



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

NOTA TÉCNICA DA COMISSÃO DE ESTUDOS PARA TOMADA DE
SUBSÍDIOS

ASPECTOS ECONÔMICOS E CONCORRENCIAIS DE PLATAFORMAS
DIGITAIS

PRESIDENTE DA COMISSÃO: João Marcelo de Lima Assafim.

VICE-PRESIDENTE: Gustavo Flausino Coelho.

SECRETARIO GERAL: Lucas Caminha.

DECANO: José Gabriel Assis de Almeida.

MEMBROS QUE ATUARAM NA REDACAO DESTA NOTA: Fernando Naegele, Gisele Ramos Fonseca Trigo, Gustavo Flausino Coelho, João Marcelo de Lima Assafim, José Gabriel Assis de Almeida e Lucas Caminha.

ASSUNTO: Regulação de Plataformas Digitais

DATA: 18 de março de 2024.

I Objetivos e racional regulatório

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

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

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



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

As razões econômicas e concorrenciais que justificam a regulação no Brasil são as mesmas que o fazem no âmbito da disciplina da ordem econômica na forma do artigo 219 da CRFB que designa o mercado como patrimônio do povo brasileiro. Dentro deste escopo, com assento robustecido por outros dispositivos, está a tutela do direito ao desenvolvimento (inc. IV do art. 3º e art. 218 da CRFB), a dignidade (inciso III do art. 1º da CRFB), o bem-estar do consumidor, a interação entre as partes e, ao fim, a função social o trabalho e a livre iniciativa (inc. IV do art. 1º da CRFB) mediante a livre concorrência e a distribuição equitativa dos resultados da atividade econômica (art. 170 da CRFB), o incentivo e a proteção da atividade empreendedora da micro e da pequena empresa, para, ao fim e ao cabo, mediante a garantia do direito ao desenvolvimento dos cidadãos e nacional- (incisos I a IV do art. 3º da CRFB), se perfaz a geração de emprego e renda para os cidadãos brasileiros.

Nesse sentido, o elemento catalisador de todos os fatores que integram a ordem econômica é o mercado que, por sua vez, é resultado direto da soma do patrimônio dos cidadãos brasileiros (art. 219 da CRFB) e, por isso, patrimônio nacional, um interesse público indisponível. Trata-se, aqui, então, do antigo problema da distribuição de riqueza. A concentração de renda pela concentração estrutural decorrente da formação de monopólios implica em ineficiência alocativa, e ao passar pela carestia, e no empobrecimento da população brasileira bem como o impacto sobre entes públicos, como, por exemplo, externalidades negativas impostas aos gestores públicos (a frente das compras públicas), ao erário públicos e às políticas públicas.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

Assim, o principal vetor para empobrecimento é a concentração de riqueza, não dos, assim denominados, “ricos” (pessoas naturais), mas, pela concentração de renda dos monopolistas (ou oligopolistas em arranjo ou por condutas unilaterais, como, por exemplo, abuso de posição dominante). A concentração estrutural nos mercados e, principalmente, a concentração de poder conglomeral (cuja análise depende muito do estudo da disciplina econômica da organização industrial) de per si, não seria ilícito, mas, sim, o abuso. No entanto, discrepando de outros sistemas, não há precedentes de condenação antitruste no Brasil em matéria de plataformas digitais. Pelo que se pode observar da atuação das autoridades antitruste no Brasil, em que pese o número de procedimentos instaurados pela autoridade competente, não houve condenações (ainda que existam processos administrativos em curso ou pendentes de julgamento). As razões para regular determinado setor, como por exemplo as plataformas digitais, estão na cristalizada falha de mercado virtualmente intransponível em decorrência do gigantismo das plataformas digitais alienígenas, sendo este, inclusive, um problema que preocupa outros países, notadamente, não somente os países em desenvolvimento, como África dos Sul, Índia e Turquia, mas países desenvolvidos, como Reino Unido, Suíça e Canadá e, e uniões aduaneiras, como por exemplo, a União Europeia e seus estados membros .

Em pesquisas internacionais, como o Relatório Internacional no âmbito da LIDC¹, indicam as condutas reiteradas praticadas pelas plataformas digitais e uma miríade de casos instruídos e condenador pelas autoridades antitruste nos EEUU e da UE. Como se pode observar do *International Report*, aprovado em assembleia da *Ligue Internationale du Droit de la Concurrence*, com sede em Paris, bem como as recomendações, indicam – a partir da consolidação dos relatórios nacionais - que o direito positivo dos membros é adequado, mas, no

¹ ASSAFIM, J. M. L., *International Report - Antitrust Analysis of Online Sales Platforms & Copyright Limitations and Exceptions*. LIDC Contributions on Antitrust Law, Intellectual Property and Unfair Competition. In. Bruce Kilpatrick (Edit.). Switzerland. Springer, 2018. P.19-56.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

entanto, os critérios de análise devem ser aperfeiçoados. Nesse sentido, a emissão de diretrizes (guidelines) mais que úteis, atendem, ao mesmo tempo, a demanda social e ao rigor exigido pelos ditames da segurança jurídica.

Assim, a discrepância existe conforme o tamanho das plataformas e o poder de mercado em função de faturamento e número de usuários. Outro elemento é o poder conglomeral em decorrência de atos de concentração e do volume de investimento em novas tecnologias por um grupo limitado de concorrentes potenciais e/ou efetivos e as diferentes possibilidades de cooperação em matéria de pesquisa aplicada entre estes concorrentes (disciplina privada dos mercados de inovação, na concepção schumpeteriana) – que pode frear ou impedir a concorrência por inovação -.

A concentração parece ser tão grande ou elevada que, segundo a literatura e a regulação de outros países, a criação de remédios comportamentais parece não ser suficiente, demandando, assim, um pacote de soluções estruturais. Nesse quadro, as proibições para as plataformas dominantes em falhas de mercado não pode ser menos do que proibições *per se*, pois mesmo a hipótese de aplicação de critérios econômicos em análise estática (como o HHI – Herfindahl Hirschman Index -, por exemplo), em concorrência por preço, descortinaria a ineficácia da norma concorrencial diante de um monopólio virtualmente insolúvel e imune a concorrência por superação em determinados arranjos de colaboração em matéria de investigação aplicada com vistas a inovação radical (landmark invention), como, por exemplo, pode ocorrer, em tese, nos arranjos de colaboração em pesquisa em matéria de inteligência artificial. Essas colaborações ao mesmo tempo que podem ser benéficas para gerar um ambiente seguro e ético, de outro, pode implicar na criação de padrões proprietários (patrimonialmente atribuídos) aptos a permitir condutas e acordos suscetíveis de frear a inovação e impor preços de monopólio no futuro.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

Com relação aos estudos nos fora internacionais, remonta-se, aqui, à aurora da internet, meados dos anos 1990. Naquele tempo, a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI) mais uma vez evidenciou seu protagonismo na gestão do Convenio de Berna (de 1890, para o direito de autor) e da Convenção União de Paris (de 1883, para proteção internacional da propriedade industrial) diante da expansão da rede mundial de computadores da perspectiva de nascimento do que, no futuro, viria ser, assim denominada, “banda larga”, reuniu especialistas de todo o mundo sob a denominação de “Las autopistas de la información: OMPI 1986 e 1996 (Lisboa e Sevilla), isso tudo a luz do direito autoral.

A pergunta colocada era: Necessário outro Ordenamento (seja o direito positivo, Civil ou Comercial)? A resposta foi: Não. Não seria necessário alterar o ordenamento, nem os Convênios de Berna (e, *mutatis mutandis*, da União de Paris). Então, qual seria a ponte para aplicação do direito positivo as novas realidades, e, a resposta foi: a natureza jurídica. Algo que os juristas sempre soberam fazer bem, seja no *common law* ou no direito continental europeu. Em linhas gerais, sempre haverá obra (*corpus mysticum*) e suporte (*corpus mechanicum*), irrelevante a inovação tecnológica que possa fazer o papel deste – como nas palavras do saudoso Otavio Afonso, então a frente do Conselho Nacional de Direito de Autor - CNDA (do então Ministério da Cultura).

Um salto no tempo e as mesmas perguntas surgem com a evolução do das atividades econômicas nesse mesmo ambiente, especialmente, com o *crescimento das plataformas digitais* (também designado como o gigantismo das plataformas). Nesse sentido a *Ligue International du Droit de la Concurrence* - LIDC 2017 (Paris e Rio de Janeiro²) enfrentou os mesmos problemas. A questão “A” foi a seguinte: “*What are the major competition/anti-trust issues generated by the growth of online sales platforms, and how should they be resolved?*”

² LIDC International Congress – October 5 to 8, in Rio de Janeiro.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

Assim, dado o fenômeno do crescimento das plataformas digitais, a partir da quesitação formulada pelo comitê científico da liga, a Relatoria Internacional (*International Rapoteur*) formulou algo em torno de 40 quesitos e os remeteu para os relatores dos grupos nacionais de aproximadamente 30 países, e 11 responderam³, incluindo o grupo nacional brasileiro liderado pelo Dr. Pedro Cristofaro.

Dado os fenômenos socioeconômicos apresentados, formularam-se as seguintes perguntas: Isto seria um problema? Mereceria controle social? As primeiras respostas, por unanimidade, concluíram no sentido de que o crescimento das plataformas digitais é, sim, um problema e, sim, com efeito, demanda controle social.

Na sequência vem a pergunta que ressurgiu de 1996: seria necessário outro Ordenamento? Com efeito, as respostas na Liga coincidem com as conclusões da OMPI: não, não é necessário outro ordenamento.

Mas antes mesmo de se estudar uma possível adaptação do Ordenamento, dado o extraordinário crescimento das plataformas digitais, para efeitos de controle social funcionaria o controle antitruste (defesa da

³ This International Report synthesizes the 9 (nine) national reports answering the questionnaire on the growth of online sales platforms.

The International League of Competition Law has gathered information relating to the "new economy" antitrust following question ahead of its October 2017 Congress in Brazil: "What are the major competition/antitrust issues generated by the growth of online sales platforms, and how should they be resolved?"

First, an usual clarification about the respondents is necessary in this International Report. In this survey – in the same way as it has happened before –, most of the respondents are Member States of the European Union and all this block of countries are under the European Union's jurisdiction. Some other countries, namely Australia, Brazil and Switzerland, do not take part of the European Common Market. Moreover, in the midway point, there is the interim situation experienced by England in the Brexit case, made up of a complicated legal and political process (especially for non-Europeans). However, the Brexit is not taken into consideration for the purposes of this report as no comments have been made in the British report.

Notwithstanding, some major countries with important experience in competition policy and legislation are not in the scope of this report. The observations and conclusions of this international report are based on the information supplied by the countries that have answered the LIDC questionnaire. Still, we believe that information given by the 9 (nine) respondents leads us to meaningful conclusions. ASSAFIM, J.M.L., International Report, cit.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

livre concorrência)? A resposta unânime dos relatores nacionais presentes foi: sim, a legislação antitruste está apta para este fim. Por fim, vem a última pergunta: merece ajuste o direito positivo? E mais uma vez, a resposta unânime dos relatores nacionais foi: não, não é necessário alterar o direito positivo em matéria antitruste. No entanto, determinados critérios foram colocados sobre a mesa para fins de votação de uma resolução.

Mais uma vez, a ponte para aplicação do direito positivo à nova demanda social é a natureza jurídica. Não obstante, merece atenção os critérios de análise da nova economia. Com efeito, não apenas a análise estática nos mercados de produto e de tecnologia, mas a análise dinâmica nos mercados de inovação⁴. A única ressalva passa pela pelo fato de que o plenário não aprovou a assertiva que associava big data com **poder de mercado (market power) e/ou posição dominante..** Portanto, ainda que não seja necessário alterar o direito positivo, será necessário aperfeiçoar os critérios pela via da, assim denominada, soft law, ou diretrizes.

Considerando o fato de que o atual artigo 36 da LDC, que replica os artigos 20 e 21 da Lei no. 8884/1994, tem a redação fortemente inspirada no atual artigo 101.1 do TFUE (antes art. 85 do TCE, passando pela primeira renumeração para art. 81 do TCE), incluindo a reproduções literal de conceitos, que usam a noção de empresa para instituir um sistema de proibições e isenções em acordos que não implicam em ato de concentração permite uma adequação automática com a regulação do DMA. O único obstáculo seria a reformulação de critérios de análise, o que pode ser feito por diretrizes ou, em último caso, por reforma legislativa. De todo modo, ainda que se debruce sobre a necessária reforma dos critérios de análise, a preservação da competência do CADE é importante pela experiência na repressão e prevenção de ilícitos antitruste.

⁴ Vide USIP Guidelines 1994, substituída por *Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property Issued by the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission*, January 17th, 2017.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

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

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

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) arquivou diversos processos contra o Google no Brasil, citando falta de evidências de práticas anticompetitivas. Um dos processos analisados envolvia alegações de que o Google havia colocado seu serviço Google Shopping em posição privilegiada nos resultados de busca, em detrimento de concorrentes, mas o CADE concluiu que não havia manipulação dos algoritmos de busca do Google que prejudicasse a concorrência⁵.

Em outra investigação⁶, que começou após a União Europeia multar o Google por práticas anticoncorrenciais relacionadas ao sistema operacional Android, o CADE também decidiu pelo arquivamento, não encontrando provas de que as práticas condenadas na Europa foram adotadas no Brasil. Este caso questionava se o Google incentivava fabricantes de smartphones a pré-instalar seus aplicativos, uma prática que poderia prejudicar a competição. Além disso, o CADE investigou o impacto do Google no mercado de notícias e uma denúncia do Yelp sobre o uso do poder de mercado do Google para prejudicar sites de avaliações.

⁵ <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/processo-contra-google-no-mercado-de-busca-na-internet-e-arquivado>. Processo Administrativo 08012.010483/2011-94.

⁶ <https://www.terra.com.br/byte/investigado-pelos-eua-google-e-alvo-de-tres-processos-no-cade,10c1c512ac5109df00103274c01c992cd90tb8x7.html>.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

Apesar dos arquivamentos, o CADE optou por abrir uma nova investigação para avaliar se o Google abusa de sua posição dominante no mercado de buscas e de notícias. A decisão de abrir um novo processo veio após considerações de que ainda existem dúvidas sobre possíveis práticas do Google que poderiam prejudicar concorrentes.

Além disso, o CADE abriu uma investigação contra o Google e a Meta (Facebook e Instagram) para apurar supostas práticas de abuso de posição dominante relacionadas ao Projeto de Lei das Fake News. Esta investigação foi motivada por denúncias de que as empresas poderiam estar usando suas plataformas para influenciar negativamente o debate sobre o projeto de lei.

Esses casos ilustram a complexidade de regular grandes empresas de tecnologia, equilibrando incentivos para inovação e prevenção de práticas anticompetitivas. O desfecho dessas investigações também reflete as diferenças entre as jurisdições regulatórias e as abordagens adotadas pelo CADE em comparação com outras entidades antitruste internacionais.

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

Os critérios de análise usados a partir das definições atuais da Lei Antitruste não são eficazes para lidar com a atuação das plataformas digitais. Entende-se que a principal limitação está relacionada ao conceito



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

de mercado relevante utilizado pelo CADE e sua incapacidade de refletir a operação e os efeitos reais das plataformas digitais.

O uso cruzado dos dados, habitualmente realizado por plataformas digitais que oferecem serviços em mercados inicialmente distintos (e.g., Meta, Alphabet, Amazon), permite que essas plataformas afetem de maneira severa mercados relevantes além daqueles dos serviços essenciais da plataforma, onde elas nem sempre possuem, de acordo com os critérios atuais, posição dominante.

Essa capacidade de afetação extramercado, oriunda do potencial de dados advindo da posição dominante da plataforma digital no mercado relevante de seu serviço essencial, pode trazer consequências contrárias aos fundamentos básicos do direito antitruste, cerceando a livre iniciativa e a livre concorrência, bem como o interesse social e o bem-estar do consumidor.

Contudo, os critérios e parâmetros atuais para definição de posição dominante não levam em consideração a possibilidade do uso de dados como fator para afetação extramercado, focando na análise da posição da plataforma digital no mercado relevante de seu serviço essencial.

Adicionalmente, pode existir uma limitação nas definições atuais para as plataformas digitais que, embora não atuem diretamente em mercados relevantes sem relação entre si com o uso cruzado dos dados, operem como porta de entrada - gatekeepers - em determinados setores.

Isso porque, observando a atuação dessas plataformas, em uma leitura tradicional das definições de mercado relevante, é possível argumentar que dois mercados distintos são vislumbrados: (i) o mercado relevante do serviço essencial da plataforma digital, que permite que terceiros ofereçam um respectivo serviço ou venda para os usuários ("mercado primário"); e (ii) o mercado relevante desse serviço ou venda em si ("mercado secundário").



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

Tais mercados não são absolutamente distintos. Eles podem ser considerados como codependentes ou lineares. A existência e o alcance da plataforma são relevantes para a operação dos prestadores/vendedores, enquanto os efeitos de rede elevam a importância do número de participantes no mercado secundário para a plataforma.

Ocorre que, caso a plataforma digital opere em ambos os mercados, sua posição como definidora da arquitetura do negócio, oriunda do mercado primário, lhe garantirá a condição para influenciar o mercado secundário, por meio de mecanismos como o *self-preference*. Trata-se aqui da conhecida noção de *after-markets* ou pós-mercados, já abordado pela autoridade antitruste brasileira sem o enfrentamento de uma solução de mérito ou formulação de critérios para análise desta conduta (vide o caso Anfape).

Seguindo esse raciocínio, uma eventual posição dominante desse player no mercado primário afetará a competição no mercado secundário, ainda que não exista neste último uma posição dominante per se da plataforma digital. Essa capacidade de afetação extramercado gera preocupações concorrenciais, devendo ser considerada como uma possibilidade de abuso de posição dominante em mercado relevante diverso. Dependendo da barreira entrada e se houver padrões, o risco pode ser maior e, no fim do dia, representar no monopólio de uma facilidade essencial (*essential facility*), o que já foi enfrentado pela autoridade brasileira nos casos de telefonia (*unbundling local loop*), mas ainda pendente de diretrizes no que diz respeito a problemas conhecidos no antitruste internacional, como, por exemplo, patentes padrão e consórcios de pesquisa para tecnologias substitutas.

Para lidar com esse problema, dois possíveis caminhos podem ser trilhados. O primeiro, como regulação ex-ante, é a vedação total da participação das plataformas digitais que exerçam papel de gatekeepers de serviços ou venda de bens na prestação desse mesmo serviço ou



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

venda de bens. Notadamente, nas condutas que impliquem e restrições mais sérias a livre concorrência no ambiente concorrencial caracterizado por falha de mercado.

Já o segundo, como regulação ex-post, é o estudo e controle das consequências exercidas por tais gatekeepers nos mercados relevantes de prestação de serviços ou venda de bens oferecidos na plataforma, por meio da fiscalização e repressão dessas condutas.

De toda forma, é necessário que o papel de uma plataforma que atue como gatekeeper considere a possibilidade de afetação extramercado para que, nos mercados afetados, mesmo quando não for preenchido o critério de 20% de participação no mercado secundário, sua posição nele seja considerada como dominante em virtude de sua posição dominante no mercado primário.

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



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

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

Os critérios e características atuais para a análise de atos de concentração são ineficazes para compreender e lidar com todas as consequências, possíveis ou fáticas, geradas pelas plataformas digitais e sua concentração.

O alto percentual de aprovações com ou sem restrição de operações notificadas envolvendo plataformas digitais no histórico do CADE é preocupante, porque pode sinalizar que: (i) a concentração no mercado relevante dos serviços essenciais das plataformas e seus possíveis efeitos nocivos não estão sendo combatidos ou mesmo compreendidos; e (ii) efeitos extramercado estão ocorrendo em virtude da aprovação dessas operações sem a devida percepção e estudo do CADE.

Outro aspecto relevante é a possível subnotificação de operações societárias que trazem efeitos concorrenciais indesejados, mas não são enquadradas nos critérios atuais de notificação obrigatória, especialmente em virtude do critério de faturamento da empresa menor.

Isso pois, na dinâmica financeira de empresas situadas em mercados de tecnologia, alvo habitual de aquisições das plataformas digitais, é comum que tais agentes não tenham um alto faturamento em seus primeiros anos de atuação, especialmente se o recorte for somente o território brasileiro.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

Neste cenário, uma eventual operação societária não cumpriria os requisitos de notificação obrigatória previstos na Lei Antitruste, muito embora seu potencial de geração de efeitos concorrenciais seja elevado. Isso acaba por incentivar o comportamento oportunista das plataformas digitais, no sentido de adquirirem possíveis competidores futuros ou mesmo agentes operadores de serviços conectados.

Também é recomendável que o papel dos dados passe a ser um critério a ser avaliado pelo CADE em operações envolvendo plataformas digitais, tendo em vista o potencial de uso cruzado de dados e afetação extramercado. Neste particular, uma abordagem interdisciplinar do tema, com a utilização de cooperação regulatória com a ANPD, é um caminho sugerido.

Ademais, um dos desafios relacionado às plataformas digitais, em virtude da complexidade técnica e estrutural e do fenômeno do pacing problem, é a dificuldade de o órgão regulador compreender a operação desses players e as possíveis consequências em diversas áreas, como o direito antitruste.

Sobre esse aspecto, a inversão do ônus da prova nos atos de concentração e nos procedimentos de investigação de condutas unilaterais envolvendo plataformas digitais pode ser uma maneira de mitigar esse problema. Ao admitir que as próprias plataformas digitais são atualmente os agentes com maior capacidade de compreensão do seu funcionamento e seus possíveis reflexos, a implementação de tal mecanismo auxiliaria na identificação e no combate de efeitos concorrenciais indesejados.

Especificamente para os atos de concentração, recomenda-se uma abordagem cautelosa, com o estabelecimento de uma notificação obrigatória de todas as operações envolvendo plataformas digitais, desde que cumpridos três requisitos: (i) enquadramento como plataforma digital, de acordo com os critérios a serem estabelecidos ou lista taxativa; (ii)



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

atendimento ao critério de faturamento anual somente da plataforma digital, seja ele o patamar estabelecido na Lei Antitruste ou um novo patamar diferenciado; e (iii) utilização de dados de forma cruzada, afetando outros mercados. O cruzamento e dados pode servir para aumentar a concorrência em determinados setores, no entanto, quando resulta de abuso de poder de mercado seria prejudicial não só a concorrência mas implica em violação das regras de privacidade, por exemplo, em relações B2C.

O requisito "iii" acima merece comentários. Embora seja uma característica comum das plataformas digitais o uso cruzado de dados, afetando mercados relevantes distintos e desconexos, a depender da definição a ser estabelecida, é possível que sejam enquadradas nessa categoria determinados players que não utilizam de forma significativa os dados neste formato.

Citando o exemplo europeu, as empresas Booking, Airbnb, Samsung e Spotify são consideradas como plataformas digitais, mas não são enquadradas como gatekeepers. No caso do Booking e do Airbnb, sua atuação é restrita somente a um ou poucos mercados relevantes conectados. Embora os dados tenham um papel importante ou mesmo fundamental em seu negócio, eles não são usados de forma cruzada em nível significativo para causar impactos por essa razão.

Para esses agentes, uma operação societária envolvendo uma empresa situada em outro mercado relevante não apresenta os mesmos riscos, de maneira que uma notificação obrigatória possivelmente se apresentaria como uma regulação excessiva.

Por fim, para estabelecer quais players serão considerados como plataformas digitais e regulados de tal forma, recomenda-se a adoção de critérios objetivos e a elaboração de uma lista taxativa, em compasso ao realizado na União Europeia pelo DMA. Tal mecanismo traria maior clareza e segurança jurídica tanto para esses players quanto para os



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

demais, reduzindo o impacto do pacing problem. Até a promulgação de uma lei estabelecendo esse rol de plataformas digitais de forma geral, sugere-se que o CADE elabore uma lista própria.

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

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

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

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



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

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

Uma legislação brasileira que introduza parâmetros para a regulação econômica de plataformas digitais deveria ser assimétrica, estabelecendo obrigações de graus diversos para os agentes econômicos. A razão para tal é que, por um lado, o grau de concentração é diferente consoante os mercados relevantes e, por outro lado, os agentes que atuam em cada mercado relevante têm graus diferentes de poder de mercado. Assim, criar uma regulação simétrica para todas as plataformas e para todos os agentes poderia, por um lado, impedir que os incentivos à livre concorrência produzissem resultado e, por outro lado, criar distorções.

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

O mercado das plataformas digitais é, normalmente, um mercado cujas características estruturais se repetem em cada País. O Caderno do Cade “Mercados de Plataformas Digitais”⁷ demonstra que as características estruturais dos mercados de plataformas digitais no Brasil coincidem em grande parte com as dos mercados da União Europeia.

⁷ Mercados de Plataformas Digitais (edição revista e atualizada Agosto de 2023) Departamento de Estudos Econômicos (DEE) – Cade SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano CEP: 70.770-504 – Brasília/DF disponível em <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/estudos-economicos/cadernos-do-cade>



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

Em consequência, deveriam ser usados para esse tipo de diferenciação, os parâmetros e referências que foram usados no Regulamento (EU) 2022/1925, usualmente denominado Digital Markets Act (DMA) da União Europeia. Assim, os conceitos de gatekeeper e core platforms services parecem adequados. No entanto, os critérios (quantitativos ou qualitativos) a serem adotados para identificar os agentes com maior potencial ofensivo à livre concorrência e os mercados onde tais riscos são mais elevados não devem corresponder exatamente aos adotados na União Europeia. Os critérios brasileiros devem ser definidos com base na realidade brasileira evidenciada pelo Caderno do Cade “Mercados de Plataformas Digitais”.

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

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

IV Arranjo institucional para regulação e supervisão

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



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

Considerando apenas a dimensão econômico-concorrencial, sugere-se que tal competência permaneça com o CADE. A atribuição da competência em matéria antitruste para uma autoridade diversa, seja um novo órgão ou um já existente, poderá causar problemas, a depender da estratégia regulatória escolhida.

Caso a estratégia seja de prever a competência para ambos os entes, ocorreria uma sobreposição regulatória entre o CADE e a entidade reguladora, levando a um aumento nos custos para a elaboração e implementação de políticas, fiscalização e aplicação de eventuais sanções.

Uma alternativa seria que essa competência, exclusivamente no âmbito econômico-concorrencial, não fosse concorrente, mas sim repartida para ocorrer de forma complementar entre o CADE e o segundo ente regulador, com cada um deles possuindo competências delimitadas.

Todavia, entende-se que essa alternativa também apresentaria problemas de incremento de custos, tanto pela necessidade de elaboração da divisão mencionada, quanto para a sua aplicação prática, pela possível necessidade de cooperação regulatória.

Caso a estratégia seja de prever uma competência exclusiva do outro ente regulador para o âmbito econômico-concorrencial, afastando totalmente a atuação do CADE, será necessário arcar com os custos de estruturação técnica e operacional do novo órgão para compreender e lidar com as questões concorrenciais causadas pela atuação das plataformas digitais.

Além dos custos extremamente onerosos, a própria dinâmica e complexidade da operação das plataformas causará uma dificuldade: o desenvolvimento técnico e de aparato do órgão regulador precisará ser mais rápido do que a evolução técnica das plataformas ou sempre existirá uma lacuna que impactará a atuação regulatória.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

Cabe ressaltar que o *pacing problem* - a dificuldade prática de o órgão regulador compreender a operação dos agentes regulados - afeta as duas estratégias elencadas. Contudo, uma vez que o estado da técnica do CADE em matéria concorrencial encontra-se em um estágio de evolução superior, o seu impacto na segunda estratégia será maior. Nessa linha de considerações, merece atenção a revisão dos critérios utilizados nas decisões mais recentes, como, por exemplo, uma incidência mais estrita em ambientes caracterizados como de falha de mercado - de maneira a se evitar encerramento prematuro de instruções ou decisões com efeito equivalente à negativa de jurisdição.

Por fim, ainda que fosse estabelecida a figura de um ente responsável pela regulação das plataformas digitais de forma geral, na esteira de projetos de lei como o PL nº 2.768/2022, seria recomendável a manutenção da competência concorrencial do CADE, assim como ocorre em diversos outros setores regulados com presença de agências reguladoras, tais como a saúde suplementar, a aviação civil e a mineração.

Essa opção encontra-se em compasso com o que se verifica pelo direito comparado, especialmente na regulação dos países e regiões destacados no texto da presente Consulta Pública.

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

Tendo em vista a resposta do item 9, não seria necessária a criação de um novo órgão regulador, ficando a competência para a regulação econômica-concorrencial das plataformas digitais resguardadas ao CADE. Todavia, mesmo com a utilização do CADE como órgão regulador neste particular, alguns aprimoramentos na sua estrutura são recomendados.



Ordem dos Advogados do Brasil
Seção do Estado do Rio de Janeiro
Comissão de Direito da Concorrência

O primeiro deles seria o estabelecimento de uma coordenação específica dentro da Superintendência-Geral do CADE para a regulação concorrencial das plataformas digitais. Tal medida facilitaria o desenvolvimento técnico necessário, aproveitando-se da competência institucional já existente do órgão antitruste.

Em segundo lugar, considerando a atuação transversal do CADE, a implementação de mecanismos de colaboração/coordenação regulatória com outros órgãos relevantes, com a elaboração de estudos em conjunto, quais sejam:

- (i) a ANPD, em virtude do papel relevante assumido pelos dados pessoais na operação das plataformas digitais;
- (ii) os Ministérios de Ciência e Tecnologia e da Fazenda, para a colaboração entre os entes auxiliar no aprimoramento da atuação do órgão antitruste e dos respectivos ministérios;
- (iii) um eventual ente apontado para a regulação geral das plataformas digitais, para desenvolver a técnica e compreensão acerca dos *players* do setor e suas particularidades;
- (iv) o SENACON em decorrência do objetivo comum de proteger o interesse coletivo ou individual homogêneo do consumidor e das condutas que possam atingir outros valores como, por exemplo, o direito à informação; e
- (v) a ANATEL, para colaborar com os assuntos regulatórios em matéria de telecomunicações.

Alternativamente, como um aperfeiçoamento deste modelo, a criação de um ambiente jurídico institucional de cooperação entre os entes e órgãos de governo envolvidos.

JOÃO MARCELO DE LIMA ASSAFIM
Presidente da Comissão de Direito da Concorrência