

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO**

**DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE PLATAFORMAS DIGITAIS:
UM DESAFIO AO CONTROLE DE CONDUTAS UNILATERAIS**

BRENDA SOUZA CORRÊA

RIO DE JANEIRO

2022

BRENDA SOUZA CORRÊA

**DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE PLATAFORMAS DIGITAIS:
UM DESAFIO AO CONTROLE DE CONDUTAS UNILATERAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof Dr. Enzo Baiocchi.

RIO DE JANEIRO

2022

CIP - Catalogação na Publicação

S729d Souza Corrêa, Brenda
Direito da concorrência no mercado de plataformas digitais: um desafio ao controle de condutas unilaterais / Brenda Souza Corrêa. -- Rio de Janeiro, 2022.
76 f.

Orientador: Enzo Baiocchi.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2022.

1. Direito Concorrencial. 2. Mercados Digitais. 3. Abuso de Posição Dominante. 4. Digital Markets Act. 5. Big Techs. I. Baiocchi, Enzo, orient. II. Título.

BRENDA SOUZA CORRÊA

**DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO MERCADO DE PLATAFORMAS DIGITAIS:
UM DESAFIO AO CONTROLE DE CONDUTAS UNILATERAIS**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Prof Dr. Enzo Baiocchi

Data de aprovação: ____ / ____ / ____

Banca Examinadora

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

RIO DE JANEIRO

2022

AGRADECIMENTOS

Após concluir esses árduos cinco anos, não poderia deixar de agradecer a todos aqueles que me apoiaram, me viram cair, levantar, cair de novo e levantar mais uma vez. Agradeço, primeiramente à minha família, presente em quase todos os meus dias, até mesmo quando eu só queria ficar sozinha. O meu “muito obrigada” por todas as risadas, estresses, choros, “miau’s” e “auau’s”. É como sempre dizíamos: “Aqui somos todos loucos, uns pelos outros”.

Menção honrosa às minhas avós, por todas as palavras de apreço, em particular, à minha vó Sandra, que me ajudou a levantar e a percorrer com garra meus objetivos, mesmo quando eu já estava exausta. Agradeço também ao Guilherme, pelo companheirismo e apoio de sempre. Ao meu pai e à minha irmã que me auxiliaram também nessa reta final. À minha linda e poderosa mãe, que sempre esteve ali por perto para tudo que eu precisasse.

É sempre bom saber o caminho de casa.

Agradeço também às amigas, as do Colégio Pedro II – *Campus Realengo* e as da FND. Foi bom espaiar pelos cantos dessa cidade com cada um de vocês. Estudando sempre, mas curtindo sempre que possível também!

Não posso esquecer os agradecimentos ao escritório Barbosa, Müssnich & Aragão (BMA) por ter me recebido de braços abertos em 2020 e ter me apresentado ao mundo do Direito Concorrencial. Aprendo todos os dias com a minha equipe e sou muito grata por fazer parte.

Por fim, meus agradecimentos aos excelentes professores que pude ter na FND/UFRJ, desde os de Direito Civil aos de Penal. Em especial, agradeço ao Professor Dr. Enzo Baiocchi pela orientação na presente monografia, mas, também, por ter me inspirado em uma de suas excepcionais aulas de Comercial, a buscar o Direito da Concorrência, área em que atuo e pretendo seguir carreira.

*“Sky’s the limit and you know that you keep on,
Just keep on pressin’ on
Sky’s the limit and you know that you can have
What you want, be what you want”
– The Notorious B.I.G.*

RESUMO

O presente trabalho visa estudar os novos desafios que os mercados de plataformas digitais impuseram às análises concorrenciais, no que se refere ao combate às condutas unilaterais, que comumente se dão na forma do abuso de posição dominante. São tratados os principais aspectos e características da economia digital e das plataformas, pincelando também sobre a relação entre inovação e concorrência. É realizada uma breve análise sobre como tem sido a abordagem do CADE para lidar com essa nova realidade trazida pela economia digital, tratando os casos Gympass e Google Shopping, anteriormente analisados pela autoridade. Uma vez traçados os desafios à análise antitruste, procura-se entender se a Lei 12.529/11 seria suficiente para tratar essas questões, sem deixar de observar a tendência internacional. Portanto, abordadas as novas propostas de análise concorrencial trazidas pela Comissão Europeia, no formato do Digital Markets Act, e pelo Bundeskartellamt, com o artigo 19a do Act against Restraints of Competition. A conclusão que se chega é que possuímos alguns elementos em nossa legislação para fazer uso, contudo não são suficientes. Além disso, constata-se que o CADE ainda caminha a passos lentos para mudanças na análise dessas condutas quando envolvendo as plataformas digitais.

Palavras-chave: Direito Concorrencial. Economia digital. Mercados digitais. Inovação. Condutas Exclusionárias. Abuso de Posição Dominante.

ABSTRACT

This paper aims to study the new challenges that digital platform markets have imposed on competition analysis, regarding the enforcement of unilateral conducts, which usually take the form of abuse of dominant position. The main aspects and characteristics of the digital economy and platforms are addressed, also highlighting the relationship between innovation and competition. A brief analysis is made of the Brazilian Competition Authority's (CADE) approach to deal with this new reality brought by the digital economy, focusing on the Gympass and Google Shopping cases, previously analyzed by CADE. Once the challenges to antitrust analysis are outlined, an attempt is made to understand whether Law 12,529/11 would be sufficient to address these issues, while still considering the international trend. Therefore, it addresses the new proposals for competition analysis brought by the European Commission, with the Digital Markets Act, and by the Bundeskartellamt, with Section 19a of the Act against Restraints of Competition. One can conclude that CADE has some legal tools to make use of, but they are still not enough. Besides, it is noted that CADE still walks slowly towards changes in the analysis of these conducts when involving digital platforms.

Keywords: Competition Law. Digital Economy. Digital Markets. Innovation. Exclusionary Conducts. Abuse of dominance.

LISTA DE ABREVIATURAS

ARC	<i>Act against Restraints of Competition</i>
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CRFB	Constituição Federal Brasileira de 1988
DMA	<i>Digital Markets Act</i>
FCO	<i>German Federal Cartel Office</i>
FTC	Comissão Federal de Comércio dos Estados Unidos (<i>“Federal Trade Commission”</i>)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
UE	União Europeia

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Ecossistema digital do Facebook.....	20
Figura 2: <i>Design</i> modular.....	22
Figura 3: Rito processual de investigação de condutas anticompetitivas.....	38

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Alguns precedentes do CADE em condutas unilaterais (2008-2019).....	33
Tabela 2: Precedentes do CADE em abuso de posição dominante nos mercados de plataformas digitais (2011-2020).....	41
Tabela 3: Posicionamento dos Conselheiros sobre o caso Google Shopping.....	47

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 MERCADOS DINÂMICOS, CONCORRÊNCIA E INOVAÇÃO	17
2.1 Economia Digital	17
2.2 Mercado de Plataformas Digitais	23
2.3 Concorrência e Inovação	29
3 CONTROLE DE CONDUTAS UNILATERAIS	33
3.1 A abordagem do CADE na análise de condutas unilaterais	35
3.2 Estudo de casos no mercado de plataformas digitais	40
3.2.1 Google Shopping	43
3.2.1.1 Comissão Europeia	44
3.2.1.2 CADE	45
3.2.2 Gympass/TotaPass	48
3.2.2.1 Inquérito Administrativo	49
3.2.2.2 Requerimento de TCC	51
3.3 Análises quantitativa e qualitativa	55
4 NOVAS PROPOSTAS DE ANÁLISE	56
4.1 Digital Markets Act	57
4.2 Act Against Restraints of Competition (artigo 19a)	61
5 CONCLUSÃO	66
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

Não é surpresa dizer que a tecnologia irá dominar o mundo. Há pouco mais de trinta anos, não existia sequer a *World Wide Web* (WWW)¹. Há três anos, a palavra “*pix*” era desconhecida pela população. E, com a chegada da pandemia de COVID-19² a evolução das tecnologias só se intensificou. Os setores da saúde, da educação, da alimentação, do entretenimento, entre outros ganharam novas configurações, migrando ou até mesmo mesclando o mundo físico ao mundo digital, com a criação de diversas plataformas digitais.

Em 2021, o consumo de aplicativos (*apps*) no mundo aumentou bastante, sendo o Brasil atualmente o país com a maior média de tempo gasto em *apps* no ano, segundo pesquisa divulgada no site da revista *Forbes*³. Além disso, em uma outra matéria nesta revista foi noticiado que o comércio eletrônico cresceu 83,68% em 2020, se analisado em comparação com o ano de 2019, segundo o índice MCC-ENET, desenvolvido pelo Comitê de Métricas da Câmara Brasileira da Economia Digital em parceria com o Neotrust Movimento Compre & Confie⁴. Com as tecnologias tão presentes em nosso dia a dia, já é possível afirmar que uma vida sem elas parece algo completamente alheio à realidade. E isso implica pensar também nas empresas gigantes da tecnologia (*big techs*⁵): Google, Facebook, Amazon, Apple e Microsoft.

Conforme estudo elaborado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em seu Caderno sobre Mercados de Plataformas Digitais, lançado em agosto de 2021, “a digitalização da economia fez com que surgissem novos modelos de negócio”⁶ que vieram para ficar. Tendo em vista que empresas⁷ de variados ramos tiveram que se adaptar ao ambiente

¹ Trata-se de uma “rede de alcance mundial” em português (ou “Web”), criada por Tim Berners-Lee. A Web é um meio de comunicação global que, conjuntamente com a Internet, permite a conectividade de praticamente qualquer lugar do mundo. Veja mais em: HISTÓRIA da World Wide Web. **Wikipédia**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_World_Wide_Web. Acesso em: 2 nov. 2022.

² Trata-se de uma doença causada pelo vírus SARS-CoV-2, que gerou uma pandemia.

³ Conforme a matéria, o Brasil consome 5.4 horas por dia em *apps*. Veja mais em: KOETSIER, John. **Top 10 Apps By Downloads And Revenue Q2 2021**: Report. Disponível em: https://www.forbes.com/sites/johnkoetsier/2021/07/15/top-10-apps-by-downloads-and-revenue-q2-2021-report/?utm_campaign=forbes&utm_source=twitter&utm_medium=social&utm_term=Carrie&sh=22aded683295. Acesso em: 18 set. 2022.

⁴ IODICE, Giulianna. **P.F Chang’s**: a rede criada por um artista. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/03/um-ano-de-pandemia-como-a-tecnologia-impactou-a-vida-de-seis-executivos-da-industria-de-inovacao/p>. Acesso em: 30 out. 2022.

⁵ O termo *big tech* não é exatamente definido, mas aqui a referência se dá à GAFAM: Google, Amazon, Facebook, Apple e Microsoft. PEAKE, Eleanor. **Pis for Prince Philip**: The loss of the Queen’s “strength and stay” in a turbulent year for the royals. Disponível em: <https://www.newstatesman.com/science-tech/2021/02/what-term-big-tech-tells-us-about-future-silicon-valley-titans/p>. Acesso em: 2 nov. 2022.

⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercados de plataformas digitais**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022

⁷ Para que não haja dúvidas, no presente estudo “empresas” e “agentes econômicos” possuem o mesmo significado.

virtual para que pudessem sobreviver ao novo cenário do mercado pós-pandemia e não quebrar, o mercado de plataformas digitais tomou grande relevância econômica no mundo. Este mercado possui como principal ativo os dados, sendo fundamental sua coleta, leitura e exploração econômica para a personalização dos serviços e produtos dos agentes econômicos atuantes nessas plataformas. Esses dados, juntamente com fortes economias de escala e escopo, efeitos de rede e entre outras características inerentes a este mercado, são a razão de existir tantas barreiras à entrada e ser um mercado tão tendente à monopolização.

Durante o período de pandemia, ocorreram diversas “*killer acquisitions*”⁸ das *big techs* sobre as empresas nascentes. Além disso, surgiram preocupações com relação ao poder que as gigantes da tecnologia teriam sobre os dados pessoais dos usuários, atingindo inclusive questões políticas⁹¹⁰. Conseqüentemente, tudo isso tem levantado a atenção de autoridades e organizações concorrenciais por todo o mundo, que têm tido um esforço contínuo de estudar a dinâmica desse mercado¹¹, pensando em quais seriam as possíveis questões anticompetitivas que poderiam ocorrer e como avaliá-las adequadamente. É questionado se os meios tradicionais de análise antitruste seriam adequados para analisar condutas anticompetitivas e/ou atos de concentração relativos a este mercado.

Nesse sentido, tendo em vista que o CADE, além da função educativa (*advocacy*), possui por atribuição a prevenção e a repressão a abusos de poder econômico¹², este trabalho voltará seus estudos ao âmbito do controle de condutas, em que a autoridade antitruste atua na

⁸ Matéria do jornal Valor Econômico revela que as *big techs* tiveram lucros bilionários durante o último trimestre do ano de 2020, tendo um crescimento de até três dígitos durante o período de pandemia de COVID-19. *BIG techs* têm lucros bilionários na pandemia. **Valor Econômico**. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/10/29/big-techs-tem-lucros-bilionarios-na-pandemia.ghtml>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁹ *Vide* o caso Cambridge Analytica e Facebook de 2018, no qual a empresa teve acesso a dados de 87 milhões de usuários do Facebook indevidamente. A Cambridge Analytica foi uma consultoria co-criada por Steve Bannon, estrategista da campanha de Donald Trump à presidência. O caso foi investigado também por indícios de uma possível manipulação das eleições nas redes. **CAMBRIDGE Analytica: tudo sobre o escândalo do Facebook que afetou 87 milhões. Olhar Digital**. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2018/03/21/noticias/cambridge-analytica/>. Acesso em 21 nov. 2022.

¹⁰ Como exemplo, foi noticiado em 2018 que documentos do Facebook indicam que a empresa já cogitou vender dados de usuários no passado, visando como obter vantagens econômicas dos dados que dispunham, mas sem que os usuários tivessem que ser alertados quanto a isso. **COLOMÉ, Jordi Perez. Documentos do Facebook revelam que a empresa debateu vender dados de usuários**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/05/tecnologia/1544024984_899392.html. Acesso em: 2 nov. 2022.

¹¹ *Vide* COMISSÃO EUROPEIA. **Competition Policy for the Digital Era**. Bruxelas, 2019. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>. Acesso em: 20 nov. 2022; ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. Acesso em: 16 nov. 2022; **ABUSE of dominance in digital markets. OECD**. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/globalforum/abuse-of-dominance-in-digital-markets.htm>. Acesso em: 28 set. 2022; entre outros.

¹² Para que não haja dúvidas, “abuso de poder econômico” e “abuso de posição dominante” são tratados aqui como sinônimos.

função repressiva, focando especificamente nas condutas unilaterais. Busca-se, portanto, relacionar casos em que foram analisadas a possível prática de condutas anticompetitivas unilaterais nos mercados de plataformas digitais pela autoridade antitruste brasileira ou pela Comissão Europeia.

Com o enorme desafio de um mercado digitalizado, é importante o real entendimento de como esses mercados funcionam, para a melhor compreensão de como delimitar o ‘mercado relevante’, o ‘poder de mercado’ e a ‘posição dominante’, conceitos fundamentais na análise tradicional do controle de condutas unilaterais, que possui como base a regra da razão (ou “*rule of reason*”). O debate sobre a concorrência nestes mercados e as consequências do poder das *big techs* já está tendo repercussões a nível mundial. É fundamental que o Brasil não fique para trás, principalmente tendo em vista que as questões concorrenciais não podem ser analisadas sem estarem em observância aos princípios constitucionais da atividade econômica. Destaca-se a livre concorrência e a defesa do consumidor (*vide* incisos IV e V, art. 170, da Constituição Federal de 88¹³), aliadas à uma economia de mercado que deve prezar sempre pela livre iniciativa, mas também pela busca da justiça social, garantindo um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a presente monografia divide-se em três capítulos principais:

No primeiro capítulo, a leitura é conduzida inicialmente por o que seria a economia digital, trabalhando conceitos fundamentais, como o de ecossistemas digitais, *design* modular e externalidades de rede, para o entendimento da nova lógica de mercado. Segue, então, por uma apresentação geral do mercado de plataformas digitais, desenvolvendo suas principais características e conceitos, tais como mercados de múltiplos ou de dois lados, *tipping effects*, *winner takes it all*, e etc. Por último, aborda-se a relação entre concorrência e inovação, buscando demonstrar como, de Schumpeter a Arrow, a preocupação com a inovação no direito concorrencial sempre foi crucial e deve continuar existindo. Bem como, aborda-se quatro princípios concernentes a essa relação, e uma nova conduta anticompetitiva que necessita de maior atenção diante dos mercados digitais, a inovação predatória.

No segundo capítulo, é possível entendermos melhor como funciona a análise tradicional do controle de condutas conduzido pelo CADE, em especial, das condutas unilaterais. Feita esta breve apresentação, o trabalho perpassa pelo estudo de casos de possíveis condutas anticompetitivas envolvendo o mercado de plataformas digitais, tais como Google

¹³ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...) IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 out. 2022.

Shopping e Gympass/TotalPass, julgados no Brasil e no meio internacional, sendo o caso da Gympass julgado unicamente no Brasil. Tais casos foram selecionados devido sua importância no âmbito da discussão de análise de potenciais condutas unilaterais exercidas neste mercado, sendo o caso Google Shopping pioneiro no tema, e, o caso da Gympass um exemplo claro de adoção de medida preventiva pelo CADE.

Já no terceiro capítulo, são apresentadas novas possibilidades de análise das condutas unilaterais conforme propostas no meio internacional, que consideram uma outra perspectiva de definição do mercado relevante e do poder de controle das empresas nesse novo cenário digital. É o momento em que poderemos analisar as proposições trazidas no *Digital Markets Act* (DMA) e na 10ª emenda ao *Act against Restraints of Competition* (ARC) no que diz respeito a esses conceitos, estabelecendo um diálogo com a análise proposta nos casos apresentados anteriormente. O DMA é escolhido dada sua relevância na discussão mundial sobre o tema, e a 10ª emenda ao ARC é trazida como exemplo de proposta de mudança de análise dessas condutas de modo mais brando que o trazido pelo DMA, o que pode ser mais aceitável e adequado de se aplicar em prol de evitar o desincentivo à inovação.

Finalmente, na conclusão é traçado um paralelo entre tais propostas e a análise de condutas unilaterais do CADE nos casos citados, a fim de entendermos as diferenças de análise e aprendermos novas possibilidades que poderiam ser, talvez, mais efetivas de condução destas análises nos mercados de plataformas digitais. Para tanto, procura-se responder, na medida do possível, as seguintes perguntas: 1) Como o controle de condutas unilaterais têm se dado nos mercados de plataformas digitais no Brasil?; 2) Esse controle tem se dado de maneira efetiva?; e 3) Qual seria a melhor maneira de lidar com isso no Brasil?

O presente estudo não pretende esgotar os conceitos aqui abordados, tendo em vista que este ainda se trata de um tema recente, com muitos debates a aprimorar. Bem como, não busca encontrar verdades absolutas e nem estudar todos os casos já analisados por autoridades antitruste no mercado de plataformas digitais.

Após trabalhados os conceitos principais da economia digital, desse novo mercado de plataformas digitais e de como ocorre a intersecção entre concorrência e inovação, o objeto central desta monografia seria, portanto: estudar como tem funcionado o controle de condutas unilaterais neste mercado digital no Brasil, tendo por base dois casos emblemáticos; e investigar se esse controle tem se dado de maneira efetiva, estabelecendo um diálogo com novas propostas no cenário internacional de análise de condutas unilaterais nos mercados de plataformas digitais.

Por fim, ao realizar esse estudo, procura-se demonstrar a insuficiência dos parâmetros legais atuais para a análise concorrencial de casos envolvendo condutas unilaterais no mercado de plataformas digitais. Para isso, busca-se mostrar concretamente em que medida as leis se mostram insuficientes; em que medida as regras atuais precisam ser modificadas, de modo a julgar mais adequadamente os casos e, ao mesmo tempo, não minar a inovação.

Já no que diz respeito à metodologia, no presente trabalho faz-se o uso de revisão de literatura de artigos, livros, dissertações e monografias da área do direito da concorrência e da economia, bem como realiza-se estudos de caso, além da leitura de legislações antitruste e constitucional. Como apoio para embasar alguns argumentos e demonstrar a relevância e repercussão do tema, são utilizados também alguns dados de pesquisas e matérias de jornais e revistas relacionados à tecnologia e à concorrência.

É importante frisar que o estudo não pretende defender categoricamente um *enforcement* do direito antitruste neste mercado de plataformas digitais. Em verdade, em tempos de discussões tão assíduas e diante de tantas dúvidas quanto a este mercado, o que se propõe é colaborar com os debates que já vêm ocorrendo na comunidade antitruste, de modo a buscar a melhor maneira de analisar condutas unilaterais nestes mercados, mantendo o incentivo à inovação e à competitividade dos agentes.

2 MERCADOS DINÂMICOS, CONCORRÊNCIA E INOVAÇÃO

O presente capítulo tem por objetivo apresentar alguns conceitos iniciais quanto ao tema desses mercados dinâmicos, sendo cruciais seu entendimento para a melhor compreensão de como dará o funcionamento desses mercados de plataformas digitais dentro do contexto da economia digital.

Entendidos os conceitos, posteriormente será tratada a relação entre concorrência e inovação, já há muito discutida pela comunidade antitruste. Seja discutindo se deveria ser uma preocupação para o Direito da Concorrência ou para o Direito da Propriedade Intelectual, seja trazendo uma visão de Schumpeter *vs* Arrow. De todo modo, demonstra-se que para além dessas visões quase que opostas, principalmente diante destes mercados digitais e dinâmicos, é necessário ir além e adotar uma visão mais abrangente e conciliadora, capaz de abarcar melhor a realidade atual.

2.1 Economia Digital

Ao tratar de mercado e economia nos tempos atuais, é importante entender o processo de digitalização que o mundo passou. Houve, de fato, diversas mudanças em nossa sociedade por conta da digitalização. O modo como a economia funciona, o acesso à informação e os produtos e serviços ofertados sofreram alterações, tornando a digitalização algo imprescindível em nossas vidas.

No artigo de Bukht e Heeks, os autores buscam definir e conceituar o que seria de fato uma “economia digital”. Em sua pesquisa, um conceito que aparece bastante é o de tecnologias digitais. Segundo a definição dada pela *House of Commons* em 2016: “A economia digital diz respeito tanto ao acesso digital de bens e serviços, como à utilização de tecnologias digitais para ajudar as empresas”¹⁴, e, pela Comissão Europeia em 2013: “... uma economia baseada em tecnologias digitais (por vezes conhecida como economia da Internet)”¹⁵. Ou seja, ainda que com tantas definições elaboradas por diversas fontes e autores, a economia digital permanece sem um conceito específico, na medida em que se dá não só no meio digital, mas também no

¹⁴ Tradução livre de: “*The digital economy refers to both the digital access of goods and services, and the use of digital technology to help businesses*”. BUKHT, Rumana; HEEKS, Richard. *Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy*. **Manchester Centre for Development Informatics Working**, n. 68, 2017, p. 8.

¹⁵ Tradução livre de: “*...an economy based on digital technologies (sometimes called the internet economy)*”. *Ibid.*, p. 8.

meio físico. Um grande exemplo disso é o mercado de varejo, que hoje em dia funciona bem no modelo híbrido (*online e offline*), *vide* Lojas Americanas, etc¹⁶.

No que diz respeito ao meio digital, é sabida a importância da internet para a conexão entre usuários¹⁷ pelo mundo todo. A difusão da internet poderia ser explicada pelas externalidades de rede, ou também chamadas de efeitos de rede, que ocorrem quando algumas pessoas começam a fazer uso da internet, fazendo com que as outras pessoas se sintam motivadas a fazê-lo também, dando incentivo para que a internet continue a se desenvolver e atrair ainda mais usuários. Com a conseqüente popularização da internet, novas empresas se tornaram gigantes no mercado, sendo seu principal recurso os dados, os maiores ativos da atualidade.

Em uma matéria de 2017 na revista *The Economist* o título foi: “o recurso mais valioso do mundo não é mais o petróleo, mas os dados”¹⁸. Quando analisamos o quanto as empresas gigantes da tecnologia costumam lucrar, ainda que em períodos de pandemia de COVID-19, é fácil concordar que os dados sejam tão valiosos. Segundo a matéria, “a Google, a Amazon, a Apple, a Facebook e a Microsoft acumularam conjuntamente mais de 25 bilhões de dólares de lucro líquido só no primeiro trimestre de 2017”¹⁹, por exemplo. E ainda que, “Google e Facebook contribuíram para grande parte do crescimento das receitas de publicidade digital (*digital advertising*) na América no ano de 2016”²⁰. Então, possuímos atualmente uma economia digital, movida a dados e que está em constante e ágil desenvolvimento. Ainda, segundo membros do *Federal Trade Commission* (FTC), McSweeney e O’Dea, é importante a análise das implicações concorrenciais dos dados em algumas situações, pois: “*an incumbent*

¹⁶ Em estudo encomendado pela Forrester Consulting e realizado pelo *e-commerce* Shopify, “indica que 54% dos consumidores pesquisados em diferentes países dizem que, em 2022, provavelmente olharão para um produto online e vão comprar na loja e, 53%, também estão propensos ao movimento inverso: observar o produto na loja, mas realizar a compra na internet”. VAREJO híbrido se consolida no mercado brasileiro. **Decision**. Disponível em: <https://www.decisionreport.com.br/varejo/varejo-hibrido-se-consolida-no-mercado-brasileiro/#.Y363qHbMLIU>. Acesso em: 10 nov. 2022.

¹⁷ O termo “usuário” neste trabalho pode ser interpretado no sentido *lato*, englobando tanto o consumidor comum, quanto fornecedores, distribuidores, entre outros.

¹⁸ Tradução livre de: “*The world’s most valuable resource is no longer oil, but data*”. THE world’s most valuable source is no longer oil but data: the data economy demands a new approach to antitrust rules”. **The Economist**. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 25 set. 2022.

¹⁹ Tradução livre de: “*Alphabet (Google’s parent company), Amazon, Apple, Facebook and Microsoft—they collectively racked up over \$25bn in net profit in the first quarter of 2017*”. THE world’s most valuable source is no longer oil but data: the data economy demands a new approach to antitrust rules. *Ibid*.

²⁰ Tradução livre de: “*Google and Facebook accounted for almost all the revenue growth in digital advertising in America last year*”. THE world’s most valuable source is no longer oil but data: the data economy demands a new approach to antitrust rules. *Ibid*.

*firm may have a significant advantage over entrants if it possesses a valuable database that would be difficult, costly, or time consuming for a new firm to match or replicate*²¹.

Essas gigantes da tecnologia podem ser chamadas também de *big techs*. Em um estudo feito pelo FTC, entre os anos de 2010 e 2019, as *big techs* Google, Apple, Facebook e Amazon adquiriram 819 *startups* que não foram notificadas à autoridade antitruste norte-americana por não atingir o critério limite de notificação de US\$ 92 milhões²². Isso demonstra o motivo da preocupação da existência de conglomerados, tal como apontado pelo presidente do CADE em matéria de 2021²³. O que tem ocorrido é que tais empresas têm realizado essas aquisições com o intuito de eliminar a concorrência, bem como de conquistar usuários ofertando uma variedade de produtos e serviços.

Esse mecanismo de unir e/ou criar plataformas ofertantes de diferentes produtos/serviços dentro de um cenário em que uma empresa principal, coordena essas plataformas menores, cria um grande conjunto que tem recebido o nome de ecossistema digital. Isto, pois, assim como na Biologia, que “ecossistema” seria um conjunto de componentes (bióticos e abióticos) vivendo no mesmo local, interagindo entre si e com o meio e formando um sistema estável²⁴. Os “ecossistemas” na economia digital seriam basicamente um grupo de empresas que interagem entre si e possuem atividades interdependentes, sendo desenvolvidos em “plataformas de múltiplos lados”²⁵, conceito que será explicado no subcapítulo seguinte.

A título de exemplo, segue abaixo uma ilustração do ano de 2015 do ecossistema digital da *big tech* Facebook:

²¹ MCSWEENEY, Terrell; O’DEA, Brian. **Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term prices effects in merger analysis**. CPI Antitrust Chronicle. Fevereiro, 2018. p. 2. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

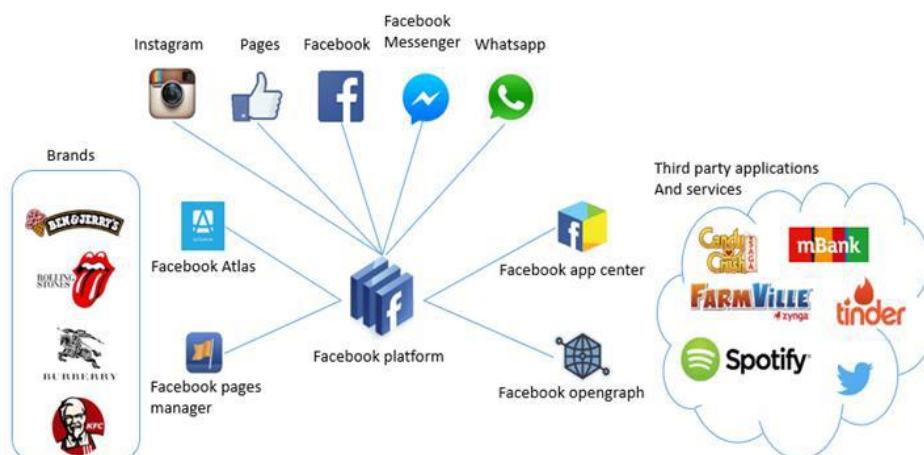
²² STACEY, Kiran. **Big Techs fazem aquisições em ritmo recorde**. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/09/21/big-techs-fazem-aquisicoes-em-ritmo-recorde.ghtml>. Acesso em: 21 out. 2022.

²³ O presidente do CADE, Alexandre Cordeiro, comenta que: “a preocupação com a formação de conglomerados hoje é maior, porque as *big techs* entram em áreas que não entravam antes”. CONGLOMERADOS formados por *big techs* preocupam, diz novo presidente do Cade. **CNN**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/conglomerados-de-gigantes-da-tecnologia-preocupam-diz-presidente-do-cade/>. Acesso em: 21 out. 2022.

²⁴ O que é um Ecossistema e um Bioma. **Dicionário Ambiental**. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28516-o-que-e-um-ecossistema-e-um-bioma/>. Acesso em: 23 out. 2022.

²⁵ BOURREAU, Marc. Some Economics of Digital Ecosystems. **Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems, OECD**. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)89/en/pdf). Acesso em: 18 set. 2022.

Figura 1: Ecossistema digital do Facebook



Fonte: O que é um bioma e um ecossistema, 2015.

Como podemos ver, neste ecossistema a plataforma Facebook atua no eixo central, coordenando e regulando todas as outras plataformas dentro deste meio, e, fornecendo acesso à sua base de clientes a empresas terceiras que fazem uso da plataforma. Isto possibilita que o ecossistema ganhe cada vez mais valor mediante a oferta de produtos complementares entre si.

De acordo com a prof. Melissa Schilling²⁶, os ecossistemas digitais de plataformas possuem muitas vantagens para a inovação tecnológica, na medida em que: (i) oferecem mais opções e flexibilidade aos clientes, (ii) possibilitam o monitoramento e controle de qualidade por parte da plataforma; e (iii) fomentam a inovação através dos contratos de co-especialização ou de exclusividade entre a plataforma e seus complementos (*i.e.*, aplicativos).

Há ainda um outro conceito dentro da economia digital importante para entendermos como funciona esses novos mercados, são os “ecossistemas de produto”. Para Marc Bourreau, os ecossistemas de produtos seriam “uma cadeia de produtos e serviços com uma ligação tecnológica que aumenta a complementaridade entre eles”²⁷. Ou seja, no caso da Facebook, primordialmente uma rede social, o usuário é beneficiado ao utilizar os diferentes serviços que são fornecidos mutuamente no ecossistema de produto Facebook, tais como o Instagram, o WhatsApp, o Facebook Dating, entre outros. Isto, pois, a ideia é que com o compartilhamento

²⁶ NYU STERN. “How the Platform Ecosystem Works”. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=J0kdOlqgF6E>. Acesso em: 21 nov. 2022.

²⁷ Tradução livre de: “(...) a line of products and services with a technological linkage increasing the complementarity between them”. BOURREAU, Marc. Some Economics of Digital Ecosystems. **Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems, OECD**. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)89/en/pdf). Acesso em: 18 set. 2022, p. 3.

de dados entre essas ferramentas, o usuário seria melhor atendido dado o nível de personalização e precisão desses produtos e serviços digitais, que seria bem mais elevado.

Vale notar que essas empresas ofertantes de ecossistemas de produtos se diferenciam das empresas que possuem um nicho específico de atuação, sejam *big techs* ou não, como a Airbnb, a Booking, e etc. Contudo, as empresas *big techs* costumam ofertar mais ecossistemas de produtos, pois a própria economia digital gera incentivos para a existência desses ecossistemas. Segundo Marc Bourreau, são duas as características principais para isso: do lado da oferta, seria a forte economia de escopo no desenvolvimento de produtos e, do lado da demanda, seriam as sinergias de consumo.

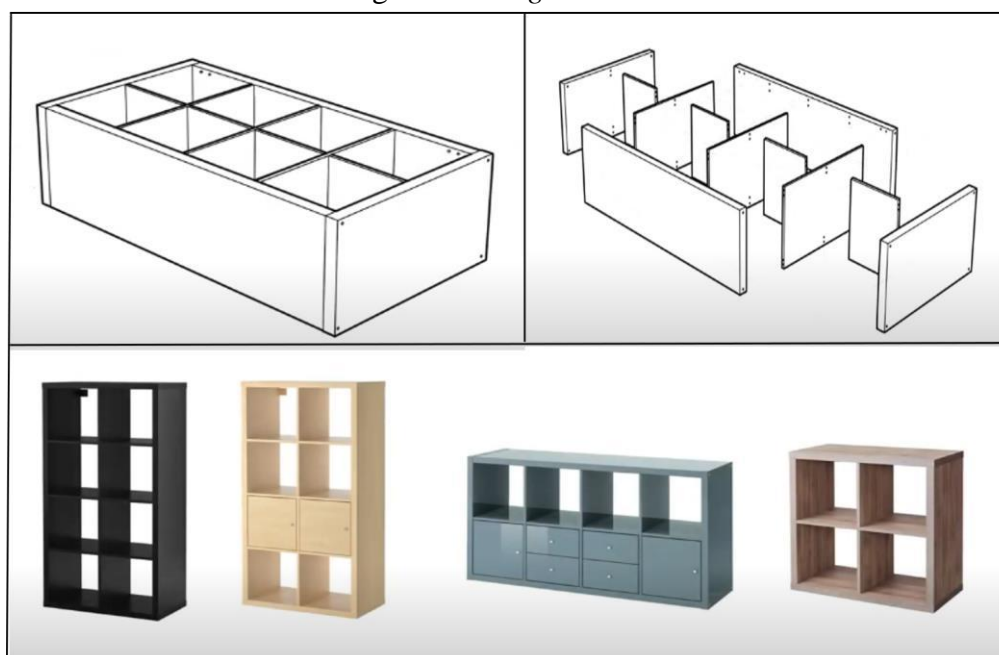
Poderia-se argumentar que não haveria vantagens em um modelo de ecossistemas de plataformas por existir os contratos de co-especialização e exclusividade com os aplicativos nele inseridos. Contudo, a modularidade do *design* desses produtos/serviços compensa. O *design* modular se diferencia do *design* integrado ou “não-modular”, pois oferece mais opções de funções, design e escala gerando, portanto, economias de escopo para o lado da oferta. Por meio dessas economias de escopo existentes desde a etapa de desenvolvimento do produto, Bourreau explica:

Due to their modular design, digital product components can be shared across a product line, leading to substantial economies of scope in product development. Once the basic components have been developed, the development costs of new products and services are significantly lower. **Therefore, economies of scope in product development reduce the costs for firms to expand into a multi-product entity and to create product ecosystems**²⁸. (grifos nossos)

Além disso, o autor discorre que o motivo desses produtos e serviços digitais costumarem ter um *design* modular é porque “são constituídos principalmente por componentes de *hardware* ou *software*, que podem ser misturados e combinados em diferentes produtos e serviços, devido aos fortes níveis de padronização e interoperabilidade”²⁹. Segue imagem abaixo de um *design* modular:

²⁸ BOURREAU, Marc. Op. cit., p. 4

²⁹ Tradução livre de: “(...) because they are composed mainly of hardware or software components, which can be mixed and matched in different products and services, due to strong levels of standardization and interoperability”. Ibid., p. 4.

Figura 2: *Design modular*

Fonte: Autoria própria, 2022.

Já do lado da demanda, as sinergias de consumo seriam provenientes dos baixos custos de transação (devido à modularidade dos produtos) ou até mesmo por as empresas buscarem criar elos entre os seus produtos/serviços, permitindo que funcionem de modo complementar. Assim, todas essas economias de escopo e sinergias de consumo incentivam que as empresas criem ecossistemas de produtos.

Desse modo, na economia digital temos o mercado funcionando de forma bem distinta a anteriormente. E, isso implica também no modo como a concorrência se dá nos mercados digitais, que estão inseridos nesse contexto dos ecossistemas digitais. No texto de Bourreau³⁰, ele apresenta a possibilidade de existir concorrência entre diferentes ecossistemas digitais, mas também dentro de um único ecossistema, onde as empresas que fornecem diversos produtos/serviços competem com empresas especializadas.

Em complemento, o professor Daniel Crane³¹ cita o exemplo da Apple (*hardware* e *software*) e da Amazon (varejista), que não concorrem entre si, mas em 2010 tiveram um embate com relação ao preço de *e-books* e controle do ecossistema de *e-books*. A Amazon queria manter seu negócio principal de distribuição varejista digital, apenas complementando com o *hardware* “*kindle*”. Em contraposição, a Apple buscava comercializar a função de varejo e criar um valor diferenciado em seu dispositivo físico “*iPad*”. Uma análise tradicional antitruste

³⁰ BOURREAU, Marc. Op. cit., p. 6.

³¹ CRANE, Daniel. **Ecosystem Competition. Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems.** Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)89/en/pdf). Acesso em: 20 nov. 2022.

recorrendo ao critério da substitutibilidade de produtos não seria suficiente para abarcar esses mercados tão vastos, quando, na verdade, o propósito de cada uma das empresas se voltava mais a uma questão de identificação de “*commodity proposition*” e de “*value proposition*”, respectivamente.

Portanto, Crane propõe uma nova definição de concorrência³² que vá além do conceito tradicional de “substitutibilidade” de produtos e que seja capaz de abranger a realidade dos mercados envolvendo ecossistemas digitais. Isto, pois, ele conclui em seu estudo que uma das consequências da concorrência nos ecossistemas é a possibilidade de, agora, a dinâmica concorrencial, para além da substitutibilidade, poder afetar a inovação e o bem-estar do consumidor.

2.2 Mercado de Plataformas Digitais

As plataformas digitais podem ser entendidas de diversas formas, contudo, neste estudo adotaremos a definição trazida pela OCDE em 2019, que diz que a plataforma online é: “um serviço digital que facilita as interações entre dois ou mais conjuntos distintos e interdependentes de usuários (empresas ou indivíduos) que interagem entre si através da via Internet”³³, podendo abranger diferentes segmentos, tais como: serviços de busca, turismo online, mídias sociais, *delivery* de comida, entre outros.

Entender os conceitos de mercados de dois lados (*two-sided markets*) e de mercados de múltiplos lados (*multi-sided markets*) é importante no estudo das plataformas digitais. Autores podem variar quanto à classificação, contudo, com relação ao mercado de dois lados, a literatura tem como foco os atos estratégicos que um agente intermediário do mercado (ou seja, a plataforma) escolhe tomar, envolvendo principalmente a precificação (*pricing*) e a transparência (*openness*).

Segundo o professor de economia Marc Rysman³⁴, a característica essencial para distinguir mercados de dois lados é justamente identificar se um dos lados da plataforma é pago com base no sucesso que a plataforma obteve com o outro lado. Esses dois lados funcionam,

³² Para mais detalhes, favor conferir o texto no site da OCDE. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Ecosystem Competition – Note by Daniel A. Crane**. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)67/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)67/en/pdf). Acesso em: 20 nov. 2022.

³³ Tradução livre de: “(...) *an online platform is defined as a digital service that facilitates interactions between two or more distinct but interdependent sets of users (whether firms or individuals) who interact through the service via the Internet*”. ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. Acesso em: 16 nov. 2022.

³⁴ RYSMAN, Marc. The Economics of Two-Sided Markets. **Journal of Economic Perspectives**, v. 23, n. 3, 2009.

então, de modo interdependente e sofrem também com externalidades indiretas, segmentadas em: “*usage externality*” e “*membership externality*”. Como exemplo concreto dessas externalidades o autor traz que, no mercado de cartões de pagamento,

Payment card users care about how many merchants are members of the same card network, not about how much any merchant transacts over the network. In contrast, in picking which networks to accept, merchants care more about which networks consumers actually use rather than which networks consumers hold cards on³⁵.

Além disso, quando pensamos no mercado de redes sociais, temos o exemplo do QuintoAndar que depende de dois agentes econômicos agindo em conjunto quando utilizarem a plataforma para criar valor. Ou seja, um locatário querendo alugar um local em um dado momento, e um locador que se beneficiaria dessa locação naquele mesmo momento, podem realizar uma troca/negócio que incrementa valor à plataforma, caracterizando o que a doutrina chamaria de *usage externality*. Por outro lado, as *membership externalities* podem ser verificadas comumente em redes sociais, onde na medida em que o número de usuários de um lado aumenta, mais usuários do outro lado são atraídos, o que alimenta o crescimento da plataforma. Essas externalidades, portanto, criam uma dinâmica de retroalimentação, gerando *feedback loops* positivos³⁶.

Já no que diz respeito aos mercados de múltiplos lados, comumente onde as *big techs* estão inseridas, Evans e Schmalensee definem as plataformas de múltiplos lados como “*matchmakers*” ou ainda um “catalisador econômico”, pois são negócios que conectam plataformas - físicas ou virtuais - a múltiplos grupos de clientes (dois ou mais), sendo que: “(i) cada grupo de clientes precisa um dos outro de alguma forma; (ii) contudo, eles não conseguem capturar o valor de sua atração mútua por conta própria; e (iii) contam com o catalisador para facilitar interações criadoras de valor entre eles”³⁷. O exemplo trazido é o do Facebook, que opera um negócio virtual no qual publicitários podem atingir usuários, os usuários podem usar aplicativos, e os desenvolvedores de *apps* podem promover os *apps*³⁸.

Como é possível perceber, os conceitos são bem parecidos, e, também não são estáticos. Uma plataforma pode iniciar sua estratégia de mercado de integração como uma plataforma de um único lado e, após adquirir certa estabilidade no mercado, mudar para o modelo de

³⁵ RYSMAN, Marc. Op. cit.

³⁶ EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. **National Bureau of Economic Research**, 2013.

³⁷ Tradução livre de: “(...) (b) who need each other in some way; (c) but who cannot capture the value from their mutual attraction on their own; and (d) rely on the catalyst to facilitate valuecreating interactions between them”. Ibid.

³⁸ Ibid.

plataforma de dois ou múltiplos lados³⁹. Por esse motivo, Rysman indica em seu texto que seria ingênuo tratar de “mercados de dois lados” e propõe uma mudança para que se prefira estudar “*two-sided strategies*” ao invés de “*two-sided markets*”, posto que seria mais apropriado⁴⁰.

Bom, as estratégias fundadas em mercados de um único lado, dois ou múltiplos lados⁴¹ não são específicas das plataformas digitais e já existiam antes mesmo delas. Contudo, o mercado de plataformas digitais é sim bem diferente dos mercados tradicionais, por conta de algumas particularidades, tais como: os efeitos de rede, a dinamicidade, as fortes economias de escala e escopo, o *tipping*⁴² e etc., este mercado demanda um tratamento diferenciado. Ainda, de acordo com Daniel Favoretto Rocha, a novidade desse mercado reside também em dois fatores principais: “a intensidade com que a busca por dados ocorre e o comportamento dos consumidores”⁴³. De todo modo, todos os conceitos serão aqui trabalhados, para fins de melhor compreensão do tema e introdução aos termos que irão aparecer nos casos trabalhados no Capítulo 3.

Importante frisar que não se pretende esgotar os conceitos aqui abordados, tendo em vista que ainda são objetos de constantes estudos pela comunidade acadêmica. Assim, para uma abordagem inicial das características das plataformas digitais, segue abaixo:

³⁹ A Amazon é um exemplo, pois antes era uma varejista online de livros e só depois veio a desenvolver seu marketplace, no qual vendedores dão seus preços e podem interagir com os compradores.

⁴⁰ RYSMAN, Marc. Op. ct.

⁴¹ Vide estabelecimentos de Shopping, que são considerados uma plataforma física de múltiplos lados.

⁴² O *tipping* é o exato ponto de transição quando passa a ocorrer um equilíbrio no monopólio e não mais em um estado que se tenha condições de competição. O *tipping* causa obstrução da interoperabilidade.

⁴³ ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em Mercados Digitais e Desafios ao Controle de Atos de Concentração. **RDC**, v. 7, n. 2, p. 106, nov. 2019, p. 106.

- (i) Efeitos de rede: os efeitos de rede (*network effects*) é o meio pelo qual a interdependência, entre diferentes grupos de clientes nos mercados de múltiplos lados abordado acima, é comunicada. Esses efeitos podem funcionar de modo direto ou indireto. O efeito de rede direto diz respeito à utilidade que algumas plataformas (ex.: redes sociais) passam a ter para os consumidores caso haja também um bom número de consumidores usuários, ou seja, à medida que a base de usuários no mesmo lado cresce, a utilidade da plataforma cresce, e, portanto, temos um efeito positivo e direto. Contudo, isso não se verifica em todas as plataformas, pois algumas podem sofrer com efeitos negativos de congestionamento, caso a plataforma não consiga comportar mais usuários. Já o efeito de rede indireto está intrínseco ao mercado de dois ou múltiplos lados. Ele ocorre quando um grupo de usuários, de um lado, se beneficia quando a quantidade de membros, do outro lado, aumenta, e vice-versa⁴⁴, pois isto torna a plataforma mais atraente, valiosa e menos custosa. Além disso, os efeitos de rede indiretos geram externalidades indiretas, já tratadas nos parágrafos acima. Então, no caso de plataformas como o Airbnb, por exemplo, se o serviço de casas/aptos para alugar melhorar, ou seja, com o aumento e variedade de lugares, conseqüentemente a demanda por esse serviço irá aumentar do outro lado, composto por consumidores que queiram alugar um local para ficar.
- (ii) Dados como ativos: na dinâmica das plataformas digitais, os dados são um ativo essencial, pois é justamente com a grande quantidade/qualidade de informações obtidas dos usuários que a plataforma ganha valor para os anunciantes e outras empresas. Consonante o estudo do CADE sobre os mercados de plataformas digitais:

Dados são um insumo essencial nas plataformas pois permitem a melhora dos produtos e expansão de suas atividades, por exemplo, as empresas podem aplicar o “*machine learning*” a amplos conjuntos de dados para melhorar seus produtos e expandir suas atividades em novas áreas. Os dados fazem com que os consumidores sejam mais bem identificados para que se possa extrair mais valor deles, com a personalização da oferta, e até aumentar o custo de trocas dos consumidores⁴⁵.

⁴⁴ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercados de plataformas digitais**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022, p. 11.

⁴⁵ Ibid.

Assim, nessas plataformas é coletada uma grande quantidade de dados que aumenta a produtividade e a participação de mercado e, conseqüentemente o poder de mercado. Inclusive, esse grande volume de dados pode se estabelecer enquanto uma barreira à entrada, impulsionando efeitos de *path dependence* e *lock in*. Isto, pois, ainda que os dados sejam não-rivais⁴⁶, na prática isso não se comprova. McSweeney e O’Dea do FTC enfatizam que: “dados de especial relevância competitiva podem ser difíceis e custosos de obter, de modo que a empresa que os obterem, terá poucos incentivos para partilhá-los”⁴⁷.

- (iii) Escala global: com o alcance global da internet, as plataformas podem atrair clientes do mundo inteiro⁴⁸.
- (iv) Economias de escala: ocorrem quando o custo marginal de produção de uma unidade de determinado produto diminui quanto mais ele é produzido, sendo, então, menor que o custo médio.
- (v) Economias de escopo: se dão quando ocorre a redução dos custos marginais de produção de um produto diminuem com a oferta de outros produtos/serviços complementares à aquele, podendo ser impulsionadas pela utilização massiva de dados, que gera agregação de valor ao produto/serviço. Além disso, um importante propulsor das economias de escopo nos mercados digitais, conforme vimos acima, seria o próprio design modular, que permite que componentes básicos, iniciais sejam desenvolvidos, enquanto que seu modelo servirá para seu aproveitamento e desenvolvimento de novos produtos. Isso reduz os custos de produção das empresas, incentivando sua expansão para uma empresa multi-produtos.
- (vi) Precificação: no geral, os mercados digitais são formados por mercados de preço zero, os quais não cobram monetariamente de seus usuários para que eles façam uso dos produtos/serviços oferecidos pela plataforma. Segundo Fernandes e Sousa, isto se dá especialmente por conta dos efeitos de rede e economias de escala, posto que o preço zero funciona como atrativo para usuários e, portanto, viabiliza o funcionamento da plataforma⁴⁹.

⁴⁶ A não-rivalidade dos dados se dá pois, sua obtenção por uma empresa não impede, teoricamente, que outras empresas também os obtenham.

- (vii) Massa crítica: a plataforma digital atinge massa crítica ou o ponto de alavancagem, quando passa a ser atraente para o consumidor comum e ganha um padrão de crescimento mais confortável. Pode ser um pouco difícil para uma nova plataforma atingir a massa crítica, mas mais difícil ainda é mantê-la.
- (viii) *Winner takes it all* (ou *winner-takes-most*): trata-se de um modelo de mercado no qual a competição se dá pela conquista de uma posição relevante no mercado. Quando o mercado possui como dinâmica “o vencedor leva tudo”, enfatizam Coutinho e Kira que “novas empresas têm dificuldade para substituir incumbentes, mesmo quando são mais eficientes ou inovadoras. A concentração nos mercados digitais, portanto, pode levar à redução tanto da escolha do consumidor, como reduzir incentivos à inovação”⁵⁰.
- (ix) Comportamento dos consumidores: segundo Favoretto Rocha, os consumidores preferem dar a maior quantidade de dados possível, em busca justamente da personalização do bem ou serviço que lhe é ofertado, o que promove eficiências. Contudo, ele alerta também para a assimetria informacional existente por parte dos consumidores quanto aos mercados digitais⁵¹.

Conforme dito acima, os próprios dados quando coletados abundantemente podem se estabelecer como uma barreira à entrada, impulsionando os efeitos *lock-in*. Bom, quando se fala de efeito *lock in* costuma-se referir a estratégias que as plataformas geralmente tomam para tentar prender os clientes (*lock in*) naquela plataforma e expulsar os concorrentes (*lock out*), trazendo incompatibilidade com os serviços ou produtos de outras plataformas, ou ainda estratégias como adesão exclusiva, programas de fidelidade, entre outras. De acordo com Rysman:

⁴⁷ Tradução livre de: “*Data of particular competitive significance may often be difficult and costly to obtain. The firm that does obtain those data will often have little incentive to share*”. MCSWEENY, Terrell; O’DEA, Brian. **Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term prices effects in merger analysis**. CPI Antitrust Chronicle. Fevereiro, 2018. p. 2. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

⁴⁸ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. An introduction.

⁴⁹ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva *et al.* **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30031/Defesa%20da%20Concorre%CC%82ncia%20em%20Plataformas%20Digitais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 nov. 2022, p. 226.

⁵⁰ KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 9, 2021.

⁵¹ ROCHA, Daniel Favoretto Concorrência em Mercados Digitais e Desafios ao Controle de Atos de Concentração. **RDC**, v. 7, n. 2, p. 106, nov. 2019, p. 107.

“Providers of platforms often prefer incompatibility on the grounds that **it locks in current customers and locks out competitors.** (...) If one side of the market can be made exclusive, there is usually little reason to seek exclusivity on the other side. As argued above, **if** members of one side use only one platform at a time, **the platform can charge monopoly prices to the other side for access**”⁵². (grifos nossos)

Ainda que com todas essas características e conceitos presentes nos mercados digitais, é visível que nem todas as plataformas prosperam⁵³. Isto, pois existem alguns critérios específicos para que elas consigam chegar num ponto de virada e atingir uma boa capitalização de mercado. Conforme matéria publicada na *Harvard Business Review*, por Zhu e Iansiti, esses critérios estariam fundados em cinco propriedades fundamentais de redes, são elas: efeitos de rede, *clustering*, risco de desintermediação, vulnerabilidade ao *multihoming* e ponte de rede⁵⁴.

Essas cinco propriedades precisariam ser superadas pelo agente econômico detentor da plataforma para que consiga manter sua massa crítica e prosperar no mercado. Em contraposição, se queremos um mercado mais competitivo, estes seriam critérios importantes de se observar, além de alguns outros.

Como veremos mais adiante quando falarmos das novas ferramentas de análise dos mercados digitais propostas por autoridades internacionais, a interoperabilidade de dados é uma das principais formas de promover maior competitividade nesses mercados. A interoperabilidade de dados é pró-competitiva, pois permite que diferentes plataformas e/ou sistemas comuniquem entre si, aumentando a possibilidade de *multihoming*⁵⁵ e reduzindo os *switching costs*⁵⁶. Isso é particularmente especial quando as empresas que estão sendo analisadas pela autoridade antitruste são detentoras de poder de gargalo (*bottleneck power*)⁵⁷.

2.3 Concorrência e Inovação

Primeiramente, é importante a contextualização dos usuais “dois lados opostos da moeda” no que diz respeito à inovação. Conforme escrito por Joseph Schumpeter no passado,

⁵² RYSMAN, Marc. Op. cit.

⁵³ Vide exemplos: desintermediação da Uber eats no Brasil. Disponível em: <https://www.meioemensagem.com.br/marketing/uber-eats-encerra-atividades-de-delivery-de-restaurantes-no-brasil>. Acesso em: 29 nov. 2022.

⁵⁴ ZHU, Feng; IANSITI, Marco. **Why Some Platforms Thrive and Others Don't**. Disponível em: <https://hbr.org/2019/01/why-some-platforms-thrive-and-others-dont>. Acesso em: 18 set. 2022.

⁵⁵ O *multihoming* permite a conexão de plataformas distintas que concorrem entre si. Um exemplo é quando podemos ter acesso, na mesma TV, às plataformas de vídeo da Netflix, Amazon, HBO, etc.

⁵⁶ Trata-se dos custos dos usuários de trocarem de plataforma. Quanto maior os *switching costs*, maior a fidelidade dos usuários, o que amplia o poder de mercado.

⁵⁷ Trata-se do chamado “poder de gargalo” que algumas empresas, quando detentoras do controle de entrada a determinados mercados, possuem.

monopólios seriam capazes de promover inovações. Em contraposição, Kenneth Arrow defende que a concorrência é que promoveria inovações.

Bom, ainda que em lados opostos, a verdade é que, de Schumpeter a Arrow, a inovação sempre foi importante. O professor Jonathan B. Baker enfatiza que precisamos superar essa dicotomia, pois *“as a general rule, competition does not just lead firms to produce more and charge less; it encourages them to innovate as well. Competition supplies a powerful motive for innovation”*⁵⁸.

Assim, a inovação aparece como um fator central também para a dinâmica dos mercados digitais. A inovação disruptiva, por exemplo, é mais do que a criação de uma tecnologia incremental. Ela pode criar ou até mesmo excluir mercados. Com base no Caderno do CADE sobre o mercado de plataformas digitais,

As inovações disruptivas tipicamente reduzem o *market share* de firmas incumbentes, em alguns casos até mesmo fazendo com que elas saiam do mercado (por exemplo, a saída do mercado da rede de aluguel de filmes blockbuster após o aparecimento de empresas de vídeo sob demanda), ou criam mercados novos (por exemplo, a televisão)⁵⁹.

Isto demanda que voltemos um pouco o estudo para a inovação, a fim de entender a sua relação com a concorrência. Em seu artigo, Baker elenca quatro princípios que levantam aspectos importantes para o antitruste, sobre sua relação com a inovação. São eles:

- i. a concorrência pela inovação em si - ou seja, a concorrência entre empresas que procuram desenvolver o mesmo novo produto ou processo - encoraja a inovação;
- ii. a concorrência entre rivais que produzem um determinado produto já existente incentiva essas empresas a encontrar formas de baixar os custos, melhorar a qualidade ou desenvolver melhores produtos;
- iii. as empresas que esperam enfrentar mais concorrência no mercado de produtos depois de inovarem têm menos incentivos para investir em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D); e
- iv. uma empresa terá um incentivo extra para inovar se, ao fazê-lo, puder desencorajar potenciais rivais de investir em P&D⁶⁰.

⁵⁸ BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. **Antitrust Law Journal**, v. 74, jun. 2007. p. 587.

⁵⁹ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercados de plataformas digitais**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022, p. 13.

⁶⁰ Tradução livre. BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. **Antitrust Law Journal**, v. 74, jun. 2007.

Para além dele, há outros autores que também escrevem sobre a inovação e a concorrência. Diante de diversas investigações antitruste nos Estados Unidos envolvendo grandes *players* dos mercados digitais, como Google, Facebook, Twitter e Apple, em artigo de 2012 o professor Tim Wu já havia alertado para a importância de levar a sério a relação da política de inovação com a concorrência⁶¹. Ele discorre sobre a inovação em seu texto, diferenciando-a em duas categorias: inovações externas e inovações internas. A primeira ocorre quando há um novo produto ofertado por algum entrante no mercado. Já as inovações internas ocorrem quando alguma empresa já presente no mercado realiza alguma inovação, de repente com um produto novo. No entanto, ele aponta que as inovações externas seriam mais importantes de se proteger, ao passo que seriam mais disruptivas que as internas⁶².

Há ainda um outro entendimento sobre o conceito de inovação, como sendo uma das bases principais da concorrência entre empresas, promovendo a produção de novos produtos mais adequados ao uso do consumidor. Com base nesse conceito, Thibault Schrepel desenvolve o conceito de inovação predatória como “toda prática que, sob o disfarce de uma inovação real, é na verdade uma conduta anticompetitiva que visa eliminar a concorrência sem beneficiar os consumidores”⁶³.

Trata-se de prática diversa e que não deve ser confundida com a de preços predatórios. Em seu artigo, Schrepel divide em dois tipos de inovação predatória. Primeiro, quando uma empresa dominante provoca alterações nas plataformas ou nos sistemas de interfaces. Nesse caso, o objetivo não é o de alterar diretamente o produto do concorrente, mas sim de impedir o acesso (efeito ruim para a interoperabilidade) e/ou reduzir a compatibilidade global de um produto com o resto da plataforma ou do ecossistema em que está inserida. Para que não haja dúvidas, o autor diferencia as alterações que seriam abarcadas por este primeiro tipo de inovação predatória:

From a practical perspective, all strategies relating to the physical characteristics of a product are necessarily excluded from this category. Conversely, any changes made to operating systems, web or application servers, and finally web or software applications in the sense of multimedia libraries (e.g., online stores) and other digital workspaces are included⁶⁴.

⁶¹ WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 2, p. 313-328, 2012.

⁶² *Ibid.*, p. 317-319.

⁶³ Tradução livre de: “*all practices that, under the guise of real innovation, are anticompetitive strategies aimed at eliminating competition without benefiting consumers*”. SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. **Science and Technology Law Review**, [S. l.], v. 21, n. 1, p. 22, 2018.

⁶⁴ SCHREPEL, Thibault. *Op. cit.*, p. 32.

Segundo, quando uma empresa dominante altera o funcionamento ou *design* técnico de um produto, seja ele físico, um programa de aplicação de software ou etc. Quando uma empresa dominante pratica esse segundo tipo de inovação predatória, na verdade, o que ela busca é atingir negativamente os produtos dos seus concorrentes. Sendo seu objetivo efetivamente atingido, “*by implementing modifications on the technical aspects of a product (e.g., by altering coding or programming) or by modifying the external characteristic of a product (e.g., by revising an external design or physical functionalities)*”⁶⁵.

Isso demonstra que, especialmente no que diz respeito aos mercados digitais, é importante que as autoridades fiquem atentas com relação à prática de inovação predatória por empresas dominantes, ou seja, aquela que visa parecer uma verdadeira inovação, mas que de fato possui objetivos escusos.

⁶⁵ Ibid., p. 34.

3 CONTROLE DE CONDUTAS UNILATERAIS

Após o trato das questões de mercado, abordando os principais conceitos e entendimentos quanto à economia digital, ao mercado de plataformas digitais e à relação entre concorrência e inovação, é o momento de adentrar ainda mais no Direito Concorrencial. Neste capítulo, caminha-se para o enfoque principal deste trabalho, que tem relação com a função repressiva exercida pelo CADE no âmbito do controle de condutas unilaterais, especialmente no que diz respeito aos mercados de plataformas digitais.

Como um panorama inicial, segue a tabela abaixo contendo exemplos concretos de casos investigados por possíveis condutas unilaterais exercidas em diversos mercados, que não os mercados de plataformas digitais, já analisados pelo CADE, desde que a Lei 12.529/11 foi aprovada. Foi feito um recorte da jurisprudência dos resultados da busca no sistema eletrônico de informação (SEI), sendo os processos selecionados instaurados entre os anos de 2008 e 2019⁶⁶.

Tabela 1: Alguns precedentes do CADE em condutas unilaterais (2008-2019)

Processo	Instauração	Relator	Representada(s)	Breve síntese da conduta	Decisão
08012.005967/2000-69	20.09.2011	Paulo Burnier da Silveira	TECON e TECONDI	Cobrança de taxa adicional a título de entrega postergada	22.06.2016 – Arquivamento
08012.012740/2007-46	24.07.2008	Márcio de Oliveira Júnior	Administradora Gaúcha de Shopping Centers, Condomínio do Shopping Center Iguatemi Porto Alegre, Isdralit e outras	Adoção de cláusula de exclusividade territorial	31.08.2016 – Condenação
08700.010110/2012-46	28.01.2014	João Paulo de Resende	Oi S.A.	Tentativas fraudulentas de impedir o livre exercício da portabilidade numérica	09.11.2016 - Arquivamento

⁶⁶ Na busca inicial com apenas os filtros de “Lei 12.529/11 + Trânsito em julgado + Conduta Unilateral”, foram encontrados 100 resultados. Portanto, foram realizados outros filtros utilizados na Busca Avançada de Conduta no SEI a fim de reduzir os casos na tabela, são eles: Lei 12.529/11 + Finalístico: processo administrativo + Trânsito em julgado + Conduta Unilateral + Abuso de Posição Dominante; Lei 12.529/11 + Finalístico: processo administrativo + Trânsito em julgado + Conduta Unilateral + Cláusulas de exclusividade; e Lei 12.529/11 + Finalístico: processo administrativo + Trânsito em julgado + Conduta Unilateral + Abuso de Posição Dominante + Cláusulas de exclusividade.

08012.011881/2007-41	01.04.2014	Paulo Burnier da Silveira	Petrobrás e White Martins	Fornecimento de gás natural ao Consórcio Gemini a preço inferior ao praticado no mercado	07.12.2016 - Condenação
08012.007423/2006-27	04.10.2013	João Paulo de Resende	Unilever	Barreiras no acesso de concorrentes no mercado de sorvetes por impulso em pontos de venda	16.10.2018 - Condenação
08700.005766/2015-90; 08700.005755/2015-18; 08700.005759/2015-98	08.06.2015	João Paulo de Resende; Mauricio Oscar Bandeira Maia; Polyanna Ferreira Silva Vilanova	Banco Bradesco S.A.; Itaú Unibanco S.A.; Caixa Econômica Federal	Exclusividade entre instituições financeiras e órgãos públicos na oferta de crédito consignado	24.04.2019 - Arquivamento
08700.005969/2018-29	26.02.2019	Lenisa Rodrigues Prado	Conselho Federal de Medicina e Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo	Fixação dos preços dos serviços médicos por meio de tabelas; abuso de posição dominante	03.06.2020 - Condenação
08700.005499/2015-51	11.09.2018	Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann	Tecon Suape S.A.	Abuso de posição dominante no mercado de movimentação de contêineres, com efeitos no mercado de armazenagem alfandegada	03.02.2021 – Condenação
08700.005778/2016-03	28.03.2019	-	RUMO-ALL	Recusa de contratar	03.11.2021 - Arquivamento
08700.005418/2017-84	22.05.2018	Paulo Burnier da Silveira	Tecon Suape	Cobrança de valores de ressarcimento de despesas com segurança (taxa ISPS)	16.10.2019 – Condenação

Fonte: Elaboração própria, com adaptações à tabela presente no Voto do Ex-Conselheiro Paulo Burnier ao caso Google Shopping, 2022.

A pretensão deste Capítulo é de trabalhar dentro das condutas unilaterais como sua análise tem sido feita pelo CADE, com foco na prática de abuso de posição dominante nos mercados de plataformas digitais, que pode se refletir em diferentes condutas, tais como a exclusividade abusiva, por exemplo. Nesse sentido, serão trazidos os casos do Google Shopping, apresentando julgamento pela CE e pelo CADE, e do Gympass/TotalPass, julgado apenas no Brasil. Objetiva-se, com isso, trazer uma perspectiva comparada de um mesmo caso analisado tanto no Brasil quanto na Europa.

Além disso, pretende-se apresentar as decisões que vêm sendo tomadas pelo CADE no que diz respeito ao julgamento de casos envolvendo possíveis condutas unilaterais nos mercados de plataformas digitais, bem como, abordar quais são os principais desafios à análise adequada dessas condutas nesses mercados dinâmicos. Logo mais, no Capítulo 4, poderemos analisar como esses desafios enfrentados na análise antitruste tradicional de condutas unilaterais podem ser adaptados e melhorados para os casos envolvendo os mercados de plataformas digitais, de acordo com propostas advindas da UE.

3.1 A abordagem do CADE na análise de condutas unilaterais

Quando se trata de condutas, o CADE possui um vasto histórico no combate às condutas coordenadas, como os cartéis, mas não tanto quanto às condutas unilaterais. Contudo, espera-se uma mudança nisso dada a criação da Coordenação-Geral de Análise Antitruste 11 (CGAA11), após recomendação da OCDE em um relatório de 2019 que avaliava política concorrencial brasileira⁶⁷. Trata-se de uma coordenação que será responsável pela análise exclusiva de condutas unilaterais.

Antes de tratar das condutas unilaterais em si, não seria adequado deixar de abordar os aspectos e princípios constitucionais que regem a razão de ser do controle repressivo dessas condutas pelo CADE. Assim, segundo a nossa Constituição, a ordem econômica deve observar os princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor, por exemplo. Nessa linha, a base constitucional para o controle de condutas de agentes econômicos se encontra, principalmente, no art. 173, § 4º, da CRFB/88. Segue a redação:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
(...)

⁶⁷ NOVAZZI, João Pedro. **CADE institui unidade específica para investigar condutas unilaterais**. Disponível em: <https://gcalaw.com.br/cade-institui-unidade-especifica-para-investigar-condutas-unilaterais/>. Acesso em: 22 out. 2022.

§ 4º **A lei reprimirá o abuso do poder econômico** que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. (grifos nossos)

Veja que, o exercício do poder econômico por si só não sofre repressão estatal, mas sim o seu abuso, tendente a eliminar a concorrência, a dominar o mercado e a aumentar os lucros arbitrariamente. Em diálogo com a Constituição, se apresenta como uma das finalidades da Lei 12.529/11 (Lei de Defesa da Concorrência), que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)⁶⁸, a repressão ao abuso do poder econômico⁶⁹.

É também finalidade da Lei de Defesa da Concorrência dispôr sobre a prevenção e repressão às infrações contrárias à ordem econômica. Em seu art. 36, são listados quatro efeitos, reais ou potenciais, que indicam que determinado ato poderia configurar uma infração à ordem econômica: “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”⁷⁰.

No presente trabalho, o enfoque será voltado ao inciso IV do art. 36, ou seja, a condutas unilaterais que indiquem o abuso de posição dominante. Contudo, para configurar esse abuso, primeiro temos que entender o que significa ter uma posição dominante. De acordo com o § 2º do mesmo artigo:

Art. 36, § 2º. **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. (grifos nossos)

Ainda, na doutrina temos mais algumas definições que pode nos ajudar a entender esse conceito. Para Ana Frazão, o critério de posição dominante “permitirá, na maioria dos casos, a distinção entre lesão à concorrência e lesão a concorrentes, ou seja, a distinção entre infração antitruste e concorrência desleal”⁷¹.

Em paralelo a esse conceito, muito se confunde com o conceito de “poder de mercado”. Este seria, em verdade, pressuposto para a configuração do abuso de posição dominante. Assim,

⁶⁸ De acordo com o art. 3º da Lei 12.529/11, o SBDC é formado pelo CADE e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE).

⁶⁹ Vide art. 1º. Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. BRASIL. **Lei 12.529/11, de 30 de novembro de 2011**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

⁷⁰ Ibid.

⁷¹ FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 255.

nos casos de abuso de posição dominante, conforme explicado por Salomão Filho em seu livro, o poder de mercado deve ser identificado primariamente para que, combinado ao comportamento tido como infração da ordem econômica, possa configurar a ilicitude do ato em questão⁷². No mesmo sentido, o documento da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) dispõe que:

O poder de mercado é o poder de influenciar o comportamento do mercado e, (...) não se confunde com a concentração do mercado. Apesar disso, a concentração de mercado costuma ser um bom referencial (*proxy*) do poder de mercado. Por esse motivo a NLAB (Nova Lei Antitruste Brasileira) presume a existência de poder de mercado sempre que, isolada, ou conjuntamente, as empresas e/ou pessoas somarem pelo menos 20% do mercado relevante. Trata-se, porém, de presunção relativa e que pode ser elidida a qualquer momento⁷³.

Existem alguns critérios para mensuração do poder de mercado de um agente. Para o professor Fábio Ulhoa Coelho, em termos práticos, o agente econômico com poder de mercado:

(...) Tem ao seu alcance instrumentos empresariais que, uma vez empregados, poderiam impedir ou dificultar o ingresso de outros empresários no mesmo segmento de atividade econômica. Ele poderia, por exemplo, diante da ameaça da chegada de novos competidores, baixar seus preços a patamar tal que desmotivaria os potenciais interessados na exploração daquele mercado. Passada a ameaça, retornaria os preços aos níveis anteriores, recuperando os ganhos de que se privara temporariamente. Apenas o empresário com poder de mercado poderia valer-se desta estratégia; ela seria “suicida” em qualquer segmento marcado pela competitividade⁷⁴.

Importante salientar que a mera existência de posição dominante não implica que haja necessariamente uma conduta anticompetitiva. Isto, pois, a análise de condutas unilaterais, diferentemente da análise *per se* de condutas coordenadas, se dá pela regra da razão (ou “*rule of reason*”). A regra da razão consiste em um levantamento de eficiências *versus* as restrições que foram trazidas à concorrência, sopesando esses dois lados em uma balança para avaliar se aquela conduta em específico deverá ser punida pelo CADE ou não. No guia do IBRAC, temos que:

Para tanto, o Cade aplicará a melhor técnica para a análise do caso, devendo como regra (i) avaliar a existência de posição dominante do agente econômico, (ii) identificar a conduta, sua racionalidade econômica e os problemas concorrenciais dela decorrentes, (iii) analisar as justificativas econômicas e não-econômicas (técnicas, sanitárias, regulatórias e outras) para sua implementação, (iv) avaliar os efeitos

⁷² SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 341.

⁷³ BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Introdução ao Direito da Concorrência**. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrancia/4-seae_introducao_direito_concorrancia.pdf Acesso em: 16 out. 2022, p. 70.

⁷⁴ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 79.

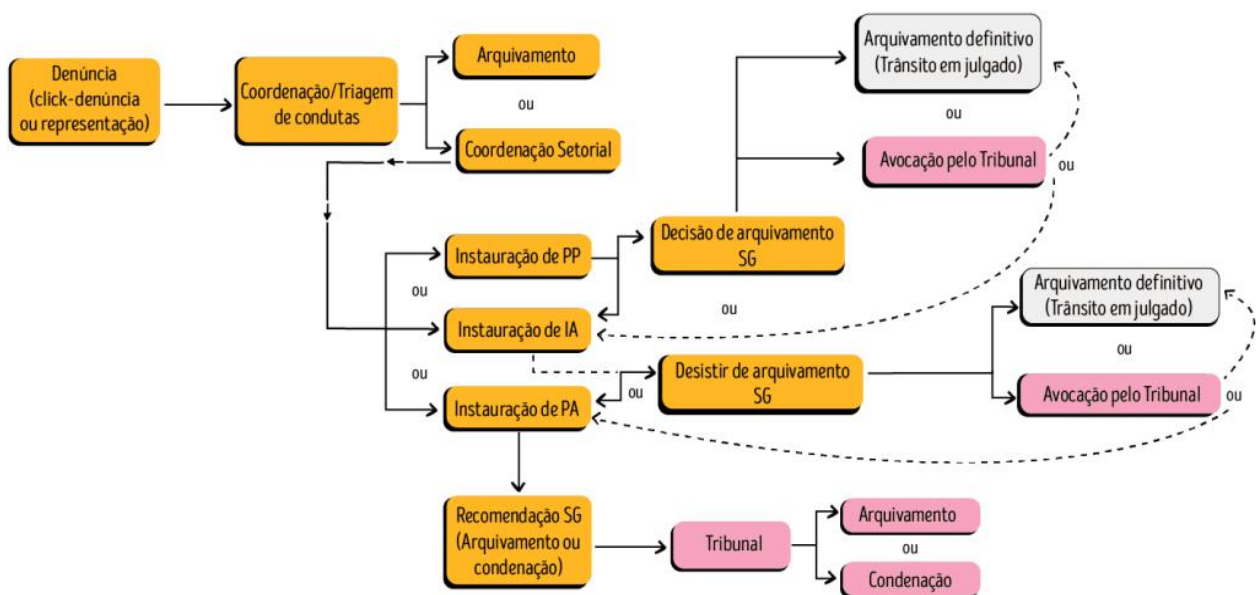
anticompetitivos, e (v) analisar as eficiências ou ganhos decorrentes da prática investigada,⁷⁵

No §3 do art. 36 há um rol exemplificativo de quais seriam as condutas que caracterizariam infração da ordem econômica, sujeitas a análise de eficiências, é claro.

Bom, as condutas unilaterais são aquelas praticadas por um único agente. São comuns de acontecerem verticalmente, por exemplo, quando um agente do mercado *upstream* pratica a conduta para se beneficiar no mercado *downstream*. No geral, como já vimos na Tabela 1 acima, as condutas unilaterais podem se dar com diversas práticas, tais como: a recusa de contratar, a venda casada (*tying*) e o empacotamento (*bundling*), podendo causar alavancagem de posição dominante, a discriminação de preços, o preço predatório, a *sham litigation*, o autofavorecimento (*self-preferencing*), o uso de informações confidenciais de concorrentes, a *margin squeeze*, o acordo de exclusividade, a fixação de preço de revenda, entre outras.

A análise do CADE de condutas anticompetitivas, no geral, passa pelo seguinte rito processual:

Figura 3: Rito processual de investigação de condutas anticompetitivas



Fonte: Módulo 1 - Análise de condutas unilaterais restritivas à Concorrência do ENAP, 2022.

No decorrer dessas etapas processuais, são verificados o mercado relevante, o poder de mercado e se a empresa tem posição dominante. Para aferir o poder de mercado é necessário

⁷⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Guia condutas unilaterais.** Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/497/IBRAC_-_Guia_de_Condutas_Unilaterais.pdf. Acesso em 15 nov. 2022, p. 3/4.

verificar o percentual de participação de mercado (*market share*) que o agente econômico possui naquele determinado mercado relevante e ver se bate o limite de 20% disposto em lei.

Após ter medido a participação de mercado, para melhor verificar se há posição dominante, é preciso avaliar a estrutura do mercado, como o nível de rivalidade entre os agentes, as possíveis barreiras à entrada e o poder de compra dos consumidores. Em suma, a posição dominante por si só, não é um problema. A infração concorrencial ocorre apenas quando há um abuso dessa posição, e os efeitos negativos líquidos precisam ser comprovados.

A conduta de exclusividade ocorre quando a compra ou a venda de um produto/serviço se dá com a imposição de uma exclusividade. As cláusulas ou acordos de exclusividade podem ser atrativos, pois ensejam a redução de custos de transação e a manutenção da qualidade do serviço e, conseqüentemente, do valor do negócio, entre outros benefícios. Contudo, se essa exclusividade for praticada por agente dominante que abusou de seu poder, causando efeitos negativos líquidos, então esse ato será considerado uma conduta anticompetitiva unilateral capaz de ensejar fechamento de mercado.

Na situação clássica, se um agente com elevada posição dominante no fornecimento de um dado insumo, do qual o mercado depende fortemente, resolve conferir uma exclusividade de fornecimento a um agente específico, os concorrentes desse agente terão dificuldade de se manter no mercado de forma competitiva. Outro exemplo clássico ocorre quando o agente dominante, detentor de um insumo do qual todos dependem, exige, como contrapartida ao fornecimento do valioso produto, que os adquirentes comprem o insumo somente dele; situação na qual pode tornar-se difícil que concorrentes desse agente dominante entrem e compitam adequadamente no mercado, dado que terão poucas opções de clientes para acessar⁷⁶.

Como vimos, os mercados digitais, como um todo, são bem dinâmicos, com fortes efeitos de rede, economias de escala e de escopo, com altos *switching costs*, entre outras características que os levam para um ambiente pouco competitivo e com grande tendência a criação de monopólios. Nesse sentido, demonstra-se necessário um cuidado maior na análise desses mercados, que funcionam de modo tão diferente, e, que a cada vez mais vêm mostrando que os critérios tradicionais de análise de condutas unilaterais não são suficientes. Especificamente quanto à medição do (i) mercado relevante e à aferição de (ii) poder de mercado e (iii) posição dominante.

A definição do mercado relevante nos mercados de plataformas digitais é um grande desafio por conta das características intrínsecas a esses mercados. Esse conceito é particularmente importante de se entender, uma vez que a partir dele será calculado o nível de

⁷⁶ BELLINTANI, Beatriz; FRADE, Eduardo. **Condutas de exclusividade na mira do Cade**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-04/defesa-concorrenca-condutas-exclusividade-mira-cade>. Acesso em: 22 nov. 2022.

concentração daquele mercado e se determinado agente econômico tem posição dominante. Forgioni nos ajuda a compreender melhor:

Tecnicamente, entretanto, tal aproximação não deve ser automática, pois o mercado relevante é um conceito que permeia todo o direito antitruste (e não, apenas, o abuso de posição dominante). Com efeito, a partir do momento em que as práticas são vedadas por produzirem (ou poderem produzir) efeitos anticoncorrenciais, a determinação da ilicitude passará pela delimitação do mercado relevante no qual esses efeitos serão sentidos. Em outras palavras, não se pode falar de impactos anticoncorrenciais senão em determinado mercado: o mercado relevante⁷⁷.

A definição do mercado relevante possui implicações relevantes também para o cálculo da participação de mercado dos agentes, portanto, é fundamental observar que as plataformas são de múltiplos lados, com fortes efeitos de rede diretos/índiretos, que funcionam em ecossistemas digitais, etc. Todas essas características fazem com que as plataformas se relacionem cada vez mais entre si, de modo interdependente, pondo em jogo nossos conceitos originais de sobreposições horizontais ou verticais, para atuarem como verdadeiros ecossistemas digitais, por vezes oferecendo múltiplos produtos.

Na definição tradicional, o poder de mercado, tal como vimos, consiste na capacidade do agente econômico de manter seus preços acima do nível competitivo, de forma a aumentar seus lucros, sem perder clientes. Ele pode ser auferido normalmente com base em critérios como preço. Nos mercados digitais, por comumente não cobrarem o uso de seus serviços/produtos aos consumidores, tendo preço zero, o critério do preço fica prejudicado. A coleta excessiva de dados poderia ser aplicado. Além disso, seria importante ter em mente as barreiras à entrada concernentes aos mercados digitais, tais como os próprios efeitos de rede, economias de escala e escopo, etc. Alguns autores já sugeriram que fossem analisados outros critérios como a quantidade de dados, a inovação, qualidade, etc. Sendo importante levar em consideração não só o momento atual, como também as possíveis implicações na concorrência no futuro.

3.2 Estudo de casos no mercado de plataformas digitais

No que se refere ao mercado de plataformas digitais, temos alguns casos referentes a abuso de posição dominante que foram investigados pelo CADE durante os últimos anos. Foi feito um recorte da jurisprudência dos resultados da busca no sistema eletrônico de informação (SEI), sendo os processos selecionados instaurados entre os anos de 2013 e 2021 e alguns ainda não decididos⁷⁸.

⁷⁷ FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 220.

⁷⁸ Os termos pesquisados na Busca Avançada de Conduta no SEI foram: “plataformas digitais” OU “plataforma digital”, com os filtros da Lei 12.529/11 e de Conduta Unilateral aplicado.

Tabela 2: Precedentes do CADE em abuso de posição dominante nos mercados de plataformas digitais (2013-2021)

Processo	Instauração	Relator	Representada(s)	Breve síntese da conduta	Decisão
08700.005694/2013-19 (PA)	10.10.2013	Maurício Bandeira Maia	Google	AdWords. Publicidade online. <i>Multihoming</i>	19.06.2019 - Arquivamento
08700.009082/2013-03 (PA)	10.10.2013	Polyanna Ferreira Silva Vilanova	Google	Prática de scrapping	19.06.2019 - Arquivamento
08012.010483/2011-94 (PA)	11.10.2013	Maurício Bandeira Maia	Google	Discriminação de resultados de produtos na busca geral e exibição privilegiada de resultados de produtos	26.06.2019 - Arquivamento
08700.003211/2016-94 (IA)	13.09.2016	-	Google	Denúncia de abuso de posição dominante no mercado de busca geral para favorecimento de serviços de busca local próprios	22.09.2022 - Arquivamento
08700.010960/2015-97 (IA)	05.11.2015	-	Uber	Abuso de posição dominante	18.10.2017 - Arquivamento
08700.003211/2016-94 (IA)	13.09.2016	-	Google	Abuso de posição dominante pelo desvio do tráfego de usuários em favor de seus próprios serviços de busca	22.09.2022 - Arquivamento
08700.005679/2016-13 (IA)	24.10.2016	-	Expedia do Brasil, Decolar.com e Booking.com	Abuso de posição dominante, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa	28.07.2021 - Arquivamento com assinatura de TCC
08700.006900/2017-31 (IA)	28.04.2020	-	Orient Relógios da Amazônia Ltda.	Abuso de posição dominante, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa	Em instrução

08700.004563/ 2017-48 (PA sancionador)	11.08.2020	-	Technos da Amazônia Indústria e Comércio S.A.	Abuso de posição dominante, limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa	01.06.2021 - Arquivamento
08700.003498/ 2019-03 (IA)	09.07.2019	-	Google	Abuso de posição dominante	Em instrução
08700.002940/ 2019-76 (IA)	05.06.2019	-	Google	Abuso de posição dominante no mercado de sistemas operacionais licenciáveis para dispositivos móveis.	Em instrução
08700.004318/ 2018-11 (IA)	17.01.2020	-	Bus Serviços, J3 Participações Ltda., RJ Participações S.A., Bematech S.A.	Recusa de contratar; contratos de exclusividade abusivos; abuso de posição dominante.	Em instrução
08700.004588/ 2020-47 (IA)	10.03.2021	-	iFood	Celebração de contratos de exclusividade junto a restaurantes parceiros; discriminação no tratamento dos restaurantes exclusivos	Em instrução - Medida preventiva
08700.004136/ 2020-65 (IA)	17.12.2021	-	Gympass	Imposição de cláusula de exclusividade com as academias integrantes da sua plataforma e com alguns clientes corporativos; imposição de cláusulas do tipo nação mais favorecida (MFN)	10.11.2021 - Medida preventiva

Fonte: dados retirados do quadro presente no Caderno do CADE de Mercados de Plataformas Digitais, 2022.⁷⁹

⁷⁹ Além dos casos presentes na naquela tabela, foram acrescentados os casos de iFood e Gympass. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercados de plataformas digitais**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022, p. 140-143.

Há ainda outros casos de condutas unilaterais envolvendo os mercados de plataformas digitais trazidos no caderno do CADE⁸⁰, contudo, em sua grande maioria envolvem o abuso de posição dominante, que se reflete em práticas de preço predatório, *scraping*, exclusividade, venda casada, entre outras.

Dentre os casos apresentados, a presente monografia pretende destrinchar os casos dos processos de nº 08012.010483/2011-94 (Google Shopping) e de nº 08700.004136/2020-65 (Gympass/TotalPass). O primeiro foi um caso julgado não só em território nacional como em jurisdições internacionais, como pela Comissão Europeia e pelo FTC, nos Estados Unidos. Por ter sido pioneiro na análise de condutas unilaterais em plataformas digitais pelo CADE, ainda que tenha sido arquivado, traz um importante marco para a atuação antitruste brasileira, não podendo ser deixado de fora neste estudo. Assim, serão trabalhadas sua abordagem tanto pelo CADE quanto pela CE. Já o caso Gympass/TotalPass, julgado apenas no Brasil, representa a atuação mais recente do CADE quanto ao tema e que culminou na aplicação de medida preventiva ao Gympass.

3.2.1 Google Shopping

A empresa Google é conhecida mundialmente por suas ferramentas de busca. O Google é uma ferramenta que surgiu em 1998 e, também com outros diversos buscadores criados na época. Contudo, por ter um algoritmo diferenciado, obteve maior sucesso. Atualmente, o Google usa mais de 200 fatores para ranquear os sites de resposta a uma busca. Os fatores e sua importância são constantemente alterados, com centenas de mudanças no algoritmo por ano. A principal fonte de faturamento do Google é seu negócio de anúncios. Entre os negócios de anúncios mais antigos do Google está o Google AdWords⁸¹.

Tais condutas foram analisadas pela CE, pelo FTC e pelo CADE. Tendo a CE decidido pela condenação da Google. Enquanto, nos Estados Unidos o FTC decidiu pelo arquivamento do caso⁸², e o CADE seguiu na mesma conclusão.

⁸⁰ Vide Processos nº 08700.003132/2014-11, nº 08700.004530/2015-36, nº 08700.008318/2016-29 e nº 08700.006067/2018-18. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercados de plataformas digitais**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022, p. 140/143.

⁸¹ Id. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Tribunal. Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier. Documento SEI nº 0632417, parágrafos 5-8. Brasília, 01 de julho de 2019.

⁸² Vide processo de nº 111-0163 no FTC.

3.2.1.1 Comissão Europeia

Em 30 de novembro de 2010, a CE abre procedimento investigativo para apurar o possível abuso de posição dominante do Google, no mercado de buscas online, vem violação ao art. 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Em resumo, alega-se que o Google estaria usando de sua posição dominante no mercado de buscas em geral para alavancar sua posição no mercado de comparação de produtos online⁸³.

Na União Europeia, o caso Google Search (Shopping) de nº AT.39740, após sete anos de investigação pela CE, veio a condenação da Google Inc. em 2017. Especificamente, em 27 de junho de 2017, a CE conclui que houve violação ao art. 102 do TFUE, devendo o Google ser condenado ao pagamento do montante de EUR 2.424.495.000,00. Além disso, a empresa também foi obrigada a cessar sua conduta e a cumprir o “princípio do tratamento igualitário” no mercado de comparação de produtos. Trata-se de um remédio comportamental desenvolvido pela CE⁸⁴.

Quanto ao abuso de posição dominante, a CE solicita que a Google apresente diversos cenários comparativos demonstrando o posicionamento e exibição mais favoráveis nas páginas de resultados de pesquisa do Google Shopping vs. nos concorrentes que ofertam serviços de comparação de preços, etc. Além disso, é discutida a importância do tráfego de usuários para os serviços de comparação de preços e como a conduta afeta na diminuição desse tráfego para os serviços de comparação de preços ofertados por concorrentes e, ao mesmo tempo, no aumento do tráfego de usuário para a ferramenta de comparação de preços do Google. A CE também incluem em sua análise o comportamento do usuário (*user behaviour*).

No que diz respeito à discussão sobre mercado relevante, a CE entendeu por mercado relevantes o mercado de serviços de busca em geral e, em separado, o mercado de serviços de comparação de produtos. Sendo que:

O primeiro mercado, segundo a CE, i) constitui uma atividade econômica, independentemente de o serviço ser oferecido gratuitamente; ii) possui limitada substitubilidade do serviço tanto do lado da oferta quanto do lado da demanda; e iii) inexistência de diferença nos serviços de busca em geral utilizados por dispositivos móveis ou não⁸⁵.

⁸³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Tribunal. Voto-vogal Presidente Alexandre Barreto de Souza. Documento SEI no 0632233, parágrafo 7.

⁸⁴ Ibid., parágrafo 10.

⁸⁵ Ibid., parágrafo 11.

Nos termos do voto do Presidente Alexandre Barreto, a CE concluiu que, quanto ao poder de mercado, o Google possuía posição dominante em todos os mercados nacionais analisados. “A conclusão baseou-se, conjuntamente, na esmagadora parcela de mercado detida pela Google, na existência de barreiras à entrada e na ausência de poder contrabalanceado dos consumidores”⁸⁶.

A Google buscou demonstrar que sua conduta produzia diversas eficiências, contudo, a CE não se convenceu de que a conduta de alavancagem era objetivamente necessária ou que os efeitos exclusionários poderiam ser contrabalanceados por ganhos em termos de eficiência, o que levou a Google a ser condenada.

3.2.1.2 CADE

No Brasil, a investigação se deu no âmbito do PA nº 08012.010483/2011-94, instaurado em dezembro de 2011, por iniciativa da parte E-commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda (“E-commerce” ou “Representante”), detentora dos sites Bondfaro e Buscapé, em face à Google Brasil Internet LTDA (“Google” ou “Representada”). Neste PA, a Representante acusa a Google da suposta prática discriminatória e exclusionária no mercado brasileiro de sites de comparação de preços, no qual a Google passou a atuar por meio do *Google Shopping*. Segue abaixo a ementa constante da Nota Técnica nº 51/2018 da CGAA2:

EMENTA: Processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica. Alegações de critérios discriminatórios para apresentação de resultados de produtos dentro de página de resultados de busca geral e de exibição privilegiada de resultados de produtos em detrimento de sites de terceiros. Relatório circunstanciado, nos termos do art. 74 da Lei nº 12.529/11 e art. 196, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Cade. Parecer do Departamento de Estudos Econômicos pela não verificação de efeitos anticompetitivos. Análise de justificativas e efeitos. Ausência de nexos claros entre a conduta e efeitos anticompetitivos verificados. Remessa ao Tribunal Administrativo de Defesa Econômica para julgamento com sugestão de arquivamento⁸⁷.

⁸⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Tribunal. Voto-vogal Presidente Alexandre Barreto de Souza. Documento SEI nº 0632233, parágrafo 12. Brasília, 04 de julho de 2019.

⁸⁷ Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Superintendência- Geral. **Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE**. Documento SEI nº 0549836. Brasília, 19 de novembro de 2018.

No que diz respeito à Nota Técnica nº 34/2018, emitida pelo DEE, podemos observar vários conceitos pertencentes aos mercados digitais, tais como o de plataformas de múltiplos lados, competição dinâmica, etc.

Em linha com isso, diante do voto-vogal do Conselheiro Relator Mauricio Bandeira Maia, podemos constatar que o CADE, aparentemente, não está tão intrincado em uma análise tradicional antitruste, uma vez que demonstram estar abertos para estudar e entender os conceitos particulares aos mercados digitais. O Conselheiro diz que a definição de mercado relevante,

Especificamente aqueles envolvendo os que compreendem mercados dinâmicos como o presente, uma definição de mercado relevante pode ser vista como uma guia auxiliar na condução da análise, entretanto, isso não impede que a autoridade antitruste trabalhe a definição e seu escopo com certa flexibilidade, no intuito de não ‘encaixotar’ seu olhar, e eventualmente deixar de levar em consideração qualquer aspecto significativo do mercado⁸⁸.

Ainda em seu voto, o Conselheiro segue a definição conservadora de mercado relevante da Superintendência e do DEE, considerando, então a existência de dois mercados relevantes na dimensão produto: (i) mercado de buscadores genéricos e (ii) mercado de comparadores de preço (busca temática – comparação de preços).

A posição dominante do Google é comprovada com a apresentação dos dados de participação de mercado baseados em pesquisa da Experian Hitwise de 2011. Na época, esses dados mostravam predominância do Google no mercado brasileiro de sites de busca, sempre com o foco no tráfego de usuários. De acordo com a tese de alavancagem, hipoteticamente a Google se aproveitaria de sua posição dominante no mercado relevante de buscas gerais para conseguir impulsionar um novo produto em mercado relevante adjacente, que é o de comparação de preços (busca temática)⁸⁹.

No que diz respeito à análise de efeitos potenciais, o Conselheiro Paulo Burnier difere do posicionamento do DEE, posto que a cessação da conduta surge como elemento-chave, tendo em vista seu potencial negativo sobre o mercado. Para ele, o ônus probatório deve ser distinto para casos de conduta cessada quando do julgamento do PA ou para casos de conduta em andamento durante o julgamento do PA.

⁸⁸ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Tribunal. Voto-vogal Conselheiro Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia. Documento SEI no 0632170, parágrafo 101. Brasília, 01 de julho de 2019.

⁸⁹ Ibid., parágrafos 134-140.

Além disso, Burnier levanta a possibilidade de, no âmbito da economia digital - cenário de grande assimetria de informação e dinamicidade dos mercados -, utilizar da transferência do ônus da prova, para que a própria empresa incumbente se encarregue de comprovar a existência de eficiências e inexistência de efeitos potenciais negativos de sua conduta⁹⁰.

Apenas para fins de constatação, na Tabela 3 abaixo, podemos ver o posicionamento dos Conselheiros na análise do caso Google Shopping, que dividiu tanto os Conselheiros, a ponto do Presidente ter que utilizar de seu voto de qualidade.

Tabela 3: Posicionamento dos Conselheiros, do DEE e da SG sobre o caso Google Shopping

Conselheiros / DEE / SG	Votos
DEE	Pelo Arquivamento
SG	Pelo Arquivamento
Alexandre Barreto de Souza (Presidente)	Pelo Arquivamento
Maurício Oscar Bandeira Maia (Relator)	Pelo Arquivamento
Polyanna Ferreira Silva Vilanova	Pelo Arquivamento
Paulo Burnier	Pela Condenação
João Paulo de Resende	Pela Condenação
Paula Farani de Azevedo Silveira	Pela Condenação

Fonte: Autoria própria, 2022.

Foi observado nos votos dos Conselheiros que todos concordaram que a teoria de dano a ser aplicada seria a de abuso de poder econômico, por meio da prática de alavancagem de seu poder no mercado geral de buscas para o mercado adjacente de comparação de preços.

Contudo, o Conselheiro Paulo Burnier diverge das posições defendidas pela DEE, SG e pelo Conselheiro Relator, no que diz respeito à necessidade de comprovação de efeitos da prática anticompetitiva, para que seja configurado o ilícito concorrencial. Ele argumenta que:

A mera potencialidade de dano é suficiente para configurar a violação à ordem econômica, sobretudo nos casos em que a conduta apurada ainda se encontrar em andamento no momento do seu julgamento administrativo, como é o caso ora em exame⁹¹.

É válido frisar apesar do processo contra a Google ter sido arquivado no Brasil, os Conselheiros ficaram divididos (3x3) pela condenação ou o arquivamento do caso, de modo

⁹⁰ Ibid., parágrafo 34.

⁹¹ Op. Cit., parágrafo 19.

que o Presidente teve que usar do voto de qualidade para decidir, então, pelo arquivamento. Na visão de Paulo Burnier e Victor Fernandes, isso demonstra que o CADE está a par dos problemas concorrenciais trazidos pela economia digital. Além disso, eles enfatizam que as condutas exclusionárias na economia digital devem ser monitoradas pelas autoridades concorrenciais, posto que: “(...) *competition drives quality. So, any increase of market-shares in digital economy shall correspond to effective competition - in the merits - and not possible abuses of market power from dominant firms*”⁹².

Segundo Burnier, “a questão da inovação emerge como peça-chave da discussão sobre a legalidade da conduta”⁹³, sendo importante também - conforme dito acima, quando da análise pela regra da razão-, o sopesamento dos efeitos exclusionários, de um lado, e as eficiências, de outro. Ademais, o Conselheiro acrescenta que a inovação pode ter sido um elemento importante para que o FTC não judicializasse contra o Google, contudo, para ele:

A inovação **na forma de oferecer** o produto não é suficiente para sopesar os seus potenciais efeitos negativos sobre o mercado. **Não se trata propriamente de um novo produto, mas apenas de uma nova forma de apresentá-lo ao mercado.** Caso fosse um comparador de preços não-patrocinado pelos diretos interessados (fornecedores de geladeira, por exemplo), a inovação e seus benefícios seriam mais perceptíveis⁹⁴. (grifos nossos)

Esse pronunciamento é particularmente importante, pois nos permite traçar um paralelo com o conceito abordado por Schrepel de inovação predatória, posto que o caso Google Shopping tem discussão semelhante sobre o *design* de produto e acesso/custo de concorrentes, afetando a interoperabilidade do mecanismo de buscas/comparação de preços da Google⁹⁵.

Contudo, como vimos o CADE não considerou as evidências conclusivas para condenar a prática pela Google. Isto se deve, também, pelo receio de cometer os erros de Tipo 1 (falsos positivos), aqueles que se referem à intervenção estatal equivocada; ou então, a de cometer os erros de Tipo 2 (falsos negativos), referentes à omissão estatal.

3.2.2 *Gympass/TotaPass*

⁹² SILVEIRA, Paulo Burnier da; FERNANDES, Victor Oliveira. Google Shopping in Brazil: Highlights of CADE’s Decision and Takeaways for Digital Economy Issues. **Concurrences e-Bulletin**, 2019, p. 5/6..

⁹³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Voto do Conselheiro Paulo Burnier. Documento SEI nº 0632417, Voto-vogal, parágrafo 30.

⁹⁴ *Ibid.*, parágrafo 33.

⁹⁵ PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva et al. **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30031/Defesa%20da%20Concorre%CC%82ncia%20em%20Plataformas%20Digitais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 nov. 2022, p. 218-219.

A Gympass é uma empresa criada em 2012 que, por meio de uma plataforma digital, oferece aos funcionários das empresas cadastradas acesso, com uma única assinatura, a diversas academias localizadas no Brasil e em outros países. Através da plataforma da Gympass, os funcionários das empresas podem optar por planos de assinatura que conferem acesso a um portfólio de academias, aulas online, atendimento psicológico, massagem, etc. Por sua vez, a empresa Total Pass, controlada pelo Grupo Smart Fit, também atua no segmento de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica, realizando serviços de intermediação entre as empresas atuantes no setor de atividades físicas, como, por exemplo, academias de ginástica e estúdios, e clientes corporativos. A Total Pass busca oferecer aos seus colaboradores o acesso a academias do Total Pass como parte do seu pacote de benefícios.

Trata-se de caso investigado pelo CADE envolvendo possíveis infrações no mercado de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica no Brasil. A Total Pass Participações Ltda (“Total Pass”) e a Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. (“Yoooup” e em conjunto com a Total Pass, “Representantes”) entraram com Representação no CADE contra a GPBR Participações Ltda (“Gympass” ou “Representada”), buscando a condenação desta última por entenderem que a Gympass praticou abuso de sua posição dominante, por meio de: (i) imposição de cláusula de exclusividade com as academias integrantes da plataforma e com alguns clientes corporativos; e (ii) imposição de cláusulas do tipo "Nação Mais Favorecida" (*Most Favoured Nation* - "MFN").

3.2.2.1 Inquérito Administrativo

Em setembro de 2020, a Total Pass entrou com pedido de medida preventiva no CADE para com a Gympass, por a empresa ter supostamente praticado condutas anticompetitivas no setor de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica no Brasil, envolvendo cláusulas de exclusividade e cláusulas MFN. De início, foi instaurado Procedimento Preparatório (PP) de IA, conforme ementa:

EMENTA: Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo. Denúncia de infração contra a ordem econômica materializada, sobretudo, por cláusulas de exclusividade e cláusulas MFN. Efeitos alegados de fechamento de mercado e aumento de barreiras à entrada. Instauração de Inquérito Administrativo Público, nos termos dos artigos 13, III, e 66 e seguintes da Lei nº 12.529/11 c/c artigo 141 e seguintes do Regimento Interno do Cade. Pedido de concessão de medida preventiva. Recomendação de deferimento parcial, consoante art. 84, caput e § 1º da Lei nº 12.529/2011 e art. 211 do Regimento Interno do Cade.⁹⁶

⁹⁶ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65**. Representantes: Total Pass Participações Ltda. e Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda.

Buscou-se, então, apurar supostas infrações à ordem econômica no setor de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica no Brasil em face da Gympass. A suposta conduta observada foi a de abuso de posição dominante, que se deu com a imposição de cláusulas de exclusividade e cláusulas MFN, as quais permitiriam a Gympass controlar o preço mínimo praticado pelas plataformas cadastradas, balizando os preços praticados no segmento de território nacional.

Portanto, a fim de avaliar os impactos dessas cláusulas, procede-se à discussão sobre o mercado relevante. Por meio da Nota Técnica nº 14/2022, a SG define que o mercado relevante como o de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica, na dimensão nacional. Contudo, verifica-se que inexistem dados públicos precisos que indiquem qual a quantidade de academias afetadas nacionalmente, regionalmente ou segmentados por município pelas supostas condutas anticompetitivas investigadas⁹⁷.

Assim, é estabelecida uma *proxy* para estimar qual seria a participação de mercado da Gympass nesse mercado. Chega-se à conclusão de que a Representada possui elevada participação de mercado em comparação ao número de academias presentes em sua plataforma, o que torna evidente a possibilidade de exercício abusivo de sua posição dominante⁹⁸.

De acordo com a jurisprudência do CADE, as cláusulas de exclusividade são uma das mais preocupantes cláusulas restritivas à concorrência, juntamente com as cláusulas de preferência e a cláusula de MFN. Isto, pois, estas cláusulas podem provocar efeitos anticompetitivos, tais como: a elevação unilateral do poder de mercado de um produtor/fornecedor, a majoração de barreiras à entrada de concorrentes e a restrição do acesso de competidores efetivos aos consumidores potenciais⁹⁹.

No que diz respeito às cláusulas MFN, estas também poderiam ser prejudiciais, pois sua previsão “detém o potencial de eventualmente prejudicar a concorrência, pois a própria academia fica impossibilitada de oferecer diárias a valor menor do que o praticado junto à Requerente, mesmo que em uma eventual ação de liquidação ou promoção”¹⁰⁰.

Para a avaliação do potencial de crescimento e do percentual de fechamento do mercado, a análise levada a cabo pela autoridade concorrencial deve considerar: i) o custo incorrido pela

Representado: GPBR Participações Ltda. Superintendência-Geral. Nota Técnica nº 14/2021/GAB-SG/SG/CADE. Documento SEI nº 0998652. Brasília, 17 de dezembro de 2021.

⁹⁷ Ibid., parágrafos 46/47.

⁹⁸ Ibid., parágrafo 50.

⁹⁹ Ibid., parágrafos 27-29.

¹⁰⁰ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19**. Interessado: GPBR Participações Ltda. 2021. Superintendência-Geral. Nota Técnica nº 39/2022/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Documento SEI nº 1119572, parágrafo 51. Brasília, 16 de setembro de 2022.

empresa praticante da conduta para celebrar os acordos de exclusividade, ii) as barreiras à entrada no mercado relevante alvo da suposta prática e iii) a posição dominante da empresa investigada.

De acordo com a Nota Técnica nº 39/2022, no que diz respeito à efetividade do compromisso de cessação, a SG discorre que houveram, de fato, benefícios individuais das empresas a firmarem parceria exclusiva com a Gympass.

De fato, conforme entendimento pacífico no CADE:

A adoção de cláusulas de exclusividade por agentes com posição dominante tem o potencial de (i) provocar fechamento de mercado, (ii) aumentar barreiras à entrada, e (iii) elevar os custos dos rivais ao restringir sua atuação naquele mercado ou relegá-los a fornecedores (no caso, academias de ginástica) menos atrativos¹⁰¹.

Por fim, no âmbito da Nota Técnica nº 39/2022, a SG reforça o argumento de que o TCC cumpre seu papel em preservar e proteger a concorrência no mercado de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica no Brasil. Além disso, afirma que o TCC também promove a competitividade, pois permite que ocorra o *multihoming* entre plataformas agregadoras, conceito já abordado no presente trabalho.

3.2.2.2 Requerimento de TCC

Conforme trabalhado anteriormente, em suma, a posição dominante, por si só, não é um problema. A infração concorrencial ocorre apenas quando há abuso e os efeitos negativos líquidos precisam ser comprovados. No entanto, conforme disposto no art. 39, inc. XI da Lei 12.529/11:

Art. 13. Compete à Superintendência-Geral:
XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento.

De modo que, ao Tribunal compete “apreciar, em grau de recurso, as medidas preventivas adotadas pelo Conselheiro-Relator ou pela Superintendência-Geral”, *vide* redação do art. 9, VI, da lei concorrencial brasileira. Além disso, conforme art. 11, inc. IV da mesma lei, também compete ao Tribunal a adoção de medidas preventivas, incluindo a fixação de multa diária pelo seu descumprimento. É importante também dar luz ao que dispõe o art. 84, da Lei 12.529/11:

¹⁰¹ Id. Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65. Representantes: Total Pass Participações Ltda. E Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. Representado: GPBR Participações Ltda. Superintendência-Geral. **Nota Técnica nº 14/2021/GAB-SG/SG/CADE**. Documento SEI nº 0998652, parágrafo 74.

Art. 84. Em **qualquer fase do inquérito administrativo** para apuração de infrações ou do processo administrativo para imposição de sanções por infrações à ordem econômica, **poderá o Conselheiro-Relator ou o Superintendente-Geral, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Chefe do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.**

§ 1º Na medida preventiva, determinar-se-á a **imediata cessação da prática** e será ordenada, quando materialmente possível, a reversão à situação anterior, fixando multa diária nos termos do art. 39 desta Lei.

§ 2º Da decisão que adotar medida preventiva **caberá recurso voluntário ao Plenário do Tribunal**, em 5 (cinco) dias, sem efeito suspensivo. (grifos nossos)

Ou seja, a imposição de medida preventiva pela SG ou pelo Tribunal são devidamente previstas para quando há o indício ou fundado receio de que o Representado cause ou possa causar lesão irreparável ou de difícil reparação.

Nesse sentido, a SG determina as seguintes disposições para a medida preventiva:

1. NÃO CELEBRAÇÃO DE NOVOS CONTRATOS COM EXCLUSIVIDADE:

A Gympass deverá abster-se de celebrar contratos com academias de ginástica que ainda não constem de sua base de academias parceiras, os quais contemplem cláusulas que as impeçam de instituir parceria, sob qualquer forma, com outras empresas, em particular, plataformas agregadoras de academias;

1.1. Ressalvam-se os contratos que já estiverem em fase final de negociação pela Gympass na data de publicação da presente medida preventiva.

1.2. Nesses casos, no prazo de 5 (cinco) dias a contar da publicação da presente medida preventiva, a Gympass deverá apresentar a esta SG/Cade a relação de contratos que se encontram nessa situação, com provas de que a negociação começou antes da publicação da presente medida preventiva e já está em etapa final de conclusão, para que a SG/Cade se manifeste quanto à possibilidade da continuidade das negociações nos mesmos termos.

1.3. Serão consideradas integrantes da base de academias de ginástica parceiras da Gympass aquelas que já constem na plataforma da Representada na data da assinatura do Despacho que concede a presente medida preventiva.

1.4. Os futuros novos contratos, sem cláusulas de exclusividade, que venham a ser celebrados com academias de ginástica que ainda não constem na plataforma da Gympass deverão ter possibilidade de encerramento da relação contratual mediante simples comunicação por escrito e a qualquer tempo, com antecedência mínima de 60 (sessenta) dias, sem aplicação de qualquer tipo de multa rescisória a qualquer das partes.

2. TORNAR SEM EFEITO EVENTUAIS CLÁUSULAS DE “NAÇÃO MAIS FAVORECIDA” E MULTAS CORRESPONDENTES:

A Gympass deverá tornar sem efeito eventuais cláusulas contratuais com academias de ginástica que contenham obrigação de paridade de tarifa, incluindo qualquer condição que limite a oferta ou venda, pelas academias parceiras, de diárias (i.e., passes diários de acesso às academias) a um preço inferior àquele praticado pela Gympass. Deverá, assim, tornar também sem efeito eventuais multas por descumprimento de tais exigências contratuais, bem como abster-se de incluir tais cláusulas em contratos com academias de ginástica.

3. TORNAR SEM EFEITO EVENTUAIS CLÁUSULAS DE “QUARENTENA” E MULTAS CORRESPONDENTES:

A Gympass deverá tornar sem efeito eventuais exigências contratuais que impeçam academias de ginástica de instituir parceria, sob qualquer forma, com outras empresas (em particular, plataformas agregadoras de academias) após o encerramento do contrato com a Gympass e respectiva saída de sua plataforma (cumprido aviso prévio contratual). Deverá, assim, tornar também sem efeito eventuais multas por descumprimento de tais exigências

contratuais, bem como abster-se de incluir tais cláusulas em contratos com academias de ginástica.

3.1. Ressalvam-se os casos de contratos de prazo determinado atualmente vigentes que expressamente contemplem investimentos financeiros por parte da Gympass ou antecipação de recebíveis. Caso a academia parceira ainda tenha dívidas a quitar com a Gympass, as previsões contratuais atuais devem vigor até que a pendência tenha sido inteiramente paga. Eventuais casos omissos devem ser apresentados para a avaliação da SG/Cade.

(...)

5. DISPOSIÇÕES GERAIS:

5.1. A Gympass terá o prazo de 10 (dez) dias após a publicação da presente medida preventiva para realizar adequações processuais necessárias ao cumprimento das obrigações previstas neste feito;

5.2. **Os contratos atuais vigentes entre a Gympass e as academias que já compõem a sua base de parceiras mantêm-se válidos para todos os efeitos**, ressalvadas as vedações que integram o escopo da presente medida preventiva, podendo ter suas cláusulas alteradas de acordo com a vontade das partes em negociações normais no âmbito de relações contratuais enquanto vigorarem os termos da presente medida preventiva.

5.2.1. Ressalva-se que, caso a alteração contratual seja em relação ao prazo de duração dos contratos atuais, estes ficam limitados à duração máxima de 2 (dois) anos, facultada a possibilidade de renovação por igual período.

5.3. Situações ou questões omissas deverão ser apresentadas à SG/Cade para apreciação¹⁰². (grifos nossos)

Ficando estabelecidas as condições para a medida preventiva, segundo a SG. Ao final da Nota Técnica nº 14/2021, determina-se a instauração do IA (posto que o processo ainda se encontrava como PP), defere-se parcialmente a concessão de medida preventiva nos termos estipulados no item III.4.3 da Nota e, com fins de evitar a potencialidade lesiva da conduta, fixa multa diária de R\$ 50.000,00, em caso de descumprimento da medida.

Após decisão tomada pela SG na Nota Técnica nº 14/2021 de deferir parcialmente a concessão de medida preventiva, no dia 15 de setembro de 2022, a Gympass apresentou minuta final do Termo de Compromisso de Cessação (TCC)¹⁰³ ao CADE, que estabelecia condições a fim de cessar a possível conduta de abuso de posição dominante praticada por meio das cláusulas de exclusividade e MFN.

No dia seguinte, a Nota Técnica nº 39/2022 foi juntada pela Coordenação-Geral de Análise Antitruste 1 (CGAA1) aos autos públicos do processo, nos seguintes termos, *vide* ementa:

EMENTA: Proposta de Termo de Compromisso de Cessação (“TCC”) referente ao Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65. Apuração sobre supostas infrações à ordem econômica no setor de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica no Brasil em face da Gympass relacionadas, sobretudo, a cláusulas de exclusividade e cláusulas MFN que ensejariam fechamento de mercado,

¹⁰² Op. Cit.

¹⁰³ Id. **Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19**. Interessado: GPBR Participações Ltda. 2021. Superintendência-Geral. Nota Técnica nº 39/2022/CGAA1/SGA1/SG/CADE. Documento SEI nº 1119768. Brasília, 16 de setembro de 2022.

aumento de barreiras à entrada e elevação de custos dos rivais, condutas estas enquadráveis no artigo 36, I, e 36, §3, III, IV, V e IX da Lei nº 12.529/2011. Conveniência e oportunidade na assinatura do TCC. Recomendação de homologação do TCC¹⁰⁴.

Por meio desta Nota, foram analisados pela CGAA1 os aspectos da efetividade da proposta de TCC para a resolução do eventual problema concorrencial sob apuração e as sanções para caso haja descumprimento, parcial ou total, do TCC. A conclusão da Nota Técnica nº 39/2022 foi pela sugestão da homologação do TCC pelo Tribunal do CADE.

No dia 21 de setembro deste ano, ocorreu, então, a 202ª Sessão Ordinária de Julgamento (SOJ), na qual o Plenário, por unanimidade, decidiu por homologar a proposta de compromisso de cessação, nos termos do Despacho da Presidência nº 108/2022¹⁰⁵. O TCC, na data de publicação da Ata da 202ª SOJ no Diário Oficial da União (DOU) passou, então, a ter vigência por três anos, sendo o IA nº 08700.004136/2020-65 devidamente arquivado em relação à Gympass.

Na sessão da 202ª SOJ, o Cons. Luis Braido profere voto-vogal fazendo críticas à medida preventiva concedida pela SG, pois a considerou tímida. Nesse sentido, o Presidente Cordeiro e o Braido elogiam a preventiva aprovada pelo Tribunal, posto que limita cláusulas de exclusividade à demonstração de eficiências econômicas, ao mesmo tempo que impõe um limite máximo de 20% (para evitar fechamento de mercado) da sua base de clientes de um dado município ou zonas de município, bem como proíbe cláusulas de MFN, impedindo a contratação de academias com demais plataformas digitais após a finalização do contrato. Já com relação aos clientes corporativos, proíbe-se cláusulas de exclusividade de qualquer tipo.

No caso concreto, a Gympass só poderá fazer exclusividade com as academias que ela possa garantir um aumento significativo do número de usuários para os próximos anos, e esse contrato terá por limite dois anos. O Cons. Gustavo Augusto tece breves comentários quanto aos contratos de exclusividade, dizendo que a Gympass conseguiu demonstrar uma racionalidade nesses contratos, justificada pela regra da razão, e plausíveis do ponto de vista de seu negócio. Por isso, a exclusividade presente nesse caso não se trata de uma restrição pura (*naked restraint*), mas sim que está relacionada a investimentos na melhoria da qualidade do ambiente das academias, o que será repassado depois aos consumidores. Portanto, esses contratos de exclusividade não seriam predatórios, mas lícitos.

¹⁰⁴ Ibid.

¹⁰⁵ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19. Interessado: GPBR Participações Ltda. 2021. Tribunal. **Certidão de Julgamento**. Documento SEI nº 1143346. Brasília, 04 de novembro de 2022.

3.3 Análises quantitativa e qualitativa

No que diz respeito à uma análise quantitativa, de acordo com a Tabela 3 acima, contendo os casos de condutas unilaterais investigadas nos mercados de plataformas digitais, podemos concluir pelas decisões do CADE que: (i) houveram muitos arquivamentos; (ii) a grande maioria dos casos tem a ver com o abuso de posição dominante¹⁰⁶; e (iii) a autoridade antitruste brasileira é mais conservadora em relação às mudanças no paradigma da análise tradicional antitruste, se comparada com as visões da Comissão Europeia ou até mesmo as do *Bundeskartellamt*, da Alemanha, como veremos adiante.

No caso Google Shopping, de um lado, o argumento é que se tratou de uma inovação benéfica aos consumidores, sem prejuízos à lei concorrencial brasileira. De outro lado, argumenta-se que houve a prática de condutas anticompetitivas, como *self-preferencing*, *margin squeeze*, ou até mesmo a de inovação predatória. De fato, o CADE não parece estar tão inclinado como um todo para lógicas mais flexíveis de análise, até mesmo pelo receio com os falsos positivos. Contudo, é possível perceber nos votos dos Conselheiros a presença de vários conceitos da economia digital. A mudança talvez fique ainda mais perceptível quando da análise do caso Gympass, julgado alguns anos depois do Google Shopping e aplicada a medida preventiva em uma conduta que, talvez outrora fosse simplesmente vista como inovação.

No caso Gympass/TotalPass, percebe-se também nos votos e nas falas dos Conselheiros em painéis e SOJs de que estão estudando os mercados digitais e buscando se preparar para, talvez, adotar novos critérios de análise de condutas no futuro.

¹⁰⁶ Na busca do sistema SEI de Condutas com apenas o filtro de Conduta Unilateral e os termos "plataformas digitais" OU "plataforma digital" na pesquisa livre, foram encontrados 10 resultados, todo envolvendo o abuso de posição dominante. Nos casos listados no Caderno de Mercados de Plataformas Digitais também predominam esses casos. Dentre os 16 casos listados no Caderno, 11 são de abuso.

4 NOVAS PROPOSTAS DE ANÁLISE

Em face a esses novos desafios que o direito concorrencial vem enfrentando para analisar os mercados de plataformas digitais, tendo em vista sua dinamicidade, fortes efeitos de rede, altas barreiras de entrada, etc., faz-se importante uma mudança nos critérios da análise antitruste tradicional desses casos, seja por regulação *ex ante* ou *ex post*.

A comunidade antitruste por todo o mundo vem estudando diversas formas de como combater as barreiras à entrada nos mercados digitais. De acordo com McSweeney e O’Dea do FTC:

It is also worth thinking about other ways to reduce barriers to entry in these markets. For example, increasing consumers’ rights to and control over their data might foster competition to improve quality of services in order to retain customer data. Regulations permitting consumers to withdraw their data in a usable format when they want to use a different service may also lower barriers to entry for less data-rich innovators. While these possibilities are outside the field of antitrust, antitrust is not a panacea for ensuring competitive markets. Well-tailored regulation can work hand in hand with antitrust enforcement to foster competition and innovation¹⁰⁷.

Na Comissão Europeia, autoridades se preocupam e já desenharam uma regulação *ex ante* para trata do problema. Na autoridade antitruste alemã (*Bundeskartellamt*), antes mesmo dos passos da CE, já haviam desenhado sua proposta híbrida para os mercados digitais. Já no Brasil, apesar do presidente Alexandre Cordeiro do CADE já ter se pronunciado sobre o problema de conglomerados das gigantes da tecnologia, em contrapartida afirma se preocupar com mercados altamente regulados, “alegando que o Cade deve intervir até o limite para garantir a concorrência, evitando o risco de inibir o crescimento do mercado e capacidade de inovação”¹⁰⁸. Ou seja, mudanças na análise tradicional antitruste brasileira, pautada no bem-estar do consumidor e efeitos, ainda são tímidas.

Ou seja, em resumo, o mundo todo vêm se preocupando em diminuir as barreiras à entrada dos mercados digitais e a assimetria à informação, bem como aumentando a competitividade e a transparência com relação aos dados. Por tudo que vimos, mudanças precisam ser feitas, não só, mas também no meio antitruste. Foi com base nessas constatações que as seguintes propostas foram criadas.

¹⁰⁷ MCSWEENEY, Terrell; O’DEA, Brian. **Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term prices effects in merger analysis**. Fevereiro, 2018. p. 2. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeney-odea.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

¹⁰⁸ CONGLOMERADOS formados por big techs preocupam, diz novo presidente do Cade. CNN. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/conglomerados-de-gigantes-da-tecnologia-preocupam-diz-presidente-do-cade/>. Acesso em: 21 out. 2022.

Em 2021, o *Bundeskartellamt* elaborou o artigo 19a do *German Competition Act* (GWB ou ARC) para tratar do problema da competitividade nos mercados digitais.

Também em 2021, a Comissão Europeia pensou as regras do que seria o *Digital Markets Act*, a ser promulgado somente em 2022 e entrar em vigor em 2023. Curiosamente, tratam-se de propostas legislativas com diferenças significativas, posicionando-se quase que em lados opostos de um mesmo gráfico, com relação a: “(i) o escopo setorial *vis-à-vis* transindustrial de intervenção e (ii) a predominância de uma estratégia de regulação baseada na lógica de comando e controle *vis-à-vis* um modelo de regulação de livre mercado típico da abordagem antitruste”¹⁰⁹.

No presente Capítulo, trataremos de propostas (i) regulatória *ex ante* e (ii) híbrida dentro da UE que versam sobre os controladores de acesso (*gatekeepers*) ou sobre agentes econômicos com “importância excepcional para a concorrência entre diferentes mercados”¹¹⁰ (*paramount significance for competition across markets*). Assim, poderemos comparar novamente como a abordagem do CADE na análise de condutas unilaterais tem se dado frente a esses mercados de plataformas digitais, quais os desafios e quais as propostas trazidas pela CE e pelo *Bundeskartellamt* para tratar do assunto.

Com isso, pretende-se fazer uma análise comparativa entre os dois dispositivos com a ajuda de revisão de literatura sobre o tema para, então, avaliar como suas propostas impactariam na concepção brasileira de “poder de mercado” e “posição dominante”, no que diz respeito aos mercados digitais.

4.1 *Digital Markets Act*

O *Digital Markets Act* (DMA) surge como uma tentativa da União Europeia (UE) de limitar o poder de mercado de grandes plataformas digitais, classificadas como “*gatekeepers*”. Para a CE, *gatekeepers* são empresas atuantes no setor digital que exercem serviços essenciais de plataforma (ou “*core platform services*”), conforme definidos no art. 2, §2 do DMA e, cumulativamente:

¹⁰⁹ O gráfico e o trecho foram retirados de matéria do Conselheiro Victor Fernandes do CADE no Conjur. FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais:** entre abuso de poder econômico e inovação. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

¹¹⁰ Tradução trazida pelo Conselheiro Victor Fernandes do CADE em matéria do Conjur. Ibid.

Artigo 3º. Designação de gatekeepers.

1. Uma empresa é designada como gatekeeper se:

- a) tiver um impacto significativo no mercado interno;
- b) prestar um serviço essencial de plataforma que é uma porta de acesso importante para que usuários profissionais (*business users*) alcancem os usuários finais (*end users*); e
- c) beneficiar-se de uma posição sólida e duradoura nas suas operações, ou que provavelmente se beneficiará de tal posição num futuro próximo (tradução livre)¹¹¹.

Para aferir tais requisitos, no art. 3, §2 da lei estão dispostos alguns critérios objetivos, com base em dados, para presumir que uma empresa preencha os requisitos dispostos no §1 do mesmo artigo.

Caso a empresa prestadora de serviços essenciais de plataforma preencha todos esses requisitos quantitativos, ela deverá notificar a CE sobre seu *status* de *gatekeeper*. Pela CE ela assim será designada, a não ser que apresente provas convincentes do contrário, *vide* art. 5, §5 do DMA. Lembrando que, o DMA também prevê que plataformas que ainda não atinjam os critérios quantitativos, mas que possam ser “potenciais gatekeepers”, conforme análise qualitativa da CE, ainda poderão ser assim designadas. O *status* de *gatekeeper* será reavaliado periodicamente a cada três anos, *vide* art. 4, §2.

Um de seus objetivos é garantir a contestabilidade (*contestability*), de modo a reduzir as barreiras à entrada ao mercado, para que novos entrantes consigam ingressar no mercado. Trata-se de um modo de incentivar a competitividade e a inovação em um mercado que, por si só, possui altas barreiras à entrada.

Tendo em vista que o DMA veio como proposta da CE de abrir os mercados digitais para que uma maior quantidade de *players* de menor porte pudessem competir, promovendo contestabilidade (*contestability*), esta lei buscará proibir e punir práticas abusivas (*unfair practices*) que vêm sendo adotadas nestes mercados ultimamente.

Conforme matéria de 2021 no jornal Valor Econômico¹¹², as *big techs* gastaram pelo menos 264 bilhões de dólares adquirindo possíveis futuros rivais em compras que valeram menos de 1 bilhão naquele ano. Na matéria podemos perceber como isso chamou a atenção de órgãos reguladores mundo a fora que acusam essas empresas de estarem acabando com a concorrência e prejudicando os consumidores. Lina Khan, presidente da Comissão Federal de

¹¹¹ Art. 3, §1, Digital Markets Act. UNIÃO EUROPEIA. **Comissão Europeia. Regulamento (UE) n. 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais)**. Digital Markets Act. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R1925&from=PT>. Acesso em: 21 nov. 2022.

¹¹² STACEY, Kiran. **Big Techs fazem aquisições em ritmo recorde**. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/09/21/big-techs-fazem-aquisicoes-em-ritmo-recorde.ghtml>. Acesso em: 21 out. 2022.

Comércio dos EUA (FTC) já alertou sobre a necessidade de identificar as brechas nos critérios de notificação para que todos esses negócios não estejam sendo analisados pela instituição. Isto, pois, operações que possuam valor inferior a 92 milhões de dólares não precisam ser notificadas à autoridade concorrencial dos EUA, o que não tem impedido essas *killer acquisitions*¹¹³ de ocorrerem com tanta velocidade.

Por conta da pandemia de COVID-19 e do consequente processo de digitalização, as fusões e aquisições com relação aos outros anos aumentaram bastante. Segundo estudo da Comissão Federal de Comércio dos EUA (FTC), entre os anos de 2010 e 2019 as *big techs* realizaram 819 aquisições não registradas por não preencherem os requisitos de notificação. Para Barry Lynn - diretor do *Open Markets Institute* - “isso era inteiramente previsível - em tempos difíceis, as empresas que já estão enraizadas ficam muito mais enraizadas” e, na opinião de Rebecca Kelly Slaughter, comissária do FTC:

Eu penso nas aquisições em série como uma estratégia Pac-Man: cada fusão individual, vista de forma independente, pode não parecer ter um impacto significativo, mas o impacto coletivo de centenas de aquisições menores pode levar a um monstro monopolista¹¹⁴.

Diante de tais práticas, a CE busca promover a proteção do direito do consumidor e a competitividade no setor de serviços digitais, sendo o DMA apenas uma dessas regulações¹¹⁵. Em seus artigos 5, 6 e 7, a regulação traz uma lista de práticas qualificadas como *unfair practices*, bem como impõe alguns *don'ts* para os *gatekeepers*, tais como:

1. Proibição de utilizar os dados dos usuários profissionais quando *gatekeepers* concorrem com eles em sua própria plataforma;
2. Proibição de classificar os produtos ou serviços do próprio *gatekeeper* em posição mais favorável em relação aos de terceiros;
3. Proibição de exigir que os desenvolvedores de *apps* utilizem alguns dos serviços do *gatekeeper* (tais como sistemas de pagamento ou fornecedores de identidade) para que possam aparecer nas *app stores* do *gatekeeper*;
4. Proibição de rastrear usuários finais fora da plataforma principal do *gatekeeper*, para efeitos de publicidade direcionada, sem que tenha sido concedido um consentimento efetivo.¹¹⁶

¹¹³ Ocorre quando grandes empresas da tecnologia se valem de seu poder econômico para comprar empresas menores que se apresentem como potenciais concorrentes a seus negócios no futuro. Assim, a aquisição dessas empresas - normalmente *startups* - serve para eliminar futuros concorrentes.

¹¹⁴ STACEY, Kiran. Op. cit.

¹¹⁵ Além do DMA, um outro exemplo é o *Digital Services Act* (DSA), que surge com o fim de proteger os direitos fundamentais e a segurança de consumidores finais de serviços digitais.

¹¹⁶ UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. **Regulamento (UE) n. 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais)**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R1925&from=PT>. Acesso em: 21 nov. 2022.

Além disso, são dispostas também certas obrigações (*do's*), tais como permitir que os usuários finais tenham uma efetiva e gratuita portabilidade de dados; que consumidores possam deixar de utilizar os serviços essenciais de plataforma sem dificuldades; que haja condições justas e não-discriminatórias de acesso dos usuários profissionais às lojas de aplicações de *softwares*, aos motores de busca *online* e aos serviços de redes sociais *online* dos *gatekeepers*; e *etc.*

Como qualquer legislação, o DMA também dispõe de sanções para garantir que os *do's* e *don'ts* sejam cumpridos. Caso o *gatekeeper* não cumpra com as disposições, a Comissão poderá aplicar multas de até 10% (dez por cento) do faturamento total anual mundial da empresa ou 20% (vinte por cento), no caso de infrações repetidas, e pagamento de multas periódicas de até 5% (cinco por cento) do faturamento total diário mundial da empresa.

De acordo com o site de perguntas e respostas do DMA¹¹⁷, caso ocorram infrações sistemáticas a CE poderá aplicar remédios adicionais, inclusive podendo ser bem duros, em prol de garantir o *compliance* das empresas com as disposições do DMA. Há a previsão de remédios estruturais, tais como proibir o *gatekeeper* de adquirir qualquer empresa que preste serviços no setor digital ou serviços que permitam a coleta de dados que tenham sido afetados pelo constante não cumprimento às regras do DMA.

Nos artigos 37 e 38 do DMA temos uma disposição com relação a cooperação e coordenação da Comissão Europeia com autoridades nacionais da União Europeia (UE) para garantir o *enforcement* de ações para que a regulação seja devidamente cumprida. Estas autoridades poderão se comunicar com a CE por meio da *European Competition Network* (ECN), trocando informações quanto questões de fato ou de direito, quanto às ações de *enforcement* que vêm sendo tomadas e, inclusive, quanto a questões confidenciais.

É importante notar que as autoridades nacionais deverão sempre informar a CE, tão logo ou imediatamente depois, caso queiram investigar *gatekeepers*, com base em sua respectiva lei nacional, ou impôr obrigações, por exemplo. Além disso, no art. 39 dispõe também sobre uma cooperação da CE com tribunais nacionais, que podem solicitar informações ou pareceres da Comissão, assim como Estados-Membros devem informar de decisões de tribunais relacionadas à matéria do DMA. Ademais, os tribunais nacionais devem cuidar para não proferirem decisões contrárias a uma decisão adotada pela CE.

¹¹⁷ UNIÃO EUROPEIA. Op. Cit.

4.2 Act Against Restraints of Competition (artigo 19a)

Além do DMA, temos também uma proposta híbrida, de legislação concorrencial com toques de regulação *ex ante*, dentro da União Europeia. Desde 2017, a Alemanha foi um dos países pioneiros a trazer disposições sobre a economia digital em sua lei concorrencial alemã, aqui referida também como “GWB” ou “ARC”. Contudo, foi em 19 de janeiro de 2021, com a 10ª Emenda ao GWB, que mudanças significativas quanto à digitalização na legislação antitruste passaram a vigorar.

Estas mudanças surgiram, então, com um descontentamento com relação aos critérios tradicionais de análise antitruste para controlar o abuso de poder econômico dos grandes *players* digitais (GAFAM). De acordo com o memorando, três foram os possíveis riscos à concorrência que estão melhor endereçados com o novo dispositivo: efeitos de rede; economias de escala e vantagens de acesso a recursos; e empresas que possuem uma posição estratégica chave, capazes de transferir poder de mercado a mercados adjacentes¹¹⁸.

Com esta nova ferramenta implementada pelo *German Federal Cartel Office* (FCO), busca-se garantir a concorrência nos mercados com relação a *players* que apresentem ameaça à competição, como as *big techs*. Esta 10ª Emenda tem como objetivo reforçar o controle de práticas abusivas exercidas pelas gigantes empresas da tecnologia. O principal artigo trazido por ela é o artigo de nº 19a, presente no ARC.

O art. 19a permite que o *Bundeskartellamt* designe uma nova categoria de empresas com “importância excepcional para a concorrência entre diferentes mercados” ou “*paramount significance for competition across markets*”, e faz proibições quanto à participação dessas empresas em certas práticas anticompetitivas. Nesse sentido, temos no art. 19a, § 2º sete condutas proibidas, em resumo:

1. Self-preferencing by vertically integrated firms;
2. hindering supply or sales activities of other firms (including noncompetitors);
3. hindering competitors in markets where the 19a firm may rapidly expand its position;
4. using collected data to raise market entry barriers or requiring users’ permission for such use;
5. hindering competition by denying or impeding interoperability or portability of data;
6. withholding information on the 19a firm’s performance;
7. demanding disproportionate (monetary or non-monetary) compensation from business customers¹¹⁹.

¹¹⁸ FRANCK, Jens-Uwe; PEITZ, Martin. Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act. *Journal of European Competition Law e Practice*, v. 12, n. 7, p. 8. set. 2021.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 3.

Uma vez que o *Bundeskartellamt* tome a decisão declaratória de classificar determinado agente econômico como possuidor de uma *paramount significance for competition across markets*, isto valerá por cinco anos¹²⁰, período em que a empresa poderá ser proibida de incorrer em tais práticas anticompetitivas. Entende-se por “podrá”, posto que essa decisão proibitiva existe como possibilidade, *vide* art. 19a, § 2º, parte final, que diz: “o artigo não é aplicável desde que a respectiva conduta seja objetivamente justificada. Neste contexto, o ônus da demonstração e da prova recai sobre a empresa”¹²¹. Em contraposição ao DMA, que não teve esse tipo de previsão.

Trata-se, então, de uma previsão contendo uma avaliação concorrencial qualitativa dessas empresas, em uma análise caso a caso, de modo que se qualificadas daquela forma, estarão sujeitas a proibições de determinadas práticas anticompetitivas, permanecendo consigo a possibilidade, mas também o ônus da prova, de demonstrar que as condutas investigadas são objetivamente justificadas. Como exemplos, é importante destacar que o Facebook, a Amazon, Google e Apple já foram qualificadas pelo *Bundeskartellamt* como empresas possuidoras de *paramount significance across markets*.

Ainda nessa linha, de acordo com matéria no Global Competition Review, quanto às obrigações e proibições, o art. 19a, § 2º do ARC prevê condutas específicas, que seriam aplicadas após declaração de determinado agente econômico como possuidor de uma *paramount significance across markets*, e somente se o *Bundeskartellamt* fizesse a proibição especificando o tipo de conduta a que a proibição se encaixaria. Diferentemente do DMA, que caso a empresa seja qualificada como *gatekeeper*, ela teria que automaticamente seguir com todas as obrigações dos arts. 5º e 6º do DMA, independentemente de qualquer outra análise pela CE. Ou seja, é um procedimento de aplicação do *one-size-fits-all*¹²².

No que se refere à possibilidade das empresas justificarem seus atos e possivelmente terem suas condutas isentas, o art. 19a, de fato a traz quando permite que a empresa endereçada justifique suas práticas - ainda que com a reversão do ônus da prova -, de modo que se tiver sucesso, a conduta não será proibida. Mais uma vez, o art. 19a aparenta ter sido elaborado

¹²⁰ *Vide* redação da parte final do art. 19a: “(...) *The validity of the decision issued pursuant to sentence 1 must be limited to five years from the date on which it becomes final*”. ALEMANHA. **Bundeskartellamt**. Act against Restraints of Competition, de 04 de junho de 2018. Tradução Language Service do Bundeskartellamt. Tradução de: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html. Acesso em: 18 nov. 2022.

¹²¹ Tradução livre da parte final do dispositivo 19a, §2. Art. 19a. § 2º. “(...) *This shall not apply to the extent that the respective conduct is objectively justified. In this respect, the burden of demonstration and proof shall lie with the undertaking*”. *Ibid*.

¹²² NUYS, Marcel; ECKENROTH, Anne; FECHNER, Jessica. “Germany: how the FCO is taking on the world”. **Global Competition Review**, jun. 2022.

permitindo uma maior flexibilidade. Em contraposição, o DMA não confere uma real possibilidade de ponderação pela CE sobre a isenção de determinada prática proibida à empresa *gatekeeper*. Segundo Nuys, Eckenroth e Fechner:

Although the DMA contains some form of potential safety net by stating that the gatekeeper presumption is rebuttable and allowing addressee undertakings to seek reassurance from the Commission on the compliance of proposed behaviour with article 6 obligations, it does not give those companies the opportunity to objectively justify their behaviour or have their interests weighted against the wider aims as envisaged by the DMA – ensuring a fair economy¹²³. (grifos nossos)

Ainda que os arts. 8º e 9º do DMA sejam invocados, estes trazem apenas a possibilidade de isenção da imposição automática das obrigações caso ocorra uma isenção por questões de viabilidade econômica do negócio do *gatekeeper* ou por interesse público (moralidade pública, saúde e segurança).

Além disso, há algumas outras diferenças entre o DMA e o artigo 19a do ARC com relação à sua própria abordagem. Com relação ao DMA, por exemplo, percebe-se um caráter mais restritivo, com critérios muito específicos e quantitativos de qualificação do *gatekeeper*, bem como a análise caso a caso fica prejudicada. Por outro lado, o que vemos ser aplicado na Alemanha é uma emenda que prevê maior flexibilidade na análise de cada caso e também nos critérios para qualificar uma empresa como detentora de uma *paramount significance across markets*. Ademais, o ARC prevê a possibilidade de recorrer às decisões do *Bundeskartellamt* ao *Bundesgerichtshof* (BGH), o Tribunal de Justiça Federal da Alemanha, como primeira e única instância recursal¹²⁴, enquanto que no DMA a possibilidade de recurso às decisões da CE é, em única instância, voltada ao Tribunal de Justiça da União Europeia, em concordância ao art. 261, do TFUE¹²⁵.

Quando pensamos no caso do Google Shopping, por exemplo, se este fosse analisado sob a ótica do art. 19a do GWB, após a verificação da Google como uma empresa de *paramount significance across markets*¹²⁶, o *Bundeskartellamt* poderia tomar uma decisão proibitiva de

¹²³ NUYS, Marcel; ECKENROTH, Anne; FECHNER, Jessica. Op. cit.

¹²⁴ Vide art. 73, § 5º, do ARC. ALEMANHA. **Bundeskartellamt**. Act against Restraints of Competition, de 04 de junho de 2018. Tradução Language Service do Bundeskartellamt. Tradução de: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html. Acesso em: 18 nov. 2022.

¹²⁵ Vide art. 45, do DMA. UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Digital Markets Act. Regulamento (UE) n. 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais). **Digital Markets Act**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R1925&from=PT>. Acesso em: 21 nov. 2022.

¹²⁶ Em 30 de dezembro de 2021, o *Bundeskartellamt* determinou que Alphabet/Google teriam uma *paramount significance for competition across markets*. ACT against Restraints of Competition (Competition Act – GWB).

cessação da conduta de *self-preferencing*, de acordo com o artigo 19a.2.1. Trata-se de uma conduta potencialmente abusiva, na medida em que “leva ao fechamento de mercado e impede concorrentes de desenvolver e comercializar ofertas inovadoras, restringindo assim a concorrência baseada no mérito”¹²⁷.

No caso da Gympass/TotalPass, uma vez tomada a decisão declaratória, se tomada, o caso incorreria possivelmente no artigo 19a.2.3, por os acordos de exclusividade e de MFN se tratarem de estratégia para que concorrentes nesse mercado de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica ainda não dominado, fossem expulsos; favorecendo a futura e possível posição dominante da Gympass no referido mercado. Condutas como preço predatório, acordos anticompetitivos de exclusividade, *tying* e *bundling* são típicos como exemplos da aplicação deste dispositivo¹²⁸.

Apesar de tantas diferenças, ambas as propostas aqui trabalhadas são aplicáveis assimetricamente, ou seja, apenas às empresas que seguem aquelas qualificações de *gatekeepers* ou que tenham *paramount significance across markets*, técnicas descritas nos arts. 3º e 19a, respectivamente. Ambas estabelecem algumas regras de conduta, versando sobre obrigações e proibições, bem como incluem a possibilidade de remédios no caso de descumprimento. No geral, essas regulações buscam garantir a contestabilidade, a inovação, a equidade (*fairness*) e a transparência nos mercados digitais. Contudo, possuem abordagens diferentes para isso, seja mais agressiva ou mais branda.

Para Andreas Mundt¹²⁹, presidente do *Bundeskartellamt*, o DMA é uma lei concorrencial, mas com um toque de regulação. Para ele, desinvestimento não será fácil, mas sabemos que certas concentrações no passado, como Facebook/WhatsApp, dificultaram bastante o processo competitivo. Ele enfatiza o trabalho em conjunto e cooperativo das entidades antitruste das nações da União Europeia no *enforcement* concorrencial na economia digital.

É claro, no entanto, que não existem apenas as regulações *ex ante* como forma de diminuir o poder econômico dessas gigantes da tecnologia e impedir seu abuso com os consumidores. Há também a possibilidade de uso de medidas preventivas, como vem

Bundeskartellamt.

Disponível

em:

<https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

¹²⁷ Tradução livre de: “(...) as it may lead to market foreclosure and prevent competitors from developing and marketing innovative offers and thus restricts ‘competition on the merits’ (*‘Leistungswettbewerb’*)”. FRANCK, Jens-Uwe e PEITZ, Martin. Op. cit., p. 12.

¹²⁸ Ibid., p. 12/13.

¹²⁹ Informações retiradas do vídeo da OCDE no Youtube. OECD COMPETITION LAW AND POLICY. Andreas Mundt on the German Competition Act and the amendment against abuse of digital companies. 19 nov. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cTvR8T2L6Ic>. Acesso em: 17 nov. 2022.

demonstrando o CADE¹³⁰. Bem como, não existem somente as propostas de regulação *ex ante* da CE e da GWB, mas também o *American Innovation and Choice Online Act* (AICOA)¹³¹, pelos Estados Unidos e o *Digital Markets Unit* (DMU)¹³², pelo Reino Unido, por exemplo. Mas isso já é assunto para um outro estudo.

¹³⁰ Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, o CADE aplicou recentemente medida preventiva nos casos do iFood e da Gympass, envolvendo condutas unilaterais nos mercados de plataformas digitais.

¹³¹ AMERICAN INNOVATION AND CHOICE ONLINE ACT. **Congress.gov**. Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992/text>. Acesso em: 16 nov. 2022.

¹³² A new pro-competition regime for digital markets - government response to consultation. **Gov.uk**. DIGITAL MARKETS UNIT. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets/outcome/a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets-government-response-to-consultation#part-1-introduction>. Acesso em: 16 nov. 2022.

5 CONCLUSÃO

Desde o início da presente monografia, nota-se que a questão dos mercados digitais, como um todo, ultrapassa a seara do Direito Concorrencial. Seja pelas violações aos dados pessoais dos usuários das plataformas, ou ainda pelo caso da tentativa de enviar politicamente os usuários por meio de seus dados. Trata-se de um problema urgente e que demanda agilidade das autoridades ao estudar e saber analisar rapidamente esses mercados da maneira adequada, reconhecendo suas peculiaridades. Por outro lado, temos a inovação e a segurança jurídica que podem ser prejudicadas caso as análises da autoridade antitruste se dê de maneira incorreta. Foi o caso de Cielo/WhatsApp¹³³, no qual o CADE impôs medida cautelar e depois teve que voltar atrás em sua decisão.

Desse modo, com as informações trazidas até então, pretende-se retornar às perguntas iniciais do presente trabalho. Quanto à pergunta 1 - “como o controle de condutas unilaterais têm se dado nos mercados de plataformas digitais no Brasil?” -, é possível observar que, em sua maioria, os processos instaurados no CADE foram arquivados. No que diz respeito à análise do caso Google Shopping pelo CADE em 2019, muito se avançou tratando sobre os mercados digitais e sua lógica, como pudemos ver nos votos dos Conselheiros Paulo Burnier e Paula Farani. Já no caso Gympass/TotalPass, julgado em 2022, tivemos talvez uma mudança de paradigma, tendo em vista que houve a imposição de medida preventiva pelo CADE, algo que não tinha acontecido até então nesses mercados, exceto no caso iFood/Rappi. No caso da Gympass, pudemos notar que foram trabalhados os conceitos de *multihoming*, plataforma de múltiplos lados, efeitos de rede, *tipping*, entre outros, o que demonstra que a autoridade vem buscando entender a dinâmica dos mercados digitais.

Quanto à pergunta 2 - “Esse controle tem se dado de maneira efetiva?” -, em uma análise dos melhores estudos internacionais de como a economia digital e as plataformas digitais funcionam, e também em uma comparação de como o assunto tem sido tratado na Comissão Europeia, pelo *Digital Markets Act* e pelo artigo 19a do *Act against Restraints of Competition*, aliados a opiniões de autoridades, parece que algumas mudanças poderiam ser tomadas no cenário brasileiro. De acordo com o que vimos até então, a análise concorrencial tradicional de mercados, ao menos no que diz respeito às análises de “mercado relevante”, “poder de mercado” e “posição dominante”, têm sido insuficientes para lidar com a dinamicidade, os

¹³³ CADE reverte medida cautelar contra acordo entre Cielo e Whatsapp”. **G1 Economia**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/06/30/cade-reverte-medida-cautelar-contra-acordo-entre-cielo-e-whatsapp.html>. Acesso em: 22 nov. 2022.

fortes efeitos de rede, de economia de escala e escopo, e do papel dos dados nos mercados de plataformas digitais. Isto, pois, esses conceitos não estão sendo analisados de maneira apropriada.

O que nos leva à pergunta 3 - “qual seria a melhor maneira de lidar com isso no Brasil?” -, que pode ser respondida, não com uma certeza, mas com possibilidades. A regulação *ex ante*, propostas híbridas, medidas preventivas, alterações na legislação antitruste, entre outras, seriam alguns exemplos. Bom, aqui não se acredita em proposta única para problemas complexos. Nesse sentido, talvez fosse mais válido, por ora, procurar investir em métodos de regulação por fora do direito da concorrência, enquanto a comunidade antitruste busca aprender, estudar e debater com os melhores relatórios e estudos sobre o tema. Após, é possível pensar em como desenvolver melhores técnicas e/ou critérios de análise dessas condutas unilaterais nos mercados digitais.

Ao menos no que diz respeito aos chamados *gatekeepers*, uma regulação *ex ante* se demonstra interessante. Para além disso, parece ser importante que a análise antitruste leve em consideração a inovação e as eficiências trazidas por tais plataformas digitais. Contudo, isso não impede que haja também um cuidado para com os excessos, ou seja, para com aqueles agentes detentores de grande poder econômico e que ameaçam o bem-estar do consumidor, ainda que em uma perspectiva potencial. Ou seja, é importante no contexto dos mercados digitais que a análise da suposta conduta unilateral observe os impactos de um arquivamento ou de uma condenação no tempo presente e no tempo futuro. É válido lembrar, também, que esses mercados costumam funcionar em ecossistemas digitais, portanto causando efeitos em outros mercados e agentes para além das conhecidas sobreposições horizontais/verticais.

Tendo isso dito, tudo nos leva a crer que o Direito da Concorrência irá ter que revisar mais uma vez o passado para buscar entender quais são, de fato, seus objetivos, se realmente o *consumer welfare standard* é tão intrincado a ponto de não considerar os malefícios potenciais que determinadas práticas nos mercados digitais podem ter, mantendo, contudo, em uma balança a preocupação com a promoção da inovação. No Brasil, autores como Frazão, Coutinho, Kira e também o Conselheiro Victor Fernandes, já demonstraram em algumas ocasiões serem favoráveis a mudanças no direito antitruste para abarcar as peculiaridades desses mercados, contudo também há fortes sinais do movimento contrário, afirmando que teríamos já na legislação concorrencial ferramentas suficientes para lidar com os mercados digitais (ou de plataformas digitais), como o próprio Presidente do CADE, Alexandre Cordeiro, já se pronunciou em SOJ e entrevistas.

Ainda assim, o que o futuro do Direito da Concorrência nos reserva, ainda é incerto. Porém, já possuímos bastante material para envidar esforços para estudar os novos mercados e os desafios que eles promovem ao antitruste, de modo a buscar a melhor forma de atuação antitruste priorizando a garantia dos princípios constitucionais do art. 170, CF, da livre concorrência e defesa do consumidor, bem como a promoção da inovação desses mercados.

REFERÊNCIAS

A new pro-competition regime for digital markets - government response to consultation. **Gov.uk. DIGITAL MARKETS UNIT.** Disponível em: <https://www.gov.uk/government/consultations/a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets/outcome/a-new-pro-competition-regime-for-digital-markets-government-response-to-consultation#part-1-introduction>. Acesso em: 16 nov. 2022.

ABUSE of dominance in digital markets. **OECD.** Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/globalforum/abuse-of-dominance-in-digital-markets.htm>. Acesso em: 28 set. 2022.

ACT against Restraints of Competition (Competition Act – GWB). **Bundeskartellamt.** <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2022.

ALEMANHA. **Bundeskartellamt.** Act against Restraints of Competition, de 04 de junho de 2018. Tradução Language Service do Bundeskartellamt. Tradução de: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – GWB. Disponível em: http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/englisch_gwb.html. Acesso em: 18 nov. 2022

ALPHABET/Google subject to new abuse control applicable to large digital companies – Bundeskartellamt determines “paramount significance across markets”. **Bundeskartellamt.** Disponível em: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2022/05_01_2022_Google_19a.html?nn=3591568. Acesso em: 19 nov. 2022.

AMERICAN INNOVATION AND CHOICE ONLINE ACT. **Congress.gov.** Disponível em: <https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992/text>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. **Antitrust Law Journal**, v. 74, jun. 2007.

BAPTISTA, Anna Carolina Barros. **Mercados digitais: características e seus impactos na análise da defesa da concorrência - casos Facebook/WhatsApp e Google Search.** 2018. 91 f. Monografia (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2018.

BELLINTANI, Beatriz; FRADE, Eduardo. **Condutas de exclusividade na mira do Cade.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-abr-04/defesa-concorrenca-condutas-exclusividade-mira-cade>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BIG techs têm lucros bilionários na pandemia. **Valor Econômico.** Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/10/29/big-techs-tem-lucros-bilionarios-na-pandemia.ghtml>. Acesso em: 18 set. 2022.

BOURREAU, Marc. Some Economics of Digital Ecosystems. **Hearing on Competition Economics of Digital Ecosystems, OECD.** Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)89/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)89/en/pdf). Acesso em: 18 set. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm/. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. **Lei 12.529/11, de 30 de novembro de 2011**. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112529.htm. Acesso em: 12 nov. 2022.

BRASIL. Secretaria de Acompanhamento Econômico. **Introdução ao Direito da Concorrência**. Disponível em: https://www.gov.br/fazenda/pt-br/centrais-de-conteudos/publicacoes/apostilas/advocacia-da-concorrenca/4-seae_introducao_direito_concorrenca.pdf Acesso em: 16 out. 2022.

BUKHT, Rumana; HEEKS, Richard. Defining, Conceptualising and Measuring the Digital Economy. **Manchester Centre for Development Informatics Working**, n. 68, 2017.

CABRAL, Luis et al. The EU Digital Markets Act, **Publications Office of the European Union**, Luxembourg, 2021,

CADE president criticises regulatory landscape. **Global Competition Review**. Disponível em: <https://globalcompetitionreview.com/article/cade-president-criticises-regulatory-landscape>. Acesso em: 18 nov. 2022.

CADE reverte medida cautelar contra acordo entre Cielo e Whatsapp”. **G1 Economia**. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/2020/06/30/cade-reverte-medida-cautelar-contra-acordo-entre-cielo-e-whatsapp.ghtml>. Acesso em: 22 nov. 2022.

CADE. **Documento de Trabalho nº 005/2020: Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. 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: 22 out. 2022.

CAMBRIDGE Analytica: tudo sobre o escândalo do Facebook que afetou 87 milhões. **Olhar Digital**. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2018/03/21/noticias/cambridge-analytica/>. Acesso em 21 nov. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COLOMÉ, Jordi Perez. **Documentos do Facebook revelam que a empresa debateu vender dados de usuários**. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2018/12/05/tecnologia/1544024984_899392.html. Acesso em: 2 nov. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Competition Policy for the Digital Era**. Bruxelas, 2019. Disponível em: <https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537>. Acesso em: 20 nov. 2022.

COMPETITION issues in digital ecosystems. **OECD**. Disponível em: <https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm>. Acesso em: 23 out. 2022.

CONGLOMERADOS formados por big techs preocupam, diz novo presidente do Cade. **CNN**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/business/conglomerados-de-gigantes-da-tecnologia-preocupam-diz-presidente-do-cade>. Acesso em: 21 out. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65. Representantes: Total Pass Participações Ltda. e Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. Representado: GPBR Participações Ltda. Superintendência-Geral. **Nota Técnica nº 14/2021/GAB-SG/SG/CADE**. Documento SEI nº 0998652. Brasília, 17 de dezembro de 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65**. Representantes: Total Pass Participações Ltda. e Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. Representado: GPBR Participações Ltda. Julgamento em: 2020.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Mercados de plataformas digitais**. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Departamento de Estudos Econômicos. **Nota Técnica nº 34/2018/DEE/CADE**. Documento SEI nº 0546890. Brasília, 19 de novembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Tribunal. **Voto-vogal Conselheiro Paulo Burnier**. Documento SEI nº 0632417, parágrafo 34. Brasília, 01 de julho de 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Superintendência-Geral. **Anexo à Nota Técnica nº 51/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE**. Documento SEI nº 0549836. Brasília, 19 de novembro de 2018.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94**. Representantes: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Representados: Google Brasil Internet Ltda. e E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Relator: Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, 2019.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88**. Recorrente: Total Pass Participações Ltda. Interessados: GPBR Participações Ltda. e Ynegócios Soluções Tecnológicas Ltda. Relator: Conselheiro Luiz Augusto Azevedo de Almeida Hoffmann, 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19. Interessado: GPBR Participações Ltda. 2021. Superintendência-Geral. **Nota Técnica nº 39/2022/CGAA1/SGA1/SG/CADE**. Documento SEI nº 1119572. Brasília, 16 de setembro de 2022.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Requerimento de TCC nº 08700.006611/2021-19**. Interessado: GPBR Participações Ltda. 2021.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Superintendência Geral. **Nota Técnica nº 51/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE**. Brasília, 19 de novembro de 2018.

DIGITAL Ecosystems – a new economic paradigm? **OECD**. Disponível em: <https://oecdonthellevel.com/2021/01/09/digital-ecosystems-a-new-economic-paradigm/>. Acesso em: 18 nov. 2022.

EVANS, David. The Economics of Attention Markets. **SSRN Electronic Journal**, p. 1-41, out. 2017.

EVANS, David. Why the dynamics of competition for online platforms leads to sleepless nights but not sleepy monopolies. **SSRN**, jul. 2017.

EVANS, David; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. **National Bureau of Economic Research**, 2013.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Leis de regulação concorrencial de plataformas digitais: cardápio de opções**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-nov-12/victor-oliveira-fernandes-leis-regulacao-concorrencial-plataformas>. Acesso em: 22 out. 2022.

FERRAZ, Fernando Cardoso. **Condutas Verticais e Concorrência: um Estudo das Decisões do CADE quanto a Acordos de Exclusividade em Shopping Centers**. 2010. 73 f. Monografia (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2010.

FLETCHER, Amelia. **Digital competition policy: Are ecosystems different?** DisponHearing on Competition Economics of Digital Ecosystems. **OECD**. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)96/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)96/en/pdf). Acesso em: 26 nov. 2022.

FONSECA JÚNIOR, Marco Antonio. **A política antitruste brasileira e sua capacidade de enfrentamento dos mercados digitais: uma proposta de regulação concorrencial das plataformas digitais**. 2022. 297 f., il. Dissertação (Mestrado em Direito) — Universidade de Brasília, Brasília, 2022.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRANCK, Jens-Uwe; PEITZ, Martin. Digital Platforms and the New 19a Tool in the German Competition Act. **Journal of European Competition Law e Practice**, v. 12, n. 7, set. 2021.

FRAZÃO, Ana. **Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas**. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRIEBELER, Patricia. O caso Google Shopping: a defesa da concorrência na economia digital. 2021. 78 f. Monografia (Graduação em Direito) - Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2021.

HISTÓRIA da World Wide Web. **Wikipédia**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Hist%C3%B3ria_da_World_Wide_Web. Acesso em: 2 nov. 2022.

HOPNER, Thomas. Digital Upgrade of German Antitrust Law – Blueprint for Regulating Systemic Platforms in Europe and Beyond? **Hausfeld Competition Bulletin**, v. 1, 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL. **Guia condutas unilaterais**. Disponível em: https://ibrac.org.br/UPLOADS/Eventos/497/IBRAC_-_Guia_de_Condutas_Unilaterais.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

IODICE, Giulianna. **P.F Chang's**: a rede criada por um artista. Disponível em: <https://forbes.com.br/forbes-tech/2021/03/um-ano-de-pandemia-como-a-tecnologia-impactou-a-vida-de-seis-executivos-da-industria-de-inovacao/p>. Acesso em: 30 out. 2022.

KERBER, Wolfgang. Taming tech giants with a per-se rules approach? The Digital Markets Act from the "rules vs. standard" perspective. **Standard Perspective**, jun. 2021.

KERBER, Wolfgang. Updating Competition Policy for the Digital Economy? An Analysis of Recent Reports in Germany, UK, EU, and Australia. **SSRN**, set. 2019.

KHARMANDAYAN, Luiza; MORAIS, João Carlos Nicolini de. Cláusulas de exclusividade como conduta anticompetitiva: metodologia de análise sob a ótica da defesa da concorrência no Brasil. **Revista do IBRAC**, v. 24, n. 2, 2018.

KIRA, Beatriz. A defesa da concorrência na era digital: desafios práticos e teóricos em facedas plataformas de internet. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*. RT Online. vol. 2. 2019.

KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo. Ajustando as lentes: novas teorias do dano para plataformas digitais. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 9, n. 1, p. 83-103, 2021.

KOETSIER, John. **Top 10 Apps By Downloads And Revenue Q2 2021**: Report. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/johnkoetsier/2021/07/15/top-10-apps-by-downloads-and-revenue-q2-2021->

LANCIERI, Filippo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Departamento de Estudos Econômicos. Documento de Trabalho nº 005/2020. Brasília, agosto de 2020. 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: 19 nov. 2022.

LANCIERI, Filippo; SAKOWSKI, Patricia. Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports. **Stan. J. L. Bus. E Fim.**, v. 65, 2021.

MARTINS, Ciro Silva; SANTOS, Laura Soares Miranda dos. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 164-176, 2020.

MCSWEENEY, Terrell; O’DEA, Brian. **Data, innovation, and potential competition in digital markets – looking beyond short-term prices effects in merger analysis**. CPI Antitrust Chronicle. Fevereiro, 2018. p. 2. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1321373/cpi-mcsweeny-odea.pdf. Acesso em: 22 out. 2022.

NOVAZZI, João Pedro. **CADE institui unidade específica para investigar condutas unilaterais**. Disponível em: <https://gcalaw.com.br/cade-institui-unidade-especifica-para-investigar-condutas-unilaterais/>. Acesso em: 22 out. 2022.

NUYS, Marcel; ECKENROTH, Anne; FECHNER, Jessica. “Germany: how the FCO is taking on the world”. **Global Competition Review**, jun. 2022.

NYU STERN. **“How the Platform Ecosystem Works”**. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=J0kdOlqF6E>. Acesso em: 21 nov. 2022.

O que é um Ecossistema e um Bioma. **Dicionário Ambiental**. Disponível em: <http://www.oeco.org.br/dicionario-ambiental/28516-o-que-e-um-ecossistema-e-um-bioma/>. Acesso em: 23 out. 2022.

OECD COMPETITION LAW AND POLICY. **Andreas Mundt on the German Competition Act and the amendment against abuse of digital companies**. 19 nov. 2021. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=cTvR8T2L6Ic>. Acesso em: 17 nov. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation**. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>. Acesso em: 16 nov. 2022.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Ecosystem Competition – Note by Daniel A. Crane**. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2020\)67/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2020)67/en/pdf). Acesso em: 20 nov. 2022.

PEAKE, Eleanor. **Pis for Prince Philip: The loss of the Queen’s “strength and stay” in a turbulent year for the royals**. Disponível em: <https://www.newstatesman.com/science->

tech/2021/02/what-term-big-tech-tells-us-about-future-silicon-valley-titans/p. Acesso em: 2 nov. 2022.

PEREIRA NETO, Caio Mário da Silva et al. **Defesa da concorrência em plataformas digitais**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30031/Defesa%20da%20Concorre%CC%82ncia%20em%20Plataformas%20Digitais.pdf?sequence=1>. Acesso em: 19 nov. 2022.

PODSZUN, Rupprecht; BONGARTZ, Philipp; LANGENSTEIN, Sarah. Proposals on how to improve the Digital Markets Act. **SSRN**, fev. 2021.

RESENDE, Guilherme Mendes. **Ecosistemas digitais e o antitruste**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/defesa-concorrencia-ecossistemas-digitais-antitruste>. Acesso em: 15 out. 2022.

ROCHA, Daniel Favoretto. Concorrência em Mercados Digitais e Desafios ao Controle de Atos de Concentração. **RDC**, v. 7, n. 2, p. 106, nov. 2019.

RYSMAN, Marc. The Economics of Two-Sided Markets. **Journal of Economic Perspectives**, v. 23, n. 3, 2009.

SAITO, Leandro. **Antitruste e novos negócios na internet**. 2016. 237 f. Dissertação (Mestre em Direito) – Universidade de São Paulo, 2016.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SCHREPEL, Thibault. Predatory innovation: the definite need for legal recognition. **Science and Technology Law Review**, [S. l.], v. 21, n. 1, 2018.

SCHWEITZER, Heike. The art to make gatekeeper positions contestable and the challenge to know what is fair: A discussion of the Digital Market Act Proposal. **ZEuP**, p. 503-544, n. 3, 2021.

SILVEIRA, Paulo Burnier da; FERNANDES, Victor Oliveira. Google Shopping in Brazil: Highlights of CADE's Decision and Takeaways for Digital Economy Issues. **Concurrences e-Bulletin**, 2019.

THE world's most valuable source is no longer oil but data: the data economy demands a new approach to antitrust rules". **The Economist**. Disponível em: <https://www.economist.com/leaders/2017/05/06/the-worlds-most-valuable-resource-is-no-longer-oil-but-data>. Acesso em: 25 set. 2022.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão Europeia. Digital Markets Act. Regulamento (UE) n. 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de setembro de 2022 relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital e que altera as Diretivas (UE) 2019/1937 e (UE) 2020/1828 (Regulamento dos Mercados Digitais). **Digital Markets Act**. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32022R1925&from=PT>. Acesso em: 21 nov. 2022.

VAREJO híbrido se consolida no mercado brasileiro. **Decision**. Disponível em: <https://www.decisionreport.com.br/varejo/varejo-hibrido-se-consolida-no-mercado-brasileiro/#.Y363qHbMLIU>. Acesso em: 10 nov. 2022.

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 2. 2012.