análise caso a caso e a posteriori. Para eles, a legislação antitruste corrente seria plenamente suficiente para evitar e reprimir abusos. Já o contra-argumento à referida alegação das *big techs*, e que foi considerado pela Comissão Europeia quando da emissão do DMA, é de que a legislação vigente – em especial o art. 102 do Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)<sup>8</sup> (UNIÃO EUROPEIA, 2016) - não é suficiente à regulação dos *gatekeepers* tendo em vista que estes, *prima facie*, não necessariamente detêm posição dominante, sobretudo em razão da complexidade da definição dos mercados relevantes afetados pelas práticas. Além disso, a legislação vigente não permitiria uma intervenção suficientemente rápida, o que seria essencial nos mercados digitais (EUROPEAN COMMISSION, 2020f, p. 10).

Um ponto de consenso foi que as entidades consultadas revelaram preocupações quanto à necessidade de segurança jurídica. Notou-se uma preocupação em relação à transparência e objetividade dos critérios, sejam qualitativos ou quantitativos, a serem considerados para a definição do conceito de *gatekeeper* e a caracterização de agentes como tal.

Por fim, registrou a Comissão Europeia que as autoridades nacionais de seus Estados-Membros apoiam a criação de normativa a nível da União Europeia de modo a evitar a fragmentação regulamentar, reforçando a importância de envolver antecipadamente os Estados-Membros no projeto legislativo (EUROPEAN COMMISSION, 2020f, p. 11).

---

<sup>8</sup> Art. 102º - É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o fato de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

### 3.1.1.2 *Da análise de impacto regulatório das propostas da Comissão Europeia de regulação antitruste das plataformas digitais e da escolha da melhor alternativa*

A análise de impacto regulatório é essencial a qualquer Estado que pretenda uma regulação responsável e eficiente de determinado setor. No Brasil, inclusive, editou-se o Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020, (BRASIL, 2020b) que determina que os órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, quando da proposição de atos normativos de interesse geral de agentes econômicos ou de usuários dos serviços prestados, no âmbito de suas competências, deve observá-la.

A análise de impacto regulatório, em linhas gerais e em conformidade com o art. 2º, I, do Decreto supramencionado, consiste no procedimento, a partir da definição de problema regulatório, de avaliação prévia à edição dos atos normativos e que deve listar informações e dados sobre os seus prováveis efeitos, para verificação da razoabilidade do impacto e subsidiar a tomada de decisão. E foi justamente o que fez a Comissão Europeia ao propor o DMA.

Foram avaliados os impactos regulatórios de três potenciais políticas. A primeira consistia na adoção de uma lista predefinida de *gatekeepers* e obrigações a eles aplicáveis. A segunda previa um quadro semiflexível de definição de *gatekeepers* e a atualização de determinadas normas. A última opção consistia em critérios flexíveis de regulação a serem definidos com base em dados qualitativos.

É importante mencionar que as opções de políticas não eram integralmente assertivas ou rígidas em sua forma. Foram deixadas em aberto particularidades de cada política, justamente para que houvesse uma análise ampla. Não foram objeto de análise, por exemplo, os limites quantitativos a serem aplicados, tampouco as sanções em caso de descumprimento da legislação proposta.

Antes de se adentrar ao mérito da proposta escolhida em si, há de se ressaltar uma peculiaridade do ambiente econômico e competitivo europeu, marcado pela interligação dos agentes presentes nos diferentes países do bloco econômico, que trouxe a todas elas um ponto em comum. Todas as três opções consideradas previam como órgão regulador a Comissão Europeia, que ficaria responsável pela aplicação da norma a nível da União Europeia. Isso porque os *players* alvo das políticas possuem alcance continental, não se restringindo ao território nacional de determinados países. Em verdade, concluiu-se que a adoção de um modelo descentralizado de execução da política não seria razoável, tendo

em vista a possibilidade de fragmentação regulamentar e o conseqüente reduzido número de *gatekeepers* a serem abarcados pela política.

Avaliados os impactos regulatórios das propostas regulatórias, um modelo foi escolhido. Conclui-se, com base nas consultas públicas descritas no Capítulo 3.1.1.1 acima, que dever-se-ia adotar um quadro semiflexível de definição de *gatekeepers*, além da atualização de determinadas normas envolvendo o setor. Passa-se, portanto, aos motivos que levaram a tal escolha.

#### 3.1.1.2.1 Do conceito de gatekeeper para fins de aplicação do DMA

A regulação proposta no contexto do DMA parte de uma definição que serve de base a toda a política pretendida, o conceito de *gatekeeper*. Essencial, assim, que, antes de se explicar a política propriamente dita, fique claro tal conceito aos que avaliam essa regulação, o que se faz a seguir.

As regras previstas no DMA são voltadas a certos agentes de mercado que se enquadrem em critérios definidos pela norma, trata-se dos que se convencionou chamar de *gatekeepers*.

*Gatekeepers* são basicamente os principais provedores de serviços digitais. Trata-se de plataformas de grandes proporções, seja em termos de faturamento anual, seja em termos de número de usuários, e que atuam como verdadeiras controladoras de acesso aos mercados digitais, tanto do ponto de vista dos usuários finais, quanto do ponto de vista dos usuários comerciais – geralmente empresas e até outras plataformas menores –, que se valem das plataformas para implementar seus modelos de negócios. São verdadeiros gargalos à operação nos mercados digitais.

Nos termos do DMA, *gatekeeper* é um prestador de serviços essenciais de plataforma, serviços esses que abrangem a intermediação online, buscas online, redes sociais online, compartilhamento de vídeos online, comunicações interpessoais, sistemas operativos, computação em nuvem e publicidade, incluindo quaisquer redes de publicidade, trocas publicitárias ou outros serviços de intermediação publicitária.

O artigo 3º do DMA (2020b, pp. 36–38) estabelece três critérios objetivos para a definição de um determinado *player* como *gatekeeper*. O primeiro deles é ter impacto significativo no mercado interno. O segundo é explorar um serviço essencial de plataforma que serve de porta de acesso relevante para usuários comerciais chegarem a

usuários finais. Já o terceiro consiste em, no que se refere às suas operações, ocupar uma posição enraizada e duradoura no mercado ou ser possível passar a ocupá-la num futuro próximo.

Percebe-se que tais critérios, se isoladamente considerados, são deveras amplos e subjetivos. Por essa razão, tratou a regulação de minudenciá-los, como se passa a explicar.

Nos termos do DMA, um agente possui impacto significativo no mercado interno se tiver registrado faturamento anual no Espaço Econômico Europeu igual ou superior a EUR 6,5 bilhões (seis bilhões e quinhentos milhões de euros) nos três últimos exercícios financeiros ou tiver capitalização média de mercado equivalente a pelo menos EUR 65 bilhões (sessenta e cinco bilhões de euros) no último exercício financeiro, além de ter que fornecer um serviço de plataforma em pelo menos três Estados-Membros.

Passando ao detalhamento do segundo critério, explorará o agente um serviço relevante para que usuários comerciais atinjam usuários finais se prestar um serviço essencial de plataforma com mais de 45 (quarenta e cinco) milhões de usuários finais e mais de 10 (dez) mil usuários comerciais ativos mensalmente estabelecidos na Comunidade Europeia no último exercício financeiro. O DMA determina que os usuários finais ativos mensalmente serão calculados com base no número médio de usuários ativos durante a maior parte do último exercício financeiro.

Por fim, em relação ao terceiro critério, ocupará o agente uma posição enraizada e duradoura no mercado se os números de usuários supracitados tiverem sido atingidos em cada um dos três últimos exercícios financeiros.

Caso determinado *player* atinja os três critérios definidos pelo DMA e se enquadre na caracterização de um *gatekeeper*, deve, por iniciativa própria, notificar a Comissão Europeia de sua situação, ocasião na qual deverá submeter seus dados de faturamento, número de usuários, bem como os serviços essenciais de plataforma prestados. Tal notificação deve ocorrer no prazo de até três meses do atingimento dos critérios acima explicados. A regulação prevê, ainda, que a notificação deve ser atualizada sempre que outros serviços essenciais de plataforma atinjam individualmente tais critérios.

Frise-se que é permitido ao agente que atingir os critérios objetivos previstos no DMA, na notificação, defender, no seu caso específico, o seu não enquadramento como *gatekeeper*, por não ter impacto significativo no mercado interno, não explorar serviço de plataforma essencial ou não deter posição enraizada. Trata-se de uma análise caso-a-caso

em que a Comissão Europeia terá de avaliar as particularidades do agente, dos serviços que presta e dos mercados envolvidos.

Recebida a notificação, em até 60 (sessenta) dias, a Comissão Europeia designará o agente como *gatekeeper* ou não. Registre-se que o DMA também prevê a possibilidade da própria autoridade concorrencial europeia designar um agente como *gatekeeper*, independentemente da notificação supramencionada.

Os limites quantitativos de faturamento e número de usuários podem ser revistos e reajustados pela Comissão Europeia regularmente, de modo a atender a evolução tecnológica dos mercados. Trata-se de possibilidade facultada à autoridade concorrencial pelo DMA em razão da dinamicidade característica dos mercados digitais.

A norma confere, ainda, outra importante faculdade à autoridade concorrencial, a de declarar como *gatekeeper* um agente que não atinja os critérios de faturamento e número de usuários. Para tanto, deve a autoridade avaliar certos elementos estabelecidos no DMA.

O primeiro deles é a dimensão do agente, em termos de volume de negócios e capitalização em bolsa. Também deve-se considerar a posição de mercado do prestador de serviços.

O segundo é o número de usuários profissionais que, de fato, dependem da plataforma para chegarem aos usuários finais, além do próprio número de usuários finais.

Percebe-se que esses dois elementos não são diferentes dos que a norma determina a observância para a definição de *gatekeeper*. A diferença, no entanto, reside no fato de que não se estipula limites mínimos de faturamento ou número de usuários. Além disso, outros elementos somam-se a estes.

O terceiro são as barreiras à entrada decorrentes dos efeitos de rede (Capítulo 2.2.1.) e das vantagens resultantes da utilização de dados (Capítulo 2.2.3.), principalmente em relação ao acesso e à coleta de dados por parte do agente ou às suas capacidades analíticas.

O quarto elemento é a vinculação tecnológica dos usuários comerciais e usuários finais. Por fim, o DMA define em seu artigo 3º, 6(f) que serão avaliadas “outras características estruturais do mercado.” (EUROPEAN COMMISSION, 2020f, p. 38, tradução nossa), como uma forma de dar um certo grau de conveniência, oportunidade e discricionariedade à análise.

A norma prevê, ainda, que caso a autoridade antitruste investigue agentes e determine a eles o cumprimento de certas medidas, como forma de correção de condutas potencialmente lesivas à concorrência, mas estes não cumpram com tais obrigações, poderá haver, por parte da Comissão Europeia, a declaração de que tal agente é um *gatekeeper*.

As regras para a definição de *gatekeepers* acima explicadas estão todas contidas no artigo 3º do DMA (2020b, pp. 36–38). A norma prevê, ainda, obrigações específicas dos agentes que são assim classificados, o que será melhor abordado no Capítulo 3.1.1.3.3.

#### 3.1.1.2.2 Da opção de regulação antitruste escolhida pela Comissão Europeia e seus impactos à comunidade europeia

Como mencionado acima, a opção regulatória escolhida foi a de se adotar um quadro semiflexível de definição de *gatekeeper*, além da atualização de determinadas normas envolvendo o setor. Restando explicado o conceito de *gatekeeper*, retoma-se, então, o exame dos termos da proposta em si para, após, se passar aos impactos regulatórios que levaram a Comissão Europeia a optar pela normativa tal como contida no DMA.

A estrutura da proposta regulatória do DMA tem quatro pilares. Há, primeiro, uma lista fixa de serviços essenciais de plataforma. Segundo, uma combinação de critérios quantitativos e qualitativos para definir prestadores de serviços essenciais de plataforma como *gatekeepers*. Há, ainda, obrigações diretamente aplicáveis aos *gatekeepers*. E, como quarto pilar, a possibilidade de atualização da regulação quanto às obrigações dos *gatekeepers*, por meio do que o DMA chama de atos delegados adotados na sequência de uma investigação de mercado, na medida em que sejam identificadas novas práticas que sejam igualmente desleais e com igual probabilidade de prejudicar a concorrência, sendo que tais investigações de mercado podem culminar na alteração da lista de serviços essenciais de plataforma (EUROPEAN COMMISSION, 2020f, p. 11) (Ilustração 5).



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

A proposta estabelece medidas que aplicar-se-ão a prestadores de serviços essenciais de plataforma de grandes dimensões que se enquadrem no conceito de *gatekeeper*. Os demais prestadores de serviços essenciais de plataforma e serviços complementares, os usuários comerciais e os usuários finais, por seu turno, serão apenas beneficiados com o DMA, sem a imposição de ônus relevantes. Segundo a Comissão europeia, a normativa visa, basicamente, facilitar o crescimento sustentável de serviços essenciais de plataforma e a economia das plataformas em geral, sendo concebida de forma totalmente neutra do ponto de vista tecnológico (EUROPEAN COMMISSION, 2020f, p. 13).

A análise de impacto regulatório deste modelo revelou que ele permite alcançar uma intervenção tempestiva em relação a todas as práticas até então identificadas como preocupantes nos mercados digitais, existindo, para algumas delas, a possibilidade de realização de adaptação regulatória das medidas a serem implementadas por um determinado *gatekeeper*. Ademais, concluiu a Comissão Europeia que o DMA permite o combate a novas práticas anticompetitivas, o que ganha relevância em se tratando de um mercado em constante evolução.

Além disso, a regulação pretendida lista um subconjunto de obrigações para *players* em relação aos quais haja uma previsão de que venham a ocupar uma posição enraizada e duradoura nos mercados digitais num futuro próximo, mas que ainda não se enquadram no conceito de *gatekeeper*.

A análise dos impactos da política pretendida revelou ainda que o DMA aumentará a concorrência dos serviços essenciais de plataforma e do setor digital como um todo, além de auxiliar os agentes nele presentes a superar os obstáculos decorrentes

das deficiências do mercado ou de práticas potencialmente anticompetitivas dos *gatekeepers*.

Como resultado da regulação, espera a Comissão Europeia que haja a criação de um ambiente propício ao surgimento de plataformas alternativas, o que pode resultar na oferta de serviços de melhor qualidade, mais inovadores e a preços acessíveis. Em suma, busca-se condições mais justas e equitativas para todos os agentes do setor digital, gerando o compartilhamento das eficiências do crescimento das economias de plataforma.

Objetiva-se que as vantagens advindas da regulação conduzam ao aumento do potencial de inovação entre as pequenas empresas, bem como à melhoria da qualidade dos serviços digitais e, ao fim, uma melhoria do bem-estar dos consumidores. A Comissão Europeia tem a expectativa de que o incremento da concorrência dos serviços essenciais de plataforma proporcione um excedente ao consumidor estimado em EUR 13 bilhões (treze bilhões de bilhões de euros), o que representaria um aumento de aproximadamente 6% (seis por cento) em relação ao cenário anterior (EUROPEAN COMMISSION, 2020f, p. 13).

A análise de impacto regulatório compreendeu, ainda, por óbvio, um exame de custos, para o mercado, de implementação da política. Para os *gatekeepers*, o custo decorreria da simples conformidade com as novas regras. Já agentes que não se enquadrem nesta classificação, teriam de suportar custos administrativos para cumprir com pedidos de informações por parte das autoridades concorrenciais europeias. No entanto, segundo a Comissão Europeia, não é provável que tais ônus representem um aumento substancial dos custos a que todos os *players* já estão potencialmente submetidos quando têm de suportar pedidos de informações no âmbito de quaisquer processos de natureza concorrencial. Concluiu-se, assim, que os custos para a implementação da política seriam baixos.

Em relação às empresas de pequeno e médio porte, a iniciativa regulatória não teria maiores impactos, haja vista ser bastante improvável que estas fiquem sujeitas às obrigações previstas na política. Por outro lado, segundo a Comissão Europeia, ao criar condições de competição mais igualitárias, o DMA permitirá que empresas de menor porte, principalmente usuários comerciais e outros prestadores de serviços essenciais de plataforma, ascendam, em razão da eliminação de barreiras significativas à entrada e expansão no mercado.

A Comissão Europeia registra, ainda, que é de se esperar que as medidas pretendidas gerem um aumento relevante da concorrência entre as plataformas digitais e os usuários comerciais, o que, ao cabo, levaria a serviços de maior qualidade, preços mais competitivos e aumento da produtividade (EUROPEAN COMMISSION, 2020f, p. 13).

Por fim, a análise de impacto regulatório europeia revelou que um conjunto maior de instrumentos de controle dos *gatekeepers* possibilitará que os agentes de mercado prosperem com base nos seus próprios méritos, gerando crescimento econômico que se traduz no aumento das receitas fiscais. Os ônus de execução da política pretendida, do ponto de vista da autoridade, são baixos em comparação com os benefícios para a economia. Tais ônus consistiriam, basicamente, no remanejamento de pessoal, além de outros custos administrativos de irrelevante monta.

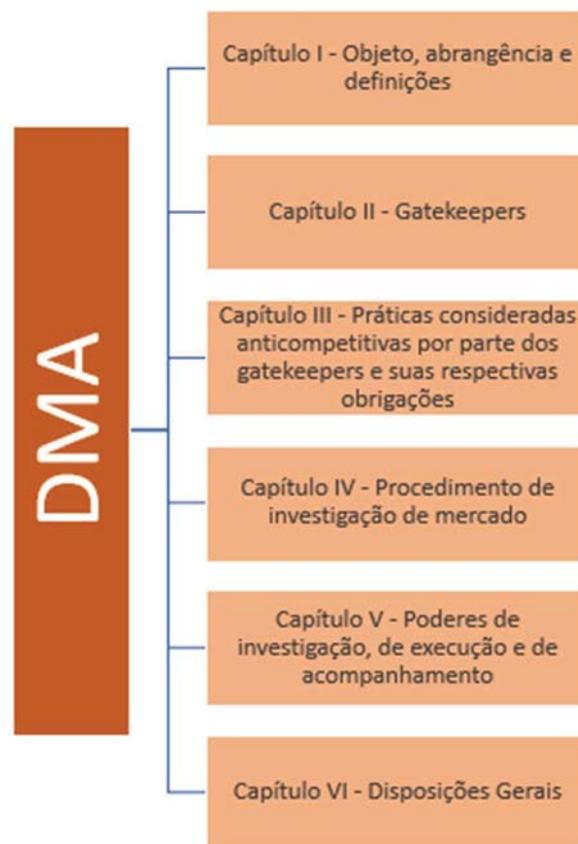
Expostos, pois, os motivos que levaram a Comissão Europeia à escolha do modelo regulatório a ser adotado, passa-se, a seguir, a proposta legislativa em si.

### 3.1.1.3 Da proposta regulatória europeia – O DMA

Superadas as etapas acima, de demonstração do processo de levantamento de informações feito pela Comissão Europeia, das propostas consideradas pela autoridade, da escolha do modelo regulatório e seus impactos regulatórios, passa-se, enfim, à explicação detalhada do conteúdo do DMA.

O DMA (EUROPEAN COMMISSION, 2020f) é composto por seis Capítulos que abordam desde disposições gerais a cláusulas de revisão da regulação. A proposta, relativamente curta, que conta com 39 (trinta e nove) artigos, foi apresentada em dezembro de 2020.

O primeiro Capítulo da proposta trata do objeto, objetivo e o escopo da regulação, além das definições dos termos utilizados no DMA. Já o segundo traz disposições acerca da definição de *gatekeepers*. O terceiro Capítulo estabelece práticas dos *gatekeepers* que limitam a concorrência e que são consideradas ilegais, além das obrigações a eles impostas. O quarto lista regras processuais para a realização de investigações de mercado. O quinto Capítulo aborda medidas relativas à execução do DMA. Por fim, o sexto Capítulo traz disposições gerais. O quadro geral que se tem é o seguinte (Ilustração 6):



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Pode-se afirmar que a proposta legislativa já passou por metade das etapas necessárias para se tornar efetivamente lei na União Europeia. O processo legislativo ordinário da União Europeia costuma levar de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) meses. Portanto, sendo a proposta do DMA de dezembro de 2020, era de se esperar que sua adoção acontecesse até o final de 2022. Contudo, em razão dos inúmeros interesses envolvidos e discussões existentes, é provável que o DMA passe por uma série de alterações de cunho substancial, como já vem ocorrendo e será explicado no Capítulo 3.1.1.4, de forma que sua implementação ocorra após esse período.

O processo de aprovação de uma regulamentação pela União Europeia passa por algumas fases, a seguir explicadas (EUROPEAN PARLIAMENT, [s.d.]). O primeiro passo é a apresentação da proposta pela Comissão Europeia. A Comissão Europeia tem o direito exclusivo de apresentar novas propostas legislativas para a União Europeia. A Comissão também pode propor nova legislação a pedido de outras instituições ou Estados-Membros, bem como em resposta a uma iniciativa dos cidadãos. Após apresentar a proposta, a Comissão apoia o Conselho e o Parlamento Europeu em seu papel de co-legisladores.

Dentro do Parlamento, o trabalho legislativo é realizado por comissões parlamentares, que são organizadas com base em áreas políticas específicas. Quando o Parlamento Europeu recebe uma nova proposta legislativa da Comissão Europeia, a proposta é enviada a uma comissão parlamentar pertinente, que é encarregada de elaborar um parecer sobre a proposta.

As propostas da Comissão também são enviadas aos parlamentos nacionais dos Estados-Membros. Estes parlamentos não têm um papel formal em termos de adoção ou emenda, mas desde o Tratado de Lisboa, o intitulado *Early Warning Mechanism* confere-se aos parlamentos nacionais algum controle sobre as propostas de legislação da União Europeia, avaliando se uma proposta da Comissão infringe o princípio da subsidiariedade.

Após, há o parecer do European Economic and Social Committee (EESC) e/ou Committee of the Regions (CoR). O EESC é um órgão consultivo independente da União Europeia. O Comitê é formado por membros originários de organizações de empregadores e empregados. Já o CoR tem uma função consultiva no procedimento legislativo ordinário da União Europeia. O CoR é composto por representantes locais e regionais de todos os Estados-Membros e analisa os pareceres sobre a proposta da Comissão a partir de uma perspectiva local e regional. Esses pareceres podem ser obrigatórios, solicitados ou elaborados por iniciativa própria do CoR. Além de apresentar pareceres, o CoR pode levar um caso ao Tribunal de Justiça a fim de proteger suas prerrogativas. Este pode ser o caso se o CoR não for consultado, nas hipóteses que a consulta era obrigatória, ou se a consulta não foi conduzida adequadamente, por exemplo.

Em seguida, passa-se ao que se chama de *draft report*. Trata-se do parecer apresentado pelo relator do projeto na Comissão e que será votado no Comitê por maioria simples através de uma chamada nominal. Os membros do Parlamento Europeu podem propor emendas antes que o Comitê vote o *draft report*. Para acompanhar o andamento de um relatório, os grupos políticos têm a opção de nomear *shadow rapporteurs*. Eles são responsáveis pelo assunto dentro de seu grupo político e desempenham um papel importante, facilitando a busca de consenso sobre a proposta legislativa.

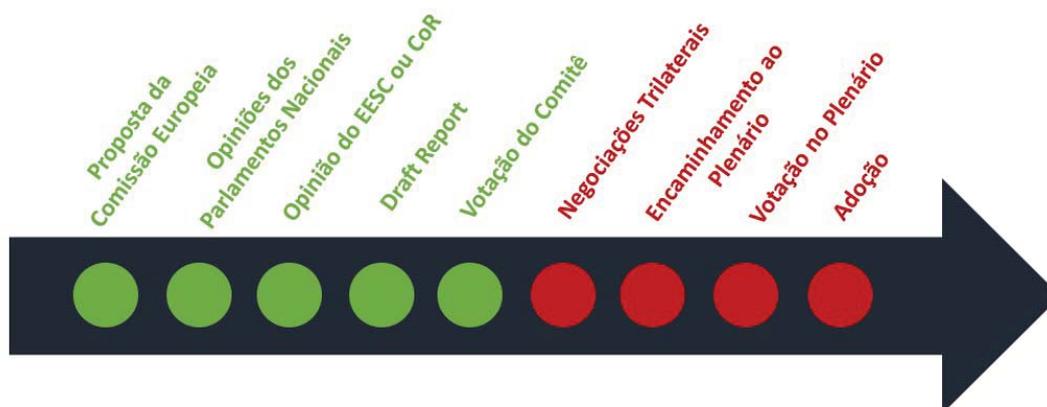
Muitas vezes os *shadow rapporteurs* e o relator têm reuniões informais para discutir suas posições e formular emendas ao *draft report* antes do início da votação. Nesta fase, o Comitê também pode decidir realizar audiências com especialistas ou emitir outras avaliações de impacto. O *draft report* é, então, votado pelo Comitê.

Tomam espaço, então, as negociações trilaterais ou *trilogue*. Trata-se de reuniões tripartidas informais sobre a proposta legislativa entre representantes do Parlamento, do Conselho da União Europeia e da Comissão Europeia. O seu objetivo é chegar a um acordo provisório sobre um texto aceitável para todos. As negociações podem ser organizadas em qualquer fase do processo legislativo, apesar de geralmente ocorrerem após o *draft report*, e podem conduzir, a depender do momento, aos chamados acordos de “primeira leitura”, de “segunda leitura” ou a um “texto comum” durante a negociação.

Por fim, passa-se à fase plenária, que antecede a efetiva adoção da regulação. Trata-se da fase final da tomada de decisão interna do Parlamento Europeu. O relatório, agora um texto consolidado, é encaminhado e submetido à votação em uma sessão plenária do Parlamento Europeu. Geralmente, a votação é precedida por um debate no qual os membros do Parlamento Europeu trocam opiniões. O Parlamento tem várias opções sobre as quais pode votar, todas por maioria simples, quais sejam rejeitar a proposta inteira ou aprová-la com ou sem emendas.

A ilustração abaixo (Ilustração 7) mostra em que fase está o DMA, sendo que estão na cor verde as etapas já concluídas (EUROPEAN PARLIAMENT; MADIEGA, 2022).

Ilustração 7 – Fases legislativas a que se submeterá o *Digital Markets Act* (atualizado em janeiro de 2022)



Fonte: Adaptado de European Parliament e Madiega (2022, p. 1)

Explicado o trâmite legislativo a que terá de se submeter o DMA, de forma a possibilitar uma compreensão mais completa, exata e assertiva do seu conteúdo, passa-se, a seguir, à análise dos seus Capítulos, um a um.

### 3.1.1.3.1 Capítulo I do DMA – Objeto, abrangência e definições

O Capítulo I do DMA (2020b, pp. 33–36) é composto por dois artigos. O primeiro estabelece o objeto e a abrangência da norma. O segundo traz as definições de alguns termos utilizados pelo DMA.

De acordo com o artigo primeiro, o objeto do DMA é estabelecer regras harmonizadas para assegurar a concorrência e a igualdade nos mercados digitais em que estejam presentes *gatekeepers* em toda a União Europeia. Estabelece-se que as regras são aplicáveis aos serviços essenciais de plataforma prestados por *gatekeepers* a usuários comerciais constituídos na União Europeia ou usuários finais lá situados, independentemente do local de estabelecimento dos *gatekeepers* e do direito aplicável à prestação dos serviços por eles oferecidos.

Consigna, expressamente, o artigo primeiro que o regulamento não se aplica aos mercados relacionados com redes de comunicação eletrônicas e serviços de comunicações eletrônicas, já regulados pelo Código Europeu das Comunicações Eletrônicas, a Diretiva (UE) 2018/1972. Além disso, registra-se que, em relação aos serviços de comunicações interpessoais, o DMA não prejudica o exercício dos poderes e das funções atribuídas às autoridades reguladoras nacionais definidos no mesmo Código.

Ainda no artigo primeiro, é determinado que os Estados-Membros da União Europeia não podem impor aos *gatekeepers* obrigações adicionais àquelas previstas no DMA, seja por meio de disposições legislativas, regulamentares ou administrativas, ainda que tenham por objetivo garantir a concorrência. Não obstante, o DMA não prejudica eventuais regras que visem outros temas de interesse público.

A verdade é que nada no DMA impede que os Estados-Membros imponham obrigações a agentes de mercado com o objetivo de garantir a livre concorrência. No entanto, tais obrigações não podem ser relacionadas simplesmente ao fato de tais agentes se enquadrarem no conceito de *gatekeeper* definido no DMA.

Por fim, o artigo primeiro determina que as autoridades nacionais dos Estados-Membros não podem tomar decisões contrárias às decisões da Comissão Europeia que tenham como fundamento o DMA. Pelo contrário, o artigo primeiro estabelece que a Comissão e os Estados-Membros devem atuar em estreita cooperação e coordenação no que tange às medidas de execução do regulamento.

O artigo segundo, por seu turno, traz as definições utilizadas no DMA, algumas de essencial importância para a correta compreensão da norma. Há uma lista de vinte e três termos, sendo que alguns merecem ser aqui destacados.

Para efeitos do regulamento, serviço essencial de plataforma engloba qualquer dos seguintes serviços: serviços de intermediação online, motores de pesquisa online, serviços de redes sociais online, serviços de plataformas de compartilhamento de vídeos, serviços de comunicações interpessoais, sistemas operativos, serviços de computação em nuvem e serviços de publicidade, incluindo qualquer rede de publicidade, serviço de trocas publicitárias ou outro serviço de intermediação publicitária, prestados por um prestador de qualquer dos serviços essenciais de plataforma.

Também são definidos o que são usuários finais e comerciais. Usuários finais são quaisquer pessoas que utilizem serviços essenciais de plataforma e não sejam enquadradas como usuários comerciais. Já os usuários comerciais são quaisquer pessoas que, no âmbito das suas atividades comerciais ou profissionais, utilizem serviços essenciais de plataforma para fins de fornecimento de bens ou serviços a usuários finais.

Por dados, entende-se qualquer representação digital de atos, fatos ou informações e qualquer compilação desses atos, fatos ou informações, sejam sob a forma de gravação sonora, visual ou audiovisual.

Já o termo empresa significa todas as sociedades associadas ou empresas coligadas que constituem um grupo em decorrência de controle direto ou indireto de uma sociedade ou empresa por parte de outra e que desenvolvem uma atividade econômica, independentemente do seu estatuto jurídico e do modo como são financiadas.

Os demais termos definidos no artigo segundo não são essenciais ao entendimento do DMA e, por essa razão, não serão aqui listados.

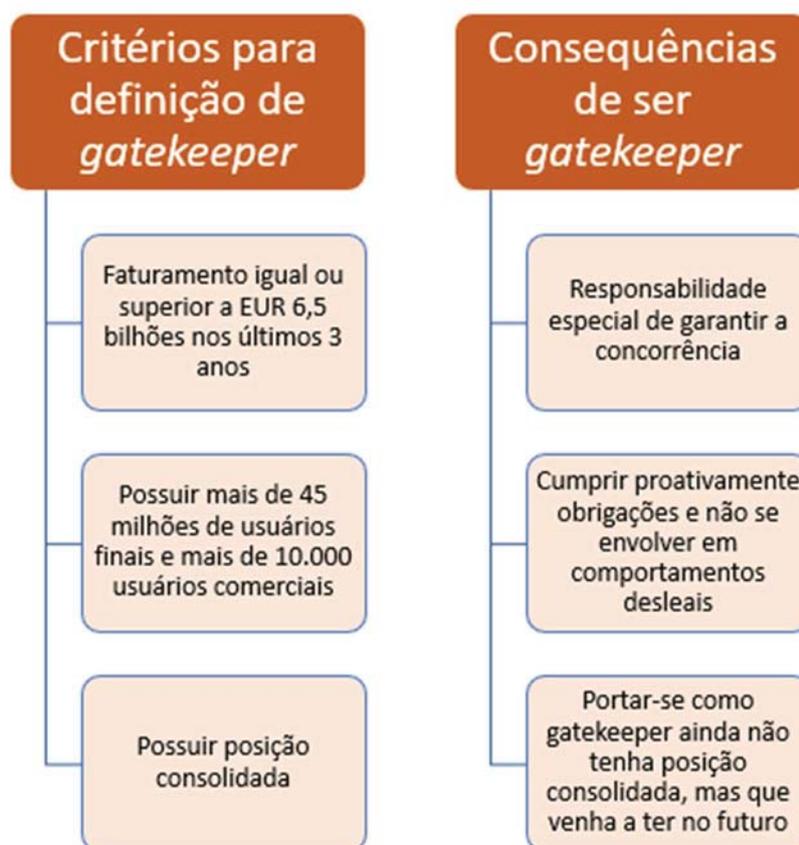
#### 3.1.1.3.2 Capítulo II do DMA – Gatekeepers

O Capítulo II do DMA (2020b, pp. 36–39) é a sua espinha dorsal, é o que fundamenta toda a política proposta. O Capítulo II define quem são os destinatários da norma, isto é, os *gatekeepers*. O artigo 3º do DMA trata da designação dos *gatekeepers*, já o artigo 4º dispõe sobre a revisão do seu estatuto.

Tendo em vista ter o Capítulo 3.1.1.2.1 acima se dedicado à explicação da definição dos *gatekeepers*, neste momento, em relação ao artigo 3º do DMA, para se

evitar repetição, comentários adicionais não serão feitos. Apenas para fins ilustrativos, apresenta-se a imagem abaixo, que rememora os critérios de definição de *gatekeepers* e lista algumas consequências gerais de tal enquadramento, que serão abordadas de maneira pormenorizada mais adiante (Ilustração 8).

Ilustração 8 – Critérios para a definição de *gatekeepers* e consequências de ser designado como tal, nos termos do DMA



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Passa-se, então, ao artigo 4º, que trata das hipóteses de revisão do enquadramento de determinados *players* como *gatekeepers*.

Prevê-se que a Comissão pode, a qualquer momento, independentemente de provocação, alterar ou revogar a decisão de considerar determinado agente um *gatekeeper*, com base em dois motivos. O primeiro deles é se ocorrer uma alteração substancial da situação de fato em que a decisão – de definição do agente como *gatekeeper* – se fundou. O segundo é se tal decisão for baseada em informações incompletas, inexatas ou deturpadas.

Determina o artigo 4º que, periodicamente, e ao menos a cada dois anos, a Comissão procederá a uma revisão com o objetivo de apurar se os *gatekeepers* assim designados continuam a satisfazer os requisitos para tal enquadramento, bem como para verificar se outros prestadores de serviços essenciais de plataforma satisfazem esses requisitos. A revisão periódica servirá, igualmente, ao exame da necessidade de se ajustar a lista dos serviços considerados como essenciais de plataforma.

Por fim, é estabelecido que a Comissão Europeia publicará e atualizará de modo permanente a lista de *gatekeepers*, bem como a de serviços considerados como essenciais de plataforma, com vistas a conferir maior segurança jurídica ao setor.

### 3.1.1.3.3 Capítulo III do DMA – Práticas consideradas anticompetitivas por parte dos *gatekeepers* e suas respectivas obrigações

No DMA, o Capítulo III (2020b, pp. 39–44) é voltado às práticas dos *gatekeepers* que limitam a concorrência. O artigo 5º trata das obrigações inerentes aos *gatekeepers*. Já o 6º, traz tais obrigações específicas sobre os serviços que servem de porta de acesso para os usuários comerciais chegarem aos finais. O artigo 7º versa sobre o cumprimento das obrigações estabelecidas nos artigos anteriores. No artigo 8º menciona-se as hipóteses de suspensão das obrigações dos *gatekeepers* e no artigo 9º são listadas as situações em que se isenta um agente do seu cumprimento. O artigo 10 aborda a atualização das obrigações e o seguinte trata das medidas assecuratórias do seu efetivo e integral cumprimento. Por fim, o artigo 12 estabelece obrigações de comunicar concentrações às autoridades concorrenciais e o 13 versa sobre obrigação de auditoria. Passa-se ao exame de cada um deles.

O artigo 5º do DMA traz uma série de obrigações a serem observadas pelos *gatekeepers*. São listadas sete regras a serem obedecidas. A primeira delas é a de que devem se abster de combinar dados pessoais obtidos a partir dos serviços essenciais de plataforma com dados pessoais provenientes de qualquer outro serviço por eles oferecido ou com dados pessoais provenientes de serviços prestados por terceiros. Também devem se abster de inscrever consumidores finais em outros serviços por eles prestados com o intuito de obter dados pessoais, exceto se houver sido apresentada uma possibilidade de escolha específica ao consumidor e este tenha consentido.

A segunda obrigação é a de permitir que os usuários comerciais ofereçam os mesmos produtos ou serviços aos consumidores finais através de serviços de intermediação online ofertados por terceiros sob preços e condições diferentes dos oferecidos pelos serviços de intermediação online do próprio *gatekeeper*.

A terceira consiste na permissão obrigatória para que os usuários comerciais ofereçam serviços a usuários finais angariados através do serviço essencial de plataforma e celebrem contratos com esses consumidores, independentemente de utilizarem os serviços dos *gatekeepers* ou não. Ademais, devem permitir que os usuários finais utilizem e acessem, por meio dos serviços essenciais de plataforma dos *gatekeepers*, conteúdos, funcionalidades ou outros itens por meio da aplicação de informática de um usuário comercial, desde que esses itens tenham sido adquiridos pelos usuários finais dos usuários comerciais sem a utilização dos serviços essenciais de plataforma oferecidos pelos *gatekeepers*.

Há previsão, também, da obrigatoriedade dos *gatekeepers* se absterem de impedir ou restringir a possibilidade dos usuários comerciais levantarem questões perante autoridades públicas referentes a práticas potencialmente ilícitas praticadas pelos *gatekeepers*.

Como quinta regra, tem-se a de não exigir de usuários comerciais, ao ofertar seus serviços, que utilizem ou interoperem com serviços dos *gatekeepers*.

O artigo 5º determina como sexta obrigação a dos *gatekeepers* de se absterem de exigir de usuários comerciais ou finais que se inscrevam ou registrem em quaisquer outros serviços essenciais de plataforma como condição de acesso, inscrição ou registro em qualquer dos respectivos serviços.

Por fim, determina-se que os *gatekeepers* forneçam aos agentes publicitários e editores comerciais aos quais prestam serviços de publicidade, a pedido destes, informações relativas ao preço pago pelo agente publicitário e editor comercial, bem como sobre a remuneração paga ao editor comercial pela publicação de determinado anúncio e por cada um dos serviços de publicidade pertinentes prestados pelos *gatekeepers*.

Já o artigo 6º do DMA traz obrigações adicionais aos *gatekeepers* em relação aos serviços por eles prestados e que servem de porta de acesso importante para os usuários comerciais chegarem aos usuários finais. No que tange a esses serviços, onze são as obrigações dos *gatekeepers*, a seguir explicadas.

Devem os *gatekeepers* se abster de utilizar, em concorrência com usuários comerciais, quaisquer dados que não estejam publicamente disponíveis e que sejam gerados em razão das atividades desses usuários comerciais. Os dados não disponíveis publicamente incluem quaisquer dados, agregados ou não, gerados por usuários comerciais que possam ser inferidos ou recolhidos por meio das atividades comerciais destes usuários ou dos seus clientes nos serviços essenciais de plataforma ofertados pelos *gatekeepers*.

Igualmente, devem permitir que os usuários finais desinstalem quaisquer aplicações informáticas pré-instaladas nos seus serviços essenciais de plataforma, sem prejuízo da possibilidade de um *gatekeeper* restringir a desinstalação no caso de aplicações informáticas essenciais para o funcionamento do sistema operativo ou do dispositivo que não possam ser tecnicamente disponibilizadas de forma individual por terceiros.

Há, ainda, a obrigação de permitirem a instalação e utilização de aplicações informáticas de terceiros, além de franquear o acesso a essas aplicações informáticas por outros meios além dos serviços essenciais de plataforma do *gatekeeper*. Não obstante, o *gatekeeper* não pode ser impedido de tomar medidas para garantir que as aplicações informáticas de terceiros não coloquem em risco a integridade do seu equipamento informático ou sistema operativo.

Os *gatekeepers* também não podem classificar de forma mais favorável os próprios serviços e produtos comparativamente aos serviços e produtos semelhantes de terceiros. Devem, ainda, aplicar condições equitativas e não discriminatórias à referida classificação.

A quinta obrigação adicional dos *gatekeepers* é a de não restringir tecnicamente a capacidade dos utilizadores finais para mudarem ou instalarem diferentes aplicações informáticas e serviços a serem usados por meio de sistema operativo do *gatekeeper*, inclusive no que diz respeito a escolha do fornecedor de acesso à internet para os utilizadores finais.

Devem, também, os *gatekeepers* permitirem aos usuários comerciais e aos prestadores de serviços complementares o acesso e a interoperabilidade com o mesmo sistema operativo, equipamento informático ou funcionalidades de software disponíveis ou utilizados na prestação de qualquer serviço complementar por parte do *gatekeeper*.

A sétima obrigação diz respeito à necessidade dos *gatekeepers* fornecerem aos agentes publicitários e editores comerciais, a pedido destes e gratuitamente, acesso às suas ferramentas de medição de desempenho e às informações necessárias para que os agentes publicitários e diretores comerciais efetuem a sua própria verificação independente do inventário de anúncios.

Da mesma forma, o artigo 6º do DMA estabelece aos *gatekeepers* a obrigatoriedade de proporcionarem portabilidade dos dados gerados em decorrência das atividades dos usuários comerciais e finais e, em particular, fornecer ferramentas aos usuários finais que permitam exercer o direito de portabilidade de dados, inclusive mediante a concessão de um acesso contínuo e em tempo real.

Proporcionar aos usuários comerciais, ou a terceiros por eles autorizados, gratuitamente, o acesso e a utilização, de forma contínua, em tempo real e com qualidade alta, dos dados, agregados ou não, fornecidos ou gerados no contexto da utilização dos serviços essenciais de plataforma por esses usuários comerciais e por usuários finais que recorram aos produtos ou serviços ofertados pelos respectivos usuários comerciais, também é uma obrigação dos *gatekeepers* estabelecida pelo DMA.

Acerca de tal obrigação, o DMA define que, em relação aos dados pessoais, devem os *gatekeepers* permitir o acesso a eles unicamente nos casos diretamente relacionados com a utilização, por parte do usuário final, dos produtos ou serviços ofertados pelo usuário comercial em razão do intermédio de um serviço essencial de plataforma, desde que o usuário final autorize tal compartilhamento de dados.

A décima obrigação adicional dos *gatekeepers* é a de permitir a todos os fornecedores de motores de pesquisa online, a pedido destes, o acesso equitativo, razoável e não discriminatórios a dados sobre classificações, pesquisas, cliques e visualizações relativamente a pesquisas gratuitas e pagas geradas por usuários finais nos motores de pesquisa online do *gatekeeper*, protegendo, obviamente, os dados pessoais dos usuários.

Por fim, o DMA determina que devem os *gatekeepers* aplicarem aos usuários comerciais condições gerais de acesso não discriminatórias às respectivas lojas de aplicações de informática.

Definidas as obrigações dos *gatekeepers*, o artigo 7º do DMA dedica-se ao cumprimento dessas obrigações. É determinado que as medidas aplicadas pelos *gatekeepers* como forma de cumprimento das obrigações acima explicadas devem ser, de

fato, eficazes e, para tanto, eles devem observar a legislação de proteção de dados, de cibersegurança, de defesa dos consumidores e segurança de produtos.

Caso as autoridades, leia-se Comissão Europeia, entendam que as medidas adotadas pelos *gatekeepers* não satisfazem tais obrigações de maneira efetiva, podem elas especificar as ações a serem por eles implementadas. Tal decisão deve ser tomada no prazo máximo de seis meses, contados da abertura do procedimento específico para tal finalidade. E a norma detalha como deve se dar tal procedimento. Explica-se.

No prazo de até três meses, a contar da abertura do procedimento, a Comissão Europeia anunciará suas conclusões preliminares, indicando as medidas que cogita tomar ou que considera que devem ser implementadas pelo *gatekeeper*. Na análise, a Comissão deve prezar pela proporcionalidade das medidas, bem como considerar as circunstâncias específicas de cada *gatekeeper*. Deve-se assegurar que as medidas pretendidas não estejam eivadas de qualquer desequilíbrio entre direitos e deveres dos *gatekeepers*, bem como não gerem vantagens a eles que sejam desproporcionais em relação aos serviços por eles prestados a usuários comerciais.

Por fim, o artigo 7º confere aos *gatekeepers* a possibilidade deles próprios pedirem a abertura de procedimento para que a Comissão determine se as medidas pretendidas, ou já aplicadas, são realmente eficazes em relação a situações específicas. Nesse caso, por ocasião do requerimento de abertura de procedimento, os *gatekeepers* podem apresentar memorando fundamentado que explique por qual razão as medidas pretendidas ou aplicadas são eficazes para garantir os objetivos do DMA.

O artigo 8º, por seu turno, traz as hipóteses de suspensão das obrigações acima listadas. Determina-se que, excepcionalmente, é possível que, com base num pedido fundamentado do *gatekeeper*, as obrigações a ele aplicáveis sejam suspensas, total ou parcialmente, desde que prove que o cumprimento da obrigação coloca em risco a viabilidade econômica de suas operações. Nesse caso, a Comissão Europeia tomará uma decisão em até três meses.

No caso de suspensão de qualquer obrigação dos *gatekeepers*, tal decisão deverá ser reexaminada anualmente a fim de que se verifique se os motivos que ensejaram a suspensão ainda persistem.

O artigo 8º traz, ainda, a possibilidade de uma espécie de medida de urgência ou tutela antecipada em relação à suspensão das obrigações dos *gatekeepers*. Nesse tocante, o DMA prevê que a Comissão pode, antes de emitir a decisão final, suspender, a qualquer

momento, temporariamente, a aplicação de determinadas obrigações em relação a um ou mais serviços essenciais de plataforma.

Na apreciação de tal pedido, deve-se levar em conta o impacto do cumprimento da obrigação específica na viabilidade econômica das operações do *gatekeeper* na União Europeia, bem como em terceiros. No caso de suspensão liminar das obrigações, esta pode ser condicionada a certas medidas a fim de garantir o balanceamento entre os interesses do *gatekeeper* e os objetivos da política concorrencial.

Além da possibilidade de suspensão das obrigações, o DMA estabelece, em seu artigo 9º, hipóteses de isenção quanto ao seu cumprimento por parte dos *gatekeepers*. Determina-se que, por iniciativa própria ou a pedido, a Comissão Europeia pode isentar, total ou parcialmente, *gatekeepers* do cumprimento de uma obrigação específica a um determinado serviço essencial de plataforma. A decisão quanto a tal isenção deve ser tomada em até três meses após a instauração do procedimento correspondente.

É importante que a isenção apenas poderá ser concedida por três razões, sendo elas a moralidade pública, a saúde pública ou a segurança pública.

Frise-se que, nos mesmos termos que a Comissão Europeia pode suspender liminarmente uma obrigação, ela pode, igualmente, isentar preliminarmente um *gatekeeper* de seu cumprimento.

Adiante, o artigo 10 do DMA prevê a possibilidade de atualização das obrigações dos *gatekeepers*. Autoriza-se a Comissão Europeia a atualizar as obrigações caso, em procedimento próprio, identifique a necessidade de impor novas obrigações destinadas a evitar práticas que limitem a concorrência ou sejam anticompetitivas.

Para fins de tal revisão, uma prática será considerada anticompetitiva ou limitadora da concorrência se houver desequilíbrio entre direitos e deveres dos usuários comerciais e o *gatekeeper* obtiver, perante usuários comerciais, uma vantagem desproporcional em relação ao serviço por ele prestado aos usuários comerciais ou, ainda, quando perpetrada pelos *gatekeepers*, resultar na redução de concorrência nos mercados.

Passando ao artigo 11 do DMA, este aborda medidas potencialmente evasivas por parte dos *gatekeepers* em relação à regulação. Obriga-se os *gatekeepers* a assegurar o cumprimento efetivo e integral das obrigações a eles aplicáveis, sendo que estas não podem ser prejudicadas por comportamentos de natureza contratual, comercial, técnica ou qualquer outra.

É estabelecido que, nos casos em que é necessário o consentimento para a obtenção e tratamento de dados pessoais, os *gatekeepers* devem tomar as medidas necessárias para permitir que os usuários comerciais obtenham diretamente o consentimento para o tratamento desses dados, o que é mandatório. A obtenção de tal consentimento não pode se tornar mais onerosa aos usuários comerciais do que a prestação de seus próprios serviços, registra a legislação. Atenção especial deve ser conferida ao de fornecimento de dados de forma anônima aos usuários comerciais.

O artigo 11 ressalta, ainda, que os *gatekeepers* não podem diminuir a qualidade dos serviços aos usuários que exijam o cumprimento das obrigações previstas no DMA, tampouco dificultar-lhes o exercício de direitos ou escolhas.

Encerrando o Capítulo III do DMA (2020b, pp. 39–44), há duas outras obrigações adicionais aplicáveis aos *gatekeepers*. A primeira delas, esculpida no artigo 12, diz respeito à necessidade de informar a Comissão Europeia sobre qualquer operação de concentração que envolva outro prestador de serviços essenciais de plataforma ou de qualquer outro serviço prestado no setor digital, independentemente de ser caso de notificação obrigatória a uma autoridade de defesa da concorrência na União Europeia, nos termos das legislações específicas.

Tal informação deve ocorrer após a conclusão dos respectivos acordos, dos anúncios de ofertas públicas de compra ou aquisições de controle, mas sempre antes do fechamento das operações. A notificação deve conter, entre outras informações, os faturamentos das empresas envolvidas, os números de usuários ativos, sejam eles comerciais ou finais, além das justificativas econômicas da operação.

A segunda obrigação imposta aos *gatekeepers*, prevista no artigo 12 do DMA, é a de que, no prazo de seis meses após a sua designação como tal, o *gatekeeper* deve apresentar à Comissão Europeia um relatório de auditoria independente com a descrição de quaisquer técnicas de definição de perfis de consumidores, sendo que tal descrição deve ser atualizada, pelo menos, uma vez por ano.

#### 3.1.1.3.4 Capítulo IV do DMA – Procedimento de investigação de mercado

O Capítulo IV do DMA (2020b, pp. 44–47) tem cunho procedimental. Nele são estabelecidas regras básicas a serem observadas nas chamadas investigações de mercado, que visam apurar, dentre outros aspectos, a definição de agentes como *gatekeepers*, o

cumprimento das obrigações a eles estabelecidas no DMA e a análise de novos serviços e novas práticas nos mercados digitais. Trata-se dos artigos 14 a 17.

O artigo 14 versa sobre a abertura de uma investigação de mercado. Determina-se que a decisão de instauração da investigação deve especificar a sua data de abertura, a descrição do objeto da investigação e, também, a sua finalidade. Estabelece, ainda, que se pode reabrir uma investigação anteriormente encerrada se ocorrer a alteração substancial da situação fática que baseou a decisão ou se esta tiver se fundado em informações incompletas, inexatas ou deturpadas prestadas pela investigada.

O artigo 15, por seu turno, trata especificamente das investigações de mercado para a definição de agentes como *gatekeepers*. Possibilita-se à Comissão Europeia realizar investigação de mercado com o intuito de analisar se determinado prestador de serviços essenciais de plataforma deve ser designado como *gatekeeper*, bem como para identificar os serviços essenciais de plataforma ofertados por um determinado agente. Nesses casos, a Comissão tem até doze meses, contados das datas de abertura das respectivas investigações, para concluí-las.

No curso de uma investigação de mercado, determina o DMA, que a autoridade deve buscar comunicar suas conclusões preliminares ao agente investigado no prazo de até seis meses. Nessas conclusões preliminares, a Comissão Europeia deve indicar provisoriamente se considera o agente como *gatekeeper* ou não.

Já nos casos em que o agente, apesar de atingir os critérios definidos no DMA para enquadramento como *gatekeeper*, aduzir argumentos suficientes para afastar sua classificação como tal, a Comissão Europeia envidará seus melhores esforços para concluir a investigação em até cinco meses, emitindo suas conclusões preliminares em até três.

O artigo 15 trata, por fim, dos casos em que agentes são designados como *gatekeepers* mesmo não ocupando ainda posições enraizadas e duradouras. Nessas hipóteses, prevê o DMA que a Comissão imporá apenas as obrigações adequadas e necessárias para impedir que o *gatekeeper* adquira posição enraizada e duradoura de forma desleal. Isto é, não se aplicam todas as obrigações previstas no DMA aos *gatekeepers* em geral.

O artigo 16 trata de eventuais descumprimentos reiterados, por parte dos *gatekeepers*, das obrigações a eles impostas. Nesses casos, a Comissão Europeia pode impor aos infratores em questão medidas corretivas comportamentais ou estruturais que

se mostrem necessárias para assegurar os objetivos da regulação. Nessas hipóteses, o processo deve ser concluído em até doze meses, contados da sua instauração.

Ressalva-se que medidas estruturais apenas podem ser aplicadas no caso de inexistirem medidas comportamentais suficientes à correção das práticas ou nos casos em que as medidas comportamentais sejam mais onerosas aos *gatekeepers* do que as estruturais.

Nos termos do DMA, considera-se que um *gatekeeper* descumpriu reiteradamente suas obrigações se o fez por três vezes durante um período de cinco anos antes da abertura da respectiva investigação ou se já foi condenado por descumprimento do DMA.

Nos casos de processos para a investigação de descumprimentos reiterados de obrigações, a Comissão Europeia deve comunicar os investigados, no prazo máximo de seis meses, se considera, a título preliminar, que medidas corretivas devem ser tomadas e quais medidas preliminares - necessárias e proporcionais - seriam essas.

Frise-se que a Comissão pode, a qualquer momento, prorrogar o prazo da investigação de mercado, desde que motivada a decisão e que o prazo total da prorrogação não ultrapasse o período de seis meses.

Possibilita-se, também, à Comissão Europeia que instaure investigações de mercado para apurar se um ou mais serviços do setor digital devem ser incorporados à lista de serviços essenciais de plataforma ou, ainda, para identificar tipos de práticas suscetíveis de afetar a livre concorrência nos mercados digitais, mas que não estejam, em princípio, abrangidas pelo DMA.

Nessas hipóteses, um relatório público deve ser emitido em até vinte e quatro meses após a instauração da investigação, nos termos do artigo 17 do DMA. Tal relatório deverá ser acompanhado de uma proposta de alteração da legislação.

#### 3.1.1.3.5 Capítulo V do DMA – Poderes de investigação, de execução e de acompanhamento

Para a imposição de obrigações aos *gatekeepers*, bem como para a aplicação de medidas estruturais ou comportamentais, além de multas, o Capítulo V do DMA (2020b, pp. 47–54) prevê um procedimento específico. É o que se define nos artigos 18 a 33 do regulamento, abaixo explicados.

O artigo 19 trata das hipóteses de pedidos de informação por parte da autoridade concorrencial europeia. É definido que a Comissão Europeia poderá exigir que as empresas e associações prestem todas as informações necessárias ao acompanhamento, execução e controle do cumprimento das regras estabelecidas no DMA. A Comissão poderá, ainda, requerer o acesso às bases de dados e aos algoritmos das empresas e solicitar a estas esclarecimentos, ainda que antes da abertura de um procedimento específico.

No caso de um simples pedido de informações, antes da instauração de um procedimento específico, a Comissão Europeia deverá indicar a sua finalidade, especificar as informações pretendidas e fixar o prazo em que deverão ser fornecidas, além das sanções aplicáveis em casos de descumprimento ou apresentação de informações falsas ou enganosas.

Até mesmo os governos e as autoridades dos Estados-Membros devem prestar à Comissão Europeia as informações necessárias ao bom cumprimento do DMA.

Além dos pedidos de informação, o artigo 20 do DMA confere à Comissão poderes para realizar entrevistas e registrar declarações. Determina-se que a Comissão Europeia pode inquirir quaisquer pessoas, desde que estas concordem, a fim de levantar informações relacionadas com os objetos específicos das investigações.

Já o artigo 21 estabelece a possibilidade de realização de verificações *in loco* por parte da Comissão Europeia. Tais inspeções podem ser realizadas com o auxílio de auditores ou peritos, que podem solicitar ao alvo da inspeção o acesso e explicações acerca da organização e funcionamento do seu sistema informático, algoritmos, tratamento de dados e práticas empresariais. Podem, ainda, realizar perguntas a funcionários das empresas e associações.

O artigo 22 traz hipótese do que chama de medidas provisórias, verdadeiras preventivas ou cautelares. Em caso de urgência, havendo risco de dano grave e irreparável para os usuários comerciais e finais, a Comissão pode determinar medidas cautelares contra um *gatekeeper*, desde que constatada uma infração às obrigações a ele impostas. Tais decisões são aplicáveis por um período previamente determinado e podem ser renovadas, mediante decisão fundamentada da Comissão.

O artigo 23, por sua vez, traz a possibilidade de encerramento de investigações mediante a assunção de compromissos por parte dos investigados. No caso do *gatekeeper* assumir compromissos a fim de assegurar o cumprimento das obrigações previstas no

DMA, a Comissão Europeia pode declarar tais compromissos obrigatórios e vinculativos e extinguir o processo.

No entanto, o processo pode ser reaberto a qualquer momento se ocorrer uma alteração substancial da situação de fato em que a decisão se baseou, se o *gatekeeper* descumprir as obrigações assumidas ou se a decisão tiver se fundado em informações inexatas, falsas ou enganosas.

No seu artigo 24, o DMA confere à Comissão Europeia poderes para garantir o fiel cumprimento do regulamento, dentre os quais a nomeação de peritos e auditores externos independentes.

Já o artigo 25 trata das hipóteses de descumprimento das obrigações pelos *gatekeepers*. Determina-se que a Comissão Europeia declarará o descumprimento das obrigações se o *gatekeeper* não cumprir um dos cinco seguintes requisitos: (i) qualquer das obrigações previstas nos artigos 5º e 6º; (ii) medidas especificadas numa decisão da Comissão; (iii) medidas decretadas no contexto de uma investigação por descumprimentos reiterados das obrigações; (iv) medidas provisórias decretadas com base no artigo 22; e, por fim, (v) compromissos assumidos com base no artigo 23 do DMA.

Na decisão que declarar o descumprimento, a Comissão determinará que o *gatekeeper* cesse a sua conduta num prazo adequado, bem como que apresente esclarecimentos de como pretende cumprir a decisão. Caso a Comissão conclua que as medidas apresentadas pelo *gatekeeper* são insuficientes, encerra-se o processo com a imposição de sanções.

O artigo 26 estabelece as sanções a serem aplicadas em caso de descumprimento do DMA. Possibilita-se à Comissão Europeia aplicar multas de até 10% (dez por cento) do faturamento total do *gatekeeper* no exercício financeiro anterior, em caso de descumprimento, intencional ou por negligência, declarado nos termos do artigo 25, acima explicado.

Além disso, a Comissão Europeia poderá aplicar multas de até 1% (um por cento) do faturamento total de empresas e associações no exercício financeiro anterior sempre que, deliberadamente ou por negligência, não apresentem informações solicitadas dentro do prazo, apresentem informações falsas, inexatas ou enganosas, não concedam acesso às suas bases de dados e algoritmos, se recusem a permitir inspeção *in loco*, dentre outras hipóteses.

Na aplicação das multas, a Comissão deve se atentar para a gravidade da infração, sua duração, a reincidência e o atraso no procedimento.

No caso específico de associações, o DMA prevê que, subsidiariamente, ou seja, as multas que não tiverem sido por elas pagas, podem ser cobradas diretamente de qualquer das empresas cujos representantes eram membros dos órgãos diretivos envolvidos na prática. No entanto, não se pode exigir o pagamento da multa pelas empresas que demonstrem não terem executado a decisão infratora da associação, que desconheciam tal decisão ou que dela haviam se distanciado antes de iniciada a investigação. Por fim, determina-se que a responsabilidade financeira de cada empresa em relação ao pagamento das multas não pode exceder a 10% (dez por cento) do respectivo faturamento total no exercício financeiro anterior.

Em caso de atraso no cumprimento das obrigações previstas no DMA, a Comissão pode, ainda, impor multas diárias aos infratores de até 5% (cinco por cento) do faturamento diário médio no exercício financeiro anterior. É o que determina o artigo 27.

Já os artigos finais do Capítulo V do DMA (2020b, pp. 47–54) tratam de questões procedimentais. Os artigos 28 e 29 tratam da prescrição. O 30 do direito de manifestação e acesso ao processo, ao passo que o 31 trata do seu sigilo. O artigo 32 versa sobre o Comitê Consultivo de Mercados Digitais e o 33 do procedimento para o requerimento de abertura de investigação. Passa-se a cada um deles.

O artigo 28 define a prescrição trienal para a aplicação das penas. O prazo de três anos começa a contar da data em que é cometida a infração ou da data em que tiver cessado, no caso de infração continuada ou repetida. Tal prazo é interrompido por qualquer ato da Comissão Europeia com cunho investigatório, isto é, que vise investigar ou instruir os processos, tais como pedidos de informações, inspeções in loco ou abertura de procedimentos. A interrupção do prazo só produz efeitos após a notificação do ato investigatório a, no mínimo, uma empresa ou associação que tenha participado da infração. Em caso de recurso contra a decisão da Comissão perante o Tribunal de Justiça da Comissão Europeia, o prazo prescricional ficará suspenso.

Já o artigo 29 define o prazo prescricional para a execução das sanções aplicadas. Opera-se a prescrição para a execução das penas em cinco anos, sendo o *dies a quo* a data em que a decisão condenatória se tornou definitiva. O prazo prescricional é interrompido pela notificação da decisão que altere o montante inicial da multa ou que indefira um pedido para tanto, bem como por qualquer ato da Comissão, ou de um Estado-Membro

agindo a pedido da Comissão, cujo objetivo seja a execução da sanção. O prazo é suspenso, todavia, quando for concedido prazo de pagamento ou quando for suspensa a execução por uma decisão do Tribunal de Justiça da Comissão Europeia.

O artigo 30 trata do direito de ser ouvido e de acesso ao processo pelos investigados. Assegura-se a eles o direito de se pronunciarem sobre as conclusões preliminares da Comissão, bem como acerca das eventuais medidas que a Comissão pretenda adotar levando em consideração tais conclusões preliminares. O prazo para manifestação será definido pela autoridade, não podendo ser inferior a 14 (catorze) dias, sendo que as decisões da Comissão Europeia apenas poderão ser baseadas em fatos sobre os quais tiverem direito de se manifestar os investigados. Além disso, é direito dos investigados o acesso pleno aos autos, exceto em relação às informações confidenciais.

O artigo 31 trata do sigilo profissional das pessoas envolvidas no processo, sendo eles funcionários da Comissão Europeia, peritos, assistentes, representantes dos Estados-Membros e até mesmo as partes, que não poderão divulgar informações obtidas ou trocadas nos termos do DMA e que, pela sua natureza, estejam abrangidas pelo sigilo profissional.

O artigo 32 determina a criação de um Comitê Consultivo de Mercados Digitais, que terá a função de auxiliar a Comissão Europeia em suas decisões, notadamente por meio de pareceres.

O artigo 33, por fim, regula os pedidos de investigação de mercado. Estabelece-se que, caso três ou mais Estados-Membros solicitem à Comissão a abertura de uma investigação, esta deverá decidir acerca da instauração do processo no prazo de até quatro meses.

#### 3.1.1.3.6 Capítulo VI do DMA – Disposições gerais

Encerrando o conteúdo do DMA, o seu Capítulo VI (2020b, pp. 54–56) traz algumas importações disposições finais, que serão abaixo explicadas, a maioria delas com regras de cunho procedimental.

Primeiramente, o artigo 34 determina que as decisões da Comissão Europeia deverão ser publicadas indicando as partes a que se destinam, bem como o seu teor, incluindo as penas impostas. Por óbvio, determina-se que a publicidade levará em conta a proteção das informações confidenciais envolvidas na decisão.

O artigo 35 reafirma que o Tribunal de Justiça da União Europeia tem plena competência e jurisdição para reapreciar as decisões tomadas pela Comissão. Como resultado da apreciação, o Tribunal pode suprimir, reduzir ou aumentar as penas aplicadas.

O artigo 36, por sua vez, trata das formas dos atos a serem praticados nos processos, não possuindo relevância para o objeto deste estudo. Igualmente, o artigo 37 trata do exercício da delegação de poderes por parte da Comissão Europeia, o que também não tem grande importância para este trabalho.

Já o artigo 38 traz relevante determinação de revisão do DMA. Se o projeto de regulação for aprovado, será fixada a primeira data de revisão da legislação, que deverá ocorrer a cada três anos. Por ocasião das revisões, será avaliada a necessidade de inclusão de regras suplementares a fim de garantir a livre concorrência. Nesse contexto, os Estados-Membros devem fornecer todas as informações pertinentes que forem solicitadas pela Comissão.

Por último, o artigo 39 do DMA determina que este entrará em vigor seis meses após a sua aprovação, o que, até a data de conclusão desta pesquisa, ainda não ocorreu.

#### *3.1.1.4 Das propostas de alteração do texto do DMA*

Em 23 de novembro de 2021, já na fase final da presente pesquisa, o Comitê de Mercado Internacional e Proteção ao Consumidor (International Market and Consumer Protection Committee) aprovou, com emendas, a proposta do DMA.

Dentre as alterações relevantes ao projeto e que merecem menção neste trabalho, inclui-se a ampliação dos agentes classificados como *gatekeepers*. Ampliou-se este escopo para incluir fornecedores de navegadores, assistentes virtuais e TV conectada (Smart TVs). Além disso, houve alteração nos critérios para a definição de *gatekeepers*, que passa a abranger as empresas que possuem EUR 8 bilhões (oito bilhões de euros) ou mais de faturamento anual no território comum europeu ou uma capitalização média de mercado equivalente a mais de EUR 80 bilhões (oitenta bilhões de euros).

Além disso, foram incluídas disposições para impedir os *gatekeepers* de combinarem dados pessoais para seus próprios fins comerciais ou para a entrega de anúncios direcionados e microdirecionados, a menos que haja o consentimento do usuário em conformidade com a legislação de proteção de dados. Ademais, proibiu-se o

processamento de dados pessoais de menores de idade para fins comerciais, tais como marketing direto, criação de perfis e publicidade direcionada ao comportamento.

A alteração também buscou expandir os poderes da Comissão Europeia para impor restrições aos *gatekeepers* em relação a aquisições de outros agentes nos mercados digitais e setores a eles relacionados, bem como aumentou o patamar máximo das multas por violações ao DMA de 10% (dez por cento) para 20% (vinte por cento) do faturamento do *gatekeeper*.

A versão alterada do DMA deverá seguir para apreciação do Parlamento Europeu e, se aprovada, seguirá para a fase de negociações trilaterais.

### 3.1.1.5 *Da proposta regulatória do Reino Unido*

Paralelamente à iniciativa regulatória da União Europeia acima explicada, o Reino Unido, que não integra mais tal bloco, mas que está presente na mesma região e tem sua agência concorrencial listada entre as 8 (oito) melhores do planeta (GLOBAL COMPETITION REVIEW, 2021), também desenvolveu projeto de legislação próprio sobre os mercados digitais. Tal iniciativa merece menção, ainda que breve, no contexto desta pesquisa.

Como explicado no Capítulo 2.3.1.2 acima, o Reino Unido encomendou a um painel de especialistas, liderados pelo Professor Jason Furman, um relatório sobre o direito da concorrência aplicado aos mercados digitais, o que resultou no relatório *Unlocking Digital Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel* (UNITED KINGDOM; DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019). Diante de tal relatório, a autoridade de defesa da concorrência do Reino Unido, a Competition and Markets Authority (CMA) publicou uma série de iniciativas para enfrentar a concorrência e a inovação nos mercados digitais, a mais importante delas a criação da Digital Markets Unit (DMU).

A DMU foi mencionada pela primeira vez em março de 2019, no relatório coordenado pelo Professor Furman supracitado, e, desde então, foi objeto de inúmeras discussões. Primeiramente, a CMA recomendou a criação da DMU dentro de sua própria estrutura, seguindo as recomendações do referido relatório. Após, em 2020, uma força-tarefa implementada pelo governo britânico, a Digital Markets Taskforce (DMT), também aconselhou o governo a criar uma DMU para promover os interesses dos

consumidores e dos cidadãos nos mercados digitais, fomentando a concorrência e a inovação.

Então, em 07 de abril de 2021, o governo britânico, de fato, realizou o lançamento da DMU como autoridade encarregada de supervisionar um novo regime regulatório para as plataformas digitais que possuem posição estratégica no mercado.

Atualmente, a autoridade funciona no que tem se chamado de *shadow form*, ou seja, de uma forma não estatutária, já que não se espera que sejam conferidos poderes à DMU antes de 2022, tendo em vista a pauta legislativa cheia do governo comprometida até o fim de 2021.

Não obstante, nos termos propostos, a DMU será encarregada de implementar e aplicar um código de conduta para empresas, ou partes de empresas, que serão designadas como detentoras de *strategic market status* (SMS), algo similar ao conceito de *gatekeeper* da legislação europeia. Espera-se que a autoridade tenha o poder de impor intervenções aos agentes dotados de SMS, para enfrentar as fontes subjacentes de poder de mercado e promover a concorrência.

Todavia, os exatos poderes da DMU ainda permanecem vagos, já que a autoridade foi lançada em sua forma não estatutária e seus plenos poderes ainda estão sujeitos à consulta e posterior chancela legislativa.

De acordo com o plano não-estatuário publicado pelo governo britânico, as funções da DMU comportam trabalhos preparatórios para implementação do regime estatutário, por exemplo, através da formação de equipes especializadas para preparação de minutas, com intuito de maximizar a prontidão operacional da DMU a tempo para a implementação da legislação.

Além disso, terá a DMU a missão de apoiar e aconselhar o governo britânico na definição do regime estatutário. Nesse sentido, o governo britânico solicitou à DMU que analisasse códigos de conduta que podem auxiliar na regulação do relacionamento de grandes plataformas digitais e empresas de pequeno porte que delas dependam para fazer a publicidade de suas atividades.

Também atuará a DMU na coleta de provas nos mercados digitais. Essa tarefa continua a pertencer primariamente à DMA, sendo que esta, em última instância, poderá acionar a equipe de trabalho da DMU para suporte. Competirá à DMU, ainda, estabelecer diálogo com partes interessadas da indústria, da academia, outras entidades regulatórias

e governos com o intuito de registrar diversas percepções subjacentes ao novo regime e construir bases para a coordenação regulatória internacional.

Atualmente, há uma consulta pública lançada pelo governo britânico sobre a regulação dos mercados digitais (UNITED KINGDOM; DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT; DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY, 2021). Proposta pelos Departamentos de Cultura, Mídia e Esportes e de Negócios, Energia e Estratégia Industrial, a pesquisa tem como escopo receber impressões do público sobre o novo regime regulatório no tocante aos critérios que serão utilizados para definir as empresas a serem submetidas ao novo regime, os objetivos da DMU e como a agência se relacionará com os demais entes regulatórios, a promoção de um novo código de conduta de proteção e a promoção da concorrência, além de das competências e poderes da DMU.

Tendo em vista ser a iniciativa britânica restrita ao território do Reino Unido, que não terá grande impacto ou relevância à realidade brasileira, no âmbito desta pesquisa, não serão detalhados os termos específicos da proposta legislativa. No entanto, para que se faça o registro neste trabalho, indica-se as principais recomendações da CMA e que foram aceitas pelo governo britânico.

Primeiramente, como explicado acima, foi sugerida a criação da DMU para se tornar um núcleo de especialização em mercados digitais. A DMU seria responsável por indicar certos agentes como detentores de SMS, promover a concorrência e a inovação proativamente nos mercados digitais, com foco na prevenção de danos e na construção de um mercado mais competitivo e inovador.

Além disso, foi proposta a criação de uma nova estrutura pró-competitiva aplicável aos agentes detentores de SMS por meio de três elementos. O primeiro seria um código de conduta obrigatório para regulamentar a postura desses agentes. O segundo seriam intervenções proativas dirigidas a tais empresas, incluindo aquelas relacionadas à mobilidade, interoperabilidade e acesso a dados pessoais. A terceira seria a criação de regras especiais para fusões e aquisições envolvendo agentes detentores de SMS, as quais exigiriam a apresentação de todas as transações à CMA, além da imposição de requisitos de notificação prévia obrigatória, com efeito suspensivo, para operações que atingissem limites previamente definidos.

Recomenda, ainda, a CMA a imposição de penalidade de até 10% (dez por cento) do faturamento mundial do agente que violar o código de conduta. Por fim, recomenda

que sejam adaptadas às legislações de concorrência e de proteção ao consumidor para que estejam mais bem adaptadas à era digital.

### **3.1.2 Das investigações concorrenciais europeias envolvendo os mercados digitais**

Buscar-se-á, neste Capítulo, analisar, quantitativa (Capítulo 3.1.2.1) e qualitativamente (Capítulo 3.1.2.2), as investigações envolvendo mercados digitais. Adotou-se como critério de pesquisa e seleção dos casos informações divulgadas nos próprios sítios eletrônicos das autoridades de defesa da concorrência da Europa.

Tal levantamento ganha relevância na medida em que possibilita inferir qual modelo analítico vem adotando as autoridades, além de permitir enxergar os desafios regulatórios envolvendo o tema. O resultado que se obteve foi o seguinte.

#### *3.1.2.1 Da análise quantitativa das investigações antitruste europeias envolvendo os mercados digitais*

No âmbito desta pesquisa, foram identificadas, desde 2010 até o início de 2022, 40 (quarenta) investigações conduzidas pelas autoridades concorrenciais europeias contra as *big techs*, sendo que a maioria delas se concentra nos anos de 2020 e 2021. As autoridades engajadas nas investigações são, além da própria Comissão Europeia, a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, autoridade concorrential italiana, o Bundeskartellamt, da Alemanha, a Authority for Consumers and Markets, da Holanda, a Competition and Markets Authority, do Reino Unido, a Autorité de la Concurrence, da França, além da Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, da Espanha. Destacaram-se nesse cenário, pela relevância e número de investigações, além da Comissão Europeia, as autoridades italiana e alemã.

Os alvos das investigações foram as empresas Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft, cujo acrônimo GAFAM é comumente utilizado para designá-las conjuntamente, além de Dropbox e Samsung. Dentre as condutas por elas praticadas e que são objeto de análise das autoridades concorrenciais estão algumas relacionadas à discriminação, ou *self-preferencing*, interoperabilidade, venda casada, redução de qualidade de produtos, manipulação indevida de dados, consentimento de usuários para determinadas práticas, alterações unilaterais em funcionalidades, dentre outras.

Apurando-se as condutas em detalhes, obteve-se o seguinte resultado<sup>9</sup>. Foram identificados doze processos investigando discriminação de rivais, seja através de limitações técnicas a restringir a operação de concorrentes na plataforma, isto é, *self-preferencing*, seja por meio de priorização de produtos da própria plataforma, ainda que em mercados adjacentes, em detrimento de outros. Verificou-se oito processos envolvendo o condicionamento de uso de determinado produto ou serviço a outro da própria plataforma, além da exigência de utilização de softwares das plataformas incumbentes para a exploração de determinado serviço nelas. Tais casos também envolvem questões de exclusividade de vendas de produtos através das plataformas e questões de interoperabilidade.

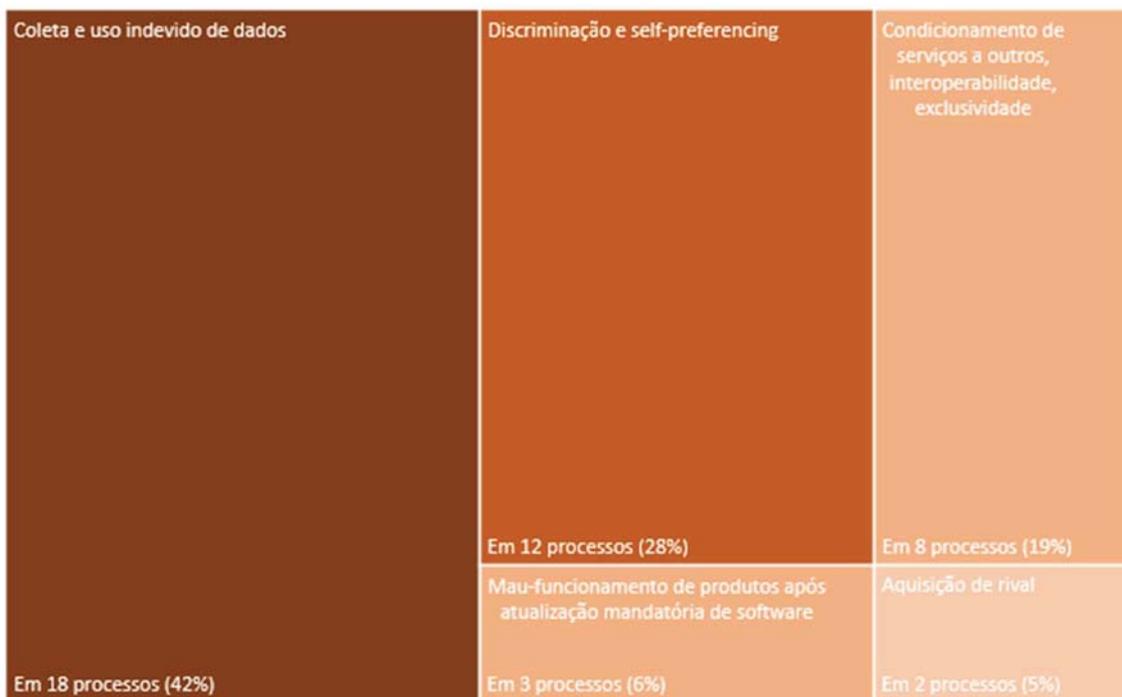
Dezoito foram os processos identificados que versam sobre coleta e uso indevido e anticompetitivo de dados pelas plataformas incumbentes. Há três processos sobre o mau-funcionamento proposital de aparelhos após a atualização obrigatória de softwares por usuários. Por fim, há dois casos relacionados à revisão de aquisições de rivais feitas por *big techs*.

O cenário que se apresenta, portanto, em relação aos tipos de condutas investigadas na Europa é o seguinte (Ilustração 9):

Ilustração 9 – Investigações envolvendo mercados digitais na Europa, por tipo de conduta

---

<sup>9</sup> Esclarece-se que o número de processos por tipo de conduta não coincide com o número total de processos em razão de alguns deles envolver mais de um tipo de conduta.

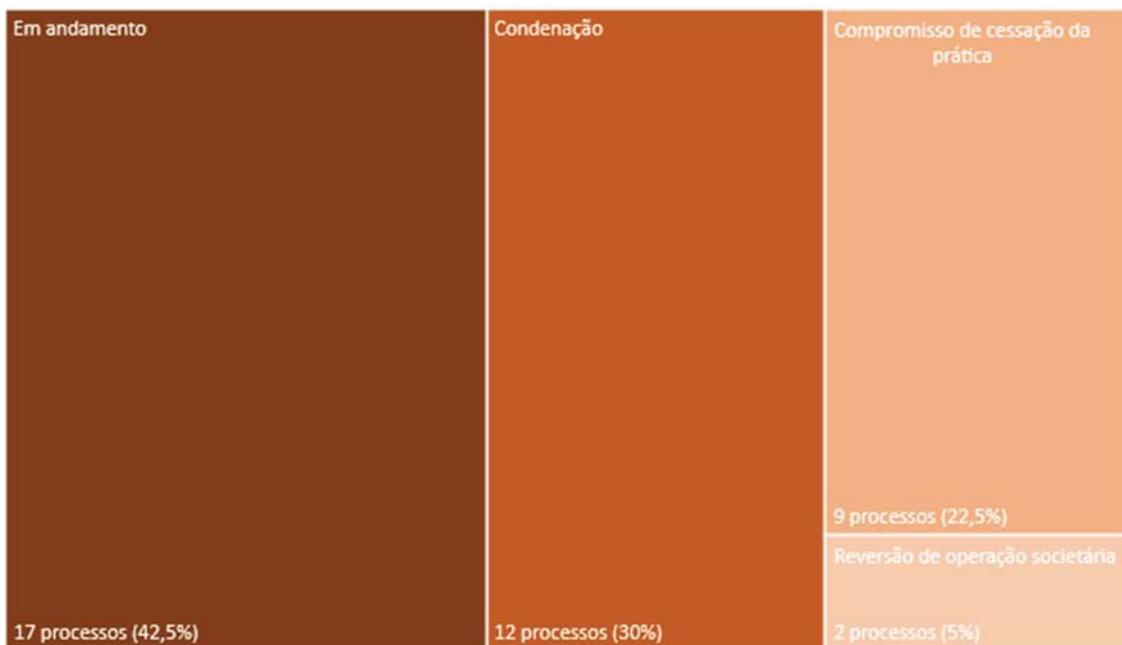


Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

É importante registrar que, por algumas autoridades acumularem as funções de proteção da concorrência e de consumidores, determinadas práticas investigadas não têm relação direta, ou claramente identificável, com o direito concorrencial, mas sim questões voltadas à proteção dos consumidores, seus dados e seu acesso à informação.

Dos 40 (quarenta) processos identificados, 23 (vinte e três) já foram concluídos. Em 12 (doze) casos houve condenação das investigadas, em alguns casos sem a imposição de penalidades pecuniárias. Houve nove casos em que houve cessação e adequação da conduta, bem como a assunção de compromissos de ajuste de práticas por parte das investigadas em troca do encerramento da investigação, ou seja, acordos. Em dois casos, houve revisão dos termos de aprovação de transações societárias, isto é, revisão de operações. Até o presente momento, em nenhum processo a conclusão foi pela absolvição das investigadas. Nos casos de condenação em que houve a imposição de penas pecuniárias, as multas foram extremamente altas, superando, em alguns processos, a casa dos bilhões de euros. O cenário que se apresenta é o seguinte (Ilustração 10):

Ilustração 10 - Investigações envolvendo mercados digitais na Europa, por tipo de decisão



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

O que se nota, em verdade, é o maior apetite das autoridades concorrenciais europeias que, valendo-se das respectivas legislações internas vigentes, instauraram e conduziram investigações que, até o momento, levaram a condenações das partes ou a realização de acordos por meio dos quais essas se comprometeram a adequar determinadas condutas ao imperativo da livre concorrência.

O fato de inexistir decisão absolutória em favor das *big techs* até o momento, serve, inclusive, como incentivo à política concorrencial que vem ganhando espaço na Europa. Na verdade, dois são os incentivos decorrentes de tal cenário. O primeiro é que se encoraja as autoridades a instaurarem novas investigações, ante a criação de precedentes condenatórios dentro do território europeu. O segundo é que, havendo instauração de investigações e diante das altíssimas multas que vêm sendo aplicadas, as investigadas tendem a optar por celebrar acordos e encerrar as investigações em suas fases iniciais, o que gera uma economia de recursos às autoridades.

### 3.1.2.2 *Da análise qualitativa das investigações antitruste europeias envolvendo os mercados digitais*

Feita a análise quantitativa dos casos identificados envolvendo concorrência e mercados digitais, passa-se, portanto, ao seu exame qualitativo. A seguir, explicar-se-á, de forma sucinta, as investigações consideradas por essa pesquisa, passando pela

referência dos processos, quando identificadas, data de instauração, autoridade competente, parte envolvida e status do processo. Os casos serão apresentados em ordem cronológica de instauração e conforme denominação que receberam pela comunidade antitruste mundial.

#### 3.1.2.2.1 Caso dos provedores de serviços de buscas - AT.39740

O primeiro processo identificado foi o AT.39740 (EUROPEAN COMMISSION, 2017), instaurado pela Comissão Europeia contra o Google, em 30 de novembro de 2010, em decorrência de reclamação feita por provedores de serviços de busca. O processo foi iniciado com o objetivo de apurar supostos tratamentos discriminatoriamente desfavoráveis dos serviços dos reclamantes pelo Google em suas pesquisas não pagas e patrocinadas, além da colocação preferencial dos próprios serviços do Google. A Comissão Europeia também investigou a suposta imposição de obrigações de exclusividade pelo Google sobre seus parceiros de publicidade e distribuição e suspeitas de restrições aos anunciantes quanto à portabilidade de dados de campanha para plataformas de publicidade online concorrentes.

Ao fim da investigação, a Comissão Europeia considerou que o Google abusou de seu domínio de mercado como mecanismo de busca, promovendo seu próprio serviço de comparação de preços em seus resultados de busca e rebaixando os dos concorrentes. Para a Comissão, o Google negou a outras empresas a chance de competir pelos méritos e inovar e negou aos consumidores europeus uma escolha genuína de serviços e todos os benefícios da inovação.

Assim, em 27 de junho de 2017, a Comissão condenou o Google ao pagamento de multa no valor de EUR 2,42 bilhões (dois bilhões e quatrocentos e vinte milhões de euros) por violar as regras antitruste da União Europeia. O Google recorreu da decisão. No entanto, em 10 de novembro de 2021, negou-se provimento ao recurso e foi confirmada a multa aplicada.

#### 3.1.2.2.2 Caso dos sistemas operacionais móveis – AT.40099

Após, houve o processo AT.40099 (EUROPEAN COMMISSION, 2018), instaurado, de ofício, em 15 de abril de 2015, pela Comissão Europeia. A finalidade do

processo foi investigar se o Google impediu ilegitimamente o desenvolvimento e acesso ao mercado de sistemas operacionais móveis rivais, aplicativos ou serviços para smartphones e tablets.

Após a instrução, concluiu-se que o Google: (i) exigiu que os fabricantes pré-instalassem o aplicativo de pesquisa do Google e o aplicativo de navegador (Chrome), como condição para licenciar a loja de aplicativos do Google (a Play Store); (ii) fez pagamentos a determinados grandes fabricantes e operadoras de rede móvel com a condição de pré-instalarem exclusivamente o aplicativo Pesquisa Google em seus dispositivos; e (iii) impediu os fabricantes que desejavam pré-instalar aplicativos do Google de vender smartphone rodando em versões alternativas do Android que não foram aprovadas pelo Google. Em 18 de julho de 2018, a Comissão Europeia multou o Google em EUR 4,34 bilhões (quatro bilhões e trezentos e quarenta milhões de euros). Houve recurso da decisão, ainda pendente de análise.

### 3.1.2.2.3 Caso do uso indevido de dados pelo Facebook na Alemanha – B6-22/16

Já em 02 de março de 2016, a autoridade concorrencial alemã, o Bundeskartellamt, instaurou o processo B6-22/16 (GERMANY; BUNDESKARTELLAMT, 2019b), em face do Facebook. O processo teve por finalidade apurar suposto uso ilegal de dados de usuários, realizado mediante abuso de posição dominante no mercado de redes sociais. A investigação se deu principalmente com relação à política de dados do Facebook, que permitia a coleta de dados relacionados ao dispositivo do usuário, incluindo dados provenientes de fontes fora do aplicativo. O uso do aplicativo estava condicionado à permissão dos usuários quanto ao acesso dessas informações.

Em decisão de 6 de fevereiro de 2019, o Bundeskartellamt impôs ao Facebook restrições no processamento de dados de usuários. A decisão da autoridade cobria diferentes fontes de dados. Os serviços de propriedade do Facebook, como WhatsApp e Instagram, por exemplo, poderiam continuar a coletar dados. No entanto, atribuir os dados a contas de usuário do Facebook só seria permitido mediante consentimento voluntário dos usuários. Quando o consentimento não fosse dado, os dados deveriam permanecer com o respectivo serviço e não poderiam ser processados em combinação com os dados do Facebook. Já em relação a coleta de dados de sites de terceiros e sua atribuição a uma

conta de usuário do Facebook, também só seria possível se os usuários dessem seu consentimento voluntário. Se o consentimento não fosse dado para dados de serviços de propriedade do Facebook e sites de terceiros, o Facebook teria que restringir substancialmente sua coleta e combinação de dados.

A proibição se referia aos termos de processamento de dados pessoais, conforme expressamente declarado nos termos de serviço e detalhado nas políticas de dados e cookies, na medida em que envolvessem a coleta de dados do usuário sem seu consentimento. Além dessa medida, o Facebook foi obrigado a adaptar suas políticas de cookies e dados em doze meses. Houve recurso da decisão, ainda não apreciado de forma definitiva.

#### 3.1.2.2.4 Caso de intermediação de publicidade de busca online – AT.40411

Já em 14 de julho de 2016, o processo AT.40411 (EUROPEAN COMMISSION, 2019) foi instaurado pela Comissão Europeia em face do Google. A investigação decorreu daquela de 2010, o processo AT.39740. Em razão dos fatos apurados naquela investigação, a Comissão Europeia inquiriu o Google expondo alegações preliminares de que a empresa teria abusado de sua posição dominante ao restringir artificialmente a possibilidade de sites de terceiros apresentarem anúncios de pesquisa dos concorrentes do Google. De forma geral, apurou-se que não era possível que concorrentes de publicidade de busca online, como Microsoft e Yahoo, vendessem espaços publicitários em suas próprias páginas de resultados no mecanismo de busca do Google.

O Google presta serviços de intermediação de publicidade de busca online, na medida em que conecta sites como blogs, jornais online e sites de viagem, os *publishers*, com anunciantes. Essa intermediação é realizada por meio de contratos individuais com os primeiros.

Diante de tal cenário, a Comissão Europeia analisou centenas de contratos entre o Google e esses agentes, concluindo que: (i) o Google incluiu cláusulas de exclusividade em seus contratos, fazendo com que os *publishers* fossem proibidos de colocar qualquer anúncio de pesquisa de concorrentes em suas páginas de resultados; (ii) o Google passou a substituir gradualmente as cláusulas de exclusividade por cláusulas de *colocação premium*, por meio das quais os concorrentes do Google foram impedidos de colocar seus anúncios de busca nas partes mais visíveis e clicadas das páginas de resultados de busca

dos sites e, por fim; (iii) o Google também incluiu cláusulas exigindo que os *publishers* obtivessem aprovação por escrito do Google antes de fazerem alterações na maneira como os anúncios rivais eram exibidos.

Em decorrência dessas condutas a Comissão aplicou ao Google multa de EUR 1,49 bilhão (um bilhão e quatrocentos e noventa milhões de euros), valor calculado com base nas receitas do Google provenientes da intermediação de publicidade em pesquisa online no Espaço Econômico Europeu. Além da multa, foram impostas as seguintes obrigações: (i) cessar as condutas ilegais apuradas durante a investigação; (ii) se abster de qualquer medida que tenha o mesmo objeto ou efeito equivalente; (iii) enfrentar toda e qualquer ação civil de reparação de danos que possa haver em face do Google nos tribunais dos Estados-Membros em decorrência de seu comportamento anticoncorrencial.

#### 3.1.2.2.5 Caso da suficiência de informações prestadas a consumidores pelo Facebook – PS 11112

Em 2017 não foram identificadas novas investigações concorrenciais nos mercados digitais na Europa. Em 06 de abril de 2018, no entanto, a autoridade concorrential italiana, a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM), instaurou contra o Facebook o processo PS 11112 (AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 2018c), em decorrência de reclamações apresentadas pelas associações de consumidores Altroconsumo, Movimento Difesa del Cittadino e Unione Nazionale Consumatori.

A finalidade da investigação foi a de apurar se o Facebook prestava informações suficientes aos seus usuários, com relação ao uso e acesso de dados pessoais. A autoridade apurou que o Facebook induzia os consumidores a se cadastrarem na plataforma embora não os informasse de forma adequada e imediata durante a criação da conta que os dados por eles fornecidos seriam utilizados para fins comerciais.

Em defesa, o Facebook enfatizou a natureza gratuita do serviço, mas não os objetivos comerciais que fundamentam a prestação do serviço de rede social, induzindo os usuários a tomarem uma decisão transacional que não teriam tomado de outra forma, ou seja, registrar-se na rede social e continuar a usá-la.

Apurou-se que a informação fornecida pelo Facebook aos usuários era geral e incompleta e não distinguia adequadamente a utilização de dados para personalizar o

serviço da utilização de dados para realizar campanhas publicitárias destinadas a alvos específicos. Também foi apurado que o Facebook exercia influência indevida sobre os consumidores cadastrados, que, sem consentimento prévio e expresso e, portanto, de forma inconsciente e automática, tinham a transmissão de seus dados do Facebook para sites e aplicativos de terceiros para fins comerciais e vice-versa. A influência indevida foi causada pela pré-seleção, pelo Facebook, do mais amplo consentimento para o compartilhamento de dados. Quando os usuários decidiam limitar seu consentimento, eles se deparavam com restrições significativas ao uso da rede social e de sites e aplicativos de terceiros, que induziam os usuários a manter a escolha pré-selecionada.

Diante disso, em 07 de dezembro de 2018, a AGCM multou o Facebook Inc. e sua subsidiária Facebook Ireland Ltd. por vender informações de usuários sem informá-los adequadamente sobre suas práticas de dados. A multa inicial foi de EUR 10 milhões (dez milhões de euros). Ocorre que o Facebook não suspendeu a prática enganosa e embora tenha retirado a alegação de que o serviço era gratuito, não forneceu qualquer informação imediata e clara sobre a coleta e uso de dados do usuário para fins comerciais. Como consequência, foi aplicada multa de EUR 7 milhões (sete milhões de euros) por descumprimento da decisão, somando, ao final, EUR 17 milhões (dezesete milhões de euros).

#### 3.1.2.2.6 Casos da atualização de aparelhos reduzindo o seu desempenho – PS 11009 e PS 110039

Em 18 de agosto de 2018, a autoridade italiana instaurou paralelamente dois processos, o PS 11009 (AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 2018a) e o PS 11039 (AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 2018b), contra Apple e Samsung, respectivamente, em face de reclamações recebidas de consumidores dessas empresas.

Ambas foram investigadas pela liberação de atualizações em seus aparelhos que teriam causados problemas em seu funcionamento, reduzindo seu desempenho, obrigando a substituição do produto. Além disso, apurou-se que a Apple, até dezembro de 2017, não havia informado adequadamente os consumidores sobre algumas características essenciais das baterias de lítio, como a sua duração média e fatores de deterioração, nem sobre os procedimentos corretos para mantê-las, verificá-las e

substituí-las a fim de preservar a funcionalidade total dos dispositivos. Em razão das práticas, foram aplicadas multa de EUR 10 milhões (dez milhões de euros) à Apple e EUR 5 milhões (cinco milhões de euros) à Samsung, em 24 de outubro de 2018.

#### 3.1.2.2.7 Caso dos termos e condições e práticas comerciais da Amazon – B2-88/18

Em 01 de novembro de 2018, na Alemanha, o Bundeskartellamt instaurou o processo B2-88/18 (GERMANY; BUNDESKARTELLAMT, 2019a, p. 18) contra a Amazon. Após várias denúncias de vendedores, em geral, anônimas, a autoridade concorrencial iniciou uma investigação formal sobre potencial abuso de posição dominante da Amazon, por meio de seus termos e práticas comerciais gerais em relação aos vendedores na plataforma. As principais denúncias eram relacionadas a: (i) falta de transparência dos termos do negócio; (ii) encerramento inesperado e o bloqueio das contas dos vendedores; (iii) impossibilidade de vendedores garantirem o cumprimento de obrigações contratuais ou sanar questões relacionadas a litígios; (iv) desvantagem dos vendedores nas avaliações dos clientes; (v) obrigação dos vendedores de transferirem os direitos de uso das informações do produto, especialmente imagens, para a Amazon; (vi) obrigação dos vendedores de arcar com os custos de devoluções injustificadas de clientes e várias outras regras e práticas na plataforma da Amazon.

Ao longo do processo, a Amazon fez acordo com a autoridade para alterar seus termos e condições, eliminando em grande parte a base factual para as preocupações concorrenciais identificadas. Além disso, a Amazon concordou em manter a autoridade informada sobre quaisquer modificações futuras em potencial de seus termos e condições, permitindo que o órgão monitore o cumprimento das concessões prometidas. Assim sendo, a investigação foi arquivada.

#### 3.1.2.2.8 Caso da vinculação do serviço de logística da Amazon ao selo Prime – A528

Em 10 de abril de 2019, a autoridade italiana de defesa da concorrência também instaurou investigação contra a Amazon. Trata-se do processo A528 (ITALIA; AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 2019). Foram investigadas a Amazon Europe Core S.à.r.l., Amazon Services Europe S.à r.l., Amazon EU S.à r.l., Amazon Italia Services S.r.l. e Amazon Italia Logistica S.r.l. por terem

vinculado o uso do serviço de logística da Amazon ao acesso a um conjunto de vantagens essenciais para obter visibilidade e melhores perspectivas de vendas no Amazon.co.uk.

Entre esses benefícios exclusivos estava o selo Prime, que facilita a venda aos consumidores mais fiéis e de alto nível que são membros do programa de fidelidade da Amazon com o mesmo nome. O selo Prime também possibilita a participação nos eventos especiais da Amazon, tais como Black Friday, Cyber Monday, Prime Day e aumenta a probabilidade de que a oferta do vendedor seja selecionada como uma Oferta em Destaque e exibida na Buy Box. Nesse contexto, a Amazon exigiu que os vendedores terceirizados associassem o rótulo Prime a ofertas não operadas com o Fulfilment by Amazon (FBA), sistema logístico próprio da companhia.

A investigação concluiu que esses elementos da plataforma Amazon.co.uk eram cruciais para o sucesso dos vendedores e para o aumento de suas vendas. Logo, com a prática, a Amazon prejudicou os fornecedores de comércio eletrônico concorrentes, impedindo-os de se apresentarem aos vendedores online como fornecedores de serviços de qualidade comparáveis à logística da Amazon.

A Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aplicou à Amazon multa no valor de EUR 1,13 bilhão (um bilhão e cento e trinta milhões de euros), além da imposição de algumas medidas comportamentais, dentre as quais a de conceder todos os privilégios de venda e visibilidade em sua plataforma a todos os vendedores terceirizados capazes de atender a padrões justos e não discriminatórios para o cumprimento de seus pedidos, de acordo com o nível de serviço que a Amazon pretende garantir aos consumidores Prime. Além disso, a companhia foi obrigada a definir e publicar tais padrões e, a partir de um ano após a decisão, abster-se de negociar com transportadoras ou operadores logísticos concorrentes, em nome dos vendedores, tarifas e outras condições contratuais aplicadas para a logística de seus pedidos na Amazon.co.uk fora do FBA.

### 3.1.2.2.9 Caso da pré-instalação de aplicativos da Apple nos aparelhos – ACM/18/032693

Em 14 de abril de 2019, a autoridade concorrencial da Holanda, a Authority for Consumers and Markets (ACM), noticiou o início de investigação contra a Apple com a finalidade de apurar eventual abuso de posição dominante, por meio da App Store. Trata-se do processo ACM/18/032693 (THE NETHERLANDS; THE NETHERLANDS

AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS, 2019). A investigação foi instaurada em decorrência de denúncias recebidas de outros fornecedores de aplicativos ao longo de um estudo de mercado sobre lojas de aplicativos.

Tal estudo foi iniciado com a finalidade de obter mais informações sobre o funcionamento do mercado em um contexto em que a economia digital se tornou uma das principais prioridades da autoridade. Nele foi identificado que provedores de aplicativos dependem da App Store para alcançar seus usuários, pois para diversos provedores, não existem alternativas à App Store ou Play Store. Além disso, verificou-se que, por terem aplicativos próprios, o Google e a Apple competem com outros participantes do mercado e, de acordo com os provedores, a competição com os aplicativos da Apple e Google não é equilibrada, visto que tais aplicativos dessas empresas são pré-instalados nos aparelhos.

Diante disso, a autoridade investigará se a Apple abusou de sua posição dominante em razão de eventual tratamento preferencial a seus próprios aplicativos. No início, a investigação se concentrará na Apple porque, no momento, os relatórios mais detalhados foram recebidos sobre a App Store. Há, no entanto, possibilidade de ampliação da investigação, que ainda não foi concluída.

#### 3.1.2.2.10 Caso do bloqueio do uso do JuicePass pelo Google – A529

Em 08 de maio de 2019, a autoridade italiana instaurou o processo A529 (ITALIA; AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 2021) contra Alphabet Inc., Google LLC e Google Italy S.r.l.com a finalidade de apurar eventual abuso de posição dominante. No curso das investigações, a autoridade italiana apurou que o Google havia bloqueado o uso do JuicePass, aplicativo que localiza estações de carregamento de carros elétricos, por proprietários de smartphones Android enquanto dirigiam, com a finalidade de favorecer seu próprio aplicativo concorrente, Google Maps, que pode ser acessado no Android Auto e tem menos funções do que JuicePass.

O Google se recusou a oferecer soluções tecnológicas para a Enel X Italia que permitiriam à empresa de energia tornar seu aplicativo JuicePass compatível com a interface do Google que exibe aplicativos de telefones Android em sistemas de entretenimento automotivo. De acordo com a autoridade, a conduta constatada representou abuso de posição dominante do Google nos mercados de licenciamento de sistemas operacionais de smartphones e lojas de aplicativos.

Em decorrência disso, a autoridade italiana multou a Alphabet, o Google LLC e o Google Italy ao pagamento de multas no valor total de EUR 102,1 milhões (cento e dois milhões e cem mil euros), além de determinar que o Google disponibilize ferramentas à Enel X Italia para viabilizar seu aplicativo, bem como para outros desenvolvedores de aplicativos.

#### 3.1.2.2.11 Caso de servidores de publicidade para editores (DoubleClick)– 19/0030 F

Em 25 de junho de 2019, a autoridade concorrencial francesa, a Autorité de la Concurrence, instaurou o processo 19/0030 F (FRANCE; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2021a) contra o Google. Trata-se de denúncia apresentada pelos grupos de mídia News Corp, Le Figaro e Rossel La Voix, por meio da qual se alegou que o Google estaria abusando de sua posição dominante no mercado de servidores de publicidade para editores de sites e aplicativos móveis, favorecendo seus próprios serviços de tecnologia de anúncios em detrimento dos de seus rivais.

O Google opera vários serviços sob sua marca Google Ad Manager, incluindo o servidor de anúncios DoubleClick for Publishers, que permite aos editores, ou *publishers*, venderem seus espaços publicitários, bem como o serviço de vendas AdX, uma plataforma de vendas que organiza leilões para que os editores vendam seus anúncios.

No caso, a autoridade antitruste apurou condutas anticompetitivas do Google ao conceder tratamento preferencial a seus próprios serviços em cada uma das plataformas, AdX e DoubleClick for Publishers. A DoubleClick for Publishers propiciava concorrência desleal entre a plataforma de vendas AdX e seus concorrentes. Já a AdX, utilizava informações coletadas pela DoubleClick for Publishers sobre os preços oferecidos pelas plataformas concorrentes, de modo a otimizar as ofertas da primeira, maximizando suas chances de ganhar os leilões. Também foi constatado que a plataforma AdX era parcialmente interoperável com os servidores de anúncios concorrentes da DoubleClick for Publishers e não permitia que esses organizem leilões entre a AdX e seus concorrentes.

Segundo a autoridade francesa, a conduta anticompetitiva da Google permitiu à empresa aumentar significativamente sua participação de mercado e suas receitas, limitando a atratividade, para editores, de servidores de anúncios concorrentes e plataformas de vendas de terceiros. Por isso, em 07 de junho de 2021, multou o Google

em EUR 220 milhões (duzentos e vinte milhões de euros). Além disso, determinou-se a mudança na forma pela qual o Google organizava leilões de publicidade digital, além de melhorar a interoperabilidade de seus serviços de publicidade com servidores de anúncios de terceiros e plataformas de vendas de espaço publicitário. Além disso, houve a determinação de cessação de favorecimento do seu próprio servidor de anúncios em sua plataforma de vendas de anúncios e vice-versa.

### 3.1.2.2.12 Caso do uso indevido de dados pela Amazon – AT.40462

Em 17 de julho de 2019, a Comissão Europeia voltou a agir. Foi instaurado o processo AT.40462 (EUROPEAN COMMISSION, 2020a) contra a Amazon. A investigação foi iniciada com a finalidade de avaliar se o uso de dados confidenciais de varejistas independentes que vendem pela Amazon violaria as regras de concorrência da União Europeia.

De acordo com a Comissão Europeia, a Amazon tem um papel duplo como plataforma, pois vende produtos em seu site como varejista ao mesmo tempo que fornece um mercado onde vendedores independentes podem ofertar produtos diretamente aos consumidores. Ao fornecer um mercado para vendedores independentes, a Amazon coleta continuamente dados sobre a atividade em sua plataforma. Com base na constatação preliminar da Comissão, a Amazon parece usar informações sensíveis do ponto de vista competitivo sobre vendedores do mercado, seus produtos e transações no mercado para se beneficiar.

Como parte da sua investigação, que ainda está em andamento, a Comissão Europeia irá examinar: (i) os acordos entre a Amazon e os usuários comerciais, que permitem que os negócios de varejo da Amazon analisem e usem esses dados, em especial se e como o uso de dados acumulados de usuários comerciais pela Amazon como varejista afeta a concorrência; bem como (ii) o papel dos dados na seleção dos vencedores da Buy Box e o impacto do uso potencial de informações competitivas de usuários comerciais nessa seleção. A Buy Box é exibida com destaque na Amazon e permite que os clientes adicionem itens de um varejista específico diretamente em seus carrinhos de compras. Ganhar a Buy Box, na visão da Comissão Europeia, parece fundamental para os usuários comerciais, pois a grande maioria das transações é feita por meio dela.

### 3.1.2.2.13 Aquisição da Giphy pelo Facebook

Passando ao ano de 2020, em 12 de junho de 2020, a autoridade concorrencial do Reino Unido, a Competition and Markets Authority (CMA), manifestou preocupações com relação a eventuais efeitos anticoncorrenciais decorrentes da aquisição da Giphy pelo Facebook, denominado como Merger Case Facebook/Giphy (UNITED KINGDOM, 2021). A Giphy é um banco de dados e mecanismo de pesquisa online que permite aos usuários compartilhar GIFs e adesivos eletrônicos através do site ou aplicativo Giphy, ou por meio de plataformas online como Facebook, Instagram, Twitter e Snapchat. A Giphy compete com o Facebook fora do Reino Unido em publicidade digital por meio de parcerias pagas com marcas, como Pepsi e Dunkin' Donuts. À época, a CMA encontrou evidências de que a Giphy planejava expandir suas parcerias de publicidade digital para outros países, incluindo o Reino Unido, daí o seu interesse na questão.

Suspeitava-se que, após a sua aquisição pelo Facebook, a Giphy poderia ter menos incentivos para expandir sua publicidade digital, levando a uma perda de concorrência potencial neste mercado. De acordo com a CMA, tal cenário seria particularmente preocupante, dado o poder de mercado existente do Facebook em publicidade gráfica, de mais de 50% (cinquenta por cento) de participação de mercado.

A CMA também entendeu que o negócio prejudicaria plataformas de redes sociais rivais, pois poderia significar que a Giphy pararia de fornecer GIFs para essas empresas ou faria isso em condições piores, por exemplo, exigindo que os rivais fornecessem mais dados do usuário para a entidade resultante da operação para acessar a Giphy. Isso poderia levar a uma escolha reduzida para os usuários e aumentar ainda mais o poder de mercado do Facebook em relação ao mercado de redes sociais.

Desde 09 de junho de 2020, o Facebook estava sendo obrigado a manter o negócio adquirido em separado. Ocorre que, em 30 de novembro de 2021, a CMA apresentou relatório final sobre a fase de investigações, concluindo que a operação resultaria em diminuição da concorrência nos mercados de redes sociais e *display advertising*, prejudicando os usuários e empresas do Reino Unido e determinou a venda da Giphy.

### 3.1.2.2.14 Casos dos sistemas de in-app da Apple – AT.40437 e AT.40652

Em 16 de junho de 2020, a Comissão Europeia instaurou duas investigações contra a Apple. Trata-se dos processos AT.40437 (EUROPEAN COMMISSION, 2021a) e AT.40652 (EUROPEAN COMMISSION, 2020b). As investigações têm a finalidade de avaliar se as regras da Apple para desenvolvedores de aplicativos para a distribuição de produtos via App Store violam normas concorrenciais. O início dos procedimentos se deu em decorrência de denúncias feitas pelo Spotify, que concorre com a Apple Music, e pela Kobo, empresa de *e-reader* que concorre com a Apple Books.

As investigações abordarão, especificamente, o uso obrigatório do sistema de compra in-app da Apple e as restrições à capacidade dos desenvolvedores de informar aos usuários do iPhone e iPad sobre possibilidades alternativas de compra mais baratas fora dos aplicativos.

A Comissão Europeia investigará especialmente duas restrições impostas pela Apple em seus acordos com empresas que desejam distribuir aplicativos para usuários de dispositivos Apple. A primeira delas diz respeito ao uso obrigatório do próprio sistema de compra de aplicativos da Apple IAP para a distribuição de conteúdo digital pago, considerando que a Apple cobra dos desenvolvedores de aplicativos uma comissão de 30% (trinta por cento) sobre todas as taxas de assinatura através da Apple IAP.

A segunda se refere às restrições à capacidade dos desenvolvedores de informar aos usuários sobre possibilidades alternativas de compra fora dos aplicativos, pois enquanto a Apple permite aos usuários consumir conteúdo como música, e-books e audiobooks comprados em outros lugares, por exemplo, no site do desenvolvedor do aplicativo, também no aplicativo, suas regras impedem os desenvolvedores de informar aos usuários sobre tais possibilidades de compra, que geralmente são mais baratas. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.1.2.2.15 Denúncia de venda casada do pacote Office com o aplicativo Microsoft Teams

Em 20 de julho de 2020, há notícias de denúncia feita à Comissão Europeia, contra a Microsoft, pela Slack Technologies. A Slack Technologies é detentora de um aplicativo de mensagens online e apresentou à Comissão denúncia contra suposta prática de venda casada ou empacotamento da Microsoft. A empresa estaria realizando a venda conjunta do pacote Office com o aplicativo Microsoft Teams (CHEE; BEGALURU, 2020; LOHR, 2020).

De acordo com a Slack, a Microsoft atrelou o Microsoft Teams ao seu pacote dominante de programas de produtividade, o Microsoft Office, que inclui Outlook, Word, Excel e PowerPoint. Essa tática de empacotamento, afirma a Slack, faz parte de um padrão de comportamento anticompetitivo da Microsoft. Apesar do recebimento da denúncia, amplamente divulgado na mídia especializada, o processo ainda não foi formalmente instaurado contra a Microsoft.

### 3.1.2.2.16 Casos de utilização de dados de usuários para fins comerciais pelas operadoras de computação em nuvem – CV 194, CV 195, CV 196, PS 11147, PS 11149 e PS 11150

Em 20 de agosto de 2020, a autoridade concorrencial italiana instaurou seis investigações simultâneas contra alguns dos principais operadores mundiais de serviços de computação em nuvem, a Apple, pelo serviço iCloud, o Google, pelo serviço Google Drive, e o Dropbox, com a finalidade de analisar práticas comerciais e condições contratuais anticompetitivas. Trata-se dos processos CV 194, CV 195, CV 196, PS 11147, PS 11149 e PS 11150 (ITALIA; AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 2020a).

As investigações por práticas desleais contra Google e Apple dizem respeito à falta ou indicação inadequada, durante a apresentação do serviço, da atividade de coleta e utilização, para fins comerciais, dos dados fornecidos pelo usuário e o possível condicionamento indevido do serviço de armazenamento em nuvem ao consentimento do usuário com a coleta e utilização de seus dados.

As mesmas reclamações também foram feitas em relação ao Dropbox, que foi acusado, além disso, de não fornecer informações claras e imediatamente acessíveis sobre as condições, termos e procedimentos para a rescisão do contrato. As cláusulas anticompetitivas, em si, se referiam a certas condições contratuais relacionadas ao amplo poder, por parte da plataforma, de suspender e interromper o serviço, a exoneração de responsabilidade da plataforma, mesmo em caso de perda de documentos armazenados no espaço de nuvem do usuário, a possibilidade de modificação unilateral das condições contratuais, a prevalência da versão em inglês do texto do contrato sobre a versão em italiano, dentre outras.

Em 07 de setembro de 2021, a autoridade italiana emitiu as três decisões, concluindo que os termos de serviço do Google Drive, Dropbox e iCloud incluíam cláusulas ilegais de acordo com o Código Italiano de Proteção ao Consumidor, já que eram capazes de gerar um desequilíbrio significativo nos direitos e obrigações das partes. No entanto, diante do compromisso das investigadas em modificar tais termos contratuais, os processos foram encerrados.

### 3.1.2.2.17 Caso de restrição à exibição de conteúdo de sites de notícias pelo Google – 20/0083 F

Em 30 de agosto de 2020, a autoridade francesa, a Autorité de la Concurrence, instaurou, contra o Google, o processo 20/0083 F (FRANCE, 2021b), em razão denúncia feita pela agência de notícias Agence France-Presse (AFP) e dois sindicatos editoriais, Syndicat des Editeurs de la Presse Magazine (SEPM) e l'Alliance de la Presse d'Information Générale (APIG). Os denunciantes alegaram que o Google havia abusado de sua posição dominante quando deixou de exibir conteúdo de sites de notícias dentro do Google Search, Google News e Discover, a menos que os editores permitissem que a empresa utilizasse o conteúdo gratuitamente.

Em abril de 2020, a autoridade francesa deu ao Google três meses para negociar com editores de notícias uma taxa de remuneração aceitável para exibir seu conteúdo nos resultados de busca. Além disso, ordenou ao Google que comunicasse de forma transparente todas as informações necessárias para realizar tais acordos e para assegurar que suas negociações permanecessem neutras.

O Google apelou da referida decisão, que foi mantida pelo Tribunal de Apelação de Paris em outubro de 2020. Na ocasião, considerou-se que a recusa geral do Google em negociar com editores evidenciava abuso de posição dominante no mercado de buscas online.

Ocorre que o Google não cumpriu plenamente a decisão e, em 13 de julho de 2021, a autoridade francesa multou a empresa em EUR 500 milhões (quinhentos milhões de euros) por violar medidas relacionadas às negociações com editores de notícias. Nos termos da decisão, o Google teria forçado editores a se inscreverem em seu novo Google News Showcase, um serviço online que apresenta painéis para os leitores acessarem

artigos integrados ao Google Notícias, em vez de negociar taxas aceitáveis para usar seu conteúdo, restando configurada a infração concorrencial.

#### 3.1.2.2.18 Caso do mercado italiano de publicidade gráfica online – A542 – ICA

Em 27 de outubro de 2020, a autoridade italiana instaurou nova investigação contra o Google, o processo A542 – ICA (ITALIA; AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO, 2020b), dessa vez por abuso de posição dominante no mercado italiano de publicidade gráfica online.

A investigação, que ainda está em andamento, se deu em decorrência de queixa apresentada pelo grupo italiano de publicidade digital IAB. A conduta investigada envolve o uso, pelo Google, de enormes quantidades de dados coletados por meio de seus próprios aplicativos para impedir que operadoras rivais concorram com eficiência.

Nos termos da acusação, o Google pode ter se envolvido em conduta discriminatória, recusando-se a fornecer aos seus concorrentes chaves decriptografia de ID do Google e excluindo pixels de rastreamento de terceiros. Ao mesmo tempo, o Google supostamente usou elementos de rastreamento que permitem que seus serviços de intermediação de publicidade alcancem uma capacidade de direcionamento que alguns concorrentes igualmente eficientes são incapazes de replicar.

#### 3.1.2.2.19 Caso de self-preferencing pela Amazon (Buy Box) – AT.40703

Em 10 de novembro de 2020, a Comissão Europeia iniciou investigação em face da Amazon com a finalidade de analisar a forma de utilização de dados de vendas de rivais pela empresa e a prática de *self-preferencing*. Trata-se do processo AT.40703 (EUROPEAN COMMISSION, 2020c).

Há suspeitas de que a Amazon tenha violado as regras antitruste ao usar dados comerciais de vendedores independentes em seu mercado, que poderiam beneficiar o próprio ramo de varejo da empresa. Também se investiga como a Amazon escolhe produtos para uma Buy Box, que impulsiona as vendas e pode pressionar os varejistas a utilizarem seus próprios serviços de logística e entrega.

Nos termos da acusação, o uso de dados de vendedores independentes permite à Amazon evitar os riscos normais da concorrência no mercado de varejo e permite que ela

abuse de sua posição dominante como hospedeiro online para os comerciantes na França e na Alemanha. O braço de varejo da Amazon pode acessar quantidades muito grandes de dados de usuários comerciais, que podem servir de base para calibrar suas próprias ofertas de varejo.

Com relação à Buy Box, mecanismo em que a Amazon destaca os vendedores de um determinado produto, será analisado como a Amazon seleciona os vencedores dessa caixa e como os vendedores podem oferecer produtos para o programa de fidelidade Prime. As autoridades também verificarão se isso favorece efetivamente os produtos da Amazon, os vendedores que utilizam os produtos da Amazon e os vendedores que utilizam a logística e o serviço de entrega da Amazon. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.1.2.2.20 Caso Facebook/Oculus

Em 10 de dezembro de 2020, o Bundeskartellamt, autoridade concorrencial alemã, noticiou o início de investigação contra o Facebook para examinar a ligação entre os produtos de realidade virtual da Oculus e a rede social e a plataforma do Facebook (GERMANY; BUNDESKARTELLAMT, 2020).

De acordo com a acusação, o uso dos novos óculos Oculus exige que o usuário também tenha uma conta no Facebook. O Facebook começou a integrar suas atividades de realidade virtual à rede social Facebook.com. A plataforma Oculus, que anteriormente funcionava separadamente do Facebook.com, será oferecida como uma função adicional na rede social, sob o nome de Facebook Reality Labs. O uso dos óculos de realidade virtual será condicionado a criação ou vinculação a uma conta no Facebook.

Segundo a Comissão Europeia, vincular produtos de realidade virtual e a rede social do grupo pode constituir um abuso de posição dominante do Facebook. Com sua rede social, a companhia detém posição dominante na Alemanha e também já é um importante *player* no crescente mercado de realidade virtual. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.1.2.2.21 Aquisição da Fitbir pelo Google – M.9660

Em 17 de dezembro de 2020, o Google foi novamente alvo de escrutínio antitruste, dessa vez pela Comissão Europeia, envolvendo não uma conduta em si, mas uma operação societária. Nessa data, a Comissão Europeia aprovou a aquisição do Fitbit pelo Google. A aprovação foi condicionada ao pleno cumprimento de uma série de compromissos assumidos pelo Google. Trata-se do processo M.9660 (EUROPEAN COMMISSION, 2020e).

A operação combinou as atividades complementares do Google e da Fitbit. A última detém participação de mercado limitada na Europa no segmento Smartwatch, mercado em que muitos concorrentes maiores estão presentes, tais como Apple, Garmin e Samsung.

A análise da Comissão Europeia se concentrou nos dados coletados através dos dispositivos de uso Fitbit e na interoperabilidade dos dispositivos de uso com o sistema operacional Android do Google para smartphones. Frise-se que do ponto de vista da análise antitruste tradicional, a operação gerava apenas sobreposições horizontais muito limitadas entre as atividades do Google e da Fitbit.

Após a análise detalhada da operação, a Comissão Europeia teve a preocupação de que a transação, como inicialmente notificada, seria prejudicial à concorrência nos mercados de publicidade, acesso à interface de programas de aplicativos e dispositivos de pulso. Isso porque, alguns participantes do mercado, ao serem consultados, levantaram a preocupação de que o Google pudesse obter vantagem competitiva no setor de saúde digital ao combinar suas bases de dados com as da Fitbit, de forma que os concorrentes não pudessem mais competir. Outros participantes do mercado levantaram preocupação com a privacidade de dados, indicando que seria cada vez mais difícil para os usuários tomarem conhecimento sobre a finalidade do uso de seus dados sobre saúde.

Quando da análise inicial da operação em si, tais preocupações não foram observadas porque o setor de saúde digital ainda era incipiente na Europa com muitos atores ativos neste espaço. Além disso, a Fitbit tinha uma comunidade de usuários limitada no segmento Smartwatch.

Ocorre que, após a investigação complementar, em face do rápido crescimento dos mercados afetados pela operação, a Comissão Europeia concluiu que o Google teria que assegurar o cumprimento das disposições e princípios da lei de proteção de dados europeia, que prevê que o processamento de dados pessoais relativos à saúde é proibido,

a menos que haja consentimento explícito do usuário. Foi, então, assumido um compromisso pelo Google nesse sentido.

Ademais, para endereçar as preocupações concorrenciais da Comissão Europeia, o Google apresentou compromissos relacionados a anúncios e acesso a programas de aplicativos de forma não discriminatória. A duração dos compromissos é de dez anos, prorrogáveis, de acordo com a avaliação da Comissão Europeia.

#### 3.1.2.2.22 Caso da remoção de cookies de terceiros (TPCs) pelo Google – 50972

Passando-se ao ano de 2021, em 07 de janeiro, a autoridade concorrencial do Reino Unido, a Competition and Markets Authority (CMA), iniciou investigação contra o Google com vistas a investigar as propostas da plataforma de remoção de cookies de terceiros (TPCs) no Chrome e substituição da funcionalidade dos TPCs por uma série de ferramentas Privacy Sandbox, ao mesmo tempo em que transfere a funcionalidade principal para o Chrome. A investigação busca avaliar se tal conduta pode fazer com que os gastos com publicidade se tornem ainda mais concentrados no ecossistema do Google às custas de seus concorrentes. Trata-se do processo 50972 (UNITED KINGDOM; COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, 2022).

Antes mesmo da instauração formal do processo, o Google buscou um acordo com a autoridade. Então, em 11 de junho de 2021, a CMA publicou um aviso de intenção de aceitar os compromissos oferecidos pelo Google e solicitou a opinião de terceiros interessados.

Dentre os compromissos, estão: (i) o de desenvolver e implementar as propostas de uma forma que evite distorções à concorrência e a imposição de termos injustos aos usuários do Chrome, o que incluiria a obrigação de envolver a CMA no desenvolvimento das propostas para garantir que esse objetivo seja alcançado; (ii) a maior transparência do Google sobre como e quando as propostas serão encaminhadas e em que base serão avaliadas, incluindo o compromisso de divulgar publicamente os resultados dos testes de eficácia de tecnologias alternativas; (iii) os limites substanciais sobre como o Google usará e combinará dados de usuários finais para fins de publicidade digital após a remoção de cookies de terceiros; (iv) o compromisso de que o Google não discriminará seus rivais em favor de seus próprios negócios de publicidade e tecnologia de anúncios ao projetar ou operar alternativas para cookies de terceiros; (v) o período de paralisação de pelo

menos 60 (sessenta) dias antes que o Google prossiga com a remoção de cookies de terceiros, dando à CMA a oportunidade, se quaisquer questões pendentes não puderem ser resolvidas com o Google, de reabrir a investigação e, se necessário, impor quaisquer medidas necessárias para evitar danos à concorrência.

Em princípio, uma decisão sobre o prosseguimento das investigações seria tomada pela CMA em 8 de julho de 2021. No entanto, isso não aconteceu e, em 30 de julho de 2021, tal prazo foi estendido de modo que a autoridade concorrencial tem até o final de fevereiro de 2022 para analisar as manifestações dos terceiros interessados e decidir pelo prosseguimento da investigação ou não.

#### 3.1.2.2.23 Caso da restrição de oferta de aplicativos pela Apple

Em 03 de março de 2021, a CMA anunciou o início de investigação contra a Apple após reclamações de que seus termos e condições para desenvolvedores de aplicativos seriam anticompetitivos (UNITED KINGDOM; COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, 2022).

A questão envolve o fato de que todos os aplicativos disponíveis na App Store precisam ser aprovados pela Apple e podem estar na plataforma apenas mediante a concordância com os seus termos e condições. As reclamações dos desenvolvedores se concentram, pois, nos termos que restringem a distribuição de seus aplicativos para iPhones e iPads apenas por meio da App Store.

Além disso, desenvolvedores que oferecem recursos, complementos ou atualizações aos aplicativos são obrigados a usar o sistema de pagamento da Apple, sendo que a Apple cobra deles uma comissão de até 30% (trinta por cento) sobre o valor das transações ou sempre que um consumidor compra seu aplicativo.

A investigação da CMA irá considerar se a Apple tem uma posição dominante na distribuição de aplicativos em dispositivos Apple no Reino Unido e, em caso afirmativo, se a Apple impõe termos injustos ou anticompetitivos aos desenvolvedores que usam a App Store, resultando em menores possibilidades de escolha pelos usuários ou pagamento de preços mais altos por aplicativos e complementos ou atualizações. A investigação ainda está em andamento.

### 3.1.2.2.24 Verificação da relevância concorrencial da Amazon pelo Bundeskartellamt

Em 18 de maio de 2021, o Bundeskartellamt, autoridade concorrencial alemã, noticiou a instauração de procedimento para analisar a importância concorrencial da Amazon, um ecossistema que se estende por vários mercados e, portanto, confere à empresa uma posição quase incontestável de poder econômico (GERMANY; BUNDESKARTELLAMT, 2021c). Caso a autoridade ateste que a Amazon possui posição de mercado capaz de gerar grande influência, poderão ser instaurados processos específicos para a adoção de medidas preventivas de práticas anticompetitivas. A investigação ainda está em andamento.

### 3.1.2.2.25 Casos dos termos de processamento de dados pelo Google – B7-61/21

Em 25 de maio de 2021, foram instaurados mais dois procedimentos pelo Bundeskartellamt contra o Google Germany GmbH, o Google Ireland Ltd. e a Alphabet Inc. com a finalidade de apurar a importância concorrencial do Google nos mercados em que atua, bem como analisar os termos de processamento de dados pelo Google, considerando que o seu modelo de negócios depende, em grande parte, dos dados de seus usuários. Os casos foram registrados sob o n.º. B7-61/21 (GERMANY; BUNDESKARTELLAMT, 2021b) e as investigações ainda estão em andamento.

### 3.1.2.2.26 Caso da falta de clareza no acesso aos serviços de publicidade pelo Facebook – 19/0054 F

No dia 03 de junho de 2021 foi a vez da autoridade francesa, a Autorité de la Concurrence, avançar mais no combate aos abusos das *big techs*. No caso, instaurou processo contra o Facebook, após denúncia feita pela Criteo, em outubro de 2019, que criticou a falta de clareza e objetividade no acesso aos serviços de publicidade da plataforma. Trata-se do processo 19/0054 F (FRANCE; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, 2021).

Segundo a autoridade francesa, as práticas do Facebook seriam prejudiciais às condições de acesso à publicidade e aos dados relativos às campanhas publicitárias na

plataforma do Facebook. Em suma, as condições do Facebook não foram consideradas transparentes nem objetivas, resultando em ações discriminatórias.

Em resposta a essas acusações, o Facebook propôs vários compromissos que assumiria com a autoridade, incluindo manter a objetividade, clareza e aplicação não discriminatória dos critérios de desempenho, fornecer treinamento de conformidade para suas equipes de vendas e desenvolver e disponibilizar uma funcionalidade de recomendação aos parceiros.

A autoridade francesa decidiu, então, em junho de 2021, submeter esses compromissos a um teste de mercado, para determinar se eles abordariam adequadamente os problemas concorrenciais identificados. As propostas do Facebook foram, assim, submetidas a uma consulta pública. O resultado da consulta ainda não foi divulgado pela autoridade e a investigação ainda está em andamento.

#### 3.1.2.2.27 Caso de anúncios classificados e namoro online

Na mesma data de instauração da investigação francesa, em 03 de junho de 2021, o Reino Unido, por meio da Competition and Markets Authority (CMA) instaurou investigação contra o Facebook (UNITED KINGDOM; COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY, 2022). A investigação tem o propósito de apurar potencial vantagem competitiva do Facebook sobre seus concorrentes no mercado de fornecimento de serviços para anúncios classificados online e namoro online, obtida por meio de coleta e uso de dados.

Em suma, o Facebook coleta dados de seus serviços de publicidade digital, que permitem que outras empresas anunciem produtos aos usuários do Facebook e se valham da opção de login único, Facebook Login, para oferecer aos usuários a possibilidade de entrar em outros sites, aplicativos e serviços usando seus dados de login no Facebook.

Nesse contexto, a CMA investigará se o Facebook usou indevidamente os dados obtidos com sua publicidade e login único para beneficiar seus próprios serviços, em particular o Facebook Marketplace, em que usuários e empresas podem colocar anúncios classificados para vender itens, e Facebook Dating, serviço de perfis de namoro lançado na Europa em 2020.

De novembro de 2021 a fevereiro de 2022, a CMA se propôs a realizar investigações iniciais, com a coleta de informações, incluindo a emissão de pedidos de

informações formais ou informais, além da análise e revisão das informações coletadas. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.1.2.2.28 Caso do uso indevido de dados pelo Facebook na Europa – AT.40684

Em 04 de junho de 2021, a Comissão Europeia também instaurou investigação contra o Facebook. Trata-se do processo AT.40684 (EUROPEAN COMMISSION, 2021c). Segundo a acusação, o Facebook teria usado dados de publicidade coletados de anunciantes para competir com eles em outros mercados, como no de anúncios classificados. A investigação também avaliará se o Facebook vincula seu serviço de anúncios classificados online, Facebook Marketplace, à sua rede social.

A Comissão Europeia pretende investigar, em particular, o potencial de vinculação entre o serviço de anúncios classificados online, Facebook Marketplace, e a plataforma da rede social do Facebook, bem como o uso de dados de competidores para beneficiar seus produtos. Sobre o uso de dados, a Comissão Europeia apurará se, ao anunciar seus serviços no Facebook, os usuários comerciais, que também competem diretamente com a plataforma, devem fornecer dados comercialmente valiosos, possibilitando que o Facebook utilize esses dados para competir com as empresas que os forneceram. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.1.2.2.29 Verificação da importância concorrencial da Apple pelo Bundeskartellamt

Em 21 de junho de 2021, a autoridade concorrencial alemã anunciou a instauração de nova investigação contra a Apple (GERMANY; BUNDESKARTELLAMT, 2021d). Nesse caso o Bundeskartellamt tem como propósito apurar a relevância concorrencial da Apple nos mercados em que atua. De forma geral, o órgão pretende avaliar com mais detalhes as práticas específicas da Apple em possíveis processos futuros, considerando que a autoridade recebeu denúncias relacionadas a práticas potencialmente anticoncorrenciais. Estas incluem, entre outras, denúncias de *self-preferencing*, além de questões de interoperabilidade e taxa de comissão cobrada nas aquisições de produtos na App Store e certas restrições de marketing nessa plataforma. A investigação ainda está em andamento.

### 3.1.2.2.30 Caso de oferta de serviços próprios de tecnologia na cadeia de fornecimento *ad tech* pelo Google – AT.40670

No dia 22 de junho de 2021, a Comissão Europeia instaurou contra o Google o processo AT.40670 (EUROPEAN COMMISSION, 2021b). Busca-se verificar se o Google ofertou seus próprios serviços de tecnologia de publicidade online na chamada cadeia de fornecimento *ad tech*, em detrimento dos fornecedores concorrentes de serviços de tecnologia de publicidade, anunciantes e editores online.

A investigação verificará se o Google está distorcendo a concorrência ao restringir o acesso de terceiros aos dados de usuários para fins publicitários em websites e aplicativos, enquanto reserva tais dados para seu próprio uso. A investigação versará sobre diversos pontos, dentre os quais: (i) a obrigação de usar os serviços Display & Video 360 (DV360) ou Google Ads para comprar anúncios de exibição online no YouTube; (ii) a obrigação de usar o Google Ad Manager para veicular anúncios de exibição online no YouTube; (iii) a forma como os serviços concorrentes do Google Ad Manager são capazes de veicular anúncios de exibição online no YouTube; (iv) restrições impostas pelo Google à capacidade de terceiros, tais como anunciantes, editores ou intermediários de publicidade de display online concorrentes, de acessar dados sobre a identidade ou comportamento do usuário que estão disponíveis para os próprios serviços de intermediação de publicidade do Google, incluindo o Doubleclick ID; e (v) planos anunciados do Google para proibir a colocação de cookies de terceiros no Chrome e substituí-los pelo conjunto de ferramentas Privacy Sandbox. A investigação ainda está em andamento.

### 3.1.2.2.31 Caso de acordo em relação a restrições às vendas de produtos Apples por terceiros na Amazon – S/0013/21

Em 01 de julho de 2021, a autoridade espanhola de defesa da concorrência, a Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), também entrou na luta contra práticas abusivas das *big techs*. No caso, anunciou-se a instauração de investigação contra Amazon e Apple para apurar se teriam acordado em relação a restrições às vendas de produtos Apple por varejistas terceirizados na plataforma de mercado da Amazon.

Trata-se do processo S/0013/21 (COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA, [s.d.]).

De acordo com a acusação, as empresas teriam concordado em impor restrições comerciais no site da Amazon na Espanha para afetar a venda a varejo de produtos Apple por terceiros e a publicidade de produtos concorrentes da Apple. Tal conduta poderia reduzir a concorrência no mercado de varejo da Internet para produtos eletrônicos e, além disso, fortalecer a posição da Amazon no setor de fornecimento de serviços de marketing para varejistas terceirizados por meio de plataformas online na Espanha. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.1.2.2.32 Aquisição da Kustomer pelo Facebook na Alemanha

Em 23 de julho de 2021, a autoridade concorrencial alemã anunciou a abertura de investigação contra o Facebook com a finalidade de examinar a aquisição pela companhia da plataforma de atendimento ao cliente Kustomer (GERMANY; BUNDESKARTELLAMT, 2021a). Isso porque, a aquisição pode aumentar a já significativa quantidade de dados disponível para o Facebook para personalizar anúncios, permitindo à empresa fortalecer ainda mais sua posição no mercado de publicidade de exibição online.

A finalidade do procedimento instaurado na Alemanha é analisar se a aquisição do desenvolvedor de software de atendimento ao cliente Kustomer pelo Facebook afeta negativamente a concorrência. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.1.2.2.33 Aquisição da Kustomer pelo Facebook na União Europeia – M.10262

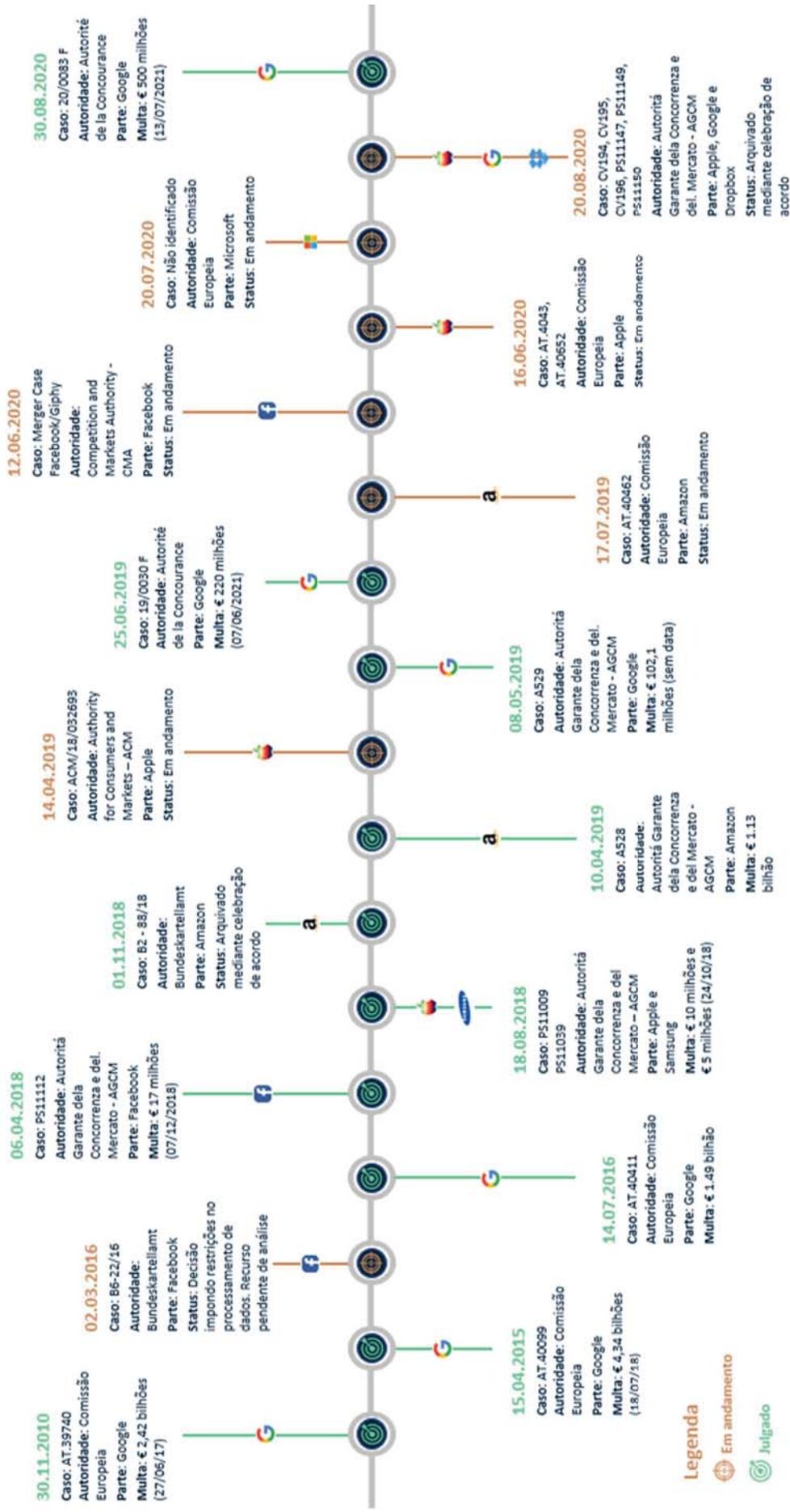
Dias após, em 02 de agosto de 2021, a Comissão Europeia instaurou o processo M.10262 (EUROPEAN COMMISSION, 2022) com a mesma finalidade do alemão supracitado, isto é, apurar os efeitos da aquisição do Kustomer pelo Facebook. Para a Comissão europeia, além de preocupações semelhantes às da autoridade alemã, a operação também pode incentivar o Facebook a parar de fornecer aos concorrentes da Kustomer acesso aos seus serviços de mensagens, reduzindo a concorrência no mercado de fornecimento de software de Gerenciamento de Relacionamento com o Cliente

(CRM). Essas estratégias de exclusão poderiam levar a preços mais altos, qualidade inferior e menos inovação para as empresas e, em última instância, para os consumidores.

As preocupações da Comissão com relação à publicidade online estão em torno do fato de que a aquisição permitirá ao Facebook obter dados de empresas que utilizam o software da Kustomer mais facilmente. O Facebook teria acesso a informações sobre o gênero de um cliente específico, pedidos e histórico de compras, bem como suas visualizações no site, listas de desejos online e visitas a lojas. Esses dados poderiam ser usados para melhor personalizar e direcionar seus anúncios, por exemplo. A investigação ainda está em andamento.

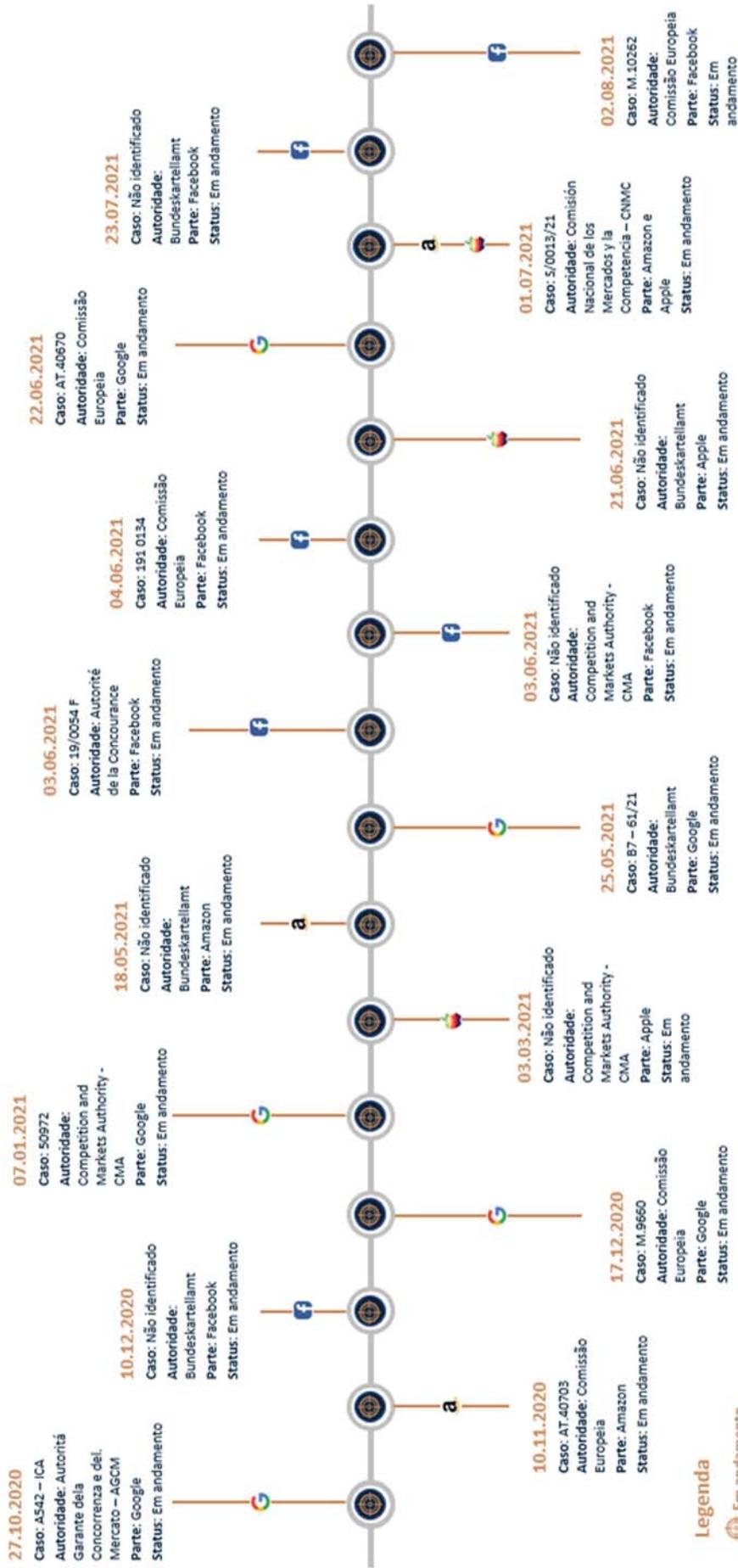
O cenário que se coloca, portanto, em relação às investigações europeias é o apresentado na linha do tempo abaixo (Ilustração 11).

Ilustração 11 - Linha do tempo das investigações europeias envolvendo mercados digitais (continua)



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Ilustração 11 - Linha do tempo das investigações europeias envolvendo mercados digitais (conclusão)



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Percebe-se do cenário acima que o número de investigações envolvendo mercados digitais na Europa vem crescendo. Os processos envolvem os mais variados tipos de conduta e, por vezes, seus objetos se repetem nas investigações instauradas pelas autoridades concorrenciais europeias em nível nacional ou doméstico. Nota-se uma maior preocupação das autoridades com as práticas em si, ou seja, controle de condutas, do que com aquisições feitas pelas *big techs*, controle de estruturas.

Feito o panorama, tanto da regulação europeia, quanto das investigações lá instauradas, passa-se, no Capítulo seguinte, ao cenário dos Estados Unidos da América.

### 3.2 DA REALIDADE NORTE-AMERICANA SOBRE ANTITRUSTE E MERCADOS DIGITAIS

Outra importante autoridade que se movimentou no sentido de melhorar a regulação antitruste nos mercados digitais foi a norte-americana. Os Estados Unidos da América têm historicamente adotado uma política antitruste mais leniente com as grandes corporações. Isso se deve às premissas que vêm, de longa data, norteando os julgamentos das autoridades norte-americanas de defesa da concorrência (SHAPIRO, 2021, p. 36).

Eleanor Fox, ao analisar a atual legislação antitruste norte-americana, a Seção 2 do *Sherman Act*, extremamente liberal, constata que, para violar a lei concorrencial, um agente dominante não deve apenas fazer mau uso do seu poder de mercado, mas, além disso, deve atuar para aumentar deliberadamente tal poder. Além disso, os tribunais americanos partem, como regra, da presunção de que determinada conduta, ainda que praticada por agente dominante, é eficiente e benéfica para os consumidores (FOX, 2019).

No que tange às práticas unilaterais, Fox bem consigna que a legislação dos Estados Unidos conta com a Seção 5 do *Federal Trade Commission Act*, que proíbe “métodos desleais de competição”. Tal conceito seria muito mais elástico do que o conceito de ato anticompetitivo previsto no *Sherman Act*, o que, segundo Fox, permitiria à Federal Trade Commission (FTC) atuar de maneira mais impositiva para impedir violações ao *Sherman Act* ou, de forma ainda mais ampla, o crescimento artificial de determinados agentes. No entanto, a FTC tem hesitado em se desviar do engessado e estreito caminho do *Sherman Act* (FOX, 2019).

Não obstante, a reboque do movimento europeu descrito no Capítulo 3.1 acima e em razão da pressão mundial da sociedade por ações mais concretas em relação às *big techs*, o debate ganhou força nos Estados Unidos. Lina Khan, uma das críticas mais ferrenhas da forma de atuação das *big techs*, tornou-se presidente da Federal Trade Commission. Tim Wu, outro grande expoente mundial contra o poder das *big techs*, foi nomeado conselheiro de política de tecnologia da Casa Branca, atuando em temas concorrenciais no National Economic Council.

Já em fevereiro de 2019, a FTC havia anunciado a criação de uma força-tarefa dedicada a monitorar a concorrência nos mercados de tecnologia dos Estados Unidos, com poderes para investigar qualquer conduta potencialmente anticompetitiva nesses mercados (USA; FEDERAL TRADE COMMISSION, 2019).

Em outubro de 2020, o U.S. House Judiciary Committee's Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law lançou relatório sobre concorrência nos mercados digitais, denominado *Investigation of Competition in Digital Markets – Majority Staff Report and Recommendations*, abordado em detalhes no Capítulo 3.2.1 (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020).

Tal relatório foca especificamente na Amazon, Apple, Facebook e Google, e inclui uma série de recomendações sobre como abordar a concentração do poder de mercado nessas empresas, incluindo a reformulação das leis antitruste existentes e o fortalecimento da FTC e da equipe antitruste do Departamento de Justiça (*Department of Justice* ou DoJ).

Em resposta a tal relatório, no primeiro semestre de 2021, membros do Congresso americano apresentaram quatro projetos de lei antitruste voltados para a regulação dos mercados digitais. Trata-se do *Ending Platform Monopolies Act*, o *American Choice and Innovation Online Act*, o *Platform Competition and Opportunity Act of 2021* e, por fim, o *Merger Filing Fee Modernization Act*, iniciativas que serão detalhadamente abordadas no Capítulo 3.2.2., mas cujos termos gerais constam do esquema a seguir (Ilustração 12).

Ilustração 12 - Projetos de Lei norte-americanos sobre a regulação antitruste das plataformas digitais

<p><i>Ending Platform Monopolies Act</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Projeto de Lei H.R. 3825.</li> <li>• Iniciativa: Deputada Pramila Jaypal.</li> </ul>	<p><i>American Choice and Innovation Online Act</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Projeto de Lei S. 2992.</li> <li>• Iniciativa: Senadora Amy Klobuchar.</li> </ul>	<p><i>Platform Competition and Opportunity Act</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Projeto de Lei H.R. 3826.</li> <li>• Iniciativa: Deputado Hakeem Jeffries.</li> </ul>	<p><i>Merger Filing Fee Modernization</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Projeto de Lei S. 228.</li> <li>• Iniciativa: Senadora Amy Klobuchar.</li> </ul>
--	--	---	---

Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Registra-se que houve, ainda, a retomada das discussões do *Augmenting Compatibility and Competition by Enabling Services Switching Act*, Projeto de Lei que trata da interoperabilidade das plataformas e que foi apresentado em 2019. No entanto, por não existir, ainda, um texto final do projeto de lei, ele não será abordado neste trabalho. De acordo com o Congresso norte-americano, o projeto pende da colaboração do Instituto Nacional de Padrões e Tecnologia, o National Institute of Standards and Technology, no sentido de desenvolver padrões técnicos a serem seguidos para a implementação da interoperabilidade entre as plataformas (WARNER, 2019).

Por fim, em julho de 2021, o Presidente Joe Biden assinou uma Ordem Executiva intitulada *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy* (THE WHITE HOUSE, 2021), que tem por objetivo estabelecer uma série de esforços e medidas para a promoção da concorrência nos Estados Unidos. São, ao todo, 72 (setenta e duas) propostas em uma série de setores que visam favorecer agentes de pequeno e médio porte.

Em relação aos mercados digitais, a Ordem Executiva anuncia uma política administrativa de maior fiscalização das fusões e aquisições, especialmente por plataformas dominantes, com especial atenção à aquisição de concorrentes nascentes, fusões em série, acúmulo de dados, concorrência por produtos gratuitos e o efeito sobre a privacidade dos usuários, como será detalhado no Capítulo 3.2.3.

Passa-se, portanto, ao exame de cada uma das iniciativas norte-americanas no sentido de regular os mercados digitais. Primeiramente, analisar-se-á o relatório *Investigation of Competition in Digital Markets – Majority Staff Report and Recommendations*, que serviu de base para que congressistas americanos apresentassem os projetos de lei aqui abordados (Capítulo 3.2.1). Após, passar-se-á a tais projetos de lei em si, analisando-os um a um, detalhadamente (Capítulo 3.2.2). Em seguida, tratar-se-á da *Executive Order* emitida pelo Presidente Joe Biden e que contém importantes diretrizes

concorrenciais para os mercados digitais (Capítulo 3.2.3). Por fim, uma análise das investigações norte-americanas envolvendo mercados digitais será apresentada (Capítulo 3.2.4).

### **3.2.1 Do relatório norte-americano *Investigation of Competition in Digital Markets, de 2020***

No contexto histórico recente, pode-se considerar o *Investigation of Competition in Digital Markets – Majority Staff Report and Recommendations* como pontapé inicial e base das iniciativas norte-americanas no sentido de regular os mercados digitais. Por essa razão, algumas de suas conclusões e recomendações, relevantes para esta pesquisa, serão a seguir mencionadas.

O relatório é extremamente minucioso e fundamentado, contando com mais de quatro centenas de páginas. Após abordar: (i) os procedimentos de investigação nos mercados digitais; (ii) os elementos concorrenciais nos mercados digitais, tais como a estrutura de mercado, as barreiras à entrada e os efeitos do poder de mercado das plataformas digitais; além de (iii) listar os mercados focais da análise, como sendo buscas online, comércio online, mídias sociais, lojas de aplicativos para dispositivos móveis, sistemas operacionais para dispositivos móveis, mapeamento digital, computação em nuvem, assistentes de voz, navegadores de internet e propagando digital; e, por fim (iv) analisar as plataformas online dominantes, especificamente Facebook, Google, Amazon e Apple, o relatório propõe algumas recomendações.

Tais recomendações foram divididas em três grandes blocos. O primeiro deles é voltado à restauração da concorrência nos mercados digitais. O segundo, ao fortalecimento da legislação antitruste. Já o terceiro, ao fortalecimento do cumprimento da legislação concorrencial, ou seja, o *enforcement* antitruste. Passa-se ao exame de cada um deles.

#### *3.2.1.1 Da restauração da concorrência nos mercados digitais, nos termos do relatório norte-americano *Investigation of Competition in Digital Markets, de 2020**

Uma série de remédios foram propostos no relatório norte-americano para restaurar a competição nos mercados digitais. Recomendou-se a redução dos conflitos de

interesses mediante separações estruturais e restrições de linhas de negócios, a implementação de regras para prevenir discriminação, favoritismo e *self-preferencing*, a promoção da inovação por meio da interoperabilidade, a redução de poder de mercado através de presunções em relação a concentrações, a criação de um ambiente uniforme e livre para a imprensa e a proibição de abuso do poder de barganha (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 378).

O remédio da redução de conflitos de interesses por meio de separação de estruturas e restrição de linhas de negócios decorreu do fato de que os agentes dominantes dos mercados digitais, além de controlarem os canais de distribuição mais importantes, possuem uma integração entre suas diversas linhas de negócios. Nesses casos, quando operam em mercados adjacentes, essas plataformas competem diretamente com agentes que delas dependem para ter acesso a usuários, o que cria um evidente conflito de interesses. Diante de tal contexto, as separações estruturais proibiriam os agentes dominantes intermediários de operar nos mercados em que a concorrência dependa de sua própria infraestrutura. As restrições de linhas de negócios, por sua vez, limitariam os mercados em que empresas dominantes poderiam vir a atuar (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 381).

A implementação de regras para prevenir a discriminação, favoritismo e *self-preferencing*, por sua vez, teria fundamento no fato de que foram identificadas diversas situações em que plataformas dominantes adotaram tratamentos discriminatórios e preferenciais, privilegiando seus próprios produtos ou serviços em relação aos de concorrentes, bem como na circunstância de que, por serem o único caminho viável para o mercado, as plataformas dominantes terem o poder de definir os agentes vencedores e perdedores no setor. Assim sendo, a imposição de regras de não discriminação por parte desses agentes pode se tornar uma importante medida a ser implementada, sobretudo se complementar a medidas de desinvestimento (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 383).

A sugestão de promoção de inovação através da interoperabilidade e livre acesso tem ligação com características intrínsecas dos mercados digitais, tais como efeitos de rede, custos de transação e outras barreiras à entrada que os tornam propensos à dominância por parte de uma única empresa incumbente. Ou seja, tais mercados não são contestáveis por novos entrantes e a concorrência se dá pelo mercado, mas não no mercado. Desta forma, regras que garantam a interoperabilidade e a portabilidade de

dados são essenciais para a higidez concorrencial dos mercados digitais (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, pp. 384–386).

Já a sugestão de redução do poder de mercado por meio de presunções a serem adotadas em casos de concentração decorreu da constatação de que várias plataformas construíram linhas inteiras de negócios através de aquisições de concorrentes, enquanto outras se valeram de aquisições em momentos certos para neutralizar ameaças competitivas. Por essas razões é que dever-se-ia mudar as presunções legais para futuras aquisições pelas plataformas dominantes, no sentido de que, qualquer aquisição feita por uma plataforma dominante seria, em princípio, considerada anticompetitiva, salvo se comprovado o compartilhamento de eficiências com o consumidor e que tais eficiências não poderiam ser obtidas de outra maneira.

A proposta de criação de um ambiente uniforme e livre para a imprensa tem ligação com a redução da confiabilidade das informações e notícias, ou seja, com o aumento de *fake news*, verificada com a expansão dos mercados digitais. Através da dominação dos mercados de publicidade e de comunicação, as plataformas digitais ganharam poder de distribuição e de monetização de fontes confiáveis de notícias online. Assim, para endereçar esse descompasso do poder de barganha, recomendou-se a criação de legislação que confira aos editores e emissores de notícias segurança jurídica, um porto-seguro, para negociarem coletivamente com as plataformas digitais dominantes (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, pp. 384–388).

Por fim, a recomendação de proibição de abuso do poder de barganha decorre do fato de que, sendo a única maneira viável de entrada nos mercados, as plataformas abusam do seu poder de barganha sobre terceiros que dependem de tal plataforma para alcançarem seus clientes. Tal poder de barganha é rotineiramente utilizado pelas plataformas online para proteger e expandir sua dominância. Desta forma, sugeriu-se a adoção de legislação proibindo o abuso do poder de barganha por parte dos agentes dominantes, incluindo aquele exercido através de cláusulas contratuais anticompetitivas (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 390).

### 3.2.1.2 *Do fortalecimento da legislação antitruste, nos termos do relatório norte-americano Investigation of Competition in Digital Markets, de 2020*

Ao sugerir o fortalecimento da legislação antitruste norte-americana, o relatório dividiu tal iniciativa em quatro frentes, quais sejam, a restauração do objetivo de antimonopólio das leis concorrenciais, o fortalecimento do controle de fusões e aquisições, a reabilitação da legislação sobre monopólio e, por fim, algumas medidas adicionais.

Sobre a restauração do objetivo de antimonopólio da legislação antitruste, o relatório afirma que, nas últimas décadas, os tribunais norte-americanos têm significativamente enfraquecido as leis concorrenciais, tornando cada vez mais difícil a condenação de condutas anticompetitivas ou a imposição de restrições a concentrações perniciosas à concorrência (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 391).

Ao se construir a ideia de um conceito restrito de bem-estar do consumidor como o único objetivo do direito antitruste, a Suprema Corte norte-americana vem limitando a análise dos prejuízos concorrenciais efetivos para se concentrar principalmente nas variáveis de preço e produção, mas não no processo competitivo em si, infringindo, segundo o relatório, a história e a intenção legislativa americana. Aparentemente, os tribunais americanos vêm adotando a posição de que a aplicação restrita da lei (*underenforcement*) é preferível àquela excessiva (*overenforcement*), o que violaria a intenção do legislador de que “monopólios privados são uma ameaça às instituições republicanas”, citando, o relatório, nesse sentido, registros do Congresso norte-americano datados de 1890 (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 391).

Assim sendo, recomendou-se que o Congresso norte-americano considerasse reformas legislativas específicas para reafirmar a intenção original da legislação antitruste e seus objetivos, esclarecendo que elas foram pensadas não apenas para proteger os consumidores, mas também trabalhadores, empreendedores e empresários independentes, na busca por mercados abertos e uma economia justa, em conformidade com os ideais democráticos dos Estados Unidos.

Em relação ao fortalecimento do controle de fusões e aquisições, três foram as medidas propostas. A primeira foi a de positivação de regras claras sobre presunções estruturais em mercados concentrados. A segunda foi a de proteção a potenciais competidores, novos entrantes e *startups*. Já a terceira foi a de fortalecimento da doutrina de concentrações verticais. Explicar-se-á, abaixo, cada uma delas.

A necessidade de criação de regras claras sobre presunções estruturais em mercados concentrados, nos termos do relatório, decorre da adoção da regra da razão caso

a caso. Apesar da regra da razão, em teoria, reduzir erros na aplicação da lei concorrencial, na prática, sua aplicação tem pesado enormemente em favor dos investigados. O distanciamento de regras claras e presunções vem afetando especialmente o controle de concentrações, posto que, para a imposição de restrições, as autoridades devem provar amplamente que a concentração resultará em efeitos anticompetitivos, mesmo nas operações em que as envolvidas são empresas dominantes em mercados extremamente concentrados (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 393).

Diante deste cenário, foram propostas certas presunções estruturais a serem consideradas nas análises de concentrações. Operações resultando num único agente detendo participação de mercado demasiada ou num aumento significativo da concentração do mercado, deveriam, por exemplo, ser presumidamente consideradas proibidas. O ônus da prova, nesses casos, de demonstrar que a operação não limitará a concorrência, caberia às partes envolvidas na operação, sendo que a simples demonstração de eficiências não seria suficiente para superar a presunção de proibição do negócio. O limite de concentração a ser observado para o estabelecimento da presunção seria de 30% (trinta por cento).

Já sobre a proteção a potenciais competidores, novos entrantes e *startups*, seu fundamento, de acordo com o relatório, tem relação com o fato de que tais agentes têm papel essencial na promoção da inovação, pois sua entrada no mercado pode contestar os incumbentes e estimular a competição. Em verdade, agentes incumbentes veem nesses potenciais competidores uma ameaça real, especialmente porque o sucesso deles significa tornar outras tecnologias obsoletas.

Para endereçar o problema, foi proposto o enrijecimento da legislação norte-americana para fusões e aquisições, no caso o *Clayton Act*, para que sejam proibidas aquisições de potenciais rivais e competidores nascentes. Sugere-se que a lei expressamente afirme que a comprovação de danos potenciais à concorrência prescinde da prova de que os agentes adquiridos seriam, de fato, bem-sucedidos no mercado. Em relação às *startups*, a sugestão é que a legislação estabeleça presunção contrária à sua aquisição por agentes dominantes que operem nos mesmos mercados ou em mercados adjacentes. Por fim, sugeriu-se a alteração do *Clayton Act* para proibir não apenas as concentrações que “possam diminuir a competição ou tendam a aumentar poder de mercado”, mas sim todas que possam “criar trustes, conspirações e monopólios em fase

incipiente e antes de sua consumação” (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 394).

O fortalecimento da doutrina sobre concentrações verticais sugerida no relatório, por sua vez, decorre da constatação de que há diversas maneiras das plataformas dominantes praticarem condutas anticompetitivas por meio de integrações verticais. Além disso, apurou-se que a jurisprudência norte-americana tem dificultado os questionamentos às concentrações verticais, sobretudo sob o argumento de que tais concentrações irão gerar eficiências por meio da eliminação da dupla marginalização, sendo os tribunais extremamente céticos quanto às possibilidades de fechamento de mercados decorrentes das operações (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 395).

Para endereçar tal preocupação, recomendou-se a criação de presunções envolvendo concentrações verticais, tal como a de que seriam anticompetitivas tais operações quando ambas as partes forem dominantes em mercados concentrados, bem como presunções relacionadas ao fechamento de mercado para fornecedores e consumidores (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 395).

Passa-se, a partir de agora, a tratar da terceira frente para o fortalecimento da legislação concorrencial norte-americana, a de reabilitação da legislação sobre monopólio. O relatório consigna que a Seção 2 do *Sherman Act* define como ilegais atos que visam o monopólio, combinação ou conspiração, ainda que tentados, para controlar qualquer parte dos mercados ou comércio entre os estados. Ocorre que, nas últimas décadas, os tribunais norte-americanos aumentaram sobremaneira o padrão probatório a ser superado para provar tal intento de monopolização. Nesse contexto, o relatório identificou várias práticas comerciais que deveriam ser consideradas ilegais nos termos da legislação vigente.

A primeira delas refere-se ao abuso de posição dominante por parte das plataformas digitais. Apurou-se que plataformas dominantes têm não apenas a capacidade, mas um incentivo a abusar de sua posição dominante contra seus fornecedores, trabalhadores e consumidores. Algumas das práticas comerciais das plataformas dominantes são colocadas em prática em detrimento da livre concorrência, mas não são, contudo, trivialmente enquadrada na Seção 2 do *Sherman Act* como atos de monopolização ou de restrição ao comércio. Em verdade, desde que os tribunais americanos passaram a interpretar a legislação concorrencial com foco na formação ou

no fortalecimento de poder de mercado, mas não na sua exploração ou exercício abusivo, muitas das práticas das plataformas dominantes têm passado à margem da lei (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 396).

Assim sendo, sugeriu-se a extensão interpretativa do *Sherman Act* para expressamente proibir o abuso de poder de mercado. Ademais, recomendou-se a criação da presunção relativa, refutável, portanto, de que uma participação de mercado de 30% (trinta por cento) ou mais denota poder de mercado de um fornecedor ou vendedor, ao passo que uma participação de mercado igual ou superior a 25% (vinte e cinco por cento) constituiria poder de mercado de um tomador de serviço ou comprador (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 396).

Outra prática identificada como prejudicial à concorrência, mas que não tem sido devidamente endereçada pela legislação concorrencial norte-americana, é a alavancagem de monopólios. Tal prática ocorre quando um agente dominante usa o seu poder de monopólio em um mercado para impulsionar ou privilegiar sua posição em outro mercado. Ocorre que a jurisprudência americana vem se consolidando no sentido de que tal prática apenas é comprovada quando de fato monopoliza o mercado secundário ou ameaça fazê-lo (USA, 1991, 1993a). Não obstante, constatou o relatório que a conduta, ainda que não resulte na efetiva monopolização do segundo mercado, prejudica a concorrência e, assim sendo, sugeriu-se que não seja exigida a real monopolização do mercado secundário para a configuração da prática (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 396).

A conduta de preço predatório também foi objeto do relatório. A prática ganha especial relevância nos mercados digitais, nos quais a dinâmica de *winner-takes-all* incentiva a busca por crescimento em vez de lucros e onde as plataformas dominantes podem se valer de subsídios cruzados entre linhas de negócios distintas. Ocorre que os precedentes acerca da conduta têm exigido, para sua configuração, o elemento da recuperação do prejuízo, isto é, que se prove que, eliminado o rival, o agente que praticou preços predatórios tenha elevado preços para recuperar o custo da prática, o que é extremamente difícil de provar (USA, 1986, 1993b, 2007). Tal condição reduziu a quase zero as condenações por preços predatórios. Assim sendo, sugeriu-se que seja eliminado o requisito da recuperação para a caracterização da conduta (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 397).

A quarta prática listada refere-se às *essential facilities* e recusas de contratação. Verificou-se que plataformas dominantes têm usado ameaças de exclusão ou de recusa do serviço a terceiros com forma de obtenção de maior valor ou melhores dados que lhe garantam vantagens em mercados secundários e distintos. Como tais plataformas não enfrentam concorrência nos mercados primários, a exclusão ou a recusa de contratar em relação a terceiros equivale, em verdade, à privação destes a um insumo essencial à sua operação, o que prejudicaria a concorrência em mercados adjacentes. Por isso, recomendou-se a atualização da teoria das *essential facilities* para que as plataformas dominantes sejam obrigadas a conceder acesso aos seus serviços de infraestrutura de forma não discriminatória (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, pp. 397–398).

A quinta prática, de seis identificadas no relatório, é a de venda casada. Trata-se das ocasiões em que uma plataforma dominante condiciona o acesso a um produto ou serviço por ela controlado à aquisição de outro serviço ou produto seu. Ao afirmar que a jurisprudência americana vem caminhando no sentido de dificultar a comprovação da prática, o relatório sustenta que a legislação deveria esclarecer expressamente que qualquer forma de condicionamento de acesso a serviços ou produtos à aquisição de outros por parte de um agente com poder de mercado deve ser tida como ilegal (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 398).

Por fim, o relatório trata da discriminação, ou *self-preferencing*, e do design anticompetitivo de produtos, o que ocorre quando agentes dominantes se utilizam da formatação de suas plataformas, muitas vezes de questões técnicas, para privilegiar seus próprios serviços em detrimento da concorrência. Nesse contexto, recomendou-se que a legislação considere uma violação ao *Sherman Act* fazer alterações de design em plataformas que excluam competidores ou mitiguem a concorrência, seja nos mercados primários ou secundários, mesmo que tais alterações possam ser justificadas como benefícios aos consumidores (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 398).

Como última providência para o fortalecimento da legislação concorrencial, o relatório propõe quatro medidas legislativas adicionais. A primeira delas é a de esclarecer que casos envolvendo plataformas não exigem, para a caracterização do ilícito, a comprovação de danos a todos os conjuntos de consumidores. A segunda é estabelecer que plataformas que atuam em mercados de múltiplos lados podem competir com agentes que atuam apenas em um desses lados. A terceira é estabelecer que uma definição precisa de mercado relevante é prescindível à comprovação do ilícito, especialmente na presença

de evidências diretas de poder de mercado. Por fim, sugere-se que a legislação esclareça que falsos positivos, isto é, aplicações exageradas da lei, não são mais custosos do que falsos negativos, isto é, aplicações insuficientes da lei. Pelo contrário, em se tratando de agentes dominantes, falsos negativos são mais custosos à concorrência (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 399).

### 3.2.1.3 *Do fortalecimento do enforcement concorrencial nos termos do relatório norte-americano Investigation of Competition in Digital Markets, de 2020*

Além de sugerir enrijecimento da legislação concorrencial, o relatório também recomendou que fosse fortalecida a aplicação da legislação concorrencial, ou seja, o *enforcement* antitruste. Tal fortalecimento dar-se-ia em três frentes, pelo Congresso, pelos agentes públicos e pelos agentes privados, como se passa a explicar.

Primeiramente, o relatório aponta pela necessidade de supervisão da aplicação da legislação concorrencial pelo Congresso. Ocorre que, historicamente, o Congresso americano tem se afastado dessa missão, tradicionalmente realizada nas décadas passadas, havendo uma submissão às agências concorrenciais em relação à elaboração de políticas de natureza antitruste efetivamente substantivas. Em verdade, a inação do Congresso foi lida como uma aquiescência ao estreitamento da aplicação da legislação concorrencial, o que tem contribuído para que o antitruste se torne excessivamente técnico e primariamente dependente das ciências econômicas (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 400).

Também é indicada pelo relatório a necessidade de reforço na atuação das autoridades concorrenciais, tanto na aplicação adequada da lei, valendo-se das ferramentas que a legislação prevê, quanto na emissão de normas infralegais que facilitaríamos a aplicação da lei antitruste. Foram listadas no relatório seis medidas como necessárias ao fortalecimento das agências.

A primeira delas seria a aplicação de multas civis e outras compensações por violações concorrenciais. A segunda seria a coleta regular de informações sobre concentração e competitividade de determinados setores da economia. A terceira se refere ao aumento da transparência e da responsabilidade das autoridades concorrenciais. A quarta seria a obrigação das agências em preparar retrospectivas públicas das operações relevantes nas últimas três décadas. A quinta seria a adoção de regras mais rígidas em

relação ao fluxo de funcionários entre as agências concorrenciais e as empresas que elas investigam, principalmente funcionários do alto-escalão. Por fim, apontou-se a necessidade de aumento do orçamento das agências (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 403).

Já em relação ao *enforcement* privado, apesar deste ser extremamente relevante para a política antitruste, sobretudo a norteamericana, percebeu-se que as decisões judiciais vêm minando as tentativas de agentes privados de fazerem cessar condutas anticompetitivas de seus rivais ou de buscarem indenizações decorrentes de danos concorrenciais. Para resolver tal problema, propõe-se a eliminação de determinados conceitos criados pela jurisprudência e que dificultam as ações privadas, a redução de obstáculos procedimentais aos processos judiciais, tais como cláusulas arbitrais, e, por fim, a redução do padrão de prova nos casos de ações privadas (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, pp. 404–405).

### **3.2.2 Da evolução regulatória norte-americana**

Como explicado acima, o relatório *Investigation of Competition in Digital Markets – Majority Staff Report and Recommendations*, elaborado pela U.S. House Judiciary Committee's Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020) serviu de base para iniciativas regulatórias por parte dos legisladores norte-americanos. Trata-se de quatro projetos de lei submetidos ao Congresso americano no primeiro semestre de 2021, todos em fase inicial de discussão, portanto.

Serão analisados a seguir o Projeto de Lei H.R. 3825, denominado *Ending Platform Monopolies Act* (Capítulo 3.2.2.1), o Projeto de Lei S. 2992, denominado *American Choice and Innovation Online Act* (Capítulo 3.2.2.2), o Projeto de Lei H.R. 3826, denominado *Platform Competition and Opportunity Act* (Capítulo 3.2.2.3) e, por fim, o Projeto de Lei S. 228, conhecido como *Merger Filing Fee Modernization* (Capítulo 3.2.2.4).

#### **3.2.2.1 Do Projeto de Lei norte-americano H.R. 3825 – Ending Platform Monopolies Act**

O Projeto de Lei H.R. 3825, intitulado *Ending Platform Monopolies Act*, foi submetido ao Congresso pela Deputada Pramila Jayapal, membro do Partido Democrata e representante do distrito de Washington. O objetivo do projeto seria o de promover a concorrência e as oportunidades econômicas nos mercados digitais, eliminando os conflitos de interesse que emergem da propriedade ou controle simultâneo das plataformas digitais e outros negócios por parte de agentes dominantes (JAYAPAL, 2021).

A Seção 1 do projeto de lei define sua denominação como sendo *Ending Platform Monopolies Act*. Já a Seção 2, entra no mérito da regulação em si, estabelecendo quais seriam as hipóteses de violações à lei e quando estariam caracterizados os conflitos de interesse ilegais.

Será considerado violação legal quando qualquer plataforma coberta pela legislação ora analisada possuir, controlar ou deter participação em uma linha de negócios que: (i) utilize a plataforma para ofertar ou vender produtos ou serviços; (ii) ofereça um produto ou serviço que a plataforma exija a aquisição por usuários comerciais como condição para acessar a plataforma ou para nela possuir status preferencial; e (iii) enseje um conflito de interesses.

Por conflito de interesses, no termo da legislação proposta, entende-se toda situação em que um operador de plataforma possua ou controle uma linha de negócios distinta da plataforma em si e que tal propriedade ou controle crie incentivos ou possibilite que a plataforma: (i) tire vantagens dos próprios produtos, serviços ou linhas de negócios em relação aos de concorrentes, ainda que potenciais ou nascentes; ou (ii) exclua ou coloque em desvantagens produtos desses concorrentes na plataforma.

A Seção 3 do projeto de lei trata da sua execução, ou seja, do *enforcement*. Determina-se que a legislação seja aplicada nos mesmos moldes de aplicação de outras legislações concorrenciais já vigentes, como o *Clayton Act* e o *Federal Trade Commission Act*, que inclusive será considerado igualmente violado em caso de descumprimento da regulação.

A Seção 4 trata da limitação de pessoas físicas de agirem como prepostas de duas plataformas. No caso de indivíduos que se enquadrem em tal situação, eles têm até 60 (sessenta) dias para encerrarem a relação de prestação de serviços com uma das plataformas.

Já a Seção 5 do projeto de lei traz algumas importantes definições à interpretação de seu texto. Uma das mais importantes é a definição das plataformas abrangidas pela legislação, designadas como *covered platforms*. Trata-se de plataformas que, no momento em que forem assim classificadas pelo Departamento de Justiça ou nos doze meses subsequentes, bem como nos doze meses subsequentes ao recebimento de uma denúncia por violação à lei, possuam, no mínimo: (i) 50 (cinquenta) milhões de usuários finais mensais ativos nos Estados Unidos; ou (ii) 100 (cem) mil usuários comerciais mensais ativos nos Estados Unidos.

Também serão consideradas plataformas cobertas pela lei aquelas controladas por pessoa com faturamento líquido anual ou capitalização de mercado superior a USD 600 bilhões (seiscentos bilhões de dólares) no ano em que forem assim designadas pelo Departamento de Justiça ou no que foi recebida denúncia por violação à lei, bem como nos dois anos anteriores.

Por fim, serão consideradas plataformas abarcadas pela lei aquelas que sejam parceiras comerciais essenciais à venda ou ao fornecimento de qualquer produto ou serviço oferecido ou diretamente relacionado à plataforma online. Por parceira comercial essencial entende-se qualquer entidade que tenha a capacidade de restringir ou impedir: (i) o acesso de um usuário comerciais a seus clientes ou usuários finais ou, ainda; (ii) o acesso de um usuário comercial a alguma ferramenta ou serviço necessário para que efetivamente atenda os seus clientes ou usuários finais.

Os três critérios, quais sejam: (i) número de usuários; (ii) faturamento; e (iii) natureza de parceria comercial essencial são cumulativos.

Outra definição importante trazida na Seção 5 é a de plataforma online. Entende-se por plataforma online qualquer website, aplicativo, inclusive para celulares, sistema operacional, assistente digital ou quaisquer outros serviços online que: (i) possibilitem um usuário a gerar conteúdo que possa ser visualizado por outros usuários na plataforma ou que interaja com outros conteúdos na plataforma; (ii) facilitem a oferta, venda, compra, pagamento ou transporte de bens ou serviços, inclusive aplicações de software entre consumidores ou negócios não controlados pela plataforma; ou (iii) permitam usuários a pesquisar um grande volume de informações.

A Seção 6 determina que a designação como plataforma sujeita às regras da lei em comento será anotada no registro da empresa perante os órgãos federais e pode perdurar por dez anos, ainda que haja mudança no seu controle. Tal inscrição poderá ser

removida pelas autoridades competentes do Departamento de Justiça norte-americano antes do prazo decenal, desde que as plataformas demonstrem não serem mais parceiras comerciais essenciais.

A Seção 7 aborda a possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas com base na lei proposta. Determina-se que todo questionamento deve ser feito dentro do prazo de 30 (trinta) dias da decisão e ser apresentado à Corte de Apelações no Distrito de Columbia. Faz-se, contudo, a ressalva de que as conclusões do Departamento de Justiça quanto aos fatos, desde que suportadas por provas, serão consideradas conclusivas, não passíveis de revisão.

Por fim, as Seções 8 e 9 registram que nenhum dispositivo da lei poderá limitar a autoridade do Procurador-Geral ou da Federal Trade Commission, especialmente em relação às competências estabelecidas pelo *Federal Trade Commission Act*, bem como determinam que qualquer dispositivo da lei eventualmente declarado inconstitucional não invalidará os demais.

### 3.2.2.2 Do Projeto de Lei norte-americano S. 2992 – American Choice and Innovation Online Act

O Projeto de Lei S. 2992, intitulado *American Choice and Innovation Online Act* foi apresentado ao Congresso pela Senadora Amy Klobuchar, do Partido Democrata, representante de Minnesota. O objetivo do projeto de lei é apontar certas condutas que deveriam ser consideradas discriminatórias quando praticadas por determinadas plataformas (KLOBUCHAR, 2021).

O projeto, que conta com seis seções, estabelece na Seção 1 que sua denominação será *American Choice and Innovation Online Act*. A Seção 2, a mais substancial do projeto, por seu turno, estabelece as condutas a serem consideradas ilegais quando praticadas pelas plataformas consideradas cobertas pela legislação.

Primeiramente, são indicadas as práticas de operadores de plataformas a serem consideradas violações à lei. Nesse sentido, deverão ser consideradas anticompetitivas condutas que possam resultar na: (i) preferência injusta dos produtos e serviços ofertados pela própria plataforma em relação aos de outro usuário comercial na plataforma de maneira que possa limitar a concorrência; (ii) limitação da capacidade de produtos, serviços ou linhas de negócios ofertadas por outros usuários comerciais na plataforma em

relação aos produtos e serviços do próprio operador da plataforma de maneira que possa limitar a concorrência; e (iii) discriminação na aplicação e execução dos termos de uso da plataforma entre usuários comerciais de maneira que possa limitar a concorrência.

Após, define-se quais seriam as condutas tidas como ilícitas nos termos da lei. Trata-se das condutas praticadas por operadores de plataforma que busquem: (i) materialmente restringir ou impedir a capacidade de usuários comerciais de acessar ou interoperar com a mesma plataforma, sistema operacional, hardware ou software disponíveis aos próprios produtos e serviços do operador da plataforma que possam competir com aqueles ofertados por tais usuários comerciais na plataforma; (ii) condicionar o acesso à plataforma ou um status ou posicionamento preferencial de produtos e serviços à aquisição de outros produtos ou serviços oferecidos pela plataforma; além de (iii) usar dados obtidos ou gerados pelas atividades de usuários comerciais, que não sejam públicos, para oferecer os próprios produtos ou serviços do operador da plataforma.

E a lista de práticas ilícitas continua. Também serão consideradas ilícitas condutas voltadas a: (iv) materialmente restringir ou impedir que um usuário comercial acesse dados gerados na plataforma em decorrência de suas atividades, bem como estabelecer restrições técnicas ou contratuais que impeçam a portabilidade de tais dados para outros sistemas ou aplicações; (v) restringir ou impedir usuários de desinstalar aplicações de softwares que tenham sido pré-instalados ou de alterar definições que direcionem os usuários aos produtos e serviços da própria plataforma, a não ser que necessário para a sua segurança ou funcionalidade; (vi) tratar os produtos e serviços do próprio operador da plataforma de forma mais favorável do que aqueles de outros usuários comerciais que ofertam os seus na plataforma; e, por fim, (vii) retaliar quaisquer usuários, comerciais ou finais, que levantem preocupações legais contra a forma de atuação da plataforma.

O projeto faz a ressalva de que as disposições da lei não podem ser arguidas para exigir que o operador da plataforma divulgue, licencie ou de qualquer maneira franqueie a terceiros o acesso à propriedade intelectual, segredos de negócio ou outros dados confidenciais, ainda que usuários da plataforma.

As condutas acima elencadas não serão consideradas ilegais se o investigado provar que sua prática: (i) não resultou e não poderia resultar em danos materiais ao processo competitivo, não havendo que se falar em limitação ou restrição a qualquer atividade legítima de usuários comerciais; ou (ii) foi desenhada da única forma possível

para se evitar a violação ou para o fiel cumprimento de outra lei, para proteger a segurança e a privacidade da plataforma ou, ainda, para manter ou aumentar a funcionalidade da plataforma.

Além disso, tal como faz a Seção 6 do *Ending Platforms Monopoly Act*, descrita no Capítulo 3.2.2.1. acima, a Seção 2 do projeto sob análise determina que a designação como plataforma será anotada no registro da empresa perante os órgãos federais, porém com a duração de sete anos, mas não dez, ainda que haja mudança no seu controle. Tal inscrição poderá ser removida pelas autoridades competentes do Departamento de Justiça norte-americano antes do prazo decenal, desde que as plataformas demonstrem não serem mais parceiras comerciais essenciais.

O projeto prevê ainda penalidades a que se sujeitam os infratores da lei. Há previsão de penalidade de natureza civil de até 15% (quinze por cento) da receita da pessoa no período em que a infração ocorreu. Da mesma forma, há previsão de imposição de medidas preventivas ou liminares contra os infratores. Por fim, a lei determina em caso de violação contumaz de seus termos, isto é, em caso de conduta reiterada ou padronizada para violar a lei, que o diretor executivo da empresa, ou outro que seja apropriado, deverá pagar compensação referente aos seus ganhos nos últimos 12 (doze) meses ou nos 12 (doze) meses anteriores à apresentação de denúncia.

A Seção 2 também traz algumas definições essenciais à interpretação da lei. A definição de plataforma sujeita à lei, uma *coverage platform*, difere em alguma medida daquela proposta no *Ending Platforms Monopoly Act*. O critério é o mesmo ao definir que se trata de plataformas que, no momento em que forem assim classificadas pelo Departamento de Justiça ou nos doze meses subsequentes, bem como nos doze meses subsequentes ao recebimento de uma denúncia por violação à lei, possuam, no mínimo: (i) 50 (cinquenta) milhões de usuários finais mensais ativos nos Estados Unidos; ou (ii) 100 (cem) mil usuários comerciais mensais ativos nos Estados Unidos.

O critério também é o mesmo em relação às parceiras comerciais essenciais, isto é, serão consideradas plataformas abarcadas pela lei aquelas que sejam parceiras comerciais essenciais à venda ou ao fornecimento de qualquer produto ou serviço oferecido ou diretamente relacionado à plataforma online.

No entanto, em relação ao faturamento, serão consideradas plataformas cobertas pela lei aquelas controladas por pessoa com faturamento líquido anual ou capitalização de mercado superior a USD 550 bilhões (quinhentos e cinquenta bilhões de dólares) no

ano em que forem assim designadas pelo Departamento de Justiça ou no que foi recebida denúncia por violação à lei, bem como nos dois anos anteriores.

Os três critérios, quais sejam: (i) número de usuários; (ii) faturamento; e (iii) natureza de parceria comercial essencial são cumulativos.

As demais seções do projeto de lei se assemelham às do *Ending Platforms Monopoly Act*, motivo pelo qual sua repetição torna-se desnecessária. A Seção 3 trata da revisão judicial das decisões tomadas com base na lei em comento. A Seção 4 aborda diretrizes de implementação e execução da legislação e, ao final, as Seções 5 e 6 registram que qualquer dispositivo da lei eventualmente declarado inconstitucional não invalidará os demais, bem como que a lei deverá ser aplicada em conformidade com outras existentes.

### 3.2.2.3 Do Projeto de Lei norte-americano H.R. 3826 – Platform Competition and Opportunity Act of 2021

O Projeto de Lei H.R. 3826, que foi denominado, nos termos de sua Seção 1, de *Platform Competition and Opportunity Act of 2021*, foi apresentado pelo Deputado Hakeem Jeffries, do Partido Democrata, eleito por Nova Iorque. O projeto trata basicamente do que se convencionou chamar de *killer acquisitions*, sendo que seu objetivo é o de promover concorrência e oportunidades econômicas nos mercados digitais por meio da definição de certas aquisições por plataformas dominantes como ilegais (JEFFRIES, 2021).

A Seção 2 do projeto define quais seriam as aquisições ilegais. Afirma-se que será considerada ilegal qualquer aquisição, direta ou indireta, feita por operadores de plataformas digitais da totalidade ou parte do capital social, bem como ativos, de terceiros ativos no mercado ou em qualquer atividade que afete o mercado.

Excluem-se da regra acima aquisições em relação às quais as plataformas demonstrem: (i) que a operação se enquadra na Seção 7A(c) do *Clayton Act*, que define transações que se excetam da obrigatoriedade de notificação às autoridades concorrenciais; ou (ii) que o objeto da aquisição, seja participação acionária ou ativos, não compete com as atividades do operador da plataforma, não envolve competidores nascentes ou potenciais, não aumenta o poder de mercado da plataforma ou de seu

operador, tampouco a capacidade de mantê-lo, em relação a um produto ou serviço ofertado na plataforma ou a ela diretamente relacionado.

A Seção 3 do projeto define certos termos usados na interpretação da lei. O mais importante deles é o que seriam as plataformas sujeitas à legislação. O conceito adotado foi exatamente o mesmo da Seção 5 do *Ending Platforms Monopolies Act*. As *covered platforms* seriam, portanto, plataformas que, quando forem assim classificadas pelo Departamento de Justiça ou nos doze meses subsequentes, bem como nos doze meses subsequentes ao recebimento de uma denúncia por violação à lei, possuam, no mínimo: (i) 50 (cinquenta) milhões de usuários finais mensais ativos nos Estados Unidos; ou (ii) 100 (cem) mil usuários comerciais mensais ativos nos Estados Unidos.

Também serão consideradas plataformas cobertas pela lei aquelas controladas por pessoa com faturamento líquido anual ou capitalização de mercado superior a USD 600 bilhões (seiscentos bilhões de dólares) no ano em que forem assim designadas pelo Departamento de Justiça ou no que foi recebida denúncia por violação à lei, bem como nos dois anos anteriores.

Por fim, serão consideradas plataformas abarcadas pela lei aquelas que sejam parceiras comerciais essenciais à venda ou ao fornecimento de qualquer produto ou serviço oferecido ou diretamente relacionado à plataforma online. Por parceira comercial essencial entende-se qualquer entidade que tenha a capacidade de restringir ou impedir: (i) o acesso de um usuário comerciais a seus clientes ou usuários finais ou, ainda; (ii) o acesso de um usuário comercial a alguma ferramenta ou serviço necessário para que efetivamente atenda os seus clientes ou usuários finais.

Os três critérios, quais sejam: (i) número de usuários; (ii) faturamento; e (iii) natureza de parceria comercial essencial são cumulativos.

As definições do que seriam plataformas online, bem como o tempo de designação da plataforma como sujeita à legislação, de 10 (dez) anos, também são idênticos aos do *Ending Platforms Monopolies Act*. Outra semelhança diz respeito à possibilidade de revisão judicial das decisões tomadas com base na lei, a Seção 8 do projeto, bem como que qualquer dispositivo da lei eventualmente declarado inconstitucional não invalidará os demais, bem como que a lei deverá ser aplicada em conformidade com outras existentes, suas Seções 9 e 10.

O projeto de lei consigna em sua Seção 6 que, dentro do prazo de um ano da entrada em vigor da legislação, as autoridades devem lançar um guia indicando políticas

e práticas a serem adotadas com o objetivo de promover a transparência e impedir práticas ilícitas nos mercados digitais. Determina-se, ainda, que tal guia deverá ser revisto uma vez a cada quatro anos, pelo menos.

A Seção 7 prevê, ademais, a possibilidade de ajuizamento de ação reparatória a ser realizada por qualquer pessoa que sofrer danos decorrentes da violação aos dispositivos do projeto em comento.

#### *3.2.2.4 Do Projeto de Lei norte-americano S. 228 – Merger Filing Fee Modernization Act of 2021*

O Projeto de Lei S. 228, designado como *Merger Filing Fee Modernization Act of 2021*, nos termos de sua Seção 1, também foi apresentado pela Senadora Amy Klobuchar. O projeto trata basicamente das taxas a serem pagas às autoridades concorrenciais americanas para a análise das concentrações econômicas a elas submetidas.

No referido projeto, o que importa para fins da presente pesquisa é que, na esteira do fortalecimento das autoridades concorrenciais para enfrentamento das questões relacionadas aos mercados digitais, houve um significativo incremento em seus orçamentos.

A Seção 3 do projeto de lei garante à Divisão Antitruste do Departamento de Justiça um orçamento de USD 252 milhões (duzentos e cinquenta e dois milhões de dólares), ao passo que repassa à Federal Trade Commission USD 418 milhões (quatrocentos e dezoito milhões de dólares).

#### **3.2.3 Da *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy***

No dia 09 de julho de 2021, claramente no intuito de reforçar a ideia de mudança na política antitruste norte-americana, no sentido de seu enrijecimento, o Presidente Joe Biden assinou uma Ordem Executiva intitulada *Executive Order on Promoting Competition in the American Economy* (THE WHITE HOUSE, 2021).

Trata-se de ato normativo expedido pelo Chefe do Poder Executivo dos Estados Unidos da América e que, no caso em questão, traz diretrizes gerais a serem perseguidas pelo governo Biden. Apesar das discussões teóricas acerca da natureza jurídica das ordens

executivas, o que não é objeto de análise deste trabalho, Calazans explica se tratar de instrumento semelhante ao que no Brasil se conhece por decreto (CALAZANS, 2021). Sendo, pois, um instrumento legislativo, merece a Ordem Executiva análise no âmbito dessa pesquisa.

A Ordem Executiva conta com seis seções, que vão desde orientações gerais sobre política concorrencial, diretivas concorrenciais, monitoramento, investigação e remédios concorrenciais, instituição do Conselho Concorrencial da Casa Branca até responsabilidades adicionais das agências de governo.

No que importa para a presente pesquisa, isto é, concorrência nos mercados digitais, a Ordem Executiva traz algumas medidas a serem tomadas. Já na Seção 1, ao tratar das políticas públicas a serem implementadas pelo governo norte-americano, registra-se, como sua motivação, que, apesar do setor de tecnologia historicamente ter se apresentado como uma alavanca de inovação e crescimento econômico, atualmente um pequeno número de plataformas dominam a internet, usando o seu poder de mercado para excluir novos entrantes, extrair lucros de monopólio e para angariar informações pessoais que podem explorar em seu próprio benefício.

Consigna-se, ainda, que uma vasta gama de pequenos negócios depende dessas plataformas para sua sobrevivência. Além disso, muitos jornais locais fecharam ou reduziram de tamanho em razão do domínio das plataformas digitais dos mercados de publicidade.

Diante de tal cenário, a política governamental americana deve ser no sentido de agir imediatamente para reverter essa perigosa tendência, que restringe o crescimento e o dinamismo da economia e ameaça a posição econômica global dos Estados Unidos. Nesse sentido, a Ordem Executiva assevera que é política da administração Biden o fortalecimento da legislação antitruste para combater a concentração excessiva da indústria, o abuso de poder de mercado, bem como os efeitos negativos de monopólios e monopsonios, principalmente nos mercados digitais.

Também se indica como política de governo o enrijecimento da legislação concorrencial para ser capaz de enfrentar os desafios postos pelos novos mercados e tecnologias, incluindo aqueles decorrentes da atuação de plataformas digitais dominantes, em especial aquisições em série, a aquisição de potenciais competidores, a agregação de dados, a concorrência desleal em mercados-chave, a fiscalização e vigilância de usuários, além dos efeitos de rede.

Reconhece-se que uma abordagem geral, abrangendo todos os níveis da administração, é necessária para lidar com a superconcentração, monopolização e a concorrência desleal na economia dos Estados Unidos. Assim sendo, as agências americanas devem promover as políticas supracitadas, dentre outras medidas, adotando regulação e abordagem pró-competitivas, além de revogar as normas regulatórias que criem barreiras à entrada ou mitiguem de alguma forma a concorrência.

No caso de sobreposição de competência entre agências diversas do governo americano, a Seção 3 da Ordem Executiva determina que estas devem atuar em cooperação e buscando a eficiência na investigação de condutas potencialmente anticompetitivas, na supervisão concentrações econômicas e no desenho, aplicação e monitoramento de remédios de natureza antitruste eventualmente impostos.

A Seção 4 da Ordem Executiva, por seu turno, cria o Conselho Concorrencial da Casa Branca. Tal Conselho tem a competência de coordenar, promover e adiantar os esforços do governo federal para endereçar preocupações advindas da superconcentração de mercados, monopolização e condutas anticompetitivas que possam afetar a economia norte-americana. Dentre as competências do Conselho também está a de identificar medidas administrativas e mudanças legislativas necessárias ao fortalecimento da política concorrencial dos Estados Unidos.

A Seção 5 consigna que os diretores das agências governamentais devem, dentre outras atribuições, nortear as regulações que os competem para proteger a competitividade, bem como para promover o crescimento de pequenos e médios negócios. Por fim, a Seção 6 traz algumas provisões gerais de menor importância para o presente estudo.

#### **3.2.4 Das investigações concorrenciais norte-americanas envolvendo os mercados digitais**

Tal como feito em relação ao cenário europeu, buscar-se-á, neste Capítulo, em relação aos Estados Unidos da América, analisar, quantitativa (Capítulo 3.1.4.1) e qualitativamente (Capítulo 3.1.4.2), as investigações envolvendo mercados digitais. O critério de seleção dos casos se mantém o mesmo, isto é, considerar-se-á informações divulgadas nos próprios sítios eletrônicos das autoridades responsáveis pela persecução concorrencial nos Estados Unidos.

A análise das investigações norte-americanas auxilia a verificação do modelo analítico que vem sendo adotado pelas autoridades, além de demonstrar os gargalos normativos envolvendo o tema.

#### 3.2.4.1 *Da análise quantitativa das investigações antitruste norte-americanas envolvendo os mercados digitais*

No caso norte-americano, até mesmo pelo posicionamento histórico dos órgãos julgadores, de confiarem na autorregulação do mercado, explicado no Capítulo 3, há menos investigações do que na Europa. Em verdade, o que se percebe é que as investigações são bem mais recentes e em menor número se comparadas àquelas instauradas no velho continente.

Foram identificadas oito principais investigações conduzidas pelas autoridades americanas contra as *big techs*. Em razão do sistema judiciário americano, tais investigações podem correr tanto na Federal Trade Commission, no Departamento de Justiça ou no Poder Judiciário. Tal descentralização da competência concorrencial dificultou sobremaneira a identificação dos processos.

Não obstante, foi possível apurar que os alvos das investigações são basicamente Google, Facebook e Amazon. As investigações versam sobre práticas discriminatórias, além de um caso envolvendo *killer acquisition*.

Apurando-se as condutas em detalhes, obteve-se o seguinte resultado<sup>10</sup>. Foi identificado um processo investigando discriminação de rivais, seja através de limitações técnicas a restringir a operação de concorrentes na plataforma, seja por meio de priorização de produtos da própria plataforma, ainda que em mercados adjacentes, em detrimento de outros. Verificou-se sete processos envolvendo o condicionamento de uso de determinado produto ou serviço a outro da própria plataforma, além da exigência de utilização de softwares das plataformas incumbentes para a exploração de determinado serviço nelas. Tais casos também envolvem questões de exclusividade de vendas de produtos através das plataformas e questões de interoperabilidade. Por fim, há três casos relacionados à revisão de aquisições de rivais feitas por *big techs*.

---

<sup>10</sup> Esclarece-se que o número de processos por tipo de conduta não coincide com o número total de processos em razão de alguns deles envolver mais de um tipo de conduta.

O cenário que se apresenta, portanto, em relação aos tipos de condutas investigadas nos Estados Unidos é o seguinte (Ilustração 13):

Ilustração 13 - Investigações envolvendo mercados digitais na nos Estados Unidos da América, por tipo de conduta



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Dos oito processos identificados, apenas um já foi concluído em primeira instância. No caso, pela absolvição da investigada por ausência de comprovação de seu poder de mercado, bem como pela intempestividade da medida pretendida contra a parte investigada. Há, ainda, um caso em andamento, mas que conta com decisão liminar impondo certas restrições e obrigações à investigada. O cenário, portanto, pode ser indicado da seguinte maneira (Ilustração 14):

Ilustração 14 – Investigações envolvendo mercados digitais nos Estados Unidos da América, por tipo de decisão



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Da análise dos processos, percebe-se que a realidade americana é bem diferente da europeia. As investigações ocorridas nos Estados Unidos, além de serem em menor número, parecem ter um cunho político, nas ações ajuizadas por coalizões de estados, ou um ar de lide privada, quando usuários comerciais questionam práticas das *big techs* que os geram prejuízos.

#### 3.2.4.2 *Da análise qualitativa das investigações antitruste norte-americanas envolvendo os mercados digitais*

Ao se analisar as investigações norte-americanas qualitativamente, percebe-se uma realidade oposta à europeia. Como visto no Capítulo 3, a Escola de Chicago pode ter influenciado as autoridades americanas a sequer instaurar processos contra as *big techs*, sobretudo pela alta probabilidade de seu arquivamento por questões eminentemente técnicas ou processuais.

Apenas recentemente, isto é, no final do ano de 2020, é que tem se notado uma movimentação das autoridades norte-americanas no sentido de apurar as condutas praticadas pelos agentes dominantes dos mercados digitais. Ainda assim, de forma tímida.

As investigações ocorridas nos Estados Unidos, ao que tudo indica, parecem denotar certo contexto político, sendo movidas ações concorrenciais por coalizões de

estados geralmente com maioria política de oposição ao presidente americano. A depender da interpretação, pode-se notar, ainda, um ar de lide privada a outras ações antitruste envolvendo mercados digitais, quando usuários comerciais questionam práticas das *big techs* que os geram prejuízos. Passa-se aos casos em si.

#### 3.2.4.2.1 Caso dos mercados de busca e propaganda de busca – 1:20-cv-03010

O primeiro caso identificado, o processo 1:20-cv-03010 (USA, 2020a), foi instaurado em 20 de outubro de 2020 pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos, o United States Department of Justice (DoJ), contra o Google. Juntamente com onze procuradores-gerais estaduais, o DoJ ingressou com ação em face do Google acusando a empresa de ter usado seu poder de mercado de forma ilegal para eliminar concorrentes nos mercados de busca e propaganda de busca.

Nos termos da acusação, o Google teria celebrado uma série de acordos de exclusividade que, coletivamente, bloqueiam as principais vias através das quais os usuários acessam os mecanismos de busca e, portanto, a internet, exigindo que o Google seja configurado como o mecanismo de busca geral predefinido em bilhões de dispositivos móveis e computadores em todo o mundo e, em muitos casos, proibindo a pré-instalação de um concorrente.

De acordo com a denúncia, a consequência da conduta do Google é a exclusão de qualquer programa de busca do mercado, de forma a eliminar a concorrência para a maioria das consultas de busca nos Estados Unidos. Além disso, ao restringir a concorrência nesse mercado, o Google estaria prejudicando os consumidores em decorrência da redução na qualidade de pesquisas.

Além disso, ao suprimir a concorrência no mercado de publicidade, o Google teria o poder de cobrar dos anunciantes mais do que poderia em um mercado competitivo e de reduzir a qualidade dos serviços que lhes presta. Através da propositura da ação judicial, portanto, o Departamento de Justiça busca deter a conduta anticompetitiva do Google e restaurar a concorrência para os consumidores americanos, anunciantes e todas as empresas que hoje dependem da economia da internet. A investigação ainda está em andamento.

### 3.2.4.2.2 Aquisição do Instagram e do WhatsApp pelo Facebook – 191 0134

Em 09 de dezembro de 2020, a Federal Trade Commission (FTC), instaurou o processo 191 0134 em face do Facebook (USA; FEDERAL TRADE COMMISSION, 2020). No caso, o processo também decorre de denúncia feita por uma coalizão procuradores-gerais estaduais, dessa vez 46 (quarenta e seis).

A investigação foca nos problemas concorrenciais decorrentes da aquisição do Instagram e do WhatsApp pelo Facebook. De acordo com a denúncia, o Facebook estaria ilegalmente mantendo seu monopólio no mercado de redes sociais, além de ter se engajado em estratégia sistemática de aquisições, incluindo a do Instagram, em 2012, e a do WhatsApp, em 2014, para eliminar ameaças ao seu monopólio, além da imposição de condições anticompetitivas para desenvolvedores de softwares.

A investigação se concentra no histórico do Facebook de aquisição de empresas menores, alegando que tal *big tech* teria usado seu poder de mercado para anular concorrentes em potencial antes que eles se tornassem verdadeiros rivais. Além das aquisições do WhatsApp e Instagram, a investigação aponta para tentativas anteriores do Facebook de comprar outras empresas de redes sociais como Twitter e Snapchat.

### 3.2.4.2.3 Caso das killer acquisitions do Facebook – Ação Civil nº 20-3589 (JEB)

Em 09 de dezembro de 2020, outra coalizão formada por 48 (quarenta e oito) procuradores-gerais estaduais, liderados por Nova York, em denúncia similar à reportada no Capítulo 3.2.4.2.2, contestou judicialmente o Facebook por supostamente neutralizar concorrência por meio *killer acquisitions*, em particular as do Onavo, FriendFeed, entre outros. Trata-se da Ação Civil 20-3589 (JEB) (USA, 2021a).

A denúncia também contestava o uso de informações coletadas de usuários da rede social, disponíveis em escala e quantidade incomparáveis, para manter seu monopólio, prejudicando anunciantes, usuários e plataformas concorrentes. Por fim, questionava-se o modelo de concessão de *application programming interface* (API), ferramenta utilizada para se fazer anúncios pelo Facebook.

Ao analisar a denúncia, em 28 de julho de 2021, um juiz do Distrito de Columbia arquivou a acusação por, segundo ele, não ter sido feita tempestivamente. Afirmou-se que, dado o lapso temporal entre a aprovação das aquisições e o ajuizamento da ação, não

seria possível a adoção de um remédio eficiente. Além disso, afirmou não existir comprovação do *poder de monopólio* do Facebook. Frise-se que não se chegou a falar em prescrição, mas sim na conveniência e oportunidade da intervenção estatal. Houve recurso da decisão, ainda pendente de apreciação.

No dia 19 de agosto de 2021, a acusação foi emendada diante do fato de que, após repetidas tentativas fracassadas de desenvolver recursos móveis inovadores para sua rede, o Facebook recorreu a um esquema ilegal de aquisições para manter o seu domínio. O Facebook teria atraído desenvolvedores de aplicativos para a sua plataforma e os vigiado em busca de sinais de sucesso e, depois, os descartado quando se tornaram uma ameaça competitiva. Segundo a acusação, sem uma concorrência, o Facebook teria sido capaz de aprimorar um modelo de publicidade baseado em vigilância, além de impor uma carga cada vez maior a seus usuários. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.2.4.2.4 Caso do mercado de anúncios online – 1:21-md-03010-PKC

Em dezembro de 2020, no dia 16, um grupo de 10 (dez) procuradores-gerais de estados, liderados pelo Texas, ajuizaram, perante o poder judiciário, ação contra o Google por supostas práticas anticompetitivas no mercado de *search advertising*. Participaram da denúncia os estados do Texas, Arkansas, Idaho, Indiana, Mississippi, Missouri, North Dakota, South Dakota, Utah e Kentucky. Trata-se do processo 1:20-cv-03010 (USA, 2020a).

Segundo a denúncia, o Google manteve ilegalmente um monopólio em várias etapas do mercado de anúncios online, incluindo os lados de compra e venda, inclusive mediante aquisições, ou tentativas, de concorrentes. Alega-se, ainda, que o Google se envolveu em acordos de venda casada entre seus produtos de publicidade, de modo que editores têm que usar outra ferramenta do Google para operar no mercado de anúncios.

Também é alegado que a aquisição pelo Google da empresa de tecnologia de publicidade DoubleClick, em 2008, marcou uma mudança fundamental, onde a empresa começou a exercer influência como intermediária para extrair pagamentos de todas as etapas do complexo processo de compra de anúncios online. A investigação ainda está em andamento.

### 3.2.4.2.5 Caso da exclusividade em relação a canais de distribuição e pontos de acesso em dispositivos móveis

No dia 17 de dezembro de 2020, um grupo de 38 procuradores-gerais estaduais apresentaram denúncia contra o Google por ilegalmente: (i) bloquear canais de distribuição por meio de contratos de exclusividade; (ii) diminuir a capacidade de anunciantes avaliarem e comprarem *ad slots*; além de (iii) controlar o tráfego de consumidores de buscadores especializados (USA, 2020b).

De acordo com a denúncia, o Google promove a exclusão do acesso a vários canais de distribuição e pontos de acesso, os *search access points*, em dispositivos móveis por meio de contratos de exclusividade com fabricantes de dispositivos móveis, operadoras de celular e desenvolvedores ou fabricantes de tecnologias emergentes.

O DV360, *ad buying tool* do Google, é o motor de buscas de publicidade do Google, *search engine marketing*, ou SEM, do qual os anunciantes precisam para expor suas publicidades nas buscas gerais e em alguns anúncios não relacionados às buscas gerais. A ferramenta SEM permite que anunciantes e agências de publicidade de grande porte comprem e avaliem *ad slots* em diferentes motores de buscas usando uma única ferramenta. Esses recursos promovem a concorrência nos mercados de publicidade relacionados a buscas gerais, por exemplo, permitindo fácil comparação de ofertas concorrentes.

Na prática, contudo, o Google opera o DV360 de uma maneira que limita as escolhas dos anunciantes e prejudica sua capacidade de selecionar o *ad slot* que melhor os atende, isso porque: (i) por meio do DV360, o Google direciona as principais agências de publicidade e os maiores anunciantes para seus próprios mecanismos de buscas gerais; (ii) para o seu mecanismo de buscas, o Google opera o DV360 em tempo real com os lances de palavras-chaves, enquanto para os mecanismos de buscas rivais o sistema opera com atrasos; (iii) o Google intencionalmente restringe a interoperabilidade do DV360 para seus concorrentes, oferecendo recursos melhorados ao Google em desvantagem a seus rivais para atrair publicidades nos mercados de buscas gerais.

Como resultado da conduta, o Google direciona para si os gastos com publicidade que seriam destinados aos seus concorrentes. A conduta prejudica o processo competitivo ao atrapalhar o desempenho de concorrentes, fazendo com que os anunciantes migrem

seus gastos com publicidade para o Google, sem levar em conta a qualidade das ofertas, dando ao Google um poder de precificação que não existiria em um cenário competitivo.

Buscadores verticais especializados, os *specialized vertical providers*, oferecem serviços de pesquisa que se concentram em um segmento comercial vertical, como viagens, serviços domésticos locais ou compras. Sem alternativas competitivas aos serviços de buscas gerais do Google, os provedores verticais especializados devem confiar no Google como a forma crítica de alcançar consumidores, sendo que de 30% (trinta por cento) a 40% (quarenta por cento) do tráfego nos buscadores verticais especializados vem do Google.

Por causa dessa dependência, os buscadores especializados precisam cada vez mais comprar anúncios nas buscas gerais, o que, contudo, tornou-se uma prática mais cara do que seria em um mercado mais competitivo. Embora os buscadores verticais especializados não concorram nos serviços de busca geral ou nos mercados de publicidade em buscas gerais, eles são uma ameaça à posição dominante do Google nesses mercados. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.2.4.2.6 Caso da fixação de preços de varejo online pela Amazon

Passando ao ano de 2021, em 25 de maio de 2021, o Distrito de Columbia ajuizou uma ação judicial contra a Amazon por supostas práticas anticompetitivas em detrimento dos usuários comerciais em sua plataforma e que teriam culminado no aumento de preços para os consumidores e no sufocamento da inovação e da autonomia de escolha no mercado de varejo online (USA, 2021b).

A denúncia sustenta que a Amazon fixou preços de varejo online por meio de cláusulas contratuais e políticas aplicadas a usuários comerciais e que essas disposições e políticas impedem os vendedores atuantes na Amazon.com de oferecer seus produtos a preços mais baixos ou em melhores condições em qualquer outra plataforma online, incluindo seus próprios sites. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.2.4.2.7 Caso das taxas cobradas pelo Google pelas vendas na Play Store – 31:21-cv-05227

Já em 07 de julho de 2021, uma coalizão formada por 37 (trinta e sete) procuradores-gerais estaduais ajuizou ação contra o Google questionando o controle da empresa sobre a sua loja de aplicativos Google Play Store. Trata-se do Processo 3:21-cv-05227 (USA, 2021c).

O ponto fulcral da discussão é a comissão de 30% (trinta por cento) sobre as vendas de bens ou serviços digitais comercializados por meio da Google Play Store, o que acabaria sendo excessivamente oneroso para os desenvolvedores de conteúdo que distribuem seus aplicativos para aplicativos Android. A investigação ainda está em andamento.

#### 3.2.4.2.8 Caso da remoção do Fortnite da App Store e Google Store – 4:20-cv-05640-YGR

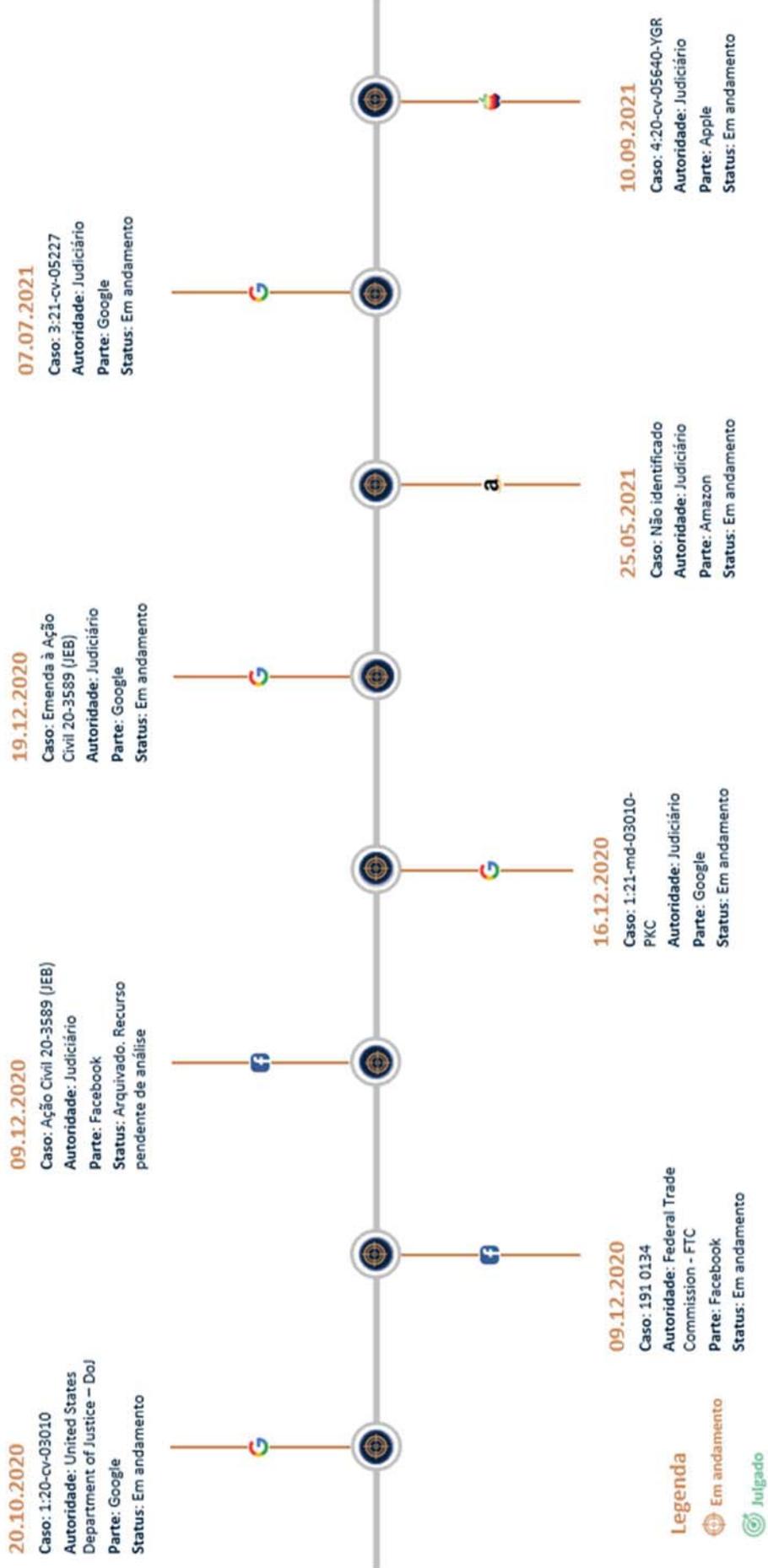
Por fim, tem-se o caso 4:20-cv-05640-YGR (USA, 2021d), instaurado em 13 de agosto de 2020. De acordo com a denunciante, a Epic Games, esta atualizou o jogo Fortnite em todas as plataformas, incluindo iOS e Android, criando uma opção de pagamento por fora da Google Store e da App Store, driblando a comissão de 30% (trinta por cento) da Apple e do Google, recebidas com a realização de todas as compras nos sistemas App Store ou Google Store e, violando as regras de contratação com a Apple.

Para incentivar o uso desta opção de pagamento foram concedidos descontos aos usuários que optassem por pagar diretamente para a Epic Games. Horas depois do lançamento da atualização, o jogo Fortnite foi removido da App Store e da Google Store.

E Epic Games, então, ingressou com ação judicial contra a Apple, alegando que a empresa estaria abusando de seu poder de mercado ao impor a comissão de 30% (trinta por cento) sobre todos os pagamentos realizados na App Store. Em 10 de setembro de 2021, foi proferida decisão liminar que impediu a Apple de proibir desenvolvedores de fornecer links ou outras comunicações que desviem os usuários das compras dentro do aplicativo da Apple, sendo ainda obrigada a alterar as políticas e vendas da App Store e diminuir seu controle sobre as compras no aplicativo. Essa liminar endereça reclamação de longa data dos desenvolvedores e levanta a possibilidade de que esses possam direcionar seus usuários ao seu website para se inscreverem ou comprarem conteúdo digital. O julgamento final do caso ainda não aconteceu.

O cenário que se coloca, portanto, em relação às investigações norte-americanas é o apresentado na linha do tempo abaixo (Ilustração 15).

Ilustração 15 - Linha do tempo das investigações norte-americanas envolvendo mercados digitais



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

O que se observa, portanto, é um baixo número de investigações, se comparado ao cenário europeu, concentradas em poucos *players* e envolvendo um número reduzido de condutas. Em verdade, os processos norte-americanos analisados no contexto dessa pesquisa possuem escopos acusatórios bastante semelhantes entre si. Nota-se uma grande preocupação das autoridades com aquisições feitas pelas *big techs*, ou seja, com o controle de estruturas. Por fim, outra conclusão que se alcança é que as investigações verificadas são recentes, revelando uma preocupação igualmente nova e aparentemente atrelada ao momento político americano, como explicado no Capítulo 2.3.2.3.

## 4 DA PROPOSTA DE REGULAÇÃO ANTITRUSTE DOS MERCADOS DIGITAIS NO BRASIL

Nos Capítulos anteriores, buscou-se explorar a parte teórica consistente nos modelos analíticos aplicáveis aos mercados digitais, bem como a parte prática, abrangendo os movimentos legislativos nas jurisdições mais avançadas em termos concorrenciais, além das investigações instauradas por estas autoridades envolvendo as *big techs*.

Feito isso, com base nos achados da pesquisa, propor-se-á um modelo regulatório que se entende aplicável ao Brasil. Introduzindo a proposta será apresentada a realidade brasileira envolvendo o direito antitruste e mercados digitais (Capítulo 4.1), tanto com relação à evolução normativa do tema (Capítulo 4.1.1), quanto no que diz respeito aos julgados da autoridade concorrential brasileira, o Cade, envolvendo a questão (Capítulo 4.1.2). Após, apresentar-se-á proposta de modelo analítico que se entende de melhor aplicação à realidade brasileira (Capítulo 4.2.1), bem como a figura da Plataforma Digital Relevante, sujeito passivo da regulação proposta (Capítulo 4.2.1). A partir daí, serão sugeridas medidas regulatórias para endereçar os problemas relacionados aos atos de concentração envolvendo plataformas digitais (Capítulo 4.2.3), bem como às investigações de condutas anticompetitivas (Capítulo 4.2.4). Além disso, a proposta ora apresentada trata da promoção da defesa da concorrência em mercados digitais (Capítulo 4.2.5) e de alterações estruturais no Cade (Capítulo 4.2.6). Por fim, serão apresentadas as conclusões acerca da proposta (Capítulo 4.2.7), bem como uma minuta de resolução do Cade apta a endereçá-las (Capítulo 4.2.8).

### 4.1 DA REALIDADE BRASILEIRA SOBRE ANTITRUSTE E MERCADOS DIGITAIS

Antes de se propor melhorias regulatórias em si, é necessário que se apure o estado da arte no Brasil, ou seja, é importante se avaliar a evolução normativa do tema (Capítulo 4.1.1), bem como os julgados da autoridade concorrential brasileira, o Cade, envolvendo a questão (Capítulo 4.1.2). É o que se passa a fazer.

#### 4.1.1 Da evolução regulatória antitruste brasileira entre 2020 e 2022

Desde 2020 até 2022, em termos concorrenciais, nenhuma alteração normativa foi feita no Brasil no sentido de se regular os mercados digitais sob o ponto de vista concorrencial, tampouco há propostas legislativas no Congresso Nacional nesse sentido. É importante mencionar que tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2630/2020 (BRASIL, 2020k), de autoria do Senador Alessandro Vieira, e que visa regular as plataformas digitais, instituindo a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Tal Projeto de Lei, contudo, tem escopo voltado ao combate da disseminação de notícias falsas na internet, as *fake news*, mas não cunho concorrencial em si, motivo pelo qual não será abordado no contexto dessa pesquisa<sup>11</sup>.

Apesar da ausência de movimento das casas legislativas, o DEE do Cade já estudou a fundo o tema em ao menos duas ocasiões. Trata-se do Documento de Trabalho nº 005/2020, intitulado *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados* (BRASIL, 2020d), publicado em agosto de 2020 e do Caderno do Cade denominado *Mercados de Plataformas Digitais* (BRASIL, 2021), publicado em agosto de 2021.

Não obstante a inexistência de evolução legislativa em si, não se pode ignorar a importância dos estudos promovidos pelo DEE. Como visto, tal tipo de documento tem servido de base às autoridades concorrenciais e legislativas para colocarem em prática ações concretas no sentido de regular tais mercados. Na Europa, por exemplo, o relatório *Unlocking Digital Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel* (UNITED KINGDOM; DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019) trouxe importantes conclusões e que foram consideradas na melhoria da legislação. Já nos Estados Unidos da América, o *Investigation of Competition in Digital Markets – Majority Staff Report and Recommendations* (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020), foi essencial para fundamentar as alterações legislativas propostas.

---

<sup>11</sup> Do ponto de vista concorrencial, ponto que merece menção nessa pesquisa é que referido Projeto de Lei, em seu artigo 7º que os provedores são responsáveis por se autorregularem no que diz respeito à aplicação da futura lei, sendo que o seu §1º insere uma vedação adicional à conduta dos agentes econômicos proibindo a combinação de tratamento de dados pessoais dos serviços essenciais dos provedores com os serviços prestados por terceiros, quando tiverem como objetivo exclusivo a exploração direta e indireta no mercado em que atua ou em outros mercados. Já o seu §2º determina que o descumprimento da medida resultará em infração à lei concorrencial. Sendo a redação, que não constava do texto inicial do Projeto de Lei, extremamente confusa e um tanto quanto ampla, comentários a seu respeito perdem relevância no contexto dessa pesquisa, de modo que, por ora, basta essa menção. Nesse sentido, vide Carvalho e Mattiuzzo (2022).

Portanto, nesse contexto, é intuitivo concluir que os estudos do DEE são relevantes para o endereçamento da questão no Brasil. Dada essa importância, passar-se-á, a seguir, ao seu exame. Primeiramente, será analisado o Documento de Trabalho *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, de 2020 (Capítulo 4.1.1.1), que analisa as conclusões dos principais estudos dos mercados digitais. Após, o Caderno do Cade  *Mercados de Plataformas Digitais*, de 2021 (Capítulo 4.1.1.2), que aborda todas as investigações envolvendo mercados digitais analisadas pelo Cade até a sua edição e, por fim, para maior completude das informações a serem consideradas nessa pesquisa, uma análise dos casos não abrangidos pelo referido Caderno do Cade (Capítulo 4.1.1.2.2.1).

#### *4.1.1.1 Do Documento de Trabalho n.º 005/2020 – Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados, de 2020*

A primeira observação relevante a se fazer sobre o Documento de Trabalho n.º 005/2020 (BRASIL, 2020d) é que, apesar de ser um documento institucional, isto é, ter sido desenvolvido no âmbito do Cade e constar como um trabalho do DEE, ele foi elaborado por Filippo Maria Lancieri, consultor do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Cade, e por Patrícia Alessandra Morita Sakowski, Superintendente-Adjunta do Cade, sendo que o próprio documento registra que as opiniões nele emitidas são de responsabilidade dos autores, não exprimindo o ponto de vista do Cade ou do Ministério da Justiça (BRASIL, 2020d, p. 3). Não obstante, tal fato não parece tirar do Documento de Trabalho sua credibilidade, tampouco a natureza oficial do documento produzido no âmbito da autoridade de defesa da concorrência brasileira.

O objetivo do Documento de Trabalho foi o de revisar o que considerou as principais publicações sobre o direito antitruste e mercados digitais no intuito de sumarizar ao Cade a visão internacional sobre o tema, além de dar subsídios à autoridade concorrencial brasileira para a definição de sua política interna (BRASIL, 2020d, p. 7).

Foram considerados no Documento de Trabalho 21 (vinte e um) documentos oriundos de diferentes jurisdições, tais como Estados Unidos, Canadá, Alemanha, União Europeia, Austrália, Reino Unido, Países Baixos, França, Japão, México, Portugal e Índia (BRASIL, 2020d, pp. 9–10).

A parte técnica do documento tem início no seu Capítulo II, onde é apresentada uma visão geral do modo de funcionamento dos mercados digitais, com ponderações sobre a estrutura desses mercados, definição de mercados relevantes, dentre outros aspectos. Da análise, conclui o Documento de Trabalho que as características dos mercados digitais, grande parte delas abordadas no Capítulo 2.2 acima, consolida o poder de mercado das plataformas digitais, além de tornar extremamente difícil a entrada de novos competidores (BRASIL, 2020d, p. 34).

Além disso, apurou-se que dados de participação de mercado não seriam *proxys* adequadas para a verificação de poder de mercado de plataformas que atuam em diversos mercados adjacentes, isso porque o poder sobre um dado grupo de consumidores faz da plataforma um agente com quem as outras partes, que pretendem interagir com esses consumidores sob poder da plataforma, precisam contratar (BRASIL, 2020d, p. 34). Ao final, conclui-se que poder de mercado pode se manifestar de formas diferentes em mercados digitais, sendo que não existe um único aspecto a ser analisado, mas sim uma gama deles e que devem ser considerados a depender de cada mercado relevante (BRASIL, 2020d, p. 35).

No Capítulo III, o Documento de Trabalho se propõe a avaliar os benefícios gerados por mercados digitais. Foi apurado com base nos estudos internacionais que há sim benefícios gerados pela economia digital, ainda que mencionados de maneira genérica. Cita-se, por exemplo, redução dos custos de transação, inovação de modelos de negócios, maior conectividade e aumento da produtividade via melhor utilização de recursos (BRASIL, 2020d, p. 35).

No Capítulo IV, são listados os potenciais problemas advindos dos mercados digitais e como analisá-los. Afirma-se que as condutas abusivas praticadas por plataformas digitais incumbentes podem passar pela cobrança de preços de acesso a plataformas, imposição de termos anticompetitivos de acesso aos negócios que dependem de plataformas, além da utilização do controle sobre instrumentos reputacionais para lesar concorrentes e a remoção de potenciais rivais via aquisições ou estratégias exclusionárias (BRASIL, 2020d, p. 38). São analisados efeitos da precificação ser zero, além de efeitos não ligados ao preço, como qualidade e inovação, privacidade, personalização e vício, restrição de acesso, *essential facilities* e, por fim, interoperabilidade, todos eles no contexto de práticas abusivas (BRASIL, 2020d, pp. 38–49).

O Capítulo V, por seu turno, se dedica a sumarizar estudos em mercados digitais específicos, no caso plataformas de comparação de preços ou reserva de viagens, *marketplaces* e *app stores* e, também, mercados baseados em propaganda online, incluindo buscas e redes sociais. São explicados vários problemas concorrenciais específicos de cada um desses mercados (BRASIL, 2020d, pp. 50–98).

Já o Capítulo VI do Documento de Trabalho tem especial relevância para essa pesquisa. Isso porque, sinaliza, com base nos estudos internacionais nele considerados, elementos essenciais para a solução dos problemas concorrenciais em mercados digitais. Tendo em vista ser esse um dos objetivos desse estudo, analisar-se-á, em detalhes, os achados do Documento de Trabalho nesse tocante.

Serão explicados a seguir os sete elementos essenciais identificados no Documento de Trabalho. O primeiro deles envolve a prescindibilidade de alteração nos objetivos do direito antitruste (Capítulo 4.1.1.1.1) e o segundo aborda a necessidade do maior uso de medidas cautelares para se garantir a concorrência nos mercados digitais (Capítulo 4.1.1.1.2). O terceiro elemento envolve a necessidade de alteração de standards e ônus probatórios (Capítulo 4.1.1.1.3). O quarto aborda a necessidade de tratamento não discriminatório por parte das plataformas digitais dominantes (Capítulo 4.1.1.1.4) e o quinto trata da necessidade de portabilidade e interoperabilidade de dados (Capítulo 4.1.1.1.5). Por fim, o sexto elemento consiste na adoção de novos critérios para submissão de operações de fusão e aquisição às autoridades concorrenciais (Capítulo 4.1.1.1.6) e o sétimo aborda a possibilidade de criação de órgão regulador dedicado aos mercados digitais (Capítulo 4.1.1.1.7). Ao final, serão, ainda, listadas as conclusões do Documento de Trabalho (Capítulo 4.1.1.1.8).

#### 4.1.1.1.1 Da prescindibilidade de mudança dos objetivos do direito concorrencial

Apurou-se quase unanimidade de opinião sobre a manutenção do bem-estar do consumidor como objetivo do direito concorrencial, sobretudo porque tal conceito seria flexível a ponto de incorporar a dinâmica competitiva de mercados digitais (BRASIL, 2020d, pp. 99). Há aparente consenso nos estudos analisados pelo Documento de Trabalho de que o conceito de bem-estar do consumidor abrange quaisquer efeitos que impactem negativamente o consumidor, tais como quantidade, escolha, qualidade e inovação, mas não apenas preço (BRASIL, 2020d, p. 100).

Além disso, o conceito de consumidor nos mercados digitais incorporaria não apenas os consumidores finais, mas também os intermediários, o que resulta no fato de que o direito concorrencial também deve considerar o exercício de poder de monopólio na aferição de poder de mercado e nas teorias de dano (BRASIL, 2020d, p. 100).

Por fim, apurou-se que a mudança de paradigma quanto ao objetivo maior do direito concorrencial pode levar a tamanha incerteza que mais prejudicaria do que beneficiaria os consumidores (BRASIL, 2020d, p. 101). Portanto, o que indica o Documento de Trabalho é que não deve haver mudança no objetivo do direito antitruste de buscar o bem-estar do consumidor.

#### 4.1.1.1.2 Da necessidade do maior uso de medidas cautelares e preventivas

Os relatórios analisados no Documento de Trabalho apontam para uma necessidade do direito concorrencial intervir nos mercados digitais ao primeiro sinal de consolidação de controle sobre um determinado setor, impedindo a consolidação definitiva desses. O desafio para tanto residiria no fato de que, num primeiro momento, condutas que no futuro podem levar à consolidação de poder de mercado aumentam a eficiência de mercado, de modo que as autoridades têm dificuldade em agir (BRASIL, 2020d, p. 101).

Em mercados marcados por *tipping effects*, conceito explicado no Capítulo 2.2.1 acima, o uso de medidas cautelares e preventivas deveria ser maior, como forma de evitar danos irreversíveis à concorrência. Consigna-se que há autoridades, como a do Reino Unido, que, inclusive, pedem uma limitação dos poderes dos tribunais para reverem, em sede recursal, tais medidas cautelares, de modo que não haja possíveis influências políticas sobre as decisões (BRASIL, 2020d, p. 101).

#### 4.1.1.1.3 Da necessidade de alteração de standards e ônus probatórios

O Documento de Trabalho apurou que diversos relatórios consignaram a dificuldade em se aplicar os instrumentos antitruste tradicionais em mercados com preço zero. Nesse sentido, cogita-se a alteração da legislação concorrencial para inverter standards e ônus probatórios, criando-se presunções relativas quantos aos efeitos nocivos de determinadas condutas, ao passo que aumentar-se-ia as exigências para que as *big*

*techs* comprovem o compartilhamento de eficiências com o mercado (BRASIL, 2020d, p. 102).

Menciona-se que a inversão do ônus da prova é essencial nos casos em que empresas dominantes adentram mercados adjacentes, aumentando seus ecossistemas e tornando mais difícil para consumidores trocarem de fornecedor (BRASIL, 2020d, p. 104). Além disso, foi verificada a sugestão de intervenções antitruste com base em efeitos potenciais, em razão dos danos de longo prazo decorrentes de condutas anticompetitivas em mercados ainda competitivos (BRASIL, 2020d, p. 105).

Foram identificados dez pontos de atenção nos estudos considerados pelo Documento de Trabalho: (i) necessidade de se reavaliar situações em que empresas dominantes precisam dar acesso a base de dados ou garantir interoperabilidade; (ii) necessidade de se repensar políticas de combates a preços predatórios; (iii) necessidade de maior atenção a descontos condicionados e contratos de exclusividade; (iv) nos casos de dano à competição, prescindibilidade de comprovação de danos em mercados relevantes artificialmente definidos; (v) necessidade de se avaliar o design de produtos; (vi) adoção de entendimento de que empresas dominantes não devem poder celebrar contratos contendo restrições verticais, mesmo com duração limitada; (vii) necessidade de flexibilização de standards de prova e inversão do ônus da prova quando a empresa dominante tiver melhor capacidade de produzir evidências econômicas; (viii) presumir fusões e aquisições entre empresas dominantes como ilegais, cabendo a elas o ônus de provar o contrário; (ix) não presumir eficiências como algo naturalmente decorrente de fusões e condutas verticais, mas sim exigir sua comprovação; e, por fim, (x) necessidade de aceitação de evidências qualitativas e circunstanciais como suficientes para abrir investigações e condenar empresas dominantes (BRASIL, 2020d, pp. 102–104).

#### 4.1.1.1.4 Da necessidade de tratamento não discriminatório por parte das plataformas dominantes

Grande parte dos estudos objeto de análise do Documento de Trabalho apontam para plataformas dominantes como verdadeiras reguladoras ou árbitras de seus ecossistemas. Em razão disso, deveriam as autoridades lhes impor obrigações concorrenciais adicionais.

Em verdade, plataformas dominantes devem garantir a interoperabilidade de serviços complementares, assegurando tratamento justo às empresas que operam em ecossistemas de plataformas dominantes. Suas regras internas não devem impedir a livre concorrência, mesmo que a nível interno (BRASIL, 2020d, p. 108).

O Documento de Trabalho registra que, no geral, preocupações quanto à possibilidade de plataformas distorcerem regras de competição interna estão presentes na maioria dos estudos analisados. Não há consenso, no entanto, se a autoridade mais adequada para a verificação de tais regras de competição interna seria um regulador dedicado ou a autoridade antitruste.

#### 4.1.1.1.5 Da necessidade de portabilidade e interoperabilidade de dados

O Documento de Trabalho apurou, como sugestão dos estudos analisados, que o compartilhamento de dados, já existentes ou futuros, e obrigações de interoperabilidade seriam remédios antitruste a serem impostos a plataformas dominantes.

Ressalta-se, contudo, que os dados a serem compartilhados devem ser analisados com cuidado, pois diferentes tipos de dados podem justificar diferentes níveis de acesso. Em verdade, em muitos casos, determinados dados não são necessários à efetiva concorrência, além de seu compartilhamento violar direitos de privacidade (BRASIL, 2020d, p. 110).

Os estudos levados em consideração ressaltam o papel de dados em relações verticais, defendendo, de modo geral, que a autoridade concorrencial apenas pode intervir nestes se houver relação entre a restrição de dados e o poder de mercado das empresas. Isso porque obrigações de compartilhamento podem impactar negativamente a inovação (BRASIL, 2020d, p. 113).

Registrou-se, por fim, que há autoridades, como a alemã, que defendem a criação de sistemas específicos de notificação de cooperação entre empresas no mercado digital como forma de se aumentar eficiência e promover inovação (BRASIL, 2020d, pp. 113–114).

#### 4.1.1.1.6 Da adoção de novos critérios de notificação de operações de fusão e aquisição às autoridades concorrenciais

Consigna o Documento de Trabalho que alguns dos estudos analisados indicam a necessidade de se repensar os critérios de notificação das operações envolvendo os mercados digitais, pois grande parte das operações ocorridas sequer foi notificada aos órgãos reguladores (BRASIL, 2020d, p. 114). Em verdade, o grande problema verificado nos critérios de notificação de operações às autoridades concorrenciais é que não abrangem a maioria das operações ocorridas nos mercados digitais.

Em razão disso, identificou-se algumas sugestões de revisão de operações nos mercados digitais, ainda que não notificadas às autoridades, todas as vezes em que se verificar um padrão de compras recorrentes de *startups* pelos incumbentes ou caso o preço elevado da operação indique que o incumbente está compartilhando os lucros de monopólio com a adquirida (BRASIL, 2020d, pp. 114–115).

Apurou-se, ainda, que as autoridades não devem focar apenas nos mercados de atuação principal das plataformas, mas também em mercados adjacentes. Isso porque, *startups* dificilmente atuarão nos mercados dominados pelas grandes plataformas digitais, mas em mercados a ele relacionados (BRASIL, 2020d, p. 116).

Em relação ao mérito da revisão de operações, os estudos analisados apontam para, no contexto da verificação das eficiências decorrentes da operação, que se apure o quão provável seria que a empresa adquirida se desenvolvesse como um competidor efetivo. Além disso, defende-se uma inversão no ônus da prova no sentido de que as empresas envolvidas na operação deveriam demonstrar que as eficiências dela decorrentes serão compartilhadas com consumidores, que são específicas à operação e não poderiam ser obtidas por outros meios menos restritivos à concorrência (BRASIL, 2020d, p. 117).

Constatou-se que os estudos indicam que as autoridades não devem considerar apenas os efeitos da operação no curto prazo, mas os impactos a longo prazo. A análise de tais efeitos deveria considerar, dentre outros aspectos, a importância da interoperabilidade na concorrência, a relevância dos dados nos mercados envolvidos e a potencial perda de inovação (BRASIL, 2020d, p. 119).

Por fim, cogita-se a possibilidade de revisão de decisões tomadas por autoridades concorrenciais envolvendo mercados digitais. Isso porque, observados cenários pós-operação, em alguns casos, foram percebidas falhas nas análises (BRASIL, 2020d, pp. 119–126).

Portanto, no geral, verificou-se a necessidade de alteração dos critérios de notificação e análise de operações envolvendo mercados digitais às autoridades de defesa da concorrência.

#### 4.1.1.1.7 Da criação de órgão regulador dedicado aos mercados digitais

O Documento de Trabalho também apurou que diversos estudos apontam para a necessidade de criação de um novo órgão regulador com competências específicas para o monitoramento dos mercados digitais, pois as autoridades concorrenciais não conseguiriam acompanhar a dinamicidade dos mercados digitais (BRASIL, 2020d, p. 126).

As competências do órgão regulador dedicado aos mercados digitais seriam complementares àquelas das autoridades concorrenciais, podendo, inclusive, existir atuação conjunta entre elas (BRASIL, 2020d, p. 127).

Algumas razões para o estabelecimento de regulador específico dos mercados digitais seriam, por exemplo, a necessidade de dados de acompanhamento de mercado que não são gerados naturalmente pelas partes ou por terceiros, casos em que a intervenção precisa ser rápida para evitar o fechamento de mercado, além da existência de condutas que, em princípio, não afetam a competição no mercado, mas impactam o bem-estar do consumidor (BRASIL, 2020d, p. 128).

Há, portanto, uma visão geral de necessidade de especialização da autoridade reguladora para enfrentar adequada e tempestivamente as questões relacionadas aos mercados digitais (BRASIL, 2020d, p. 133).

#### 4.1.1.1.8 Das conclusões do Documento de Trabalho nº 005/2020

O Documento de Trabalho não faz qualquer sugestão de alteração da política concorrencial brasileira, mas apenas registra que buscou sumarizar os principais estudos internacionais que analisam as dinâmicas competitivas de mercados digitais.

Não obstante, registra o documento de trabalho sete pontos que merecem estudo mais aprofundado. O primeiro deles seria a melhor compreensão dos aspectos negativos de um regime regulatório específico aos mercados digitais, havendo pouca discussão quanto ao desenho institucional do órgão regulador. O segundo seria a melhor delimitação

do escopo de atuação deste órgão regulador. O terceiro consistia na criação de orientações práticas sobre como estruturar esse órgão regulador, considerando as especificidades de cada país (BRASIL, 2020d, p. 132).

O quarto ponto seria a avaliação de eventuais impactos de um aumento da capacidade de discriminação de preços sobre o bem-estar do consumidor. O quinto consistiria na criação de método para a caracterização de preços predatórios por empresas dominantes, pois, embora haja críticas ao atual modelo, não há uma clara explicação do que deveria ser adotado em seu lugar (BRASIL, 2020d, p. 133).

Como sexto ponto, o documento de trabalho aponta para a necessidade de elaboração de método para análise de concorrência potencial e, por fim, como sétimo ponto, indica a necessidade de melhor compreender como as dinâmicas de inovação nos mercados específicos podem afetar a concorrência, abordando-se o papel dos altos investimentos em inovação (BRASIL, 2020d, p. 133).

Verifica-se, portanto, que o Documento de Trabalho, apesar de não fazer propostas concretas de melhorias regulatórias, sumariza de maneira bastante clara e organizada importantes estudos internacionais sobre os mercados digitais. Além disso, o Documento de Trabalho lista pontos essenciais ao enfrentamento dos desafios concorrenciais nos mercados digitais.

#### *4.1.1.2 Do Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021*

O Caderno do Cade intitulado *Mercados de Plataformas Digitais* (BRASIL, 2021) foi lançado em agosto de 2021. O documento foi elaborado pelo DEE e tem por objetivo demonstrar como a autoridade concorrencial brasileira tem se posicionado nos casos envolvendo mercados das plataformas digitais.

De início, referido Caderno do Cade registra que, apesar do dissenso doutrinário acerca da definição de plataformas digitais, para fins do estudo, uma plataforma online, ou digital, é definida como um serviço digital que facilita as interações entre conjuntos distintos e independentes de usuários e que interagem por meio da internet (BRASIL, 2021, p. 8).

Considerando-se tal definição, o Caderno do Cade identificou diversos segmentos já analisados pela autoridade concorrencial brasileira. São eles: música digital, varejo online, turismo online, aplicativos de entrega de comida, mapas digitais, intermediação

de transporte por aplicativo, redes sociais, vídeo sob demanda, venda online de ingressos, investimentos financeiros, publicidade online, busca e comparação de preços online e busca online, aplicativos de exercícios físicos e aplicativos de intermediação de serviços (BRASIL, 2021, p. 10). O recorte temporal do estudo considerou todos os processos que já tramitaram no Cade após 1995 e que tenham sido concluídos até 15 de novembro de 2020.

Diante desse contexto, ganha especial relevância o Caderno do Cade, haja vista ter uma base de pesquisa extremamente confiável, já que preparado por um órgão da própria Autarquia, o DEE.

O Caderno do Cade tem seção dedicada à apresentação de uma visão geral dos mercados de plataformas digitais e suas características. O conteúdo de tal seção está alinhado com o quanto apresentado no Capítulo 2.2 desta dissertação. Por essa razão, para se evitar desnecessária repetição, tal seção do Caderno do Cade não será aqui abordada.

Além disso, o Caderno do Cade apresenta a revisão de análises de atos de concentração econômica e processos referentes a condutas anticompetitivas envolvendo plataformas digitais. Diante de sua importância para o presente trabalho, serão explicadas, a seguir, as conclusões do Caderno do Cade para atos de concentração econômica envolvendo mercados digitais (Capítulo 4.1.1.2.1), bem como para as investigações de condutas anticompetitivas nesses mercados (Capítulo 4.1.1.2.2). Por fim, serão abordadas as considerações finais do Caderno do Cade (Capítulo 4.1.1.2.3).

#### 4.1.1.2.1 Dos atos de concentração decididos pelo Cade envolvendo plataformas digitais nos termos do Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021

O Caderno do Cade, em sua Seção 3, apurou que foram 143 (cento e quarenta e três) operações analisadas pela autoridade concorrencial brasileira submetidas após 1995 e decididas até 15 de novembro de 2020 (BRASIL, 2021, p. 19).

Dentre 15 (quinze) setores envolvidos nesses atos de concentração, verifica-se que 75% (setenta e cinco por cento) das operações se concentram em apenas quatro setores. O setor de publicidade online representa 35% (trinta e cinco por cento) dos casos, o setor de varejo online representa 20% (vinte por cento) e os setores de classificados online e turismo online representam, cada um, mais 10% (dez por cento).

Em relação ao rito de análise dessas operações, o Caderno do Cade indica que 86,01% (oitenta e seis inteiros e um centésimo por cento) delas foi analisado pelo rito sumário, aplicável a operações com menor potencial de afetar a concorrência (BRASIL, 2021, p. 19), nos termos da Resolução nº 2/2012 do Cade (BRASIL, 2012a). Tais análises demandam um aprofundamento menor da autoridade concorrencial sobre os mercados envolvidos, justificado, sobretudo, pela baixa participação de mercado das empresas envolvidas nas operações.

Em relação às decisões desses atos de concentração, em 97,9% (noventa e sete inteiros e nove décimos por cento) dos casos, o Cade aprovou sem restrições as operações propostas. Não há nenhum caso de reprovação de operação, mas apenas duas ocasiões, representando 1,4% (um inteiro e quatro décimos por cento) dos casos, em que a autoridade concorrencial aprovou operações condicionadas à celebração de acordos em controle de concentração ou compromissos de desempenho. Verificou-se um caso arquivado por terem as partes desistido da operação (BRASIL, 2021, p. 21).

Sobre as operações em si, o Caderno do Cade tem extensa seção dedicada ao tema, na qual examina, divididos por setor, um a um, os casos já analisados pelo Cade nos mercados de música online, varejo online, turismo online, plataformas de entrega de comida, plataformas de mapas digitais, redes sociais, vídeo sob demanda, intermediação de transporte individual de passageiros por aplicativo, vendas online de ingressos, investimentos financeiros online, classificados online, busca, publicidade online, busca e comparação de preços, aplicativos para orientação de exercícios físicos e, por fim, aplicativos de intermediação de serviços domésticos.

Dentre todos os atos de concentração considerados no Caderno do Cade, dois merecem aqui destaque, em razão de terem sido aprovados com restrições pela autoridade concorrencial. O primeiro deles envolveu o Itaú Unibanco S.A. e a XP Investimentos S.A. e o segundo o Grupo SBF S.A. e a Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda. Passa-se a cada um deles.

O ato de concentração 08700.004431/2017-16 (BRASIL, 2016a), tratou da aquisição de ações da XP Investimentos S.A. pelo Itaú Unibanco S.A (BRASIL, 2018a). Os mercados envolvidos na operação foram corretagem de valores, gestão de recursos de terceiros, administração de recursos de terceiros, planos de previdência privada, distribuição de produtos de investimento para o varejo e seguros de vida, seguros habitacionais e corretagem de seguros.

Na análise do caso, a Superintendência-Geral do Cade, órgão instrutor da Autarquia, verificou que o mercado de atuação da XP Investimentos S.A., apesar de novo, já conteria barreiras à entrada significativas, de modo que, para que pudessem existir outras plataformas aptas a concorrerem efetivamente com a XP Investimentos S.A., algumas medidas precisariam ser tomadas, dentre elas o compromisso das empresas de adotarem práticas em relação aos seus parceiros comerciais que facilitassem o acesso de seus concorrentes a esses recursos necessários ao desenvolvimento da atividade (BRASIL, 2021, p. 95).

Já no Tribunal do Cade, como forma de se ter aprovada a operação, as requerentes assinaram compromisso com a autoridade concorrencial que, dentre outras obrigações, previa a proibição de discriminação, por parte do Itaú Unibanco S.A., de plataformas concorrentes da XP Investimentos S.A., caso decidisse distribuir seus produtos de investimento por plataformas abertas, além da vedação do direcionamento de clientes de uma empresa para a outra (BRASIL, 2021, p. 97). A operação foi aprovada pelo Cade em março de 2018 e o acordo firmado pelas partes tem prazo de validade até 31 de dezembro de 2022.

A segunda operação que demandou maior escrutínio do Cade foi o ato de concentração 08700.000627/2020-37, envolvendo o Grupo SBF S.A., proprietário das lojas Centauro, e a Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda (BRASIL, 2020c). A operação envolveu os setores de varejo e distribuição de artigos esportivos e consistiu na aquisição de controle, pelo Grupo SBF, das quotas da Nike do Brasil, compreendendo a aquisição de todos os contratos e ativos da Nike do Brasil, com a exceção de determinados ativos.

Apesar da Superintendência-Geral do Cade ter sugerido a aprovação da operação sem restrições, no Tribunal do Cade surgiram preocupações decorrentes das possíveis discriminações anticompetitivas de clientes da Nike do Brasil, bem como a possibilidade de que as empresas acessassem informações sensíveis de concorrentes, disponibilizadas pelos distribuidores ao Grupo SBF e pelos varejistas à Nike do Brasil.

Assim, em novembro de 2020, foi realizado um acordo com o Cade no qual as empresas, entre outras medidas, se comprometeram a realizar a separação das unidades de negócio da Centauro e da Nike do Brasil, além de manterem informações e documentos referentes à atuação comercial da unidade de negócios da Nike do Brasil de forma

segregada das bases de dados da Centauro dentro dos sistemas do Grupo SBF (BRASIL, 2021, p. 102).

O que se nota dos dois casos acima é que não houve um enfrentamento de questões envolvendo mercados digitais especificamente. Na verdade, houve outras preocupações de ordem concorrencial e que, por tais empresas estarem também presentes no mundo virtual, nele se espalharam. Nenhuma das empresas envolvidas nos atos de concentração aprovados com restrições seriam plataformas digitais em sua essência, mas empresas com considerável participação de mercado em seus mercados originários e que, também, operavam nos mercados digitais. As preocupações concorrenciais percebidas pelo Cade nesses casos, portanto, não decorreram de temas relacionadas especificamente às economias digitais.

#### 4.1.1.2.2 Das investigações de condutas anticompetitivas conduzidas pelo Cade envolvendo plataformas digitais nos termos do Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021

Em relação às condutas anticompetitivas envolvendo mercados digitais, o Caderno do Cade consigna que foram iniciadas 16 (dezesesseis) investigações. Não houve nenhuma condenação imposta pela autoridade concorrencial. Pelo contrário, dos 10 (dez) processos julgados, em nove houve absolvição das investigadas e em um houve a celebração de um termo de compromisso de cessação da conduta (BRASIL, 2021, p. 102).

Cinco foram os segmentos afetados pelas condutas investigadas. O mercado de busca, comparação de preços e publicidade online respondeu por 37,50% (trinta e sete inteiros e cinquenta centésimos por cento) das investigações, ao passo que o mercado de aplicativos de intermediação de transporte individual de passageiros representou 31,25% (trinta e um inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) dos casos. O mercado de turismo online e o de varejo online representam, cada, 12,50% (doze inteiros e cinquenta centésimos por cento) das investigações e, por fim, o mercado de busca online diz respeito a 6,25% (seis inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) dos processos. Caso sejam considerados apenas os 10 (dez) casos já julgados, o segmento de aplicativos de intermediação de transporte individual de passageiros responde por metade dos casos (BRASIL, 2021, p. 103).

Em relação às espécies processuais, o Caderno do Cade revela que quatro casos tramitaram como procedimentos preparatórios de inquéritos administrativos, nos quais se discutia a competência do Cade para a análise da matéria. Em nove casos, houve inquéritos administrativos, quando não há indícios para a abertura de processos administrativos. Apenas três casos foram autuados como processos administrativos para a imposição de sanções administrativas, hipótese em que o acusado é efetivamente chamado a exercer o seu direito de defesa.

Das dez investigações já concluídas, quatro foram instauradas contra a Uber. Três foram instauradas em face do Google. Uma investigação é contra alguns municípios do Rio de Janeiro, São Paulo e Amazonas, já outra é em face da Universal Music. Há, também, investigação em face de agências de viagens online (Expedia.com, Decolar.com e Booking.com).

Desses processos, nos anos de 2015, 2016 e 2017, um foi decidido por ano. Três foram concluídos em 2018 e quatro em 2019. Em 2020, nos termos do Caderno do Cade, nenhum foi decidido (BRASIL, 2021, p. 104).

As condutas investigadas nesses processos foram as seguintes: (i) discriminação do Google em favor dos seus próprios sites temáticos nos resultados da busca orgânica; (ii) restrição, pelo Google, da capacidade de anunciantes de usar as plataformas de busca patrocinada de concorrentes; (iii) discriminação do Google em favor do seu site de comparação de preço, o Google Shopping, em detrimento dos demais comparadores de preços; (iv) abuso de posição dominante da Universal Music no mercado de distribuição de músicas em meio digital para lojas de *streaming*, derivadas de posições privilegiadas na cadeia econômica do mercado de distribuição de música online; (v) litigância abusiva (*sham litigation*) da Uber e emprego coordenado de violência e grave ameaça com vistas à retirada de concorrente do mercado; (vi) atuação da Uber à margem da regulação, gerando benefício concorrencial em relação aos demais *players* regulados; (vii) controle artificial de preços e aumento abusivo de lucros em detrimento dos custos dos motoristas, por parte da Uber; (viii) eliminação de concorrência no mercado de aplicativos de transporte por parte de prefeituras do Rio de Janeiro, São Paulo e Amazonas, que estariam destinando recursos públicos à criação de aplicativos de taxi e, também; (ix) imposição, por parte de agências de viagens online, de cláusula contratual de paridade abusiva.

Tendo em vista que o caso envolvendo agências de viagens online foi o único que, até então, não havia sido arquivado pelo Cade, merece a investigação menção. Trata-se

do Inquérito Administrativo 08700.005679/2016-13 (BRASIL, 2016b), iniciado em julho de 2016.

No caso, apurava-se conduta de agências de viagens online que estariam impondo aos hotéis que desejassem utilizar suas plataformas de venda de cláusula contratual de paridade abusiva. Também estariam sendo aplicadas cláusulas do tipo *nação mais favorecida*, que impediria que os hotéis oferecessem, por meio de venda direta, ou mesmo em plataformas concorrentes, preços melhores (BRASIL, 2021, p. 121).

No curso da investigação, em março de 2018, as plataformas investigadas (Expedia.com, Decolar.com e Booking.com) celebraram termo de compromisso de cessação das condutas e o processo foi arquivado. Na ocasião, as plataformas se comprometeram a não celebrar com fornecedores de acomodações contratos que exijam paridade de tarifa ou condições de reserva em relação a qualquer outro canal de reserva online ou offline, bem como não exigir obrigação de paridade de disponibilidade de quartos.

#### 4.1.1.2.2.1 Das mais recentes investigações concorrenciais brasileiras envolvendo mercados digitais não abrangidas pelo Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021

O Caderno do Cade inventaria, com base na base de dados do próprio Cade, as investigações envolvendo mercados digitais julgadas até o dia 15 de novembro de 2020. Tais investigações não serão aqui mencionadas novamente a fim de se evitar desnecessária repetição do conteúdo daquele documento. Ocorre que, após tal período, o Cade se posicionou sobre questões concorrenciais envolvendo mercados digitais. Tais posicionamentos não podem ser ignorados no contexto dessa pesquisa e, de modo a se ter um cenário completo das investigações até hoje conduzidas pelo Cade relacionadas a mercados digitais, serão abaixo explicados.

Trata-se de duas medidas preventivas concedidas pelo Cade em sede de controle de condutas potencialmente anticompetitivas, de uma investigação instaurada no mercado farmacêutico, e de decisão que aprovou com restrições ato de concentração envolvendo um segmento de mercado online. Primeiramente, avaliar-se-á a medida preventiva adotada pelo Cade em face do iFood em 2020 (Capítulo 4.1.1.2.2.1.1). Após, outra medida preventiva em face da Gympass (Capítulo 4.1.1.2.2.1.2). Além disso, será

examinada investigação de empresas da indústria farmacêuticas por supostas práticas abusivas contra o mercado de trabalho (Capítulo 4.1.1.2.2.1.3) e, por fim, operação envolvendo a compra da J3 Logística pela Bus Serviços, conhecida por ClickBus (Capítulo 4.1.1.2.2.1.4).

#### 4.1.1.2.2.1.1 Da medida preventiva imposta ao iFood em 2020

Em 25 de setembro de 2020, o Rappi Brasil Intermediações de Negócios Ltda. apresentou denúncia contra o iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A. pela celebração de contratos de exclusividade junto a restaurantes parceiros. Além disso, afirmou-se que o iFood estaria adotando estratégia de discriminação no tratamento dos restaurantes exclusivos, criando um forte incentivo à adesão dos restaurantes a esse modelo de negócio mais restritivo. Após, a denúncia foi corroborada e anexada a outra feita pela Associação Brasileira de Bares e Restaurante (Abrasel). Trata-se do Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47 (BRASIL, 2020g).

Houve pedido de medida preventiva por parte das denunciantes, que foi deferida pela Superintendência-Geral do Cade em 10 de março de 2021. Na decisão que concedeu a medida preventiva, importantes afirmações foram feitas e que serão abaixo expostas.

Frise-se, inicialmente, que a decisão tem caráter liminar e precário, de modo que o Tribunal do Cade ainda não analisou o mérito da questão em si. Não obstante, a Superintendência-Geral do Cade, na decisão que concedeu a medida preventiva, analisou a probabilidade do direito, o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo e a ausência de perigo de dano reverso, trazendo relevantes considerações a essa pesquisa.

Sobre a probabilidade do direito, a Superintendência-Geral do Cade apurou a existência de posição dominante do iFood no mercado de origem da conduta, bem como a existência de efeitos da prática sobre parcela significativa e estratégica do mercado.

Para apurar a posição dominante do iFood, a autoridade procedeu a uma análise conjunta de dois fatores: (i) a participação de mercado do iFood; e (ii) as condições de competição no mercado, efetivas ou potenciais. Sobre a participação de mercado do iFood, apesar da decisão consignar a divergência entre as métricas para seu cálculo, afirma-se que o percentual supera os 20% (vinte por cento) exigidos pelo art. 36, §2º da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) para a presunção de posição dominante.

De modo a confirmar se tratar de empresa com posição dominante, a Superintendência-Geral do Cade afirmou desfrutar o iFood da vantagem do pioneiro, sendo a primeira empresa a explorar no Brasil o mercado de delivery de comida numa plataforma online. Além disso, afirmou que, por se tratar de uma plataforma de múltiplos lados em mercado digital, o fenômeno de *tipping* gera preocupações concorrenciais. (BRASIL, 2014a)

Diante de tais condições, segundo a Superintendência-Geral do Cade, o iFood captou portfólio relevante de restaurantes em um lado da plataforma, atraindo grande quantidade de consumidores do outro lado. Apurou a Superintendência-Geral do Cade que há, portanto, dois lados que se retroalimentam, pois, quanto mais restaurantes a plataforma possui, mais consumidores têm interesse em fazer parte dela e, além disso, quanto mais consumidores utilizam a plataforma, mais restaurantes têm interesse em contratá-la (BRASIL, 2014a).

Tal cenário revelaria, para a Superintendência-Geral do Cade, considerável barreira à entrada de novos concorrentes, pois eventuais entrantes precisam conquistar uma rede suficiente de restaurantes e esses restaurantes precisam ser capazes de atrair uma quantidade significativa de consumidores, o que exige elevado investimento.

Assim, diante dessa necessidade em se conquistar restaurantes para a plataforma para concorrer, a Superintendência-Geral do Cade concluiu que a cláusula de exclusividade imposta pelo iFood aos restaurantes parceiros poderia operar como um elemento de restrição na cadeia produtiva, ao criar dificuldade para que plataformas rivais atraíam para si tais restaurantes.

Diante disso, concluiu a Superintendência-Geral pela existência de posição dominante por parte do iFood. Em decorrência de tal posição dominante, as cláusulas de exclusividade poderiam provocar fechamento de mercado, aumentar barreiras à entrada, além de elevar os custos dos rivais ao restringir sua atuação naquele mercado ou relegá-los a restaurantes menos atrativos (BRASIL, 2014a).

Restando configurada a plausibilidade da infração concorrencial, passou a Superintendência-Geral do Cade a examinar o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. Nesse contexto, outra importante afirmação envolvendo a sistemática de funcionamento dos mercados digitais foi feita.

Para a Superintendência-Geral do Cade, a duração dos contratos de exclusividade analisados se em mercados tradicionais não seria considerada longa. No entanto, em se

tratando de mercados digitais, extremamente dinâmicos, a retenção de restaurantes, especialmente os mais conhecidos do grande público, por uma plataforma que detém poder de mercado, “pode ter o condão de criar barreiras à entrada proibitivas e impedir o crescimento de concorrentes, levando até mesmo à sua saída do mercado.” (BRASIL, 2014a, *online*)

Ao final, verificando inexistir qualquer perigo de dano reverso, isto é, ao iFood, decorrente da medida preventiva, a Superintendência-Geral do Cade determinou que o iFood se abstenha de celebrar, com restaurantes, contratos que contemplem cláusulas de exclusividade, até a decisão final acerca da licitude da conduta pelo Cade.

Permitiu-se, no entanto, que, em relação aos restaurantes que já tenham contrato com o iFood com cláusula de exclusividade, a possibilidade de mantê-los como estão e, ao término de suas vigências, renová-los com cláusula de exclusividade, caso seja do interesse de ambas as partes, mas com renovações limitadas a um ano, sem limite de renovações por igual período, até a decisão final do Cade. Já em relação aos restaurantes que têm com o iFood contrato de exclusividade, mas que haja renovação durante a vigência dessa medida em que se pactue novo contrato sem exclusividade, não poderá ser repactuada a exclusividade em renovações subsequentes (BRASIL, 2014a, *online*).

Percebe-se da decisão da Superintendência-Geral, portanto, que a autoridade está atenta às nuances dos mercados digitais, levando em consideração diversas de suas especificidades para a tomada de decisões nada triviais, como é o caso das excepcionais medidas preventivas.

#### 4.1.1.2.2.1.2 Da medida preventiva imposta à Gympass em 2020

Em 02 de setembro de 2020, a Total Pass Participações Ltda. apresentou denúncia contra a GPBR Participações Ltda., a Gympass, em razão da imposição de cláusula de exclusividade com as academias integrantes da sua plataforma e com alguns clientes corporativos, impedindo que estes contratem com plataformas rivais. Além disso, denunciou-se a imposição de cláusulas do tipo nação mais favorecida que permitiriam à Gympass controlar o preço mínimo praticado pelas plataformas cadastradas, balizando os preços praticados no segmento em território nacional. Trata-se do Inquérito Administrativo 08700.004136/2020-65 (BRASIL, 2020f).

Houve pedido de medida preventiva por parte da Total Pass, que foi deferida pela Superintendência-Geral do Cade em 20 de dezembro de 2021. Por ocasião da decisão que concedeu a medida preventiva, mais uma vez, a autoridade concorrencial brasileira fez importantes considerações sobre mercados digitais.

Tal como feito no caso do iFood, reportado no Capítulo 4.1.1.2.2.1.1 acima, a Superintendência-Geral do Cade procedeu a uma análise da existência de posição dominante por parte da Gympass, bem como da existência dos efeitos da conduta sobre o mercado. No caso, foram verificadas parcerias da Gympass com entre 80% (oitenta por cento) e 90% (noventa por cento) das academias brasileiras, além de se tratar de agente pioneiro num mercado que tende a *tipping*, o que levou a Superintendência-Geral do Cade a concluir pela existência de posição dominante por parte da Gympass.

Nesse contexto, tal como feito no caso da medida preventiva concedida em face do iFood, conclui a Superintendência-Geral que contratos de exclusividade celebrados por plataformas dominantes provocam fechamento de mercado, aumento de barreiras à entrada e elevação dos custos de rivais (BRASIL, 2014b).

Sobre as cláusulas de nação mais favorecida, a Superintendência-Geral consignou, ainda que, ainda que não interfiram na precificação de plataformas concorrentes, em razão das academias já têm contrato de exclusividade com a Gympass, tais cláusulas têm o potencial de prejudicar o consumidor, pois a própria academia fica impossibilitada de oferecer diárias a valor menor do que o praticado na plataforma Gympass.

Sobre a urgência na concessão da medida preventiva, afirmou a Superintendência-Geral que a retenção de mais de 80% (oitenta por cento) das academias de ginástica do Brasil pela Gympass, plataforma com posição dominante e que celebra contratos de exclusividade, tem o condão de inibir a concorrência no mercado, justificando-se a adoção da medida preventiva.

O escopo da medida preventiva imposta pela Superintendência-Geral do Cade à Gympass abrange, dentre outros pontos, a proibição da Gympass em celebrar novos contratos de exclusividade com academias, exceto aqueles já em negociação, além da vedação de controle do valor cobrado pela academia fora da plataforma. Além disso, os novos contratos celebrados pela Gympass deverão conter cláusula que permita a rescisão sem qualquer tipo de multa. A Gympass também não poderá impedir academias de celebrarem contratos com plataformas concorrentes, exceto em relação aos contratos já

vigentes. A Superintendência-Geral permitiu, ainda, que os contratos atuais da Gympass continuem vigentes, limitando-se o período de renovações.

Houve recurso da decisão, ainda pendente de análise por parte do Tribunal do Cade. Percebe-se, portanto, um caso bastante semelhante ao reportado no Capítulo 4.1.1.2.2.1.1, envolvendo o iFood, no qual a Superintendência-Geral do Cade vem revelando tendência de evolução no seu entendimento sobre a dinâmica dos mercados digitais e seus impactos à aplicação do direito concorrencial.

#### 4.1.1.2.2.1.3 *Da investigação da indústria farmacêutica por práticas anticompetitivas no mercado de trabalho para a indústria de healthcare em 2021*

Em 17 de março de 2021, a Superintendência-Geral do Cade instaurou processo administrativo para investigar conduta que teria exposto a risco ou dano o mercado de provimento de mão de obra para a indústria de produtos, equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde (*healthcare*), com destaque para o envolvimento de empresas sediadas na região metropolitana da cidade de São Paulo. Trata-se do Processo Administrativo 08700.004548/2019-61 (BRASIL, 2019f).

Nos termos da acusação, departamentos de recursos humanos de empresas da indústria *healthcare* teriam sistematicamente trocado informações concorrencialmente sensíveis a respeito de remunerações, reajustes salariais e benefícios oferecidos a funcionários, bem como, episodicamente, fixado preços e condições comerciais, por meio de ação coordenada relativa a condições de contratação de mão-de-obra, salários, benefícios e reajustes salariais (BRASIL, 2019c, p. 4).

Apesar da investigação não envolver mercados digitais, ela se faz importante para a presente pesquisa pois é o único caso identificado em que o Cade acena para o modelo analítico neo-brandesiano populista de análise antitruste. Explica-se.

A decisão de instauração do processo administrativo faz longas considerações sobre mercados de trabalho como objeto do direito da concorrência (BRASIL, 2019c, pp. 5–10). Tal ideia, em princípio, se afasta daquela tradicionalista de que o direito da concorrência tem por objeto o bem-estar do consumidor. Na ocasião, afirmou a Superintendência-Geral do Cade que, tal como a competitividade no âmbito dos produtos proporciona melhores condições aos consumidores, a concorrência entre empregadores

pelos empregados levaria a melhores condições de salário e benefícios trabalhistas, bem como maiores oportunidades de trabalho (BRASIL, 2019c, p. 6).

Nesse sentido, conclui a Superintendência-Geral do Cade que, da mesma forma que o exercício de poder de mercado na venda, caracterizado por monopólio ou oligopólio, pode levar ao aumento de preços de produtos e reduzir o bem-estar dos consumidores, o exercício do poder de mercado na contratação, caracterizado por monopsonio ou oligopsonio, de insumos laborais também pode restringir artificialmente as condições profissionais e remuneratórias dos trabalhadores.

Na decisão de instauração do processo administrativo, inclusive, é feita menção sobre a interpretação, no entender da Superintendência-Geral do Cade, equivocada, sobre o objetivo do direito antitruste. Afirma-se que a “razão para a falta de aplicação da Lei Antitruste ao mercado de trabalho é uma interpretação equivocada da finalidade de bem-estar do consumidor” (BRASIL, 2019c, p. 8). Para a acusação, tendo em vista que “as empresas possuem incentivos para diminuir os custos, o exercício do poder no mercado de trabalho tende à redução dos salários [...]” (BRASIL, 2019c, p. 8), tal fator que levaria alguns a concluir “instintivamente, embora de modo equivocado, que isto levaria a preços menores para os consumidores, ao passo que maiores salários causariam preços mais altos.” (BRASIL, 2019c, p. 8).

Além disso, a acusação consigna uma inexperiência da doutrina e dos tribunais sobre casos envolvendo monopsonios trabalhistas, tendo se desenvolvido em relação aos mercados de produtos<sup>12</sup>. Não obstante, afirma a Superintendência-Geral do Cade que “[...] mercados de trabalho não só podem, como devem ser objetos do Direito da Concorrência.” (BRASIL, 2019a, p. 10)

Apesar da investigação ainda estar em sua fase inicial, não havendo sido apresentadas defesas por parte das investigadas, já é possível se notar, ao menos na Superintendência-Geral do Cade, uma tendência de mudança na interpretação do que seriam os objetivos do direito antitruste. Parece haver, em princípio, um descolamento da ideia tradicionalista de que o direito da concorrência buscaria apenas o bem-estar dos consumidores, para uma interpretação de que tal seara também tutelaria direito de trabalhadores.

---

<sup>12</sup> Os desafios envolvendo o tema foram muito bem expostos na apresentação da Professora Amanda Athayde no 27º Seminário de Defesa da Concorrência promovido pelo Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, no painel “O mercado de trabalho no radar das autoridades antitruste: novos desdobramentos” (ATHAYDE, 2021).

4.1.1.2.2.1.4 Das restrições impostas pelo Cade à aquisição da J3 Logística pela ClickBus em 2022

Um quarto caso não abrangido pelo Caderno do Cade envolve a aquisição da J3 Participações Ltda. pela Bus Serviços de Agendamento S.A., a ClickBus. Trata-se de operação realizada em 2015 e notificada ao Cade *ad cautelam* em 2020, sob a forma do Ato de Concentração 08700.004426/2020-17 (BRASIL, 2022), julgado em 26 de janeiro de 2022.

Frise-se que a operação foi identificada pelo Cade no âmbito da instrução do Inquérito Administrativo 08700.004318/2018-11 (BRASIL, 2018b), instaurado em decorrência de representação da Guichê Virtual em face da J3 e ClickBus e outras empresas, e apura supostas condutas anticompetitivas no mercado de plataformas de vendas online de passagens de ônibus. O referido inquérito está em fase de instrução na Superintendência-Geral do Cade.

Voltando à operação, essa envolveu a integração vertical das três etapas da cadeia de valor relacionada à comercialização de passagens rodoviárias pela internet em plataformas digitais de agências de viagens online, quais sejam: o serviço de transporte rodoviário coletivo regular de passageiros, a intermediação e integração de conteúdo rodoviário entre viagens rodoviárias e plataformas de tais agências online e a comercialização de passagens rodoviárias pela internet nessas plataformas.

Na análise do ato de concentração, a Superintendência-Geral do Cade verificou o seguinte cenário: (i) no mercado de comercialização de passagens rodoviárias pela internet através de plataforma de agência online, a plataforma da ClickBus possui relevância como canal de comercialização de passagens rodoviárias na internet, bem como que tem a capacidade de atrair o consumidor final à plataforma, detendo mais de 30% (trinta por cento) do mercado; (ii) no mercado de transporte rodoviário coletivo regular de passageiros, considerando a representatividade das viagens pertencentes aos grupos econômicos da J3 e ClickBus para as vendas totais das plataformas, a participação de mercado verificada também foi superior a 30% (trinta por cento); e, por fim, (iii) no mercado de serviços de intermediação e integração de conteúdo rodoviário entre plataformas de agências online e empresas de transporte rodoviário coletivo regular, por se tratar de mercado de dois lados, foi verificada a possibilidade de exercício de poder de

mercado tanto sob a ótica das viagens rodoviárias, quanto sob a ótica das plataformas (BRASIL, 2022).

Tais circunstâncias levaram o Cade a aprovar a operação condicionada a uma série de compromissos assumidos pelas requerentes em sede de Acordo de Controle de Concentrações.

O acordo buscou reduzir as preocupações decorrentes de incentivos de fechamento do mercado de transporte coletivo regular relacionados a possíveis discriminações injustificadas na contratação de seus serviços por plataformas online rivais. Para tanto, a operação apenas foi aprovada mediante o compromisso das partes de: (i) não celebrar acordos de exclusividade a jusante e a montante; (ii) de observar critérios de isonomia no tratamento e contratação de viagens rodoviárias e plataformas digitais; (iii) a unidade de negócios que envolve a plataforma online não fazer uso de informações concorrencialmente sensíveis de plataformas concorrentes que contratam o serviço de transporte coletivo regular da ClickBus; e, por fim, (iv) implementação de um programa de *compliance* concorrencial (BRASIL, 2022).

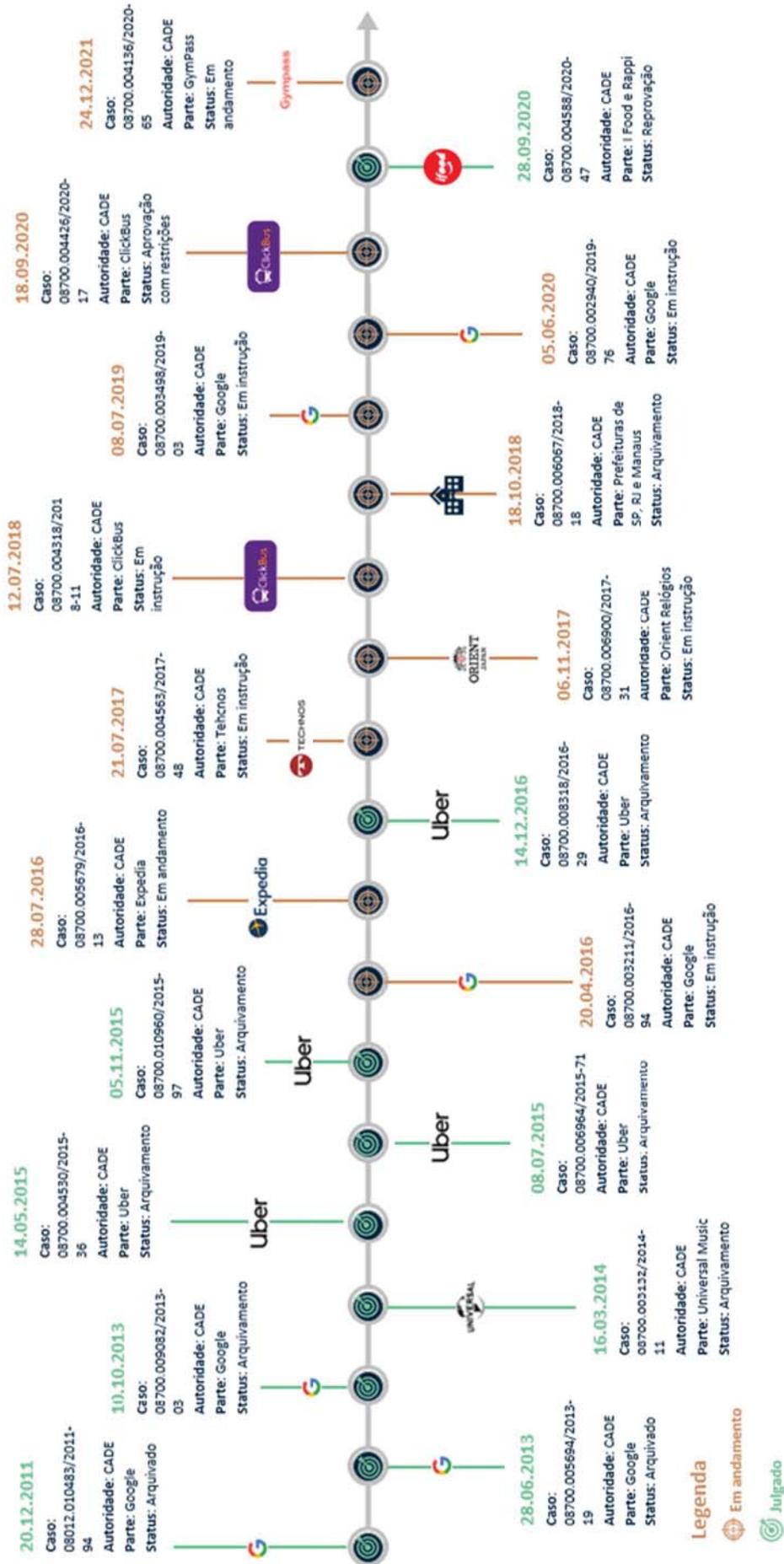
É possível se enxergar, portanto, que o Cade, também em controle de concentrações, vem se atentando para aspectos relacionados aos mercados digitais. No caso, foram objeto de atenção do Cade a possibilidade de celebração de contratos de exclusividade por plataforma dominante, bem como a possibilidade de discriminação de terceiros na plataforma, além do uso indevido de dados coletados pela plataforma.

O cenário que se coloca, portanto, em relação às investigações brasileiras<sup>13</sup> é o apresentado na linha do tempo abaixo (Ilustração 16).

---

<sup>13</sup> Foram consideradas todas as investigações listadas no Caderno do Cade (Capítulo 4.1.1.2), além das identificadas nos Capítulos 4.1.1.2.2.1.1, 4.1.1.2.2.1.2 e 4.1.1.2.2.1.4.

Ilustração 16 - Linha do tempo das investigações brasileiras envolvendo mercados digitais



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Tendo sido apresentado o cenário brasileiro das investigações, é possível cotejá-lo com os cenários europeu (Capítulo 3.1.2) e norte-americano (Capítulo 3.2.4) para se ter um panorama geral dos esforços até então empreendidos pelas respectivas autoridades concorrenciais em relação ao combate às condutas anticompetitivas nos mercados digitais. O que se apresenta é o seguinte (Ilustração 17):



#### 4.1.1.2.2.2 Das análises quantitativa e qualitativa das investigações brasileiras envolvendo mercados digitais

Considerando-se as investigações inventariadas no Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021 (Capítulo 4.1.1.2.2), bem como as que foram identificadas posteriormente (Capítulo 4.1.1.2.2.1), tal como feito nos casos europeu e norte-americano, é possível realizar sua análise quantitativa (Capítulo 4.1.1.2.2.2.1) e qualitativa (Capítulo 4.1.1.2.2.2.2). Tal análise é importante para que se compreenda o atual estágio da política concorrencial brasileira relacionada aos mercados digitais e para que se defina uma opção regulatória razoavelmente fundamentada.

##### 4.1.1.2.2.2.1 Da análise quantitativa das investigações antitruste brasileiras envolvendo os mercados digitais

No caso brasileiro, tal como no norte-americano, há menos investigações envolvendo mercados digitais do que na Europa. Trata-se de investigações mais recentes e em menor número se comparadas àquelas instauradas pelas autoridades concorrenciais europeias.

No que se refere às investigações de condutas anticompetitivas nos mercados digitais, foram instaurados 18 (dezoito) processos, 16 (dezesesseis) indicados no Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021 (Capítulo 4.1.1.2.2) e dois posteriormente (Capítulos 4.1.1.2.2.1.1 e 4.1.1.2.2.1.2).

As partes investigadas foram Uber, Google, Universal Music, Expedia.com, Decolar.com e Booking.com, iFood e Gympass. As condutas investigadas nesses processos foram, de acordo com classificação do próprio Cade: (i) abuso de posição dominante; (ii) prática de *scraping* ou raspagem; (iii) imposição de condições de comercialização relativas a negócios com terceiros; (iv) limitar ou impedir o acesso de novas empresas no mercado; (v) criar dificuldades ao funcionamento de concorrente, (vi) influência de adoção de conduta comercial uniforme; (vii) preço predatório; (viii) recusa de contratar; (ix) imposição de exclusividade<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Esclarece-se que o número de processos por tipo de conduta não coincide com o número total de processos em razão de alguns deles envolver mais de um tipo de conduta.





Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Da análise dos processos, nota-se a realidade brasileira mais distante da europeia do que da norte-americana. No Brasil, apesar de haver um número mediano de investigações, mais do que nos Estados Unidos da América e menos que na Europa, não há registro de condenações definitivas. Não obstante, reconhece-se um indicativo de mudança nesse posicionamento, revelado pela concessão de duas medidas preventivas em mercados digitais no ano de 2021.

#### 4.1.1.2.2.2 Da análise qualitativa das investigações antitruste brasileiras envolvendo os mercados digitais

Como mencionado acima, a grande maioria das investigações concorrenciais envolvendo mercados digitais é fundamentada no abuso de posição dominante das investigadas, abuso esse que se desdobra em diversas condutas, tais como a de *scraping*, imposição de condições comerciais, limitação do acesso de concorrentes ao mercado, criação de dificuldade ao estabelecimento ou funcionamento de rivais, influência de adoção de conduta comercial uniforme, preço predatório, recusa de contratação e exclusividade abusiva.

Para se evitar desnecessária repetição sobre o conteúdo dessas investigações, restringir-se-á essa seção à mera referência aos Capítulos 4.1.1.2.2, 4.1.1.2.2.1.1 e 4.1.1.2.2.1.2.

Além dessas investigações, é importante mencionar duas outras que delas se diferem, seja por não versar diretamente sobre mercados digitais, seja por envolver tipo de procedimento distinto.

A primeira delas diz respeito à investigação envolvendo práticas anticompetitivas no mercado de trabalho para a indústria de *healthcare* (Capítulo 4.1.1.2.2.1.3), mas que, apesar de não envolver mercados digitais especificamente, dá uma perspectiva de possível modelo analítico a ser considerado pela autoridade concorrencial brasileira no futuro. Distintos os mercados, portanto.

Já a segunda se refere às restrições impostas pelo Cade no contexto da aquisição da J3 Participações Ltda. pela Bus Serviços de Agendamento S.A., a ClickBus (Capítulo 4.1.1.2.2.1.3), num ato de concentração, portanto, mas não uma análise de conduta anticompetitiva propriamente dita. Diferentes, assim, os procedimentos.

O que se nota da análise qualitativa dos casos brasileiros são, no geral, poucos casos instaurados, se comparado à realidade europeia, com a grande maioria deles arquivados em favor das *big techs*. No entanto, recentemente, mais especificamente em 2021, o Cade parece enxergar um novo viés de análise de tais questões, tendo se posicionado mais fortemente nos mercados digitais, seja nas medidas preventivas impostas a iFood e Gympass, seja nas restrições aplicadas à aquisição realizada pela ClickBus.

#### 4.1.1.2.3 Das conclusões do Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais, de 2021

Em sua última seção, o Caderno do Cade traz algumas importantes considerações finais. Primeiramente, registrou-se dados estatísticos, ao concluir o relatório que o segmento com o maior número de operações notificadas ao Cade foi o de publicidade online, envolvendo anunciantes, editores e agências publicitárias, representando 5% (cinco por cento) dos julgados. Em relação às decisões envolvendo condutas anticompetitivas, apurou-se que os setores mais envolvidos foram os de busca, comparação de preços e publicidade online, representando 37,50% (trinta e sete inteiros

e cinquenta centésimos por cento) dos casos, e aplicativos de intermediação de transporte de passageiros, representando 31,25% (trinta e um inteiros e vinte e cinco centésimos por cento) (BRASIL, 2021, p. 132).

Após, o Caderno do Cade registra que os julgados do Cade demonstraram que “o direito concorrencial e a legislação aplicada na área apresentam como característica a elevada adaptabilidade e, assim, é possível aplicá-los em face das mais diversas práticas empresariais.” (BRASIL, 2021, p. 132). Além disso, conclui que “as possíveis dificuldades que podem ser verificadas em análises antitruste em mercados inovadores e de dois lados não são capazes de afastar a competência administrativa do Cade sobre a livre concorrência.” (BRASIL, 2021, p. 132).

Em relação aos casos analisados em si, o Caderno do Cade registra, como conclusão, que na investigação encerrada com acordo das partes com o Cade, aquela envolvendo agências de viagens online, reportada no Capítulo 4.1.1.2.2 acima, a autoridade concorrencial brasileira se posicionou de forma similar às autoridades concorrenciais europeias, como a Comissão Europeia e as autoridades da Itália, Suécia e França (BRASIL, 2021, p. 133).

Por fim, o relatório levanta os desafios a serem enfrentados pela autoridade concorrencial brasileira no que se refere às plataformas digitais. O Caderno do Cade afirmou que os maiores deles serão: (i) determinar a melhor forma de intervenção em mercados tão dinâmicos; (ii) estimar os efeitos de longo prazo da intervenção da política de concorrência; (iii) a forma de adaptar medidas que sejam adequadas às especificidades das plataformas digitais; (iv) como identificar práticas exclusionárias decorrentes da concentração de dados; (v) como tratar o tratamento discriminatório com base nos dados dos usuários e tecnologias de criação de perfil; (vi) a forma de análise dos conluios algorítmicos e restrições verticais no comércio eletrônico; e, por fim, (vii) como conciliar as políticas de proteção de dados e concorrencial (BRASIL, 2021, p. 133).

Apesar do Caderno do Cade bem registrar tais preocupações, nenhuma proposta é feita no sentido de enfrentá-las. Limita-se a afirmar que o Cade vem demonstrando comprometimento com a constante autoavaliação e capacitação para enfrentar os desafios oriundos das economias digitais.

Percebe-se, pois, que, em termos de evolução regulatória, o Brasil ainda caminha a passos curtos. No entanto, os documentos produzidos pelo DEE, analisados nos Capítulos 4.1.1.1 e 4.2.2.2, demonstram que a autoridade concorrencial brasileira não está

inerte. Pelo contrário, está avaliando a melhor alternativa a ser tomada, mediante um processo de identificação de gargalos.

## 4.2 DA PROPOSTA DE REGULAÇÃO ANTITRUSTE DOS MERCADOS DIGITAIS

Definido o estado da arte do direito antitruste brasileiro em face dos mercados digitais, tanto em relação à ausência de movimentação legislativa nesse sentido (Capítulo 4.1.1), quanto em relação aos julgados da autoridade concorrencial brasileira (Capítulo 4.1.1.2), passa-se às propostas de melhoria da política concorrencial do Brasil em relação aos mercados digitais. Trata-se, assim, do objetivo central desta pesquisa.

Primeiramente, será indicado o modelo analítico que se entende deve ser adotado pelas autoridades concorrenciais brasileiras (Capítulo 4.2.1). Em segundo lugar, será abordada a necessidade de se criar a figura da *Plataforma Digital Relevante – PDR*, como sujeito passivo da regulação (Capítulo 4.2.2). Após, serão feitas propostas relacionadas aos atos de concentração envolvendo tais *Plataformas Digitais Relevantes - PDR* (Capítulo 4.2.3), bem como às investigações por condutas anticompetitivas por elas praticadas (Capítulo 4.2.4). Além disso, serão tratadas possíveis novas iniciativas de promoção da defesa da concorrência em mercados digitais (Capítulo 4.2.5) e alterações estruturais no Cade (Capítulo 4.2.6). Ao final, apresentadas conclusões sobre as propostas apresentadas nesta pesquisa (Capítulo 4.2.7), será proposta minuta de resolução do Cade a fim de contribuir para a discussão no Brasil sobre como balizar as ações da autoridade concorrencial brasileira nos mercados digitais (Capítulo 4.2.8). Reconhece-se, aqui, que há iniciativa disruptiva, para se usar um termo familiar à era digital, na elaboração de uma proposta para o Cade. O que seria, porém, de um pesquisador, se não tivesse a audácia de pensar no novo e, quem sabe, contribuir para os debates?

### 4.2.1 Da proposta de modelo analítico antitruste a ser adotado em relação aos mercados digitais no Brasil

Como visto no Capítulo 2.3, inicialmente, quando preocupações concorrenciais relacionadas aos mercados digitais passaram a ganhar maior relevância, dois modelos analíticos antitruste surgiram. O movimento neo-brandesiano defendia a reformulação

substancial do sistema concorrencial, ao passo que os tradicionalistas, apegados aos ideais da Escola de Chicago, sustentavam a suficiência do direito antitruste tradicional ao endereçamento das questões nos mercados digitais.

Nesse momento inicial, poucos eram os posicionamentos das autoridades concorrenciais sobre o tema, de modo que o debate era muito mais teórico do que prático. Em resumo, a discussão acadêmica consistia no embate entre a posição dos neo-brandesianos, que enxergavam razões para uma ruptura abrupta com os padrões tradicionais de análise antitruste de modo a efetivamente regular as plataformas digitais, e a posição dos tradicionalistas, que pregavam a manutenção do status quo regulatório concorrencial, sendo ele perfeitamente aplicável e suficiente aos mercados digitais.

Passado o tempo, a discussão evoluiu e surgiu a proposta de um modelo analítico intermediário, a corrente modernista, tendo entre seus adeptos defensores outrora integrantes dos extremos neo-brandesiano, agora chamado de populista, e tradicionalista (Capítulo 2.3.2.). Nesse contexto, também foram sendo instauradas na Europa as primeiras grandes investigações contra as *big techs* (Capítulo 3.1.2.). Paralelamente, também na Europa, passaram a surgir propostas legislativas de regulação das plataformas digitais (Capítulo 3.1.1.).

Em decorrência desse cenário, passou a ecoar nos ouvidos das autoridades concorrenciais mundo afora palavras convincentes acerca da necessidade de se reformular os modelos analíticos antitruste aplicáveis aos mercados digitais (Capítulo 2.3.3). Houve consenso, inclusive por parte dos tradicionalistas de que, se havia a percepção de excessos por parte das *big techs*, é porque o direito concorrencial não vinha sendo aplicado da maneira mais eficiente.

Surgiu, também, a percepção da necessidade de reforma nas ferramentas persecutórias disponíveis às autoridades concorrenciais. Em suma, seria mandatória a alteração na forma de aplicação do direito concorrencial pelas autoridades concorrenciais.

Alguns, tradicionalistas, defendem que tal adaptação demandaria única e exclusivamente a mudança de entendimento dos julgadores. Outros, populistas neo-brandesianos, sustentam a total e completa reformulação do direito antitruste. Por fim, modernistas pregam transformações pontuais nas normas, ainda que a nível infralegal, possibilitando aos julgadores relativizarem alguns preceitos legais.

Essa evolução dos modelos analíticos pode ser percebida nas iniciativas regulatórias ou persecutórias na Europa e Estados Unidos. É possível, inclusive, classificar, no tempo, tais jurisdições nessas diferentes perspectivas de modelos analíticos. Explica-se.

As autoridades concorrenciais europeias foram as primeiras a agir concretamente contra o avanço das *big techs* sobre a concorrência. Em 2010 foi instaurado o primeiro caso contra o Google (AT.39740) pela Comissão Europeia e o segundo em 2015 (AT.40099). Em 2016, a autoridade concorrential alemã passou a investigar o Facebook (B6-22/16) e, no mesmo ano, a Comissão Europeia instaurou mais um processo em face do Google (AT.40411). Em 2017, nenhum processo foi instaurado, mas entre os anos de 2018 e 2019 tal padrão de investigação das *big techs* foi se espraiando pela Europa. A autoridade italiana processou o Facebook (PS11112), a Apple e a Samsung (OS 11009 e OS11039), além de Amazon (A528) e Google (A529). Já a autoridade alemã investigou a Amazon (B2-88/18) e a autoridade francesa o Google (19/0030 F). Na Holanda a Apple foi investigada (ACM/18/032693) e, por fim, a Comissão Europeia instaurou processo contra a Amazon (AT.40462)<sup>15</sup>.

O que se percebe dos casos instaurados até 2019 é que o foram muito mais em face de dúvidas acerca da forma de atuação das *big techs* nos mercados digitais do que em razão de condutas indubitavelmente anticompetitivas. Apesar de, ao fim das investigações, após anos de instrução dos processos, a grande maioria delas ter resultado em aplicação de penalidades por infrações concorrenciais, no momento de sua instauração o que se notava era um real desconforto das autoridades e da sociedade quanto às atividades das grandes plataformas digitais. Pode-se dizer, portanto, que, naquele momento, a realidade europeia se aproximou dos ideais neo-brandesianos.

A partir de 2020, tendo havido o julgamento, e condenação em alguns casos, de *big techs* por infrações concorrenciais em casos instaurados até 2019, as autoridades europeias desenvolveram massa crítica perceberam a dificuldade de persecução das grandes plataformas digitais com base no ordenamento jurídico concorrential vigente. Naquele momento, então, passou a Europa a se movimentar no sentido de alterar o ferramental analítico antitruste para o enfrentamento das questões oriundas dos mercados digitais.

---

<sup>15</sup> Detalhes de todas as investigações podem ser encontrados no Capítulo 3.1.2.2.

Assim, se num primeiro momento, até 2019, a movimentação contra as *big techs* teve origem na velocidade com que elas conseguiram poder de mercado – preocupação com o tamanho dos *players* e concentração de mercado, típica dos neo-brandesianos -, a partir de 2020, notou-se a necessidade de conferir às autoridades ferramentas mais claramente definidas para investigar mercados digitais, sem necessariamente uma alteração abrupta na legislação concorrencial.

Nesse contexto, em 2020, a Comissão Europeia lançou a proposta de regulação dos mercados digitais materializada no DMA (Capítulo 3.1.1.3) e o Reino Unido, em 2021, a proposta de criação da Digital Markets Unit (Capítulo 3.1.1.5). Tais propostas legislativas têm em comum a busca por conferir mais poderes investigativos às autoridades concorrenciais, mediante a criação de regras claras a serem aplicadas às *big techs*, suas responsabilidades inerentes ao poder de mercado que possuem, além de certas presunções relativas contra elas.

Também após 2020, notou-se um crescimento no número de investigações na Europa contra as grandes plataformas digitais. A partir daí, os fundamentos de tais investigações se tornaram mais robustos, tanto pelo lado da acusação, quanto pelo da defesa, e os casos passaram a ter cunho mais técnico. Se até 2019 foram verificados 13 (treze) casos envolvendo mercados digitais, a partir de 2020 foram 27 (vinte e sete). Ou seja, dois terços das investigações se concentram no período após 2020.

Pode-se, portanto, diante do aumento do número casos e da qualidade das discussões neles contidas, mas, principalmente, dos movimentos legislativos da Comissão Europeia e do Reino Unido, classificar, a nosso ver, a partir de 2020, as autoridades concorrenciais europeias como com viés modernista.

No que diz respeito à realidade norte-americana, da mesma forma, pode-se fazer um recorte em relação aos cenários de antes e depois do ano de 2020. Isso porque antes de 2020 não foram identificadas investigações norte-americanas versando sobre temas concorrenciais nos mercados digitais (Capítulo 3.2.4). Da mesma forma, não havia qualquer movimentação regulatória das autoridades nesse sentido. Em verdade, nota-se que a autoridade confiava na suficiência do seu regramento jurídico vigente e, além disso, confiava na autorregulação do mercado, inexistindo o afã punitivo contra as *big techs* simplesmente em razão de seu tamanho. Em outras palavras, a situação até 2020 parecia não incomodar as autoridades norte-americanas.

Nesse contexto, pode-se afirmar que as autoridades concorrenciais norte-americanas, até 2020, possuíam viés tradicionalista. Isto é, confiavam nos preceitos da Escola de Chicago, inclusive no postulado de intervenção mínima estatal.

A partir de 2020, no entanto, nota-se uma mudança de comportamento. A concentração dos mercados digitais e a dominância das grandes plataformas digitais passou a ser vista com ressalvas e receios. Em 2020, foram propostas cinco grandes ações contra Google e Facebook. Já em 2021, Amazon, Apple e, novamente, Google foram processadas<sup>16</sup>.

Também a partir de 2020 o debate acadêmico ganhou relevância perante as autoridades norte-americanas, tendo sido produzido o relatório *Investigation of Competition in Digital Markets – Majority Staff Report and Recommendations* (Capítulo 3.2.1), que culminou em propostas legislativas envolvendo questões concorrenciais nos mercados digitais.

Em verdade, em 2021, foram apresentadas ao Congresso norte-americano quatro propostas de alterações legislativas. Trata-se do Projeto de Lei H.R. 3825, denominado *Ending Platform Monopolies Act* (Capítulo 3.2.2.1), o Projeto de Lei S. 2992, denominado *American Choice and Innovation Online Act* (Capítulo 3.2.2.2), o Projeto de Lei H.R. 3826, denominado *Platform Competition and Opportunity Act* (Capítulo 3.2.2.3) e, por fim, o Projeto de Lei S. 228, conhecido como *Merger Filing Fee Modernization* (Capítulo 3.2.2.4).

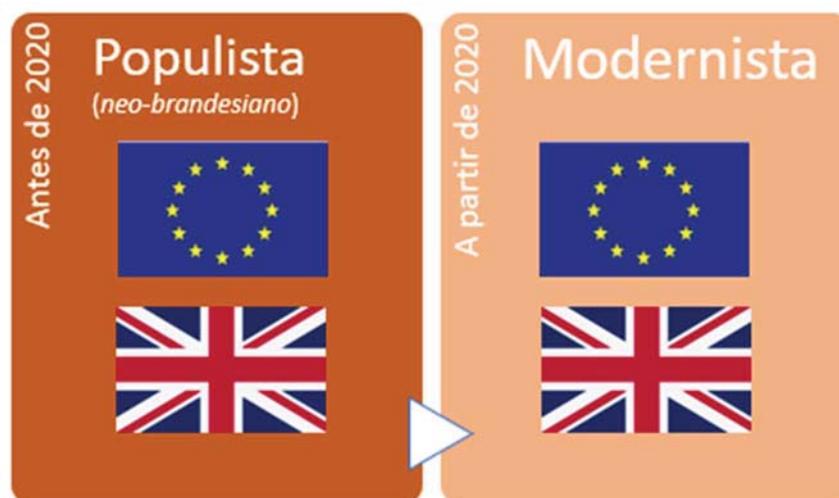
É nítida, portanto, a mudança da perspectiva norte-americana envolvendo a política antitruste e os mercados digitais. Passou-se, no cenário anterior a 2020, de um viés tradicionalista para, no cenário posterior a 2020, um contexto modernista. É importante registrar, contudo, que não se pode ignorar a possibilidade desse viés, num futuro próximo, se aproximar do neo-brandesiano, sobretudo em razão dos atuais envolvidos na definição da política concorrencial norte-americana, Lina Khan, presidente da Federal Trade Commission, e Tim Wu, conselheiro de política de tecnologia da Casa Branca, ambos expoentes do movimento populista.

O panorama que se pode verificar, portanto, é o ilustrado nas imagens abaixo, que indica uma convergência das políticas regulatórias antitruste alinhada ao movimento modernista (Ilustrações 20 e 21).

---

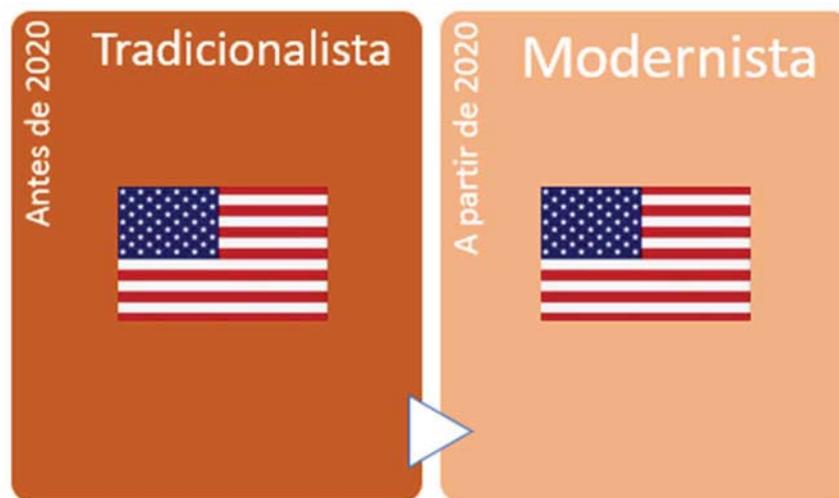
<sup>16</sup> Detalhes de todas as investigações podem ser encontrados no Capítulo 3.2.4.2.

Ilustração 20 - Classificação da jurisdição concorrencial europeia conforme o modelo analítico antitruste



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Ilustração 21 - Classificação da jurisdição concorrencial norte-americana conforme o modelo analítico antitruste



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Traçado o padrão das jurisdições que se considera mais relevantes para os fins desta pesquisa, passa-se, portanto, ao caso brasileiro.

No Brasil, também é possível identificar uma alteração de padrão analítico após o ano de 2020. Ocorre que tal transição é mais sutil se comparada às ocorridas na Europa e Estados Unidos da América. Explica-se.

Ao passo que nos casos europeu e norte-americano houve evolução regulatória com a efetiva proposição de normas a regular especificamente o tema, no Brasil tal

movimentação ainda não ocorreu. Ao que tudo indica, a autoridade considerou, mesmo que tacitamente<sup>17</sup>, o custo do erro, conceito introduzido por Easterbrook, que dizia que erros na persecução que eventualmente tolerem práticas anticompetitivas seriam autocorretivos pelas forças de mercado, ao passo que, por outro lado, intervenções excessivas pela autoridade não (SHAPIRO, 2021, p. 37).

No entanto, como explicado nos Capítulos 2.1 e 2.3, a opção de não regular, não obstante constituir política regulatória justificável em certas hipóteses inclusive, pode ter efeitos perversos se considerado o ciberespaço e, conseqüentemente, os mercados digitais. Tanto é verdade, que as características dos mercados digitais e o cenário de concentração nesses segmentos verificado na Europa e Estados Unidos da América, e que lá demandaram atuação direta das autoridades, se repete no Brasil. Ana Frazão, de forma bastante elucidativa, acrescenta que os riscos de captura do Estado não podem justificar a ausência de regulação (2022).

Apesar da ausência atual de regulação, ao menos desde 2020, é possível afirmar que o Brasil não está mais inerte e parece estar, ainda que a passos lentos, perdendo o receio do custo do erro. A própria autoridade concorrencial brasileira já passou a estudar o tema, por meio do DEE (Capítulos 4.1.1.1 e 4.1.1.2), demonstrando que não se pode desconsiderar a hipótese de avanço regulatório num futuro próximo.

Além disso, os julgados da autoridade concorrencial brasileira vêm reforçando a ideia de evolução do sistema analítico. Nota-se que no período anterior a 2020 não há qualquer condenação do Cade às *big techs* por práticas anticompetitivas nos mercados digitais (Capítulo 4.1.1.2.2).

Em verdade, nesse período, algumas investigações foram arquivadas mediante análises superficiais, como em caso instaurado contra a Uber por eventual prática de *sham litigation* em que foi afirmado que as ações ajuizadas pela Uber seriam justificáveis em razão da novidade do modelo de serviços, havendo efetiva dúvidas sobre sua ilegalidade (BRASIL, 2015). Já em outros dois casos contra a Uber, os processos administrativos sequer chegaram a ser instaurados por ter afirmado a Superintendência-Geral do Cade não ter competência para analisar a matéria envolvendo assimetrias regulatórias (BRASIL, 2015b, 2017). Já num caso envolvendo a cadeia econômica do mercado de

---

<sup>17</sup> Alexandre Cordeiro, atual Presidente do Cade, afirma que a *onda hipster* e a tentativa de ampliação dos objetivos do antitruste “para incluir no seu escopo questões sociais e políticas pode ter conseqüências sérias para a concorrência” (CORDEIRO, 2021, *online*).

distribuição de música online, o Cade afirmou que uma intervenção naquele momento poderia resultar em um desequilíbrio concorrencial (BRASIL, 2016c). Victor Fernandes, bem pontua a superficialidade das análises empregadas pelo Cade em relação aos regimes de presunção de ilicitude e os testes jurídicos aplicáveis em determinados casos envolvendo mercados digitais (FERNANDES, 2021, p. 317, no prelo). O fato é que o mérito das questões não foi propriamente analisado, posto que o arquivamento se deu com base em aspectos técnicos anteriores, além do aparente receio do Cade do custo da intervenção nos mercados digitais.

Por outro lado, num período mais recente, após 2020, a autoridade concorrencial brasileira enfrentou os mercados digitais de maneira mais vigorosa. Foram adotadas, inclusive, ações pouco convencionais contra grandes plataformas digitais, as medidas preventivas, que possuem caráter excepcional. Foi o caso das medidas preventivas impostas ao iFood (Capítulo 4.1.1.2.2.1.1) e à Gympass (Capítulo 4.1.1.2.2.1.2). Deve-se mencionar, ainda, as restrições impostas à operação envolvendo a J3 Participações Ltda. e a Bus Serviços de Agendamento S.A., ou ClickBus, em que o Cade condicionou o fechamento do negócio ao cumprimento de obrigações de não discriminação e tratamento de dados pela plataforma digital envolvida (Capítulo 4.1.1.2.2.1.4).

Tal cenário revela, portanto, antes de 2020, postura próxima ao modelo analítico tradicionalista por parte da autoridade concorrencial brasileira. Após 2020, no entanto, o modelo analítico parece, tal como na Europa e Estados Unidos, convergir para o modernista, com aceno, em uma ocasião, no caso da investigação envolvendo o mercado de trabalho da indústria de *healthcare* (Capítulo 4.1.1.2.2.1.3), ao neo-brandesiano populista. Frise-se que no último caso, não houve qualquer manifestação por parte do Tribunal do Cade ainda.

Diante desse contexto, a evolução brasileira pode ser ilustrada pela imagem abaixo (Ilustração 22).

Ilustração 22 - Classificação da jurisdição concorrencial brasileira conforme o modelo analítico antitruste



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Conclui-se, portanto, que o modelo analítico antitruste que vem sendo implementado pelas autoridades concorrenciais brasileiras a partir de 2020, com indicativos, mesmo que modestos, de ideais modernistas, parece convergir com as melhores práticas adotadas pelas jurisdições mais avançadas em matéria concorrencial. Contudo, de forma que tal modelo seja plenamente aplicável, bem como para garantir segurança jurídica aos administrados, é imperioso que a política concorrencial brasileira também avance em termos normativos, aspecto esse que será abordado a seguir.

#### 4.2.2 Da criação da figura da Plataforma Digital Relevante

Nessa pesquisa serão propostas medidas de melhoria regulatórias em relação ao controle preventivo (Capítulo 4.2.3) e controle repressivo (Capítulo 4.2.4) exercido pelas autoridades concorrenciais brasileiras, além de medidas de *advocacy* (Capítulo 4.2.5) e estruturais (Capítulo 4.2.6). Antes, contudo, é importante passar por uma proposta fundamental a todas as outras, a criação da figura da Plataforma Digital Relevante, agente que será objeto da política antitruste, o sujeito passivo da norma. É o que se passa a explicar.

A criação de uma figura jurídica a identificar o sujeito passivo da política concorrencial envolvendo mercados digitais é o ponto em comum das propostas identificadas no âmbito desta pesquisa. Tanto na Europa e Reino Unido, quanto nos Estados Unidos da América houve tal iniciativa.

Na Europa, surgiu o conceito de *gatekeeper* (Capítulo 3.1.1.2.1) e no Reino Unido a figura das entidades detentoras de *strategic market status* (Capítulo 3.1.1.5). Já nos Estados Unidos da América, a nomenclatura adotada foi a de *coverage platforms* (Capítulos 3.2.2.1 e 3.2.2.3). Em todos os casos, trata-se dos agentes que deverão se submeter às regras concorrenciais aplicáveis aos mercados digitais. São agentes que, em razão de sua dominância, têm atribuída a si certa responsabilidade especial sobre os mercados digitais.

O conceito de responsabilidade especial de agentes dominantes não é, frise-se, novidade para o direito concorrencial. Pierre Larouche e Maarten Pieter Scinkel, por exemplo, afirmam que se espera de firmas dominantes uma responsabilidade no sentido que elas atuem ativamente para garantir a aplicação da legislação concorrencial mediante a autoavaliação de suas próprias condutas (LAROUCHE; SCHINKEL, 2013, p. 14). Já Richard Wish sustenta que agentes com dominâncias próximas a monopólios devem se submeter a certas responsabilidades onerosas, pela mesma razão que agentes que controlam *essential facilities* têm a obrigação, em certos casos, de franquear acesso a tais infraestruturas essenciais (WHISH; BAILEY, 2015, p. 185).

Assim, diante da responsabilidade intrínseca a agentes dominantes, sobretudo em mercados digitais, e com o intuito de garantir maior aplicabilidade e segurança jurídica às propostas de alteração regulatória que serão feitas nesta dissertação, é que parece prudente que, tal como fizeram as autoridades europeias e norte-americanas, a autoridade concorrencial brasileira adote critério de definição dos agentes dominantes nos mercados digitais. Sugere-se, pois, uma definição.

Como nomenclatura, propõe-se a adoção do termo Plataforma Digital Relevante, ou, simplesmente, PDR, para designar tais agentes. Uma PDR pode oferecer ampla variedade de serviços na internet, tais como *e-commerce*, mídias sociais, mecanismos de busca, aplicativos, sistemas de pagamentos, assistentes virtuais, dentre vários outros (BRASIL, 2021, p. 8).

Sobre os serviços prestados pela PDR, ao contrário do que fez o DMA, propõe-se não os listar taxativamente. Isso porque uma das principais discussões que se tem na Europa sobre o DMA é justamente sobre o escopo dos agentes a serem considerados *gatekeepers* (Capítulo 3.1.1.4), com pressão de grupos que pretendem ficar de fora do conceito. Além disso, diante da rapidez e da fluidez dos serviços prestados nos mercados

digitais, tudo leva a crer que qualquer lista taxativa se tornará obsoleta pouco tempo após a sua criação.

Portanto, sugere-se adotar, como conceito de PDR, um que seja suficientemente amplo e capaz de abarcar toda forma de atuação das plataformas digitais. Nesse sentido, excelente opção é o conceito adotado pelo DEE, com base em estudo da OCDE (2019), para definir plataforma online, qual seja, agente prestador de “um serviço digital que facilita as interações entre dois ou mais conjuntos distintos e interdependentes de usuários que interagem através da via Internet.” (BRASIL, 2021, p. 8).

Ocorre, no entanto, que não é razoável que todo e qualquer agente prestador de serviço digital facilitador de interações entre usuários na internet seja considerado uma PDR. Até porque a definição do sujeito passivo da norma seria tão ampla que geraria efeito reverso ao que se pretende, qual seja, a objetivação dos destinatários da regulação.

Nesse sentido, algumas métricas poderiam ser adotadas para a delimitação do conceito de PDR. Uma delas seria o faturamento, por exemplo. O DMA, inclusive, considera esse critério ao exigir, para a caracterização de um agente como *gatekeeper*, faturamento anual no Espaço Econômico Europeu igual ou superior a EUR 6,5 bilhões (seis bilhões e quinhentos milhões de euros) nos três últimos exercícios financeiros ou tiver capitalização média de mercado equivalente a pelo menos EUR 65 bilhões (sessenta e cinco bilhões de euros) no último exercício financeiro. As *covered platforms* norte-americanas também contam com tal critério, sendo assim definidas quando ultrapassam o faturamento líquido anual ou capitalização de mercado superior a USD 600 bilhões (seiscentos bilhões de dólares) no caso do *Ending Platform Monopolies Act* (Capítulo 3.2.2.1.) e do *Platform Competition and Opportunity Act of 2021* (Capítulo 3.2.2.3) e USD 550 bilhões (quinhentos e cinquenta bilhões de dólares) no caso do *American Choice and Innovation Online Act* (Capítulo 3.2.2.2).

A simples discrepância dos valores considerados na Europa e nos Estados Unidos da América, revela a fragilidade de tal critério. Na Europa, inclusive, esse é um ponto que se tenta alterar no DMA (Capítulo 3.1.1.4). Esse estudo sugere, pois, cautela na adoção do critério de faturamento para a definição de PDR.

A verdade é que sendo plataformas digitais agentes usualmente com atuação global, inúmeros fatores podem servir para mascarar, ou, no mínimo, ensejar discussões, sobre o cômputo de seu faturamento no Brasil, tais como a variação cambial, o país de registro de suas receitas, a origem dessas receitas, questões tributárias e outras. Suponha-

se, por exemplo, a venda realizada por intermédio de uma plataforma com sede nos Estados Unidos da América, a um consumidor brasileiro, de um produto cujo fornecedor está na China, na moeda estadunidense. Não é trivial afirmar que tal faturamento seria considerado faturamento da PDR no Brasil.

Outra questão que se coloca é que mercados digitais são marcados por uma dinâmica de precificação não usual (Capítulo 2.2.4), o que torna ainda mais complexa a utilização da métrica de faturamento para a definição de PDR. Também em razão disso, tem-se que a ausência de faturamento, por si só, não seria capaz de afastar a importância concorrencial de certas plataformas digitais.

Por fim, outro entrave à utilização do critério de faturamento é o tempo a ser considerado para seu cômputo. Ao passo que a proposta europeia considera os três últimos exercícios financeiros, por exemplo, a norte-americana considera o prazo anual. O dilema que se tem é que, um prazo excessivamente curto pode excluir agentes importantes, mas que em determinado período reduzido não registraram faturamento, ou um prazo demasiadamente longo pode incluir agentes de menor relevância, mas que num contexto agregado faturaram alto.

Além disso, o critério de faturamento estaria sempre sujeito a variações inesperadas, incluindo ou excluindo do conceito, despropositadamente, agentes que perceberam tais desvios. O fato é que, diante da dinamicidade dos mercados digitais, bem como da sua forma peculiar de precificação e cálculo de faturamento, é igualmente complexo estabelecer tal lapso temporal.

Diante disso, propõe-se que, para a definição de PDR, não seja utilizada uma métrica financeira, seja ela o faturamento da plataforma, sua monetização ou qualquer outra. Ao nosso ver, o critério mais adequado para a definição de PDR seria o de número de usuários da plataforma, segmentados entre usuários finais e comerciais.

O critério de número de usuários é considerado pela Europa e pelos Estados Unidos da América em suas propostas regulatórias. Nos termos do DMA, o critério é de 45 (quarenta e cinco) milhões de usuários finais e mais de 10 (dez) mil usuários comerciais ativos mensalmente estabelecidos na Comunidade Europeia no último exercício financeiro, cumulativamente. Já nos Estados Unidos, seriam 50 (cinquenta) milhões de usuários finais mensais ativos ou, alternativamente, 100 (cem) mil usuários comerciais mensais, nos termos do *Ending Platform Monopolies Act*, *American Choice and Innovation Online Act* e o *Platform Competition and Opportunity Act*.

A definição do número mínimo de usuários a configurar o sujeito passivo das normas concorrenciais afetas aos mercados digitais certamente depende da realidade de cada país. No caso brasileiro, para tal definição, pode-se levar em consideração dois fatores: (i) o número de usuários online; e (ii) a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), a lei de defesa da concorrência do Brasil. Explica-se.

O DEE do próprio Cade registra que o percentual de pessoas que acessam a internet vem crescendo continuamente no Brasil, sendo que o Brasil seria o segundo país com o maior crescimento no mercado de aplicativos. Apurou o DEE que o percentual de brasileiros que acessaram a internet nos últimos meses seria de 74% (setenta e quatro por cento) (BRASIL, 2021, p. 9). De forma conservadora, considerar-se-á o dado do DEE como correto, até porque, como foi registrado em documento do próprio Cade, serve, em teoria, para guiar suas políticas.

Considerando-se a estimativa do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de que a população brasileira é de cerca de 214,2 (duzentos e catorze inteiros e dois décimos) milhões de habitantes (BRASIL, [s.d.]), 74% (setenta e quatro por cento) dela representaria, aproximadamente, 158,5 (cento e cinquenta e oito inteiros e cinco décimos) milhões de usuários ativos de Internet. Esse é, portanto, o valor a ser considerado como o tamanho do mercado digital brasileiro em termos de número de usuários. Frise-se que, diante da tendência de crescimento do número de usuários, o risco de tal número estar superestimado é baixo.

Partindo-se, pois, do número de usuários presentes nos mercados digitais brasileiros, isto é, 158,5 (cento e cinquenta e oito inteiros e cinco décimos) milhões, passa-se à aplicação da lei de defesa da concorrência. O artigo 36, §2º da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) determina que se presume posição dominante sempre que uma empresa ou grupo econômico controlar 20% (vinte por cento) ou mais de um mercado. Assim sendo, deteriam posição dominante no Brasil plataformas que possuíssem 31,7 (trinta e um inteiros e sete décimos) milhões de usuários finais ou mais.

Em relação ao número de usuários comerciais, pode ser adotado o mesmo racional. A 7ª (sétima) edição da pesquisa *Perfil do E-Commerce Brasileiro* indica que o Brasil totaliza 1,59 (um inteiro e cinquenta e nove centésimos) milhão de lojas online (PAYPAL BRASIL; BIGDATACORP., 2021). Sendo, conservadoramente, considerado esse o universo de usuários comerciais brasileiros, 20% (vinte por cento) deles representaria 318 (trezentos e dezoito) mil usuários. Percebe-se que tal número reflete

bem a realidade, posto que aponta a referida pesquisa que se considerados os 20 (vinte) principais *marketplaces* do Brasil, 372 (trezentos e setenta e dois) mil empresas estão vendendo em algum deles.

Portanto, em relação ao número de usuários, os critérios a definirem uma PDR seriam: (i) presença de 31,7 (trinta e um inteiros e sete décimos) milhões ou mais de usuários finais ativos; ou (ii) presença de 318 (trezentos e dezoito) mil ou mais de usuários comerciais ativos, devendo tais números serem atualizados sempre que se mostrarem desproporcionais à realidade, a critério da autoridade. Sugere-se que tais critérios sejam alternativos, mas não cumulativos, sobretudo diante da característica de *feedback loop* dos mercados digitais (Capítulo 2.2.1), em que quanto mais usuários finais se tem, mais usuários comerciais se atrai e vice-versa, num sistema de retroalimentação da plataforma. Além do mais, atingidos tais limiares, restará configurado o poder de mercado, independentemente um do outro. Por fim, é importante registrar que, muito provavelmente, se atingido um dos critérios de números de usuários, o outro naturalmente será atingido, justamente em razão da característica de retroalimentação acima mencionada.

Sobre o lapso temporal a ser considerado para a apuração de tais números, como dito, esse não pode ser demasiadamente curto ou longo. Assim, para se manter a coerência com outros sistemas legais brasileiros, propõe-se a adoção do critério de exercício financeiro previsto na lei de normas gerais de Direito Financeiro, a Lei nº 4.320/1964 (BRASIL, 1964), que determina, em seu artigo 34, que o exercício financeiro coincidirá com o ano civil. Dessa forma, também não se onerará as PDRs com apurações sucessivas de número de usuários durante o ano corrente, tampouco fará com que essas tenham de alterar suas políticas com o exercício financeiro em curso.

Portanto, o que se propõe é que o conceito de PDR, para fins de aplicação da regulação que se apresentará abaixo, seja o de que, constituem plataformas digitais relevantes quaisquer serviços digitais que facilitem as interações entre dois ou mais conjuntos distintos e interdependentes de usuários que interagem através da internet e que contem, no último exercício financeiro, com 31,7 (trinta e um inteiros e sete décimos) milhões ou mais de usuários finais 318 (trezentos e dezoito) mil ou mais de usuários comerciais.

Num panorama comparativo com outras jurisdições, o cenário que se teria é o seguinte (Ilustração 23):

Ilustração 23 - Quadro comparativo dos sujeitos passivos da regulação concorrencial sobre mercados digitais – proposta de Plataforma Digital Relevante – PDR para o Brasil

		
<p><b>Gatekeeper</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 45 milhões de usuários finais; e</li> <li>- 10 mil usuários comerciais.</li> <li>- Faturamento: EUR 6,5 bilhões nos últimos 3 exercícios financeiros ou capitalização média anual de EUR 65 bilhões.</li> </ul>	<p><b>Covered Platform</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 50 milhões de usuários finais; ou</li> <li>- 100 mil usuários comerciais.</li> <li>- Faturamento: USD 600 ou 550 bilhões nos 12 meses antecedentes.</li> </ul>	<p><b>Plataforma Digital Relevante</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- 31,7 milhões de usuários finais; ou</li> <li>- 318 mil usuários comerciais.</li> </ul>

Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

A definição clara dos sujeitos passivos da regulação é de fundamental importância para garantir previsibilidade e segurança jurídica aos administrados, além de permitir à autoridade concorrencial a aplicação mais eficiente de seus recursos, evitando investigações de agentes que, ao final, resem archivas por questões anteriores ao mérito, como já ocorreu no Brasil (Capítulo 4.1.1.2.2).

Estabelecido, pois, quem seriam os agentes a serem presumidamente considerados detentores de poder de mercado e, portanto, sujeitos a responsabilidades especiais sob a ótica do direito concorrencial, passa-se, a seguir, à proposição de regras a eles aplicáveis.

Primeiramente, serão apresentadas as propostas regulatórias em relação aos atos de concentração econômica nos mercados digitais (Capítulo 4.2.3). Após, aquelas relacionadas às investigações por condutas anticompetitivas (Capítulo 4.2.4). Em seguida, será apresentada proposta sob o viés da promoção da concorrência nos mercados digitais (Capítulo 4.2.5) e, por fim, sugestão de alteração estrutural no Cade para melhor endereçamento das questões concorrenciais nesses mercados (Capítulo 4.2.6).

### **4.2.3 Da proposta regulatória antitruste sob a perspectiva dos atos de concentração econômica**

A proposta regulatória que ora se apresenta em relação aos atos de concentração econômica realizados por Plataformas Digitais Relevantes pode ser dividida em duas frentes. A primeira diz respeito ao critério de notificação de tais operações (Capítulo 4.2.3.1). Já a segunda se refere aos critérios de análise de tais operações pelas autoridades concorrenciais brasileiras (Capítulo 4.2.3.2). Passa-se a cada um deles.

#### *4.2.3.1 Dos critérios de notificação das operações envolvendo Plataformas Digitais Relevantes sob a perspectiva dos atos de concentração econômica*

Nos termos do artigo 90 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), realiza-se um ato de concentração econômica quando duas ou mais empresas anteriormente independentes se fundem, quando uma ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por qualquer meio ou forma, o controle ou parte de uma ou outras empresas ou quando duas ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*. Percebe-se, pois, que o conceito vai desde operações societárias em si até arranjos contratuais que tenham por efeito afetar a concorrência.

As operações que se enquadrem nos critérios acima devem ser submetidas à autoridade concursal brasileira desde que cumpram outro requisito, o de faturamento dos grupos econômicos envolvidos no ato de concentração. No Brasil, nos termos do artigo 88, I e II e da Portaria Interministerial nº 994/2012 (BRASIL, 2012b), deverão passar pelo crivo das autoridades concorrenciais brasileiras atos de concentração em que, cumulativamente, pelo menos um dos grupos envolvidos tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e, pelo menos um outro grupo envolvido na operação atinja, nas mesmas condições, a cifra de R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

Tal critério de faturamento é o elemento chave no que diz respeito aos mercados digitais. Isso porque as operações envolvendo *big techs* de um lado, têm, do outro, usualmente, *startups* ou empresas nascentes que não atingem o limite mínimo necessário

para que os negócios sejam submetidos ao Cade. Nesse contexto, sem, em princípio, infringir qualquer norma concorrencial, as grandes plataformas digitais podem implementar estratégias de aquisição de potenciais rivais sem que o Cade tenha de autorizá-las.

Nesse contexto, surge o conceito de *killer acquisition*. Trata-se de casos em que a estratégia da empresa adquirente é “descontinuar o desenvolvimento dos projetos de inovação dos alvos e antecipar a concorrência futura.” (CUNNINGHAM; EDERER; MA, 2020). Como exemplo de aquisições em série acontecidas no Brasil e que não foram submetidas ao crivo do Cade, pode-se mencionar o caso do iFood, detentor da maior plataforma de pedidos de comida online do país. Explica-se.

Entre 2014 e 2020, foi possível identificar 14 (catorze) aquisições implementadas pelo iFood<sup>18</sup>. Em 2014, o iFood adquiriu: (i) Central do Delivery; (ii) Restaurante Web; (iii) Alakarte; e (iv) Papa Rango. Em 2015, adquiriu: (v) ADelivery; (vi) Apetitar; e (vii) Netcook. Já em 2016, adquiriu mais três empresas: (viii) Devorando; (ix) SpoonRocket; e (x) Hellofood. Em 2018, o iFood adquiriu a: (xi) Pedidos. Já e, em 2020, mais três empresas: (xii) Hekima (STARTSE; ORTEGA, 2020); (xiii) Comanda (EXAME, 2020); e (xiv) SiteMercado (EXAME; INGIZZA, 2020).

Nenhuma dessas operações foi notificada ao Cade, justamente por não terem as empresas adquiridas registrado o faturamento mínimo exigido em lei para tanto. Portanto, se por um lado, não houve qualquer infração da legislação concorrencial tal como posta, por outro, não se sabe os efeitos a longo prazo que tais operações podem ter tido sobre o mercado brasileiro de pedidos de comida online.

É importante registrar que a lei concorrencial brasileira não está desguarnecida nesse sentido. Isso porque o §7º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) faculta ao Cade, no prazo de um ano a contar das respectivas datas de consumação das operações, determinar a sua submissão à análise concorrencial. Ocorre que, sem a definição de critérios claros para tanto, a norma se torna de baixa aplicação. Há duas razões principais para isso.

A primeira diz respeito ao altíssimo custo de monitoramento constante dos mercados pelo Cade, sendo que somente com tal supervisão a autoridade concorrencial

---

<sup>18</sup> Conforme veiculado em diversos canais de notícias (AGÊNCIA IN, 2014; BAGUETE; MERKER, 2015; BAGUETE; ROSALES, 2020; BAGUETE; SOUZA, 2016; EXAME, 2020; EXAME; INGIZZA, 2020; EXAME; LAM, 2015; EXAME; ZUINI, 2014; FOLHA DE S.PAULO, 2016; FORBER BRASIL; MANZONI, 2017; G1, 2014; PROPMARK, 2015).

brasileira estaria apta a determinar a submissão de todos os atos de concentração que, apesar de não atingidos os critérios estabelecidos em lei, poderiam impactar a concorrência. Em verdade, a Autarquia já possui escassos recursos e aplicá-los em tal monitoramento amplo e constante dos mercados indefinidamente não se mostra razoável. A segunda razão é a confidencialidade das operações ocorridas no mercado, o que dificulta seu monitoramento, ainda que as autoridades se proponham a fazê-lo.

Assim, de modo a efetivamente regular as operações de concentração realizadas por agentes dominantes nos mercados digitais, é prudente o estabelecimento de regras que permitam tanto aos agentes, quanto às autoridades, terem visibilidade do que deve passar pelo crivo do Cade ou não. Para tanto, propõe-se a adoção dos seguintes critérios.

Sem necessidade de qualquer alteração na Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), poderia ser estabelecida a obrigação das Plataformas Digitais Relevantes de informar ao Cade as operações realizadas nos últimos 12 (doze) meses que, se somados os faturamentos de todos os grupos econômicos envolvidos nas operações, atingiram os critérios legais. Explica-se.

Suponha-se que em março de 2021 uma plataforma dominante, com faturamento superior a R\$ 750 milhões (setecentos e cinquenta milhões de reais) tenha adquirido empresa que tenha registrado faturamento no ano anterior de R\$ 15 milhões (quinze milhões de reais), operação que não seria de submissão obrigatória ao Cade. Suponha-se, ainda, que, em julho de 2021, tenha a referida plataforma adquirido outra empresa cujo faturamento foi de R\$ 30 milhões (trinta milhões de reais), também sem a necessidade de notificação ao Cade. Já em dezembro de 2021, adquiriu empresa com o faturamento de R\$ 18 milhões (dezoito milhões de reais) e, em fevereiro de 2022, outra com faturamento de R\$ 13 milhões (treze milhões de reais). Em todos os casos, seria dispensável a notificação das operações ao Cade.

Em fevereiro de 2022, no entanto, se somadas as receitas das empresas adquiridas nos últimos 12 (doze) meses, seria atingido o critério mínimo de faturamento, de R\$ 75 milhões (setenta e cinco milhões de reais), estabelecido em lei para que operações tenham que ser aprovadas pelo Cade. A proposta que se faz é que, nesse momento, surja a obrigação da PDR de informar - não notificar - ao Cade as operações realizadas pela plataforma nos últimos 12 (doze) meses. Após, caberia ao Cade, a depender do caso concreto, determinar a submissão – leia-se notificação - de uma, algumas ou todas as operações como atos de concentração nos termos da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Perceba-se que, para tanto, não há necessidade de alteração legislativa, mas simplesmente que o Cade faça uso da faculdade que lhe é conferida pelo §7º do artigo 88 da Lei nº. 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Não há, também, que se falar em criação de custo para a PDR, haja vista que apenas informar ao Cade uma lista com a descrição mínima dos detalhes das operações realizadas nos últimos 12 (doze) meses não cria ônus a elas relevantes, além de ser considerada uma obrigação decorrente da própria responsabilidade que possuem como agentes dominantes.

Sobre as informações a serem apresentadas ao Cade, sugere-se que destas constem: (i) o nome das partes e respectivos grupos econômicos envolvidos nas operações; (ii) o faturamento bruto registrado por essas partes e seus grupos econômicos no ano anterior às respectivas operações; (iii) os mercados de atuação das partes e dos respectivos grupos econômicos envolvidos nas operações; (iv) se as atividades das empresas adquiridas continuam a ser desenvolvidas após as operações; e, por fim, (v) as justificativas econômicas, para a PDR, para a realização das operações.

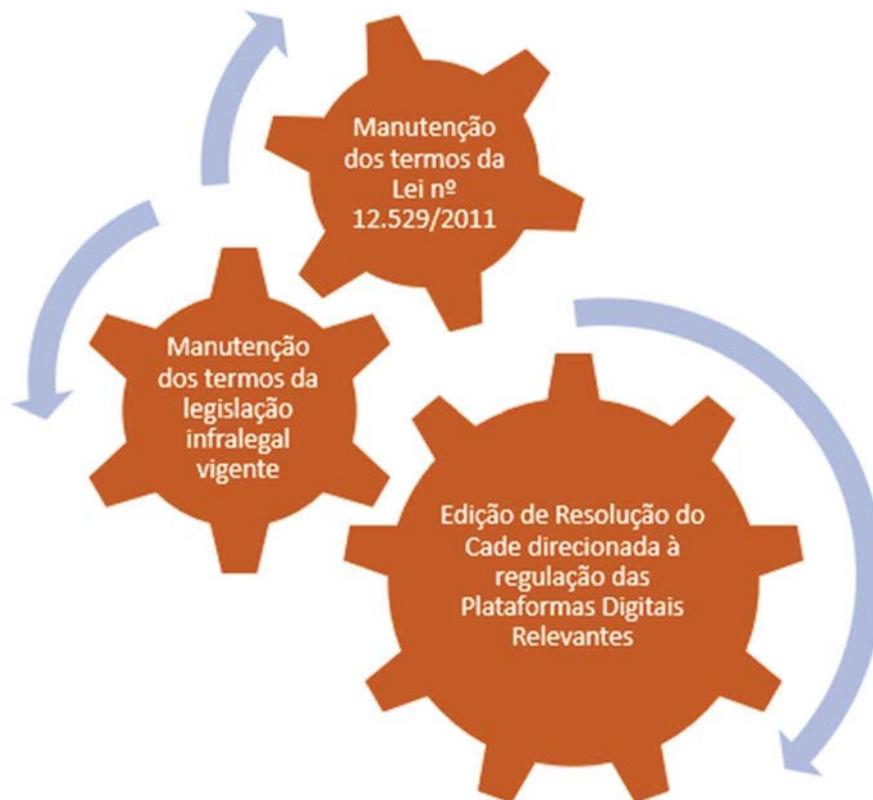
Diante de tais informações, a depender do padrão de aquisição da PDR, analisando-se critérios como: (i) se as operações ocorreram no mesmo mercado; (ii) se a PDR descontinuou as atividades das empresas adquiridas; (iii) se há integrações verticais relevantes entre as atividades das adquiridas e da PDR; (iv) se há sobreposições horizontais entre as atividades das adquiridas e da PDR, dentre outros, o Cade avaliaria se seria o caso de notificação de alguma das operações ou não.

É importante que o Cade seja informado, pela PDR, das operações em até 30 (trinta) dias da data de fechamento da última operação que ensejou a necessidade de reporte à autoridade concorrencial. No caso hipotético acima, as informações deveriam ser submetidas em até 30 (trinta) dias do fechamento da aquisição realizada em fevereiro de 2022. Do ponto de vista da autoridade concorrencial, tem-se que seu prazo para a tomada de providências seria aquele que não extrapolasse um ano da data da operação mais antiga reportada pela PDR, de modo a possibilitar a aplicação do §7º do artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Tem-se, pois, proposta de criação de obrigação às Plataformas Digitais Relevantes que, sem a necessidade de alteração legislativa, permitiria ao Cade analisar operações por elas realizadas e que, a despeito de não cumprirem isoladamente os requisitos legais de submissão mandatória, seriam apresentadas à autoridade concorrencial à medida que se tornassem, em razão de sua recorrência, relevantes do ponto de vista antitruste.

Importante repetir que a engrenagem de regulação dos mercados digitais não demandaria qualquer alteração na Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Em verdade, a proposta que se apresenta é plenamente compatível com o sistema normativo vigente e a ele plenamente aplicável. Em princípio, não se identifica qualquer conflito normativo (Ilustração 24).

Ilustração 24 - Engrenagem da regulação das plataformas digitais relevantes: compatibilidade da regulação proposta com o sistema jurídico atual



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

#### 4.2.3.2 *Dos critérios para análise de mérito das operações envolvendo Plataformas Digitais Relevantes sob a perspectiva dos atos de concentração econômica*

Em relação ao mérito das operações realizadas por uma PDR, também é possível vislumbrar possibilidades de melhorias regulatórias. A primeira delas se refere à forma de definição de mercado relevante e o consequente rito de análise das operações (Capítulo 4.2.3.2.1), a segunda à redefinição dos pontos focais de análise antitruste (Capítulo 4.2.3.2.2) e, por fim, a adoção de certas presunções relativas sobre os efeitos das

operações realizadas por uma PDR em mercados digitais (Capítulo 4.2.3.2.3). Explique-se.

#### 4.2.3.2.1 Da definição de mercado relevante nas operações envolvendo Plataformas Digitais Relevantes e o consequente rito de análise a ser adotado pelo Cade sob a perspectiva dos atos de concentração econômica

Em qualquer análise concorrencial tradicional, a delimitação dos mercados relevantes afetados é indispensável (FORGIONI, 2005, p. 231). Tal delimitação envolve a “identificação do conjunto de agentes econômicos (consumidores e produtores) que efetivamente reagem e limitam as decisões referentes a estratégias de preços, quantidades, qualidade (entre outras) da empresa.” (BRASIL, 2016a, p. 12).

Para tal identificação, tradicionalmente, a delimitação do mercado relevante, seja em seu escopo material ou geográfico, deve ser a mais restrita possível, isso para que se tenha clareza acerca da existência de posição dominante de determinado agente, que os efeitos de determinadas práticas sejam bem visualizados e para que não se subestime condutas ou agentes (BAGNOLI, 2005, p. 141). De maneira resumida, no escopo material, são definidos todos os produtos ou serviços considerados substitutos entre si, considerando-se o ponto de vista da oferta e da demanda. Já no escopo geográfico, considera-se o raio de competição de tais produtos, isto é, até onde o consumidor está disposto a se deslocar para adquirir tais produtos ou serviços.

Apesar de bem sedimentados tais critérios em relação às economias tradicionais, no caso dos mercados digitais há desafios à sua aplicação. O critério de definição de mercado relevante por produto, por exemplo, encontra entraves na característica dos mercados digitais de que os setores são altamente integrados, de forma que devem ser consideradas externalidades decorrentes da atuação em mercados de múltiplos lados.

Além disso, a forma de precificação nos mercados digitais (Capítulo 2.2.4) impõe óbices à aplicação do teste do monopolista hipotético, haja vista este ser baseado na variável de preço. Como nos mercados digitais não existe preço (*zero price*), a aplicação de tal teste perde relevância. Também em razão da forma de precificação, conceitos de substitutibilidade de oferta e demanda aplicáveis a mercados tradicionais encontram barreiras de conformação nos mercados digitais (BELIZARIO; LORENZETTI, 2020, pp.

150–171). Não bastasse, em mercados de múltiplos lados, “[...] preços não representam a totalidade dos ganhos auferidos” (BRASIL, 2020d, p. 19).

Tais desafios e outros (Capítulo 2.2.2) levam à proposição de uma nova forma de definição de mercado relevante. Tal definição é intrinsecamente ligada à própria caracterização do agente como PDR, como se passa a explicar.

A definição de PDR proposta (Capítulo 4.2.2) parte do pressuposto de que determinada plataforma detém mais de 20% (vinte por cento) de um dado mercado. Possui a PDR, portanto, poder de mercado ao menos em um mercado. Assim sendo, e em razão da estrutura dos mercados digitais (Capítulo 2.2.1) e da dinâmica concorrencial nesses mercados (Capítulo 2.2.5), é de se supor que tal poder de mercado avance sobre mercados adjacentes, ainda que a participação de mercado da PDR neles seja inferior a 20% (vinte por cento).

É de se supor, portanto, que o poder de mercado detido pela PDR no seu mercado primário de atuação seja exercido em mercados a ele relacionados, não podendo tal situação ser desconsiderada pelas autoridades concorrenciais. Ocorre que, havendo segmentação rígida de mercado relevante na dimensão produto, pode-se ter cenários em que, a depender dos mercados envolvidos, quando adjacentes, não reste configurado o poder de mercado da PDR, por não deter 20% (vinte por cento) de participação naquele mercado adjacente isoladamente considerado, o que levaria à falsa percepção de que a operação não levantaria preocupações concorrenciais.

Propõe-se, pois, a flexibilização da definição de mercado relevante nos casos envolvendo Plataformas Digitais Relevantes, para que: (i) se considere todos os mercados adjacentes envolvidos como integrantes do mesmo mercado relevante afetado pela operação, isto é, todo o ecossistema da plataforma como um único mercado; e (ii) se considere que a PDR detém poder de mercado em todos eles.

Tais premissas impactarão no seu rito de análise pelo Cade, já que se entende que todas as operações realizadas por determinada PDR e que sejam submetidas ao Cade devem ser analisadas sob o rito ordinário de análise.

Aqui, abre-se parênteses para uma explicação dos ritos de análise de operações pelo Cade. A Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012 (BRASIL, 2012a), do Cade, ao disciplinar a notificação de atos de concentração à autoridade concorrencial, em seu artigo 5º e seguintes, estabelece o procedimento sumário para análise de atos de concentração. Tal procedimento é aplicado aos casos de operações que, em razão de sua simplicidade,

possuam menor potencial ofensivo à concorrência. São hipóteses de operações analisadas sob o rito sumário, dentre outras, aquelas em que há baixa participação de mercado com sobreposição horizontal, entendidas como aquelas que envolvam participações de mercado abaixo de 20% (vinte por cento), e em que há baixa participação de mercado com integração vertical, nas situações em que nenhuma das envolvidas controlar parcela superior a 30% (trinta por cento) de quaisquer mercados relevantes.

Nos casos de análise sob o rito sumário, as informações submetidas pelas partes às autoridades concorrenciais são mais sucintas e a análise empreendida pelo Cade é um tanto quanto mais superficial e expedita. Já no caso das análises pelo rito sumário, as análises são extensas e envolvem volume substancialmente maior de informações.

O que se propõe para as Plataformas Digitais Relevantes, portanto, é que, em razão da presunção de seu poder de mercado no mercado relevante afetado pela operação, assim considerado como o mercado originário da plataforma e todos os outros a ele adjacentes, sejam todas as operações por elas submetidas ao Cade analisadas pelo rito ordinário, no âmbito do qual a autoridade é munida pelas partes com um volume maior de dados e informações mais completas e detalhadas, reduzindo a assimetria informacional entre autoridade e mercado.

Frise-se que não se está a sugerir que todas as operações envolvendo Plataformas Digitais Relevantes sejam declaradas complexas e demandem instrução complementar e necessária revisão pelo Tribunal do Cade, mas simplesmente que sejam notificadas à autoridade concorrential com um nível maior e mais detalhado de informações, o que possibilitaria uma análise mais completa e acurada por parte do Cade acerca da operação e seus efeitos.

É importante registrar que não se desconsidera, no futuro, a evolução regulatória para que a definição de mercado relevante abranja não apenas a variável de preço, mas também aspectos como funcionalidade, inovação, privacidade, dentre outros, como sugere parte da doutrina (GUNDLACH, 2016). Ocorre que, no atual estado de evolução da política concorrential sobre o tema, não seria prudente aplicar tais critérios, que não possuem ainda o mesmo rigor técnico daqueles baseados em preço (EUROPEAN COMMISSION et al., 2019, p. 45).

Por fim, registre-se que a solução ora apresentada está em linha com o que vem sendo considerado por algumas jurisdições, como a alemã, no sentido de se definir todo

o ecossistema de determinada plataforma como um único mercado relevante (BRASIL, 2020d, p. 20).

#### 4.2.3.2.2 Da redefinição do ponto focal da análise antitruste para a concorrência potencial sob a perspectiva dos atos de concentração econômica

A análise antitruste clássica conduzida pelo Cade passa pelas seguintes etapas: (i) definição do mercado relevante; (ii) análise do nível de concentração, o que indicará a possibilidade do exercício de poder de mercado; (iii) avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado adquirido com a operação, considerando a possibilidade de uma entrada tempestiva, provável e suficiente, o nível de rivalidade restante no mercado; (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado; e, por fim, (v) a ponderação das eficiências econômicas inerentes à operação. Métodos alternativos podem ser considerados, tais como análise de contrafactual, simulações e outros fatores de análise (BRASIL, 2016a, pp. 8–9).

Ocorre que, repita-se, a dinâmica concorrencial dos mercados digitais impede a aplicação dos métodos tradicionais de análise, sobretudo porque partem da definição de mercado relevante de forma restrita. Sendo tal aplicação ineficiente aos mercados digitais (Capítulos 2.2.2 e 4.2.3.2.1), é necessário, portanto, a alteração do foco de análise antitruste.

Para tanto, a adoção de critérios alternativos de análise parece ser o melhor caminho. Há de se ter foco nas evidências de poder de mercado, potenciais danos à concorrência e identificação de estratégias anticompetitivas, além da análise das dinâmicas competitivas de mercados adjacentes, considerando-se o efeito *lock-in* dos consumidores (BRASIL, 2020d, p. 20).

Em outras palavras, focar-se-ia mais nas evidências fáticas e econômicas de poder de mercado e suas consequências, num exercício de prospecção, do que no retrato atual e estanque do mercado. A análise se voltaria, portanto, à concorrência potencial.

Determinado agente pode desempenhar papel relevante na competição de dado mercado, ainda que não tenha ingressado nele. Por essa razão, é importante que a autoridade concorrencial brasileira aprofunde sua análise sobre os efeitos das operações realizadas pelas Plataformas Digitais Relevantes sobre a potencial concorrência.

O Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do Cade, consigna que a análise de concorrência potencial passa pelo exame, por exemplo, de: (i) se a empresa está na iminência de entrar no mercado e se possui ativos relevantes que possam ser facilmente utilizados para sua volta ao mercado sem incorrer em custos irrecuperáveis significativos; e (ii) se a empresa poderia suportar os custos necessários para entrar no mercado num prazo relativamente curto (BRASIL, 2016a, p. 51).

Outros elementos poderiam ser considerados na análise da concorrência potencial, como a possibilidade dos arranjos existentes, sejam eles contratuais ou não, resultarem em fechamento de mercado a terceiros, tanto no mercado primário, quanto nos adjacentes, bem como se tais arranjos beneficiam negócios integrados das plataformas em mercados adjacentes.

A verdade é que a verificação da concorrência potencial dependerá de cada caso, da dinâmica de negócios da PDR, bem como dos mercados afetados. O que importa nesse momento é definir, como proposta de melhoria regulatória, que a análise antitruste se baseie em argumentos fáticos e econômicos e os efeitos da prática sobre a concorrência potencial, atribuindo às Plataformas Digitais Relevantes o ônus de provar que efeitos deletérios à competição não existem, o que será abordado a seguir. Isto é, deixaria a análise concorrencial nos mercados digitais de focar exclusivamente na definição de mercado relevante de maneira peremptória, no exame dos níveis de concentração, no poder de compra e nos efeitos coordenados, para se concentrar também nos critérios de concorrência potencial acima explicados. Frise-se que não se está a defender a omissão da análise quanto aos métodos tradicionais, mas apenas que haja uma mudança no seu ponto central.

#### 4.2.3.2.3 Da adoção de presunções relativas em relação às operações realizadas por Plataformas Digitais Relevantes sob a perspectiva dos atos de concentração econômica

Reconhece-se que a proposta de alteração do foco de análise antitruste para a concorrência potencial (Capítulo 4.2.3.2.2) possui uma enorme dificuldade em razão de, via de regra, em decorrência de assimetria informacional, as autoridades concorrenciais não dispõem de dados para se proceder a tais análises. Além disso, a dinamicidade dos

mercados digitais e a criatividade de seus agentes, são fatores que podem prejudicar ainda mais a análise da concorrência potencial.

De modo a solucionar tal questão, sugere-se, então, a inversão do ônus da prova, com a adoção de presunções relativas em relação às operações realizadas por uma PDR, tal como sugere Shapiro (2021, p. 34). Sandeep Vaheesan também defende a adoção dessas presunções (2016).

O relatório *Investigation of Competition in Digital Markets* indica a redução do poder de mercado por meio de presunções a serem adotadas em casos de concentração como decorrente da constatação de que várias plataformas construíram linhas inteiras de negócios através de aquisições de concorrentes, enquanto outras se valeram de aquisições em momentos certos para neutralizar ameaças competitivas. Afirma-se que, em se tratando de plataformas dominantes, qualquer aquisição deveria ser, em princípio, considerada anticompetitiva. Frise-se que a simples demonstração de eficiências não seria suficiente para superar a presunção de proibição do negócio (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020, p. 384–386).

É justamente o que se propõe para o Brasil, que as operações realizadas por Plataformas Digitais Relevantes sejam presumidamente anticompetitivas, cabendo às partes envolvidas provar o contrário. Se uma análise antitruste demanda a ponderação das eficiências específicas de cada operação vis-à-vis seus efeitos negativos, no caso de uma PDR, a autoridade presumiria os efeitos negativos e à Plataforma Digital Relevante caberia refutá-los por meio da apresentação de eficiências específicas.

Nos termos do artigo 88, §6º da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), uma operação realizada por PDR poderia ser aprovada desde que, cumulada ou alternativamente, aumentasse a produtividade ou competitividade, melhorasse a qualidade de bens ou serviços, propiciasse o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou que repassasse aos consumidores parte relevantes dos benefícios decorrentes da operação. Caberia, no entanto, à PDR fazer prova dessas condições.

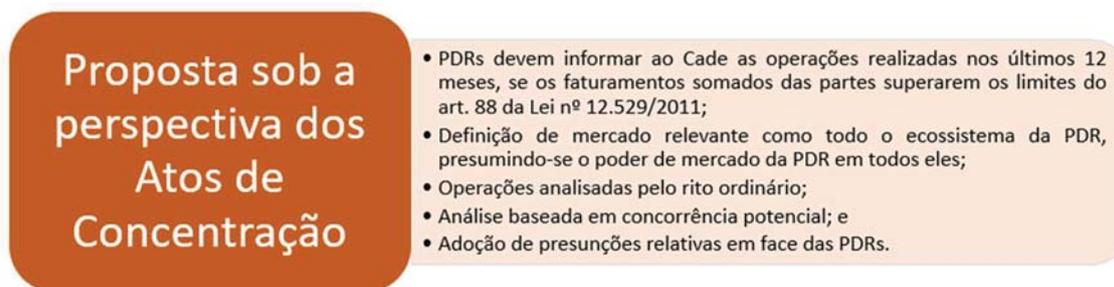
Apresentadas as eficiências pela PDR, a autoridade deve afastar quaisquer delas que sejam meramente especulativas ou que não sejam concretamente prováveis e verificáveis. Consideram-se eficiências passíveis de contabilização apenas aquelas que sejam específicas da operação, isto é, que não poderiam ser alcançadas de outra forma senão por meio da operação (BRASIL, 2016a, p. 46).

Tais eficiências podem se dar sob a forma de economias de escopo, escala, da introdução de inovações no mercado, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas, bem como da geração de um poder de mercado compensatório (BRASIL, 2016a, p. 46).

Conclui-se, assim, que a inversão do ônus probatório, atribuindo-se às Plataformas Digitais Relevantes a obrigação de provar que as operações por ela realizadas geram eficiências a serem repassadas aos consumidores, possibilita a flexibilização da definição acima proposta (Capítulo 4.2.3.2.2), ao mesmo tempo em que tira da autoridade concorrencial o pesado fardo, em razão de assimetria informacional, de ter de provar os efeitos negativos oriundos de tais operações.

A imagem abaixo sumariza a proposta ora realizada em relação aos atos de concentração (Ilustração 25).

Ilustração 25 - Proposta de regulação dos mercados digitais no Brasil sob a perspectiva dos atos de concentração



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

Por fim, é importante registrar que a adoção da presunção ora proposta não fere o disposto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), do qual decorre o entendimento de que recai sobre a acusação o ônus de provar a ilicitude da conduta de investigados. Isso porque não está a se imputar a qualquer PDR a prática de um fato ilícito, mas simplesmente agindo a autoridade em conformidade com o poder de zelar preventivamente pela ordem econômica, nos termos da legislação concorrencial vigente.

#### **4.2.4 Da proposta regulatória antitruste sob a perspectiva das condutas anticompetitivas**

Do ponto de vista do papel repressivo do Cade, isto é, do combate às condutas anticompetitivas praticadas por Plataformas Digitais Relevantes, há possibilidade de melhoria regulatória para facilitar e conferir efetividade à atuação da autoridade concorrencial brasileira.

Tais medidas passam pela presunção de poder de mercado das Plataformas Digitais Relevantes (Capítulo 4.2.4.1), pela adoção de presunções relativas em favor da acusação (Capítulo 4.2.4.2), pela adoção de medidas preventivas e cautelares (Capítulo 4.2.4.3), sendo desnecessário o estabelecimento de um rol taxativo de condutas que poderiam ser consideradas anticompetitivas (Capítulo 4.2.4.4). A seguir, explica-se cada uma delas.

#### *4.2.4.1 Da presunção de poder de mercado das Plataformas Digitais Relevantes sob a perspectiva das condutas anticompetitivas*

Investigações contra plataformas digitais enfrentam dificuldades em prosperar em razão da dificuldade em se provar o seu poder de mercado, decorrência do desafio em se definir o mercado relevante afetado pela conduta. Isso porque, quando definido de forma demasiadamente ampla, dilui a participação de mercado da plataforma e, conseqüentemente, o seu suposto poder de mercado, o que impede o avanço de investigações concorrenciais de práticas unilaterais. No entanto, a definição de uma determinada plataforma como PDR supera tal questão.

O conceito de PDR aqui proposto (Capítulo 4.2.2) pressupõe que a plataforma em comento detenha ao menos 20% (vinte por cento) de um mercado no qual atua. Assume-se, pois, que a PDR, para fins de aplicação da legislação antitruste, detém poder de mercado.

Da mesma forma que em relação aos atos de concentração (Capítulo 4.2.3.1), propõe-se que tal poder de mercado não precise ser verificado em cada um dos mercados eventualmente afetados por uma conduta anticompetitiva. Em verdade, o próprio conceito de PDR pressupõe que o poder de mercado detido pela plataforma num determinado setor se espalha naturalmente para outros a ele adjacentes.

Havendo, assim, tal dinâmica de poder de mercado refletido em mercados correlatos, desnecessária é a definição rígida dos mercados relevantes afetados pela

conduta, merecendo a análise abranger todo o ecossistema das Plataformas Digitais Relevantes.

Partindo-se de tal premissa, não haveria a necessidade de se percorrer o longo e custoso caminho, que hoje se trilha nas investigações concorrenciais, que é o de se definir, restritivamente, mercados relevantes afetados pela conduta e, após, demonstrar o poder de mercado dos investigados neles.

A proposta que se apresenta é a de possibilidade de avanço de investigações concorrenciais sem a definição de mercado relevante. Na linha defendida pelos modernistas (Capítulo 2.3.2.3), acredita-se que as autoridades deveriam focar nas evidências econômicas diretas dos efeitos das condutas, sejam elas quantitativas ou qualitativas, mas não na definição exata e restrita de mercado relevante. Alternativa e excepcionalmente, até se poderia cogitar definir mercado relevante nos casos em que as participações de mercado forem informativas dos efeitos econômicos das práticas, mas de modo a apenas auxiliar a análise, sem, no entanto, constituir seu requisito essencial (SHAPIRO, 2021, p. 40).

Tratar-se-ia, assim, de grande economia de custos à autoridade concorrencial brasileira, além de fortalecer o *enforcement* da política antitruste. Com a proposta, não se veria mais investigações sendo encerradas por motivos técnicos anteriores ao mérito, como nos casos em que processos são arquivados por não restar comprovado o poder de mercado das investigadas, discussões muitas vezes técnicas e complexas, envolvendo teoria econômica aprofundada.

Tratando-se, pois, de conduta anticompetitiva praticada por uma PDR, a proposta que se faz é que as etapas de definição de mercado relevante e comprovação de aferição de poder de mercado estariam automaticamente superadas, passando-se diretamente aos efeitos da conduta sobre a competição.

#### *4.2.4.2 Da adoção de presunções relativas em favor da acusação sob a perspectiva das condutas anticompetitivas*

A análise antitruste de mercados digitais por parte das autoridades concorrenciais enfrenta o complexo desafio da assimetria informacional entre o ente público e os agentes de mercado. Atribuir à autoridade concorrencial o ônus de bem conhecer detalhadamente o funcionamento de tais mercados, suas dinâmicas e particularidades é, no mínimo,

irrazoável e desproporcional. Diante disso, em caso de investigações concorrenciais de Plataformas Digitais Relevantes, propõe-se a adoção de certas presunções relativas em favor da acusação.

Shapiro indica, com o que se concorda, que devem ser estabelecidas presunções refutáveis de modo que se transfira aos réus o ônus da prova, tirando tal responsabilidade da acusação. Tratar-se-ia de verdadeira redução do padrão probatório acusatório, sendo que a ilicitude de certas condutas seria afastada apenas nos casos em que os acusados provassem certas circunstâncias excepcionais aplicáveis aos casos concretos. (SHAPIRO, 2021, p. 34)

As presunções a serem adotadas passariam pela ilicitude de: (i) precificação abaixo dos custos; (ii) exigência de exclusividade (SHAPIRO, 2021, p. 39); bem como de (iii) práticas exclusionárias e discriminatórias; e (iv) restrições verticais (VAHEESAN, 2016). Explica-se.

Ao se presumir anticompetitiva a precificação abaixo dos custos, evitar-se-ia a existência de subsídios cruzados entre os resultados da plataforma num mercado primário e um mercado adjacente no qual ela pretenda se consolidar e eliminar rivais. Em relação à exigência de exclusividade, a presunção de sua ilicitude diminuiria as barreiras à entrada de plataformas rivais à PDR.

A presunção de lesividade de práticas exclusionárias e discriminatórias diria respeito às questões técnicas impostas pela PDR a seus usuários comerciais, caso em que se partiria do pressuposto, por exemplo, que dificuldades à interoperabilidade e *self-preferencing* constituiriam infrações à ordem econômica.

Por fim, é importante lembrar que o estabelecimento de presunções relativas em favor da acusação para condutas unilaterais não é novidade às autoridades concorrenciais brasileiras. O Cade já vem interpretando a prática de adoção de tabela de preços, por exemplo, como presumidamente ilícita, sendo que, para ser considerada lícita, cabe à investigada comprovar que conduta não apresenta, na sua natureza ou na sua essência, a produção dos efeitos deletérios à concorrência (ATHAYDE, 2018).

#### *4.2.4.3 Da maior utilização do instrumento da Medida Preventiva sob a perspectiva das condutas anticompetitivas*

A Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), no seu artigo 85, determina que em qualquer fase da investigação, à exceção da hipótese de Procedimento Preparatório, em que se apura a competência do Cade para apreciar a matéria, poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o investigado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Define-se, ainda, que, na medida preventiva, determinar-se-á a imediata cessação da prática e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando-se multa por eventual descumprimento da decisão.

Ocorre que, apesar da previsão legal, tal medida é tratada de forma excepcional pelo Cade. Desde a entrada em vigor da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), em 2012, apurou-se que foram concedidas apenas nove medidas preventivas pela autoridade concorrencial<sup>19</sup>.

Ocorre que, nos mercados digitais, em face da sua dinamicidade, é essencial que a autoridade se valha de tal medida para garantir a competição. Tal proposta, inclusive, foi feita no bojo do DMA (Capítulo 3.1.1.3.5) e do *American Choice and Innovation Online Act* (Capítulo 3.2.2.2), mostrando que a proposta ora apresentada não é isolada. O próprio DEE do Cade apurou tal necessidade (Capítulo 4.1.1.1.2).

A concessão ou não de tais medidas gira em torno de como deve ser calibrada a intervenção antitruste nos mercados digitais, devendo se evitar intervenções excessivas (erro de Tipo I – *over-enforcement*) ou insuficientes (erro de Tipo II – *under-enforcement*) (LANCIERI; PEREIRA NETO, 2021).

Em se tratando de mercados tradicionais, até se poderia cogitar a hipótese dos erros de Tipo II serem piores, sobretudo porque na maioria dos casos há um certo espaço de tempo, ainda que mínimo, para se observar os efeitos da prática sobre o mercado antes de se impor uma medida preventiva. No entanto, não é o caso dos mercados digitais.

---

<sup>19</sup> Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65 (BRASIL, 2020f); Inquérito Administrativo nº 08700.000529/2020-08 (BRASIL2020e); Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.000381/2020-01 (BRASIL, 2020j); Processo Administrativo nº 08700.000351/2019-53 (BRASIL, 2019d); Inquérito Administrativo nº. 08700.004588/2020-47 (BRASIL, 2020g); Inquérito Administrativo nº 08700.005969/2018-29 (BRASIL, 2018c); Inquérito Administrativo nº 08700.005683-24 (BRASIL, 2019g); Processo Administrativo nº 08700.002066/2019-77 (BRASIL, 2019e); e Processo Administrativo nº 08012.011881/2007-41 (BRASIL, 2007).

Em se tratando de economias digitais, extremamente dinâmicas, em questão de horas, determinadas práticas podem representar a eliminação de um agente do mercado. A volatilidade do mercado pode ser ilustrada com o exemplo da instabilidade de aplicativos de trocas de mensagens instantâneas, em que, se o aplicativo fica algumas horas inoperante, os consumidores migram imediatamente para plataformas rivais, sem qualquer dificuldade. Se esse já é o cenário em casos de instabilidade fortuita dos serviços, imagine-se os impactos de uma ação deliberada de determinada PDR para restringir a rivalidade de seus concorrentes.

De tal dinamicidade decorre uma característica importante das medidas preventivas ora propostas: essas podem ser concedidas por prazo determinado e com curta duração. Se os mercados digitais são tão dinâmicos, há de se supor que os efeitos da imposição de uma medida preventiva sejam imediatamente observados, de modo a ser possível, num curto espaço de tempo, reavaliá-las, se for o caso.

Portanto, propõe-se que o Cade seja menos conservador para a imposição de medidas preventivas nos mercados digitais, tendência essa que já vem sendo confirmada pelos recentes casos envolvendo iFood (Capítulo 4.1.1.2.2.1.1) e GymPass (Capítulo 4.1.1.2.2.1.2). Além disso, sugere-se que tais medidas sejam tomadas por prazo determinado, por períodos renováveis, quantas vezes forem necessárias, sendo que a cada renovação a autoridade deverá avaliar se estão mantidas as razões que ensejaram a sua aplicação.

#### *4.2.4.4 Da desnecessidade de posituação de rol de condutas ilícitas praticadas por Plataformas Digitais Relevantes sob a perspectiva das condutas anticompetitivas*

O DMA dedica um Capítulo inteiro à definição das práticas consideradas anticompetitivas se praticadas por um *gatekeeper* (Capítulo 3.1.1.3.3). No caso brasileiro, entende-se desnecessária a criação de rol de condutas semelhantes. Explica-se.

O artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) determina que constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços;

(iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

A determinação legal é clara. Qualquer conduta que tenha o intento de produzir os quatro efeitos listados em lei constituem infração concorrencial. Desta forma, desnecessário seria tipificar as condutas infratoras individualmente. Não obstante, a Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) assim o fez, ao estabelecer, no §3º do mesmo artigo, condutas que, na medida em que possuam os efeitos acima mencionados, caracterizam infração à ordem econômica.

Registre-se que tal rol é exemplificativo, em razão da parte inicial do dispositivo, que diz “as seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica.” (BRASIL, 2011).

Ao se analisar o rol de 19 (dezenove) condutas preconcebidas pela lei como anticompetitivas, tem-se que as práticas das plataformas digitais apuradas nessa pesquisa no Brasil e em outras jurisdições (Capítulos 3.1.2, 3.2.4 e 4.1.1.2.2) subsumir-se-iam a diversas delas, como, por exemplo: (i) acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma, os preços de bens ou serviços ofertados individualmente, bem como divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; (ii) promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; (iii) limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; (iv) criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; (v) impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; (vi) discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; (vii) vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; e (viii) subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem.

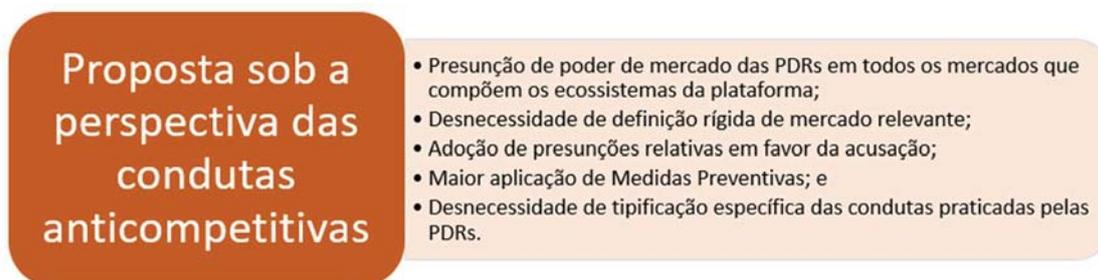
Verifica-se, assim, a suficiência da legislação atual para, mediante as propostas aqui feitas, enfrentar os mercados digitais. Além disso, acredita-se que a criação de um rol de condutas a serem consideradas anticompetitivas nos mercados digitais, tal como

fez o DMA, no contexto brasileiro de cultura de questionamento e judicialização de decisões, geraria mais ineficiências do que benefícios, haja vista que certamente discussões sobre a subsunção das condutas aos tipos predefinidos teriam espaço. Também pode se supor que haveria questionamento sobre a licitude das condutas não tipificadas em lei, ainda que, *prima facie*, gerassem os efeitos previstos no caput do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

Conclui-se, pois, que qualquer conduta praticada por Plataforma Digital Relevante e que tenha por objeto ou possa produzir os efeitos listados no artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) seria considerada anticompetitiva, independentemente de estar especificamente tipificada. Em verdade, a tentativa de estabelecimento de rol de condutas pode ter o efeito reverso de gerar mais dúvidas e discussões do que efetividade à legislação concorrencial.

A imagem abaixo sumariza a proposta ora realizada sob a óptica das condutas anticompetitivas (Ilustração 26).

Ilustração 26 - Proposta de regulação dos mercados digitais no Brasil sob a perspectiva das condutas anticompetitivas



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

#### 4.2.5 Do incentivo à promoção da defesa da concorrência em mercados digitais

Diante do ineditismo das questões concorrenciais nas plataformas digitais, bem como das dúvidas e incertezas a envolver o tema, é prudente um acompanhamento da rivalidade nos mercados digitais, ao menos nos principais. Ocorre que imputar à autoridade concorrencial tal tarefa não parece ser adequado, sobretudo em razão das limitações de recursos financeiro e humano por parte do Cade.

Diante disso, sugere-se que a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia o faça. A Lei nº 12.529/2011 (BRASIL,

2011), em seu artigo 19, inciso IV, determina que cabe à referida Secretaria elaborar estudos avaliando a situação concorrencial de setores específicos da atividade econômica nacional<sup>20</sup>. Tais estudos podem ser elaborados de ofício ou a pedido do Cade ou outras autoridades.

Assim, sugere-se ao Cade que faça uso da faculdade que lhe é conferida em lei para demandar da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia o acompanhamento dos mercados digitais e a elaboração de estudos periódicos sobre o grau competitividade neles. Alternativamente, poder-se-ia indicar à Secretaria as Plataformas Digitais Relevantes identificadas, sendo que o monitoramento concentrar-se-ia sobre as atividades dessas plataformas, mas não do mercado como um todo.

Referidas Plataformas Digitais Relevantes identificadas seriam aquelas a submeterem ao Cade informações de operações realizadas nos últimos 12 (doze) meses (Capítulo 4.2.3.1), bem como aquelas investigadas pelo Cade por práticas anticompetitivas. Nesse sentido, sugere-se, que o Cade, anualmente, compartilhe com a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia as informações recebidas das Plataformas Digitais Relevantes sobre as operações por elas realizadas, bem como dê ciência à Secretaria das investigações por práticas anticompetitivas em face delas.

A proposta que ora se apresenta tiraria da autoridade persecutória do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, o Cade, ônus de acompanhamento de mercados e o transferiria à autoridade encarregada da promoção da defesa da concorrência, gerando, assim, maior eficiência a todo o sistema.

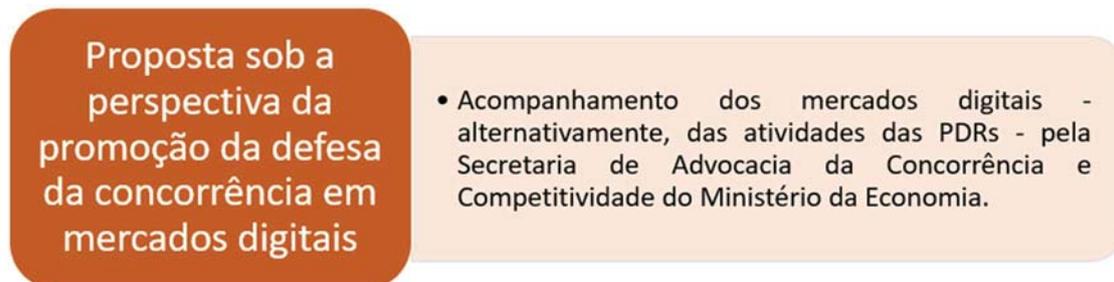
É importante lembrar, por fim, que a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade desempenha no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência a função de advocacia da concorrência, ou *advocacy*, devendo promover a defesa da concorrência no país.

A imagem abaixo sumariza a proposta ora realizada sob a perspectiva da promoção da defesa da concorrência (*advocacy*) em mercados digitais (Ilustração 27).

---

<sup>20</sup> Esclareça-se que na época de promulgação da Lei nº 12.529/2011 a secretaria a cargo da advocacia da concorrência no Brasil era a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Economia. Por essa razão, o artigo 19 da Lei nº 12.529/2011 faz menção a tal secretaria. Ocorre que, atualmente, em 2022, tal função é desempenhada pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade.

Ilustração 27 - Proposta de regulação dos mercados digitais no Brasil sob a perspectiva da promoção da defesa da concorrência



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

#### 4.2.6 Das alterações estruturais necessárias à defesa da concorrência nos mercados digitais.

Estudo do Stigler Center, da Universidade de Chicago, defende a criação de um órgão regulador específico para mercados digitais, com poderes para assegurar que empresas e consumidores não sejam discriminados injustificadamente por empresas dominantes (STIGLER CENTER; UNIVERSITY OF CHICAGO BOOTH, 2019, p. 90).

Da mesma forma, o Reino Unido, em documento dedicado à análise dos mercados digitais, defendeu a criação de entidade reguladora dedicada aos mercados digitais (UNITED KINGDOM; DIGITAL COMPETITION EXPERT PANE, 2019, pp. 10, 55, 59). Lá, a proposta do relatório foi, inclusive, adotada pelo governo e resultou na criação da Digital Markets Unit (Capítulo 3.1.1.5).

No Brasil, contudo, a criação de uma nova autoridade reguladora exclusivamente dedicada aos mercados digitais não parece ser razoável. A estrutura do Estado brasileiro já é extremamente inchada e complexa. A se considerar em nível federal e estadual, as agências reguladoras somam dezenas, de modo que a criação de mais uma não parece ser eficiente. Além disso, a criação de tais agências demandaria lei específica, patrimônio, pessoal e dotação financeira, o que, além de custoso, demandaria tempo.

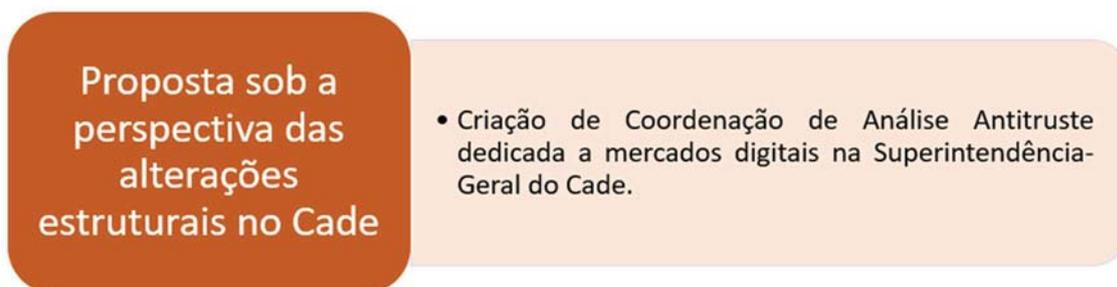
Acredita-se, sim, ser prudente, que se tenha uma autoridade dedicada aos mercados digitais no Brasil. No entanto, não se propõe aqui a criação de uma nova agência separada da autoridade de defesa da concorrência, o que demandaria lei específica, orçamento próprio e outros custos financeiros e burocráticos a ela inerentes. Poder-se-ia criar, dentro da estrutura do próprio Cade, uma nova coordenação de análise antitruste,

que se somaria as onze hoje existentes, e que teria dentre as suas finalidades a análise de casos envolvendo mercados digitais (FONSECA JÚNIOR, 2021).

Tal providência demandaria, basicamente, a realocação interna de recursos humanos pelo Cade, sendo incrementados ou reduzidos na medida da demanda oriunda dos mercados digitais. Trata-se de proposta de simples e rápida implementação e que representaria importante passo do Cade na direção da regulação eficiente dos mercados digitais.

A imagem abaixo (Ilustração 28) ilustra a proposta em relação às alterações estruturais no Cade.

Ilustração 28 - Proposta de regulação dos mercados digitais no Brasil sob a perspectiva das alterações estruturais no Cade



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

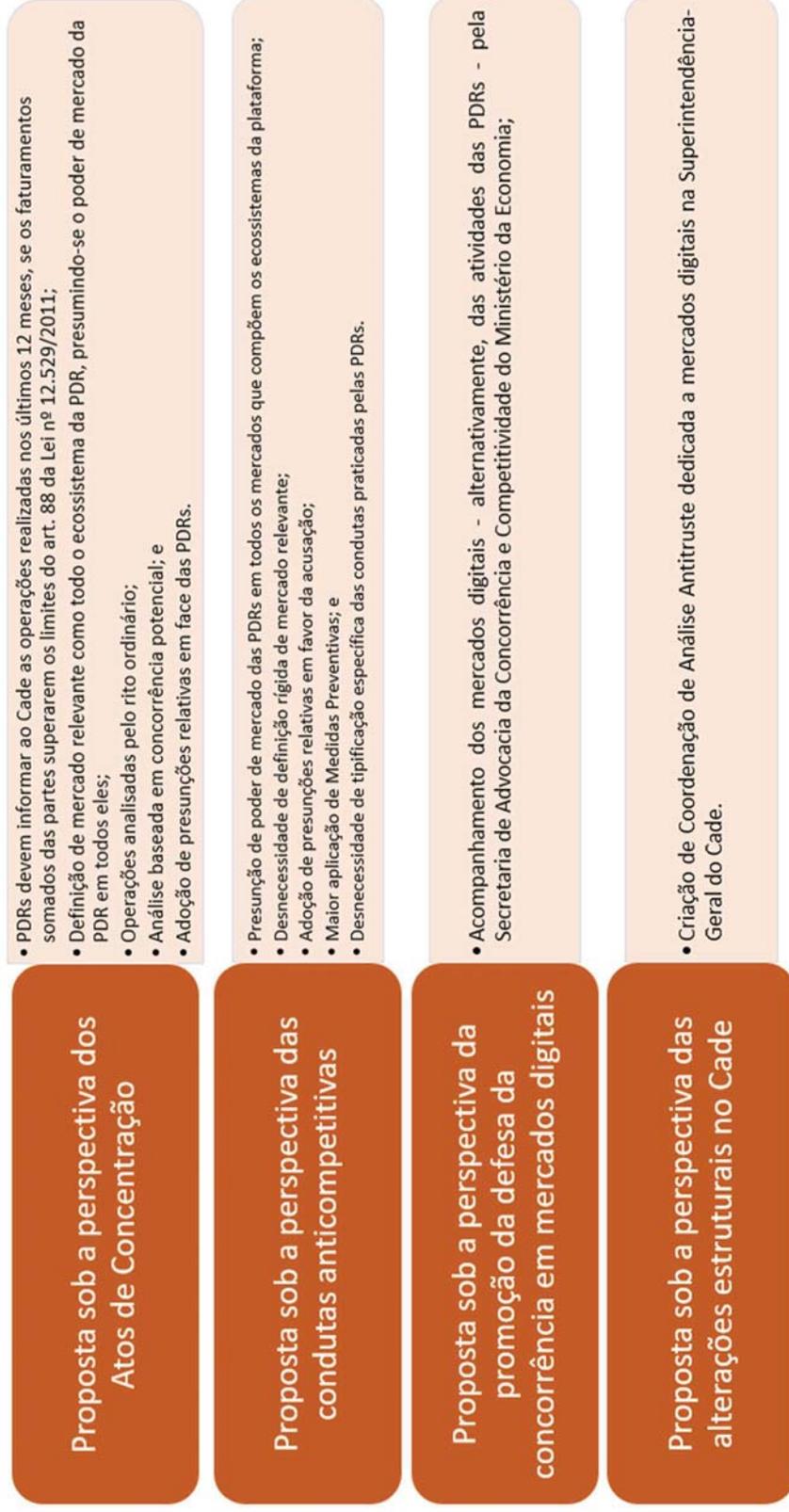
#### 4.2.7 Conclusão das propostas apresentadas no formato de Resolução do Cade

São propostas como resultado dessa pesquisa alterações no regime analítico das operações de concentração econômica envolvendo os mercados digitais (Capítulo 4.2.3) e das condutas anticompetitivas neles praticadas (Capítulo 4.2.4). Além disso, sugere-se o acompanhamento dos níveis de competitividade dos mercados digitais pela Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade (Capítulo 4.2.5) e, por fim, que o Cade crie, dentro da própria estrutura do órgão, uma nova coordenação de análise antitruste dedicada a mercados digitais (Capítulo 4.2.6).

A coluna cervical das propostas apresentadas é a criação da figura das Plataformas Digitais Relevantes, ou PDRs, que, basicamente, seriam as destinatárias das normas propostas, isto é, o sujeito passivo da regulação concorrencial dos mercados digitais (Capítulo 4.2.2).

A imagem abaixo (Ilustração 29) sumariza as propostas ora apresentadas.

## Ilustração 29 - Proposta de regulação dos mercados digitais no Brasil



Fonte: Elaborada pelo autor (2022).

A proposta regulatória ora apresentada não demandaria alteração legal, mas apenas de norma infralegal, materializada numa resolução, a ser aprovada pelo Plenário do Tribunal do Cade. Explica-se.

A Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) estabelece em seu artigo 9º, XV, que compete ao Plenário do Tribunal do Cade elaborar e aprovar Regimento Interno do Cade, dispondo sobre seu funcionamento, forma de deliberações, normas de procedimento e organização de seus serviços internos.

Além disso, o Regimento Interno do Cade (BRASIL, 2020h), ao estabelecer em seu artigo 2º a estrutura organizacional do Cade, definiu no parágrafo único do mesmo dispositivo que a estrutura, a competência e o funcionamento das unidades subordinadas aos órgãos descritos neste artigo serão estabelecidos em ato normativo específico.

Entende-se, pois, ser o caminho menos custoso à autoridade concorrencial para regular os mercados digitais, que seu presidente, algum conselheiro ou o superintendente-geral submeta ao Plenário do Tribunal do Cade proposta de resolução nos termos do artigo 2º do Regimento Interno do Cade (BRASIL, 2020h) para contemplar as sugestões feitas acima. Os termos da referida resolução deveriam abranger os apresentados a seguir.

#### **4.2.8 Da proposta de Resolução do Cade para a regulação dos mercados digitais**

Para a implementação das propostas acima descritas, sem necessidade de alteração do Regimento Interno do Cade (BRASIL, 2020a), a resolução proposta, nos termos do artigo 2º do Regimento Interno do Cade, minudenciaria e disciplinaria o artigo 53, caput, da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011), além de versar sobre a estrutura, a competência e o funcionamento da unidade do Cade dedicada aos mercados digitais.

Atualmente, a Resolução nº 28, de 21 de agosto de 2020 (BRASIL, 2020i), versa sobre a estrutura do Cade. Portanto, a resolução ora proposta alteraria seus termos para incluir em seu texto o órgão dedicado aos mercados digitais. Tal órgão seria uma Coordenação-Geral de Análise Antitruste, a quem, de acordo com o artigo 36 da Resolução nº 28 do Cade, compete executar os atos e procedimentos necessários à realização das competências da Superintendência-Geral, notadamente, mas não exclusivamente, as atividades de acompanhamento e instrução, bem como quaisquer outros atos e procedimentos que lhe sejam determinadas pelo Superintendente-Geral ou pelos Superintendentes-Adjuntos.

Assim sendo, apresenta-se *lege ferenda* os possíveis termos da referida resolução<sup>21</sup>:

RESOLUÇÃO CADE Nº \_\_, DE \_\_

Altera a Resolução nº 28, de 21 de agosto de 2020, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade para incluir a Coordenação-Geral de Análise Antitruste nº. 12 – CGAA 12, com atribuições voltadas aos mercados digitais, e disciplina suas competências e atribuições.

**O PLENÁRIO DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA**, no uso das atribuições conferidas pelo inciso XV do caput do artigo 9º da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, RESOLVE:

Art. 1º Aprovar, na forma do Anexo I, emenda à Resolução nº 28, de 21 de agosto de 2020, que trata da inclusão da Coordenação-Geral de Análise Antitruste nº. 12 – CGAA 12 na estrutura organizacional do Cade, como órgão da Superintendência-Geral, e instituir suas competências.

Art. 2º Permanece inalterada a redação dos demais artigos.

Art. 3º O Anexo I deverá ser publicado em boletim interno ([www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br) > Serviços > Publicações Eletrônicas) e também publicizado em campo próprio no sítio web da autarquia ([www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br) > Normas e Legislações > Resoluções).

Art. 4º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

PRESIDENTE DO CADE

ANEXO I – EMENDA À RESOLUÇÃO Nº 28, DE 21 DE AGOSTO DE 2020

---

<sup>21</sup> A Resolução aqui sugerida está em conformidade com a Lei Complementar nº 95/1998, que “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”. Por isso, apresenta formatação e estilo gramatical próprios de atos normativos.

Art. 1º O artigo 1º, da Resolução nº 28, de 21 de agosto de 2020, passa a vigorar com acréscimo no inciso III, com a seguinte redação:

“Art. 1º .....  
 .....  
 III – .....  
 .....,.....”

Superintendência-Geral – SG

a.11) Coordenação-Geral de Análise Antitruste 12 – CGAA 12;

a.11.1) Coordenação de Análise Antitruste 12 – COA 12;

.....” (NR)

Art. 2º O restante da Resolução nº 28, de 21 de agosto de 2020 passa a vigorar com a seguinte redação:

“Seção II

Das Competências da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 12

Art. 2º À Coordenação-Geral de Análise Antitruste 12 – CGAA 12 compete:

I - executar os atos e procedimentos necessários à realização das competências da Superintendência-Geral, notadamente, mas não exclusivamente, as atividades de acompanhamento e instrução, bem como quaisquer outros atos e procedimentos que lhe sejam determinadas pelo Superintendente-Geral ou pelos Superintendentes-Adjuntos, nos mercados digitais e, especificamente, em relação às Plataformas Digitais Relevantes; e

II - desenvolver a gestão e divisão interna de tarefas entre os servidores lotados ou vinculados à Coordenação-Geral.

Art. 3º À Coordenação de Análise Antitruste 12 – COA 12 compete:

I - auxiliar na gestão e divisão interna de tarefas entre os servidores lotados ou vinculados à CGAA 12; e

II - executar quaisquer outras funções e tarefas determinadas pelo Coordenador-Geral da CGAA 12.

### Seção III

#### Das Plataformas Digitais Relevantes

Art. 4º Considera-se Plataforma Digital Relevante para fins desta Resolução toda e qualquer plataforma digital que possua no último exercício financeiro:

I – mais de 31.700.000 (trinta e um milhões e setecentos mil) usuários finais ativos; ou

II – mais de 318.000 (trezentos e dezoito mil) usuários comerciais ativos.

§1º Por plataforma digital entende-se todo e qualquer agente prestador de serviço digital que facilite as interações entre dois ou mais conjuntos distintos e interdependentes de usuários que interagem através da Internet.

§2º Por usuário final entende-se todo e qualquer usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, da Plataforma Digital Relevante que não se enquadre no conceito de usuário comercial.

§3º Por usuário comercial entende-se todo e qualquer usuário, seja ele pessoa física ou jurídica, da Plataforma Digital Relevante que a explore para fins comerciais, valendo-se da plataforma para fins de oferecimento de bens ou serviços a usuários finais.

§4º Para efeitos do Art. 4º, usuários ativos se referem ao número médio de usuários ativos mensais em ao menos 6 (seis) meses do último exercício financeiro. Considera-se ativo mensalmente o usuário que acessou a Plataforma Digital Relevante ao menos uma vez no mês.

§5º À critério do Cade, os limites de números de usuários indicados nos incisos I e II do Art. 4º poderão ser atualizados de modo a manter a proporcionalidade em relação à realidade populacional brasileira.

### Seção IV

#### Das obrigações das Plataformas Digitais Relevantes

Art. 5º Para fins de aplicação do §7º do Art. 88 da Lei nº. 12.529/2011, as Plataformas Digitais Relevantes deverão informar à Superintendência-Geral do Cade todas as operações realizadas nos últimos 12 (doze) meses sempre que, somados os faturamentos brutos anuais ou os volumes de negócios totais no País dos grupos nelas

envolvidos, no ano anterior à operação, sejam preenchidos os critérios previstos no Art. 88 da Lei nº 12.529/2011.

§1º As operações a que se refere o caput são aquelas consideradas como ato de concentração, nos termos do Art. 90 da Lei nº 12.529/2011.

§2º A informação prevista no caput deverá ocorrer no prazo máximo de 30 (trinta) dias, contados da data de fechamento da última operação considerada.

§3º No ato da informação à Superintendência-Geral do Cade, a Plataforma Digital Relevante deverá apresentar o nome das partes envolvidas nas operações e seus respectivos grupos econômicos, os faturamentos brutos anuais ou volume de negócios no País dos grupos envolvidos nas operações, os mercados de atuação das partes e dos respectivos grupos econômicos envolvidos nas operações, se as atividades das empresas adquiridas continuam a ser desenvolvidas após as operações, as justificativas econômicas para a realização das operações e quaisquer outras informações que julgar relevantes.

§4º A ausência, incompletude, enganosidade ou falsidade das informações, documentos ou declarações prestadas sujeitará a Plataforma Digital Relevante às penas previstas no Art. 43 da Lei nº 12.529/2011, de acordo com a gravidade dos fatos e a sua situação econômica do infrator, sem prejuízo das demais cominações legais cabíveis.

Art. 6º Recebidas as informações de que trata o Art. 5º, a Superintendência-Geral do Cade, analisando, dentre outros fatores, se as operações ocorreram no mesmo mercado, se as atividades das empresas adquiridas foram descontinuadas, se há integrações verticais relevantes entre as atividades das adquiridas e da Plataforma Digital Relevante e se há sobreposições horizontais entre as atividades das adquiridas e da Plataforma Digital Relevante, respeitado o prazo do §7º do Art. 88 da Lei nº. 12.529/2011, poderá determinar a notificação ao Cade de uma, algumas ou todas as operações informadas.

§1º No caso da determinação de notificação de operação ao Cade prevista no caput, não restará configurada hipótese de consumação prévia de ato de concentração, sendo inaplicável o Art. 88, §3º da Lei nº 12.529/2011.

§2º No caso da imposição de remédios estruturais ou comportamentais, sempre que possível, o Cade considerará o panorama geral das operações submetidas nos termos do Art. 5º, observando os princípios da razoabilidade, eficiência, a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas, a boa-fé do particular perante o poder público, a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades

econômicas e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado, nos termos da Lei nº 13.874/2011, de 20 de setembro de 2019.

#### Seção V

##### Dos atos de concentração envolvendo Plataformas Digitais Relevantes

Art. 7º Os atos de concentração envolvendo Plataformas Digitais Relevantes serão analisados pelo rito ordinário de análise, não sendo aplicável o procedimento sumário previsto na Seção II da Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012, ainda que se trate de hipótese prevista no seu Art. 8º.

Parágrafo único. A notificação dos atos de concentração envolvendo Plataformas Digitais Relevantes prevista no caput não implica na declaração automática de complexidade da operação, mantendo-se a discricionariedade da Superintendência-Geral do Cade, nos termos do Art. 56, parágrafo único da Lei nº 12.529/2011.

Art. 8º Nos atos de concentração envolvendo Plataformas Digitais Relevantes, o mercado relevante a ser considerado na análise envolverá todos os mercados que integram os ecossistemas das Plataformas Digitais Relevantes, assim considerados como todos aqueles horizontal ou verticalmente relacionados às atividades da Plataforma Digital Relevante, hipótese na qual presumir-se-á o poder de mercado das Plataformas Digitais Relevantes em todos eles.

Art. 9º Sem prejuízo dos demais métodos de análise concorrencial, a análise de atos de concentração envolvendo Plataformas Digitais Relevantes levará em consideração critérios de concorrência potencial.

Art. 10. Admitindo-se prova e contrário, cujo ônus recai sobre as Plataformas Digitais Relevantes, considerar-se-á as operações objeto dos atos de concentração envolvendo Plataformas Digitais Relevantes presumidamente anticompetitivas, não sendo suficiente para afastar tal presunção a simples demonstração especulativa de eficiências, mas, dentre outros fatores, do aumento de produtividade ou competitividade, melhoria da qualidade de bens ou serviços, do desenvolvimento tecnológico ou econômico e do repasse aos consumidores dos benefícios da operação.

## Seção VI

### Das condutas anticompetitivas envolvendo Plataformas Digitais Relevantes

Art. 11. Nas investigações por condutas anticompetitivas envolvendo Plataformas Digitais Relevantes, o mercado relevante a ser considerado na análise envolverá todos os mercados que integram os ecossistemas das Plataformas Digitais Relevantes, assim considerados como todos aqueles horizontal ou verticalmente relacionados às atividades da Plataforma Digital Relevante, hipótese na qual presumir-se-á o poder de mercado das Plataformas Digitais Relevantes em todos eles.

Art. 12. Admitindo-se prova e contrário, cujo ônus recai sobre as Plataformas Digitais Relevantes, serão consideradas anticompetitivas as práticas das Plataformas Digitais Relevantes investigadas pela Superintendência-Geral do Cade, devendo o respectivo procedimento investigatório ser instaurado por meio de decisão fundamentada.

## Seção VII

### Da promoção da concorrência nos mercados digitais

Art. 13. Anualmente o Cade compartilhará com a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia as informações recebidas em decorrência da obrigação prevista no Art. 5º, para que exerça as prerrogativas previstas no Art. 19 da Lei nº 12.529/2011.

Parágrafo Único. Na ocasião do compartilhamento de informações a que alude o caput, o Cade dará ciência à Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia de todas as investigações por condutas anticompetitivas instauradas em face de Plataformas Digitais Relevantes no respectivo ano, informando também das que eventualmente tenham sido concluídas no período.” (NR)

É importante mencionar, por fim, que a proposta de maior utilização do instrumento da medida preventiva, previsto no artigo 85 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) (Capítulo 4.2.4.3), não demanda qualquer alteração normativa, mas mudança de postura da Superintendência-Geral. Reforça-se, apenas, que eventual receio ou dúvida

das autoridades na concessão dessas medidas podem ser mitigados pela sugestão de que tais medidas sejam tomadas por prazo determinado, renovável por igual período, quantas vezes forem necessárias, sendo que a cada renovação a autoridade deverá avaliar se estão mantidas as razões que ensejaram a sua aplicação.

Além disso, é importante reafirmar que a tipificação de condutas praticadas pelas Plataformas Digitais Relevantes, tal como fez o DMA (Capítulo 3.1.1.3.3), no caso brasileiro, revela-se desnecessária em razão da inteligência do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011) (Capítulo 4.2.4.4).

Por fim, diante dos argumentos apresentados nessa dissertação, espera-se que as autoridades concorrenciais brasileiras considerem as mudanças regulatórias propostas de modo a se avançar em relação à garantia da hígidez concorrencial nos mercados digitais, senão de modo conclusivo, ao menos de modo a romper a inércia que hoje existe.

Frise-se que, diante do sistema jurídico brasileiro, bem como das competências atribuídas ao Cade, não são necessárias alterações complexas e custosas como as propostas no DMA, mas modificações pontuais na legislação infralegal para fomentar a política concorrencial nacional nesse sentido.

## 5 CONCLUSÃO

Essa pesquisa, com o objetivo de propor uma regulação eficiente aos mercados digitais sob a perspectiva antitruste, se concentrou em dois eixos principais, um teórico e um prático. O eixo teórico envolveu a revisão pormenorizada da literatura disponível sobre o tema, analisando-se os objetivos do direito antitruste tradicional, bem como os métodos analíticos implementados para atingi-los.

Após, ainda sob a perspectiva teórica, foi verificado se tais objetivos e o ferramental analítico são suficientemente aplicáveis aos mercados digitais. Feito referido cotejo, os problemas identificados foram examinados à luz da doutrina específica sobre o direito antitruste e sua relação com a economia digital. Foram, então, identificados, sob o prisma concorrencial, os problemas decorrentes do advento da tecnologia, bem como seus possíveis endereçamentos.

Já o eixo prático buscou apreender o tratamento jurídico, profusamente considerado, aplicável à matéria, mediante pesquisa exploratória ampla da regulação e da jurisprudência internacional e nacional sobre o tema. Com isso, foi possível sistematizar e classificar a forma de tratamento dada às referidas questões pelas mais importantes autoridades concorrenciais no mundo, na intenção de apurar a que seria mais adequada ao modelo brasileiro, considerando os objetivos e funções da política antitruste no Brasil.

Por fim, diante do panorama que se apresentou, considerados tais eixos teórico e prático, foi possível propor, *lege ferenda*, regulação aplicável aos mercados digitais sob o viés antitruste. A implementação de tal regulação não viria acompanhada de altos custos financeiros ou burocráticos, além de propiciar uma resposta rápida da autoridade concorrencial brasileira aos desafios que hoje se apresentam.

Sendo esse o contexto geral da pesquisa, passa-se, a seguir, a tratar das conclusões específicas do presente estudo.

No Capítulo 2, foram estudados os modelos analíticos antitruste aplicáveis aos mercados digitais, passando pelos desafios à regulação do ciberespaço (Capítulo 2.1) e pelas particularidades dos mercados digitais (Capítulo 2.2). Foram identificadas características dos mercados digitais que os diferenciam dos mercados tradicionais e que dificultam sobremaneira a aplicação da legislação antitruste vigente. Tais qualidades distintivas fundamentais seriam a estrutura dos mercados digitais (Capítulo 2.2.1), a forma de definição de mercado relevante (Capítulo 2.2.2), a essencialidade dos dados

(Capítulo 2.2.3), a maneira de precificação nos mercados digitais (Capítulo 2.2.4), e por fim, a sua dinâmica concorrencial (Capítulo 2.2.5). Diante de tais elementos, foi possível perceber uma enorme dificuldade de aplicação do atual ferramental analítico antitruste aos mercados digitais.

Explicado por que os mercados digitais são diferentes das economias tradicionais, passou-se ao exame dos posicionamentos doutrinários sobre a questão. Voltou-se, então, a pesquisa a levantar os modelos analíticos antitruste aplicáveis aos mercados digitais (Capítulo 2.3). Como resultado, observou-se, antes e após 2020, dois movimentos doutrinários distintos (Capítulos 2.3.1 e 2.3.2). O primeiro contou com duas correntes diametralmente opostas em grande parte (Capítulo 2.3.1). Apurou-se um movimento neo-brandesiano, também conhecido por *hipster antitrust*, defendendo a necessidade de reforma substantiva do direito concorrencial para enfrentamento das questões oriundas dos mercados digitais (Capítulo 2.3.1.1) e um movimento tradicionalista, que sustentava a plena suficiência do arcabouço jurídico antitruste atual para o endereçamento das questões concorrenciais relacionadas às economias digitais, baseado nos preceitos da Escola de Chicago (Capítulo 2.3.1.2). Apesar de possuírem bases totalmente diferentes, foi possível verificar um denominador comum entre essas correntes, a necessidade de ampliação qualitativa da análise antitruste, sendo que a análise focada em preços seria insuficiente aos mercados digitais (Capítulo 2.3.1.3).

A discussão evoluiu, a doutrina se dedicou ao tema e foi adquirida maior massa crítica sobre a questão. Além disso, a partir de 2020, ano que se considera um divisor de águas para o enfrentamento das questões pesquisadas, ficou mais evidente a necessidade de intervenção nos mercados digitais, diante da consolidação de poder de mercado das *big techs* e dos abusos por elas perpetrados. Percebeu-se, então, a evolução das correntes doutrinárias inicialmente identificadas (Capítulo 2.3.2).

Os que defendiam a plena suficiência do direito antitruste passaram a reconhecer falhas no sistema, sobretudo pelo cenário fático que se colocava, com *big techs* se tornando agentes incontestáveis em seus mercados de atuação. Viu-se, portanto, a necessidade de flexibilização de dogmas, baseados nos pensamentos da Escola de Chicago, outrora defendidos.

Já o movimento neo-brandesiano começou a ser enxergado quase de forma pejorativa por alguns membros da comunidade antitruste, principalmente a alcunha *hipster antitrust*. Em verdade, os ideais do movimento *hipster* passaram a ser vistos como

um tanto quanto populistas, deslocados da realidade prática dos remédios antitruste e voltados ao fim de se decretar, *per se*, a perniciosidade das condutas das grandes corporações.

Diante disso, começou-se a perceber os ideais tradicionalistas da Escola de Chicago como propulsores de uma nova corrente analítica (Capítulo 2.3.2.1), o que, aliada a percepção populista dos neo-brandesianos (Capítulo 2.3.2.2), resultou na criação do pensamento modernista (Capítulo 2.3.2.3).

A corrente modernista, cuja presente pesquisa identificou como atualmente dominante nas autoridades concorrenciais europeias e norte-americana, defende a adoção de certas presunções em desfavor dos principais agentes dos mercados digitais, alterações na forma de definição dos mercados relevantes e, por fim, a necessidade de alteração da regulação afeta ao tema (Capítulo 2.3.2.3). Em outras palavras, modernistas defendem transformações pontuais nas normas, ainda que a nível infralegal, possibilitando aos julgadores relativizarem alguns preceitos legais.

Portanto, como conclusão do segundo Capítulo, foi possível se enxergar dois cenários doutrinários bem definidos, um antes de 2020 e outro após. O anterior a 2020, contando com os movimentos do *hipster antitrust* e dos defensores tradicionalistas da Escola de Chicago, foi baseado mais em dúvidas e uma excessiva emotividade do que em constatações fáticas propriamente ditas. À época, os posicionamentos das autoridades concorrenciais sobre o tema eram quase inexistentes, sendo o debate muito mais teórico do que prático.

Passado o tempo, a partir de 2020, a discussão evoluiu e surgiu a proposta de um modelo analítico intermediário, a corrente modernista, tendo entre seus adeptos defensores outrora integrantes das duas correntes iniciais. Nesse contexto, houve certo consenso quanto à necessidade de se reformular os modelos analíticos antitruste aplicáveis aos mercados digitais, pois, se havia a percepção de excessos por parte das *big techs*, é porque o direito concorrencial não vinha sendo aplicado da maneira mais eficiente. Percebeu-se que a reforma nas ferramentas persecutórias disponíveis às autoridades concorrenciais seria essencial, uma verdadeira alteração na forma de aplicação do direito concorrencial pelas autoridades concorrenciais.

O Capítulo 3, por seu turno, materializou o eixo de pesquisa prático desse trabalho. Nele foram analisados os modelos analíticos adotados pelas jurisdições europeias e norte-americana e suas consequências às respectivas políticas antitruste. Primeiramente,

abordou-se a realidade europeia sobre antitruste e mercados digitais (Capítulo 3.1), passando pela evolução regulatória da Europa (Capítulo 3.1.1) e pelas investigações concorrenciais nos mercados digitais que lá foram lançadas (Capítulo 3.1.2). Após, o mesmo foi feito em relação aos Estados Unidos da América, sendo abordada a movimentação legislativa norte-americana (Capítulo 3.2.1, 3.2.2 e 3.2.3), bem como as suas investigações concorrenciais envolvendo mercados digitais (Capítulo 3.2.4).

Especificamente em relação à Europa, tratou-se do levantamento de informações realizado pela Comissão Europeia para o lançamento do *Digital Markets Act* (Capítulo 3.1.1.1), bem como da análise de impacto regulatório conduzida e do processo de escolha da melhor alternativa normativa (Capítulo 3.1.1.2). Nesse contexto, foi explicado o conceito de *gatekeeper*, essencial ao entendimento da regulação proposta (Capítulo 3.1.1.2.1), além de analisados os seus impactos à comunidade europeia (Capítulo 3.1.1.2.2).

Após, passou-se ao exame pormenorizado dos termos do *Digital Markets Act* (Capítulo 3.1.1.3), englobando seu objeto, abrangência e definições (Capítulo 3.1.1.3.1), os *gatekeepers* como sujeitos passivos da regulação (Capítulo 3.1.1.3.2), as práticas dos *gatekeepers* consideradas ilegais e suas respectivas obrigações (Capítulo 3.1.1.3.3), o procedimento de investigação de mercado (Capítulo 3.1.1.3.4), os poderes de investigação, execução e acompanhamento por parte das autoridades concorrenciais (Capítulo 3.1.1.3.5) e, por fim, suas disposições finais (Capítulo 3.1.1.3.6). Além disso, foram indicadas as propostas de alterações ao texto do *Digital Markets Act* (Capítulo 3.1.1.4). Também foi objeto desse trabalho a proposta regulatória dos mercados digitais do Reino Unido (Capítulo 3.1.1.5).

A análise das propostas regulatórias identificadas na Europa revelou um tom agressivo contra as *big techs*. Apurou-se propostas complexas e robustas com a finalidade de impedir os abusos cometidos nos mercados digitais. Trata-se de movimento pioneiro no mundo e que, por essa razão, vem sofrendo críticas em todos os sentidos, tanto positivas quanto negativas. O que não se pode negar, no entanto, é a importância do progresso europeu nesse sentido. Foi possível observar, inclusive, após o lançamento das propostas regulatórias, um aumento nas investigações ocorridas nos mercados digitais.

Sobre as investigações concorrenciais nos mercados digitais ocorridas na Europa, procedeu-se a análises quantitativa (Capítulo 3.1.2.1) e qualitativa (Capítulo 3.1.2.2). No âmbito quantitativo, entre 2010 e 2022, foram identificadas 40 (quarenta) investigações

conduzidas pelas autoridades concorrenciais europeias contra as *big techs*, sendo que a maioria delas se concentrou nos anos de 2020 e 2021.

As autoridades engajadas nas investigações são, além da própria Comissão Europeia, a Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, autoridade concorrenciais italiana, o Bundeskartellamt, da Alemanha, a Authority for Consumers and Markets, da Holanda, a Competition and Markets Authority, do Reino Unido, a Autorité de la Concurrence, da França, além da Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, da Espanha. Destacaram-se nesse cenário, pela relevância e número de investigações, além da Comissão Europeia, as autoridades italiana e alemã. Os alvos das investigações foram as empresas Google, Apple, Facebook, Amazon, Microsoft, Dropbox e Samsung.

Dos 40 (quarenta) processos identificados na Europa, 23 (vinte e três) já foram concluídos. Em 12 (doze) casos houve condenação das investigadas, em alguns casos sem a imposição de penalidades pecuniárias. Houve 9 (nove) casos em que houve cessação e adequação da conduta, bem como a assunção de compromissos de ajustes de práticas por parte das investigadas em troca do encerramento das investigações, ou seja, acordos. Em 2 (dois) casos, houve revisão dos termos de aprovação de transações societárias, ou seja, revisão de operações. Não foi identificado nenhum processo em que a conclusão foi pela absolvição das investigadas.

Nos casos de condenação em que houve a imposição de penas pecuniárias, as multas foram extremamente altas, superando, em alguns processos, a casa dos bilhões de euros. O fato de inexistir decisão absolutória em favor das *big techs* até o momento, serve, inclusive, como incentivo à política concorrenciais que vem ganhando espaço na Europa.

Já no contexto qualitativo, analisados, um a um, os 40 (quarenta) casos identificados, verificou-se haver processos investigando discriminação de rivais, seja através de limitações técnicas a restringir a operação de concorrentes na plataforma, isto é, *self-preferencing*, seja por meio de priorização de produtos da própria plataforma, ainda que em mercados adjacentes, em detrimento de outros, bem como processos envolvendo o condicionamento de uso de determinado produto ou serviço a outro da própria plataforma, além da exigência de utilização de softwares das plataformas incumbentes para a exploração de determinado serviço nelas. Tais casos também versam sobre questões de exclusividade de vendas de produtos através das plataformas e questões de interoperabilidade.

Além disso, percebeu-se a existência de processos investigando a coleta e uso indevido e anticompetitivo de dados pelas plataformas incumbentes. O mau funcionamento proposital de aparelhos após a atualização obrigatória de softwares por usuários, bem como casos relacionados à revisão de aquisições de rivais feitas por *big techs* também foram investigados.

É possível se notar claramente a evolução das autoridades europeias na condução das investigações, cada vez mais robustas e com maior conteúdo crítico, tanto pelo lado da acusação, quanto pelo das defesas apresentadas. Percebe-se que, verdadeiramente, as autoridades concorrenciais da Europa, principalmente a Comissão Europeia, assumiram a função de desbravadoras do áspero campo da regulação concorrencial dos mercados digitais.

Já no que tange à realidade norte-americana, apesar de parecer caminhar no mesmo sentido da europeia, o seu ritmo é mais lento e comedido, além de mais recente (Capítulo 3.2). Nos Estados Unidos da América, a discussão começou a ganhar corpo em 2020, com a divulgação do relatório *Investigation of Competition in Digital Markets – Majority Staff Report and Recommendations*, elaborado pela U.S. House Judiciary Committee's Subcommittee on Antitrust, Commercial, and Administrative Law (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020) (Capítulo 3.2.1).

O relatório serviu de base para iniciativas regulatórias por parte dos legisladores norte-americanos (Capítulo 3.2.2). Trata-se de quatro projetos de lei submetidos ao Congresso americano no primeiro semestre de 2021, todos em fase inicial de discussão, portanto. Foram analisados em detalhe o Projeto de Lei H.R. 3825 (JAYAPAL, 2021), denominado *Ending Platform Monopolies Act* (Capítulo 3.2.2.1), o Projeto de Lei S. 2992 (KLOBUCHAR, 2021), denominado *American Choice and Innovation Online Act* (Capítulo 3.2.2.2), o Projeto de Lei H.R. 3826 (JEFFRIES, 2021), denominado *Platform Competition and Opportunity Act* (Capítulo 3.2.2.3) e, por fim, o Projeto de Lei S. 228, conhecido como *Merger Filing Fee Modernization* (Capítulo 3.2.2.4).

Da análise da evolução regulatória norte-americana, foi possível perceber que, em certa medida, está alinhada com a proposta europeia. Há a intenção de criação de um conceito a enquadrar os sujeitos passivos das normas, as *relevant platforms*, a adoção de certas presunções em desfavor de tais sujeitos, bem como o incremento do poder persecutório das autoridades.

Passando-se às investigações concorrenciais norte-americanas (Capítulo 3.2.4), contudo, foi possível enxergar grande diferença em relação à realidade europeia. Quantitativamente, foram identificadas apenas 8 (oito) principais investigações conduzidas pelas autoridades americanas contra as *big techs*, sendo que os alvos das investigações foram Google, Facebook e Amazon. Foi identificado um processo sobre discriminação de rivais, seja através de limitações técnicas a restringir a operação de concorrentes na plataforma, seja por meio de priorização de produtos da própria plataforma, ainda que em mercados adjacentes, em detrimento de outros. Verificou-se sete processos envolvendo o condicionamento de uso de determinado produto ou serviço a outro da própria plataforma, além da exigência de utilização de softwares das plataformas incumbentes para a exploração de determinado serviço nelas. Tais casos também envolvem questões de exclusividade de vendas de produtos através das plataformas e questões de interoperabilidade. Por fim, há três casos relacionados à revisão de aquisições de rivais feitas por *big techs*. (Capítulo 3.2.4.1).

Qualitativamente, as investigações norte-americanas versam basicamente sobre práticas discriminatórias, além de um caso envolvendo *killer acquisition*, sendo tais investigações instauradas todas a partir do final de 2020 e com certa conotação política, sendo movidas, em sua maioria, por coalizões de estados historicamente em oposição ao presidente americano. A depender da interpretação, pode-se notar, ainda, um ar de lide privada em algumas ações antitruste envolvendo mercados digitais, quando usuários comerciais questionam práticas das *big techs* que os geram prejuízos (Capítulo 3.2.4.2).

Portanto, como resultado combinado da pesquisa feita, os Capítulos 2 e 3 revelaram que, inicialmente, quando preocupações concorrenciais nos mercados digitais se tornaram mais perceptíveis, dois modelos analíticos antitruste surgiram, o movimento neo-brandesiano, que defendia a reformulação substancial do sistema concorrencial, e o tradicionalista, baseado nos ideais da Escola de Chicago, que pregava a suficiência do direito antitruste tradicional ao endereçamento das questões nos mercados digitais. Nesse momento inicial, poucos eram os posicionamentos das autoridades concorrenciais sobre o tema.

Passado o tempo, a discussão evoluiu e surgiu a proposta de um modelo analítico intermediário, a corrente modernista, tendo entre seus adeptos defensores outrora integrantes dos extremos neo-brandesiano, agora chamado de populista, e tradicionalista. Nesse contexto, também foram sendo instauradas na Europa as primeiras grandes

investigações contra as *big techs*. Paralelamente, também na Europa, passaram a surgir propostas legislativas de regulação das plataformas digitais. Algum tempo depois, a evolução foi percebida nos Estados Unidos da América.

A evolução dos modelos analíticos pôde ser percebida nas iniciativas regulatórias ou persecutórias na Europa e Estados Unidos. Foi possível, inclusive, classificar, no tempo, tais jurisdições nessas diferentes perspectivas de modelos analíticos.

As autoridades concorrenciais europeias foram as primeiras a agir concretamente contra o avanço das *big techs* sobre a concorrência. Antes de 2020, percebeu-se que a maioria dos processos instaurados na Europa para investigar mercados digitais eram fundamentados mais em dúvidas acerca da forma de atuação das *big techs* do que em condutas indubitavelmente anticompetitivas, endereçando o desconforto das autoridades e da sociedade quanto às atividades das grandes plataformas digitais. Pode-se dizer, portanto, que, naquele momento, a realidade europeia se aproximou dos ideais neobrandesianos.

A partir de 2020, tendo havido o julgamento, e condenação em alguns casos, de *big techs* por infrações concorrenciais, as autoridades europeias desenvolveram massa crítica e perceberam a dificuldade de persecução das grandes plataformas digitais com base no ordenamento jurídico concorrencial vigente. Naquele momento, então, passou a Europa a se movimentar no sentido de evoluir do ponto de vista regulatório.

Se até 2019 a movimentação contra as *big techs* teve origem na velocidade com que elas conseguiram poder de mercado, a partir de 2020 foi verificada a necessidade de conferir às autoridades ferramentas mais eficientes para investigar mercados digitais, sem necessariamente uma alteração abrupta na legislação concorrencial.

Nesse contexto, em 2020, a Comissão Europeia lançou a proposta de regulação dos mercados digitais materializada no DMA e o Reino Unido, em 2021, a proposta de criação da Digital Markets Unit, propostas que buscam conferir mais poderes investigativos às autoridades concorrenciais.

Também após 2020, cresceu o número de investigações na Europa contra as grandes plataformas digitais. A partir daí, os fundamentos de tais investigações se tornaram mais robustos, tanto pelo lado da acusação, quanto pelo da defesa, e os casos passaram a ter cunho mais técnico. Foi possível, portanto, diante do aumento do número casos e da qualidade das discussões neles contidas, mas, principalmente, dos movimentos

legislativos da Comissão Europeia e do Reino Unido, classificar, a partir de 2020, as autoridades concorrenciais europeias como com viés modernista.

Já em relação aos Estados Unidos da América, da mesma forma, pode-se fazer um recorte em relação aos cenários de antes e depois do ano de 2020. Isso porque antes de 2020 não foram identificadas investigações norte-americanas versando sobre temas concorrenciais nos mercados digitais, como também não havia movimentação regulatória nesse sentido. Assim, foi possível concluir que as autoridades concorrenciais norte-americanas, até 2020, possuíam viés tradicionalista.

Já a partir de 2020 houve uma mudança no panorama norte-americano. A concentração dos mercados digitais e a dominância das grandes plataformas digitais passaram a ser vistas com ressalvas e receios. Naquele ano foram ajuizadas as primeiras ações contra práticas anticompetitivas nos mercados digitais. No mesmo período, o debate acadêmico ganhou relevância perante as autoridades norte-americanas, o que resultou em propostas legislativas envolvendo questões concorrenciais nos mercados digitais. Pode-se dizer, portanto, que, nos Estados Unidos da América, houve mudança de um cenário tradicionalista anterior a 2020, para um modernista a partir de tal ano.

Sedimentadas, pois, as bases teórica e prática a envolver o tema, passou-se ao Capítulo 4 com a apresentação de proposta de regulação antitruste dos mercados digitais no Brasil. Foi abordada a realidade brasileira sobre antitruste e mercados digitais (Capítulo 4.1), constando a evolução regulatória sobre o tema (Capítulo 4.1.1), bem como os julgados recentes do Cade envolvendo plataformas digitais (Capítulo 4.1.2). Ao fim, foi apresentada proposta de regulação antitruste dos mercados digitais (Capítulo 4.2).

Ao se explicar a realidade brasileira dos mercados digitais (Capítulo 4.1), verificou-se, do ponto de vista normativo-regulatório (Capítulo 4.1.1), a inexistência de iniciativas no sentido adoção de regulação específica. Não obstante, o Cade, por meio do DEE, já deu o primeiro passo nesse sentido. Trata-se do Documento de Trabalho nº 005/2020 (BRASIL, 2020d), intitulado *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, publicado em agosto de 2020 (Capítulo 4.1.1.1) e do Caderno do Cade denominado  *Mercados de Plataformas Digitais* (BRASIL, 2021), publicado em agosto de 2021 (Capítulo 4.1.1.2).

É importante observar que, tal tipo de documento tem servido de base às autoridades concorrenciais e legislativas para colocarem em prática ações concretas no sentido de regular tais mercados. Na Europa, por exemplo, o relatório *Unlocking Digital*

*Competition - Report of the Digital Competition Expert Panel* (UNITED KINGDOM; DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL, 2019) trouxe importantes conclusões e que foram consideradas na melhoria da legislação. Já nos Estados Unidos da América, o *Investigation of Competition in Digital Markets – Majority Staff Report and Recommendations* (U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES, 2020), foi essencial para fundamentar as alterações legislativas propostas. Há de se concluir, portanto, que o primeiro passo foi dado no Brasil.

O Documento de Trabalho nº 005/2020 (BRASIL, 2020d), ao analisar os mais importantes estudos produzidos no mundo sobre concorrência e mercados digitais, identificou alguns pontos comuns a todos eles. O primeiro deles envolve a prescindibilidade de alteração nos objetivos do direito antitruste (Capítulo 4.1.1.1.1) e o segundo aborda a necessidade do maior uso de medidas cautelares para se garantir a concorrência nos mercados digitais (Capítulo 4.1.1.1.2). O terceiro elemento envolve a necessidade de alteração de standards e ônus probatórios (Capítulo 4.1.1.1.3). O quarto aborda a necessidade de tratamento não discriminatório por parte das plataformas digitais dominantes (Capítulo 4.1.1.1.4) e o quinto trata da necessidade de portabilidade e interoperabilidade de dados (Capítulo 4.1.1.1.5). O sexto elemento consiste na adoção de novos critérios para submissão de operações de fusão e aquisição às autoridades concorrenciais (Capítulo 4.1.1.1.6) e o sétimo aborda a possibilidade de criação de órgão regulador dedicado aos mercados digitais (Capítulo 4.1.1.1.7).

Já o Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais 2021 (BRASIL, 2021), se propôs a inventariar os julgados do Cade envolvendo mercados digitais, o que foi de extrema importância para essa pesquisa, em razão, sobretudo, da confiabilidade da base de dados utilizada, produzida pela própria autoridade concorrential. Assim sendo, foram endereçadas nessa pesquisa as conclusões do Caderno do Cade para atos de concentração econômica envolvendo mercados digitais (Capítulo 4.1.1.2.1), quase todos aprovados sem restrições, bem como para as investigações de condutas anticompetitivas nesses mercados (Capítulo 4.1.1.2.2), todas arquivadas, inexistindo condenações.

O referido estudo concluiu que os maiores desafios do Cade para regular os mercados digitais seriam: (i) determinar a melhor forma de intervenção em mercados tão dinâmicos; (ii) estimar os efeitos de longo prazo da intervenção da política de concorrência; (iii) a forma de adaptar medidas que sejam adequadas às especificidades das plataformas digitais; (iv) como identificar práticas exclusionárias decorrentes da

concentração de dados; (v) como tratar o tratamento discriminatório com base nos dados dos usuários e tecnologias de criação de perfil; (vi) a forma de análise dos conluios algorítmicos e restrições verticais no comércio eletrônico; e, por fim, (vii) e como conciliar as políticas de proteção de dados e concorrencial (Capítulo 4.1.1.2.3).

Apesar de sua importância, o Caderno do Cade – Mercados de Plataformas Digitais 2021 (BRASIL, 2021) tratou das investigações envolvendo mercados digitais julgadas até o dia 15 de novembro de 2020, restando, portanto, descobertas pelo referido estudo processos posteriores. Assim sendo, para robustecer essa pesquisa, foi necessário o exame de posicionamentos mais recentes do Cade envolvendo mercados digitais (Capítulo 4.1.1.2.2.1).

Nesse sentido, a pesquisa revelou que, após 15 de novembro de 2020, o Cade se posicionou sobre questões concorrenciais envolvendo mercados digitais em três ocasiões. Trata-se de duas medidas preventivas concedidas pelo Cade em sede de controle de condutas potencialmente anticompetitivas, uma em face do iFood (Capítulo 4.1.1.2.2.1.1) e outra contra a Gympass (Capítulo 4.1.1.2.2.1.2), além de decisão que aprovou com restrições ato de concentração envolvendo o segmento de mercado online, numa operação envolvendo a compra da J3 Logística pela Bus Serviços, conhecida por ClickBus (Capítulo 4.1.1.2.2.1.4). Além disso, foi estudada investigação de empresas da indústria farmacêutica por supostas práticas abusivas contra o mercado de trabalho (Capítulo 4.1.1.2.2.1.3) que, apesar de não envolver mercados digitais, trouxe importante contribuição à pesquisa no que se refere ao posicionamento do Cade sobre a flexibilização dos objetivos do direito antitruste.

Nos casos das medidas preventivas, notou-se que o Cade está atento às nuances dos mercados digitais, levando em consideração diversas de suas especificidades para a tomada de decisões nada triviais, como foi o caso das cautelares impostas. No caso do ato de concentração, foi possível enxergar que, também em controle de concentrações, o Cade vem se atentando para aspectos relacionados aos mercados digitais, abordando os efeitos da celebração de contratos de exclusividade por plataforma dominante, bem como a possibilidade de discriminação de terceiros na plataforma, além do uso indevido de dados por ela coletados. Já no caso da indústria farmacêutica, foi possível perceber, ao menos na Superintendência-Geral do Cade, tendência de mudança na interpretação dos objetivos do direito antitruste, havendo, em princípio, um descolamento da ideia tradicionalista de

que o direito da concorrência buscava apenas o bem-estar dos consumidores, para uma interpretação de que tal seara também tutelaria direito de trabalhadores.

Nesse sentido, essa pesquisa revelou que, no Brasil, houve alteração do padrão analítico após o ano de 2020, ainda que de forma bem mais sutil do que na Europa e Estados Unidos da América. Ao passo que nos casos europeu e norte-americano houve evolução regulatória com a efetiva proposição de normas a regular especificamente o tema, no Brasil tal movimentação ainda não ocorreu.

Apesar da ausência de regulação, ao menos desde 2020, é possível afirmar que o Brasil não está mais inerte e parece estar, ainda que a passos lentos, perdendo o receio do custo do erro. A própria autoridade concorrencial brasileira já passou a estudar o tema, por meio do DEE, demonstrando que não se pode desconsiderar a hipótese de avanço normativo-regulatório num futuro próximo.

Além disso, os julgados da autoridade concorrencial brasileira vêm reforçando a ideia de evolução do sistema analítico. Se em período anterior a 2020 não há qualquer condenação do Cade às *big techs* por práticas anticompetitivas nos mercados digitais, após 2020, a autoridade concorrencial brasileira enfrentou os mercados digitais de maneira mais vigorosa. Foram adotadas, inclusive, ações pouco convencionais contra grandes plataformas digitais. Foi o caso das medidas preventivas impostas ao iFood e à Gympass e as restrições impostas à operação envolvendo a J3 Participações Ltda. e a Bus Serviços de Agendamento S.A., ou ClickBus.

Tal cenário revela, portanto, antes de 2020, uma realidade brasileira próxima ao modelo analítico tradicionalista. Após 2020, no entanto, o modelo analítico parece, tal como na Europa e Estados Unidos da América, tender, mesmo que de modo ainda bastante tímido, para o modernista, com aceno, em uma ocasião, no caso da investigação envolvendo o mercado de trabalho da indústria farmacêutica, ao neo-brandesiano populista.

Esses foram os achados de pesquisa em relação ao Brasil. Tais achados possibilitaram, como resultado desse estudo, a proposta de regulação antitruste dos mercados digitais (Capítulo 4.2). Tal proposta passou pela indicação do modelo analítico antitruste a ser adotado pelo Cade em face dos mercados digitais (Capítulo 4.2.1), pela criação da figura da Plataforma Digital Relevante, ou simplesmente PDR, como destinatária da norma proposta (Capítulo 4.2.2), pelas regras a serem adotadas nos casos de análises de atos de concentração (Capítulo 4.2.3) e nos casos de condutas

anticompetitivas (Capítulo 4.2.4), por questões de *advocacy* (Capítulo 4.2.5) e, por fim, de alterações estruturais no Cade (Capítulo 4.2.6).

Sobre o modelo analítico antitruste dos mercados digitais, o que a pesquisa demonstrou ser melhor aplicável ao Brasil é o modernista (Capítulo 4.2.1). Tal modelo, que já vem sendo implementado, ainda que de forma bastante tímida, pelas autoridades concorrenciais brasileiras desde 2020, parece convergir com as melhores práticas adotadas pelas jurisdições mais avançadas em matéria concorrencial.

Acerca do conceito de Plataforma Digital Relevante como figura jurídica a identificar o sujeito passivo da política concorrencial envolvendo mercados digitais (Capítulo 4.2.2), trata-se de ponto em comum das propostas identificadas na Europa, Reino Unido e nos Estados Unidos da América. Na Europa, surgiu o conceito de *gatekeeper*, no Reino Unido a figura das entidades detentoras de *strategic market status* e nos Estados Unidos da América, as *coverage platforms*.

A proposta que se faz é que, para fins de aplicação da regulação apresentada, se defina que constituem Plataformas Digitais Relevantes quaisquer serviços digitais que facilitem as interações entre dois ou mais conjuntos distintos e interdependentes de usuários que interagem através da internet e que contem, no último exercício financeiro, com 31,7 (trinta e um inteiros e sete décimos) milhões ou mais de usuários finais e 318 (trezentos e dezoito) mil ou mais de usuários comerciais. Tais Plataforma Digitais Relevantes teriam, em relação a si, a presunção de possuírem poder de mercado em todos os mercados integrantes de seus ecossistemas.

Estabelecido quem seriam os agentes a serem presumidamente considerados detentores de poder de mercado e, portanto, sujeitos a responsabilidades especiais sob a ótica do direito concorrencial, passou-se à apresentação das regras a eles aplicáveis.

A proposta regulatória em relação aos atos de concentração econômica realizados por Plataformas Digitais Relevantes foi dividida em duas frentes. A primeira diz respeito ao critério de notificação de tais operações (Capítulo 4.2.3.1). Já a segunda se refere aos critérios de análise de tais operações pelas autoridades concorrenciais brasileiras (Capítulo 4.2.3.2).

Sobre o critério de notificação de operações, é proposto que haja obrigação de informação de operações realizadas pelas Plataformas Digitais Relevantes ao Cade sempre que, consideradas as operações realizadas nos últimos 12 (doze) meses, estas, somadas, atinjam os critérios de notificação estabelecidos no artigo 88 da Lei nº

12.529/2011 (BRASIL, 2011). Em resumo, somados os faturamentos dos grupos envolvidos nessas operações, se houver o atingimento dos faturamentos mínimos exigidos pela legislação concorrencial para a notificação obrigatória de atos de concentração, as Plataformas Digitais Relevantes deveriam informá-las ao Cade, de modo que a autoridade verificasse a necessidade de notificação delas, a seu critério.

Para tanto, não haveria necessidade de alteração legislativa, mas simplesmente que o Cade faça uso da faculdade que lhe é conferida pelo §7º do artigo 88 da Lei nº. 12.529/2011 (BRASIL, 2011). Não há, também, que se falar em criação de custo para as Plataformas Digitais Relevantes, haja vista que apenas informar ao Cade uma lista com a descrição mínima dos detalhes das operações realizadas nos últimos 12 (doze) meses não imporá ônus a elas relevantes, além de ser considerada uma obrigação decorrente da própria responsabilidade que possuem como agentes dominantes.

Sobre as informações a serem apresentadas ao Cade, sugere-se que destas constem: (i) o nome das partes e respectivos grupos econômicos envolvidos nas operações; (ii) o faturamento bruto registrado por essas partes e seus grupos econômicos no ano anterior às operações; (iii) os mercados de atuação das partes e dos respectivos grupos econômicos envolvidos nas operações; (iv) se as atividades das empresas adquiridas continuam a ser desenvolvidas após as operações; e, por fim, (v) as justificativas econômicas das operações.

Diante de tais informações, a depender do padrão de aquisição, analisando-se critérios como: (i) se as operações ocorreram no mesmo mercado; (ii) se a Plataforma Digital Relevante descontinuou as atividades das empresas adquiridas; (iii) se há integrações verticais relevantes entre as atividades das adquiridas e da PDR; (iv) se há sobreposições horizontais entre as atividades das adquiridas e da PDR, dentre outros, o Cade avaliaria se seria o caso de determinação de notificação de alguma das operações ao Cade ou não.

Do ponto de vista da análise de mérito de tais atos de concentração, três propostas foram apresentadas (Capítulo 4.2.3.2). A primeira delas se refere à forma de definição de mercado relevante e o consequente rito de análise das operações (Capítulo 4.2.3.2.1), a segunda à redefinição dos pontos focais de análise antitruste (Capítulo 4.2.3.2.2) e, por fim, a adoção de certas presunções relativas sobre os efeitos das operações realizadas por Plataformas Digitais Relevantes em mercados digitais (Capítulo 4.2.3.2.3).

Sobre a definição de mercado relevante nas análises de atos de concentração, é proposta a sua flexibilização nos casos envolvendo Plataformas Digitais Relevantes, para que: (i) se considere todos os mercados adjacentes envolvidos como integrantes do mesmo mercado relevante afetado pela operação, isto é, todo o ecossistema da plataforma como um único mercado; e (ii) se considere que a Plataforma Digital Relevante detém poder de mercado em todos eles.

Tais premissas impactarão, conseqüentemente, no rito de análise de tais operações pelo Cade. O que se propõe para as Plataformas Digitais Relevantes, portanto, é que, em razão da presunção de seu poder no mercado relevante afetado pela operação, assim considerado como o mercado originário da plataforma e todos os outros a ele adjacentes, sejam todas as operações por elas submetidas ao Cade analisadas pelo rito ordinário.

Frise-se que não se está a sugerir que todas as operações envolvendo Plataformas Digitais Relevantes sejam declaradas complexas, demandem instrução complementar e necessária revisão pelo Tribunal do Cade, mas simplesmente que sejam notificadas à autoridade concorrencial com um nível maior e mais detalhado de informações, o que possibilitaria uma análise mais completa e acurada por parte do Cade acerca da operação e seus efeitos.

Em relação à redefinição do ponto focal de análise dos atos de concentração, propõe-se a adoção de critérios alternativos de análise antitruste. Há de se ter foco nas evidências de poder de mercado, potenciais danos à concorrência e identificação de estratégias anticompetitivas, além da análise das dinâmicas competitivas de mercados adjacentes, considerando-se o efeito *lock-in* dos consumidores. Focar-se-ia mais nas evidências fáticas e econômicas de poder de mercado e suas conseqüências, num exercício de prospecção, do que no retrato atual e estanque do mercado. A análise se voltaria, portanto, à concorrência potencial.

Tal análise de concorrência potencial passaria pela verificação se a empresa adquirida está na iminência de entrar no mercado, se possui ativos relevantes que possam ser facilmente utilizados para sua volta ao mercado sem incorrer em custos irrecuperáveis significativos, bem como se esta poderia suportar os custos necessários para entrar no mercado num prazo relativamente curto. Além disso, deveria ser considerada a possibilidade dos arranjos existentes, sejam eles contratuais ou não, resultarem em fechamento de mercado a terceiros, tanto no mercado primário, quanto nos adjacentes,

bem como se tais arranjos beneficiam negócios integrados das plataformas em mercados adjacentes.

Obviamente, a verificação da concorrência potencial dependerá de cada caso, da dinâmica de negócios da Plataforma Digital Relevante, bem como dos mercados afetados. Não obstante, indica-se como proposta de melhoria regulatória que a análise antitruste se baseie em argumentos fáticos e econômicos e os efeitos da prática sobre a concorrência potencial, atribuindo às Plataformas Digitais Relevantes o ônus de provar que efeitos deletérios à competição não existem.

Em razão dos desafios ao exame de critérios de concorrência potencial é que se propõe a adoção de presunções relativas em desfavor das Plataformas Digitais Relevantes. Sugere-se que as operações realizadas por Plataformas Digitais Relevantes sejam consideradas presumidamente anticompetitivas, cabendo às partes envolvidas provar o contrário. Se uma análise antitruste demanda a ponderação das eficiências específicas de cada operação vis-à-vis seus efeitos negativos, no caso de uma Plataforma Digital Relevante, a autoridade presumiria os efeitos negativos e à Plataforma Digital Relevante caberia refutá-los por meio da apresentação de eficiências específicas.

Tais eficiências poderiam se dar sob a forma de economias de escopo, escala, da introdução de inovações no mercado, da apropriação de externalidades positivas ou eliminação de externalidades negativas, bem como da geração de um poder de mercado compensatório. Assevere-se que, apresentadas as eficiências pela Plataforma Digital Relevante, a autoridade deveria afastar quaisquer delas que fossem meramente especulativas ou que não fossem concretamente prováveis e verificáveis.

A pesquisa revelou que a inversão do ônus probatório, atribuindo-se às Plataformas Digitais Relevantes a obrigação de provar que as operações por ela realizadas geram eficiências a serem repassadas aos consumidores, possibilita o foco na concorrência potencial, ao mesmo tempo em que tira da autoridade concorrencial o pesado fardo, em razão de assimetria informacional, de ter de provar os efeitos negativos oriundos de tais operações.

Já sob o viés das investigações das Plataformas Digitais Relevantes por condutas anticompetitivas, as propostas ora apresentadas passam pela presunção de poder de mercado das Plataformas Digitais Relevantes (Capítulo 4.2.4.1), pela adoção de presunções relativas em favor da acusação (Capítulo 4.2.4.2), pela adoção de medidas preventivas e cautelares com maior frequência (Capítulo 4.2.4.3), sendo desnecessário o

estabelecimento de um rol taxativo de condutas que poderiam ser consideradas anticompetitivas (Capítulo 4.2.4.4).

Sobre a presunção de poder de mercado das Plataformas Digitais Relevantes, propõe-se que este não precise ser verificado em cada um dos mercados eventualmente afetados por uma conduta anticompetitiva, já que o próprio conceito de Plataforma Digital Relevante pressupõe que o poder de mercado detido pela plataforma num determinado segmento reflete nos outros a ele adjacentes. Assim sendo, desnecessária é a definição rígida dos mercados relevantes afetados pela conduta, merecendo a análise abranger todo o ecossistema das Plataformas Digitais Relevantes.

A proposta que se apresenta é a de possibilidade de avanço de investigações concorrenciais sem a definição de mercado relevante. Defende-se que as autoridades deveriam focar nas evidências econômicas diretas dos efeitos das condutas, sejam elas quantitativas ou qualitativas, mas não na definição exata e restrita de mercado relevante. Tratando-se, então, de conduta anticompetitiva praticada por Plataforma Digital Relevante, a proposta que se faz é que as etapas de definição de mercado relevante e comprovação de aferição de seu poder de mercado estariam automaticamente superadas, passando-se diretamente à análise dos efeitos da conduta sobre a competição.

Em relação às presunções relativas em favor da acusação, a pesquisa revelou que deve ser transferido aos réus o ônus da prova, tirando tal responsabilidade da acusação. Tratar-se-ia de verdadeira redução do padrão probatório acusatório, sendo que a ilicitude de certas condutas seria afastada apenas nos casos em que os acusados provassem certas circunstâncias excepcionais aplicáveis aos casos concretos. As presunções a serem adotadas passariam pela ilicitude de: (i) precificação abaixo dos custos; (ii) exigência de exclusividade; bem como de (iii) práticas exclusionárias e discriminatórias; e (iv) restrições verticais.

Sobre a questão da maior utilização do instrumento da medida preventiva, a proposta que se faz é que, diante da dinamicidade dos mercados digitais, essas sejam adotadas pela autoridade concorrencial com maior frequência. De modo a retirar o receio das autoridades com o custo do erro, propõe-se que essas sejam concedidas por prazo determinado e com curta duração, por períodos renováveis. Se os mercados digitais são tão dinâmicos, há de se supor que os efeitos da imposição de uma medida preventiva sejam imediatamente observados, de modo a ser possível, num curto espaço de tempo, reavaliá-las, se for o caso.

Portanto, propõe-se que o Cade seja menos conservador para a imposição de medidas preventivas nos mercados digitais e que tais medidas sejam tomadas por prazo determinado, renovável quantas vezes forem necessárias, sendo que a cada renovação a autoridade deveria avaliar se estariam mantidas as razões que ensejaram a sua aplicação.

Além das medidas supracitadas, no contexto de promoção da defesa da concorrência em mercados digitais, sugere-se ao Cade que demande da Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia o acompanhamento dos mercados digitais e a elaboração de estudos periódicos sobre o grau competitividade neles. Alternativamente, poder-se-ia indicar à Secretaria as Plataformas Digitais Relevantes identificadas, sendo que o monitoramento concentrar-se-ia sobre as atividades dessas plataformas, mas não do mercado como um todo.

Especificamente, sugere-se que o Cade compartilhe com a Secretaria de Advocacia da Concorrência e Competitividade do Ministério da Economia as informações recebidas das Plataformas Digitais Relevantes sobre as operações por elas realizadas, bem como dê ciência à Secretaria das investigações por práticas anticompetitivas em face delas.

Por fim, a proposta apresentada trata de alterações estruturais no Cade. Acredita-se ser prudente, que se tenha uma autoridade dedicada aos mercados digitais no Brasil. No entanto, não se propõe a criação de uma nova agência reguladora apartada da autoridade concorrential, o que demandaria lei específica, orçamento próprio e outros custos financeiros e burocráticos a ela inerentes. Sugere-se criar, dentro da estrutura do próprio Cade, uma nova coordenação de análise antitruste, que se somaria às onze hoje existentes, e que teria dentre as suas finalidades a análise de casos envolvendo mercados digitais.

Tal providência demandaria, basicamente, a realocação interna de recursos humanos pelo Cade, sendo incrementados ou reduzidos na medida da demanda oriunda dos mercados digitais. Trata-se de proposta de simples e rápida implementação e que representaria importante passo do Cade na direção da regulação eficiente dos mercados digitais.

É importante frisar que a proposta regulatória ora apresentada não demandaria alteração a nível legal, mas apenas de norma infralegal, materializada numa resolução, a ser aprovada pelo Plenário do Tribunal do Cade. Sugestão dos termos da referida resolução foi apresentada *lege ferenda* como resultado dessa pesquisa (Capítulo 4.2.8).

A Resolução contaria com sete Seções. As primeiras delas tratariam da alteração estrutural do Cade, com a criação da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 12 e da Coordenação de Análise Antitruste 12, órgão da Superintendência-Geral do Cade dedicado às questões envolvendo economias digitais, sejam atos de concentração, sejam investigações de condutas anticompetitivas, competência prevista na segunda Seção da resolução.

A terceira Seção trataria da definição do conceito de Plataformas Digitais Relevantes. A quarta estabeleceria algumas obrigações das Plataformas Digitais Relevantes. A quinta, dos atos de concentração envolvendo Plataformas Digitais Relevantes, ao passo que a sexta versaria sobre condutas anticompetitivas envolvendo tais plataformas. Já a sétima e última Seção dedicar-se-ia à promoção da concorrência nos mercados digitais.

Frise-se que a proposta de maior utilização do instrumento da medida preventiva, uma das conclusões dessa pesquisa, não demandaria qualquer alteração normativa, mas mudança de postura da Superintendência-Geral. Por fim, importante lembrar que a tipificação de condutas praticadas pelas Plataformas Digitais Relevantes, no caso brasileiro, se revela desnecessária em razão da inteligência do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 (BRASIL, 2011).

A proposta ora apresentada, apesar de menos revolucionária e complexa do que outras consideradas por outras jurisdições, parece ser um importante primeiro passo no sentido de se regular as plataformas digitais do ponto de vista concorrencial. Note-se que o resultado dessa pesquisa não envolve mudanças radicais de paradigmas, tampouco alterações substantivas na legislação concorrencial, mas basicamente mudanças procedimentais e de política antitruste que podem levar a uma evolução considerável da experiência da autoridade concorrencial brasileira com as economias digitais.

Se a presente pesquisa se propôs a responder quais seriam os modelos analíticos adequados à prevenção e repressão de abusos nos mercados digitais, bem como as perspectivas para uma apropriada regulação jurídica do assunto, pode se considerar que foram atingidos os seus objetivos. Além disso, se a hipótese de pesquisa passa, no que tange às concentrações econômicas, pela revisão do critério de notificação de operações às autoridades concorrenciais brasileiras, mediante a adoção de critérios alternativos que não apenas o faturamento das partes envolvidas, e, no que diz respeito à repressão de práticas anticompetitivas, pela adoção de standards mínimos de análise concorrencial

para o mercado digital, com a inversão de certos ônus probatórios, pode se afirmar que ela foi confirmada.

Registre-se, por último, que a pesquisa sugeriu que os custos de implementação da proposta apresentada não seriam substanciais, tanto pelo lado da autoridade, quanto pelo lado dos administrados. Acredita-se ser uma ação de fácil implementação e execução e que poderia ajudar consideravelmente no enfrentamento das questões concorrenciais oriundas dos mercados digitais no Brasil. Poder-se-ia, inclusive, ser dispensada a análise de impacto regulatório de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 (BRASIL, 2019b), o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (BRASIL, 2019a) e o Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020 (BRASIL, 2020b), por se tratar de hipótese passível de enquadramento nos incisos II, IV, VI e VIII do artigo 4º do Decreto nº 10.411 de 30 de junho de 2020 (BRASIL, 2020a), que prevê hipóteses de dispensa de tal análise.

Espera-se que as propostas resultantes dessa pesquisa sejam debatidas junto a todas as autoridades que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e, igualmente, pelas comunidades acadêmica e profissional antitruste e que, ao fim, fomente mudanças de posicionamento das autoridades concorrenciais brasileiras de forma a se lançarem na vanguarda do enfrentamento das questões concorrenciais relacionadas aos mercados digitais.

## REFERÊNCIAS

AGÊNCIA IN. **Após fusão, iFood compra Papa Rango e Alakarte**. 2014. Disponível em: <https://www.investmentosenoticias.com.br/noticias/negocios/apos-fusao-ifood-compra-papa-rango-e-alakarte>. Acesso em: 30 mar. 2022.

**Antitrust pt 1: the establishment**. Chicago, ILPodcast.

**Antitrust pt 2: the populists**. Chicago, ILPodcast.

ATHAYDE, Amanda. O mercado de trabalho no radar das autoridades antitruste: novos desdobramento. *Em*: 2021, **Anais** [...]. *Em*: 27º SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. [s.l: s.n.]. Disponível em: <https://www.amandaathayde.com.br/eventos-palestras>. Acesso em: 30 mar. 2022.

ATHAYDE, Amanda. **Tabelas de preço: pode ou não pode?** Amanda Athayde, 2018. Disponível em: <https://www.amandaathayde.com.br/single-post/2018/09/18/tabelas-de-preco-pode-ou-nao-pode>. Acesso em: 30 mar. 2022.

ATHAYDE, Amanda; ROS, Luiz Guilherme. **Os novos objetivos do Direito da Concorrência**. JOTA Info, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/antitruste-novos-objetivos-do-direito-da-concorrencia-17012022>. Acesso em: 2 abr. 2022.

AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. **PS/11009**. Dottoressa Gabriella Muscolo, 25 set. 2018a. Disponível em: [https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11009\\_scorr\\_sanz\\_omi\\_dichrett.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11009_scorr_sanz_omi_dichrett.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. **PS/11039**. Dottoressa Gabriella Muscolo, 25 set. 2018b. Disponível em: [https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11039\\_scorr\\_sanzDich\\_rett\\_va.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11039_scorr_sanzDich_rett_va.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. **PS/11112**. Professor Michele Ainis, 29 nov. 2018c. Disponível em: [https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11112\\_scorr\\_sanz.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/PS11112_scorr_sanz.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

BAGNOLI, Vicente. **Introdução ao direito da concorrência Brasil**. São Paulo: Singular, 2005. Disponível em: [https://www.worldcat.org/title/introducao-ao-direito-da-concorrencia-brasil-globalizacao-uniao-europeia-mercosul-alca/oclc/230897231&referer=brief\\_results#borrow](https://www.worldcat.org/title/introducao-ao-direito-da-concorrencia-brasil-globalizacao-uniao-europeia-mercosul-alca/oclc/230897231&referer=brief_results#borrow). Acesso em: 30 mar. 2022.

BAGUETE; MERKER, Júlia. **iFood compra a mineira Netcook**. 2015. Disponível em: <https://www.baguete.com.br/noticias/04/12/2015/ifood-compra-a-mineira-netcook/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BAGUETE; ROSALES, Luana. **iFood compra startup Hekima**. 2020. Disponível em: <https://www.baguete.com.br/noticias/24/01/2020/ifood-compra-startup-hekima/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BAGUETE; SOUZA, Leandro. **Devorando é comprada pela iFood**. 2016. Disponível em: <https://www.baguete.com.br/noticias/12/02/2016/devorando-e-comprada-pela-ifood/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BAKER, Jonathan B. Taking the error out of “error cost” analysis: what’s wrong with antitrust’s right. **Antitrust Law Journal**, [S. l.], v. 80, n. 1, pp. 1–38, 2015. Disponível em: [https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch\\_lawrev/1356](https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev/1356). Acesso em: 30 mar. 2022.

BAKER, Jonathan B. **The antitrust paradigm: restoring a competitive economy**. 1. ed. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2019. Disponível em: <https://www.hup.harvard.edu/catalog.php?isbn=9780674975781>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BALTO, David; LANE, Matthew. **‘Hipster antitrust’ movement is all action, no plan**. The Hill, 2018. Disponível em: <https://thehill.com/opinion/judiciary/378788-hipster-antitrust-movement-is-all-action-no-plan/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

BELIZARIO, Antonio Bloch; LORENZETTI, Marcela Abras. Zero-price markets e seus desafios para a análise concorrencial. *Em*: PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva (org.). **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. São Paulo: FGV DIREITO SP, 2020. pp. 150–171. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/30031>. Acesso em: 29 mar. 2022.

BOGUS, Carl T. The new road to serfdom: the curse of bigness and the failure of antitrust. **University of Michigan Journal of Law Reform**, [S. l.], v. 49, n. 1, pp. 1–121, 2015. Disponível em: <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol49/iss1/1>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BORGES, Rodrigo Fialho. **Descontrole de estruturas: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas**. 2020. Doutorado em Direito Comercial - Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. DOI: 10.11606/T.2.2020.tde-24032021-163117. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-24032021-163117/>. Acesso em: 25 jan. 2022.

BORK, Robert H. **The antitrust paradox**. First Edition ed. New York: Free Press, 1993. Acesso em: 30 mar. 2022.

BOYLE, James. Foucault in cyberspace: surveillance, sovereignty, and hardwired censors. *Em*: **Law and society approaches to cyberspace**. Londres: Routledge, 2017. Disponível em: <https://www.taylorfrancis.com/chapters/edit/10.4324/9781351154161-6/foucault-cyberspace-surveillance-sovereignty-hardwired-censors-james-boyle?context=ubx&refId=ce72736a-1ac0-4401-b1a3-1dcd2eea6b7>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Congresso Nacional, [2022]. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 29 mar. 2022.

**BRASIL. Decreto nº 10.229, de 5 de fevereiro de 2020.** Regulamenta o direito de desenvolver, executar, operar ou comercializar produto ou serviço em desacordo com a norma técnica desatualizada de que trata o inciso VI do caput do art. 3º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10229.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10229.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

**BRASIL. Decreto nº 10.411, de 30 de junho de 2020.** Regulamenta a análise de impacto regulatório, de que tratam o art. 5º da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, e o art. 6º da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Brasília, DF: Presidência da República, 2020b. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Decreto/D10411.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

**BRASIL. IBGE. Projeção da população do Brasil e das Unidades da Federação.** [s.d.]. Disponível em: [https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm\\_source=portal&utm\\_medium=popclock&utm\\_campaign=novo\\_popclock](https://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html?utm_source=portal&utm_medium=popclock&utm_campaign=novo_popclock). Acesso em: 3 abr. 2022.

**BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

**BRASIL. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Brasília, DF: Presidência da República, 2019a. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13848.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

**BRASIL. Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019.** Institui a Declaração de Direitos de Liberdade Econômica; estabelece garantias de livre mercado; altera as Leis nºs 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), 6.404, de 15 de dezembro de 1976, 11.598, de 3 de dezembro de 2007, 12.682, de 9 de julho de 2012, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 10.522, de 19 de julho de 2002, 8.934, de 18 de novembro 1994, o Decreto-Lei nº 9.760, de 5 de setembro de 1946 e a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; revoga a Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, a Lei nº 11.887, de 24 de dezembro de 2008, e dispositivos do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências. Brasília,

DF: Presidência da República, 2019b. Disponível em:  
[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13874.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. **Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964**. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L4320.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4320.htm). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Ato de Concentração nº 08700.004426/2020-17**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2022. Disponível em:  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTX2qwVWhxNETWQKOqe7YR\\_iYE5fnCxRSNQ7dQw2WU9T](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTX2qwVWhxNETWQKOqe7YR_iYE5fnCxRSNQ7dQw2WU9T). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Anexo - Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019c. Disponível em:  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNxuGsSSdg6oMHzEzCb4GYgAe6O4stYZJrXYAJNr-S2HKnvyjIHV8FAf0w-oRSJZbDLvT-VwNXLpBeP7dzKVYxF](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNxuGsSSdg6oMHzEzCb4GYgAe6O4stYZJrXYAJNr-S2HKnvyjIHV8FAf0w-oRSJZbDLvT-VwNXLpBeP7dzKVYxF). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Ato de Concentração nº 08700.000627/2020-37**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020c. Disponível em:  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPdw3333LjPVIwsj39\\_yxU6WAbMYa7O6DyhQv-jnrewiLYn\\_a-EptasCf23QZCN33s6grhi5E6jg-Irul8sGBGF](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yPdw3333LjPVIwsj39_yxU6WAbMYa7O6DyhQv-jnrewiLYn_a-EptasCf23QZCN33s6grhi5E6jg-Irul8sGBGF). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018a. Disponível em:  
[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP-FYynJmm4kEI4RXNNehOeWTPDENEQN58UIQnh1oPg-y1BPIaGYrLBqHf27BQ341-\\_LCKoC0KzEP6BRcke\\_4wK](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yP-FYynJmm4kEI4RXNNehOeWTPDENEQN58UIQnh1oPg-y1BPIaGYrLBqHf27BQ341-_LCKoC0KzEP6BRcke_4wK). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Documento de Trabalho nº 001/2010. Delimitação de mercado relevante**. Cade, 2010. Disponível em:  
<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2010/documento-de-trabalho-n01-2010-delimitacao-de-mercado-relevante.pdf>. Acesso em: 7 maio. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Documento de trabalho nº 005/2020. Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados.** Cade, 2020d. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>. Acesso em: 1 maio. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Guia análise de atos de concentração horizontal.** Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016a. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf>. Acesso em: 4 maio. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Inquérito Administrativo 08012.011881/2007-41.** Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2007. Disponível em: [http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nt\\_10\\_2015\\_08012011881200741.pdf](http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/dee-publicacoes-anexos/nt_10_2015_08012011881200741.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Inquérito Administrativo 08700.000529/2020-08.** Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020e. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcX5k5uAO6aS-MeICgHMPHFmgJfV0QDVOvkyIV8QQKJzv](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcX5k5uAO6aS-MeICgHMPHFmgJfV0QDVOvkyIV8QQKJzv). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Inquérito Administrativo 08700.004136/2020-65.** Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020f. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOCJ9vWg91OyBFjKhqOPfAlxse1Xr\\_t\\_z6Ut7QkHkbFWy1QyTXBgSq6jEeE2suP3u9vuf6vhDmcjGqPzqb3ETf](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOCJ9vWg91OyBFjKhqOPfAlxse1Xr_t_z6Ut7QkHkbFWy1QyTXBgSq6jEeE2suP3u9vuf6vhDmcjGqPzqb3ETf). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Inquérito Administrativo 08700.004318/2018-11.** Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018b. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQYmbqk-IO9UrGNPjPys4aAJ7OE571rAsnFgoJNAMSe](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcQYmbqk-IO9UrGNPjPys4aAJ7OE571rAsnFgoJNAMSe). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Inquérito Administrativo 08700.004588/2020-47.** Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020g. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lSkjh7ohC8yMfhLoDBLddZVrmdOt8c3LPSxt7mjJINDP4CmRWZBpVoSFY3Hk1Npz2YHS4Gxoje\\_h3aiZev-QyhVk4RFga3empH3JScztI1](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lSkjh7ohC8yMfhLoDBLddZVrmdOt8c3LPSxt7mjJINDP4CmRWZBpVoSFY3Hk1Npz2YHS4Gxoje_h3aiZev-QyhVk4RFga3empH3JScztI1). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Inquérito Administrativo 08700.005679/2016-13**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016b. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnZieLnXVYq5iSLE-XQiiNyAz7Bc8LYfFl32lJR44J2I](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?KOXi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFAcnZieLnXVYq5iSLE-XQiiNyAz7Bc8LYfFl32lJR44J2I). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Inquérito Administrativo 08700.005969/2018-29**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2018c. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOwlgE8IKckzVZ7YAuWJzDQubs5vikbzDQbmMoYf5znXr3jZRRw7BHhH6q8vzhpkzr5CWDJs-8Ftj32CVEZODSs](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOwlgE8IKckzVZ7YAuWJzDQubs5vikbzDQbmMoYf5znXr3jZRRw7BHhH6q8vzhpkzr5CWDJs-8Ftj32CVEZODSs). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Mercados de plataformas digitais**: Cadernos do Cade. Brasília, DF: Cade, 2021. Disponível em:

<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/CADE**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2014a. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOCJ9vWg91OyBFjKhqOPfAlxse1Xr\\_t\\_z6Ut7QkHkbFWy1QyTXBgSq6jEeE2suP3u9vuf6vhDmcjGqPzqb3EThF](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOCJ9vWg91OyBFjKhqOPfAlxse1Xr_t_z6Ut7QkHkbFWy1QyTXBgSq6jEeE2suP3u9vuf6vhDmcjGqPzqb3EThF). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Nota Técnica nº 14/2021/GAB-SG/SG/CADE**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2014b. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddaqOuY58g0A5bT5wmqGLIBLFIYZ4hPeWK2iU03zOJKYWuAeXqrtK95YGPPF2x0AHjQQo8NdtwmX-lYxgI5KyATo](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskjh7ohC8yMfhLoDBLddaqOuY58g0A5bT5wmqGLIBLFIYZ4hPeWK2iU03zOJKYWuAeXqrtK95YGPPF2x0AHjQQo8NdtwmX-lYxgI5KyATo). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Nota técnica nº 36/2017/CGAA4/SGA1/SG/CADE**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOAEfaMEkXXxWVYKU81UGMKjAPchgdrEQ4ypjLrt\\_sgACFIofmI65fOWqSQTf5i6V9KEwPQCZy8OB3XwSmZb-FE](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yOAEfaMEkXXxWVYKU81UGMKjAPchgdrEQ4ypjLrt_sgACFIofmI65fOWqSQTf5i6V9KEwPQCZy8OB3XwSmZb-FE). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Nota técnica nº 41/2016/CGAA2/SGA1/SG/CADE**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2016c. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.ph](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.ph)

p?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yNIQUW6eoDXgKp8NFyysXgyCVglSvcD8pOppNtlrnlO13fSHgvCO11CtK82C6re3vIkj2DEThW3y\_8K8tV5mhyI. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Nota técnica nº 49/2015/CGAA4/SGA1/SG/CADE**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2015b. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_documento\\_consulta\\_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN\\_RUaziCZ2kVLRdclxaXHJ52lTYvARowfhcAkXmCH-0gY6Fg20UtVpjqvQ8C9lpvkv8hs-Rz5bQLFvmHBpbbO](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQAh8mpB9yN_RUaziCZ2kVLRdclxaXHJ52lTYvARowfhcAkXmCH-0gY6Fg20UtVpjqvQ8C9lpvkv8hs-Rz5bQLFvmHBpbbO). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo nº 08700.000381/2020-01**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020j. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/sesoes/sesoes-de-julgamento/2020/170-sessao-ordinaria/ata-de-sessao-de-julgamento-170a-soj.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Processo Administrativo nº 08700.000351/2019-53**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019d. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTcsHk3sJ3f7EiILSuhfYMGoOoflKooGE\\_wbL4HdP6YoG](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTcsHk3sJ3f7EiILSuhfYMGoOoflKooGE_wbL4HdP6YoG). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Processo Administrativo nº 08700.002066/2019-77**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019e. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcWgN2cfXrabZO3xyT\\_\\_wS9gZFlsvCdZq8g4\\_xQRBeWYa](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcWgN2cfXrabZO3xyT__wS9gZFlsvCdZq8g4_xQRBeWYa). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Processo Administrativo nº 08700.004548/2019-61**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019f. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcbNWPzZPeCksB1NHq0njZaqDyuZ-RXFk\\_z9bmZJIDnEL](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcbNWPzZPeCksB1NHq0njZaqDyuZ-RXFk_z9bmZJIDnEL). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Processo Administrativo nº 08700.005683/2019-24**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019g. Disponível em: [https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBca8xGBvDY2Btf3bXxEF1bKGsb4sRzNtxDLFSd3856y\\_Q](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBca8xGBvDY2Btf3bXxEF1bKGsb4sRzNtxDLFSd3856y_Q). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Processo Administrativo nº 08700.006964/2015-71**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2015a. Disponível em:

[https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md\\_pesq\\_processo\\_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G\\_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8\\_ywCudV1gCNGrQiNgXFACnZieLnXVYq5iSLE-XQiiNyAz7Bc8LYfFl32lJR44J2I](https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCudV1gCNGrQiNgXFACnZieLnXVYq5iSLE-XQiiNyAz7Bc8LYfFl32lJR44J2I). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012**. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Brasília, DF: Cade, 2012a. Disponível em: [https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolucao%20\\_2012%20-%20Análise%20Atos%20Concentração.pdf](https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolucao%20_2012%20-%20Análise%20Atos%20Concentração.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Resolução nº 22 de 19 de junho de 2019**. Aprova o Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020h. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-22-de-19-de-junho-de-2019-169789972>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Cade. **Resolução nº 28, de 21 de agosto de 2020**. Dispõe sobre a estrutura, a competência e o funcionamento das unidades subordinadas aos órgãos descritos no artigo 2º do Regimento Interno do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e estabelece o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança do Cade, nos termos do artigo 7º do Decreto nº 9.011, de 23 de março de 2017, c/c art. 17 do Decreto nº 9.739, de 28 de março de 2019. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2020i. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/normas-e-legislacao/resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20n%C2%BA%2028-2020.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Ministério de Estado de Justiça. Ministério de Estado da Fazenda. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2012b. Disponível em: [https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/3559/2/PRI\\_GM\\_2012\\_994.html](https://dspace.mj.gov.br/bitstream/1/3559/2/PRI_GM_2012_994.html). Acesso em: 30 mar. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 2630/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Autoria: Senador Alessandro Vieira. Brasília, DF. Senado Federal. 2020k. Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1909983](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1909983). Acesso em: 30 mar. 2022.

CALAZANS, Paulo M. **O que é uma executive order?** Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-norte-americanas/356772/o-que-e-uma-executive-order>. Acesso em: 30 mar. 2022.

CARVALHO, Vinicius Marques De; MATTIUZZO, Marcela. **Fake news e as armadilhas do PL 2630**. JOTA Info, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/fake-news-e-as-armadilhas-do-pl-2630-26022022>. Acesso em: 30 mar. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2002. Disponível em: <https://www.worldcat.org/title/sociedade-em-rede/oclc/817231537?referer=br&ht=edition>. Acesso em: 30 mar. 2022.

CHEE, Foo Yun; BEGALURU, Ayanti Bera In. Microsoft may face EU antitrust probe after Slack complaint on tying practice. **Reuters**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/us-slack-tech-microsoft-eu-idUSKCN24N1WI>. Acesso em: 30 mar. 2022.

COHEN, Julie E. Cyberspace as/and space. **Columbia Law Review**, [S. l.], v. 107, n. 1, pp. 210–256, 2007. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/40041711>. Acesso em: 8 ago. 2019.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. **S/0013/21**. The CNMC initiates disciplinary proceedings against Apple and Amazon for possible restrictive competition practices. Disponível em: <https://www.cnmc.es/prensa/incoacion-sancionador-Apple-Amazon-20210701>. Acesso em: 30 mar. 2022.

CORDEIRO, Alexandre. **Cade versus Justiça do Trabalho: quem é competente para defender os trabalhadores?** JOTA Info, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/concorrenca-e-mercados/cade-versus-justica-do-trabalho-quem-e-competente-para-defender-os-trabalhadores-01042021>. Acesso em: 30 mar. 2022.

COUTINHO, Diogo R. O direito nas políticas públicas. *Em*: MARQUES, Eduardo; FARIA, Carlos Aurélio Pimenta (org.). **A política pública como campo multidisciplinar**. 1. ed. Rio de Janeiro, São Paulo: Editora Unesp, Editora Fiocruz, 2013. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/b5k3s>. Acesso em: 27 mar. 2022.

CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. **Killer acquisitions**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2020. DOI: 10.2139/ssrn.3241707. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=3241707>. Acesso em: 30 mar. 2022.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito antitruste e poder econômico: o movimento populista e “neo-brandeisiano”. **Justiça do Direito**, [S. l.], v. 33, n. 3, pp. 222–244, 2019. DOI: 10.5335/rjd.v33i3.10429. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/003056366>. Acesso em: 1 abr. 2022.

DOUGLAS, John L. New wine into old bottles: fintech meets the bank regulatory world. **North Carolina Banking Institute**, [S. l.], v. 20, n. 1, pp. 17–65, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.unc.edu/ncbi/vol20/iss1/6>. Acesso em: 30 mar. 2022.

ELERT, Niklas; HENREKSON, Magnus. Evasive entrepreneurship. **Small Business Economics**, [S. l.], v. 47, n. 1, pp. 95–113, 2016. DOI: 10.1007/s11187-016-9725-x.

Disponível em: <http://link.springer.com/10.1007/s11187-016-9725-x>. Acesso em: 29 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **AT.39740 - Google Search (Shopping)**. 27 jun. 2017. Disponível em:

[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/39740/39740\\_14996\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **AT.40099 – Google Android**. 18 jul. 2018. Disponível em:

[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40099/40099\\_9993\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40099/40099_9993_3.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **AT.40411 - Google Search (AdSense)**. 20 mar. 2019. Disponível em:

[https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec\\_docs/40411/40411\\_1619\\_11.pdf](https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40411/40411_1619_11.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **AT.40437 Apple - App Store Practices (music streaming)**. 2021a. Disponível em:

[https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_AT\\_4043](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_4043). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **AT.40462 Amazon Marketplace**. 2020a. Disponível em:

[https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_AT\\_4046](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_4046). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **AT.40652 Apple – App Store Practices (e-books/audiobooks)**. 2020b. Disponível em:

[https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_AT\\_4065](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_4065). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **AT.40670 Google - Adtech and Data-related practices**. 2021b. Disponível em:

[https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_AT\\_4067](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_4067). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **AT.40684 Facebook leveraging**. 2021c. Disponível em:

[https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_AT\\_4068](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_4068). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **AT.40703 Amazon - Buy Box**. 2020c. Disponível em:

[https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=1\\_AT\\_4070](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_AT_4070). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **Commission expert group publishes progress reports on online platform economy**. An official website of the European Union. 2020d.

Disponível em: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/commission-expert-group-publishes-progress-reports-online-platform-economy>. Acesso em: 5 maio. 2021.

EUROPEAN COMMISSION. **M.10262**. 27 jan. 2022. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case\\_details.cfm?proc\\_code=2\\_M\\_10262](https://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_10262). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **M.9660 – GOOGLE/FITBIT**. 17 dez. 2020e. Disponível em: [https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202120/m9660\\_3314\\_3.pdf](https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases1/202120/m9660_3314_3.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN COMMISSION. **Proposal for a regulation of the European Parliament and of the council on contestable and fair markets in the digital sector (Digital Markets Act)**. Brussels: Publications Office, 2020f. DOI: 10.2763/407537. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=COM:2020:842:FIN>. Acesso em: 4 maio. 2021.

EUROPEAN COMMISSION; DIRECTORATE-GENERAL FOR COMPETITION; MONTJOYE, Yves-Alexandre De; SCHWEITZER, Heike; CRÉMER, Jacques. **Competition policy for the digital era**. Luxembourg: Publications Office, 2019. DOI: 10.2763/407537. Disponível em: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/21dc175c-7b76-11e9-9f05-01aa75ed71a1/language-en>. Acesso em: 4 maio. 2021.

EUROPEAN PARLIAMENT. **Overview of the ordinary legislative procedure of the European Parliament**. An official website of the European Union. [s.d.]. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/olp/en/ordinary-legislative-procedure/overview>. Acesso em: 30 mar. 2022.

EUROPEAN PARLIAMENT; MADIEGA, Tambiama. **Digital markets act: Members' Research Service**. [s.l.]: European Parliamentary Research Service, 2022. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRS\\_BRI\(2021\)690589\\_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2021/690589/EPRS_BRI(2021)690589_EN.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **The antitrust analysis of multi-sided platform businesses: Working Paper Series**. [s.l.]: National Bureau of Economic Research, 2013. DOI: 10.3386/w18783. Disponível em: <https://www.nber.org/papers/w18783>. Acesso em: 2 maio. 2021.

EXAME. **iFood compra eComanda e vai oferecer sistema de gestão para restaurantes**. 2020. Disponível em: <https://exame.com/negocios/ifood-compra-ecomanda-e-vai-oferecer-sistema-de-gestao-para-restaurantes/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

EXAME; INGIZZA, Carolina. **SiteMercado: veja quem é a nova startup comprada pelo iFood**. 2020. Disponível em: <https://exame.com/pme/sitemercado-veja-quem-e-a-nova-startup-comprada-pelo-ifood/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

EXAME; LAM, Camila. **iFood anuncia compra da startup A Deliveria**. 2015. Disponível em: <https://exame.com/pme/ifood-anuncia-compra-da-startup-a-deliveria/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

EXAME; ZUINI, Priscila. **iFood anuncia aquisição da Central do Delivery**. 2014. Disponível em: <https://exame.com/pme/ifood-anuncia-aquisicao-da-central-do-delivery/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das Teorias de Concorrência Dinâmica do Antitruste**. 2021. Tese de doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2021. No prelo.

FLIGSTEIN, Neil. **The architecture of markets: an economic sociology of twenty-first-century capitalist societies**. 1. ed. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2002. Disponível em: <https://press.princeton.edu/books/paperback/9780691102542/the-architecture-of-markets>. Acesso em: 27 mar. 2022.

FOLHA DE S.PAULO. **Aplicativo de delivery HelloFood é vendido para dona do iFood**. 2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/02/1737601-aplicativo-de-delivery-hellofood-e-vendido-para-dona-do-ifood.shtml>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FONSECA JÚNIOR, Marco Antonio. Futebol e plataformas digitais: relação entre duas paixões nacionais sob a perspectiva antitruste. *Em*: ATHAYDE, Amanda; MELO, Lílian Cintra De (org.). **Comércio Internacional e Concorrência: Desafios e Perspectivas Atuais**. Brasília: Faculdade de Direito - UnB, 2021. v. IIIpp. 476–503. Disponível em: 978-85-87999-12-2. Acesso em: 30 mar. 2022.

FORBER BRASIL; MANZONI, Leandro. **Startup impulsiona vendas de restaurantes caros**. 2017. Disponível em: <https://forbes.com.br/negocios/2017/05/spoonrocket-do-ifood-alavanca-vendas-de-restaurantes-mais-caros/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FORGIONI, Ana Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 2a. ed. rev. e atualizada ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:1998;000193647>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FOX, Eleanor M. **Platforms, power and the antitrust challenge: a modest proposal to narrow the U.S.–Europe divide**: NYU School of Law, Public Law Research Paper. New York, NY, 2019. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=3476675>. Acesso em: 2 abr. 2022.

FRANCE. **20/0083 F**. Autorité de la Concurrence. 12 jul. 2021b. Disponível em: [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral\\_texts/2021-07/21d17\\_0.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/integral_texts/2021-07/21d17_0.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

FRANCE; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **19/0030 F**. 7 jun. 2021a. Disponível em: [https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/attachments/2021-07/21-d-11\\_ven.pdf](https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/attachments/2021-07/21-d-11_ven.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

FRANCE; AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **19/0054 F**2021. Disponível em: <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/press-release/context-investigation-opened-autorite-online-advertising-sector-facebook-proposes>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FRAZÃO, Ana. **Os riscos de captura do Estado justificam a desregulação?** JOTA Info, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desregulacao-riscos-captura-do-estado-16022022>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FRAZÃO, Ana; SANTOS, Luiza Mendonça da Silva Belo. Plataformas digitais e o negócio de dados: necessário diálogo entre o direito da concorrência e a regulação dos dados. **Direito Público**, [S. l.], v. 17, n. 93, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3695>. Acesso em: 30 mar. 2022.

FRIEDMAN, David. Does technology require new law? **Harvard Journal of Law & Public Policy**, [S. l.], v. 25, n. 1, pp. 71–85, 2001. Disponível em: <https://digitalcommons.law.scu.edu/facpubs/22>. Acesso em: 30 mar. 2022.

G1. **iFood e RestauranteWeb se fundem em empresa de R\$ 1 bilhão**. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/09/ifood-e-restauranteweb-se-fundem-em-empresa-de-r-1-bilhao.html>. Acesso em: 30 mar. 2022.

GERMANY; BUNDESKARTELLAMT. **B2-88/18**. 17 jul. 2019a. Disponível em: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf;jsessionid=B8B03BD5D4526CF7D5FAF3F7F0B6895A.1\\_cid371?\\_\\_blob=publicationFile&v=5](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B2-88-18.pdf;jsessionid=B8B03BD5D4526CF7D5FAF3F7F0B6895A.1_cid371?__blob=publicationFile&v=5). Acesso em: 30 mar. 2022.

GERMANY; BUNDESKARTELLAMT. **B6-22/16**. 6 fev. 2019b. Disponível em: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=B727CA393EFC293FFD7D0E8269A1594D.2\\_cid371?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.pdf;jsessionid=B727CA393EFC293FFD7D0E8269A1594D.2_cid371?__blob=publicationFile&v=4). Acesso em: 30 mar. 2022.

GERMANY; BUNDESKARTELLAMT. **B7–61/21**. The Bundeskartellamt has determined pursuant to Section 19a(1) of the German Competition Act (GWB) that Alphabet Inc. including its affiliates within the meaning of Section 36(2) GWB (in the following “Google”) is of paramount significance for competition across markets. The validity of the decision is limited to five years from the date on which it becomes final, i.e. until 4 January 2027. 30 dez. 2021b. Disponível em: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2022/B7-61-21.pdf;jsessionid=A426398C0D9D461D34A6932CBFBB982E.1\\_cid371?\\_\\_blob=publicationFile&v=6](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/EN/Fallberichte/Missbrauchsaufsicht/2022/B7-61-21.pdf;jsessionid=A426398C0D9D461D34A6932CBFBB982E.1_cid371?__blob=publicationFile&v=6). Acesso em: 30 mar. 2022.

GERMANY; BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt examines linkage between Oculus and the Facebook network**. Official website of the Bundeskartellamt. 2020. Disponível em: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/10\\_12\\_2020\\_Facebook\\_Oculus.html;jsessionid=D7B384941315BD5DE66E986C370EF3C9.2\\_cid381?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2020/10_12_2020_Facebook_Oculus.html;jsessionid=D7B384941315BD5DE66E986C370EF3C9.2_cid381?nn=3591568). Acesso em: 30 mar. 2022.

GERMANY; BUNDESKARTELLAMT. **Bundeskartellamt examines whether Facebook/Kustomer merger is subject to notification**. Official website of the

Bundeskartellamt. 2021a. Disponível em: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/23\\_07\\_2021\\_Facebook\\_Kustomer.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/23_07_2021_Facebook_Kustomer.html). Acesso em: 30 mar. 2022.

GERMANY; BUNDESKARTELLAMT. **Proceeding against Apple based on new rules for large digital companies (Section 19a(1) GWB): Bundeskartellamt examines Apple’s significance for competition across markets.** Official website of the Bundeskartellamt. 2021d. Disponível em: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/21\\_06\\_2021\\_Apple.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/21_06_2021_Apple.html). Acesso em: 30 mar. 2022.

GERMANY; BUNDESKARTELLAMT. **Proceedings against Amazon based on new rules for large digital companies (Section 19a GWB).** Official website of the Bundeskartellamt. 2021c. Disponível em: [https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/18\\_05\\_2021\\_Amazon\\_19a.html?nn=3591568](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2021/18_05_2021_Amazon_19a.html?nn=3591568). Acesso em: 30 mar. 2022.

GLOBAL COMPETITION REVIEW. **Star Ratings.** Source of news and analysis for competition practitioners. 2021. Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/survey/rating-enforcement/2021/article/star-ratings>. Acesso em: 10 jan. 2022.

GOMES, Luiz Flavio. **A prova no processo penal. Comentários à Lei nº 11.690/2008.** São Paulo: Premier Máxima, 2008. Disponível em: <https://www.amazon.com.br/Prova-Processo-Penal-Comentarios-11-690/dp/8578770005>. Acesso em: 30 mar. 2022.

GREENFIELD, Leon B.; LANGE, Perry A.; CALLAN, Nicole. Antitrust populism and the consumer welfare standard: what are we actually debating? **Antitrust Law Journal**, [S. l.], v. 83, pp. 393–428, 2020. Disponível em: [https://www.wilmerhale.com/-/media/files/shared\\_content/editorial/publications/documents/20201230-antitrust-law-journal\\_antitrust-populism-and-the-consumer-welfare-standard-what-are-we-actually-debating.pdf](https://www.wilmerhale.com/-/media/files/shared_content/editorial/publications/documents/20201230-antitrust-law-journal_antitrust-populism-and-the-consumer-welfare-standard-what-are-we-actually-debating.pdf). Acesso em: 5 maio. 2021.

GUNDLACH, Greg. Non-price effects of mergers: a primer. *Em*: 2016, Washington DC. **Anais [...]. . Em: INVITATIONAL SYMPOSIUM ON THE NON-PRICE EFFECTS OF MERGERS.** Washington DC: American Antitrust Institute, 2016. p. 13. Disponível em: [https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/08/Gundlach-2016-NON-PRICE-EFFECTS-OF-MERGERS.-A-PRIMER\\_0-1.pdf](https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/08/Gundlach-2016-NON-PRICE-EFFECTS-OF-MERGERS.-A-PRIMER_0-1.pdf). Acesso em: 9 maio. 2021.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust policy and inequality of wealth. **Faculty Scholarship at Penn Law**, [S. l.], pp. 1–8, 2017. Disponível em: [https://scholarship.law.upenn.edu/faculty\\_scholarship/1769](https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1769). Acesso em: 30 mar. 2022.

ITALIA; AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. **A528 - FBA AMAZON.** Dottoressa Gabriella Muscolo, 10 abr. 2019. Disponível em: [https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/654825859D3EE288C12583E50053D451/\\$File/p27623.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/41256297003874BD/0/654825859D3EE288C12583E50053D451/$File/p27623.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

ITALIA; AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. **A529**. Professor Michele Ainis, 24 abr. 2021. Disponível em: [https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529\\_chiusura.pdf](https://www.agcm.it/dotcmsdoc/allegati-news/A529_chiusura.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

ITALIA; AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. **A542 - ICA**. The Italian Competition Authority opened an investigation against Google for an alleged abuse of dominant position. The undertaking, controlled by Alphabet Inc, might have violated Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union with regard to the availability and use of data for the design of display advertising campaigns, i.e. the space that publishers and website owners make available for the display of advertising content. 2020b. Disponível em: <https://en.agcm.it/en/media/press-releases/2020/10/A542>. Acesso em: 30 mar. 2022.

ITALIA; AUTORITÁ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO. **Avviate istruttorie nei confronti di Google, Apple e Dropbox per i servizi di cloud computing**. 2020a. Disponível em: <https://www.agcm.it/media/comunicati-stampa/2020/9/CV194-CV195-CV196-PS11147-PS11149-PS11150>. Acesso em: 30 mar. 2022.

JAYAPAL, Rep. Pramila. **3825. H.R.3825 - Ending Platform Monopolies Act**. 6 nov. 2021.

JEFFRIES, Rep. Hakeem S. **3826. H.R.3826 - Platform Competition and Opportunity Act of 2021**. 6 nov. 2021.

KHAN, Chair Lina M. **Vision and priorities for the FTC**, 2021. Disponível em: [https://www.ftc.gov/system/files/documents/public\\_statements/1596664/agency\\_priorities\\_memo\\_from\\_chair\\_lina\\_m\\_khan\\_9-22-21.pdf](https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596664/agency_priorities_memo_from_chair_lina_m_khan_9-22-21.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. **The Yale Law Journal**, [S. l.], v. 126, n. 710, pp. 710–805, 2017. Disponível em: [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2808](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2808). Acesso em: 1 ago. 2019.

KIRA, Beatriz. O direito na era digital: ensino, teoria, e prática em face das novas tecnologias de informação e comunicação. *Em*: MENDES, Fernando Marcelo; ALVES, Clara da Mota Santos Pimenta; DOMINGUES, Paulo Sérgio (org.). **Poder judiciário, concorrência e regulação: estudos sobre o Fonacre**. Brasília: AJUFE, 2019. pp. 61–70. Disponível em: [https://www.ajufe.org.br/images/2019/PDF2019/FONACRE\\_BOOK\\_AJUFE\\_010519.pdf](https://www.ajufe.org.br/images/2019/PDF2019/FONACRE_BOOK_AJUFE_010519.pdf). Acesso em: 8 ago. 2019.

KLOBUCHAR, Sen. Amy. 2992. **S.2992 - American Innovation and Choice Online Act**. 18 out. 2021.

KOVACIC, William E. Failed expectations: the troubled past and uncertain future of the sherman act as a tool for deconcentration. **Iowa Law Review**, [S. l.], v. 74, pp. 1105–1150, 1989. Disponível em: <https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/12/WilliamEKovacicFailedExpe.pdf>. Acesso em: 5 maio. 2021.

LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mário S. **Calibrando remédios antitruste para mercados digitais**. JOTA Info, 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/calibrando-remedios-antitruste-para-mercados-digitais-27082021>. Acesso em: 2 abr. 2022.

LAROUCHE, Pierre; SCHINKEL, Maarten Pieter. **Continental drift in the treatment of dominant firms: article 102 TFEU in contrast to § 2 Sherman Act**. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2013. DOI: 10.2139/ssrn.2293141. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=2293141>. Acesso em: 30 mar. 2022.

LASHINSKY, Adam. **WhatsApp is now free. Why Facebook is resisting easy money**. 2016. Disponível em: <https://fortune.com/2016/01/19/whatsapp-facebook-free-subscriptions/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

LESSIG, Lawrence. Law regulating code regulating Law. **Loyola University Chicago Law Journal**, [S. l.], v. 35, n. 1, pp. 1–14, 2003. Disponível em: <https://dash.harvard.edu/handle/1/12912675>. Acesso em: 31 mar. 2022.

LESSIG, Lawrence. The constitution of code: limitations on choice-based critiques of cyberspace regulation. **CommLaw Conspectus: Journal of Communications Law and Technology Policy (1993-2015)**, [S. l.], v. 5, n. 2, pp. 181–192, 1997. Disponível em: <https://scholarship.law.edu/commlaw/vol5/iss2/5>. Acesso em: 30 mar. 2022.

LOHR, Steve. Slack accuses Microsoft of illegally crushing competition. **The New York Times**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/07/22/technology/slack-microsoft-antitrust.html>. Acesso em: 30 mar. 2022.

MATTIUZZO, Marcela. Propaganda online e privacidade: o varejo de dados pessoais na perspectiva antitruste. **Revista do IBRAC**, 26. [S. l.], v. 21, 26, pp. 295–314, 2014. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/85354>. Acesso em: 29 mar. 2022.

MCCRAW, Thomas K. **Prophets of regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn**. Cambridge, Mass: Belknap Press: An Imprint of Harvard University Press, 1986. Acesso em: 30 mar. 2022.

MILHAUPT, Curtis J.; PISTOR, Katharina. **Law and capitalism: what corporate crises reveal about legal systems and economic development around the world**. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2008. Disponível em: <https://press.uchicago.edu/ucp/books/book/chicago/L/bo5756603.html>. Acesso em: 27 mar. 2022.

MONTEIRO, Gabriela Reis Paiva. **Big data e concorrência: uma avaliação dos impactos da exploração de big data para o método antitruste tradicional de análise de concentrações econômicas**. 2018. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/20312>. Acesso em: 5 maio. 2021.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia: introdução ao direito econômico**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. Disponível em: <https://www.saraiva.com.br/curso->

de-economia-introducao-ao-direito-economico-9-ed-2015-8563051/p. Acesso em: 30 mar. 2022.

OECD. **An introduction to online platforms and their role in the digital transformation**. Paris, FR: OECD Publishing, 2019. DOI: 10.1787/53e5f593-en. Disponível em: [https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation\\_53e5f593-en](https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/an-introduction-to-online-platforms-and-their-role-in-the-digital-transformation_53e5f593-en). Acesso em: 30 mar. 2022.

OECD. **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms**. [s.l.] : OECD, 2018. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm>. Acesso em: 2 maio. 2021.

OLIVEIRA, Amanda Flávio; SIGNORELLI, Ana Sofia Cardoso Monteiro. **Finalidades do antitruste: entre Khan e Kovacic**. WebAdvocacy, 2021. Disponível em: [https://webadvocacy.com.br/wp-content/uploads/bg\\_forreaders/Khan-e-Kovacic-com-Sofia-versao-final-1.pdf](https://webadvocacy.com.br/wp-content/uploads/bg_forreaders/Khan-e-Kovacic-com-Sofia-versao-final-1.pdf). Acesso em: 10 dez. 2021.

ORBACH, Barak Y. Antitrust populism. **New York University Journal of Law and Business**, [S. l.], v. 14, n. 1, pp. 1–25, 2017. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2994281](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2994281). Acesso em: 30 mar. 2022.

ORBACH, Barak; REBLING, Grace Campbell. The antitrust curse of bigness. **Southern California Law Review**, [S. l.], v. 85, n. 3, pp. 605–656, 2013. Disponível em: <http://www.scopus.com/inward/record.url?scp=84875166889&partnerID=8YFLogxK>. Acesso em: 29 mar. 2022.

PAYPAL BRASIL; BIGDATACORP. **Perfil do e-commerce brasileiro**. 7. ed. [s.l.: s.n.]. Disponível em: <https://bigdatacorp.com.br/estudo-perfil-do-e-commerce-brasileiro-7a-edicao/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

PITOFISKY, Robert. The political content of antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, [S. l.], v. 127, n. 4, pp. 1051–1075, 1979. DOI: 10.2307/3311791. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3311791?origin=crossref>. Acesso em: 29 mar. 2022.

PROPMARK. **iFood anuncia aquisição da Apetitar**. 2015. Disponível em: <https://propmark.com.br/ifood-anuncia-aquisicao-da-apetitar/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

RANCHORDÁS, Sofia. Innovation experimentalism in the age of the sharing economy. **Lewis & Clark Law Review**, [S. l.], v. 19, n. 4, pp. 871–924, 2015. Disponível em: [https://law.lclark.edu/law\\_reviews/lewis\\_and\\_clark\\_law\\_review/past\\_issues/volume\\_19/volume-19-number-4-2015/](https://law.lclark.edu/law_reviews/lewis_and_clark_law_review/past_issues/volume_19/volume-19-number-4-2015/). Acesso em: 4 maio. 2021.

SALOMÃO FILHO, Calixto. O crepúsculo do direito. **Folha de S.Paulo**, [S. l.], 2018. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/08/o-crepusculo-do-direito.shtml>. Acesso em: 10 jan. 2021.

SCHMIDT, Cristiane Alkmin Junqueira. **Hipster antitrust: poder de mercado e bem-estar do consumidor na Era da Informação**. JOTA Info, 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-da-cristiane-alkmin/hipster-antitrust-poder-de-mercado-e-bem-estar-do-consumidor-na-era-da-informacao-28122018>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *Science and Technology Law Review*, [S. l.], v. 21, n. 1, p. 19, 2018. Disponível em: <https://scholar.smu.edu/scitech/vol21/iss1/3>. Acesso em: 8 ago. 2019.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, socialismo e democracia**. São Paulo: Editora UNESP, 2017. Disponível em: <http://public.ebib.com/choice/PublicFullRecord.aspx?p=6443014>. Acesso em: 27 mar. 2022.

SCHWAB, Klaus. **A quarta revolução industrial**. 1ª edição ed. São Paulo: Edipro, 2018. Disponível em: [https://www.worldcat.org/title/a-quarta-revoluo-industrial/oclc/1102288757&referer=brief\\_results](https://www.worldcat.org/title/a-quarta-revoluo-industrial/oclc/1102288757&referer=brief_results). Acesso em: 30 mar. 2022.

SHAPIRO, Carl. Antitrust: what went wrong and how to fix it. *Antitrust Magazine*, [S. l.], v. 35, n. 5, pp. 33–45, 2021. Disponível em: <https://faculty.haas.berkeley.edu/shapiro/fixingantitrust.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

SOKOL, D. Daniel; WICKELGREN, Abraham L. **Populism at the FTC undermines antitrust enforcement**. ProMarket, 2021. Disponível em: <https://www.promarket.org/2021/12/13/ftc-populism-antitrust-enforcement-sokol-wickelgren/>. Acesso em: 2 abr. 2022.

STARTSE; ORTEGA, João. **iFood compra startup mineira Hekima, de inteligência artificial**. StartSe, 2020. Disponível em: <https://www.startse.com/noticia/startups/ifood-compra-startup-mineira-hekima-de-inteligencia-artificial>. Acesso em: 30 mar. 2022.

STIGLER CENTER; UNIVERSITY OF CHICAGO BOOTH. **Stigler Committee on digital platforms: final report**. Chicago, IL: George J. Stigler Center for the Study of the Economy and the State, 2019. Disponível em: <https://research.chicagobooth.edu/stigler/media/news/committee-on-digital-platforms-final-report>. Acesso em: 4 maio. 2021.

STUCKE, Maurice E. Should we be concerned about data-opolies? *Georgetown Law Technology Review*, [S. l.], v. 2.2, pp. 275–324, 2018. Disponível em: <https://georgetownlawtechreview.org/should-we-be-concerned-about-data-opolies/GLTR-07-2018/>. Acesso em: 15 ago. 2019.

TEPPER, Jonathan; HEARN, Denise. **The myth of capitalism: monopolies and the death of competition**. 1st edition ed. Hoboken, NJ: Wiley, 2018. Disponível em: <https://www.amazon.com/Myth-Capitalism-Monopolies-Death-Competition/dp/1119548195>. Acesso em: 30 mar. 2022.

THE NETHERLANDS; THE NETHERLANDS AUTHORITY FOR CONSUMERS & MARKETS. **ACM/18/032693**. 2019. Disponível em:

<https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-04/marktstudies-appstores.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

THE WHITE HOUSE. **Executive order on promoting competition in the American economy**. 2021. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2021/07/09/executive-order-on-promoting-competition-in-the-american-economy/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

U.S. HOUSE OF REPRESENTATIVES. **Investigation of the competition in digital markets: majority staff report and recommendations by the Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law**. United States: U.S. House of Representatives, 2020. Disponível em: [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf?utm\\_campaign=4493-519](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519). Acesso em: 30 mar. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado sobre o funcionamento da União Europeia**. [s.l.] : Jornal Oficial da União Europeia, 2016. Disponível em: [https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF). Acesso em: 30 mar. 2022.

UNITED KINGDOM; COMPETITION AND MARKETS AUTHORITY. **50972**. The CMA has accepted commitments offered by Google that address the CMA's competition concerns resulting from investigating Google's proposals to remove third party cookies and other functionalities from its Chrome browser. 11 fev. 2022. Disponível em: <https://www.gov.uk/cma-cases/investigation-into-googles-privacy-sandbox-browser-changes>. Acesso em: 30 mar. 2022.

UNITED KINGDOM. **Facebook's purchase of Giphy raises competition concerns**. Official website of the United Kingdom. 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/news/facebook-s-purchase-of-giphy-raises-competition-concerns>. Acesso em: 30 mar. 2022.

UNITED KINGDOM; DEPARTMENT FOR DIGITAL, CULTURE, MEDIA & SPORT; DEPARTMENT FOR BUSINESS, ENERGY & INDUSTRIAL STRATEGY. **A new pro-competition regime for digital markets: consultation**. Official website of the United Kingdom. 2021. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets>. Acesso em: 10 jan. 2022.

UNITED KINGDOM; DIGITAL COMPETITION EXPERT PANE. **Unlocking digital competition: report of the digital competition expert panel**. London, UK. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>. Acesso em: 4 maio. 2021.

USA. **1:20-CV-03010**. 2020a. Disponível em: [https://search.justice.gov/search?affiliate=justice&sort\\_by=&query=1%3A20-cv-03010](https://search.justice.gov/search?affiliate=justice&sort_by=&query=1%3A20-cv-03010). Acesso em: 30 mar. 2022.

USA. **1:20-CV-03715**. 2020b. Disponível em: [https://www.illinoisattorneygeneral.gov/pressroom/2020\\_12/02b-Attachment1-](https://www.illinoisattorneygeneral.gov/pressroom/2020_12/02b-Attachment1-)

Colorado\_eta\_v\_Google\_PUBLIC\_REDACTED\_Complaint.pdf. Acesso em: 30 mar. 2022.

USA. **2021 CA 001775 B**. 2021b. Disponível em: [https://www.illinoisattorneygeneral.gov/pressroom/2020\\_12/02b-Attachment1-Colorado\\_eta\\_v\\_Google\\_PUBLIC\\_REDACTED\\_Complaint.pdf](https://www.illinoisattorneygeneral.gov/pressroom/2020_12/02b-Attachment1-Colorado_eta_v_Google_PUBLIC_REDACTED_Complaint.pdf). Acesso em: 30 mar. 2022.

USA. **3:21-cv-05227**. 2021c. Disponível em: <https://www.naag.org/multistate-case/utah-et-al-v-google-llc-no-321-cv-05227-n-d-cal-july-7-2021/>. Acesso em: 30 mar. 2022.

USA. **4:20-cv-05640-YGR**. 10 set. 2021d. Disponível em: <https://cand.uscourts.gov/wp-content/uploads/cases-of-interest/epic-games-v-apple/Epic-v.-Apple-20-cv-05640-YGR-Dkt-812-Order.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2022.

USA. **90-55162 Alaska Airlines Inc v. United Airlines Inc 948 F.2d 536**. 29 out. 1991. Disponível em: <https://openjurist.org/948/f2d/536>. Acesso em: 30 mar. 2022.

USA. **Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209**. 1993a. Disponível em: <https://www.quimbee.com/cases/brooke-group-ltd-v-brown-williamson-tobacco-corp>. Acesso em: 30 mar. 2022.

USA. **Civil Action Nº 20-3589 (JEB) James E. Boasberg**, 28 jun. 2021a. Disponível em: [https://www.docketalarm.com/cases/District\\_Of\\_Columbia\\_District\\_Court/1--20-cv-03589/STATE\\_OF\\_NEW\\_YORK\\_et\\_al\\_v.\\_FACEBOOK\\_INC/137/](https://www.docketalarm.com/cases/District_Of_Columbia_District_Court/1--20-cv-03589/STATE_OF_NEW_YORK_et_al_v._FACEBOOK_INC/137/). Acesso em: 30 mar. 2022.

USA. **Matsushita Electric Industrial Co. v. Zenith Radio Corp., 475 U.S. 574**. 1986. Disponível em: <https://www.quimbee.com/cases/matsushita-electric-industrial-co-v-zenith-radio-corp>. Acesso em: 30 mar. 2022.

USA. **Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 447 (1993)**. 1993b. Disponível em: <https://www.quimbee.com/cases/spectrum-sports-inc-v-mcquillan>. Acesso em: 30 mar. 2022.

USA. **Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., Inc., 549 U.S. 312**. 2007. Disponível em: <https://www.quimbee.com/cases/weyerhaeuser-co-v-ross-simmons-hardwood-lumber-co-inc>. Acesso em: 30 mar. 2022.

USA; FEDERAL TRADE COMMISSION. **191 0134**. 2020. Disponível em: <https://www.ftc.gov/legal-library/browse/cases-proceedings/191-0134-facebook-inc-ftc-v>. Acesso em: 30 mar. 2022.

USA; FEDERAL TRADE COMMISSION. **FTC's Bureau of Competition Launches Task Force to Monitor Technology Markets**. An official website of the United States government. 2019. Disponível em: <http://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2019/02/ftcs-bureau-competition-launches-task-force-monitor-technology-markets>. Acesso em: 30 mar. 2022.

USA; FEDERAL TRADE COMMISSION. **Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century: the FTC's role in a changing world.** Washington, D.C.: Federal Trade Commission, 2020. Disponível em: <https://www.ftc.gov/enforcement-policy/hearings-competition-consumer-protection>. Acesso em: 30 mar. 2022.

VAHEESAN, Sandeep. Resurrecting “a comprehensive charter of economic liberty”: the latent power of the Federal Trade Commission. **University of Pennsylvania Journal of Business Law**, [S. l.], v. 19, pp. 645–699, 2016. DOI: 10.2139/ssrn.2830702. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/abstract=2830702>. Acesso em: 2 abr. 2022.

VAHEESAN, Sandeep. The evolving populisms of antitrust. **Nebraska Law Review**, [S. l.], v. 93, n. 2, pp. 370–428, 2014. Disponível em: <https://digitalcommons.unl.edu/nlr/vol93/iss2/4>. Acesso em: 30 mar. 2022.

VETTORAZZI, Angélica; ATHAYDE, Amanda. **Concorrência para além das autoridades antitruste nos EUA e no Brasil: há espaço para uma movimentação de tal magnitude em nosso país?** JOTA Info, 2022. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/concorrenca-para-alem-autoridades-antitruste-eua-brasil-11012022>. Acesso em: 30 mar. 2022.

WAKABAYASHI, Daisuke. Big tech funds a think tank pushing for fewer rules. For big tech. **The New York Times**, [S. l.], 2020. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2020/07/24/technology/global-antitrust-institute-google-amazon-qualcomm.html>. Acesso em: 30 mar. 2022.

WARNER, Sen Mark R. S.2658: ACCESS Act of 2019. 22 out. 2019.

WHISH, Richard; BAILEY, David. **Competition Law**. 8. ed. Oxford, United Kingdom: Oxford University Press, 2015.

WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. The goals of antitrust: welfare trumps choice. **Fordham Law Review**, [S. l.], v. 81, pp. 2405–2423, 2013. Disponível em: <http://www.ftc.gov/news-events/news/speeches/goals-antitrust-welfare-trumps-choice>. Acesso em: 29 mar. 2022.

WU, Tim. **The curse of bigness: antitrust in the new gilded age.** Illustrated edition ed. New York, NY: Columbia Global Reports, 2018. Disponível em: <https://www.amazon.com/Curse-Bigness-Antitrust-New-Gilded/dp/0999745468>. Acesso em: 30 mar. 2022.

ZINGALES, Luigi. **A capitalism for the people: recapturing the lost genius of American prosperity.** [s.l.]: Basic Books, 2012. Disponível em: [https://books.google.com.br/books/about/A\\_Capitalism\\_for\\_the\\_People.html?id=USzXmw5CJ\\_MC&redir\\_esc=y](https://books.google.com.br/books/about/A_Capitalism_for_the_People.html?id=USzXmw5CJ_MC&redir_esc=y). Acesso em: 30 mar. 2022.