



INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO

**ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCADO DE PLATAFORMA
DIGITAL**

Diálogo sobre a problemática de fusões e aquisições em ecossistemas digitais

Nilson José Franco Júnior

Orientador: Prof. Dr. Celso de Barros Correia Neto

Brasília - DF

2023

NILSON JOSÉ FRANCO JÚNIOR

**ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCADO DE PLATAFORMA
DIGITAL**

Diálogo sobre a problemática de fusões e aquisições em ecossistemas digitais

Tese apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito, como parte do requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Celso de Barros Correia Neto

Brasília - DF

2023

FRANCO JR., Nilson José

Atos de concentração econômica no mercado de plataforma digital: diálogo sobre a problemática de fusões e aquisições em ecossistemas digitais. / Nilson José Franco Júnior. Brasília: IDP, 2023.

140 p.

Trabalho de Conclusão de Tese – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, Doutor em Direito Constitucional, Brasília, 2023. Orientador: Prof. Dr. Celso de Barros Cor.

1. Atos de Concentração. 2. Mercados Digitais. 3. Ecossistemas. 4. CADE. I. Atos de concentração econômica no mercado de plataforma digital: diálogo sobre a problemática de fusões e aquisições em ecossistemas digitais

CDD: XXX

Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca Ministro Moreira Alves Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

NILSON JOSÉ FRANCO JÚNIOR

**ATOS DE CONCENTRAÇÃO ECONÔMICA NO MERCADO DE PLATAFORMA
DIGITAL**

Diálogo sobre a problemática de fusões e aquisições em ecossistemas digitais

Tese apresentada ao programa de pós-graduação stricto sensu em Direito, como parte do requisito para a obtenção do título de Doutor em Direito Constitucional do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP.

Orientador: Prof. Dr. Celso de Barros Cor

Brasília, 30 de junho de 2023.

Banca Examinadora

Prof. Dr. Celso de Barros Correia Neto
Orientador

Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Interno

Prof. Dr. Guilherme Pereira Pinheiro
Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa
Membro Externo

Prof.^a Dr.^a Hadassah Laís de Sousa Santana
Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas (EPPG/FGV)
Membro Externo

RESUMO

Os mercados digitais representam uma parcela considerável do Produto Interno Bruto (PIB) mundial. Em decorrência do crescente número de fusões e aquisições realizadas pelas plataformas digitais, cresce a preocupação com a concentração e poder de mercado destas empresas. Diante disso, o presente trabalho tem como tema central analisar os atos de concentrações (fusões e aquisições) realizadas por plataformas digitais – que organizam-se como ecossistemas compostos com muitos usuários e prestação de serviços complementares – e seus efeitos concorrenciais. Tal como, busca-se avaliar a capacidade dos atuais instrumentos normativos antitruste e se as metodologias adotadas pelo órgão antitruste conseguiriam controlar os atos de concentração que representem danos a concorrência. Por intermédio da revisão bibliográfica, da pesquisa na legislação estrangeira e da análise comparada com os normativos nacionais que balizam a atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), conclui-se que a legislação brasileira, no atual estágio, não é capaz de impedir que as grandes plataformas de ecossistemas digitais aumentem seu expressivo poder econômico. Isto porque, a maioria das aquisições não passam pelo critério de dupla trava para notificação obrigatória ao órgão antitruste nacional, fugindo, portanto, de sua análise. Sendo assim, compreende-se como necessário uma atualização da legislação concorrencial, semelhante ao Digital Market Act (DMA) da União Europeia, mas adequado a realidade brasileira, para que se impeça a progressiva expansão de poder de mercado das plataformas digitais e a redução da inovação.

Palavras-chave: Atos de concentração. Mercados digitais. Ecossistemas. CADE.

ABSTRACT

The main purpose of this paper is to analyse mergers and acquisitions carried out by digital platform, which operate as ecosystems with a large number of users and complementary service, and their competitive effects. Digital markets represent a considerable portion of the world GDP, and as a result of the increasing number of mergers and acquisitions carried out by digital platforms, there is growing concern about the concentration and market power of these companies. Thus, we seek to analyze and evaluate the ability of the current antitrust regulatory instruments, and whether the methodologies adopted by the antitrust agency, would be able to control the concentration acts that represent damage to competition. Through a literature review, research on foreign legislation and comparative analysis with the national regulations that guide CADE's actions, this research concludes that the Brazilian legislation, at its current stage, is not able to prevent that large digital ecosystem platforms increase their significant economic power, since most acquisitions do not go through the double-lock criterion for mandatory notification to the national antitrust agency, thus escaping from its analysis. Therefore, it is understood as necessary to update the competition legislation, similar to the European Union's Digital Market Act, but adapted to the Brazilian reality, in order to prevent the progressive expansion of digital platforms' market power and the reduction of innovation.

Keywords: Mergers. Digital markets. Ecosystems. CADE.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1 - Ecosistema do Facebook	44
Figura 2 – Ecosistemas das plataformas	57
Figura 3 – Casos analisados	69
Figura 4 - Ecosistema da Magalu	96
Figura 5 - Ecosistemas simplificados.	105
Figura 6 – Relação entre o número de aquisições e o número de utilizadores do Facebook...	109

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 - Uso mundial da internet e estatísticas da população	32
Tabela 2 - Aquisições da Magalu desde 2011	94
Tabela 3 - Limites de notificação para fusões e aquisições em países da América Latina ...	100

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANATEL	Agência Nacional de Telecomunicações
ARC	German Competition Digitalisation Act
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
DEE	Departamento de Estudos Econômicos
DMA	Digital Market Act
DSA	Digital Service Act
EPDs	Ecosistemas de Plataformas Digitais
HHI	Herfindhal-Hirschman Index
IA	Inteligência Artificial
IPO	Initial Public Offering
OED	Operador de Ecosistemas Digitais
OCDE	Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PIB	Produto Interno Bruto
PMEs	Pequenas e Médias Empresas
PMs	Plataformas Multifacetadas
SG	Superintendência-Geral
TICs	Tecnologias de Informação e Comunicação
UE	União Europeia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	25
CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS DA ECONOMIA 4.0 E ATOS DE CONCENTRAÇÃO	30
1.1 Considerações Iniciais.....	30
1.2 Revolução 4.0 e Economia Digital	32
1.3 Ecossistemas de Plataforma Digitais	35
1.4 As Big Techs: aquisições e efeitos no mercado	41
1.5 Economia digital e seus efeitos concorrenciais	49
1.6 A Teoria do dano na análise de fusões e aquisições no mercado digital	55
CAPÍTULO 2 - O DIREITO CONCORRENCIAL NA ECONOMIA DIGITAL	61
2.1 Considerações Introdutórias	61
2.2 A atuação do CADE no tocante à prevenção e à repressão a infrações contraordem econômica	63
2.3 O Controle de atos de concentração	65
2.4 Atos de Concentração em mercados digitais	72
2.5 Explorando o caso do Facebook: um problema comum dos atos de concentração das <i>Big Techs</i>	78
2.6 Dos desafios regulatórios da economia digital.....	80
CAPÍTULO 3 - O CADE E OS ECOSSISTEMAS DE PLATAFORMAS DIGITAIS	86
3.1 Considerações Introdutórias	86
3.2 Problemática do sistema concorrencial existente no Brasil em face da atuação das plataformas digitais.	89
3.3 Critérios de Notificação na experiência internacional.....	98
CAPÍTULO 4 - UMA PROPOSTA PARA REGULAÇÃO ECONÔMICA DOS ECOSSISTEMAS DE PLATAFORMAS DIGITAIS (EPDs)	104
4.1 Considerações Iniciais.....	104
4.2 Comissão Europeia: Digital Markets Act (DMA)	109
4.3 Projetos de Lei Antimonopólio nos Estados Unidos	115
4.4 Uma proposta brasileira para a regulação das plataformas digitais no âmbito dos atos de concentração.....	122
4.4.1 Projeto de Lei n. 2.768/2022 – Proposta de Regulação das Plataformas Digitais	125
4.4.2 Proposta de alteração legislativa nos atos de concentração de ecossistemas digitais	129

CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
REFERÊNCIAS.....	146

INTRODUÇÃO

O parâmetro evolutivo da internet, nos últimos anos, principalmente em razão da pandemia da COVID-19, impactara significativamente os instrumentos, organização e o desenvolvimento da economia mundial. A possibilidade de ter tudo ao nosso alcance passou a ser uma realidade de fácil acesso. A quarta revolução industrial, também conhecida como economia digital, termo popularizado por Tapscott em 1995, representa, segundo dados do Banco Mundial (2019), 15,5% do Produto Interno Bruto (PIB) mundial, com a expectativa de que esse número chegue a 25% nos próximos anos.

O impulso das redes digitais foram parâmetros definitivos para ascensão da Economia Digital, que é definido como uma economia na qual as tecnologias digitais são utilizadas para instrumentalizar e ampliação das atividades econômicas.

De acordo com Mesenbourg (2001), tem três componentes principais: infraestrutura de negócios (por exemplo, hardware, software, tecnologia), e-business (processos de negócios desenvolvidos online ou por meio de plataformas digitais) e e-commerce (a compra ou venda de bens usando a internet).

Anteriormente, a atuação das empresas centrava-se na produção e comercialização por vias diretas, ao qual exercia-se por meio de contato direto com o cliente, também denominada de plataformas físicas. Com a mudança de paradigma estabelecido pelos desenvolvimentos tecnológicos, instaurou-se uma virtualização dos mercados e o desenvolvimento do convencionou-se chamar de plataformas digitais, aos quais se denotavam capazes de promover abrangentemente um mercado de múltiplos lados de forma simultânea (HAGIU; WRIGHT, 2015). Tal fato permitiu a utilização de estratégias concebidas a partir da mineração de dados de usuários, que possibilitaram a realização de análise de tendências de consumo e se beneficiava de efeitos de rede direto e indiretos por estas criadas (HYLTON, 2019).

A preponderância e ascensão dos mercados de plataformas digitais e a característica de dominância destas, denominadas de *Big Techs*, tem instigado uma investigação acadêmica global e manifestação das autoridades antitrustes no sentido de estruturar um sistema de regulação capaz de assegurar que os níveis de concorrências e competição neste novo mercado não seja reduzido. Isto porque, estas empresas possuem

estratégias de crescimento que tendem a ampliar uma concentração no mercado, quer seja através de fusões e aquisições.

Nos últimos cinco anos, as chamadas *Big Tech* – grandes empresas de tecnologias como Amazon, Apple, Facebook, Google e Microsoft – adquiriram diversas empresas que se apresentavam como concorrentes potenciais ou nascentes, principalmente *startups*, em um movimento que claramente podem ser caracterizados como *Killers Acquisitions* (MOTTA; PEITZ, 2021).

Nesse sentido, o papel das autoridades concorrenciais se apresenta em um contexto cada vez mais desafiador, em razão das evidentes dificuldades de manter a competitividade em mercados de plataforma digital. Dado que, em decorrência do excessivo número de fusões e aquisições neste mercado – que por vezes não são nem notificados aos órgãos antitrustes por não atingirem os critérios de faturamento –, a concentração tende a se acentuar e conseqüentemente expande o poder de mercado destas empresas (OCDE, 2020).

Com efeito, a legislação antitruste tenta evitar que se pratiquem fusões que aumentem excessivamente o poder de mercado de uma empresa, e ainda impedir práticas anticoncorrenciais para evitar a exclusão dos seus concorrentes de menor dimensão e/ou prejudicar o consumidor. A título de exemplo, cita-se: preços excessivamente elevados, menor qualidade de serviço e barreiras à entrada de novos concorrentes.

Todavia, dadas as características dos mercados digitais, essa tarefa torna-se mais difícil e impossível, dado que por vezes essas legislações foram feitas imaginando-se condutas atinentes a mercados tradicionais, regras que não se aplicam a esse novo mercado digital. Uma das principais características desses novos mercados é que estes se apresentam como multilaterais; uma vez que dois ou mais grupos diferentes de agentes obtêm valor ao se conectar ou coordenar por meio de uma plataforma. Da mesma forma, observa-se, frequentemente, que à medida que o número de usuários aumenta, a plataforma digital se torna mais atrativa e valiosa para outros usuários. Este último é chamado de externalidades de efeito de rede.

Outrossim, o efeito de rede se expande à medida que a Plataforma realiza aquisição de fornecedores que possuem produtos complementares aos seus, ampliando, com isso, os serviços disponibilizados aos usuários e aumentando os custos de saídas destes, o que dificulta a entrada de concorrentes nascentes ao mercado.

Dessa forma, as aquisições podem impedir o desenvolvimento da concorrência de duas maneiras. Diretamente, quando o incumbente do mercado adquire um concorrente atual ou futuro poder. Ou, indiretamente, quando o incumbente adquire uma empresa fornecedora de produto ou serviço complementar, privando assim seus concorrentes diretos - reais ou potenciais - para melhorar seus produtos para desafiar o incumbente.

O fortalecimento das plataformas e suas atuações como empresas dominantes faz ascender a discussão sobre a necessidade de uma nova regulamentação específica para os mercados em que essas empresas atuem. A discussão sobre a necessidade de uma nova regulamentação específica para os mercados de plataformas digitais incide sobre a capacidade da atual legislação concorrencial para confrontar as práticas anticoncorrenciais nos mercados de plataformas. Inclusive, desde 2016, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) tem colocado os mercados digitais como tema de discussão de longo prazo e, especificamente, o controle de atos de concentração como um ponto primordial de análise e estudo para as autoridades concorrenciais.

No Brasil, tal discussão também não tem sido estranha, e seja por discussões acadêmicas que ensejam trabalhos de conclusão de curso, artigos científicos, dissertações e teses, ou ainda, através de relatórios elaborados pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os mercados de plataformas digitais tem sido um campo profícuo de estudo, sendo basicamente uníssono a compreensão de que é necessária uma limitação as práticas e condutas anticompetitivas para preservar o mercado. A divergência apresentada seria apenas sobre metodologicamente, como: qual seria a melhor alternativa?; se há uma premente necessidade de revisão da legislação antitruste nacional?; ou se bastaria uma atualização procedimental a ser adotada pelo órgão antitruste nacional?.

Com isso, tendo em vista a consolidada posição de importância dos mercados digitais na economia atual, e principalmente a emergente preocupação quanto à concentração e poder de mercado das plataformas digitais, este trabalho de investigação tem como objetivo analisar os problemas e efeitos de fusões nos mercados digitais, especificamente quanto as plataformas digitais, e para não remanescer apenas na apresentação do problema, se predispõe à amparado na experiência internacional apresentar uma proposta de regulação econômica para legislação antitruste nacional com

a mudança de pilares basilares para notificação obrigatória de atos concentração ao CADE.

Para tal, a hipótese considerada é de que o atual controle de atos de concentração no mercado de plataformas digitais no Brasil se mostra deficiente e incapaz de compreender a organização e efeitos de um ecossistema de plataforma digitais. Essa fragilidade legislativa e metodológica proporciona a ampliação do poder dos agentes que seguem realizando concentrações sem passar pelo crivo da autoridade antitruste e, conseqüentemente, causam prejuízos ao mercado, aos consumidores e a inovação como um todo.

O objetivo central da tese transcreve-se em investigar os problemas concorrenciais existentes no mercado das plataformas digitais, apresentando as características do ecossistema digital e como a legislação concorrencial está enfrentando os atos de concentração ocorridos nesse mercado e, então, propor solução legislativa para mitigar o poder de mercado das *Big Techs*, não apenas paliativamente.

A abordagem metodológica utilizada neste trabalho tem como referência a hipótese-dedutiva (MARCONI; LAKATOS, 2010), na qual, a partir da percepção de lacunas no conhecimento, formulam-se hipóteses para responder o problema colocado. Em outras palavras, como uma ausência de legislação e de metodologia clara para análise de atos de concentração perpetrados por plataformas digitais podem ser a matriz dos problemas concorrências; e como, a partir de uma revisão legislativa, poder-se-ia chegar a uma solução. Em termos de técnica metodológica, esta baseou-se em revisão bibliográfica de artigos, teses e relatórios de autoridades concorrências, bem como análise de legislação estrangeira sobre a matéria concorrencial antitruste.

Estruturou-se o trabalho em 4 capítulos, ao qual podem ser divididos em duas seções.

Na primeira seção, compreendida pelos Capítulos 1 e 2, foca-se em conceituar o que seria uma plataforma digital, bem como quais os principais parâmetros para caracterização de um ecossistema de plataforma digital, na qual utiliza-se inclusive o exemplo do Facebook, apresenta-se os principais problemas concorrenciais existentes no mercado digital, posteriormente realiza-se uma análise doutrinária e legislativa dos atos de concentração, da teoria do dano e a problemática de aplicar conceitos de mercado

tradicionais para compreender as fusões e aquisições no âmbito destas novas searas econômicas.

Já na segunda seção, compreendida pelos Capítulos 3 e 4, focar-se-á na atuação do CADE e como este tem enfrentado casos de atos de concentração de plataformas digitais, bem como avaliando as razões postas para que muitos dos casos fusão e aquisição em seara digital escapem do critério de notificação previsto na legislação antitruste. Posteriormente, se avança analisando como a União Europeia tem avançado na regulação das plataformas digitais, especificamente detalha-se o Digital Market Act (DMA), como forma de reduzir o poder de mercado e reduzir a realização de atos de concentração caracterizados como *killer acquisitions*, pesquisa-se ainda sobre as proposições legislativas realizadas no Congresso Norte-Americano que buscam reformar a legislação antitruste daquele país. Ao final, conclui-se a segunda seção e o 4º Capítulo desta tese, com a proposta, inspirada na experiência internacional, que compreende-se com uma possível opção para regulação dos atos de concentração das plataformas digitais, que seja através de uma alteração legislativa substancial, com isso concluindo-se a presente tese.

CAPÍTULO 1 - CONSIDERAÇÕES TEÓRICAS DA ECONOMIA 4.0 E ATOS DE CONCENTRAÇÃO

1.1 Considerações Iniciais

A Indústria 4.0 e a expansão da Economia Digital, acelerada de forma significativa nos últimos 2 anos em razão do processo de digitalização estimulado sensivelmente pela pandemia do *sars-cov-2*, possuem um efeito disruptor em face dos clássicos modelos empresariais, influenciando diretamente na forma como as empresas atuam e criam valor para os clientes, inclusive causando efeitos diretos no ambiente concorrencial.

Os mercados de tecnologia disruptiva e multiplataforma por vezes são caracterizados por só haver espaço para uma empresa –*winner takes it all*. Com isso, as novas formas de competir se consolidam em guerras de algoritmos voltados à concentração de dados (*big data*).

No presente trabalho, busca-se analisar a relevância dos processos regulatórios econômicos, incluindo esforços para manter ambiente competitivo saudável para essa nova era da economia e modelo de negócios digitais. Em razão disso, busca-se, nesse 1º Capítulo, desenvolver conceitos relevantes para a construção da presente tese. Tais conceitos são essenciais para o estudo de como o direito concorrencial deve se portar diante desse modelo econômico digital.

No caso brasileiro a Lei Concorrencial, vigente desde 2012, torna obrigatória a sujeição de análise prévia de atos de concentração ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ao qual possui como critério primordial adotado para enfrentamento o faturamento das empresas.

No entanto, a ascensão e expansão da tecnologia e estabelecimento de um mercado digital trouxe discussões sobre os critérios adotados pela Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, quanto a obrigatoriedade de notificação dos atos de concentração. Dado que, as *Big Techs*, ainda que possuam um grande impacto no mercado que seja por meio de um número expressivo de usuários ou com um ecossistema de plataforma vivo, definem um mercado relevante em que encontra-se monopolizado por suas próprias

regras. Logo, essas não preenchem os requisitos para submissão obrigatória a autoridade antitruste¹.

Dessa forma, tem-se uma questão em discussão que não é própria da especificidade brasileira, mas que também tem sido um obstáculo do direito concorrencial enfrentado internacionalmente. Os mercados digitais se caracterizam por possuírem uma dinâmica e natureza técnicas próprias, às quais não se adequam a conformidade de análise das empresas de economia “tradicionais”. Com isso, os critérios de faturamento e de definição de mercado relevantes não são eficientes no âmbito da economia digital, posto que enfrentamos uma situação de um mercado de poucos, com uma atuação concentrada e de baixo faturamento (ao menos no início das operações). Ademais, a participação de mercado dessas *Techs* é de difícil aferição, e sua representatividade deveria ser analisada a partir dos efeitos e abrangência de número de usuários e controle de seu próprio ecossistema em um ramo específico.

No final das contas, a sujeição de atos de concentração à análise de uma autoridade estatal, possui como principal finalidade impedir o abuso de uma posição dominante, que consubstancia-se em uma conduta unilateral que tende a eliminar a concorrência no mercado “relevante” em que a empresa atua². Todavia, como já retratado no parágrafo anterior, a Economia Digital tende a ser um espaço controlado por poucos *players*, aos quais definem seu próprio ecossistema de plataformas caracterizados por *zero-rating*, mas que dentro destes conseguem reunir um grande número de usuários atuando em vários segmentos de mercado diferentes, ao tempo que criam barreiras de entrada para novos atores, aos quais por fim terminam sendo adquiridos no que tem sido denominado *kill acquisitions*. Essa forma de atuar prejudica a inovação e deixa cada vez mais os usuários presos em uma única plataforma, o que prejudica o desenvolvimento da concorrência e coloca estas empresas em uma posição de abuso.

Neste capítulo pretende-se analisar os conceitos de Economia Digital, ao tempo que buscaremos compreender o desenvolvimento e características de uma Economia de Plataformas, conectada com a definição de *Big Techs*, passando em seguida a analisar os efeitos desse novo modelo de negócio nos mercados digitais e processos de concentração,

¹ Ou seja, uma das empresas envolvida na operação possua faturamento mínimo bruto anual de R\$ 750.000.000,00, e que a outra tenha faturamento mínimo bruto anual de R\$ 75.000.000,00. (CADE, 2012).

² The abuse of dominant market position is an area of application of competition law where economic analysis plays a central role (GALINDO, 2007, p. 6).

principalmente, analisando, no caso específico, a aquisição do Instagram e Whatsapp pelo Facebook, bem como as autoridades antitruste enfrentaram essas questões.

1.2 Revolução 4.0 e Economia Digital

A partir da virada do século XX para o XXI, a Revolução 4.0 está diretamente associada à profusão dos meios digitais, portanto com a viabilidade das redes móveis e da internet global, a proliferação de sensores cada vez mais precisos na captura de quantidades crescentes de dados pessoais, armazenamento e processamento, aprimoramento do *machine learning* e inteligência artificial (MIRANDA, 2020).

Tabela 1 - Uso mundial da internet e estatísticas da população

USO MUNDIAL DA INTERNET E ESTATÍSTICAS DA POPULAÇÃO						
Estimativas do ano de 2022						
Regiões do mundo	População	População	Usuários de internet	Distribuição	Crescimento	Internet
	(2022 Est.)	% do mundo	30 de junho de 2022	Taxa (% Pop.)	2000-2022	Mundo %
África	1,394,588,547	17.6 %	652,865,628	46.8 %	14,36%	11.9 %
Ásia	4,352,169,960	54.9 %	2,934,186,678	67.4 %	2,47%	53.6 %
Europa	837,472,045	10.6 %	750,045,495	89.6 %	614%	13.7 %
América Latina/Caribe.	664,099,841	8.4 %	543,396,621	81.8 %	2,91%	9.9 %
América do Norte	374,226,482	4.7 %	349,572,583	93.4 %	223%	6.4 %
Oriente Médio	268,302,801	3.4 %	211,796,760	78.9 %	6,38%	3.9 %
Oceania/Austrália	43,602,955	0.5 %	31,191,971	71.5 %	309%	0.6 %
TOTAL MUNDIAL	7,934,462,631	100.0 %	5,473,055,736	69.0 %	1,42%	100.0 %

Fonte: Internet World Stats (2022).

As múltiplas inovações tecnológicas e maior acesso a dispositivos digitais levaram à chamada revolução industrial dos dados, caracterizada pela proliferação massiva do volume e variedade de dados digitais em tempo real. As tecnologias digitais, cada vez mais presentes na vida das pessoas, tem possibilitado um estudo inédito do comportamento humano e incorporando as redes na forma como as pessoas se relacionam pessoalmente e profissionalmente.

Dadas certas características, a revolução atual é chamada de 4ª Revolução Industrial ou Revolução 4.0. É tudo sobre velocidade, amplitude e profundidade, e o impacto sistêmico para o qual isso contribui. Para Klaus Schwab (2016, p. 15), a velocidade é o resultado de um mundo multicultural e altamente conectado, cuja taxa de evolução exponencial e não linear produz constantemente novas e melhores tecnologias. O alcance e a profundidade da revolução digital, por outro lado, está a alterar não apenas as condições econômicas e sociais, mas também Estados, Indústrias e Sociedade.

Este incontável número de tecnologias de fácil acesso anuncia uma nova era, a da Economia Digital, uma transformação dos negócios que permite às empresas observarem os mercados holisticamente e através destas alterações preverem movimentos dos consumidores e até mesmo de seus concorrentes. Trata-se de uma alteração de paradigmas na qual as informações dos próprios indivíduos, por vezes consideradas privadas, acabam sendo, sem conhecimento destes publicizados ou ainda utilizadas internamente como instrumentos na definição de campos de atuação.

Em suma, podemos compreender a economia digital como uma economia baseada em tecnologias digitais (BUKHT *et al.*, 2017, p. 25). A economia digital é um motor chave da inovação que depende fortemente das tecnologias de informação e dados. A economia digital refere-se à digitalização da economia e fornecimento de tecnologias digitais a vários setores da economia (MUKHTOROVNA, 2021, p. 34). Além disso, a economia digital visa aumentar a atividade econômica por meio do desenvolvimento da informação digital e do uso de tecnologias de informação e comunicação.

A economia digital é uma atividade econômica em crescimento que fornece bens e serviços por meio de comunicação eletrônica e tecnologias digitais. A internet, automação digital, mídias sociais, comunicação eletrônica como e-mail e pagamentos digitais como cartões de crédito, Apple Pay, Google Pay, bitcoin e transferências bancárias são considerados componentes importantes da economia digital (ULAS, 2019, p. 5; WEWEGE *et al.*, 2020, p. 11).

Além disso, a inteligência artificial (IA), o uso generalizado de dados eletrônicos e tecnologias automatizadas estão se tornando cada vez mais importantes na economia digital (STURGEON, 2021, p. 24). Airbnb, Amazon, eBay, Facebook, Microsoft, Netflix e sites de comércio eletrônico são exemplos de tendências crescentes na economia digital.

O desenvolvimento da economia digital tem um grande impacto nos sistemas e na criação de valor econômico. Portanto, é importante entender as principais características da economia digital. Vários conceitos e características da economia digital têm sido discutidos. De acordo com Borremans *et al.* (2018), a economia digital consiste em três componentes principais, incluindo infraestrutura, plataformas e transações de e-commerce (venda de bens e serviços). Outrossim, a personalização do cliente é uma característica fundamental da economia digital. A economia digital está mudando quase todos os aspectos das operações comerciais e do atendimento ao cliente. Os clientes desfrutam de produtos e experiências personalizadas de suas marcas favoritas quando e onde quiserem (BAZZOUN, 2019, p. 15). Dados digitais e rastreabilidade também são uma característica importante da economia digital. Objetos analógicos geram sinais digitais na economia digital que podem ser medidos, rastreados e analisados para auxiliar na tomada de decisões. Além disso, a conectividade é uma característica importante da economia digital. A comunicação wireless conecta fábricas, fornecedores, trabalhadores e partes interessadas, permitindo que as pessoas tomem decisões baseadas em dados, melhorando a segurança, eficiência e transparência em toda a organização e além (BAZZOUN, 2019, p. 16).

Em todos os setores, as tecnologias têm o potencial de impulsionar a eficiência, dar às empresas a oportunidade de aumentar a receita e a participação de mercado e permitir a inovação contínua. No entanto, ainda não está claro se tais mecanismos estão à disposição real de todas as empresas. Por exemplo, sinais de dinamismo empresarial, como a entrada de novas empresas e novos empreendedores, continuam a diminuir a longo prazo nos Estados Unidos e Canadá, tendo em vista a extrema competição e concorrência predatória nesses mercados, que já se encontram dominados pelas *Big Techs* (DAVIS *et al.*, 2014; CAO, 2015).

As plataformas da internet, incluindo os chamados *gatekeepers*, estão se tornando os principais guardiões tanto do conteúdo social, científico e político que fornecem quanto do local onde os fornecedores de bens e serviços se conectam com os consumidores (incluindo outros operadores econômicos). *Gatekeepers* se define como grandes empresas de tecnologia, seguindo o modelo de plataforma on-line, que desenvolvem e gerenciam plataformas e regras para parceiros de negócios e consumidores, e coletam dados, o componente mais valioso do mercado digital. Devido ao seu tamanho, eles têm uma enorme vantagem de mercado sobre seus concorrentes. A

baixa concorrência e as práticas desleais no setor digital são os problemas mais comuns e óbvios para alguns serviços digitais do que para outros. Isso se aplica especialmente a serviços digitais e plataformas digitais amplamente utilizados e onipresentes, principalmente como intermediário direto entre usuários comerciais e usuários finais (MUKHTOROVNA, 2021, p. 35).

Muitos países estão lutando para responder à questão de como abordar a nova realidade em que um punhado de grandes empresas domina novos mercados, seja aplicando suas leis existentes a empresas gigantes de tecnologia digital, seja criando novas regras para novos concorrentes no mercado digital. A primeira opção pode falhar, tendo em vista que as antigas regulamentações ainda em vigor são muitas vezes insuficientes, porque não levam em consideração as novas atividades e comportamentos dos atores econômicos no mercado digital, especialmente quando criam novos produtos on-line em expansão. A última escolha resulta em diferentes regras sendo aplicadas em diferentes países, enquanto as operações digitais não respeitam as fronteiras tradicionais (STURGEON, 2021, p. 26).

Segundo Śledziwska e Włoch (2020, p. 96), a verdadeira revolução da Economia Digital não está na implementação de sistemas de rede nas empresas e no e-commerce, mas em plataformas on-line baseadas no uso progressivo de sistemas on-line. Os modelos operacionais evoluíram com a internet, a proliferação de dispositivos móveis e o grande aumento das possibilidades de coleta e processamento de dados. No centro dessas plataformas está a mediação de interações entre diferentes tipos de usuários: parceiros de negócios, consumidores e compradores dos produtos oferecidos.

1.3 Ecossistemas de Plataforma Digitais

De acordo com estudo recente da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a intensidade da concorrência nos mercados digitais pode ser significativamente reduzida (OECD, 2019). As grandes empresas de plataformas têm consistentemente aumentado suas margens de lucro, com diminuição da entrada de novos players e aumento da concentração. Várias características desses mercados favorecem a concentração. Os negócios digitais, e especialmente as plataformas digitais, geralmente se beneficiam de retornos em larga escala, teia de usuários ou a vantagem de auto reforço dos dados (a partir da mineração dos dados de seus usuários)

para estabelecer uma posição dominante. Uma questão-chave é se os mercados digitais ainda são viáveis para novos participantes. Em outras palavras, a competição com as principais plataformas ainda é baseada no mérito? Caso contrário, a intervenção regulatória deve ser considerada.

O que é a economia de plataforma? Evans (2015) define economia de plataforma como um estudo dos fenômenos econômicos únicos de mercados bilaterais específicos na economia de mercado tradicional.

No entanto, a economia de plataforma estudada neste trabalho refere-se a uma série de tecnologias digitais impulsionadas pela internet, computação em nuvem, *big data* e internet das coisas, com inúmeras empresas de plataforma como líderes, projetando e implementando um conjunto completo de plataformas, consumidores e provedores de serviços, e influenciando empresas *upstream* e *downstream*, para reduzir os custos de transação de regras e serviços organizacionais e alcançar um novo tipo de integração econômica em que os recursos são altamente integrados frente as indústrias tradicionais.

Desde a década de 1990, as plataformas de massa que aplicam modelos de negócios digitais tem expandido significativamente. A título de exemplo, citam-se o Google, eBay, Alibaba, Amazon, Facebook, Tencent, JD.com. Essas empresas destacaram-se na internet, liderando o crescente desenvolvimento de vários setores e gradualmente formando o modelo de economia de plataforma, que afetou profundamente todos os aspectos da economia internacional e reformulou a estrutura de mercado e o comportamento competitivo de diferentes indústrias. Enquanto isso, traz modelos de negócios entre países e regiões mais dinâmicos e acelera a integração econômica global.

O surgimento das empresas de plataformas pode ser considerado como um dos eventos definidores da economia digital (BRYNJOLFSSON, 2020). Seu surgimento mudou a produção e a vida das pessoas, bem como o modo de pensar humano. As empresas mais bem-sucedidas hoje possuem características de plataforma (EVANS, 2015, p. 25). Uma plataforma trata-se de mecanismo interativo que permite a comunicação entre diversos participantes, tornando-se um sistema de b2c mais integrado, onde a maioria das grandes empresas de tecnologia são baseadas em plataforma.

No início do século 21, com o rápido desenvolvimento da tecnologia da informação e o refinamento da divisão social do trabalho, o modo de operação do mercado com compradores e vendedores como o corpo principal tornou-se cada vez mais maduro

e flexível. Existem duas razões principais para compreender a expansão das empresas de plataforma. Primeiro, as plataformas se baseiam em operações baixo custo e ágeis. Na economia compartilhada, a plataforma fornece uma nova estrutura para combinar de forma rápida e eficiente os baixos custos de busca e atuar como intermediário entre compradores e vendedores (JULIEN, 2016; STAHL, 2018). Em segundo lugar, a plataforma melhora a eficiência das transações, aumenta a frequência e a eficiência das transações, reduz os custos de pesquisa e proporciona baixos custos de replicação e verificação. Com replicação de custo zero, a plataforma permite que os provedores de aplicativos atendam a muitos clientes com rapidez e interoperabilidade (SIMCOE, 2016).

De forma técnica, uma plataforma digital consubstancia-se em um *software* de código extensível ao qual permite a adesão de outros *softwares* por meio de aplicações e design de interface. Com isso, possibilita-se a formação uma cadeia de suprimentos ou produtos, na qual se reúnem consumidores e fornecedores em um sistema de trocas baseado na complementaridade, ao qual se torna a base de um mercado bilateral de diferentes agentes, na qual um depende de outro. Cada plataforma define o tipo de agente que pode integrar seu software, e que será capaz de realizar transações ao se colocar à disposição do público, por vezes a empresa geradora da plataforma é também responsável pelo sistema de pagamentos, além de definir um sistema de governança própria na sua coordenação de custos e benefícios (SAKUDA, 2016).

As plataformas digitais caracterizam-se pelos mercados de múltiplos lados (*multi-homing*), na qual um dos lados temos o oferecimento de serviços gratuitos (*zero-rating*) que geralmente são utilizados para aumentar o número de usuários. Ao tempo que, do outro lado temos os anunciantes (*paying side*), quer sejam aqueles que se caracterizam pela oferta de produtos e serviços dentro da plataforma e que consideram está mais atrativa na medida que se aumenta o número de pessoas no lado *zero-rating*.

Tal característica possibilita o denominado efeito de rede, que podem ser direto ou indireto. No primeiro tipo (direto), observa-se que quanto maior o número de usuários de uma plataforma, maior é sua atratividade para o mesmo grupo de usuários. Por outro lado, o segundo tipo (indireto) que o aumento do número de usuários torna a plataforma mais valiosa e atrativa para o grupo do *paying side*. Por exemplos, anunciantes buscam redes sociais com maior número de usuários para alcançarem mais pessoas e clientes em potencial, como no caso de plataformas como Facebook, Instagram e Whatsapp (RENZETTI; BUENO; PAIXÃO, 2020).

Com isso, os efeitos de rede nas plataformas propiciam a criação de economias de escala e escopo. Noutras palavras, quanto maior o número de usuários/consumidores conectados, melhor (dimensão de escala). Para mantê-los ativos e atrair novos usuários à plataforma tem-se uma busca por uma maior oferta de produtos e serviços dentro do mesmo ecossistema (CADE, 2021). Dessa forma, tal característica influi para que a escolha do consumidor não tenha base “*exclusivamente em fatores tradicionais como qualidade e preço, considerando também o tamanho da rede e a possibilidade de conexão com outros usuários*” (RENZETTI; BUENO; PAIXÃO, 2020, p. 23).

A consequência desse comportamento é o que se denomina como tendência de *winner takes all* (o vencedor leva tudo), ao qual significa que quando os efeitos de redes são bem construídos pelas plataformas, os usuários deixam de usar plataformas múltiplas ou rivais simultaneamente uma vez que são alto os custos para transação ou migração para uma nova plataforma. Tal fato cria uma barreira para a entrada de novos competidores e mesmo cria um controle maior sobre os produtos e serviços que são anunciados nas plataformas, ou seja, nesse caso a plataforma passa controlar o que pode ser oferecido dentro de seu ecossistema, inclusive criando barreiras de entrada (RENZETTI; BUENO; PAIXÃO, 2020, p. 25).

As plataformas, no geral, tendem a se especializar em nichos específicos, aos quais podem concentrar-se em integradores de informação, busca e armazenamento de dados, comunidades de socialização e entretenimento e, ainda, de grandes plataformas de comercialização. Em todos esses casos o elemento central é a mediação pelo agente responsável pela plataforma e a interação de fornecedores e consumidores (PASSARELLI, 2014, p. 55).

A ascensão das plataformas digitais estimula a intensa competição pelo domínio dessas empresas intermediárias, e ainda aos agentes que desejam ingressar neste, que por vezes tem que se sujeitar as regras de governança própria destas plataformas (ADNER, 2016).

As plataformas líderes em seus nichos são caracterizadas pela capacidade de criar valor e dominar fatores ambientais internos e externos que determinam obstáculos e progressos na comunidade da plataforma, por vezes se portando como verdadeiros mecanismos antitrustes, ao regular a concorrência dos agentes inscritos na plataforma, ou atuando de forma anticoncorrencial ao restringir e criar empecilhos para novos players. As limitações de ingresso no mercado por meio das economias de plataforma deixa de

ser caracterizado pelos altos custos de ingresso no mercado e transmuta-se para atender os requisitos de um grande player (*Big Tech*), que ao final controla uma parcela de mercado de nicho (ADNER *et al.*, 2019). Tais ambientes digitais atingiram um alto nível de complexidade que podem ser inclusive comparados aos ecossistemas biológicos (FICHEMAN, 2008).

Ao denominarmos as economias de plataformas como ecossistemas complexos assemelhados aos biológicos, podemos estruturá-los da seguinte forma: a) aqueles que dependem de sistemas operacionais, infraestruturas de softwares como Windows, Linux ou Apple; b) aplicativos de utilização ampla e disseminada, ao qual independem de um único sistemas operacional, quer seja o Instagram, Facebook e Twitter; c) e ainda ecossistemas livres, nas quais os usuários desenvolvem as próprias linguagens computacionais e arquiteturas de sistema (BOSCH, 2019).

Também podemos classificar o ecossistema de plataformas pelos comportamento dos agentes que o integram, a partir de uma análise de motivações e interesses: a) podemos ter um ecossistema focado no mutualismo obrigatório, ou seja, quando há simbiose e identidade interesses entre os agentes; b) um ambiente de competição e antagonismo, na qual a finalidade destes se resumem em obter privilégios na plataforma em demérito dos concorrentes; e c) comportamento de neutralidade, na qual não há relação que demande prejuízo de terceiro ou ainda interdependência.

O sistema socioeconômico definido pelas plataformas digitais tem alterado significativamente a forma como os usuários realizam suas compras, ressignificam o modelo social, político e econômico da sociedade, dentro de um ambiente com governança própria, em que o sistema de avaliações dos próprios usuários tem potencial para influir nas regras e na postura plataforma no controle dos seus agentes de mercado e na forma como estes competem entre si. Para além disso, os meios como os bens são produzidos, compartilhados ou entregues operando através de computadores ou smartphones é possível sem que exista quaisquer substratos físicos na intermediação. Dessa forma, as plataformas são aplicadas a redes sociais, sistemas de controle laboral, pagamento e negociação, todos articulados de forma interativa nos planos econômico, social e cultural (POEL *et al.*, 2007; COHEN, 2017).

Dado o poder da plataforma, esta consegue definir as regras de governança e funções de sua interface de tecnologia. Essa definição de regras e design de mercado determinam como a concorrência se desenvolve na plataforma. As principais regras de

governança dizem respeito às condições de acesso à plataforma, regendo o relacionamento entre a plataforma e os usuários (por exemplo, a atribuição de responsabilidade), as de interação entre os usuários (por exemplo, discurso limitado permitido), ou ainda as de relações comerciais entre fornecedores que utilizam a plataforma e os potenciais clientes (ROCHET *et al.*, 2016).

As opções de design da plataforma incluem, por exemplo, opções de padrão, filtros de pesquisa, sistemas de classificação e recomendação. Essas regras, ainda que não estejam baseadas em preço, são capazes de criar lucro adicional já esperado para as plataformas.

Ademais, com base nessas opções de design a plataforma é capaz de influir em decisões dos usuários e na qualidade de interação, por exemplo, ao implementar sistemas de reputação. Nestes casos, alguns recursos podem favorecer um tipo de usuário em detrimento de outro. Ao regular a forma como os vendedores apresentam suas ofertas pode favorecer alguns vendedores em face dos usuários/clientes (por exemplo, a capacidade de pagar para aparecer no topo dos resultados de pesquisa) ou vice-versa (por exemplo, requisitos mínimos). As plataformas tomam decisões de governança com base no valor que podem obter, e essas decisões podem não ser totalmente éticas ou morais.

O fenômeno da plataformização termina por gerar um rol, por vezes exaustivo, de *Big Techs* que controlam ambientes e nicho de mercado e definem quais os agentes podem ingressar nesse sistema de plataformas. O poder da plataforma está diretamente relacionado com sua capacidade em dar resposta a múltiplas atividades humanas e registrar o comportamento e perfil dos usuários, por meio de coleta histórica de dados e monitoramento do comportamento. Nesse sentido, a vigilância e o controle de dados promovidas por essas empresas, se tornaram um elemento essencial da ação rotineira das plataformas e um efeito colateral da plataformização e aos quais permitem uma gestão capaz de induzir mudanças no mercado, a partir de sutis alterações de comportamento e exercendo poder sobre os demais agentes do ecossistema informacional construído nas plataformas (GAWER, 2014).

A plataformização dos mercados apesar de estar intrinsecamente relacionada ao desenvolvimento das novas Tecnologias de Informação e Comunicação (TICs), e ser um conseqüente lógico da Economia Digital, não pode se resumir a uma simples análise decorrente de inovações tecnológicas, mas se trata de um novo modo ou, ainda, predominância na organização dos mercados, tendo por fito a aproximação da oferta e

demanda, reduzindo severamente os custos de transação, mas com sistemas de governança e competitividade próprias em geral controladas por uma grande empresa que escapa a regulação tradicional do Estado.

Nesse sentido, os mercados digitais, principalmente aqueles estruturados em escopo e escala de plataformas, possuem características que tendem a caminhar para concentração de mercado e, ainda, com a consolidação de poucos grandes *players* ao qual por consequência acumulam grande poder de mercado e não são com frequência ameaçados por concorrentes. Esse poder “*é ainda mais relevante quando as empresas controlam dados necessários para o desenvolvimento de determinados serviços ou produtos*” (CADE, 2020, p. 34).

Mesmo que se tenha uma preocupação maior com a concentração de mercado no setor de economia digital, as autoridades antitruste, dentre elas o CADE, enfrentam diversos desafios ao proceder à análise de estrutura de tais mercados. Há um consenso entre os relatórios especializados elaborados pelas autoridades concorrenciais ao redor do mundo e a doutrina existente sobre o tema em relação às dificuldades em aplicar conceitos gerais de definição de mercado relevante aos mercados digitais. Nesse ponto está o cerne da questão, quer seja a necessidade de evolução de paradigmas e conceitos que orientam a análise de mercados tradicionais que não se adequam a esta realidade em ascendência.

Tal fato acontece porque, como característica própria desses mercados, se há uma presença de múltiplos lados e fatores como preços “*não representam a totalidade dos ganhos auferidos pelas partes que compõem a plataforma; as fronteiras são pouco claras e há maior interdependência entre agentes que operam nos diferentes lados*” (CADE, 2020, p. 19). Além disso, “*as participações de mercado de seus players, em diversos casos, tendem a ser voláteis e, portanto, pouco informativas em relação ao seu poder de mercado*” (BUENO; PAIXÃO, 2020, p. 292).

Adicione-se a isso a característica fundamental desse mercado que passa por inovações constantes criando funcionalidades adicionais, novos serviços e maior nível de integração entre os produtos ofertados. Isso pode significar que a análise estática por meio da definição do mercado relevante e da lógica de cobrança não seja suficiente para incentivar as ações dos *players* no mercado.

1.4 As Big Techs: aquisições e efeitos no mercado

Evidentemente que o progresso tecnológico é o principal motor do desenvolvimento global, fato consolidado e marcado desde a primeira revolução industrial, com o destaque atual em razão do processo de digitalização da vida cotidiana. As empresas que se especializam na fabricação de novos *gadgets* de alta tecnologia e na prestação de serviços on-line estão se tornando cada vez mais influentes no mercado. A demanda por serviços on-line está crescendo a um ritmo sem precedentes devido à pandemia, estimulando o rápido desenvolvimento de grandes empresas de tecnologia. Economias e sociedades estão conectadas à Internet, e cada vez mais pessoas ao redor do mundo não conseguem imaginar suas vidas permanecendo *offline*. O desenvolvimento agressivo das grandes empresas de tecnologia, também denominadas de *Big Techs*, tornou os clientes dependentes de produtos e serviços de maior escala. Tudo isso apresenta desafios à regulamentação governamental e à segurança econômica na maioria dos países.

A primeira coisa a mencionar são as muitas opiniões sobre quais empresas devem ser chamadas de *Big Techs*. Algumas das fontes analisadas acreditam que as *Big Techs* são aquelas grandes empresas que obtiveram grande sucesso no desenvolvimento de tecnologias próprias, tendo o mundo virtual como suas prioridades e o principal objetivo da atividade econômica sendo o mercado de informação e comunicação, expandindo inclusive para o controle financeiro de seus ecossistemas (CRISANTO *et al.*, 2021). Outros autores consideram como *Big Techs* aquelas empresas da área de tecnologia com alta capitalização no mercado financeiro. Em várias ocasiões, as *Big Techs* foram referidas como as quatro (JOSHI, 2021) ou as cinco (SPISOK, 2020) empresas do setor. De acordo com o The Guardian e outros, existem seis em 2021: Google (*Alphabet*), Netflix, Apple, Microsoft, Amazon e Facebook (JOLLY, 2021). Caso emblemático da Netflix, ao qual não pode ser enquadrada como *Big Tech* uma vez que o objetivo da empresa é criar conteúdo, é uma empresa de mídia *tech-powered*, enquanto as *Big Techs* caracterizam-se pela produção de ferramentas de plataforma, não de conteúdo (FEINER, 2019). Há também uma opinião que distingue as sete maiores empresas globais de tecnologia, excluindo Netflix, mas incluindo Tesla e Nvidia (LEVY, 2020). O G20 considera *Big Tech* como um grupo de seis empresas: Google, Amazon e Facebook com sede nos Estados Unidos, e Tencent, Alibaba, Huawei (GAFTAH) fundada na China (LOPEZ, SERRATE, 2020). O Banco da Rússia considera a *Big Tech* representada por seis empresas: Google, Apple, Facebook, Amazon (GAFA) e as chinesas Alibaba e Tencent.

Acredita-se ainda que a base ou quantidade de clientes de uma empresa, ou seja, acessando suas plataformas, e o desempenho no mercado financeiro são questões centrais para definir quais as empresas pertencem ao grupo das *Big Techs*, e que a lista de empresas pode diferir com base no desempenho do mercado. Por exemplo, nos últimos a cada 10 empresas de alta capitalização no mercado de ações, ao menos 7, são grandes empresas de tecnologia. As americanas Amazon, Apple, Facebook, Google, Microsoft, e as chinesas Alibaba e Tencent (FABIAN, 2021).

Dessa forma, as *Big Techs* caracterizam-se pelo seu alto poder de capitalização e pela organização de seus serviços através de ecossistemas baseados em plataformas, seja de busca, mercado ou entretenimento/lazer, ao qual possibilitam a intermediação entre agentes econômicos e realizam o controle de seus ambientes, bem como criam novas barreiras de entrada para outros agentes econômicos, alterando-se ainda a forma de competição nos mercados digitais.

O termo ecossistema é frequentemente usado em relação às *Big Techs* porque, à medida que estas crescem e se desenvolvem, é isso que elas formam com o emaranhado de agentes que conseguem consolidar. Como já anteriormente tratado, os ecossistemas são caracterizados como espaços colaborativos estabelecidos em plataformas que acumulam serviços prontos para atender às necessidades de diferentes pessoas.

Uma característica essencial do ecossistema das *Big Techs* envolve a coleta de dados e o compartilhamento de perfis de clientes dentro dele. Ademais, estes ecossistemas possuem características como rápida acumulação de perfis de clientes, efeito líquido, grande variedade de serviços, economias de escala, coleta e aplicação de *big data* para marketing e merchandising. Elementos que possibilitam as entidades adquirirem novos mercados e segmentos. Como tal, as Big Tech podem ser vistas como as impulsionadoras da chamada plataformização da economia (MUKHTOROVNA, 2021, p. 55).

Para entendermos o conceito de ecossistema de plataformas, e como estas passam a controlar o seu próprio mercado de agentes e clientes, vejamos o caso do Facebook analisado por Roel Wieringa e Jaap Gordijn (2020) para The Value Engineers. O crescimento do Facebook como ecossistema pode ser dividido em quatro fases.

A primeira fase de desenvolvimento da plataforma Facebook em 2006, quando a empresa se tornou desenvolvedora e passou a aplicar recursos comunicação e integração com terceiros, além da explosão de usuários, com o objetivo de tornar mais conveniente

o desenvolvimento de aplicativos e presença destes na plataforma do Facebook. Tudo isso aumentou a popularidade do Facebook entre desenvolvedores terceirizados e atraiu anunciantes.

Em 2012, ocorreu o Initial Public Offering (IPO) e este foi o início da segunda fase. A empresa continua a expandir a plataforma, aprimorando-a com novos produtos e serviços, como *analytics* e anúncios (WIERINGA *et al.*, 2020).

O terceiro estágio é caracterizado por várias aquisições importantes pelo Facebook: Instagram, em 2012, WhatsApp, em 2014, Oculus VR, em 2014, e LiveRail, em 2014, ao qual ampliou a gama de serviços prestados e aumentou significativamente o seu ecossistema. No estágio atual, o quarto, as empresas têm tentado normalizar as relações com os agentes reguladores que a acusam de monopolizar o mercado e proteger insuficientemente os dados dos clientes (HELMOND, 2019).

Roel Wieringa e Jaap Gordijn (2020, p. 6) sintetizam o ecossistema do Facebook conforme o quadro abaixo:

Figura 1 - Ecossistema do Facebook



Fonte: Wieringa; Gordijn (2020).

O gráfico acima coloca a plataforma Facebook como ponto central do ecossistema de plataforma, e ainda como um intermediário gigante, expandindo-se para mercados completamente diferentes, dependendo dos interesses dos clientes/usuários. A plataforma é um meio de troca para bilhões de usuários, ao qual atuam como consumidores e com contato direto com fornecedores de serviços on-line, sendo estes o maior ativo desse ecossistema. O gráfico também revela que o Facebook como mídia social entrou em muitas relações comerciais e sua influência o tornou um poderoso intermediário, ou seja, um gestor de relações comerciais e regula a concorrência dentro do seu próprio ambiente. Ainda é possível inferir que este se torna um local de encontro para desenvolvedores, usuários e provedores de dados em um ecossistema crescente.

Em relação aos prós e contras da expansão da *Big Tech*, entre as mudanças positivas e oportunidades fundamentais está a agregação global de serviços digitais modernos, desenvolvimento aprimorado e infraestrutura nacional, redução de custos e despesas operacionais, principalmente considerando que a maioria das *Big Techs* não necessitam ter base físicas, e haja vista que seu principal ativo são os números de usuários/clientes que conseguem fidelizar.

Para além disso, as *Big Techs* têm ampliado seus espectros de atuação e fornecido aos seus clientes serviços financeiros relativamente acessíveis que não são suportados em alguns países por suas instituições financeiras domésticas. É por isso que o crescimento mais rápido das grandes empresas de tecnologia foi testemunhado em mercados emergentes, não em mercados desenvolvidos. Um bom exemplo de seu ativismo pode ser a introdução do dinheiro móvel nos países do Sudeste Asiático e da África Subsaariana. Isso tem contribuído para melhorar a inclusão financeira dos consumidores por meio de instrumentos financeiros mais diversificados e convenientes, reduzindo os custos de transação (RESANO, 2022).

Ademais, os serviços de coleta de dados e monitoramento das *Big Techs* foram utilizados durante o ápice da pandemia para responder a pedidos de governos para monitorar a situação relacionada ao COVID-19 (JONKER, 2022). Outro benefício é estimular as pequenas empresas, dando-lhes acesso à sua grande e crescente base de usuários potenciais. Para os fabricantes, especialmente as Pequenas e Médias Empresas (PMEs), as *Big Techs* oferecem acesso a mercados que, de outra forma, eles não conseguiriam alcançar devido a barreiras geográficas.

Para a sociedade, as *Big Techs* podem proporcionar preços mais baixos, comunicação mais fácil, senso de solidariedade, infinitas fontes de entretenimento e acesso à informação, etc. O custo dos pagamentos on-line é bastante reduzido graças às oportunidades das grandes plataformas tecnológicas. Em geral, muito do que as grandes empresas de tecnologia fazem é sobre inovação. Apesar de seu aparente sucesso com os usuários, frequentemente há um conflito destas empresas com os aparelhos estatais. Dentre as questões que geram maiores estão: questões tributárias, redução da concorrência, monopólio, violação de direitos. Sendo que nesse trabalho focaremos principalmente nos atos de concentração econômica que atua na questão concorrencial.

No que concerne a concorrência, mais e mais empresas estão começando a adotar modelos de negócios baseados em plataformas, ou seja, adequando em geral seus negócios a estes meios já estabelecidas no mercado, e conectando suas estratégias digitais para se manterem competitivas as regras estabelecidas pelas *Big Techs*. Como resultado, a maioria das PMEs pode perder o contato com seus clientes e suas necessidades e se tornar dependente das regras da plataforma. Este é um processo chamado de comoditização (EPSTEIN, 2018). Sua desvantagem óbvia é que os bens se tornam intercambiáveis, nesse modelo de negócio a concorrência tem tudo a ver com preço e os clientes escolhem em geral o mais barato, apesar de se reconhecer que há estudos que tenta analisar a influência das avaliações prévias de outros consumidores no processo de escolha.

Ademais, é mais fácil para as *Big Techs* adquirirem empresas do que competir com elas, o que sufoca a essência da concorrência. Tal fato influi inclusive no comportamento de novas empresas que tendem a ingressar nesse novo mercado disruptivo, uma vez de que as *startups* concentram seus esforços em conseguir a atenção e interesse das *Big Techs*, em vez de atrair novos clientes e consolidar no mercado, limitando assim a concorrência seja pela atuação das empresas já consolidadas ou ainda pelo comportamento das novas.

Ao longo dos anos, Google, Amazon, Apple, Facebook e Microsoft adquiriram agressivamente startups promissoras em seus estágios iniciais de desenvolvimento. Ao analisarmos somente as *Big Techs* americanas, estas adquiriram coletivamente mais de 800 startups (US FEDERAL TRADE COMMISSION, 2021). Investigações recentes sobre aquisições anteriores de grandes startups de tecnologia por agências antitruste nos Estados Unidos e na Europa aproximaram os economistas do impacto das aquisições

sobre o processo de concorrência e como tais fatos contribuem para aumentar o monopólio das plataformas criando quase que Super Estados (MOTTA; PEITZ, 2021; VARIAN, 2021; KATZ, 2021).

Há muitas alegações de que as aquisições de startups de tecnologia pelas *Big Techs* possuem o potencial de sufocar o empreendedorismo e a inovação (SCHECHTER, 2018; SMITH, 2018; MCLEOD, 2020; WATERS, 2020). O argumento é que a presença e os interesses estratégicos das *Big Tech* desencorajam investimentos de adicionais de terceiros sobre as *startups*, criando uma zona morta dessas novas empresas, uma vez que estas apenas passariam também a trabalhar somente pensando em futuras aquisições, já que é improvável que estes novos empreendimentos concorram diretamente com grandes plataformas digitais criativas e tenham sucesso. Com isso, impossibilita-se a entrada de novos players em um mercado monopolizado (PRADO, 2020; KENNEDY, 2020).

De forma mais clara, a estratégia de aquisições intensivas de *startups* utilizada pelas *Big Techs* afeta a inovação no curto e longo prazo. No curto prazo, essas aquisições podem desencorajar os investidores de realizar aportes financeiros em startups, aos quais sobrevivem inicialmente somente desses aportes, em estágio inicial impossibilitando com isso que essa consiga desenvolver o seu projeto ou ainda impossibilite sua entrada em um mercado de massa, ao qual já possui regras e competidores pré-determinados. No longo prazo, essa estratégia de aquisição intensiva de grandes empresas de tecnologia reduzirá a probabilidade de que novas plataformas digitais altamente inovadoras surjam para competir (PRADO, 2020). Sem essa competição, o atual momento de inovação dos gigantes da tecnologia será por óbvio diminuído.

A título de exemplo sobre o poderio aquisitivo das *Big Techs*, em junho de 2019, a Subcomissão Judiciária da Câmara sobre o Direito Antitruste, Comercial e Administrativo dos Estados Unidos, realizou um estudo/investigação sobre quatro gigantes do ramo da tecnologia de informação, quer seja Amazon, Apple, Facebook e Google. E passados 16 meses de trabalho e análise, as conclusões adotadas pela Subcomissão foram de que o setor tecnológico sofre evidentemente de abusos tipicamente monopolistas proveniente das ações dessas empresas. Tal como a Apple, a Amazon, o Google e o Facebook possuem cada uma, poder de mercado significativo sobre grandes segmentos da nossa economia. Nos últimos anos, cada empresa expandiu e explorou o seu poder de mercado de forma anticoncorrencial (CREWS *et al.*, 2020).

No entanto, o modelo atual da economia global baseada em dados é mais complexo do que se imagina. De fato, o potencial de descentralização, ou seja, a ampliação de agentes de mercado devido a informatização global (em termos de aumento esperado do tamanho das transações de mercado em relação ao controle hierárquico vertical) é, na verdade, acompanhada por uma forte tendência à concentração de mercado, com o surgimento de novos players globais atuando como intermediários de plataforma em mercados multifacetados. As *Big Techs* nesse caso se impõem graças as suas capacidades de minerar e gerenciar *big data* por meio de poderosos processos algorítmicos. Parece que as externalidades positivas criadas por custos de transação mais baixos e informatização são de fato desviadas por esses grandes intermediários, ao invés de serem usadas como bens públicos colocados no mercado.

Em geral, na ideia liberal do mercado, estes atendem aos critérios de eficiência quando há intensa competição entre os participantes, fato que obriga os agentes econômicos a divulgar publicamente suas informações privadas. Assim, em um mercado que funciona bem, a informação é livre, acessível e observável por todos. Em contraste, a economia baseada em plataformas, as informações públicas dos usuários da plataforma são mantidas em segredo pelos provedores da plataforma ou *Big Techs*. O acesso à grande quantidade e amplitude de dados pessoais é exatamente a fonte da vantagem competitiva de uma plataforma sobre seus concorrentes e sua supremacia sobre os consumidores (EVANS; SCHMALENSEE, 2016, p. 45).

Importante compreender que para além de barreiras criadas pelas plataformas que impedem a entrada de novos players no mercado, as *Big Techs* também são capazes de influir no poder de decisão de seus usuários, fato que por óbvia causa problemas para a concorrência. O segundo pilar da abordagem do *laissez-faire* do mercado é o papel central da livre escolha dos agentes, seja do lado da demanda, seja do lado da oferta (EVANS; SCHMALENSEE, 2016, p. 55). O lado oculto dos efeitos de empresas de plataforma (ou seja, à medida que a plataforma aumenta de tamanho, o benefício para os consumidores de usá-la aumenta) é que também é um custo de oportunidade para os consumidores mudarem para plataformas alternativas. Isso, por sua vez, significa que o capitalismo de plataforma reduz os incentivos dos consumidores para mudar, inibindo assim um dos mecanismos fundamentais da competição no livre mercado: a livre escolha entre produtos alternativos.

A ascensão das *Big Techs* em uma economia plataformizada faz com que o mercado conviva com acúmulo de poder e monopólio de dados que estas concentram. Nos últimos 10 anos restou clarividente a concentração, através de aquisições ou barreiras para novos agentes realizado pelas gigantes globais. Entretanto, para manter o mercado saudável faz-se necessário uma análise criativa da legislação antitruste nacional e internacional para combater esse monopólio de Big Data dessas empresas.

1.5 Economia digital e seus efeitos concorrenciais

As *Big Techs* têm sido amplamente recompensadas e escolhida pelos consumidores por seus serviços inovadores e capacidade de responder às preferências individuais e coletivas dos seus usuários, que adquirem status de consumidores, mas também possuem poder tangível para influenciar mercados, ambiente, dinâmica competitiva e felicidade do consumidor. Existem duas visões políticas e econômicas opostas do impacto da *Big Tech* nos mercados e na concorrência. Por um lado, são (quase) um monopólio natural, devido às crescentes redes diretas e indiretas de conexões e aos ativos essenciais de que se beneficiam (LIANOS, 2018). Por outro, há aqueles que consideram que existiria uma concorrência adequada no mercado, pois o poder de mercado no mundo digital é temporário, as empresas, ainda aquelas digitais, estariam sempre sujeitas à substituição por novas plataformas mais inovadoras (como no caso do Myspace ultrapassado pelo Facebook, Yahoo pelo Google, Microsoft Explorer pelo Chrome) (JACOBIDES, 2021).

No entanto, compreende-se que esta última visão de que uma plataforma pode ser facilmente substituída por outra mais inovadora, não é propriamente praticável, seja pelo poderio financeiro atual dos grandes conglomerados que atuam fortemente no mercado de aquisições, pela dificuldade de migração das informações para uma nova plataforma, ou ainda pelo fato de que as grandes plataformas conseguem reter seus usuários utilizando os dados coletados para afetar o poder de decisão destes, dessa forma uma troca de um MySpace por um Facebook, não é uma situação tão palpável nesse momento.

A concorrência efetiva entre players dispersos pode ser impraticável ou ineficaz em alguns mercados, como na maioria dos mercados de plataformas digitais, devido à capacidade de resposta da rede e economias de escala. Tirole (2020) argumenta que a competitividade pode ser mantida garantindo a competição dinâmica. Devido a fatores

externos à rede, em vez de atrair concorrentes para entrar, as empresas de plataformas podem ser incentivadas a agir de forma competitiva pela ameaça percebida dos participantes do mercado. Enquanto os mercados permanecerem competitivos, as empresas continuarão a oferecer produtos inovadores, de alta qualidade e com preços competitivos para proteger sua participação de mercado de concorrentes em potencial, garantindo assim os interesses dos consumidores.

As autoridades reguladoras enfrentam grandes variedades de desafios ao definir mercados na economia digital, fatos que serão explorados no Capítulo 3, mas que iremos passar brevemente nesse tópico. O mercado digital consiste em dois tipos de plataformas/fornecedores. O primeiro, onde o vendedor opera entre um grupo de consumidores. Por exemplo, o WhatsApp na qual se trata de um provedor de mercado unidirecional. O segundo, um mercado bilateral na qual atende a dois tipos de consumidores ao mesmo tempo. Por exemplo, um mercado de publicidade de jornal atende tanto anunciantes quanto leitores de jornais. Uma terceira categoria surgiu com o advento da economia digital, conhecida como plataformas multifacetadas (PMs). Uma plataforma multifacetada reúne diversos grupos de clientes em uma plataforma comum e os faz interagir uns com os outros. Sistemas operacionais como Microsoft Windows, Mac OS e Linux, plataformas de comércio eletrônico como eBay e Amazon, plataformas de mídia social como Facebook e plataformas de busca como Google e Yahoo, entre outras, são alguns exemplos de plataformas multifacetadas (EVANS, 2016). As interações dessas plataformas multifacetadas entre si e com os consumidores apresentam uma série de problemas para a regulação e análise da concorrência. Ligadas a um mercado relativamente centralizado, onde uma única plataforma atende a muitos consumidores, essas plataformas são frequentemente avaliadas pelas agências reguladoras. No entanto, as técnicas e testes atualmente usados pelas autoridades de concorrência são projetados em torno da economia tradicional. Devido às estratégias complexas empregadas na economia digital, há desafios significativos para definição do próprio conceito de mercado para análise da concorrência nas economias digitais.

Com o advento de plataformas multifacetadas como Google e Facebook, identificar um, dois ou mais nichos de mercado representa o primeiro desafio à política de análise antitruste. Cada parte nas operações das PMs influencia e restringe as estratégias da outra. As agências reguladoras da concorrência muitas vezes não conseguem distinguir entre mercados transacionais e não negociados. Além disso, ao

determinar o mercado relevante no caso de uma plataforma digital multifacetada, existe o risco de as autoridades analisarem os dois lados da plataforma, mas não reconhecerem a relação subsequente dos aspectos, isto com outros mercados mais restritos da plataforma (FILISTRUCCHI, 2013).

Outro desafio para as agências reguladoras concorrência é a dinâmica fluida do mercado digital. As empresas na economia digital continuam a criar novos mercados, trazendo uma natureza em constante mudança para o mercado digital. Por exemplo, o PayPal cresceu e penetrou em mercados como o varejo on-line, deixando de ser apenas um aplicativo de transferência de dinheiro em 2-3 anos, o Facebook que tem entrado no mercado de transações digitais com características próprias de FinTechs. A natureza dessa economia digital impede que as autoridades da concorrência realizem análises de mercado relevante com parâmetros previamente estabelecidos.

A análise de uma posição dominante também se coloca como um obstáculo para a análise da concorrência no mercado digital de plataformas. Ao analisar a dominância, as autoridades costumam usar indicadores quantitativos como participação de mercado, nível de preços, índice de concentração ou margem de lucro, sem perceber que algumas dessas métricas só podem ser determinadas quando o mercado é estático (OECD, 2018). No entanto, o mercado digital, fruto da constante inovação deve ser considerado como extremamente dinâmico, em razão da alta velocidade de mudança tecnológica. Um exemplo da rapidez com que uma posição de mercado pode ser desafiada é o serviço de mídia social Myspace, ao qual teve sua origem em 2003 e rapidamente teve um crescimento no nível de usuários, até ser superado 5 anos depois pelo Facebook.

Uma vez determinado que uma empresa digital detém uma posição dominante no mercado, outro desafio enfrentado pelas autoridades é determinar se a conduta da empresa pode ser vista como contraproducente, competitiva ou não. No cenário dinâmico do mercado digital, é difícil distinguir o comportamento anticompetitivo das estratégias convencionais de negócios. A lei concorrencial não deve punir o simples fato de ocupar posição dominante, mas proíbe o ato de abusar de posição dominante. Monopólio digital, barreiras à entrada de novos players no mercado, prevenção de fusões são alguns exemplos de abuso de posição dominante (ROSOFF, 1979).

Como já alertamos no tópico anterior, ao tratarmos das *Big Techs*, as fusões e aquisições são uma atividade rotineira das empresas do ramo de tecnologia. São exemplos a aquisição do WhatsApp pelo Facebook, a aquisição do DoubleClick pelo Google e a

aquisição do Skype pela Microsoft. No entanto, essa prática de aquisições pode representar um imenso desafio para as autoridades reguladoras, uma vez que esta prática pode tentar esconder as reais intenções de eliminação de concorrência pelas grandes plataformas.

Fusões e aquisições dessa natureza contrariam os princípios dos mercados competitivos, pois têm o potencial de reduzir a inovação e a concorrência potencial, deixando os consumidores com menos opções. Todavia, o desafio das agências reside em identificar tais fusões, pois é difícil distinguir estratégias de negócios de motivos anticompetitivos nesses mercados de plataformas digitais.

Além disso, os dados coletados pelas grandes plataformas também podem ser uma fonte de vantagem competitiva, e por consequência aumentar a concentração de mercado e a posição de dominância. À medida que os dados aprimoram os produtos, as empresas podem atrair mais usuário/clientes e, assim, adquirir mais dados, criando potencialmente um ciclo de autorreforço de posição o que pode dificultar a vida de qualquer nova empresa. Hagiu e Wright (2015) mostram que a capacidade de uma empresa de ganhar dinâmica de monopólio de mercado e poder de mercado por meio da mineração de dados do usuário varia de acordo com a relevância dos dados e o contexto. Por exemplo, as recomendações personalizadas da Spotify aproveitam os dados de escuta do usuário. Estes geram um custo de mudança ao usuário para alternar à outra plataforma de música, mas não afeta outros usuários e, portanto, não leva a um monopólio de mercado, posto que se trata de dados que não possuem capacidade de atração de outros usuários. Quando os dados melhoram imediatamente o produto de uma empresa para todos que o utilizam, isso leva a uma vantagem competitiva significativa para a empresa e pode levar a um monopólio de mercado. Por exemplo, o tempo de viagem estimado pelo Waze será mais preciso à medida que o número de usuários dessa plataforma for maior, o que melhorará o serviço e como isso gera um maior potencial de atração para novos clientes. O mecanismo é próximo ao relacionado aos efeitos de rede. A diferença é que os usuários não valorizam a presença de outros usuários, mas sim a melhoria do serviço, possibilitada pela mineração de dados gerados por outros usuários.

Constituem-se, ainda, como efeito das economias digitais as barreiras à entrada de novas empresas pelas grandes plataformas, ao qual impedem que estes os desafiem, interrompendo o processo competitivo e protegendo o domínio dos titulares das plataformas (CNI, 2019). Os mecanismos já discutidos nesse texto – efeitos de rede,

economias de escala e efeitos de aprendizagem baseados em dados –, criam barreiras significativas à entrada nos mercados digitais.

Como já destacamos anteriormente ao tratar das economias de plataforma, mas agora retornamos com alguns exemplos de efeitos no mercado, a concorrência também pode ser limitada uma vez que os usuários são desencorajados a mudar para outros provedores ou usar várias plataformas/empresas distintas. Isso pode ser devido aos altos custos de troca ou de migração de informações de perfis. Quando os custos de troca são altos o suficiente, os usuários podem manter os produtos ou serviços da empresa originária em vez de mudar para a nova empresa que desejam. Os custos de conversão podem ocorrer quando os usuários criam conteúdo em várias plataformas (por exemplo, Youtube, Facebook, Deezer), mas não conseguem migrar seus dados para uma plataforma concorrente. Por exemplo, um usuário carrega uma variedade de dados no Facebook, incluindo fotos e informações pessoais, mas pode não ser fácil carregar esses dados e transferi-los para outra rede social. Em vez disso, os usuários terão que começar do zero, reenviar detalhes de contato, fotos e reinserir informações pessoais na nova plataforma. Outro exemplo, um vendedor on-line que gerou centenas de avaliações e classificações de produtos na Amazon pode enfrentar o mesmo desafio ao considerar mudar para outra plataforma. Dessa forma, as plataformas com números significativos de usuários tendem a aumentar os custos de mudança destes, como uma estratégia valiosa para reduzir a competitividade no mercado.

Outra problemática de destaque refere-se ao fato de que as *Big Techs* geralmente são plataformas de comercialização para produtos de terceiros (agentes fornecedores que após concordar com regras pré-estabelecidas são autorizadas a ingressar nesse universo) e vendedores de seus próprios produtos na mesma plataforma. Este modelo híbrido pode dar origem a conflitos de interesse. Tal prática tem levantado preocupações das agências reguladoras sobre a falta de condições equitativas nesse mercado. As plataformas podem influenciar a decisão dos consumidores em uma direção favorável a estas, mas desfavorável aos terceiros – por exemplo, o *Booking* prefere hotéis afiliados que não oferecem tarifas mais baixas em seus sites, fazendo que as compras em geral sejam sempre intermediadas pela plataforma (HUNOLD *et al.*, 2018).

O abuso de dados dos usuários em detrimento de outros players aparenta ser uma prática comum nos mercados digitais de plataforma, que demandam a atuação de agências reguladoras. Por exemplo, toda empresa que vende na Amazon gera dados sobre o que os

seus clientes compram, o que as ajudam a definir preços e escolher produtos para vender. No entanto, essas empresas só conhecem seus clientes que compraram seus produtos. Por outro lado, a Amazon tem dados de todo o mercado: para cada vendedor, ele sabe quanto vendeu cada produto, quanta receita gerou, quais ofertas são mais atrativas para os clientes, etc. Claramente temos um problema competitivo quando uma empresa utilizando dados de terceiros consegue tantas informações que podem influir diretamente no mercado de forma a ser capaz de estrangular a concorrência. Dessa forma, em novembro de 2020, a Comissão Europeia chegou à uma conclusão preliminar de que a Amazon vinha abusando desses dados para competir com os vendedores que usam sua própria plataforma (COMISSÃO EUROPEIA, 2021, p. 32).

Os dados (*Big data*) e efeitos de rede devem forçar as Agências Reguladoras a repensar as interações competitivas além do conceito tradicional de mercados relevantes. Alguns argumentam que a avaliação da concorrência deve ser feita no nível da plataforma (FTC, 2022). No entanto, isso pode levantar questões sobre o importante papel dos mercados competitivos, como a principal instituição social para recompensar a produtividade. O direito da concorrência também deve abordar as várias formas de luta competitiva para alcançar não apenas uma vantagem competitiva no mercado de produtos, mas também uma vantagem arquitetônica, muitas vezes apreciada pelos mercados financeiros, com a capacidade de sustentar retornos extraordinários por um período mais longo de tempo.

A análise competitiva deve se concentrar nas estratégias de captura de valor desenvolvidas por atores econômicos para competir por vantagens estratégicas ou arquitetônicas. O abandono do foco exclusivo no mercado relevante também decorre do papel relativamente limitado da concorrência de preços na economia digital (por exemplo, bens gratuitos e estratégias de mercado diversificadas) (PETIT; TEECE, 2020). Portanto, é necessário desenvolver novas ferramentas de mapeamento para representar com mais precisão as interações competitivas horizontais e verticais na economia digital.

A gama cada vez maior de interações, além da troca de mercado, entre diferentes atores, nos convida a ampliar nossa compreensão do direito da concorrência, além do modelo monopolista que foca em preço e produção. Para entender o papel da lei de concorrência nesse novo ambiente, vários autores proeminentes propuseram uma ampla gama de políticas de concorrência que abordaria toda a gama de custos sociais de restringir a concorrência. O direito da concorrência terá de adquirir uma dimensão

multicêntrica para garantir uma proteção efetiva de valores sociais que possam ser influenciados por atores com poder econômico. No entanto, faltam muitos conceitos operacionais, ferramentas e métodos para desenvolver ainda mais este programa. A modelagem tradicional baseada em equações, embora rigorosa e perspicaz, pode não resolver esses sistemas muito complexos. É necessário explorar a estrutura conceitual e metodológica mais ampla da economia complexa.

1.6 A Teoria do dano na análise de fusões e aquisições no mercado digital

A origem do controle de fusões e aquisições é caracterizado pela promulgação da Lei Clayton de 1914 dos Estados Unidos, que possuía como função primordial a proibição de fusões anticompetitivas, ou seja, aquelas que possuíssem a capacidade de reduzir significativamente a concorrência. No entanto, apesar da regulamentação criada em 1914, somente em 1976 com a Lei Hart-Scott-Rodino, é que se regulamentou o procedimento para controle de fusões e aquisições mediante a notificação obrigatória das autoridades antitrustes a respeito das operações de fusão. Já no caso Europeu o controle de concentração econômica se estabeleceu somente em 1990, mesmo período que também se desenvolve nos países latino-americanos (GHEVENTER, 2004).

Ainda que as formas como as diferentes regras de concorrência possam ser bem distintas de acordo com cada país, e com isso possa dar origem a diferentes interpretações³, a jurisprudência, a experiência internacional e a cooperação entre os países tem conduzido a um nível significativo de convergência no controle das concentrações.

Nesse sentido, tem-se desenvolvido a Teoria do Dano, que compreende a metodologia de análise utilizada pelas autoridades antitruste para avaliar e determinar a relação causal entre a mudança no nível de concentração de um mercado e os potenciais efeitos sobre a concorrência no caso de fusões e aquisições. As classificações das referidas teorias estão relacionadas com as características das operações de concentração, e podem assim ser classificadas: a) horizontais, no caso de fusões entre empresas concorrentes; b) as verticais, no caso de empresas que se encontram diferentes fases da

³ A Lei Clayton proíbe as fusões que possam reduzir substancialmente a concorrência, enquanto a regulamentação europeia as que possam criar ou reforçar uma posição dominante.

cadeia produtiva; c) as de conglomerado, quando as empresas incorporadas não são concorrentes nem estão na mesma cadeia produtiva (CHIRITA, 2018, P. 44).

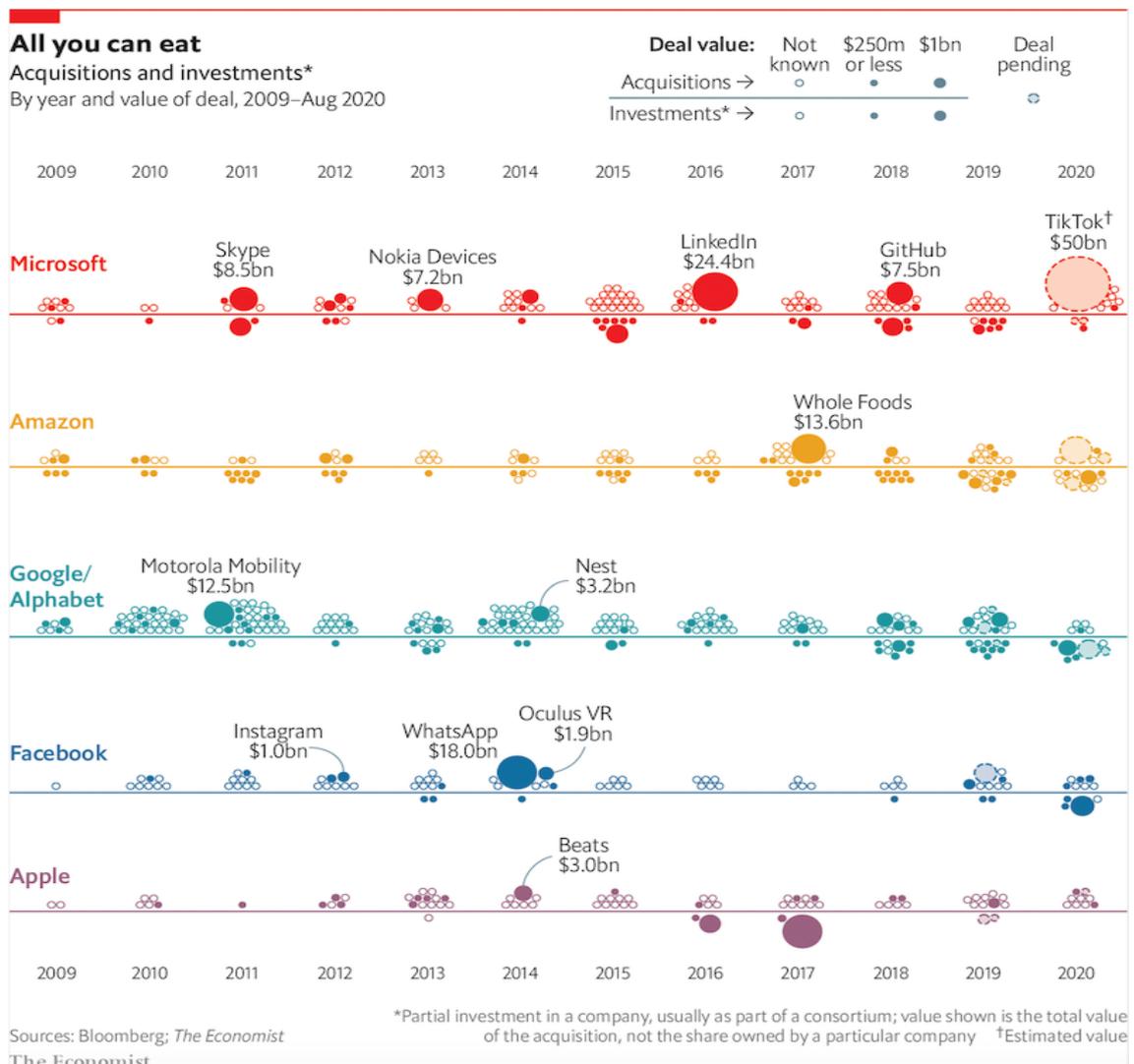
Em geral as fusões horizontais são aquelas que mais causam preocupação às autoridades antitruste, por implicarem na eliminação de um concorrente e, portanto, são aquelas em que é mais frequente encontrar objeções, seja pela proibição das operações, ou ainda, pela aplicação de condicionantes que devem ser cumpridas para o qual se atrela a conclusão da fusão.

No entanto, deve-se ressaltar que as teorias de danos citadas nos parágrafos anteriores, em geral refletem de uma forma mais clara as ideias que são aplicadas em um modelo de economia tradicional. Contudo, a crescente preocupação com a concorrência na economia digital, caracterizada por grandes players (*Big Techs*) que tendem a concentrar o mercado, uma expansão crescente da esfera digital para todos os setores da economia e a importância de preservar a inovação e o dinamismo de um mercado saudável tem levado as autoridades antitruste a observarem com maior atenção fusões com teorias de danos que se afastam da abordagem tradicional (CRÉMER; DE MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019; CMA, 2020).

O aumento de atos de concentração nos últimos anos revela uma tendência das *Big Techs* de adquirirem *startups* que não são necessariamente consideradas concorrentes horizontais ou verticais em relação ao incumbente, em verdade tratava-se de concorrentes distantes ou ainda que possuíam produtos e serviços complementares que poderiam ser incorporados nos ecossistemas das plataformas. No caso, veja-se infográfico formulado pela Revista The Economist que destaca alguma dessas aquisições⁴:

⁴ Consulta disponível em: <https://worldinfigures.com/highlights/detail/241>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

Figura 2 – Ecosistemas das plataformas



Fonte: The Economist (2020)

Sob essa nova perspectiva a teoria do dano tem analisado as fusões e aquisições sob a seguinte perspectiva: a) a presença decorrente de efeitos de redes unilaterais, quer seja as Killer acquisitions e ainda aquisição de empresas que estão ainda em fase de criação *start-up*, a presença massiva de plataformas zero-rating, uso de algoritmos para condutas de concentração do mercado (nova teoria do dano horizontal); b) utilização de dados de seus usuários e terceiros, bem como privilegio aos produtos e serviços das próprias plataformas (nova teoria do dano vertical); c) criação de ecossistemas de plataformas com formação de conglomerados digitais e eliminação da competição potencial (nova teoria do dano de conglomerados) (FURMAN; COYLE; FLETCHER; MCAULEY; MARSDEN, 2019).

Importante compreender que essa nova modalidade de mercado é caracterizada por uma coleta de dados sem precedentes por parte dos atores que dela participam. Por

sua vez, dado que o acesso a um grande volume de dados e informações confere vantagens competitivas a alguns players, as análises e investigações das autoridades concorrenciais também precisam sobre isso se debruçar, como é o caso da investigação iniciada pela Comissão Europeia para avaliar se a Amazon faz uso dos dados de vendedores independentes que utilizam seu *marketplace* (COMISSÃO EUROPEIA, 2020).

Já a teoria do dano do auto preferência (*self preferencing*) com o caso do Google Shopping, na qual a Comissão Europeia multou o Google por dar prioridade aos seus próprios produtos através dos algoritmos de busca (COMISSÃO EUROPEIA, 2017).

A formação de grandes conglomerados digitais a partir da diversificação de produtos, fusões e aquisições é uma das tendências mais marcantes da economia digital e se deve, em grande parte, às suas características intrínsecas, como as sinergias no consumo. Ou seja, quando os consumidores valorizam positivamente a compra de produtos ou serviços do mesmo *marketplace*/plataforma, devido os menores custos de transação (*one-stop shopping*), seja porque a empresa desenvolve vínculos entre seus diferentes produtos para aumentar complementaridade entre eles. As ligações que surgem das sinergias no consumo geram funcionalidades compartilhadas entre os produtos, que levam à formação de um ecossistema de produtos. Como resultado são gerados incentivos para que as empresas se expandam para novos mercados e desenvolvam novos produtos para o ecossistema. Apesar de à primeira vista esses ecossistemas implicarem em benefícios para os consumidores, uma vez que reduzem os custos de busca e aproveitem as sinergias dos ecossistemas, como consequência eles podem levar a efeitos excludentes (LAITENBERGER, 2022, P. 33).

A Autoridade de Competição e Mercado Britânica argumentam que esses ecossistemas representam fortes barreiras à entrada de novos players no mercado, pois o controle que eles implicam sobre mercados adjacentes pode isolar a plataforma de ameaças de potenciais concorrentes inovadores e, portanto, reduzir a inovação. Desta forma, as estratégias envolventes das plataformas (*platform envelopment strategy*) no mercado digital implicam que uma plataforma dominante (a que adquire) em um mercado multilateral entre em um segundo mercado multilateral de plataformas (o mercado-alvo) e realize aquisição desse novo mercado, adquirindo, envolvendo e vinculando produtos de ambas as plataformas para com isso ampliar seu ecossistema de forma predatória.

Cunningham e Ederer (2021) descrevem a teoria do dano em decorrente de aquisições assassinas (*killer acquisitions*), segundo a qual uma empresa incumbente

adquire uma empresa inovadora e interrompe o desenvolvimento de suas inovações, que são potencialmente promissoras e competitivas em face da incumbente. Por sua vez, Motta e Peitz (2021) destacam que os desafios para uma plataforma estabelecida e sobre posição dominante podem surgir de empresas pequenas, mas em rápido crescimento em mercados adjacentes e consideram a análise do controle de fusões deve agir sobre aquelas aquisições que tendem a extirpar potenciais concorrentes. Apesar da teoria do dano à concorrência potencial ter intersecções com a da *killer acquisitions*, a fusão cria um incentivo para remover a pressão competitiva futura e para remover o próprio produto do mercado.

No caso da teoria do dano à concorrência potencial, o incentivo é controlar o produto competitivo, não o eliminar. Ou seja, as *killer acquisitions* são situações em que os incumbentes adquirem *start-ups* inovadoras para acabar com a inovação nascente que pode ameaçar seus lucros no futuro. Além disso, são casos particulares de aquisições de empresas recém-nascidas, aquelas caracterizadas pela aquisição de uma start-up que oferece produtos ou serviços cujo potencial competitivo é incerto.

A Teoria do Dano Killer Acquisitions também leva em consideração o impacto das fusões na inovação, uma alternativa à teoria do dano da inovação, segundo o qual inovação é reduzida como resultado da fusão de duas empresas inovadoras e onde a variável competitiva é a própria inovação, mas que envolve casos com empresas já estabelecidas (FEDERICO, 2020).

No controle preventivo de atos de concentração, as fusões e aquisições de pequenas empresas que agregam baixas participações ao mercado, em termos financeiro e de faturamento, tem sido tradicionalmente de pouca preocupação para os órgãos de concorrência. Anteriormente, tentativas de uma agência de condicionar ou bloquear fusões com essa característica ficavam expostas ao risco de intervenção excessiva e com a conseqüente possibilidade de revisão judicial (OCDE, 2020). No entanto, tem-se desenvolvido na doutrina e mesmo no seio das próprias agências reguladores o estímulo a analisar esses tipos de operações.

Para evitar que operações como aquisição de concorrentes recém-nascidos ou *killer acquisitions* fiquem fora do controle das autoridades antitruste devido ao baixo volume financeiro/faturamento, relatórios de diversas organizações e especialistas têm recomendado mudanças nos critérios e limites de notificação (CMA, 2020; CRÉMER *et al.*, 2019; FURMAN *et al.*, 2019).

Durante os últimos cinco anos, a Amazon relatou 42 aquisições, Apple - 33, Facebook - 21, Google - 48 e Microsoft - 53. Essas fusões incluem aquisições de alto impacto como Google-Youtube, Google-Waze, Google-DoubleClick, Facebook-Instagram, Facebook-Whatsapp, Microsoft-Linkedin. Apesar destas fusões terem impacto de caráter global, não foram necessariamente notificadas às agências de locais como Brasil e demais países da América Latina, posto que não se enquadraram nos critérios estabelecidos em lei. Dessa forma, as decisões tomadas pela Comissão Europeia e pelas agências dos Estados Unidos repercutem globalmente.

No caso brasileiro, este adota um padrão de notificação obrigatória de atos de concentração com base no faturamento de ambas das partes da operação. Dessa forma, se torna fácil compreender o motivo para que transações potencialmente muito significativas e que influem no mercado nacional em termos concorrencial não tenham sido submetidas ao CADE: uma das partes não gerou volume de negócios suficiente no país. A Data Privacy Brasil, em recente relatório, mapeou as mais importantes fusões de dados realizadas por grandes empresas de tecnologia e concluiu que em sua maioria, não foram submetidas ao CADE, devido aos atuais critérios de submissão obrigatórios estabelecidos pelo Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011 (GRIEBELER, 2021).

Dentre os casos citados no relatório estão as principais fusões internacionais citadas anteriormente. Assim, diferentemente de outras jurisdições, não nos beneficiamos da análise da autoridade brasileira para avaliar os efeitos das referidas aquisições no mercado nacional. No entanto, é evidente que tais operações causam efeitos e impactos no cenário competitivo no Brasil, especialmente diante dos altos níveis de consumo no país dos produtos envolvidos nesses atos de concentração.

Apresentado esse capítulo com as considerações teóricas necessárias, passaremos a desenvolver uma análise específica sobre os atos de concentração e a problemática do critério de notificação no âmbito do direito concorrencial brasileiro.

CAPÍTULO 2 - O DIREITO CONCORRENCIAL NA ECONOMIA DIGITAL

2.1 Considerações Introdutórias

Desde a sua criação, o direito da concorrência, por meio da legislação e doutrina tem perseguido objetivos que não possuem características puramente econômicas. O prógono da lei concorrencial fora motivado por preocupações com práticas comerciais justas, protegendo os pequenos negócios dos grandes negócios e impedindo que monopólios e cartéis os prejudicassem (FRAZÃO, 2017).

Portanto, para além do objetivo direto de proteger a concorrência, como manter os mercados e estabelecer preços livres e independentes, a proteção da concorrência deve evitar que o excesso de poder econômico prejudique os objetivos sociais e por vezes o limitar inclusive o próprio Estado (FRAZÃO, 2017).

A atuação estatal na economia não é uma característica indesejável pelo ordenamento jurídico, pelo contrário, o sistema jurídico organiza e regula, para que a liberdade de iniciativa e de concorrência se estabeleçam, ainda como os princípios fundamentais da República Federal (FORGIONI, 2017).

No entanto, o direito concorrencial tem passado por mudanças bruscas nos últimos anos. À medida que a tecnologia avança, não apenas novos produtos e serviços ingressam no mercado, mas também surgem novas formas de interação social. Na era digital, os avanços tecnológicos trouxeram fenômenos como a economia de plataformas, de compartilhamento, e na qual as redes sociais, mudando a forma como os indivíduos se expressam, consomem e até se locomovem.

A dinâmica e a fluidez do mercado não podem escapar aos instrumentos regulatórios do Estado que devem responder às mudanças sociais e tecnológicas. O avanço da tecnologia está dando novas facetas aos direitos tradicionais, criando direitos, como a importância desse meio de comunicação para a integração dos indivíduos à sociedade, e o direito fundamental da internet (RANCHORDAS, 2019, p.22) como meio de garantia da liberdade de expressão.

Na área de regulação econômica, o desafio colocado pelo avanço tecnológico é mais notável. A inovação é um fenômeno incerto e disruptivo ao qual por vezes se

apresenta como fonte de incertezas, perigo e oportunidade “que a lei, com sua obsessão por estabilidade e previsibilidade”, não compreende totalmente (FRANK, 2009).

Os desafios dos órgãos regulatórios não vêm apenas com a criação de novos produtos pelo mercado. Visualizamos tais desafios também quando a tecnologia transforma os serviços tradicionais inserindo uma nova roupagem e características. O maior exemplo disso é o debate regulatório sobre serviços de transporte compartilhado e privado liderado pelo aplicativo Uber. Neste caso é quase natural que os reguladores apliquem classificações legais tradicionais a novos serviços de tecnologia sem prestar atenção aos detalhes existentes desta economia compartilhada ou de plataformas.

Ademais, conforme já trabalhado no 1º Capítulo, o campo de atuação das plataformas digitais nesse novo modelo econômico é determinado pela sua capacidade de influenciar a consciência das pessoas para competir por sua atenção e tempo, uma vez que as plataformas além de se estruturarem como um ecossistema negocial que possibilita governança própria, com os dados coletados consegue ainda influenciar o comportamento dos usuários/clientes. É a forma mais básica de poder, a capacidade de moldar a mente humana, na qual os atores sociais influenciam assimetricamente as decisões de outros atores sociais em favor de seus próprios interesses e valores.

Um agente econômico com mais informações e dados ao seu dispor tem a vantagem de não apenas definir políticas e intervir em diferentes aspectos da vida cotidiana dos usuários, mas também investir na criação de informações mais precisas e preditivas do mercado. Como resultado, esses agentes exercem poderes de controle que diferem dos poderes disciplinares do Estado, pois podem modular o comportamento de um indivíduo acessando ou restringindo informações de maneiras muito sutis. Desta forma, eles têm algum controle sobre a ordem econômica, o mercado e o sistema capitalista (HAN, 2018). Tais fatos apresentam-se como desafios evidentes aos órgãos regulatórios estatais, no caso brasileiro o CADE, aos quais já não podem utilizar de respostas tradicionais para solucionar questões complexas de uma nova economia.

Nesse contexto, é óbvio que a lei de concorrência e seus órgãos aplicadores devem desempenhar um papel no avanço da regulamentação de dados e plataformas, a fim de compreender e capturar a natureza dessas novas dinâmicas competitivas, identificar as fontes e a extensão do poder econômico resultante e controlar o abuso de poder econômico, pela via de controle de condutas e de estruturas. Mas a questão é finalmente superar visões e conceitos tradicionais de mercado e eficiência (FRAZÃO, 2021).

Nos tópicos subsequentes analisaremos especificamente como se dá a análise de atos de concentração no âmbito do CADE, e as ponderações críticas que são feitas a esse sistema frente aos ecossistemas digitais.

2.2 A atuação do CADE no tocante à prevenção e à repressão a infrações contraordem econômica

A Lei nº 12.529, de 2011, em observância ao dever constitucional de controle do poder econômico, estabelecido no § 4º do artigo 173, atribui ao CADE a competência para julgar e punir administrativamente, em instância única, pessoas físicas e jurídicas que pratiquem infrações contra a ordem econômica cometidas no todo ou em parte no território nacional ou que nele produzam ou possam produzir efeitos.

A atuação do CADE no tocante a infrações contra a ordem econômica pode se dar de 3 (três) formas: (i) repressiva, através de um sistema de controle de condutas; (ii) preventiva, por um sistema de regulação de estruturas de mercado; e (iii) educativa, com a adoção de medidas que visem estimular o estudo do tema e visem instruir a sociedade acerca da importância da defesa da concorrência.

O controle de condutas possui natureza repressiva e sancionadora e, a partir da definição de infração contra a ordem econômica constante do artigo 36 da Lei nº 12.529, de 2011, visa coibir, independentemente de culpa, atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir, ainda que não sejam alcançados, os seguintes efeitos: (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.

Constatada a existência de infração contra a ordem econômica, o CADE possui competência para, em única instância, impor multas que, no caso de empresas, podem alcançar o percentual de 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, aplicadas em dobro em caso de reincidência, as quais não poderão ser inferiores à vantagem auferida por meio da conduta anticompetitiva, quando for possível sua estimação.

O controle de estruturas, por sua vez, é eminentemente preventivo e, a partir dos critérios para submissão de atos de concentração econômica constantes do artigo 88 da

Lei nº 12.529, de 2011⁵, visa a coibir a formação de estruturas empresariais que possam gerar impactos na concorrência, o fazendo através da imposição de obrigação de submissão *a priori* ao CADE das operações que se enquadrem nos critérios objetivos previstos em Lei, bem como da necessidade de aguardar a decisão de aprovação pela autoridade, antes da concretização de quaisquer atos de fechamento ou consumação.

A Lei nº 12.529, de 2011, para efeitos de submissão perante o CADE, dispôs em seu artigo 90 que realiza-se um ato de concentração quando (i) 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem; (ii) 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de 1 (uma) ou outras empresas; (iii) 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou (iv) 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou *joint venture*, excetuados aqueles destinados a licitações públicas e a contratos delas decorrentes (BRASIL, 2011).

Ao contrário do que se verifica no controle de condutas, a finalidade do controle de estruturas não é impor sanções – não obstante, penalidades possam ser aplicadas de forma incidental –, mas sim identificar *a priori* estruturas empresariais que restrinjam indevidamente a livre concorrência, afinal, os danos causados podem ser irreparáveis e irreversíveis.

Caso constatada a existência de preocupações concorrenciais, caberá ao CADE endereçá-las, seja mediante a aprovação da operação com restrições. Isto é, submetendo as partes a determinadas obrigações condicionantes da aprovação, seja mediante a sua total rejeição.

Embora derivem da mesma premissa constitucional – tendo como fim último a contenção do abuso do poder econômico –, do ponto de vista principiológico e metodológicos tais eixos de atuação diferem significativamente.

A atuação do CADE no tocante à prevenção e à repressão a infrações contra a ordem econômica pode ser dividida em 2 (dois) momentos, tendo como marco divisor a Lei nº 12.529, de 2011, atual Lei de Defesa da Concorrência.

⁵ Complementada pelas Resoluções CADE nº s 2/2012 e 17/2016 e pela Portaria Interministerial nº 994, de 2012.

O primeiro momento é marcado pela consolidação do CADE, ainda sob a vigência da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, com foco no controle de estruturas. Nessa fase, as autoridades antitruste brasileiras dispendiam maior parte de seu tempo e recursos no controle de estruturas. Ainda que importantes iniciativas de investigações tenham sido iniciadas pela SDE durante esse período, o tempo de tramitação dos processos era demasiadamente longo e poucos casos eram julgados pelo CADE.

Tal cenário começa a se alterar com o advento da Lei nº 12.529, de 2011, o que enseja o início de um segundo momento na atuação do CADE, com maior ênfase no controle de condutas anticompetitivas. A nova legislação garantiu agilidade ao controle de estruturas e permitiu que o Tribunal do CADE julgasse importantes casos de condutas anticompetitivas, relacionados, sobretudo, a condutas coordenadas (BURNIER, 2017).

2.3 O Controle de atos de concentração

Em geral, os atos de concentração acontecem no momento que dois ou mais agentes econômicos, unificam seu centro decisório e com isso modificam de alguma forma a estrutura do mercado (FORGIONI, 2017). As preocupações com esses movimentos de mercado decorrem do potencial que estas ações possuem de gerar aumento do poder econômico aos envolvidos associado à redução da concorrência, fatos que por si só se demonstram capazes de acarretar prejuízos aos consumidores.

No entanto, importante compreender que nem todo ato de concentração pode ser caracterizado como prejudicial a concorrência, uma vez que em certas hipóteses a concentração é capaz de possibilitar inovação e desenvolvimento. Nesses casos, temos um ambiente de mercado em que o menor número de agentes saudáveis e com recursos para investir na conquista de clientes pode ser capaz de superar a barreira de controle causada pelo ato de concentração (FORGIONI, 2017). Todavia, há uma tendência natural de que movimentos de fusões e aquisições possuem o condão de violar os princípios resguardados pelo Direito da Concorrência, motivo pelo qual devem ser criteriosamente analisados pelos órgãos de controle.

De acordo com o artigo 90 da Lei nº. 12.529, de 2011, já citado no Capítulo anterior, a lei antitruste brasileira classifica como atos de concentração a fusão de

empresas; a aquisição do controle ou parte de uma ou outras empresas; a incorporação de empresas e a celebração de contrato associativo, consórcio ou *joint venture*.

A legislação concorrencial de 2011 estabeleceu como parâmetro o controle prévio dos atos de concentração, fato que na Lei anterior poderia ser comunicado ao CADE no prazo de 15 dias úteis após a realização. Dessa forma, estabeleceu-se como necessária a notificação obrigatória do CADE antes que as empresas concretizassem suas uniões.

No entanto, deve-se destacar que nem todos os atos de concentração são passíveis de notificação obrigatória ao órgão antitruste. Isto porque, pela sistemática adotada na legislação concorrencial nacional, especificamente no art. 88, utiliza-se o modelo de dupla trava cumulativa, com isso, somente serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação, os atos de concentração que preencherem, cumulativamente os seguintes requisitos de faturamento:

I - Pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais); e

II - Pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais). (BRASIL, 2012).

Tais valores, nos termos §1º do art. 88, foram estabelecidos pela Portaria Interministerial 994, de 30 de maio de 2012, dos Ministérios da Justiça e da Fazenda. Ressalte-se que justamente a previsão dos faturamentos como critério de notificação prévia é que tornam improvável a análise de atos de concentração de empresas atuantes no mercado digital, uma vez que se as empresas envolvidas no ato de concentração não atenderem a esses requisitos, o ato não é de comunicação prévia obrigatória ao CADE.

Apesar da regra estabelecida na legislação de 2011 ser a de controle prévio com notificação obrigatória, não se retirou do ordenamento a possibilidade do controle *posteriori* do ato, hipótese em que o CADE pode requerer a submissão de qualquer ato de concentração, no prazo de um ano a contar da data da sua consumação (BRASIL, 2011).

No caso que a consumação do ato de concentração, que possua submissão de notificação obrigatória, ocorra sem a anuência do CADE, temo uma situação denominada como *gun jumping*⁶ (SILVA, 2018).

O guia para análise da consumação prévia de atos de concentração econômica do CADE (2016), externaliza quais os cuidados que as empresas devem ter, para que não tenham suas condutas caracterizadas como *gun jumping*. Ressalte-se que no processo de fusão e aquisição é esperado que as empresas tenham trocas de informações, no entanto não deve haver abuso na transmissão de informações, resguardando e preservando-se dados concorrencialmente sensíveis. Inclusive, as cláusulas contratuais que buscam regular o processo de concentração dos agentes econômicos, principalmente buscando a integração, não podem possibilitar uma união prematura das atividades dos envolvidos, de modo que se deve sempre preservar a concorrência. E, ainda, por fim, o CADE orienta que as partes envolvidas não realizem nenhum ato que antecipe concentração, tais como transferência de ativos.

Contudo, caso as orientações de prevenção ao *gun jumping* não sejam cumpridas, e com isso, inevitavelmente, as empresas envolvidas consumem a operação antes da devida apreciação pelo órgão de controle, este poderá decretar a nulidade do ato, e, ainda, termos a imposição de multa pecuniária de valor não inferior a R\$ 60.000,00 e não superior a R\$ 60.000.000,00, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, vide o § 3º do art. 88.

Ademais, os controles das operações de atos de concentração devem ser analisados pelo órgão antitruste em, no máximo, 240 dias, contados a partir do protocolo de petição ou de sua emenda, sendo que, até a decisão definitiva sobre o ato, deverão ser preservadas as condições de concorrências entre as companhias requerentes, consoante dispõem os parágrafos 2º e 4º do referido dispositivo, para que não seja caracterizado a ocorrência de *gun jumping*. Ademais, o referido prazo poderá ser dilatado em duas hipóteses excepcionais: (i) por até 60 dias mediante requisição das partes envolvidas ou (ii) por até 90 dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificadas as razões para a extensão, o prazo da prorrogação e as providencias cuja realização seja necessária para o julgamento do processo.

⁶ A expressão *gun jumping* teve sua origem nos Estados Unidos e podemos traduzir como precipitar-se ou queimar largada, extremamente caracterizada quando as partes tendem a coordenar suas ações antes mesmo de conclusão na análise do ato de concentração.

O CADE estabelece que os atos de concentração podem ser julgados sob os ritos sumário ou ordinário. Sendo que o procedimento sumário, conforme estabelecido pela Resolução n. 2, de 2012 do CADE (BRASIL, 2012) e agora pela Resolução n. 33, de 2022 (BRASIL, 2022)⁷, é aplicado aos casos com menor potencial ofensivo à concorrência, em virtude da simplicidade destas operações, sendo que seu julgamento é realizado pela Superintendência-Geral, com suas hipóteses enquadráveis previstas no art. 8º da referida Norma. A ampla maioria das demandas julgadas pelo CADE é submetida a esse rito.

Já o procedimento ordinário, por sua vez, é aplicável aos processos mais complexos e que, por consequência lógica, não se enquadram nas condições estabelecidas para o rito sumário, demandando, assim, analisam casos que demandam mais atenção do órgão antitruste brasileiros.

Pela própria previsão normativa percebe-se que a grande maioria dos atos de concentração analisados pelo CADE são processados pelo rito sumário, fato que ocasiona em uma análise que pode ser caracterizada como menos detalhada, até mesmo pela quantidade de casos apresentados.

A ferramenta estatística CADE em Números⁸ informa que no ano de 2022 foram decididos pela autoridade o total de 669 casos, sendo que a grande maioria destes se deu através do rito sumário:

⁷ Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:

I – *Joint-Ventures* clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontalmente ou verticalmente relacionados;

II – Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;

III – Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;

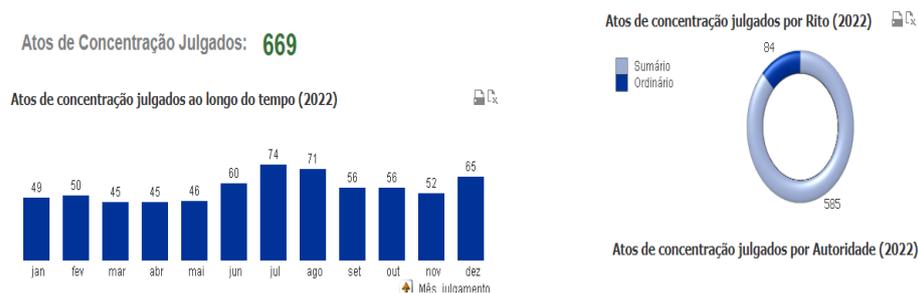
IV – Baixa participação de mercado com integração vertical: nas situações em que nenhuma das requerentes ou seu grupo econômico comprovadamente controlar parcela superior a 30% de quaisquer dos mercados relevantes verticalmente integrados;

V – Ausência de nexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferiores a 200, desde que a operação não gere o controle de parcela de mercado relevante superior a 50%;

VI – Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples ou suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada.

⁸ Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/cade-em-numeros>. Acesso em 23 de jun. 2022.

Figura 4 – Casos analisados



Fonte: CADE (2022)

Aplicado o procedimento sumário ao caso, a decisão sobre este deve ser proferida pela Superintendência-Geral (SG) em até 30 dias, enquanto pode levar até 330 dias para obter uma decisão sob o rito ordinário. O rito ordinário é utilizado para os atos que demandam uma análise mais aprofundada do mercado relevante e das condições do ato de concentração.

Quando submetidos ao CADE, os atos de concentração, devem observar três etapas fundamentais, quer seja: a) aferição do mercado relevante; b) análise da estrutura e do nível de concentração do mercado; e, ainda, c) apreciação dos efeitos dos atos de concentração (BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2018). No entanto, para chegar na análise dessas etapas, o ato tem que preencher o critério de notificação obrigatória, o que por vezes escapa no caso de empresas que atuam no mercado digital ou de economia de plataformas.

Definir o que seria mercado relevante⁹ não é uma tarefa fácil, tendo em vista a característica indeterminada sob a qual o conceito se perfaz. Apesar da árdua tarefa, a sua delimitação é essencial para que o órgão antitruste possa se debruçar sobre a análise do ato de concentração, inclusive para perceber a ocorrência, ou não, de um problema concorrencial. O CADE (2023) em seu guia de análise de atos de concentração define

⁹ (...) a delimitação do mercado relevante leva em consideração a possibilidade de substituições do lado da procura (demanda), em que se avalia a possibilidade dos consumidores substituírem o produto em questão por outro em caso de um aumento significativo e não transitório de preços do primeiro. E também do lado da oferta, avaliando-se a possibilidade de novos produtores, atuantes em mercados próximos (em termos geográficos ou de produtos contíguos), ingressarem no mercado onde o preço daquele produto tenha sofrido um aumento significativo e não transitório. Ou, ainda, numa situação menos comum, considera-se a possibilidade dos consumidores se deslocarem às áreas geográficas vizinhas para adquirir os produtos ou serviços em questão (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 109).

mercado relevante como *“uma unidade de análise para avaliação do poder de mercado, ou seja, que define a fronteira a concorrência entre as firmas”*.

Para análise do mercado relevante pelo órgão antitruste, dois aspectos se apresentam como essenciais, o geográfico e o material. A perspectiva geográfica do mercado relevante pretende compreender o alcance territorial a qual determinada empresa é capaz de alcançar, no caso poder-se-ia correlacionar com o campo de influência ou de atuação. Veja-se que temos casos de agentes econômicos cuja a área de atuação se limita a um bairro, outros pelo contrário perpassam fronteiras e superam as barreiras nacionais se difundindo internacionalmente.

Para atos de concentração de economia tradicional compreender a dimensão geográfica do mercado relevante se mostra necessário para o controle eficiente destes, uma vez que somente *“podem concorrer produtos dentro de um espaço geográfico nos limites do qual a atividade da oferta seja economicamente vantajosa e ao qual tenham acesso os mesmos consumidores ou clientes”* (GABAN; DOMINGUES, 2016, p. 108).

Já o aspecto material do mercado relevante está correlacionado com a natureza do bem ou serviço comercializado ou prestado pelos agentes econômicos. Dessa forma, considera-se que a concorrência se dá entre aqueles produtos ou serviços com os quais guardem similaridade entre si, de modo que possam por estes serem substituídos (BURNIER, 2017).

A dimensão material do mercado relevante é extremamente vital para avaliação da conduta antitruste de agentes econômicos tradicionais, no entanto como perceberemos a frente essa análise não se adequa quando tratamos das plataformas com ecossistemas digitais, seja pela infinidade de produtos fornecidos, ou ainda pela dificuldade e alto custo de migração de um usuário para outra plataforma concorrente.

No entanto, o objetivo de delimitação do mercado relevante, consiste na avaliação antitruste, conseguir compreender o universo de produtos e serviços e o espaço geográfico que está sendo afetado a concorrência.

Após a análise do mercado relevante, o órgão antitruste passa para segunda etapa, na qual se dedicará em averiguar o nível de concentração do mercado. Nesta etapa, busca-se verificar o estado da concorrência naquele setor, ou seja, se mesmo com a fusão ou aquisição os níveis de concorrência entre os agentes econômicos permanecerem elevados, pela existência de outros concorrentes, não haveria necessidade de impedir a

concentração das empresas. Ao contrário, em caso de mercados em que já uma concentração em poucos agentes econômicos, a união de qualquer um deles inevitavelmente poderá prejudicar ou reduzir a competitividade desse mercado (FORGIONI, 2017).

Em regra, os níveis de concentração são obtidos através de técnicas econômicas e matemáticas, dentre estas a principal é o Herfindhal-Hirschman Index (HHI), ao qual é utilizada principalmente nos casos de atos de concentração horizontal (CADE, 2016).

Definido o mercado relevante e os níveis de concentração deste mercado, a análise do órgão antitruste passa para a terceira etapa, quer seja a de apreciar os efeitos da concentração para com isso decidir se a mesma deve ser considerada legal ou ainda impedida, ou um caminho intermediário, na qual se autoriza com restrições. Dessa forma, caso o CADE conclua que caso o ato se consume a concentração no mercado será excessiva e com eliminação da concorrência, então este deve, em princípio, rejeitar a concentração das empresas, nesse caso temos avaliação prévia dos efeitos.

No entanto, há hipóteses em que ainda que a união ou aquisição de empresas possam estabelecer um viés negativo para a concorrência, principalmente pelo seu potencial anticompetitivo, pode ser que o CADE autorize que se proceda com o ato de concentração.

Tais casos excepcionais são previstos e autorizados no §6º do art. 88 da Lei Antitruste, para tanto, a fim de que tais atos sejam considerados legais é, estritamente, necessário que deste resulte um aumento da produtividade, melhora da qualidade dos bens ou serviços, aprimoramento da eficiência ou do desenvolvimento tecnológico e, principalmente que sejam repassados aos consumidores parte relevantes desses benefícios.

Dessa forma, a lei antitruste nacional somente permite as concentrações que gerem eficiência, que pode ser alcançada, alternativamente, através de um aumento de produtividade ou ainda de competitividade, melhoria da qualidade de bens e serviços ou pelo desenvolvimento tecnológico. Todavia, a geração de eficiência, não se apresenta como justificativa única e isolada para a aprovação de um ato de concentração. É essencial que se preencha, cumulativamente, o requisito de repasse de parte dessa eficiência ao consumidor (BENSOUSSAN; GOUVÊA, 2017, p.807).

Por fim, ainda é possível que o CADE ao avaliar o ato de concentração decida por o autorizar com restrições. Nessa hipótese, o órgão antitruste determina que sejam adotadas medidas que teriam o objetivo de reduzir os possíveis efeitos nocivos a concorrência, por exemplo, pode ser determinada a venda de ativos, cisão da sociedade, alienação do controle societário, etc. (TAUFICK, 2019).

Apresentado, resumidamente, o controle de atos de concentração na legislação brasileira e atuação do CADE nesse sentido. É importante considerar que todo o sistema foi estruturado para analisar atos de concentração de empresas de economia tradicional, mesmo a teoria do dano, mencionada no Capítulo 1, ainda não é capaz de compreender totalmente o problema dos atos de concentração existentes na economia digital, principalmente em um mercado dominado por grandes ecossistemas de plataformas, que caracterizam suas atuações sob um modelo de *killer acquisitions*, conceito que será trabalhado no tópico a seguir.

Mas, a principal problemática que já podemos identificar trata-se do critério de notificação obrigatório para análise pelo CADE, uma vez que as empresas de tecnologia apesar de afetarem diretamente a concorrência, não preenchem o requisito da dupla trava de faturamento e, com isso, seus atos de concentração terminam por não passarem pelo sistema antitruste.

2.4 Atos de Concentração em mercados digitais

Conforme demonstramos no 1º Capítulo do presente trabalho uma característica da economia digital é a organização de *Big Techs* por meio de plataformas de ecossistema digital, na qual se constrói um modelo de negócios na qual em uma única plataforma (ou em duas) se disponibiliza diversos produtos e serviços complementares ao usuário, inicialmente gratuitos e posteriormente pagos.

A OCDE (2021) em recente relatório pontuou que a concorrência na economia digital está cada vez mais relacionada a uma competição entre diferentes ecossistemas, em geral do grupo GAFAM – Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft. Tal perspectiva deve alterar fundamentalmente os conceitos e os vieses de análise antitruste, e tal fato já era destacado desde 2017, por Lina Khan, na qual no artigo *Amazon's Antitrust Paradox* já se argumentava que o foco das agências antitruste em uma análise focada exclusivamente no preço, não seria suficiente para identificar os danos concorrências causados pelas *Big Techs*.

Inicialmente poder-se-ia considerar que a organização de produtos e serviços interligados em um único ecossistema de plataforma, na qual se disponibiliza aos consumidores sem grandes esforços, à primeira vista poderia levar a conclusão de que tal organização é mais eficiente e benéfica, uma vez que se propiciaria uma redução de preços e melhoria dos serviços ofertados. Sob esta perspectiva, quanto mais as grandes plataformas adquirirem novos serviços e funcionalidades através de fusões ou aquisições de empresas nascentes melhor a experiência do consumidor e mais pró-competitivas seria o mercado (FLETCHER, 2020).

Entretanto, esse comportamento das plataformas também atua para reduzir a competição no mercado e inclusive podendo gerar resultados negativos aos próprios usuários, tendo em vista que se pode limitar inclusive a própria inovação e comportamento disruptivo de futuros agentes econômicos (OCDE, 2021). Como também trabalhamos no 1º Capítulo, quando um agente econômico cresce o suficiente para formar uma plataforma digital este se torna capaz de estabelecer sua própria governança interna, com estabelecimento de suas regras próprias, inclusive podendo criar barreiras de entrada que limitam o acesso de fornecedores aos seus usuários, ou ainda de seus usuários (principalmente aqueles com menor conhecimento tecnológico) às possíveis inovações que porventura possam surgir no mercado, tudo isso decorrente do alto custo de saída que também incide sobre o usuário (FLETCHER, 2020).

Evidentemente, os órgãos de controle antitruste têm tido uma preocupação com a inovação e com a proteção de dados no ambiente dos ecossistemas digitais (OCDE, 2021). Quanto a inovação é possível verificar uma problemática sobre dois moldes, até um certo momento a inovação e a concorrência são incentivados pelas grandes plataformas, uma vez que a expectativa de aquisição, por um agente econômico incumbente, é o fato que por vezes fomenta a criação de várias *startups*, que pelo seu próprio caráter disruptivo tendem a apresentar novos produtos e serviços (LETINA; SHMUTZLER; SEIBEL, 2020).

Por outro lado, esse comportamento uníssono de aquisições desenfreadas pelas grandes plataformas termina por passar despercebidos e sem o escrutínio das autoridades antitruste (seja porque não afeta necessariamente o preço dos serviços, bem como não preenche os requisitos de notificação obrigatória). Em geral, essas aquisições possuem a intenção de aumentar a gama de serviços interligados dentro da mesma plataforma, o que aumenta o custo de saída do usuário e impõe barreiras de acesso para os novos agentes

econômicos, a tendência posterior é a redução de possibilidade de escolha dos consumidores e a significativa diminuição e incentivo a inovação (MOTTA, PEITZ, 2021).

Estudos empíricos realizados pela House Committee on the Judiciary¹⁰ concluiu que em grande parte a posição dominante das grandes plataformas (*Big Techs*) está intrinsecamente ligada a aquisição de centenas de *startups* nos últimos anos, e aos quais não passaram pelo devido escrutínio das autoridades antitruste.

Os pesquisadores compreendem essa movimentação de concentração da *Big Techs* sob três aspectos, quer sejam: a) aquisição de concorrentes nascentes; b) aquisição de concorrentes potenciais; e c) *killer acquisitions* (KIRAE, 2021; GAUTIER; LAMESCH, 2020; CUNNINGHAM *et al.*, 2021). Apesar de no caso de as duas primeiras não serem totalmente perceptível o aspecto negativo da ação, na terceira a missão principal do ato é encerrar a concorrência e mesmo tirar o produto ou serviço do mercado, pelo valor das operações em geral esses atos terminam também por não serem analisados de forma correta.

Como tratou-se no Capítulo 1, sobre a teoria do dano, podemos perceber que a aquisição de concorrentes nascentes ou potenciais são aspectos que não são inerentes ao mercado digital, uma vez que também são utilizados nos casos de economias tradicionais. Todavia, com a expansão da Economia Digital, tais conceitos passaram a caracterizar o movimento feito pelas grandes plataformas digitais de adquirirem empresas jovens, que em geral não possuam mais de dois anos no mercado, que seriam as denominadas *startups* (OCDE, 2020).

Apesar de tais aspectos/conceitos serem por vezes utilizados como sinônimos, torna-se relevante quando tratamos de ato de concentrações em mercados digitais realizarmos um maior detalhamento e inclusive utilizando-se de breves exemplos.

No caso da aquisição de um concorrente nascente, está se dá quando a incumbente e a empresa a ser adquirida possuem produtos ou serviços similares e do mesmo campo de atuação, com a característica de que a segunda ainda se encontra dando os primeiros passos no mercado e no desenvolvimento do seu produto. A preocupação da incumbente é de que seu produto possa vir a ser substituído pelo da segunda empresa, e com isso

¹⁰ Consulta disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519. Acesso em: 23 de jun. 2022.

prejudique sua participação no mercado. A aquisição nesse caso não se dá para retirar o produto do mercado ou elimina. Mas, para oferecer este dentro do ecossistema da incumbente, por isso esse tipo de aquisição é considerado como de natureza horizontal (PENFIELD; PALLMAN, 2020).

Os exemplos mais clássicos de aquisição de concorrente nascente por uma *Big Tech*, trata-se das aquisições do Instagram, em 2012, e do WhatsApp, em 2014, pelo Facebook. Em ambos os casos temos situações de agentes econômicos que poderiam se apresentar como concorrentes ao Facebook, e que com um número de usuários crescendo exponencialmente, foram adquiridos e integrados ao ecossistema da plataforma, conforme demonstrado no quadro ilustrativo do Capítulo 1.

No caso o Whatsapp concorria diretamente com o Facebook Messenger, enquanto o *Instagram*, com o número crescente de usuários compartilhava sobreposição de mercado de aplicativo de fotos e fornecimento de redes sociais. Ambas as aquisições foram inicialmente autorizadas pelas autoridades antitrustes americanas e europeias, sem passar pelo devido escrutínio. No entanto, agora passam por um processo de investigação pela Federal Trade Commission (RESENDE; LEMOS, 2022). Enquanto no Brasil não houve qualquer notificação de ato de concentração nas referidas operações.

Em ambos as aquisições se tratava de produtos com pouco tempo de lançamento no mercado, Whatsapp, em 2009, e Instagram, em 2010, e que se apresentavam como potenciais concorrentes futuros ao estado de dominância do Facebook, e que não foram descontinuados passaram a ser parte relevante e integrante da plataforma.

A segunda forma trata-se da aquisição de concorrente potencial, ao qual em regra ocorre no caso de empresas que possuem campos de atuação complementares, ou seja, em mercados adjacentes. No caso, a empresa potencial atua em um campo distinto da incumbente, no entanto conforme cresça pode alavancar e potencializar sua entrada no mercado da incumbente. Dessa forma, a aquisição se dá em razão de uma possível perspectiva de entrada de um novo agente no mercado da incumbente, nesse caso bastaria a ameaça de rivalidade (OCDE, 2020).

Enquanto na nascente há uma integração do produto no ecossistema da plataforma, no caso de uma aquisição potencial, não há necessariamente uma inclusão de produtos ou serviços, mas há uma ampliação do campo de atuação da incumbente (RESENDE; LEMOS, 2022).

Essa espécie de aquisição é de difícil comprovação na prática, uma vez que demanda a exposição de um racional do agente econômico incumbente, para qual uma determinada empresa poderia se apresentar como um potencial concorrente ou substituta. Tal fato demanda para comprovação a exposição de relatórios internos dos agentes que estudam o mercado e possíveis concorrentes, com isso se torna difícil de visualizar exemplos que possam corroborar essa espécie de aquisição (GAUTIER; LAMESCH, 2020).

Apesar da dificuldade de visualização de exemplos, tem-se o caso da tentativa de aquisição, ainda que frustrada, do Snapchat pelo Facebook em 2016, ao qual uma empresa de um mercado adjacente de fotografias, cujo seu produto não se assemelhava o mercado de redes sociais de compartilhamento em massa, mas que com o número crescente de usuários poderia ser alavancado para um potencial concorrente do Facebook, fato que podemos cogitar tenha motivado a aquisição por U\$ 3 bilhões, mas para o qual terminou por não se concretizar¹¹.

Por fim, a terceira hipótese de aquisição, ao qual ganhou repercussão através de estudos de Cunningham, Ederer *et al.* (2019) sobre a indústria farmacêutica, trata-se dos casos de *killer acquisitions* para qual os autores trazem a seguinte definição: “a aquisição, pela firma incumbente, de empresas concorrentes com o objetivo de descontinuar projetos inovadores e evitar a competição futura”.

No caso do estudo citado, ao qual é restrito ao setor farmacêutico, analisou-se 16 mil projetos de desenvolvimento de medicamentos, e ao final concluiu-se que entre 5,3 a 7,4% da maior parte das aquisições em um espaço de tempo, no caso 25 anos, poderiam ser consideradas *killer acquisitions*. Os autores ainda concluíram que tais operações não foram examinadas pelos órgãos antitrustes por serem negócios realizados por valores abaixo do mínimo legal definido como critério para notificação obrigatória naqueles sistemas.

Dessa forma, as *killers acquisitions* podem ser enquadradas como atos de concentração horizontais, na qual as grandes plataformas/agentes econômicos incumbentes, visualizam em empresas nascentes ou *startups* que possam se apresentar

¹¹ Para saber mais, consulte o link: <https://www.businessinsider.com/facebook-closes-msqrd-ar-selfie-app-acquired-2016-2020-3>. Acesso em 23 de jun. 2022.

como concorrentes ou mesmo ameaçar a posição dominante, são adquiridas e em geral seus produtos descontinuados (LEMOS, 2021).

Interessante anotar que essa teoria do dano concorrencial tem algumas limitações, ou mesmo perpassa por uma falta de critérios sobre como o órgão antitruste deve se portar, uma vez que pode estar sujeito a uma intervenção excessiva sobre o mercado. É difícil avaliar como uma aquisição pode ser considerado como *killer acquisition* antes desta ser efetivamente concretizada. Dessa forma, cabe-se questionar o como evitar falsos positivos, e ao mesmo tempo não prejudicar a competitividade.

Para tentar evitar esses falsos positivos, valiosa a opinião de Lina Khan (2018), para o qual as *killer acquisitions* teriam o condão de aprimorar estruturalmente a empresa incumbente e inclusive lhe possibilitando a obtenção de informações sobre empresas nascentes:

[...] pode haver aquisições que não reduzam significativamente a concorrência em determinado mercado relevante, mas que posicionam a empresa dominante estruturalmente para detectar um rival nascente, de modo que a informação pode ser utilizada para realizar aquisições precoces (KHAN, 2018).

Dessa forma, essas espécies de aquisições apesar de não afetarem diretamente o mercado relevante, estas devem ser objeto de preocupação por aprimorarem e solidificarem a posição dominante das *Big Techs* (KHAN, 2017).

Inegável que as grandes plataformas durante toda sua trajetória realizaram *killer acquisitions* sobre pequenos players, fatos que propiciaram a consolidação de uma posição dominante seja pela absorção de tecnologia, ou ainda, pelo expurgo da inovação ou tecnologia concorrente.

As *killer acquisitions* são de mais fácil percepção após sua concretização, por exemplo no caso da Amazon e Lexcycle (aplicativo de *e-readers*), ao qual após sua aquisição fora posteriormente descontinuado. Ou ainda, no caso do Facebook, adquirindo outras redes sociais de compartilhamento de fotos como Lightbox, ao qual posteriormente também foi descontinuada.

Nas três espécies de atos de concentração citadas nesse tópico, em praticamente todas, as operações são realizadas sem o devido escrutínio do órgão antitruste, seja por uma falha de requisitos ou pela sua falta de definição legal, e no caso do facebook somente após o vazamento de informações e abertura de processos legais é que suas aquisições passaram a ser questionadas.

2.5 Explorando o caso do Facebook: um problema comum dos atos de concentração das *Big Techs*

Apesar do Facebook ter sido criado como uma pequena ideia que tinha simplória missão de conectar colegas de faculdade, este, pelas suas atividades disruptivas e inovadoras para época, se tornou uma das maiores empresas de tecnologia do mundo. O Facebook não é mais apenas uma maneira de se conectar com os colegas de classe de uma Faculdade e nem mesmo apenas uma rede social, cresceu exponencialmente e criou um ecossistema que concentra diversos produtos e serviços dos mais diversos campos de atuação do mercado digital. Trata-se de uma empresa, não no sentido convencional que cresceu a uma taxa sem precedentes – adquirindo empresas e controlando a privacidade dos usuários ao longo do caminho – em parte devido ao fracasso das leis antitruste em proteger adequadamente contra o comportamento anticompetitivo e monopolista na arena tecnológica.

Em geral, o *market share* de uma empresa tradicional é medida pela sua atuação no mercado, pelo número de vendas e ainda pelos preços praticados, no entanto como já trabalhamos em outros tópicos desse Capítulo, tal conceito apresenta dificuldades quando contrastado com as *Big Tech*, uma vez que elas não cobram diretamente dos consumidores para o uso do que seria seu carro-chefe, sendo este caracterizado como *free-service*. No entanto, embora o Facebook seja “grátis” no sentido de que não é cobrado dos usuários para utilização da plataforma, os usuários “pagam” para usar o Facebook com o compartilhamento voluntário e/ou involuntário de seus dados e atenção (SRINIVASAN, 2019, p. 39).

E dessa forma, o Facebook conseguiu crescer exponencialmente seu número de usuários e ampliar sua dominância do mercado, ao qual posteriormente tem se consolidado através de aquisições anticompetitivas.

Como mencionado anteriormente essa grande estratégia de aquisições de concorrentes nascentes, destacada pelas aquisições do Instagram e do Whatsapp, consolidaram a dominância do mercado digital pelo Facebook e passaram sem uma maior análise pelos órgãos antitruste da época. No entanto, passado anos, a *Federal Trade Commission* recentemente iniciou um processo de análise concorrencial em face do Facebook, alegando que este mantém ilegalmente seu monopólio nas redes sociais por

meio de um conjunto de condutas anticompetitivas que se repetem durante anos e que essa prática prejudica a concorrência, uma vez que impõe aos usuários a utilização da sua única plataforma e ecossistema e priva os anunciantes e fornecedores dos benefícios da concorrência. Dois aspectos principais do crescimento do Facebook que o processo da FTC enfocou foram as aquisições do Instagram e do WhatsApp (FTC, 2020).

De acordo com as informações e documentos apresentados na representação da FTC (2021) em face do Facebook, percebeu-se que aquela compreendeu que o Instagram emergiu em um momento crítico de transição tecnológica e social, quando os usuários de redes sociais pessoais estavam migrando de computadores para smartphones e em direção a um maior uso de compartilhamento baseado em fotos que eram tiradas em seu smartphones e instantaneamente compartilhadas, sem a necessidade de upload para um computador. Durante sua investigação sobre o Facebook, a FTC também revelou documentos indicando que o Facebook sabia que estava adquirindo o Instagram para neutralizar um concorrente nascente. Como o Instagram foi capaz de atender e suprir a demanda por redes sociais em smartphones, tornou-se uma clara ameaça ao monopólio de mídia social estabelecido há muito tempo pelo Facebook (FTC, 2021). A FTC destacou ainda que o Facebook tinha uma estratégia de “comprar ou matar” sempre que havia uma ameaça competitiva em seu mercado relevante.

Os e-mails internos, analisados pela FTC (2021), incluíam sugestões apressadas da necessidade de agir rápido e pagar muito dinheiro pelo Instagram e, ainda, preocupações de que o Facebook estaria muito atrasado em funcionalidade e na migração para o mundo mobile. Com isso, é fácil perceber que o único objetivo do Facebook ao adquirir o Instagram era neutralizar um concorrente e proteger seu poder de mercado dominante. A aquisição do Instagram pelo Facebook deu a ele o controle sobre seu maior e mais importante concorrente, garantindo a posição do Facebook como a maior empresa de mídia social pessoal do mundo, sem sinais de perder esse status em qualquer lugar à vista. E todo esse processo de aquisição não foi analisado anteriormente para o regime antitruste, somente sendo questionado passado 8 anos da consolidação da concentração.

Na sua representação em face do Facebook, a FTC (2021) também analisou a aquisição do Whatsapp pelo Facebook. Tal aquisição girou em volta de um outro mercado em que o Facebook não estava preparado para competir com outro concorrente nascente, cujo número de usuários cresceu repentinamente e progressivamente, tratava-se do mercado de mensagens instantâneas.

O Facebook até possuía o seu próprio aplicativo de mensagens Facebook Messenger, no entanto em 2012, a ameaça de um aplicativo de mensagens móveis com recursos de rede social que fosse capaz de operar em vários sistemas operacionais tornou-se um foco de preocupação que ameaçava posição estratégica de liderança da rede social para a liderança (FTC, 2021). Novamente, em mais um e-mail interno analisado pela FTC (2022) durante sua investigação de abril de 2012, *“Zuckerberg teria identificado uma tendência global preocupante de aplicativos de mensagens, usando mensagens como um trampolim para construir redes sociais móveis mais gerais”* (FTC, 2021).

Dessa forma, o Facebook considerou que seria fácil para um aplicativo que oferece serviços de mensagens móveis extremamente disseminado, conseguisse posteriormente ingressar no mercado de mídias sociais e tal fato caracterizaria como o próximo maior risco para o Facebook (FTC, 2021).

O Facebook identificou o WhatsApp, um popular aplicativo de mensagens móveis, como a ameaça mais significativa. Em um e-mail de agosto de 2013 analisado pela FTC (2021) durante sua investigação, o chefe de fusões e aquisições internas do Facebook alertou sobre o risco do Whatsapp para o mercado digital do Facebook e recomendou a aquisição daquele aplicativo. Assim como fez com o Instagram, o Facebook adquiriu o WhatsApp, um concorrente nascente, em vez de tentar superá-lo, o que deixa claro que esse tipo de prática anticompetitiva vai por vezes em sentido contrário ao da inovação.

Destaque-se, que as práticas acima explicitadas não são exclusivas do Facebook, mas sim uma característica das grandes plataformas presentes nos mercados digitais, que por vezes atuam para minar a inovação e a competição, sem passar pelo escrutínio das leis antitruste.

2.6 Dos desafios regulatórios da economia digital

As abordagens tradicionais da regulação econômica, conforme explicitadas no tópico anterior, são baseadas em análises tradicionais do bem-estar individual. A partir desta perspectiva, é possível medir e, finalmente, comparar os níveis de bem-estar social do mercado antes e depois da atuação estatal por meio do órgão de controle. Nessa direção, é relativamente fácil avaliar se a regulação estatal faz sentido após uma análise

de como se comporta o mercado e como esse influi na vida das pessoas e no seu nível de bem-estar. No entanto, juntamente com as mudanças na sociedade moderna, as metodologias de avaliação das regulamentações também estão evoluindo (FIANI,1998, p. 12).

A ideia de regulação de uma economia digital evidencia a tensão entre a necessidade de fomentar a inovação e o objetivo de proteger os consumidores, levantando questões que desafiam diariamente os órgãos reguladores.

Ao analisar qual deve ser o interesse na regulação da economia digital. Ranchordás (2015, p. 420) afirma que não se pode limitar o debate à (i) somente considerar a proteção de pequenas, porém inovadores startups como Meta; e (ii) na análise da atuação das *Big Techs* que atuam para aumento progressivo e manutenção de seus velhos e novos cliente. O verdadeiro debate sobre a necessidade de regulação desse mercado se dá, portanto, entre (i) o interesse de estimular a inovação; e (ii) a necessidade de proteção do público em geral dos potenciais malefícios que acompanham essa inovação.

Ademais, é imperativo que os legisladores e executores de políticas públicas, ou ainda, reguladores, observem o fenômeno da economia digital como, de fato, uma nova forma de atuar do mercado. A principal implicação prática dessa percepção é que a esta espécie de economia não pode ser aplicada as regras legais de direito antitruste da mesma forma como se aplicam a atividades comerciais tradicionais. Embora seja verdade que muitas dessas realidades são logicamente semelhantes aos produtos e serviços tradicionais, já conhecidos dos formuladores de políticas, também é verdade que na maioria dos casos são significativamente diferentes do que já existe, não sendo possível adaptar adequadamente ao regulamento estabelecido (KATZ, 2015, p. 1076).

Outrossim, a regulação da economia digital, também pode ter o condão de afetar adversamente a inovação em quatro vias principais: (i) impondo limitações tecnológicas aos agentes econômicos; (ii) forçando os agentes econômicos a realizar despesas adicionais; (iii) causando incerteza; e (iv) causando atrasos na entrega de produtos e serviços.

Importante destacar que a regulação da economia digital pode em contrário sensu prejudicar a inovação do mercado, uma vez que as exigências de comando e controle contidas em determinações regulatórias terminam por impor restrições diretas na conduta

dos agentes econômicos, ocasionando em barreiras a inovação mercadológica. Sejam estas restrições passivas, isto é, configuradas por meio de vedações de condutas ou ativas, instrumentalizadas por meio da prescrição de comportamentos, a variável chave a ser investigada é o quão essas exigências restringem a liberdade de adoção (STEWART, 1981, p. 1.280), ou no caso ora investigado a liberdade de inovação dos agentes deste novo mercado.

Dessa forma, se mostra insuficiente, contudo, a compreensão de que deve haver intervenção estatal no sentido de regular e promover a inovação. Como explicado anteriormente, essa noção pode gerar efeitos diametralmente opostos aos desejados, quando desacompanhada de um real interesse em compreender, a fundo, quais as implicações práticas trazidas por determinado novo modelo e em verdade causar mais prejuízos aos consumidores, uma vez que as barreiras estabelecidas somente poderão ser enfrentadas por grandes empresas, como isso haveria uma colaboração para com a concentração do mercado.

A atuação das atividades das empresas dessa nova economia por vezes transita entre a atividade pessoal e comercial, pública e privada, fato que desafia a própria conceituação de bens e serviços (KATZ, 2015, p. 1.092). Com isso surgem os desafios jurídicos que se buscam enfrentar nessa tese nos capítulos que se sucedem, quer seja a necessidade de adequação de conceitos e categorias jurídicas cunhados em um contexto fático substancialmente diverso de uma economia tradicional e que agora devem se contrastar com um novo mercado, especialmente porque os modelos de negócio disruptivos tendem a desafiar o binarismo geralmente preferido por legisladores e aplicadores do Direito, situando-se, verdadeiramente, em espaços intermediários, que atualmente tem sido regulados não por alterações legislativas mas por meio de orientações, resoluções e estudos de casos derivados da atuação do CADE.¹²

Com o avanço para uma economia baseada em dados, a obtenção de grande poder econômico por meio do uso de Big Data por determinados atores econômicos ocasionou

¹² Nesse sentido Gauthier (2016, p. 16): “Un primer desafío que enfrentan las empresas que se están desarrollando en el marco de la economía digital, se vincula con la dificultad de tener que regirse por reglas o normas de la más diversa índole, concebidas para otro tipo de realidades o negocios y donde a menudo se perciben desajustes tan importantes que las tornan inaplicables en muchos casos”. Um primeiro desafio enfrentado pelas empresas que se estão a desenvolver no quadro da economia digital está ligado à dificuldade de ter de respeitar regras ou normas da mais diversa natureza, concebidas para outros tipos de realidades ou empresas, e onde existem frequentemente desajustes significativos que as tornam inaplicáveis em muitos casos (GAUTHIER, 2016, p. 16, tradução nossa).

uma grande concentração poder de mercado na mão poucos grupos que já denominamos de *big techs* comumente chamados de “data-opólios”, que diferem dos monopólios convencionais porque o poder é exercido não pela cobrança de preços mais elevados aos consumidores, mas por distorções além do valor monetário, afetando a privacidade e os direitos da autonomia do consumidor (EZRACHI; STUCKE, 2018).

Nesse mesmo sentido, temos que com o surgimento de plataformas de transporte de passageiros, de hospedagem e estadia, mecanismos de busca e pesquisa de informações, bem como inovações nos mercados tradicionais relacionados à música, comunicação, comércio e organização financeira e crédito, dentre inúmeros outros. A dinâmica da concorrência mudou significativamente com a entrada de novos agentes econômicos que passaram a oferecer serviços diferenciados, ampliar a oferta e a concorrência e alterar significativamente os hábitos de consumo, bem como o acúmulo de dados dos consumidores possibilitou que as empresas que portassem tais dados ganhassem vantagens na personalização de seus serviços aos clientes.

A coleta de dados por essas empresas do novo mercado possibilita criar base de dados com perfis de consumidores, aos quais possuem o intuito de conhecer e mapear seus hábitos, preferências e até quanto estão dispostos a pagar por determinado produto/serviço. Essa personalização permite preços diferenciados, que podem ser eficazes, pois ampliam o volume de consumo de determinados bens e serviços com base no valor que cada consumidor está disposto a pagar. No entanto, a adoção de métodos de precificação personalizados suscita preocupações concorrenciais, especialmente no que diz respeito às práticas discriminatórias que podem ser causadas por eles.

Ademais, a capacidade de coletar dados influi diretamente na análise de dominância no âmbito das plataformas digitais, uma vez que estas possuem diferentes condições de entrada devido às suas diferentes peculiaridades, incluindo a relevância dos dados nos modelos de negócios. Os dados podem ter diferentes usos e formatos, e sua competitividade depende de muitos fatores. Geração, coleta e recuperação de informações, armazenamento, processamento e análise e, finalmente, uso de informações. A vantagem competitiva advém não só da capacidade de gerar dados, mas sobretudo do seu processamento e utilização. Tais fatores permitem que os operadores econômicos tomem melhores decisões. Os dados processados podem, entre outras coisas, aumentar a eficiência, personalizar e melhorar os produtos e serviços e reduzir as assimetrias de informação.

Dessa forma, os mercados digitais apresentam desafios para regulação da concorrência no modelo tradicional: quer seja a existência de barreiras de entradas, a difícil caracterização de mercado relevante, a existência de posição dominantes exercidas por *big techs* e o acesso a amplas bases de dados de clientes, ao qual por consequência restringem o incentivo à inovação (BAGNOLI, 2020).

Nesse contexto, é necessário refletir sobre a importância de se afastar das metodologias tradicionais que definem o poder de mercado com base na participação de mercado controlada. Isso não é suficiente para capturar a realidade da nova economia. Essa abordagem permanece amplamente focada na análise de preços e ignora um componente-chave do poder de mercado nesses setores, qual seja o da inovação como mecanismo de tomada de liderança (BAQUEIRO, 2020, p. 25).

Nessa perspectiva, a investigação do poder de mercado na nova economia deve incluir uma análise da força da concorrência dinâmica e potencial dos players. A política antitruste deve levar em conta quando startups, cujas bases de usuários estão crescendo rapidamente, mesmo que ainda não tenham gerado volume de negócios suficiente para ser visto pelos critérios tradicionais de faturamento, no entanto possuam um potencial competitivo por meio do processamento de dados.

No caso das plataformas digitais o poder de mercado pode constituir uma barreira de mercado intransponível uma vez que nesse modelo econômico há a presença do fenômeno o vencedor leva tudo. Isso significa que após um período inicial de competição mais acirrada entre diferentes plataformas, um agente se torna o “vencedor” de um determinado mercado. Então, a maioria dos usuários se acostuma a esse serviço específico. Ou seja, uma plataforma avança com sucesso e atinge massa crítica de usuário e garante uma vantagem competitiva relevante colocando os demais players em uma situação em que provavelmente não atingirão o tamanho mínimo para se tornar comercialmente viável, tal fato, pode ser uma barreira significativa à entrada.

Evidentemente o fomento a inovação nos mercados digitais depende positivamente da manutenção de um nível ao menos razoável de concorrência, portanto, o controle concentração deve ser implementado, incluindo a contenção de práticas de exclusão que afetam os incentivos à inovação, sejam com a regulação de função e o desestímulo a práticas aquisições hostis. Esse aspecto tem o potencial de atrasar o lançamento de novos produtos e serviços nos mercados atuais e futuros, uma vez que

tendem a não ser detectadas pelos filtros tradicionais do direito concorrencial (FERNANDES, 2021).

Ademais, importante consignar que, na análise de condutas abusivas de plataformas digitais, observa-se que o que deve ser investigado pelos órgãos de controle não é se as estruturas de mercado mais ou menos concentradas são propensas à inovação, mesmo porque não é função do direito antitruste construir a política voltada a inovação nos mercados. No entanto, a discussão posta refere-se é se uma conduta anticompetitiva que tem o potencial de excluir um rival é eventualmente capaz de beneficiar os consumidores ao promover a inovação ou ainda de prejudicá-los retardando-a e impossibilitando o acesso dos consumidores a novos produtos ou serviços que são absorvidos ou eliminados pelas *big techs* (BAQUEIRO, 2020, p. 58)

Veja-se que em regra, não é usual que os atos de concentração envolvendo startups digitais venham a ser alvo de análise das autoridades concorrenciais, e isso em geral decorre de uma interpretação literal da lei antitruste, notadamente por tais players não atingirem os critérios de notificação, comumente associados ao faturamento das partes/grupos econômicos envolvidos, o que exclui estas do filtro dos órgãos de controle. Entretanto, as operações envolvendo startups vêm chamando cada vez mais a atenção pelo potencial que apresentam de impactar a concorrência nos mercados de plataformas digitais. O caráter inovador dessas empresas e os impactos que eventual aquisição por empresas incumbentes pode ter no mercado são pontos levantados por autoridades antitrustes em diferentes jurisdições.

Nos próximos capítulos analisaremos a atuação do CADE no âmbito nacional em face dos atos de concentração de empresas/plataformas de economia digital, e ainda as teorias e mecanismos que podem ser utilizados para reduzir tais práticas anticompetitivas.

CAPÍTULO 3 - O CADE E OS ECOSISTEMAS DE PLATAFORMAS DIGITAIS

3.1 Considerações Introdutórias

Durante os últimos anos inexistiu qualquer mudança legislativa no Brasil que tivesse o condão de tratar significativamente sobre os desafios da concorrência nos mercados e plataformas digitais. É de se destacar que há um Projeto de Lei em andamento no Congresso, o nº 2630/2020, proposto pelo Senador Alessandro Vieira, na qual busca regulamentar as plataformas digitais e estabelecer uma Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. No entanto, o foco do projeto é o combate às *fake news* e não a concorrência, o que o torna irrelevante para os propósitos desta pesquisa, também podemos citar o caso do PL n. 2768, de 2022, de autoria do Deputado João Maia, ao qual superficialmente tenta expressar uma ainda embrionária forma de regulação econômica das plataformas digitais.

Ainda que haja uma ausência de movimentação legislativa no sentido específico de regulação econômica das plataformas digitais, o DEE do CADE tem constantemente divulgado estudos e relatórios que possuem como finalidade principal orientar a atuação da autoridade antitruste diante do vácuo legislativo e mesmo buscando compreender como estes mercados e seus membros se desenvolvem e atuam. Dentre os relatórios de maior destaque podemos citar o Documento de Trabalho n. 005/2020 – Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados (BRASIL, 2020) e do Caderno do CADE intitulado Mercados de Plataformas Digitais (BRASIL, 2021), este último publicado em agosto de 2021.

No que tange ao escopo desse trabalho, vislumbra-se que o relatório Caderno do CADE de Mercados de Plataformas Digitais apresenta como fonte inestimável de pesquisa para demonstrar como tem se posicionado a autoridade antitruste brasileira na análise de casos envolvendo plataformas digitais, apesar de que os caso que escolhemos para analisar no curso desse capítulo não seja essencialmente aqueles tratados no relatório.

Deve-se anotar que o referido Caderno do CADE, ainda que ciente dos diversos conceitos que possam existir e inclusive um pouco distinto daquele trabalhado nos

capítulos iniciais desse trabalho, para fins de estudo procura definir o que é uma plataforma digital, sendo que conclui que é “*definida como um serviço digital que facilita as interações entre conjuntos distintos e independentes de usuários e que interagem por meio da internet.*” (BRASIL, 2021, p. 8). Nesse mesmo sentido, o relatório em seção própria trabalha as características essenciais de um ecossistema de plataforma digital, que inclusive se alinha àquelas citadas no 1º Capítulo desta tese.

Dentre os casos citados no referido relatório, o DEE menciona um total de 143 (cento e quarenta e três) operações analisadas pelo CADE no espaço temporal de 1995 até 15 de novembro de 2020, sendo que estes casos encontram-se espalhados nos mais diversos segmentos, quer seja de: música digital, varejo online, turismo online, aplicativos de entrega de comida, mapas digitais, intermediação de transporte por aplicativo, redes sociais, vídeo sob demanda, venda online de ingressos, investimentos financeiros, publicidade online, busca e comparação de preços online e busca online, aplicativos de exercícios físicos e aplicativos de intermediação de serviços (BRASIL, 2021, p. 10).

Conforme mencionamos no Capítulo 2, ao analisar um Ato de Concentração o CADE pode adotar o Procedimento Sumário ou o Procedimento Ordinário. Nos casos citados no Relatório, constatou-se que o CADE adotou o rito sumário em 86,01%. Com isso as análises em geral realizadas pelo CADE nos referidos atos de concentração de Ecossistemas de Plataformas de Digitais tem se caracterizado como célere e sem um maior aprofundamento pela autoridade concorrencial, seja pela baixa participação de mercado das empresas envolvidas nas operações, ou ainda, pela compreensão da autoridade antitruste de que tais operações possuem um menor potencial para afetar diretamente a concorrência. Ressalte-se ainda, que dos atos de concentração analisados no relatório, 97,9% foram aprovados sem restrições (BRASIL, 2021, p. 21).

Busca-se com isso verificar que as ferramentas tradicionais de análise de atos de concentração, principalmente aquelas voltadas a definição de mercado, como teste SSNIP (FRAZÃO, 2017), as quais podem não ser adequadas para capturar as complexas interdependências e efeitos de rede aos quais se apresentam como características das plataformas digitais (TIROLE, 2020).

Interessante destacar que a definição de uma plataforma como ecossistema digital, pode inclusive auxiliar na análise do ato de concentração pela autoridade concorrencial. Uma vez que, sobre este enfoque de ecossistema digital o mercado relevante deixa de ser

definido a partir do produto ou serviço específico ofertado pela empresa, mas sim sobre uma perspectiva mais ampla e multilateral que melhor abarca o efeito de rede da plataforma. Neste caso, deve-se considerar as plataformas digitais são capazes de competir sobre vários níveis diferentes, já que oferecem uma gama de serviços complementares, mas dentro de um mesmo ecossistema. Veja-se o exemplo da Amazon, ao qual apesar de atuar essencialmente no mercado varejista, seus serviços complementares do ecossistema perpassam as áreas de armazenamento em nuvem, logística e conteúdo digital.

Com isso, considera-se que a análise dos Atos de Concentração ao analisar as plataformas digitais deve focar no ecossistema como um todo, e não apenas em produtos ou serviços individualizados, posto que com isso poder-se-ia capturar melhor a dinâmica competitiva dos mercados digitais.

Por esta razão, existe um consenso (pela qual passamos na definição do problema nos Capítulos 1 e 2 quanto à necessidade de que os mecanismos de controle de concentração se adaptem à nova realidade, fato que expõe a necessidade de aplicação pelos órgãos antitrustes de novas teorias do dano que assumam uma abordagem mais dinâmica e holística, tendo em conta a rápida evolução destes mercados digitais e a importância de que seja considerado na análise do ato anticoncorrencial não apenas aspectos referente a concorrência atual, mas também o potencial (PARKER *et al.*, 2020).

Dessa forma, uma das teorias do dano nos mercados digitais mais debatidas e evidenciada está caracterizada na análise da perda de inovação, na qual se caracteriza pelo excessivo poder das plataformas, ao qual consegue adquirir outras empresas reduzindo a concorrência efetiva e por consequência a inovação que tem diminuído significativamente. A nível geral, assiste-se a uma intervenção crescente em fusões destas características (MICHELETTI, 2021).

A problemática da perda de inovação seria agravada quando se trata de plataformas digitais, uma vez que a aquisição pode restringir o acesso de outras empresas ao mercado, ou mesmo ser realizada para que a empresa incumbente possa ter acesso as tecnologias desenvolvidas pelas empresas adquiridas. Assim, autores como Petit e Teece (2020, p. 10) afirmam que é de difícil determinação, durante a análise realizada pela autoridade da concorrência, como uma aquisição pode prejudicar a concorrência ou mesmo apenas ser realizada para que a empresa incumbente tenha acesso a tecnologias desenvolvida por terceiro, dada a natureza dinâmica do mercado digital.

Outra abordagem das teorias do dano aplicado ao mercado digital deve estar centrada na perda de competição potencial (MICHELETTI, 2021). Tradicionalmente, as autoridades antitruste, dentre estas o CADE, estabeleceram uma ótica centrada na possível perda da concorrência atual, levando ao desaparecimento das rivais existentes no momento da fusão. No entanto, as características dos mercados digitais destacam a necessidade de adotar uma perspectiva dinâmica e incluir na análise a possível concorrência futura.

Outrossim, a teoria do dano que provavelmente está mais no centro do debate atual no âmbito dos mercados digitais, trata-se daquela focada nas *killers acquisitions*, aos quais se caracterizam pela aquisição estabelecida para extinguir o concorrente, seja descontinuando as atividades, ou ainda, incorporando seu serviço de forma complementar.

Devemos destacar que o CADE não tem realizado análises substanciais tomando em conta as particularidades dos mercados digitais, ou mesmo desconsiderando essas características peculiares das novas teorias do dano de mercados digitais, e para alguns autores isso se explica pelo fato de que muitos destes casos foram enfrentados através do procedimento sumário (RENZETTI, 2022). Nos casos que detalharemos a seguir a linha estruturante da análise antitruste adotada pelo CADE foram focadas nas teorias do dano concorrencial voltadas aos mercados tradicionais, com isso a autoridade antitruste estabeleceu seu foco central no estudo dos mercados relevantes, na centralidade analítica do preço, análise de critérios geográficos e de produtos foram utilizadas para definição de mercados relevantes.

Dessa forma, analisaremos no curso desse Capítulo 3 ponderações e críticas diretas que são feitas com relação ao sistema concorrencial existente no Brasil, principalmente diante de critérios de notificações que por vezes falham em colocar os atos no campo de análise da autoridade antitruste.

3.2 Problemática do sistema concorrencial existente no Brasil em face da atuação das plataformas digitais.

Neste tópico se buscará reunir as principais críticas existentes no âmbito da doutrina concorrencial nacional em relação a atuação da autoridade antitruste nacional,

aos quais podemos subdividir em duas abordagens. Em uma primeira linha encontra-se aqueles que criticam a postura adotada pelo CADE nos julgamentos de casos de Ato de Concentração aplicando teses próprias de mercados tradicionais em casos de economia digital. Já no segundo momento encontramos aqueles que criticam o arcabouço normativo da legislação antitruste, e os colocam como o principal problema para o julgamento de atos de concentração de plataforma digitais, a estes nos filiamos principalmente quando visualizamos o problema existente no critério de notificação de dupla-trava para análise obrigatória, o que deixa escapar da análise do órgão antitruste diversos casos que deveriam ser analisados e que possuem um grande potencial de dano ao mercado.

Verifica-se que Zingale e Rezentti (2022) acertadamente resumem os principais problemas existentes no sistema concorrencial brasileiro em face da atuação de ecossistemas digitais quer sejam:

O sistema de dupla-trava de notificação obrigatória de atos concentrações não se apresentam como suficientes para avaliar condutas potencialmente anticoncorrenciais em especial quando considerado o mercado de economia digital, uma vez que as empresas adquiridas pela incumbentes apesar de possuírem um grande potencial inovativo não possuem faturamento que faça preencher o requisito para análise da operação de concentração *ex ante*.

Outra crítica feita ao sistema concorrencial brasileiro reside no fato de que a maioria, para não dizer em essência que sua totalidade, das operações tem sido enquadrada para análise sobre o rito sumário, fato que pode sugerir que os atos de concentrações não têm sido apreciados de forma detalhada, fato que também tem sido alvo de diversos estudos (REZENTTI, 2022).

O CADE não tem se dedicado a analisar os efeitos dos usos de dados, ou mesmo do compartilhamento de bases de dados em casos de fusões, se restringindo a observar se os envolvidos obedecem a normativas da LGPD, mas sem considerar os efeitos de rede que estes podem propiciar e as vantagens que podem propiciar a empresa incumbente, ampliando sua posição de domínio sobre o mercado.

Correlacionado ao primeiro ponto, a legislação antitruste nacional prevê que o CADE pode solucionar casos para análise que se excetua a regra de faturamento, no entanto a hipótese contida no §7º, art. 88, da Lei n. 12.529, de 2011, em que o órgão antitruste pode requerer às partes a submissão da operação para análise concorrencial, até

um ano após a data de consumação da operação, tem tido inexpressiva utilização pelo CADE (GRIEBELER, 2021).

3.2.1 O problema dos critérios de notificação.

Apesar de denotarmos deveras interessantes as críticas contidas nos itens II e III, vislumbra-se que o problema se apresenta *ex ante* e de forma legislativa, haja vista que em razão de critérios de notificação obrigatório engessados. De acordo com estudo realizado pelo Data Privacy Brasil (GRIEBELER, 2021), os critérios de notificações atuais baseados exclusivamente em análises de faturamento individuais das empresas envolvidas na operação, não se denotam apropriadas para abranger fusões e aquisições baseadas em dados ou de conglomerados digitais.

Tal situação se deve pelo fato de que as empresas desse novo mercado de tecnologia frequentemente apresentam um faturamento insignificante, ou em um primeiro momento nulo, principalmente devido a oferta de serviços gratuitos aos usuários, para ampliar seu número de utilizadores, e mesmo testar mercados a fim de se consolidar uma ferramenta inovadora. Consequentemente, por previsão puramente legislativa, tais operações passam despercebidas pelo CADE.

Os critério para notificação obrigatória de atos de concentração encontram-se contidos no art. 88 da Lei n. 12.529, de 2011, cabendo ao CADE considerar três variáveis para determinar se uma operação deverá ser obrigatoriamente analisada pelo órgão antitruste no país: i) deve ser averiguado se preenche os critérios de faturamento bruto das partes no Brasil no último ano, deve ser verificado tanto o da empresa incumbente quanto o da adquirida; ii) tipo de operação a ser realizada, o CADE deve averiguar se nos termos art. 90 da Lei n. 12.529, de 2011 qual o ato de concentração está sendo realizado; iii) por fim, há de se avaliar se a operação realizada possui efeitos no Brasil, por exemplo há casos de empresas que apesar de operarem no Brasil o ato de concentração realizado por estas não geram efeitos diretos no país, então estas também podem escapar da análise pelo órgão antitruste nacional.

Ainda de acordo com o estudo promovido pelo Data Privacy Brasil avaliou-se que os critérios elencados no parágrafo anterior não seriam viáveis ou suficientes para proteger a concorrência no âmbito de aquisições promovidas por ecossistemas digitais,

ao qual atuam como conglomerados. Com isso, compreende-se na referida pesquisa que os parâmetros de notificação brasileiro permitem que grandes plataformas escolham alvos de aquisições, aos quais podem ser empresas nascentes, ou já com tempo de mercado e que tais operações por não atingirem o critério de dupla-trava, não sejam avaliados pelo CADE, com isso considerando-se que tais previsões em verdade atuam como instrumento de imunidade a análise antitruste (GRIEBELER, 2021).

Outrossim, as críticas suscitadas no referido estudo não são estranhas ao próprio CADE, uma vez que no julgamento do Ato de Concentração n. 08700.007262/2017-76¹³ entre a Naspers e Delivery Hero a Superintendência-Geral constatou o comportamento do Ifood de realizar uma série de aquisições de empresas concorrentes, destacando a compra de 10 empresas desde 2013, o que denotava uma forma de atuação de aquisições que por vezes não preenchiam os requisitos de notificação obrigatório do CADE inclusive destacando que *“Se toda start-up que começa a despontar é adquirida pela iFood, é improvável que alguma se desenvolva plenamente de modo a poder oferecer alguma rivalidade no mercado”* (CADE, 2018).

Ademais, tem-se também como exemplo o caso da Magazine Luiza que no seu processo de transição de mercado tradicional para uma empresa caracterizada como ecossistema de plataforma digital, ou como conglomerado digital, procedeu com diversas aquisições que passaram ao largo de análise pelo CADE por não preencher os requisitos de notificação obrigatória.

Desde sua abertura de capital, em 2011, até o momento a Magalu (nome que passou adotar após o processo digitalização) realizou um total de 24 aquisições¹⁴, seja de concorrentes nascentes, potenciais, ou ainda, de empresas verticais que complementam a atividade desempenhada pela incumbente, e expandem o ecossistema de produtos e serviços em plataforma digital. É salutar destacar que apesar da grande quantidade de aquisições realizadas, a maioria destas aquisições não foram submetidas ao CADE, tendo em vista que não atendiam aos critérios de notificação estabelecidos pelo Art. 88 da Lei

¹³ A operação submetida a análise do CADE consistia na aquisição pela Naspers de 13% (treze por cento) da participação do Grupo Rocket sobre a Delivery Hero. Como a Naspers já possuía participação na Delivery Hero antes da referida operação tratava-se de um aumento de participação societária, na qual a incumbente passaria a ser a maior acionista e controladora da Delivery Hero. Com o aumento da participação, a Naspers passava de 10,60% para 23,60%, tornando-se acionista principal.

¹⁴ MAGALU. **Teleconferência de resultados 4T21**. (2022). Disponível em: <https://ri.magazineluiza.com.br/ListResultados/Download.aspx?Arquivo=WjsRxBh2+9+ThX9pOYNC8A>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

n. 12.529, de 2011 (STATISTA, 2020). Com isso a Magalu conseguiu criar seu próprio EPD sem necessariamente passar pelo crivo da autoridade antitruste, sendo que as aquisições analisadas somente foram a Netshoes, Estante Virtual, InLoco, Hub Fintech e KaBuM! sendo estas últimas analisadas nesse Capítulo.

Na tabela abaixo se lista as aquisições realizadas pela Magalu desde 2011:

Tabela 2 - Aquisições da Magalu desde 2011

Ano	Empresa Adquirida	Setor
2011	Lojas Baú	Varejo
2013	Época Cosméticos	Beleza
2018	SOFTBOX	Tecnologia
2019	Netshoes	E-Commerce
2020	Estante Virtual	Livros
2020	Hubsales	Meios de Pagamento
2020	Canaltech	Mídias
2020	InLoco	Publicidade
2020	Stoq	Tecnologia
2020	Aiqfome	Delivery
2020	GFL	Logística
2020	ComSchool	Educação
2020	Hub FIntech	Meios de Pagamento
2021	Tonolucro	Delivery
2021	GrandChef	Delivery
2021	Steal the Look	Mídia
2021	VipCommerce	Tecnologia
2021	SmartHInt	Tecnologia
2021	Jovem Nerd	Mídia
2021	Bit55	Meios de Pagamento
2021	Plus Delivery	Delivery
2021	Juni	E-Commerce
2021	Sode	Delivery
2021	KaBuM!	E-Commerce

Fonte: Magalu (2022).

O rol de aquisições apresentadas na tabela deixa claro a estratégia da empresa na migração para o ambiente digital, principalmente focando em se tornar em um Ecossistema de Plataforma Digital, todas as empresas adquiridas estão explicitamente relacionadas com a estruturação de um novo *marketplace*, seja aprimorando soluções tecnológicas, possibilitando atualizações e implementações de novos sistemas de

pagamentos e/ou ainda expandindo o e-commerce com diversos produtos e serviços¹⁵ (MERCADO, 2021).

Como tratamos no primeiro capítulo as Plataformas Digitais tendem ofertar todos os tipos de produtos e serviços dentro de seu próprio ambiente, para que com isso mantenham os usuários dentro de seu próprio ecossistema aumentando os custos de saída para o usuário, assim se induz um comportamento padrão para que o usuário sempre permaneça na mesma plataforma (SUNSTEIN; THALER, 2013).

De certo que esse comportamento das empresas ao adquirir empresas complementares aos seus serviços na formação de conglomerados, que agora passam a operar como Ecossistemas Digitais causa preocupações concorrências que por vezes passam despercebidas face a legislação concorrência tradicional. A complementariedade dos serviços, seja através de cartões e meios de pagamentos próprios e ainda produtos ou serviços do próprio EPD pode afastar a os consumidores de outros fornecedores, e ainda aumentar o custo de entrada no mercado para apresentação de seu produto, aqui temos os efeitos de economia de escala e escopo, efeitos de rede e os custos de transação ou de saída dos usuários para migração para outras plataformas (JACOBIDES, 2021).

Na apresentação da teleconferência de resultados do 4T21¹⁶ a Magalu divulgou um infográfico que ilustrativamente detalha o ecossistema da empresa, voltada em 5 grandes áreas, quer seja de logística, serviços financeiros (fintechs de pagamentos), serviços, conteúdos digitais e varejo:

¹⁵ Nesse mesmo sentido em que as aquisições tendem a demonstrar uma direção para a qual a empresa está trilhando, o Relatório Institucional de 2020 esclarece as ideias por trás de algumas aquisições: A Hubsales permitiu que os fabricantes vendessem diretamente aos clientes pela plataforma Magalu. O site de tecnologia Canaltech e a plataforma de mídia InLoco aceleraram a estratégia de anúncios da empresa. Por meio do AiQFome, entramos no mercado de delivery de refeições e reforçamos a recorrência no Superapp. O GFL fortalece nossa logística de última milha. E com a Stoq, passou a oferecer soluções de ponto de venda para varejistas. As aquisições da ComSchool nos permitem oferecer instrução digital aos nossos 47.000 vendedores. E entramos fortemente no mercado de meios de pagamento ao adquirir a HubFintech. Disponível em : <https://ri.magazineluiza.com.br/Download.aspx?Arquivo=FeVs+HjL58xA0IVqCKTjnw==> Acesso em: 23 de jun. 2022.

¹⁶ MAGALU (2022). Disponível em: <https://ri.magazineluiza.com.br/Download/Apresentacao-Resultado-4T21?=WjsRxBh2+9+ThX9pOYNC8A==>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

Figura 6 - Ecosistema da Magalu



Fonte: Magalu (2022).

Outrossim, para além dos exemplos apresentados, o CADE também não realizou qualquer análise sobre casos de concentrações envolvendo Facebook/Instagram, Google/Waze, Facebook/Whatsapp, Apple/Shazam e Google/Fitbit. Ainda que tais casos preencham as duas variáveis expostas anteriormente, quer seja de se tratarem de aquisições ou fusões e que possuam efeitos concorrenciais no mercado, por não preencherem a dupla-trava de faturamento para notificação não foram analisados pelo órgão antitruste nacional (GRIEBELER, 2021).

Tais problemas poderiam ser reduzidos caso o CADE utiliza-se a previsão do art. 88, §7º da Lei n. 12.529/2011, na qual se possibilita que até um ano após a data de consumação do ato de concentração a Autarquia possa requerer às partes a submissão dessa operação para análise concorrencial, no entanto tal artigo, quando considerado o número de julgamento feito pelo CADE, se encontra em claro desuso, não sendo a prática adotada pelo Órgão.

No estudo da Data Privacy denominou-se tal previsão como *clawback provision* e destacou-se que tal prática somente fora adotada em quatro oportunidades¹⁷, e em

¹⁷ i) Ato de Concentração n. 08700.006497/2014-06 – versava sobre a criação de uma *joint venture* entre Betunel Indústria e Comércio LTDA. Betunel, Centro-Oeste Asfaltos LTDA. Centro-Oeste e Greca Distribuidora de Asfaltos LTDA. Greca; ii) Ato de Concentração n. 08700.005959/2016-21 – sobre a aquisição de divisão de meios de contrastes para exames e sistemas de injeção da Mallinckrodt Group S.A.R.L. Mallinckrodt pela Guerbet S.A. Guerbet; iii) Ato de Concentração n. 08700.005972/2018-42 – aquisição pela SM Empreendimentos Farmacêuticos LTDA. SM Empreendimentos do capital social da All

nenhuma destas se tratavam de casos de ecossistemas digitais ou sobre possíveis efeitos conglomerados causados por plataformas digitais (GRIEBELER, 2021).

Decerto que no contexto de aquisições por ecossistemas de plataformas digitais, o instituto do Clawback Provision, conforme definido por Griebeler (2021), acaso utilizado, poderia se apresentar como uma forma razoável a ser adotado pelo órgão antitruste para análise de atos de concentração envolvendo empresas que apesar do baixo faturamento e alta competitividade, como é comum em uma economia que se utiliza dos serviços a preço-zero para expandir sua base de usuários.

Ainda que o CADE raramente tenha se posicionado dessa forma, o exercício dessa prerrogativa poderia se apresentar como eficaz para abordar preocupações relacionadas a concentrações abaixo dos critérios de notificações, fato que é uma característica desse mercado, poder-se-ia apresentar como uma solução que passa por uma mudança de postura do próprio órgão antitruste, sem necessidade de intervenção legislativa.

Ademais, é factível, e até compreensível em termos de estratégia negocial, que plataformas digitais que exerçam posição de liderança como aquelas que compõem a GAFAM busquem adquirir concorrentes em estágios iniciais de desenvolvimento, as chamadas *start-ups*, tendo por intuito prevenir qualquer ameaça a sua posição de dominância. Nesse contexto, as aquisições passam ao largo dos critérios de notificações ensejado em análise de faturamento, a introdução de novos parâmetros que tornem obrigatório a submissão previa pode reduzir o risco de negligência e proteger a inovação, preservando com isso as condições de competição do mercado.

Alternativas a estas problemáticas tem sido proposta em jurisdições antitrustes estrangeiras, na qual sem abdicar completamente do critério de faturamento, tem se acrescido do parâmetro do valor da operação como base para notificação obrigatória (SNELDERS, QC, MAYDELL, 2020). Tal mudança se justificaria porque na economia digital, apesar das empresas não preencherem o critério de faturamento, os valores negociais de compra tendem a refletir o racional negocial de forma mais clara, expondo os possíveis efeitos negociais dessa compra para a empresa incumbente.

Chemistry do Brasil LTDA. All Chemistry; e iv) Ato de Concentração n.08700.001227/2020-49 – que tratava sobre a aquisição pela Prosegur Brasil Transportadora de Valores e Segurança S.A. Prosegur de carros blindados e parcela da carteira de clientes da SACEL Servicos de Vigilância e Transporte de Valores-EIRELI SACEL.

Apesar disso, como se depreenderá no 4º Capítulo dessa tese, não se acredita que uma mudança de postura seja suficiente, mas sim se apresenta necessário uma rediscussão sobre os critérios de notificação obrigatória para os casos de atos de concentração em ecossistemas de plataforma digital, que não perpassem apenas por uma diminuição de valores, ou aumento, de faturamento para enquadramento de análise do órgão antitruste, não se visualiza-se este como caminho viável e nos próximos tópicos se destacará o porquê.

3.3 Critérios de Notificação na experiência internacional.

A formação de importantes conglomerados digitais, também denominados no curso dessa tese como ecossistemas digitais, a partir da integração de diversificação de produtos complementares por meio de fusões e aquisições é uma das características mais marcantes da economia digital e se deve, em grande parte as sinergias e dinamicidade crescente de usuários direcionados ao consumo de cada vez mais produtos.

Tal característica ocorre fundamentalmente quando os consumidores/clientes valorizam positivamente a escolha em comprar produtos ou serviços de um mesmo fornecedor, seja porque preferem receber uma única fatura devido aos menores custos de transação *one-stop shopping*, seja porque a empresa desenvolve vínculos entre os diferentes produtos para aumentar a complementaridade entre eles. As ligações que surgem das sinergias no consumo geram funcionalidades compartilhadas entre os produtos que levam à formação de um “ecossistema de produtos”. Como resultado, são gerados incentivos para que as empresas se expandam para novos mercados e desenvolvam novos produtos para o ecossistema. Embora esses ecossistemas impliquem benefícios para os consumidores, que reduzam os custos de busca e aproveitem as sinergias dos ecossistemas, eles podem levar a efeitos excludentes.

A autoridade antitruste britânica (CMA, 2020) argumenta que a formação de conglomerados digitais representa fortes barreiras à entrada, pois o controle que estes implicam sobre mercados adjacentes pode isolar a plataforma de ameaças de potenciais concorrentes inovadores e, portanto, reduzir a inovação. Desta forma, as Estratégias de Envolvimento de Plataforma implicam que uma plataforma dominante (aquela que envolve) em um mercado multilateral entra em um segundo mercado de plataforma

multilateral (o mercado-alvo), adquirindo, agrupando ou vinculando produtos de ambas as plataformas (GRECO; VIECENS, 2020).

Quando observamos a experiência internacional percebemos que a postura do CADE, e mesmo a legislação antitruste nacional ao definir critérios de notificação obrigatória a partir de parâmetros de faturamento, não se apresentam como pontos fora da curva, mas sim de uma prática que somente nos últimos anos tem aparecido um viés de mudança. Dessa forma, em geral no controle preventivo de estruturas, as fusões e aquisições de *start-ups* que possuam baixas participações de mercado ao adquirente têm sido tradicionalmente de pouca preocupação para os órgãos de concorrência, sem que seja considerado o potencial de inovação destas empresas e ainda o reflexo a concorrência no caso destas aquisições.

Ao contrário, se chegamos em um patamar que as *Big Techs* possuem um excessivo poder de mercado, tal fato se deu em razão de que as tentativas pregressas de que as autoridades antitruste ao tentar condicionar ou bloquear fusões com essas características, terminavam por ficar expostas ao risco de intervenção excessiva com a consequente revisão judicial (OCDE, 2020). Somente com os resultados de investigações para a indústria farmacêutica publicados no já célebre artigo de Cunningham *et al.*, (2021) que desencadearam uma preocupação marcante com a aquisição de empresas nascentes por empresas já estabelecidas (GRECO; VIECENS, 2020).

Com isso, a fim de se evitar que as operações de aquisição de concorrentes nascentes (ou *killer acquisitions*) fiquem a margem do controle *ex ante* de estrutura das agências antitruste devido ao baixo volume de faturamento das empresas adquiridas, relatórios órgãos de controle e especialistas tem recomendado mudanças nos critérios e limites de notificação, inclusive sugerindo uma diminuição nos valores de faturamento a fim de enquadrar estas pequenas empresas em termo de faturamento, mas com grande potencial inovativo (CMA, 2020; CRÉMER *et al.*, 2019; FURMAN *et al.*, 2019)¹⁸.

A título ilustrativo apresenta-se tabela a seguir que resume os limites de notificação para fusões e aquisições em países da América Latina:

¹⁸ Para saber mais, consulte: <https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2021/05/Guia-para-el-Analisis-de-Operaciones-de-Concentracion-Horizontales-mayo-VF.pdf> Acesso em: 23 de jun. 2022.

Tabela 3 - Limites de notificação para fusões e aquisições em países da América Latina

País	Critério adotado	Limite em US\$	Tipo de Limite
Argentina	Volume de Negócio ou Faturamento	US\$ 53 milhões	Conjunto (a soma da empresa incumbente e adquirida)
	Valor da Operação	US\$ 11 milhões	
Chile	Volume de Vendas	Individual: US\$ 17 milhões Conjunta: US\$ 93 milhões	Análise feita de forma individual entre a empresa incumbente e adquirida, e conjunta.
Colômbia	Renda operacional ou valor de ativos	US\$ 14 milhões	Conjunto (a soma da empresa incumbente e adquirida)
México	Valor da Operação, ou	US\$ 81 milhões	Análise feita de forma individual entre a empresa incumbente e adquirida, e conjunta.
	Volume de Vendas	US\$ 81 milhões	
	Valor de ativos e capital social transferidos	US\$ 38 milhões	
	Valor da venda dos ativos das partes	US\$ 216 milhões	
Peru	Venda de ativos	Individual: US\$ 19 milhões Conjunta: US\$ 126 milhões	Análise feita de forma individual entre a empresa incumbente e adquirida, e conjunta.

Fonte: Elaborado a partir de estudos de Raúl Katz (2015) para Comissão Econômica para América Latina e nos estudos de Esteban Greco e María Fernanda Viececs (2022).

Pelos dados a seguir percebe-se que há ainda uma tendência na América Latina de que os critérios de notificação obrigatórias fiquem atrelados ao volume do negócio, com a diferença residindo no montante em si.

Contudo, há de se destacar que os critérios de notificação obrigatória adotados pela Argentina e México tem o potencial de se apresentarem como mais adequados para capturar para análise potenciais aquisições de conglomerados/ecossistemas digitais de concorrentes nascentes que ainda não possuam um alto faturamento de vendas, em razão de que consideram o volume de negócio das partes em conjunto, bem como estabelecem como parâmetro o valor da transação, ao que já destacamos podem refletir a realidade do racional negocial por trás da aquisição.

Por outro lado, as legislações do Chile e Peru, assim como a brasileira, estabelecem limites individuais de faturamento, fato que pode ensejar na exclusão da notificação obrigatória a aquisição de empresas que como já afirmado podem ser utilizadas para manter o domínio do conglomerado digital, em razão de seu potencial tecnológico, mas que não possuem ainda um alto volume negocial de vendas.

É de se ressaltar que limites baixos de valores para o critério de faturamento, para estabelecimento de notificação de análise concorrencial de uma operação, não necessariamente significa que o órgão antitruste irá analisar a aquisição realizada pela plataforma de ecossistema digital, bem como não garante que esta análise, acaso ocorra, será feita da melhor forma.

Uma vez que ao reduzirmos os limites de faturamento ou da operação também se amplia o número de casos que serão analisados pela Autoridade Antitruste, fato que poderá causar um congestionamento de casos, inclusive daqueles que não geram efeitos concorrenciais relevantes, causando um verdadeiro engessamento da Autoridade. Nesse sentido, é interessante a experiência alemã, que ao invés de reduzir os limites de valores, os aumentou de forma significativa.

3.3.1 A experiência alemã

O controle de atos de concentrações econômicas em Estados-Membros da União Europeia observa um sistema dual, na qual as análises concorrenciais podem ser feitas tanto no âmbito interno pelas Autoridades Antitruste de cada país, ou pela Comissão Europeia. Em princípio, as operações que geram efeitos concorrências no âmbito de toda União Europeia devem ser examinadas essencialmente pela Comissão, trata-se de um controle exclusivo, e as demais pelos Estados-Membros (MENÉNDEZ, 2021).

No 4º Capítulo analisaremos como têm-se dado o controle de atos de concentração no âmbito de ecossistemas digitais, inclusive analisando um pouco o Digital Market Act, todavia, nesse momento nos interessa um pouco sobre a reforma dos critérios de notificações que se procederam no âmbito da Alemanha.

Em janeiro de 2021, o Parlamento alemão aprovou décima reforma de seu normativo concorrencial, também denominado como *German Competition Digitalisation Act (ARC)*, na qual visava essencialmente reformar os critérios de notificação para com isso pode analisar com mais detalhes e cuidado casos com impacto significativo na

concorrência e que versassem sobre mercados digitais. Ou seja, a mudança se concentrava essencialmente em regular o poder de mercado das *Big Techs* baseadas em um modelo de negócios digital, que costumam ser os principais atores em relação a aquisições de concorrentes nascentes (*killer acquisitions*) (SCHOENING; BROCK-WENZKE; VON SCHEREITTER, 2021).

Conforme mencionado, a mudança mais significativa trazida por esta reforma trata-se da elevação dos limites de volume de faturamento pré-estabelecidos para que a operação demandasse uma notificação obrigatório para atuação da autoridade antitruste daquele país (SCHOENING; BROCK-WENZKE; VON SCHEREITTER, 2021).

Em concreto, passou-se a exigir que volume comercial (faturamento) de pelo menos uma das empresas envolvidas na operação seja igual ou superior a 50 milhões de euros na Alemanha, e que o faturamento da empresa adquirida seja superior a 17,5 milhões de euros, conforme estabelecido no artigo 35.1.2 do ARC. Anteriormente estes limites eram estabelecidos em 25 e 5 milhões de euros respectivamente. Ou seja, no caso alemão houve uma invertida no que poderia se questionar como o mais lógico para análise de aquisições de empresas por ecossistemas digitais, ao invés de se considerar o critério alto de faturamento como empecilho, este foi trabalhado em sentido diverso.

Tal mudança de paradigma se explica pelo fato de que uma vez que os limiares alemães para notificação obrigatória eram anteriormente relativamente baixos, tal fato causava um engessamento da autoridade antitruste, bem como um desperdício excessivo de recursos por ter que revisar um grande número de operações por ano, já que praticamente quaisquer atos de concentração atingia os parâmetros para notificação. A título de exemplo, mesmo em períodos de pandemia afetando o mercado, foram recebidas mais de 1.200 notificações em 2020. Com a reforma e o aumento dos critérios de notificações a expectativa é uma redução desse número em pelo menos 40%. Dessa forma, esforços e recursos, como justificativa, poderiam ser direcionados para a revisão dos casos potencialmente mais problemáticos (SCHOENING; BROCK-WENZKE; VON SCHEREITTER, 2021).

Apesar da lei antitruste alemão também estabelecer como critério para análise valores atrelados ao volume de venda, esta estabeleceu uma particularidade voltada para capturar atos de concentrações que sejam realizados por grandes empresas em face daqueles que se encontram em crescimento, quer seja a de incluir a previsão de limite de valor de operação. Dessa forma, operações que afetam empresas sem grande volume de

vendas, mas com grande potencial competitivo, podem ser revistas e, assim, *killer acquisitions* não ficam sem análise por parte das autoridades concorrenciais (ALEMANHA, 2021).

O denominado conceito de valor da operação é apresentado no texto antitruste quando se refere a que a contraprestação da operação deve ser superior a 400 milhões de euros, sendo dessa forma de notificação obrigatória a autoridade antitruste. O artigo 38.4 do ARC elucida expressamente o que se compreende por “contraprestação”: trata-se de todos os bens e indenizações em espécie que o vendedor recebe do comprador relativamente à operação de fusão ou aquisição, e o valor das obrigações do vendedor assumidas pelo comprador após a operação (SCHOENING; BROCK-WENZKE; VON SCHEREITTE, 2021).

Neste sentido, a autoridade de concorrência alemã publicou o “Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification” Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG), para qual orientava a aplicação dos limites de valores de operação para fins de notificação obrigatório das operações. Tal mudança e orientação tinha por fito justamente promover o controle de operações de concentração que afetam empresas em fase de crescimento, com volume de vendas e faturamento relativamente baixo.

A experiência alemã deixa claro que a solução para problemática dos critérios de notificação obrigatória na legislação antitruste nacional, não pode passar pela simples diminuição dos parâmetros de faturamento, uma vez que isso pode exercer o papel totalmente contrário e aumentar o número de atos que demandem a análise do CADE, causando por consequência um efeito contrário.

No entanto, compreende-se que uma melhor solução para notificações obrigatórias no caso de análise de atos de concentração feito por ecossistemas de plataformas digitais deve retroagir algumas casas, antes da simples extinção do critério de faturamento, primeiro há de se definir o que seria uma plataforma digital para somente *a posteriori* analisar os parâmetros de notificação, ao qual este deve focar muito mais no número de usuários. Tais pontos serão tratados no Capítulo 4, onde se estabelecerá como deve se organizar a transição para o adequado parâmetro.

CAPÍTULO 4 - UMA PROPOSTA PARA REGULAÇÃO ECONÔMICA DOS ECOSISTEMAS DE PLATAFORMAS DIGITAIS (EPDs)

4.1 Considerações Iniciais

No primeiro capítulo foi apresentado o conceito de plataformas digitais e como estas evoluem para formar ecossistemas, ou seja, dentro de uma única plataforma há um gama de produtos e serviços, fato que tende a manter o usuário dentro do mesmo espaço, identificamos ainda os principais efeitos desse novo mercado e ainda as consequências concorrenciais. Já no segundo capítulo, trabalharam-se os conceitos de atos de concentração sob a perspectiva da teoria do dano concorrencial. O terceiro capítulo foi analisado casos de atos de concentração de plataformas digitais enfrentados pelo CADE e na qual se demonstrou os problemas existentes na legislação concorrencial brasileira e na metodologia de análise de atos de concentração ao qual foi desenhada para mercados tradicionais e que por vezes falha em analisar as fusões e aquisições desse novo mercado.

Nesse quarto capítulo se explorará as propostas de regulação econômica dos ecossistemas digitais na União Europeia e Estados Unidos e como estas podem influir para um modelo próprio ou adequado ao Brasil, sendo que na última parte apresentaremos uma sugestão legislativa de alteração da lei antitruste e, ainda, uma possível revisão metodológica de análise dos atos de concentração.

Ao retomarmos os conceitos outrora trabalhados, poder-se-ia considerar que toda e qualquer empresa que, no curso de suas atividades, utilize tecnologia para possibilitar interação de entre dois ou mais lados, entre fornecedores e usuários, poderia ser considerada como uma plataforma digital (REUVER, 2018). No entanto, compreende-se que esta não é a melhor definição uma vez que para uma empresa possa ser considerada como um ecossistema de plataforma digital deve preencher as seguintes características: a) deve propiciar a ocorrência de efeitos de rede, ou seja, na qual o valor da plataforma está correlacionado ao número de usuários e suas interações; b) altos retornos com baixos custos de produção e inclusive com a disponibilização de um serviço gratuito inicial com a intenção de aumentar a base de usuários; c) Intensidade de Dados, aqui temos a capacidade de uma plataforma possui de extrair o maior número de dados de seus usuários; d) custos de mudanças, as plataformas impõe um alto custo de saída para seus

usuários, uma vez que integrado na plataforma possuem dificuldade para migrar para uma nova (BELLEFLAME; PEITZ, 2021).¹⁹

O poder econômico de uma plataforma digital se expande a partir de modelos multilaterais, ou seja a partir do momento em que as plataformas passam a integrar dentro do seu sistema uma gama de produtos/serviços aos quais se apresentam como complementares aos seus outros serviços, tais atividades aumentam seu poder sobre o mercado e ainda a captação e fidelização dos consumidores, ao qual de forma estratégica aumentam os seus resultados suas vantagens competitivas em face de outros competidores (GLICK; RUETSCHLIN, 2019). A expansão das plataformas de forma colateral com a integração destes produtos/serviços, que por consequência aumentam os custos de saída dos usuários, é o que denominamos de ascensão dos ecossistemas digitais.

Em geral, a integração desses novos produtos/serviços acontece através de fusões e aquisições de competidores potenciais ou nascentes, em conformidade com o conceito trabalhado no capítulo 2. Com isso, temos a formação de plataformas digitais que implementam uma estratégia de expansão baseada em integração de instrumentos e mecanismos, com característica de complementariedade que possibilitam a expansão do valor de mercado da plataforma, com um ecossistema de fornecedores e consumidores (HEIN *et al.*, 2019). Conforme dados da *companiesmarketcap*²⁰ empresas como Meta, Google, Microsoft, Amazon e Apple totalizam mais de sete trilhões de dólares em capitalização de mercado.

Figura 8 - Ecossistemas simplificados.



¹⁹ Tais características são destacadas na figura 1 do 1º Capítulo.

²⁰ Para saber mais, consulte: <https://companiesmarketcap.com/>

Fonte: Elaborado por Filipe de Sarmiento Gonçalo Guerreiro (2022), a partir de dados da Statista.

A ascensão destes ecossistemas digitais é resultado da agregação de diferentes negócios, a partir de aquisições e fusões, que por resultado possibilita o aumento de uma vantagem competitiva capaz de gerar benefícios multilaterais consideráveis das plataformas. Dessa forma, o fortalecimento das plataformas, e suas ações atitudes com empresas dominantes, acende um alerta na academia e nos órgãos antitruste sobre uma possível necessidade de uma regulação específica para estes novos mercados digitais. No entanto, não há propriamente um consenso entre os autores sobre se seria necessário modificar o atual sistema normativo, ou não (EVANS, 2013), dentre estes há aqueles que defendem a necessidade apenas adaptar o sistema concorrencial atual (MA, 2022), e outros que defendem uma profunda modificação (KHAN, 2017).

Ao final, toda a discussão sobre o estabelecimento de uma nova regulação para os mercados digitais perpassa sobre a análise da capacidade de os atuais instrumentos normativos e metodologias de abordar e capturar as condutas anticompetitivas e aquisições nos mercados de plataformas.

Os autores que defendem que não deveria haver qualquer regulamentação específica para tratar das plataformas digitais compreendem que a lei atual seria suficiente para tanto. Por exemplo, Haucap e Heimeshoff (2014) afirmam que, em um mercado de dois lados, os efeitos indiretos de rede, a competição entre plataformas pode nem sempre ser eficiente, pois uma plataforma monopolista em um mercado concentrado poderia ser mais eficiente na coordenação de usuários inclusive sendo mais capaz de propiciar inovação e melhores serviços justamente pelo maior número de usuários (HAUCAP E HEIMESHOFF, 2014).

Ainda sob essa perspectiva, Evans (2013) aduz que as plataformas precisam sempre estar aprimorando a qualidade de seus serviços, e ainda, trazer sempre outras inovações, para evitar que os usuários mudem para plataformas rivais. Isso implica que essas empresas competem em um negócio com baixas barreiras de entrada e saída (EVANS, 2013), inclusive visualizamos conclusões parecidas com estas sendo tomadas pelo CADE quando investigamos alguns casos no capítulo 3 deste trabalho.

Contrariamente aos argumentos de regulação, Sokol e Comerford (2016) demonstram que os casos existentes ainda não evidenciam empiricamente os argumentos necessários para apoiar uma mudança na lei antitruste. Ademais, a entrada no mercado

digital em geral é baixa e os incumbentes não possuiriam as vantagens de armazenar dados, inclusive pelo fato de que os dados já seriam regulados por legislação específica, mas os novos ingressantes do mercado podem facilmente coletar dados novos e diferenciados por meio de novos produtos (SOKOL; COMERFORD, 2016).

Outros autores manejam a tese de que o instrumento de análise neoclássico, inicialmente voltado para mercados tradicionais e que adotem a teoria do dano conforme retratada no Capítulo 2, é essencialmente útil para dirimir ações anticompetitivas e os atos de concentrações provenientes das plataformas digitais, embora algumas alterações metodológicas na análise do órgão antitruste sejam propostas. Por exemplo, Tirole (2022) argumenta que a legislação antitruste é, de fato, elaborada de forma ampla o suficiente para que muitas das práticas e consequências geradas pelas plataformas possam ser analisadas pelas leis vigentes (TIROLE, 2022). Seria o caso, por exemplo, da previsão §7º, art. 88 da Lei 12.529, de 2011²¹, ao qual possibilitaria enquadrar outros casos que não passassem pelo crivo do critério de notificação por faturamento, mas que poderiam *ex post* no prazo de 1 ano, a contar da data do ato de concentração, serem analisados pelo órgão antitruste.

De forma contrária, não é estranho o movimento acadêmico e mesmo legislativo daqueles que entendem como necessária e urgente uma forma de regulação das plataformas digitais. Por exemplo, Khan (2017), após uma análise das políticas anticompetitivas da Amazon nos EUA, conclui que, sem que a lei considere as características das plataformas digitais e o potencial de exercer um poder relevante de mercados, corre-se o risco de permitir o crescimento do poder das plataformas, ainda mais (KHAN, 2017).

Destaque-se, que diversos autores (CIRIANI; LEBOURGES, 2018; DOLATA, 2021; HAGIU; WRIGHT, 2015) concordam que as plataformas digitais possuem características específicas que justificam as adequações na legislação antitruste ou ainda o estabelecimento de uma nova para prevenir ações abusivas por parte das plataformas. Essas características podem ser resumidas em: a) Desequilíbrio do poder de negociação entre as plataformas e as empresas fornecedoras de serviços através do ecossistema; b) Controle do ecossistema (usuários, fornecedores, anunciantes, desenvolvedores de software, fabricantes de aplicativos e acessórios) pela própria plataforma, fato que por

²¹ Art. 88 (...) § 7º É facultado ao CADE, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

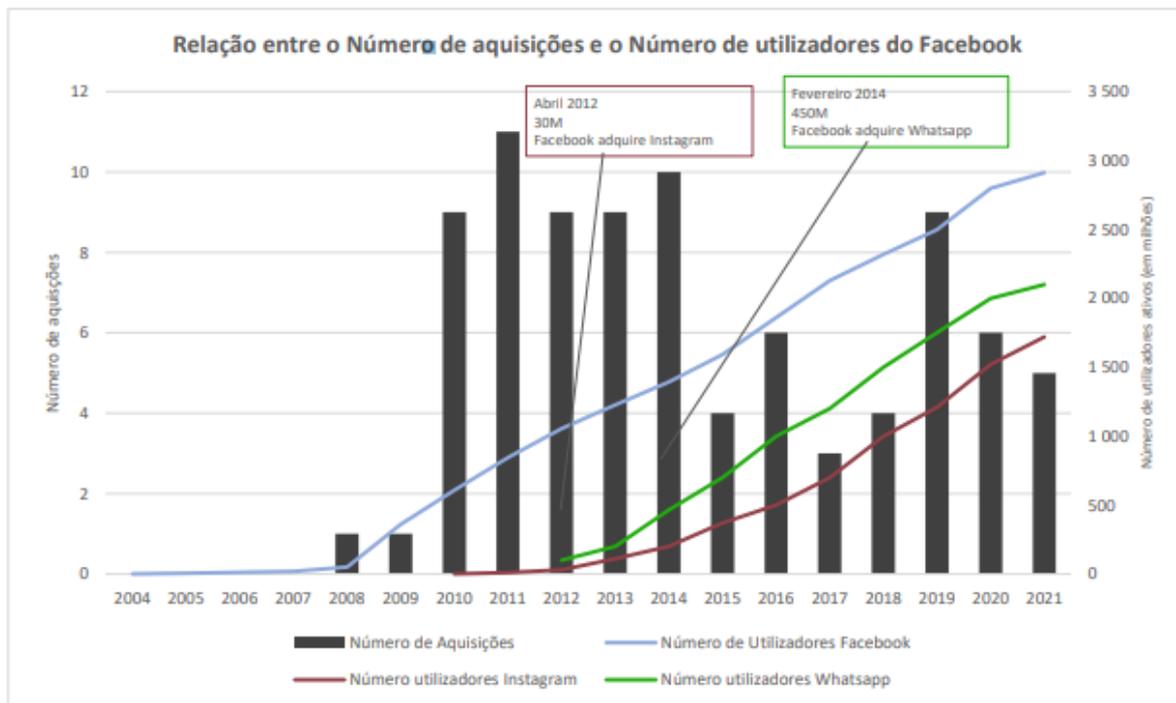
óbvio pode dificultar a inovação; c) Acúmulo de dados dos usuários que podem ser utilizados pelos algoritmos das plataformas; d) Altas barreiras à entrada no ecossistema da plataforma, na qual os usuários devem se adequar a governança da plataforma e seus termos de serviços; e) Redução do bem-estar do consumidor (discriminação de preços, publicidade direcionada ou abuso de privacidade).

Nesse sentido, Stucke (2018) definiu as plataformas digitais como “dadopólios”, ou seja, são capazes de armazenar uma grande quantidade de dados dos usuários, seja em razão dos serviços gratuitos ou ainda daqueles propiciados por fornecedores externos que passam a ser integrados ao ecossistema. Nos ecossistemas, as plataformas são integradas verticalmente, e tendem a ter um comportamento anticoncorrencial seja por meio de fusões e aquisições ou ainda por práticas anticompetitivas, como auto preferência de seus próprios produtos e serviços, exclusão de fornecedores terceiros e compressão de margens de lucros (STUCKE, 2018). Prat e Valletti (2021) dissertam que, após fusões ou aquisições de plataformas incumbentes com potenciais ou nascentes, o mercado possivelmente sofrerá com gargalos que levarão, por exemplo no caso de anúncios, a preços mais altos, menos anúncios vendidos pelos entrantes e possivelmente um menor bem-estar do consumidor.

Uma característica essencial das plataformas digitais que reforça a necessidade de regulação, é a característica de *The Winners Take it All*, na qual quanto mais uma plataforma expande seu número de usuários, ou ainda adquire uma outra empresa, seja *start-up* ou uma concorrente potencial, sua capacidade de mineração de dados se expande, e sua análise algorítmica melhora significativamente possibilitando sua dominância no mercado e excluindo outros concorrentes, tais fatos fazem com que as barreiras de entrada nesse mercado digital tornem-se cada vez mais difíceis (MOON *et al.*, 2017; STUCKE 2018).

Essa prática de *The Winners Take it All* estimula o processo de aquisição das plataformas digitais, que ao integrarem novos serviços complementares e interdependentes, aumentam sua influência no mercado e possibilitam o seu crescimento de usuários. Veja-se o caso do Facebook, com as aquisições do Whatsapp e Instagram, na qual conforme gráfico abaixo, é possível perceber uma relação entre o aumento do número de aquisições (de serviços interdependentes) e o número e utilizadores do ecossistema digital:

Figura 10 – Relação entre o número de aquisições e o número de utilizadores do Facebook



Fonte: Elaborado por Filipe de Sarmiento Gonçalo Guerreiro (2022), a partir de dados da Statista.

Dessa forma, são diversos os argumentos que se têm dado a favor da regulamentação e atualização das agências antitruste, inclusive no que se refere as metodologias de análise de poder de mercado, e, ainda, que estas dediquem seus esforços à regulação econômica de plataformas digitais, inclusive nesse trabalho defende-se essa ideia e explorou-se didaticamente nos capítulos antecedentes. Essa discussão também ocorreu em várias organizações multilaterais com resultados diferentes, mas nesse trabalho reduziremos nossa análise ao processo de regulamentação iniciado na União Europeia e no Estados Unidos, e exploraremos em como estes podem influir para o caso brasileiro.

4.2 Comissão Europeia: Digital Markets Act (DMA)

Deve-se registrar que inicialmente o posicionamento adotado pela União Europeia era a de que as legislações antitruste, até então vigentes, seriam capazes de conter os possíveis problemas existentes no que se refere as plataformas digitais, no entanto posteriormente como se perceberá esse posicionamento foi revisto e, principalmente pelo

fato de que, conforme relatórios da própria Comissão Europeia (2020), no ano de 2019 a economia digital representava entre 4,5% a 15,5% do PIB mundial, e seguia em constante expansão, necessitando de um novo mecanismo que fosse capaz de regular.

A União Europeia (UE) sempre teve um enorme cuidado no que se refere a proteção de dados pessoais, e isso pode-se perceber quando da atualização de sua diretiva de 1995 em 2016, na qual representa um dos primeiros marcos para uma nova proteção de dados nos países-membros. No entanto, nesse mesmo ano a Comissão Europeia publicou relatório na qual destacava os benefícios das Plataformas e mercado digital e seu caráter inovador e disruptivo, concluía-se na referida diretriz que os atuais, à época, instrumentos de regulação da concorrência seriam suficientes para prevenir qualquer tipo de abuso por parte das grandes plataformas (COMISSÃO EUROPEIA, 2016). Veja-se aqui que o primeiro posicionamento adotado na Zona do Euro compreendia que os parâmetros legais contemporâneos se apresentavam como capazes de controlar e impedir a dominância de uma plataforma sobre o mercado europeu.

E de fato foram esses instrumentos, utilizados pela autoridade antitruste europeia que serviram para autuar os abusos de poder dominante nos casos Google/Shopping (COMISSÃO EUROPEIA, 2017), Google/Chrome (COMISSÃO EUROPEIA, 2020) e Google/AdSense (COMISSÃO EUROPEIA, 2022a)²².

Ainda esclarecendo o caminho tortuoso que levou a União Europeia a regular as plataformas digitais, deve-se destacar que no ano de 2017, emitiu-se um relatório denominado como “Construir uma economia europeia dos dados” (COMISSÃO EUROPEIA, 2017), na qual o órgão europeu inicialmente considerava legítima a extração de dados por grandes plataformas e não observava qualquer intercorrência problemática para o campo concorrencial. Todavia, em 2020, em uma mudança de posicionamento, já no relatório denominado como “Estratégia europeia para os dados” (COMISSÃO EUROPEIA, 2020), afirmou-se que a vantagem em termos de extração de dados permite às grandes empresas tomarem ações anticompetitivas de plataformas, ou mesmo terem vantagens no processo de aquisições de concorrentes potenciais e nascentes. Tais ideias

²² Nos três citados acórdãos da Autoridade de Concorrência da UE demonstrou-se que o sistema de busca Google privilegiava os seus próprios serviços de compras online (autopreferência) em detrimento dos seus concorrentes; ademais, constatou-se que o sistema operacional Android fortaleceria seu mecanismo de busca e o posicionaria em todo o mundo em posição de vantagem sobre os demais; e ainda que o Google consolidou sua posição dominante no campo da publicidade. As multas foram estabelecidas em 2,7, 5 e 1,700 bilhões de dólares, respectivamente (COMISSÃO EUROPEIA, 2017; 2020; 2022a).

serão posteriormente melhores desenvolvidos pela Comissão Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2020) principalmente com a criação do conceito de *gatekeepers* que passará a ser utilizado para se referir as grandes plataformas, o que mais à frente esclareceremos.

Esses novos posicionamentos lastreados nos últimos relatórios expedidos, e citados anteriormente, aliados as pragmáticas experiência concreta nas investigações sobre condutas anticompetitivas do Google, e mesmo as críticas acadêmicas sobre a falta de intervenção nas aquisições promovidas pelo Facebook, convenceram a Comissão Europeia sobre a necessidade de atualizar seus regulamentos antitrustes e mesmo elaborar mecanismos específicos que protegessem os mercados e usuários. Dessa forma, foram aprovadas em julho de 2022 o Digital Service Act (DSA) e o Digital Market Act (DMA), sendo que o primeiro regulamento está ligado ao controle de *fake news* nas plataformas, enquanto que o segundo se trata de um verdadeiro marco da regulação antitruste na Europa.

O objetivo do DSA é parecido com os termos que atualmente se discutem no Brasil no âmbito do PL n. 2.630/2020²³, para que com isso não haja remoção injusta de conteúdo pelas plataformas, fato já discutido no Brasil no âmbito Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014), e ainda presente no referido regulamento a preocupação quanto as *fake news* principalmente para evitar a disseminação destas e proteger usuários finais, bem como evitar possíveis manipulações realizadas por plataformas através de seus algoritmos. Com uma articulação bastante precisa, a estrutura do DSA é composta por mecanismos de transparência, governança e sanções. A transparência está ligada aos processos de remoção de conteúdo, sua justificativa, possibilidade de reparo e inspeções de sistemas algorítmicos. Para a governança, são determinados conselhos *ad hoc*, e as sanções podem chegar a 6% do faturamento global das empresas (COMISSÃO EUROPEIA, 2022a). Apesar, de não ser esse o tema do presente trabalho, é interessante mencionar uma vez que tanto o DAS quanto o DMA foram elaborados conjuntamente em um movimento na qual se preocupa com o grande poder das plataformas digitais.

Por outro lado, o DMA tem como precípua função defender e propiciar a concorrência a fim de desenvolver um mercado equilibrada no setor digital entre as grandes plataformas, ao qual passam ser denominadas de *gatekeepers*. Resumidamente a

²³ Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2256735>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

estrutura deste regulamento pode ser dividida esquematicamente entre: a) as obrigações para as plataformas; b) transparência; e c) governança. Nas quais as primeiras impõem que as plataformas não tomem qualquer ação que possa reduzir ou prejudicar a concorrência, seja com manipulação de dados ou algoritmos, promovendo a portabilidade de dados, ou ainda realizando *killer acquisitions*. Em relação à transparência, as plataformas são obrigadas a reportar fusões, fazer relatórios e permitir inspeções *in loco*, no caso as sanções podem chegar a 10% do pagamento do faturamento global da plataforma. Em termos de governança, caberá a Comissão Europeia a análise das práticas anticoncorrenciais, através de um órgão constituído e presidida por esta e composto por um membro de cada um dos Estados da U.E (COMISSÃO EUROPEIA, 2022a).

Um conceito essencial para aplicabilidade do DMA é o de *gatekeepers*, aos quais seriam basicamente as plataformas que se enquadrem como provedores de serviços digitais. Ou seja, seriam plataformas digitais aos quais são capazes de operar uma significativa influência no mercado interno da União Europeia, nesses casos estes players podem atuar como *core platform services*²⁴, com isso atuando como uma “porta de entrada” nos mercados digitais para outras empresas que forneçam e atinjam seus clientes através da plataforma e com isso estas detenham ou possam deter uma posição consolidada, duradoura e com isso sendo capaz de estabelecer barreiras de entrada (COMISSÃO EUROPEIA, 2022a).

No texto normativo da União Europeia (2022a), estabeleceram-se três critérios para caracterizar uma plataforma como *gatekeeper*:

1. Uma empresa é designada como controlador de acesso se:
 - a) tiver um impacto significativo no mercado interno;
 - b) prestar um serviço essencial de plataforma que constitui uma porta de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos utilizadores finais;
 - e
 - c) Beneficiar de uma posição enraizada e duradoura nas suas operações ou se for previsível que possa vir a beneficiar de tal posição num futuro próximo.
- (UNIÃO EUROPEIA, 2022a).

Apesar dos conceitos acima aparentarem serem amplos, o regulamento europeu preocupa-se em tentar traçar maiores delimitações. No que se refere a alínea a, para definir se uma plataforma é capaz de influir no mercado interno da União Europeia, o

²⁴ São exemplos de *core platform services*: serviços de intermediação online; serviços; motores de pesquisa online; serviços de redes sociais; plataformas online de partilha de vídeos; serviços de comunicações interpessoais independentes do número; sistemas operativos; serviços de computação em nuvem e serviços de publicidade online.

regulamento estabelece como parâmetros que a plataforma deve ter tido um volume de negócios anual na União igual ou superior a 7,5 bilhões de Euros nos últimos três exercícios, ou ainda, que possua uma capitalização e que seu valor de mercado totalize ao menos 75 bilhões de Euros no último exercício. Uma última possibilidade é a de prestar um serviço de plataforma essencial em pelo menos três dos Estados-Membros (COMISSÃO EUROPEIA, 2022b).

Para caracterizar o segundo requisito, quer seja o de servir como porta de acesso ou entrada para outros fornecedores, o regulamento estabelece que deve a plataforma possuir ao menos 45 milhões de usuários finais ativos mensalmente, situados na União Europeia, e ainda 10 mil usuários profissionais, ou seja, fornecedores comerciais que utilizem os serviços da plataforma (COMISSÃO EUROPEIA, 2022b).

No que se refere ao terceiro critério, será considerado uma plataforma que ocupa uma posição enraizada e duradoura. Aquela que tenha os números do parágrafo acima de usuários e fornecedores utilizando a plataforma no período de três exercícios financeiros (COMISSÃO EUROPEIA, 2022b).

Nos casos em que a plataforma preencha todos os requisitos acima e se enquadre ao conceito de *gatekeepers*, a esta caberá a imposição de notificar a Comissão Europeia no prazo de dois meses sobre o fato de ter preenchido tais requisitos, oportunidade em que deve ainda encaminhar os dados de faturamento, número de usuários e os principais serviços prestados pela plataforma, momento em que a comissão enquadrará a plataforma como *gatekeepers* e aos quais passaram a ser avaliados as condutas anticoncorrenciais e mesmo os futuros atos de concentração do *player*.

Ademais, o regulamento independentemente da notificação permite que a Comissão Europeia *ex officio* caracterizar uma plataforma como *gatekeeper* ainda que não ocorra a notificação. Ressalte-se que como as regras para *gatekeeper* são mais precisas e rigorosas o regulamento permite que as plataformas contestem sua caracterização, hipótese que caberá a comissão avaliar caso a caso a situação das empresas.

O DMA permite ainda que a Comissão Europeia caracterize plataformas que não atendam aos requisitos de faturamento como *gatekeepers*, tal faculdade é possível desde que se observem os requisitos contidos no regulamento:

- a) A dimensão, incluindo o volume de negócios e a capitalização bolsista, as operações e a posição da empresa;
- b) O número de utilizadores profissionais que utilizam o serviço essencial de plataforma para chegarem aos utilizadores finais e o número de utilizadores finais;
- c) Os efeitos de rede e as vantagens «decorrentes dos dados», nomeadamente em relação ao acesso e à recolha de dados pessoais e dados não pessoais por parte da empresa ou às suas capacidades analíticas;
- d) Quaisquer efeitos de escala e de gama de que a empresa beneficie, incluindo no respeitante aos dados e, quando pertinente, às suas atividades fora da União;
- e) O bloqueio dos utilizadores profissionais ou utilizadores finais, incluindo os custos de alternância e os enviesamentos comportamentais que reduzem a capacidade dos utilizadores profissionais e dos utilizadores finais de mudar de fornecedor ou beneficiar da possibilidade de recorrer a diferentes serviços;
- f) Uma estrutura empresarial de conglomerado ou a integração vertical da empresa, que lhe permita, por exemplo, proceder à subsidiação cruzada, combinar dados de fontes diferentes ou potencializar a sua posição; ou
- g) Outras características estruturais empresariais ou do serviço.

A caracterização como *gatekeepers* é essencial para aplicação da norma antitruste as plataformas digitais, principalmente para atuação da Comissão Europeia a fim de prevenir práticas anticoncorrenciais decorrentes de atos de concentração e ou de condutas anticompetitivas.

No que se refere aos Atos de Concentração, o regulamento em seu art. 14º, estabelece que uma vez caracterizado a plataforma como *gatekeepers*, que qualquer operação de concentração deve ser comunicada a Comissão Europeia antes de sua realização, independentemente dos valores atingirem os critérios de notificação ou não (COMISSÃO EUROPEIA, 2022b).

As informações a serem prestadas a Comissão Europeia devem descrever as empresas que participam do ato de concentração, o volume de negócios anual no âmbito

União Europeia e a nível mundial, as áreas de atividade diretamente relacionadas com o ato de concentração, os valores do ato, ou uma estimativa, bem como uma lista dos Estados-Membros afetados. Deve-se ainda informar os números de usuários que estarão envolvidos no ato, seja ativo pessoa física ou comerciais.

O Regulamento DMA ainda traz uma previsão interessante para os casos em que uma plataforma, que não esteja enquadrada como *gatekeepers*, realizem ato de concentração e em razão disso passem a preencher os critérios para um novo enquadramento, devem posteriormente notificar a Comissão Europeia no prazo de 2 meses.

O DMA ainda estabelece um extenso rol de medidas e procedimentos específicos que devem ser adotados pela Comissão, a fim de analisar as condutas e os atos de concentração após a caracterização da plataforma como *gatekeepers*. Tais procedimentos abarcam desde de pedidos de informações até instauração de procedimentos investigativos com a previsão de recomendações de caráter obrigatório, e uma vez que houver o descumprimento determinará que as condutas cessem ou que se suspenda os atos de concentração, nesses casos as sanções/multas podem ser estabelecidas no percentual de até 10% (dez por cento) do faturamento total no exercício financeiro anterior.

4.3 Projetos de Lei Antimonopólio nos Estados Unidos

O Comitê Judiciário do Congresso dos Estados Unidos²⁵, em 03 de junho de 2019, instaurou uma investigação bipartidária sobre as práticas concorrenciais em mercados digitais nos Estados Unidos. Os objetivos da investigação foram três: a) detalhar os problemas enfrentados pela concorrência no setor de tecnologia; b) examinar se as empresas dominantes praticam conduta anticompetitiva; e c) avaliar se as leis antitruste existentes, as políticas de concorrência e seus atuais níveis de aplicação são adequados para lidar com essas questões.

O foco da investigação promovida pelo comitê focou principalmente sobre as plataformas Google, Amazon, Facebook e Apple, seja pela “*importância que têm na*

²⁵ Press Release. House judiciary committee launches bipartisan investigation into competition in digital markets, 2020. Disponível em: <https://judiciary.house.gov/news/documentsingle.aspx?DocumentID=2051>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

economia dos Estados Unidos, quer pela sua dimensão, quer pelo serviço de infraestrutura que prestam para comunicações e comércio de bens e serviços” (CÂMARA DOS REPRESENTANTES DOS EUA, 2020). As conclusões prévias foram a de que as *Big Techs*, atuam como guardiãs (*gatekeepers*) de importantes canais de distribuição nos mercados de caráter digital. Esse controle permite cobrar taxas, impor cláusulas contratuais abusivas e extrair dados valiosos de usuários e empresas que deles dependem dos instrumentos das plataformas. Esta posição também permite manter o poder de mercado.

A governança e o controle da plataforma digital garantem a capacidade de monitorar outras empresas, identificar potenciais rivais, copiar seu modelo de negócios ou excluí-las do mercado – comprando-as ou impedindo seu acesso à plataforma – para neutralizar a ameaça competitiva (CÂMARA DOS REPRESENTANTES DOS EUA, 2020). Na investigação constatou-se que vários participantes afirmaram que nestes mercados digitais dominados por pouquíssimas plataformas, estes tiveram de aceitar condições para ingressar nas plataformas, o que em situações justas e de igualdade de concorrência não aceitariam (CÂMARA DOS REPRESENTANTES DOS EUA, 2020). Esse poder das plataformas é principalmente reforçado pelas aquisições e fusões dessas grandes plataformas.

Em seu relatório o Comitê ainda constatou que o expressivo poder de mercado exercido por poucas plataformas, possui o potencial de gerar graves danos a economia norte-americana e mesmo a democracia (CÂMARA DOS REPRESENTANTES DOS EUA, 2020). Constatou-se que o acentuado poder das grandes plataformas prejudica a dinâmica da economia, uma vez que estes deterioram a capacidade inovadora do setor da economia digital, bem como o surgimento de novas empresas, uma vez que estas seriam criadas somente para posterior aquisição pelas *Big Techs*. Dessa forma, o número de novas empresas no setor diminuiu, assim como a taxa de empreendedorismo (a proporção de novas empresas sobre o total de empresas do setor). Esse fenômeno inclusive, conforme conclusão do comitê, contribuiu para desaceleração na criação de empregos (CÂMARA DOS REPRESENTANTES DOS EUA, 2020).

Ainda nesse sentido, as grandes plataformas impossibilitam o acesso de empresas nascentes a investimentos, uma vez que os investidores tendem a evitar financiar empresas que competem com grandes plataformas, estabelecendo “zonas de morte” para

o investimento. Esse fenômeno ajuda a isolar grandes plataformas de ameaças competitivas (CÂMARA DOS REPRESENTANTES DOS EUA, 2020).

Quanto ao uso de dados, interessante as conclusões do comitê investigativo, ao qual constatou que a constante e/ou perpetua mineração de dados pela plataforma, possibilita a utilização indevida de dados pessoais, violando a privacidade dos usuários, e nesse caso nem mesmo as leis de proteções de dados e suas autoridades são capazes de limitar esse poder. Na ausência de empresas que possam representar uma ameaça competitiva para as grandes plataformas, elas têm menos incentivos para o uso responsável dos dados. Isso é fundamental para entender o poder de mercado das grandes plataformas, em mercados onde o preço dos serviços é zero (CÂMARA DOS REPRESENTANTES DOS EUA, 2020).

Outrossim, no relatório final destacou-se de forma clarividente que o excessivo poder das grandes plataformas, e sem a previsão da devida regulamentação, representava riscos para as liberdades políticas e econômicas. Inclusive no curso das investigações, algumas das empresas com participação nesses mercados, e que utilizam as plataformas das *Big Techs*, se recusaram a prestar depoimento por medo de sofrer represálias econômicas. Por exemplo, um advogado que representa empresas que desenvolvem aplicativos mencionou que *“eles têm medo de represálias que a Apple possa tomar”* e até que *“as comunicações podem ser monitoradas”*, ou seja a prática remete ao fato de que as demais participantes do mercado se sentem intimidadas (CÂMARA DOS REPRESENTANTES DOS EUA, 2020).

O relatório final do Comitê de Investigação encerra seus trabalhos realizando essencialmente três recomendações gerais, que por consequência passaram a orientar os trabalhos no Congresso Americano principalmente no sentido de renovar sua lei antitruste: a) a necessidade de elaboração de um conjunto de regulamentos setoriais para plataformas; b) a modificação das leis antitruste existentes; e c) a estrita fiscalização de seu cumprimento pelas autoridades antitrustes (CÂMARA DOS REPRESENTANTES DOS EUA, 2020).

Como consequência do Relatório Final do Comitê, o Congresso dos EUA elaborou ao menos 5 projetos de leis, que tentam incorporar as recomendações expedidas com alterações da lei concorrencial. Dessa forma, elaboraram projetos que visavam promover a concorrência nos mercados digitais, através da “redução das barreiras de entrada e dos custos de saída dos consumidores e fornecedores (ACCESS ACT OF,

2021), o que seria focado em uma portabilidade de dados; discriminação de condutas excludentes por plataformas digitais que poderiam ser consideradas ilegais (*American innovation and Choice online Act*) e eliminação de conflitos de interesse que surjam da propriedade ou controle simultâneo de uma plataforma online e outros negócios pelos agentes dominantes (*Ending platform monopolios Act*).²⁶

Os projetos acima mencionado estariam mais focados na análise de condutas anticompetitivas propriamente ditas, para além destes, tramitam também no Congresso Norte-Americano dois projetos que focam especificamente nos atos de concentração, ao qual é a temática estudada nesse trabalho, quer sejam visando promover a concorrência e oportunidades econômicas ao estabelecer a ilegalidade de certas aquisições (*Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act*) e promover medidas antitruste e proteger a concorrência por meio do ajuste de taxas pré-fusão (*Merger filin fee Modernization Act*).

Dentre estes projetos dedicar-se-á um tempo para analisar em detalhes o *Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act*, uma vez que este trata em detalhes sobre a reforma de posicionamentos quanto os atos de concentração feitos pelas plataformas digitais. O projeto foi apresentado em 4 de fevereiro de 2021 pela Senadora Amy Klobuchar ao qual exercia o cargo de Presidente do Subcomitê Judiciário de Concorrência e Direitos do Consumidor²⁷.

O objetivo principal do referido projeto era o de modificar os regulamentos concorrenciais vigentes nos Estados Unidos. Para tanto, o projeto de lei aglutinava as principais alterações em quatro fundamentos basilares: a) alterar a norma legal sobre fusões e aquisições; b) alterar a definição do mercado relevante, principalmente para os casos de mercados digitais; c) especificar os comportamentos de exclusão e discriminação perpetrados pelas plataformas; e d) fortalecer as autoridades antitruste.

O relatório do Subcomitê da Câmara dos Representes, com a finalidade de proteger todos os players do mercado, recomenda que haja fortalecimento da Lei Clayton (responsável por regula as fusões aquisições) a fim de proibir aquisições por grandes plataformas de concorrentes potenciais e emergentes. Para chegar a essa finalidade, o texto normativo deveria elucidar que a aquisição pela plataforma dominante deve em

²⁶Disponível em: <https://www.congress.gov/>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

²⁷Press Release. Senator Klobuchar Introduces Sweeping Bill to Promote Competition and Improve Antitrust Enforcement. Disponível em: <https://www.klobuchar.senate.gov/public/index.cfm/news-releases?ID=A4EF296B-9072-4244-90AF-54FE43BB0876>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

geral ser considerada como anticompetitiva, ainda que não haja comprovação que os rivais adquiridos possam entrar ou permanecer no mercado caso a operação não se concretize, haveria assim uma presunção de posição dominante (WU, 2020; KWOKA, 2020). Nesse sentido a recomendação do comitê foca em estabelecer uma presunção anticompetitiva contra aquisições de *startups* por plataformas dominantes que operem no mesmo mercado e em mercados adjacentes (LEMLEY, 2020).

Com isso, seguindo as recomendações estabelecidas pelo Comitê, o Projeto da Senadora Amy Klobuchar busca endurecer a regulamentação sobre fusões e aquisições anticompetitivas, modificando o artigo 7 da Lei Clayton. Nesse sentido, o texto normativo em discussão tenta estabelecer parâmetros estruturais objetivos para vedar uma fusão entre concorrentes potenciais e nascentes de um mesmo mercado de uma plataforma dominante. Outrossim, propõe definir explicitamente uma série de efeitos potenciais que embasem a decisão de vedação, aos quais incluiriam a possível diminuição de qualidade dos produtos ou serviços, redução das opções de escolha, menor inovação, exclusão de concorrentes, aumento das barreiras de entrada no mercado e aumento dos preços para o consumidor final.

Curiosamente ainda altera a ordem e o ônus de prova, ao qual caberia exclusivamente a plataforma incumbente, principalmente pelo seu caráter dominante, a responsabilidade por demonstrar, de forma pragmática e com evidências, de que a operação não teria o condão de produzir efeitos anticoncorrenciais.

O Projeto de Lei propõe alteração do artigo 1º da Lei Clayton ao qual teria incorporado ao seu texto a expressão e definição de poder de mercado. Essa alteração é relevante porque permitiria esclarecer que em quais os momentos o referido poder é exercido pelas plataformas digitais, ou seja, restaria clara a situação de poder concernente na capacidade de impor termos ou condições lucrativas de preço, quantidade e/ou qualidade de um produto ou serviço, ou outros termos que afetem negativamente o valor da contraprestação e que não possam ser impostas em um mercado competitivo (CYPHER, DOCTOROW, 2021).

O atual texto do art. 7 da Lei Clayton estabelece claramente a proibição de aquisições cujo efeito possa reduzir substancialmente a concorrência ou tender a criar um monopólio. No entanto o projeto de lei propõe substituir o termo reduzir substancialmente por criar um risco apreciável de diminuir materialmente a concorrência, tal fato ocorre

para possibilitar considerar uma presunção de danos a concorrência nas aquisições realizadas por grandes plataformas e justificar a imposição de inversão do ônus da prova.

Apesar do referido projeto trabalhar os conceitos de presunção de ato anticoncorrencial, também estabelece que o risco material de diminuição da concorrência deverá e poderá ser estabelecido por meio de parâmetros objetivos relacionados à estrutura dos mercados digitais, aos quais devem ser analisados em quatro casos:

- a) Deve ser avaliado se em decorrência da aquisição houver um aumento significativo da concentração em qualquer mercado relevante, fato que possa possibilitar a empresa incumbente exercer uma posição dominante de forma unilateral e rentável.
- b) Caso o adquirente detenha uma quota de mercado superior a 50%, ou ainda, tenha uma posição dominante em algum mercado; e, em razão da aquisição, passou a controlar entidades ou ativos com os quais concorre, ou com os quais teria razoável probabilidade de concorrer no mesmo mercado.
- c) Caso em razão da aquisição ou fusão, o adquirente controlar entidades ou ativos com quota de mercado superior a 50%, ou com posição dominante em qualquer mercado; e que competem, ou são razoavelmente prováveis de competir, com o adquirente no mesmo mercado relevante.
- d) Se a aquisição der origem à combinação de entidades ou ativos concorrentes, ou com razoável probabilidade de o fazer; e o adquirente, ou as entidades ou ativos sob seu controle, impeçam, limitem ou interrompam a interação coordenada entre concorrentes no mesmo mercado relevante, ou tenham probabilidade razoável de fazê-lo.

Essas quatro presunções estruturais previstas no texto da Senadora Amy Klobuchar tem o condão de facilitar a tarefa da Autoridade Antitruste na análise dos atos de concentração, principalmente na construção do argumento que conclua pela necessidade de se impedir uma fusão ou aquisição nos mercados de dinâmica digital. Qualquer operação que incida em qualquer uma dessas presunções ou condições deve ser considerada como potencialmente lesiva a concorrência. Além disso, ao inverter o ônus da prova para a ré, não é necessário provar o prejuízo à concorrência, mas apenas demonstrar a participação de mercado dos atores envolvidos como indício de domínio,

cabendo a empresa incumbente caso deseje apresentar as provas para contestar tais previsões (KADES *et al.*, 2020).

Na investigação do Comitê da Câmara Norte-Americana, constatou-se que um dos problemas da análise antitruste, seria a necessária definição de um mercado relevante para avaliar se um ato poderia ser ou não considerado como anticoncorrencial, dessa forma recomendou-se uma revisão deste conceito. Verificou-se que em mercados digitais aos quais se apresentam em constante mudança devido ao progresso tecnológico, as funções e serviços fornecidos pelas plataformas surgem, mudam e combinam-se entre si de forma imprevisível. Nesse contexto, a análise qualitativa de suas características particulares e usos para determinar o mercado relevante seria considerado obsoleto (CÂMARA DOS REPRESENTANTES DOS EUA, 2020).

Como resposta este problema, o projeto propõe alterar o procedimento legal para estabelecer a responsabilidade por violação das regras de defesa da concorrência. A modificação consiste em não exigir a obrigatoriedade de definição de mercado relevante. De acordo com o novo padrão legal, os tribunais e as autoridades antitruste não teriam a necessidade de definir um mercado específico para avaliar as evidências de condutas anticompetitivas caso as evidências mostrarem danos reais ou prováveis à concorrência, novamente se privilegia a presunção.

O Projeto de Lei também avança sobre os esclarecimentos de condutas anticompetitivas, mas como não é este o foco do presente trabalho, tratar-se-á de outro tópico relevante, quer seja a preocupação em fortalecer as autoridades antitruste. Para tanto, estabelece a criação do Gabinete de Defesa da Concorrência, órgão dependente da Federal Trade Commission (MATTIOLI; TRACY, 2021). As principais funções deste novo órgão consistiriam em:

- Recomendar procedimentos e mecanismos que possibilitem ao FTC e ao DOJ estabelecer rotinas e solicitar relatórios de consumidores, pequenas empresas, startups, empresas envolvidas e funcionários sobre possíveis práticas anticompetitivas ou efeitos adversos da fusão.
- Publicação de relatórios periódicos e específicos que versem sobre o status da concorrência nos mercados digitais.
- Monitoramento o desempenho das recomendações e sanções impostas pelo DOJ e FTC as empresas incumbentes e aos mercados digitais.

- Colher informações sobre os níveis de concentração no âmbito dos mercados com dinâmica digital, juntamente com o impacto e o grau de aplicação das leis antitruste. (MATTIOLI; TRACY, 2021)

Ademais, o Projeto de Lei estabelece altas sanções para aqueles que forem considerados culpados por violação das regras antitrustes e que não atenderem as recomendações do órgão antitruste, nestes casos a multa ao infrator poderia chegar em 15% de sua receita anual nos Estados Unidos, ou ainda, a 30% da receita de sua atividade econômica durante o período de duração da a conduta anticompetitiva.

No mesmo sentido do projeto *Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act* também tramita no Congresso Americano o projeto *Platform Competition and Opportunity Act*, ao qual também visa proibir fusões e aquisições anticompetitivas realizadas por plataformas digitais, em sua essência este outro regulamento também trabalha a ideia de presunção ato concentração anticoncorrencial e inverte o ônus de prova, que caberia essencialmente a empresa incumbente.

O texto deste projeto é ainda mais rigoroso que o outro, uma vez que proíbe que as plataformas digitais adquiram qualquer empresa, abrindo a exceção apenas na hipótese em que as plataformas sejam capazes de demonstrar, por meio de provas claras e convincentes, que: a) a empresa não é atualmente concorrente da plataforma incumbente; b) a empresa adquirida não é concorrente potencial ou nascente da plataforma; c) a aquisição não reforça a posição e a capacidade da plataforma de manter a sua posição em nenhum dos mercados em que já opera e que presta serviços.

Dessa forma, percebe-se que as discussões sobre os problemas concorrenciais nos mercados digitais são problemas de contexto global, e nos Estados Unidos, assim como a União Europeia, tem-se tentando construir soluções a partir de alterações propriamente legislativas e com a definição de novos conceitos e metodologias em instrumento normativo.

4.4 Uma proposta brasileira para a regulação das plataformas digitais no âmbito dos atos de concentração

Pelo que podemos perceber dos tópicos anteriores, a solução encontrada para tentar reduzir, ou ainda coibir os danos, as condutas anticoncorrenciais tem passado

diretamente não apenas por uma mudança de abordagem teórica pela academia e metodológica pelas Autoridades Concorrências, mas evidentemente tem se observado como extremamente necessário que os parâmetros e as balizas de análise sejam traçados em uma atualização ou alteração própria das leis antitruste. Na Europa isso se formalizou por meio do *Digital Market Act*, ao qual aprovado em 2022 tem início de vigência a partir de 2 de maio de 2023, e nos Estados Unidos, apesar de não haver nenhum instrumento plenamente estabelecido, os projetos de lei acima descritos encontram-se com tramitação legislativa avançada.

Tais exemplos podem subsidiar o enfrentamento da questão no âmbito brasileiro, uma vez que atuação predatória das plataformas de ecossistema digital, aos quais a cada nova aquisição tem aumentado seu poder de influência no mercado, ao ponto de se tornarem até mesmo insubstituíveis aos usuários, não podem seguir atuando sem uma necessária regulação sobre pena de uma redução da inovação, de danos aos consumidores, e ainda, uma possibilidade de que estas se tornem mais fortes que o próprio Estado, inclusive devido a sua capacidade de governança própria.

No Capítulo 3 deste trabalho retratou-se que inexistiu no Brasil qualquer movimento legislativo avançado ou mesmo focado exclusivamente nessa matéria, que busque essencialmente tratar sobre a atuação econômica das plataformas digitais. E diante dessa ausência ou omissão legislativa, o CADE através de seu Departamento de Estudos Econômicos tem tentado suprir esta lacuna, e podemos verificar isso através dos diversos relatórios e estudos, como o Documento de Trabalho n. 005/2020 – Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados (BRASIL, 2020) e do Caderno do CADE intitulado Mercados de Plataformas Digitais (BRASIL, 2021), este último publicado em agosto de 2021.

Todavia, ainda que o CADE tenha se preocupado em expedir estudos ou mesmo em adaptar suas metodologias para análise de atos de concentração promovidos por plataformas de ecossistemas digitais, enfrenta uma limitação de cunho puramente legislativa, uma vez que não pode atuar para além do texto legal, e verificamos isso em alguns exemplos estabelecidos pelo CADE (2021), conforme segue:

- No A.C n. 08700.007262/2017-76 – destacou-se que o CADE apesar de reconhecer que a empresa realizava diversas aquisições, não levou em consideração a política agressiva do Ifood (NASPERS) de realizar killer acquisitions, uma vez que as empresas adquiridas em geral eram simplesmente descontinuadas, deixou-se de expressar uma manifestação ou recomendação unicamente por não vislumbrar a existência altas

barreiras para entrada de novos concorrentes, no entanto o dano concorrencial nesse caso poderia ser plenamente presumido, inclusive com base no histórico pregresso da empresa incumbente.

- No A.C. 08700.001796/2020-94, o ato de concentração da Bom Negócio e o Grupo Zap, estava à disposição do CADE para análise uma concentração em que envolvia a possibilidade de compartilhamento de dados de diversos usuários e fornecedores, e novamente por uma análise de cláusula de barreira e mesmo de participação de mercado, o CADE deixou de analisar o referido ato de concentração.
- A.C.08700.000059/2021-55, nesse ato de concentração, novamente temos uma situação em que o CADE decidiu por adotar uma posição conservadora nos termos do próprio voto da Relatora, ao qual decidiu não analisar o potencial de compartilhamento de dados entre as duas empresas: aqui, no entanto, por se tratar de análise contextualizada no controle de concentrações, adotei um enfoque mais conservador, voltado para os efeitos da concentração e para a possibilidade de que, a partir dela, seja possível e provável exercer o poder de mercado resultante. (CADE, 2021).

Dessa forma, é de se perceber que talvez no Brasil uma simples alteração metodológica, estabelecida através da própria jurisprudência do CADE, não se apresente como suficiente para sanar os problemas estabelecidos e exaustivamente apresentados nesse trabalho. Uma vez que por vezes a análise do CADE fica presa em tratar apenas questões pontuais e superficiais, sem analisar as características dos mercados digitais, remanescendo a Autoridade Antitruste presa em testes de jurídicos que seriam próprios apenas de um mercado tradicional (FERNANDES, 2021).

Ademais, ainda que o modelo analítico antitruste já apresente uma tendência de evolução na aplicação pela Autoridade brasileira, este se apresenta limitado principalmente pela ausência de autorização legislativa para que possa proceder de forma totalmente diversa. Com isso, tem-se que a legislação brasileira necessita avançar sobre alguns conceitos problemáticos que podem possibilitar a criação de um caminho de resolução dessa problemática, quer seja pela:

- Definição legal de Plataformas de Ecossistemas Digitais, nos moldes do Gatekeepers estabelecidos no DMA;
- Atualização dos critérios de notificação de atos de concentração;
- Redefinição dos mercados relevantes, e aqui propomos uma atualização baseada nos modelos discutidos nos Estados Unidos, conforme tratados no tópico anterior.

Para além das tentativas da própria Autoridade antitruste brasileira que tenta adaptar o teor de suas decisões, tramitam na Câmara dos Deputados alguns PLs que versam sobre a regulação das plataformas digitais, no entanto aquelas mais avançadas não tratam necessariamente sobre a estruturação normatização voltada ao aspecto econômico,

são estes: i) PL n. 2.768/2022 do Deputado João Maia; ii) PL n. 2.120/2023 do Deputado Mendonça Filho; e iii) PL n. 2.630/2020 (Projeto de Lei das Fake News) do Senador Alessandro Vieira. Destes somente o PL n. 2.768/2022 avança sobre o aspecto econômico das condutas anticompetitivas e sobre o controle de atos de concentração perpetrados por plataformas digitais, neste sentido é importante analisar um pouco dos conceitos trabalhados no referido projeto.

4.4.1 Projeto de Lei n. 2.768/2022 – Proposta de Regulação das Plataformas Digitais

O Projeto de Lei n. 2.768, de 2022, do Deputado João Maia, conforme detalhado na sua própria exposição de motivos, tem clara inspiração no *Digital Market Act*, inclusive tentando adaptar o conceito de plataforma digital próxima ao que é trabalhado na União Europeia quando de forma antecedente a regulação, primeiro se preocupa em definir o que é plataforma digital para os fins da aplicação das normas previstas no referido projeto. Todavia, o próprio projeto reconhece sua incipiência frente o detalhado regulamento europeu²⁸ e coloca isso como uma escolha legislativa própria.

Apesar de ausente um maior detalhamento principalmente no que concerne aos atos de concentração realizado pelas plataformas digitais, compreende-se que o PL acertadamente avança na discussão, que até então estava ausente do legislativo nacional, ou ainda exclusivamente focada em questões, tão importantes quanto, mas limitadas a regulação dos conteúdos publicados nas grandes plataformas. Aqui visualizamos que o Poder Legislativo se preocupa mais com o conteúdo das plataformas, do que propriamente na forma como os Ecossistemas Digitais adquirem sua posição de poder e capacidade de influir nos mercados e na opinião de seus usuários.

O PL em seu artigo 2º inaugura um novo rol de competências para a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), ao afirmar que competirá a esta autarquia as obrigações de regular o funcionamento e a operação das plataformas digitais que possuem atividades baseadas no Brasil, inclusive analisando o controle de acesso as plataformas.

²⁸ Acreditamos que cabe introduzir uma regulação na linha da Comissão Europeia, mas de forma bem menos detalhada. Isso porque estamos lidando com questões de extrema relevância, que exigem respostas regulatórias bem mais rápidas do que o que é possível na defesa da concorrência, mas suficientemente novas para indicar não ser cabível colocar uma camisa de força *ex-ante* nos agentes econômicos, com uma série de proibições absolutas. (BRASIL, 2022)

Pelo teor do Projeto de Lei no âmbito das plataformas digitais à ANATEL competirá inclusive o controle, fiscalização e regulação de condutas anticompetitivas, ou seja, poder-se-ia interpretar que nesse caso haveria inclusive uma limitação nas competências do CADE, atual órgão antitruste nacional²⁹.

No art. 4º o PL estabelece os princípios que devem orientar a regulação das plataformas digitais, e aos quais estas devem observar, quer seja: a) liberdade de iniciativa; b) livre concorrência; c) defesa do consumidor; d) redução das desigualdades regionais e sociais; e) repressão ao abuso do poder econômico; e f) ampliação da participação social na discussão e na condução de assuntos de interesse público.

O art. 6º busca definir os conceitos de Operador de Plataformas Digitais e Plataformas Digitais. A distinção entre dois conceitos ao primeiro momento nos parece interessante, uma vez que o primeiro permite uma amplitude conceitual para incluir como operador qualquer provedor de aplicações de internet que explore profissionalmente e com fins econômicos os serviços de plataforma digital, ao qual seria delimitado no segundo conceito, o de Plataforma Digital. Assim incluir-se-ia na definição de plataforma digital para o texto normativo, os serviços de intermediação online, ferramentas de busca online, redes sociais online, plataformas de compartilhamento de vídeo, serviços de comunicações interpessoais, sistemas operacionais, serviços de computação em nuvem, serviços de publicidade online ofertados por operador das plataformas digitais (BRASIL, 2022).

Considera-se que de forma acertada o texto do Deputado avança de forma exemplificativamente no conceito de plataforma digital, inclusive conforme a definição clássica (SAKUDA, 2016) e com aquela que trabalhamos no Capítulo 1 deste trabalho, quando caracterizou-se as plataformas como mercados de múltiplos lados (*multi-homing*), na qual um dos lados temos o oferecimento de serviços “gratuitos” (*zero-rating*) que em geral são utilizados para aumentar o número de usuários, ao tempo que do outro lado

²⁹ Trata-se no caso de uma alteração que o PL propõe sobre a Lei n. 9.472/1997, ao acrescentar o art. 19-A, com a competência do inciso V: “*Art. 19-A Além das atribuições previstas no art. 19 desta Lei, compete à Agência Nacional de Telecomunicações: (...) V - exercer, relativamente às plataformas digitais, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE*”. Se poderia argumentar que o PL estabelece uma competência concorrente entre o CADE e a ANATEL, no entanto discorda-se desse posicionamento, uma vez que o próprio texto estabelece que compete a ANATEL exercer o controle e repressão de infrações à ordem econômica, aqui compreende-se que trata-se do controle de condutas que ficaria de responsabilidade da ANATEL, e conforme o art. 13 do PL apenas o controle de atos de concentração de plataformas digitais remanesceria sobre responsabilidade do CADE.

temos os anunciantes (*paying side*), quer sejam aqueles que se caracterizam pela oferta de produtos e serviços dentro da plataforma e que consideram está mais atrativa na medida que se aumenta o número de pessoas no lado *zero-rating*.

No entanto, acredita-se que o texto poderia avançar ainda mais, principalmente com a caracterização de ecossistemas digitais, ao qual compreende-se que seja um avanço do conceito de plataforma digital, que se concretiza com as aquisições de serviços complementares que passam a integrar os serviços da plataforma, ampliando a dominância inicial da empresa e controlando o acesso de futuros usuários.

Ademais, no mesmo sentido que o DMA Europeu apresentado no início deste capítulo, acertadamente o PL se preocupa em distinguir o que seriam usuários profissionais e usuários finais, sendo o primeiro caracterizado como terceiros que utilizam a plataforma como instrumento de desenvolver uma atividade econômica remunerada, já o segundo seriam os usuários comuns que utilizam de forma habitual sem nenhuma finalidade específica.

Já no artigo 9º se apresenta os critérios para enquadramento como Operador de Plataforma Digital para fins de aplicação das disposições contidas no regramento, e assim como a norma europeia e os projetos norte-americanos, o texto do Deputado João Maia também utiliza o critério de faturamento para enquadrar o agente econômico como plataforma com poder de controle de acesso estabelecendo o parâmetro de receita operacional de R\$ 70 milhões, e ainda prevendo a possibilidade de atualização anualmente do referido valor pelo Índice Geral de Preços – Mercado (IGP-M).

Nesse ponto, deve-se destacar que discorda-se da escolha de utilização de um valor de receita operacional tão baixo para considerar que a plataforma exercer um poder econômico de controle acesso, uma vez que a empresa ter um faturamento nesses patamares não necessariamente significa que esta possui um poder de influenciar no mercado, e ainda é possível que sem tal faturamento tenha mais capacidade de influência, no caso acredita-se que a escolha ideal para quantificar um poder de acesso de uma plataforma deveria perpassar pelo seu número de usuários profissionais e usuários finais, posto que dessa forma sim podemos visualizar o quanto ela pode influenciar e quantificar inclusive nos casos em que há serviços *zero-rating*.

Os artigos 10 e 11 estabelecem as obrigações das plataformas digitais que operam no Brasil e nesse caso impõem que estas não pratiquem atos anticoncorrenciais, aos quais

estão inscritos no sistema de controle de condutas, para com isso estes não pratiquem atos discriminatórios na oferta de serviços, a utilização adequada de dados, a transparência no fornecimento das informações requisitadas, a impossibilidade de recusar o acesso de terceiros a sua plataforma de oferta de serviços e por fim destaca a competência da ANATEL para regulamentação e fiscalização voltada a prevenir eventual abuso de poder econômico³⁰.

Já no que se refere aos atos de concentração, principal tema de estudo desse trabalho, o PL n. 2.768, de 2022, não apresenta nenhum avanço uma vez que não altera quaisquer critérios de notificação ou mesmo obrigações, em verdade o texto apenas remete que tais atos devem ser tratados de acordo com as normas gerais de proteção à ordem econômica, ao mesmo tempo que estabelece que estas práticas anticoncorrenciais não se submetem a análise da ANATEL, mas que remanescem sobre a competência do CADE³¹. Aqui é verificável a incipiência do projeto que apesar de avançar em alguns conceitos legais, deixa uma lacuna legislativa naquela que consideramos a principal forma de manutenção de poder das plataformas, quer seja pela realização de aquisições que eliminam concorrentes potenciais ou nascentes.

Por fim, o PL encerra com as previsões de sanções para os operadores e plataformas digitais que violem os preceitos anticoncorrenciais dispostos no bojo do projeto, ao qual podem variar de: a) advertência com adoção de medidas corretivas; b) multa de até 2% do faturamento; c) obrigação de fazer ou não fazer; d) suspensão temporárias das atividades; e e) proibição de exercício das atividades.

Novamente é necessário destacar que o referido PL traz novos conceitos e definições importantes para coibir práticas anticoncorrenciais, apesar de não vermos necessidade da transposição de competências para ANATEL em face do CADE, inclusive com inspiração no DMA, mas por escolha legislativa, conforme esclarecido na própria exposição de motivos, ainda incipiente e menos detalhada. Dessa forma, considera-se um

³⁰ Art. 10. (...) Parágrafo único. A Agência Nacional de Telecomunicações, no exercício de suas atividades de regulamentação e fiscalização, poderá impor obrigações de separação contábil e funcional, bem como medidas de mitigação a eventual abuso de poder econômico, incluindo as relacionadas à portabilidade de dados e à interoperabilidade.

³¹ Art. 13. Os atos envolvendo plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro que visem a qualquer forma de concentração econômica, inclusive mediante fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, ficam submetidos aos controles, procedimentos e condicionamentos previstos nas normas gerais de proteção à ordem econômica. § 1º Os atos de que trata o caput deste artigo serão submetidos à aprovação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nos termos do inciso V do art. 19-A da Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

projeto que não está maduro, apesar de se mostrar essencialmente necessário, e se coloca como um bom ponto de partida para uma discussão legislativa que precisa se aprofundar inclusive nos meandros e características das plataformas digitais.

Antes de avançarmos, interessante fazer menção a um critério contido no PL n. 2.120, de 2023, do Deputado Mendonça Filho que institui o Marco Legal das Plataformas Digitais, apesar do referido projeto tratar especificamente de regulação de conteúdo e não sobre questões econômicas, este traz um critério que consideramos adequado para qualquer avanço regulatório de plataformas, quer seja o critério de número de usuários. No referido projeto para se enquadrar o âmbito de aplicação como Plataforma Digital é necessário que estas possuam ao menos 10.000.000 (dez milhões) de usuários registrados no Brasil nos últimos 12 (doze) meses³². Por todos os conceitos que trabalhamos no curso desta tese, compreende-se que o critério de números de usuários reflete essencialmente um poder de influência de uma plataforma muito maior do que o critério de faturamento.

4.4.2 Proposta de alteração legislativa nos atos de concentração de ecossistemas digitais

Corroborando como modelo normativo, assim como no caso do PL n. 2.768, de 2022, do Deputado João Maia, utilizaremos a inspiração no *Digital Market Act* elaborado pela Comissão Europeia, uma vez que assim como o caso brasileiro o modelo norte-americano ainda se apresenta em construção e trâmite legislativo, no entanto, se apresentará algumas alterações que acreditamos serem pontos que merecem ser aprimorados.

Assim como o regulamento europeu estabelece o conceito de *gatekeepers* (COMISSÃO EUROPEIA, 2022a) como figura jurídica, ao qual se submete a regras concorrenciais próprias e aplicáveis aos mercados digitais, inclusive pelas peculiaridades que distinguem dos demais agentes que operam em mercados tradicionais, também faz-se necessário o estabelecimento de um conceito semelhante no caso brasileiro, a fim de

³² Art. 2º (...) §1º Esta Lei se aplica às plataformas digitais constituídas na forma de pessoa jurídica, que ofertem serviços ao público brasileiro e exerçam atividade de forma organizada, e cujo número de usuários registrados no país seja superior a 10.000.000 (dez milhões), há pelo menos 12 (doze) meses, incluindo aqueles cujas atividades sejam realizadas por pessoa jurídica sediada no exterior.

identificar aqueles agentes econômicos que em razão de sua dominância econômica devem se sujeitar a critérios diferentes de regulação.

Evidenciou-se exaustivamente nas diversas linhas desse trabalho que a ascensão das plataformas digitais tem aumentado as situações anticoncorrenciais, e seu poder sobre o mercado cresce exponencialmente conforme tais plataformas realizar aquisições de outros concorrentes diretos ou que apresentam serviços complementares, o que posteriormente é integrado em seu portfólio do ecossistema e causa efeitos de rede e economia de escala (Capítulo 1, são explicitados tais conceitos). Dessa forma, torna-se necessário caracterizar quais ecossistemas de plataformas digitais devem se sujeitar a regras mais rigorosas em termos anticoncorrencias.

E nesse ponto compreendemos que devem ser caracterizados como Ecossistemas de Plataformas Digitais, aquelas empresas que possuem o controle dominante dos *core platform services* (CYPHER; DOCTOROW, 2021), ou seja, plataformas que operem com serviços de intermediação online; serviços; sistemas de pesquisa online; serviços de redes sociais e compartilhamento; plataformas online de compartilhamento de vídeos; serviços de comunicações interpessoais independentes do número de faturamento; serviços de computação em nuvem, serviços de publicidade online, ecossistemas de multiplataformas que desenvolvam atividade econômica com serviços zero-rating, complementares, bancários e de mercado tradicional que tenha migrado para mercado digital.

Portanto, deve-se adotar para empresas que operem os serviços acima detalhados o conceito legal de Operador de Ecossistemas Digitais (OED) ao qual uma vez caracterizado legalmente sujeita-se a regras concorrenciais diferenciadas, principalmente aquelas voltadas para os atos de concentração, a fim de impedir precipuamente a realização do que acertadamente se denomina de *killers acquisitions*.

No regramento Europeu para caracterizar uma plataforma como *gatekeepers* são utilizados especificamente três critérios objetivos: a) ter um impacto significativo no mercado interno europeu, ao qual é auferido através de critérios de faturamento de 7,5 bilhões de euros nos últimos três exercícios, ou uma capitalização que represente um valor de mercado de 75 bilhões de euros; b) ser utilizada como um serviço essencial de plataforma e porta de acesso para usuários profissionais e finais, que se materializa por um número mínimo de usuários, sendo de 45 milhões de usuários ativos auferidos mensalmente e 10.000 mil usuários profissionais, auferidos anualmente, que desenvolvam atividades econômicas; c) possuir uma posição enraizada e duradoura, ou

seja, os números de usuários devem ter se mantido nos últimos três exercícios financeiros (COMISSÃO EUROPEIA, 2022a).

Veja-se que para caracterizar uma plataforma como *gatekeepers*, o regulamento europeu estabelece como necessário o preenchimento cumulativo dos três requisitos mencionados. Todavia, para nossa proposta não consideramos razoável estabelecer um critério de faturamento como essencial para caracterizar uma plataforma como figura jurídica dominante, seja pela fragilidade desses critérios e ainda pelas características próprias do mercado digital, ao qual por estar posicionado sobre uma perspectiva transfronteiriça possui maiores facilidades para mascarar seu faturamento para escapar das medidas regulatórias.

Ademais, auferir o poder econômico de um OED pelo seu faturamento como critério obrigatório pela sua caracterização falha essencialmente já nas primeiras características de uma plataforma, ao qual atrai e cresce exponencialmente seu número de usuários através da oferta de serviços gratuitos, ou seja, *zero-rating*.

Dessa forma, acredita-se que seja mais adequado a caracterização uma OED que tenha poder de controle de acesso através do critério adotado no PL n. 2.120, de 2023, ao qual define plataforma digital para fins da aplicação daquele instrumento normativo pelo número de usuários ativos nos últimos 12 meses. Naquela normativa se usa o número mágico de dez milhões de usuários, todavia na sugestão que ora se apresenta busca-se números mais objetivos.

O art. 36, § 2º da Lei 12.529, de 2011, presume que uma empresa exercerá posição dominante quando for capaz de controlar ou influir em ao menos 20% (vinte por cento) do seu mercado de atuação, com isso utilizaremos esse percentual para definição do critério de número de usuários para caracterização do OED.

Conforme informações do Governo Federal³³ o número de brasileiros que acessam a internet totaliza 155,7 milhões de pessoas. Sobre esses dados devemos aplicar o percentual de 20% para auferir o poder econômico da OED, com isso, chega-se ao número de 31.140.000 (trinta e um milhões e cento quarenta mil) usuários finais. Assim, sempre

³³ Consulta disponível em: <https://www.gov.br/mcom/pt-br/noticias/2022/setembro/aumenta-o-numero-de-domicilios-com-internet-no-brasil#:~:text=Isto%20%C3%A9%2C%20os%20brasileiros%20usu%C3%A1rios,%25%20para%2057%2C%25>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

que a uma plataforma atingir esse nível de usuários finais deverá ser caracterizada como OED.

Com isso chega-se ao número que influenciará o critério de usuários finais, no entanto o DMA Europeu também estabelece a necessidade de se verificar o número de usuários profissionais, quer seja aqueles que através dos mecanismos da plataforma também desenvolvem atividade econômicas.

Para definição dos números de usuários profissionais, estes não devem ser estabelecidos números que baseiem a casa dos milhões, principalmente quando consideramos que uma das características essenciais de ecossistemas digitais é a integração de produtos e serviços complementares a própria plataforma, ou seja, momento em que a plataforma pode adquirir os fornecedores e passar ofertar os seus próprios produtos. Com isso, nesse caso consideramos como razoável estabelecer o número de usuários profissionais a partir de um percentual mínimo do número mínimo de usuários finais, ou seja, 0,2% de 31.140.000, ao qual totalizaria 62.280 usuários profissionais.

Em termos de espaço de tempo, para caracterizar o que nos termos do DMA Europeu considera como poder enraizado e duradouro, sugere-se adotar a mesma classificação temporal, na qual tais números devem ser verificados no espaço de três exercícios financeiros.

Dessa forma consolidando as sugestões para caracterização da figura jurídica que exerce poder de mercado, quer seja Operador de Ecossistema Digital chega-se a seguinte construção:

Será considerada como Operador de Ecossistema Digital a empresa que desenvolver atividades próprias de plataforma digital, ainda que com prestação de serviços gratuitos (zero-rating), que essencialmente prestar:

- a) Serviços de intermediação online;
- b) Sistemas de pesquisa online;
- c) Serviços de redes sociais e compartilhamento;
- d) Plataformas online de compartilhamento de vídeos;
- e) Serviços de comunicações interpessoais independentes dos números de faturamento;
- f) Serviços de computação em nuvem;

- g) Serviços de publicidade online,
- h) Ecossistemas de multiplataformas que desenvolvam atividade econômica com serviços zero-rating, complementares, bancários e de mercado tradicional que tenha migrado para mercado digital.

A plataforma será caracterizada como Operador de Ecossistema Digital se preencher cumulativamente os seguintes requisitos:

- Possuir 31.140.000 usuários finais ativos e 62.280 usuários profissionais, sendo estes últimos aqueles considerados como agentes que desenvolvam atividades econômicas através da plataforma;
- A plataforma precisa ter os referidos números de usuários finais e profissionais nos últimos três exercícios financeiros para sua caracterização.

Uma vez caracterizado o sujeito passivo alvo da regulação econômica, é necessário analisar, para fins desse trabalho os atos de concentração. Considerou-se nesse trabalho, que grande parte do poder das plataformas digitais decorreu de uma permissão, e omissão de análise do órgão antitruste, para que estas plataformas realizassem inúmeras aquisições de concorrentes nascentes, potenciais e *killers acquisitions* (KHAN, 2018; LEMOS, 2021).

E conforme explicitado no Capítulo 2, ao tratarmos dos atos de concentração na legislação antitruste brasileira destacou-se que nem todos os atos de concentração são passíveis de notificação obrigatória ao órgão antitruste. Isto porque pela sistemática adotada na legislação concorrencial nacional, especificamente no art. 88, utiliza-se o modelo de dupla trava cumulativa, com isso, somente serão submetidos ao CADE pelas partes envolvidas na operação, os atos de concentração que preencherem, cumulativamente os seguintes requisitos de faturamento: a) pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais); e b) Pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) (BRASIL, 2011).

O estabelecimento desses critérios de notificações a partir do faturamento fizeram que diversas aquisições, realizadas por plataformas digitais, escapassem do crivo do Órgão Antitruste, no curso desse trabalho destacamos os casos de aquisições do Instagram e Whatsapp pelo Facebook, que não foram analisadas pelo CADE, e mesmo no caso de empresas nacionais como a MAGALU, que saiu de um mercado tradicional para um modelo de ecossistema digital, e que desde 2011, realizou 24 aquisições, sendo que destas apenas 5 foram analisadas pelo órgão antitruste (Capítulo 3 detalha o ecossistema da Magalu).

Dessa forma, o critério de notificação pelo faturamento não se apresenta mais como adequado para os casos de aquisições por plataformas digitais, uma vez que a maioria das empresas adquiridas, se caracterizam como *startups* e por consequência não possuem faturamento que justifique a notificação, mas evidentemente causam efeitos concorrenciais³⁴ posto que ampliam a dominância da plataforma sobre o mercado (KIRAE, 2021; GAUTIER; LAMESCH, 2020; CUNNINGHAM *et al.*, 2021).

Com isso, sugere-se como proposta de regulação, aqui utilizando um pouco da inspiração europeia do DMA com os fundamentos dos projetos norte-americanos, definir que uma vez consolidado o caráter de “Operador de Ecossistema Digital” de uma plataforma haveria uma presunção de que qualquer ato de concentração realizado por esta ensejaria um dano a concorrência e nesse sentido todos deveriam ser no prazo de 15 dias antes da concretização submetidos ao crivo do CADE independentemente do critério de faturamento.

Nesse caso, a presunção de que as aquisições podem ensejar em um aumento do poder econômico da plataforma, subsidia a racionalidade para que todo e qualquer ato de concentração possa ser submetido ao CADE, podendo ser adotado quaisquer dos ritos a juízo da autoridade concorrencial. Sobre o rito a ser adotado deve-se abrir um parêntese, há autores que consideram que o não se deveria adotar os ritos sumários para análise de atos de concentração de ecossistemas de plataformas digitais (ZINGALES; RENZETTI, 2022), principalmente por se considerar que análise nesse rito seria superficial e com o prazo bastante curto para conclusão. Todavia, não se concorda com tal posicionamento, inclusive pelos casos analisados no Capítulo 3, afilia-se a corrente de que o principal

³⁴Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519. Acesso em: 23 de jun. 2022.

problema hoje existente é o de que as aquisições realizadas pelas plataformas por vezes não são submetidas a análise do órgão antitruste.

Sugere-se uma atualização do critério de notificação para que possa ser estabelecido com os seguintes parâmetros:

Uma vez caracterizada a plataforma como OED todos os atos de concentração econômica devem ser submetidos ao CADE, independentemente do rito adotado, devendo a empresa disponibilizar todas as informações sobre a operação a fim de comprovar factualmente de que a concentração econômica não oferece danos a concorrência.

No caso, utilizando-se as recomendações do Comitê de Investigação Norte-Americano, deve-se presumir que todos os atos de concentração realizados pelas plataformas digitais podem oferecer danos a concorrência e expandir o seu poder de controle sobre o mercado digital, principalmente pelos efeitos de rede, e a tendência em buscar a complementariedade dos serviços a fim de manter os usuários na plataforma aumentando-se o custo de saída destes e limitando a entrada de novos fornecedores, quando não o são adquiridos pela plataforma.

Ademais, sem a necessidade de discussão ou alteração legislativa, como parte integrante da análise dos atos de concentração, deve-se definir os mercados relevantes da operação em análise (BURNIER, 2017). No entanto, conforme já se demonstrou as plataformas digitais não operam em um único mercado único, o que faz com que os testes jurídicos de definição se tornem obsoletos. Dessa forma, na análise dos atos de concentração promovidos por Operadores de Ecossistemas Digitais é necessário conceber todos os mercados adjacentes existentes e analisá-los como um conjunto único inquebrantável, uma vez que denota a posição de poder da plataforma.

Neste sentido, percebemos que análise dos atos de concentração de plataformas digitais prescinde de uma emergente e necessária alteração legislativa, a fim de subsidiar a autoridade antitruste, que diferentemente do PL n. 2.768, de 2022, não precisa ser substituída, mas que precisa ser municiada de elementos e autorizações legislativas para que garantam que as plataformas não sigam ampliando seu poder e causado danos a inovação e aos consumidores.

Com isso, considera-se que a correta regulação das plataformas digitais perpassa primeiro por uma definição legal dos sujeitos ativos sobre o qual devem incidir uma série

de obrigações que garanta a paridade de armas na concorrência com outras empresas, ao tempo que não restrinja a inovação com a aquisição desmedida de competidores nascentes e potenciais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidentemente, o mercado de plataformas digitais tornou-se bastante relevante nos últimos anos, representando uma parcela cada vez maior do PIB mundial. Atualmente, com a recente pandemia de sars-cov-2 (COVID-19), essa importância tem sido ainda mais progressiva, formando uma relação inerente com o próprio desenvolvimento tecnológico. Esta relevância e o crescente poder de mercado de algumas empresas, como aquelas denominadas de *Big Techs* (GAFAM – Google, Apple, Facebook e Amazon), tem alertado as autoridades e aumentado o debate sobre o impacto gerado pelo substancial número de aquisições e fusões realizados por estas empresas, as quais se organizaram em ecossistemas capazes de gerar grande influência no mercado e, por vezes, suprimir a concorrência.

O debate sobre a concorrência no mercado de plataformas digitais tem se centrado nos seguintes pontos: a) haveria a necessidade de qualquer forma de regulação extra das plataformas digitais?; b) As legislações concorrenciais atuais são capazes de apresentar solução para o problema concorrencial causado pelas plataformas digitais?; c) Os órgãos antitrustes atualmente existentes podem lidar com as empresas que se organizam em ecossistemas digitais, ou haveria a necessidade de se estabelecer um órgão de controle específico?. Sem ter a perspectiva de esgotar esse tema, a presente pesquisa busca analisar estas problemáticas ao tempo em que se propõe apresentar possíveis caminhos para o avanço do debate sobre a concorrência no âmbito dos mercados digitais.

O desenvolvimento do que hoje definimos e chamamos de plataformas digitais teve seus primeiros passos na década de 1990, quando se concentrou principalmente no acesso e geração de conteúdo digital, o que atraiu um público jovem e acelerou o desenvolvimento e a criação de novas plataformas digitais. Tal ação definiu o início da segunda etapa, que estava centrada no desenvolvimento de comércio eletrônico. Nesse momento houve o surgimento de empresas, como eBay e Amazon (FERRER *et al*, 2019), e o desenvolvimento de espaços de economia multilaterais, característica que hoje conhecemos com essencial para as plataformas digitais.

Desta forma, uma plataforma digital é vista como uma empresa que presta serviços a dois ou mais grupos de clientes que precisam uns dos outros, mas não conseguem captar individualmente o valor da sua atração mútua e dependem de catalisadores, ou seja, do espaço digital fornecido pela plataforma para facilitar interações

entre eles que gerem valor. Por outro lado, está conseguindo aumentar seu poder de mercado no momento em que expande significativamente seu número de usuários profissionais e finais.

A partir disso, podemos visualizar a plataforma como uma infraestrutura digital que possibilita a interação de dois ou mais grupos. Sendo assim, uma plataforma é um intermediário que pode aproximar clientes, produtores, anunciantes, fornecedores, produtos, entre outros. Como exemplo podemos perceber tais características nas redes sociais, aplicativos móveis, etc.

As plataformas digitais, como pode-se perceber pelos conceitos e características apresentados nos parágrafos predecessores e no primeiro capítulo desta pesquisa, se compõem e organizam em mercados de bases multilaterais. Estas se posicionam como intermediários entre seus usuários profissionais, ou seja, fornecedores de serviços/produtos e usuários finais. Em que, aqueles que se caracterizam como usuários finais, geralmente, não pagam um preço monetário inicial, podendo utilizar um serviço inicial principal da plataforma sem que haja qualquer custo. Apesar de inicialmente se apresentar como custo inicial zero, nota-se que as plataformas digitais são capazes de extrair, coletar, armazenar e analisar dados dos usuários para segmentar seu público e oferecer sua atenção aos usuários profissionais.

A demanda entre os diferentes lados do mercado está relacionada entre si por meio de externalidades de rede, na qual quanto maior o número de usuários mais atraente é uma plataforma para os usuários profissionais. A plataforma cobra o custo do serviço ao último enquanto subsidia o primeiro. Desta forma, as plataformas disponibilizam um serviço gratuito, de um lado do mercado, que terminam por rentabilizam do lado dos usuários profissionais, aos quais se apresentam como fornecedores (BOURREAU; DE STREEL, 2019).

Além disso, as plataformas experimentam maior desempenho de receita de suas economias de escala, na qual ampliando o número de usuários mais atrativa e poder de mercado passa a possuir. Por meio desse fenômeno, o custo unitário por unidade é reduzido à medida que a produção aumenta. Dessa forma, as plataformas reduzem seus custos de produção ao expandir, pois adicionar um novo usuário ao serviço não aumenta proporcionalmente os custos variáveis, o que coloca estas em uma vantagem inicial sobre as demais empresas (BRADFORD, 2020).

A partir da descrição estrutural das plataformas digitais, percebe-se que os efeitos de rede e as economias de escala potencializam seu domínio e acabam levando à ocorrência de efeitos anticompetitivos, que podem ser compreendidos a partir de quatro dimensões: preço ofertado; qualidade do serviço; redução da inovação; e diminuição da competitividade com a progressiva extinção de empresa que possa concorrer com plataforma que se apresenta como dominante no mercado.

As duas últimas dimensões são as características que mais interessam no bojo dessa pesquisa, dado que estas se caracterizam pela atuação das plataformas. De forma empírica, percebe-se o comportamento próprio das empresas deste novo mercado. Isto é, as plataformas incumbentes causam um freio na inovação tecnológica, em face da aquisição desmedida dos concorrentes rivais, potenciais e nascentes, e, conseqüentemente, reduz o nível de concorrência dos mercados.

Em vista disso, é perceptível que as plataformas digitais tendem a atuar como *gatekeepers* (guardiões) de acesso a diferentes mercados digitais tanto para usuários finais, como para os usuários profissionais. Não é à toa que a Comissão Europeia utilizou-se desse conceito para caracterizar as plataformas que estariam sujeitas a regulação específica em matéria de conteúdo e concorrencial, seja pelo DSA e DMA, conforme apresentamos no capítulo 4 dessa pesquisa. Esse poder de controle do mercado permite que as plataformas cobrem preços supercompetitivos, imponham cláusulas contratuais abusivas, extraiam dados de usuários e empresas que dependem delas, bem como se coloquem em posição de vantagem para realizar diversas aquisições e fusões.

Outrossim, com os conceitos desenvolvidos no Capítulo 1 e 2 desta pesquisa evidencia-se que as plataformas digitais, com sua política de aquisições hostis, se estruturam formando um verdadeiro ecossistema, conceito que retrata as suas características dinâmicas de organismos vivos.

A formação destes ecossistemas se materializa a partir da aquisição de produtos/serviços complementares ao da plataforma. Seja de serviços que já são oferecidos através da plataforma, ou mesmo, com aquisição de empresas que estejam atuando fora da plataforma, mas que se apresentem como possíveis concorrentes nascentes ou potenciais. Dessa forma, a plataforma consegue uma gama de diferentes produtos e serviços e estende seu ramo de atuação a diferentes searas do mercado, o que dificulta a caracterização de um único mercado relevante. Essa estratégia busca agregar

um maior número de consumidores (usuários finais), e ainda fidelizá-los, o que por consequência aumenta os custos de saídas destes da plataforma.

O acentuado número de aquisições, os efeitos de redes e a consequente expansão de usuários profissionais e finais (economia de escala) fazem com que as plataformas de ecossistemas digitais consigam atingir o fenômeno *tipping*, para o qual, a partir de uma tendência de crescimento, ocorra um autorreforço (CRÉMER; MONTJOYE; SCHWEITZER, 2019).

Com sua atuação e a confluência de fatores já abordados, impõe uma posição poder consolidado sobre o mercado que não se restringe a um único mercado relevante e que, por óbvio, gera grandes dificuldades para ascensão de outras plataformas, ao qual não teriam outra opção ao não ser somente adquiridas pelas incumbentes, uma vez que não seria possível desafiar o poder de mercado daquelas.

Indicadores empíricos demonstram que tem havido baixo controle de fusões em mercados digitais, que tem enfatizado os riscos de erros e, portanto, tem sido permissivo, conforme percebeu-se do relatório da US Federal Trade Commission, o qual constatou que as *Big Techs* Americanas teriam adquirido coletivamente mais de 800 *startups* (FTC, 2021). A permissividade das fusões e aquisições, seja pela ausência de um regulamento efetivo que possa prever a necessidade de notificação destes atos de concentração, ou mesmo pela ausência de um órgão próprio para avaliar as plataformas digitais pode ter efeitos adversos na concorrência, na estrutura do mercado e na difusão da inovação, uma vez que podem levar o mercado a se concentrar e, eventualmente, ter um monopólio que dificulta novos entrantes e prejudica o bem-estar dos consumidores.

É evidente, nesta pesquisa, sobretudo a partir das conclusões do Capítulo 4, que é necessário mudanças no aparato regulatório, a fim de identificar adequadamente quando uma fusão entre empresas digitais pode representar uma ameaça à concorrência e aplicar corretamente os conceitos antitrustes a cada caso, e não apenas aos mercados tradicionais. Com base nos fatos expostos no Capítulo 3, conclui-se que os atuais instrumentos utilizados para identificar atos de concentração que prejudiquem a concorrência e condutas anticompetitivas de mercados tradicionais não são eficazes no âmbito digital, pois falham em alertar as autoridades em diversos casos de fusões, principalmente envolvendo *startups*, aos quais, por vezes, não atingem os critérios de faturamento. Isso se deve às características muito específicas dos mercados digitais e que, definitivamente, devem ser levadas em consideração no desenvolvimento de políticas antitrustes próprias,

como tem sido desenvolvido pela Comissão Europeia, ainda que pendente de uma análise mais assertiva.

Para percorrer esse caminho, vê-se a necessidade de uma mudança e/ou atualização da legislação antitruste, principalmente nesse último caso a brasileira, Lei 12.529, de 2011. Inicialmente, apresentamos o que seriam os ecossistemas digitais e suas principais características (Capítulo I), avaliamos como está hoje estruturado o controle de atos de concentração no Brasil e se este está preparado para analisar as aquisições realizadas no âmbito da economia digital, principalmente tratando sobre as teorias do dano concorrencial (Capítulo 2).

Ainda focado na análise do problema concorrencial nas aquisições de empresas por plataformas de ecossistemas digitais, selecionamos alguns casos julgados pelo CADE, ainda que no procedimento sumário, para investigar como o órgão antitruste nacional tem se portado na análise dessas aquisições, e concluimos no Capítulo 3 que apesar de por vezes utilizar conceitos e definições próprias do estudo de economia digital, nos julgamentos por vezes se adota posições conservadoras próprias de mercados tradicionais sem considerar os efeitos futuros para o mercado.

Neste sentido, o Capítulo 4 desta pesquisa, focou em analisar o problema concorrencial nos mercados digitais de plataforma, ao avaliar e iniciar um caminho de discussão e propositivo sobre como resolver o problema da falta de regulação dos atos de concentração no âmbito dos ecossistemas digitais.

Com isso, pesquisou-se como a Europa e os Estados Unidos têm tratado essa matéria, e como tais experiências poderiam servir de inspiração para um modelo a ser desenvolvido no Brasil. No caso norte-americano compreende-se como essencial a mudança de paradigma a investigação promovida pelo Comitê Judiciário do Congresso dos Estados Unidos, que instaurado em 3 de junho de 2019, concluiu no sentido ser extremamente necessário renovar a lei antitruste daquele país principalmente para coibir que as plataformas digitais sigam expandindo progressivamente seus poderes sobre o mercado.

O relatório gerou diversos estudos acadêmicos, e mais especificamente, a proposição de diversos projetos de leis, das quais restringindo a análise para os que tratam de ato de concentrações, percebe-se uma mudança de padrão no controle de fusões, na qual aquelas perpetradas por plataformas digitais passam a ser presumíveis como danosas

a concorrência, devendo aqueles agentes comprovar que inexistiria danos a concorrência, bem como estabeleceu-se a necessidade de que todo ato de concentração fosse submetido a autoridade concorrencial. No entanto, ainda não há uma definição legislativa sobre a situação, apesar do avanço dos projetos de lei.

Já no caso da União Europeia, percebeu-se que houve um avanço legislativo significativo próprio naquela região, principalmente com a criação de um regulamento pela Comissão Europeia, que se denominou de DMA, que estabelece uma série de obrigações as plataformas digitais, principalmente restrições a práticas anticompetitivas e mesmo um significativo controle de fusões e aquisições, a fim de reduzir qualquer risco a concorrência.

O DMA Europeu estabelece a figura dos *gatekeepers* que se trataria de plataformas digitais, que preenchidos os requisitos estabelecidos na legislação, se sujeitariam a uma série de obrigações específicas, bem como deveriam notificar a autoridade concorrencial de todas aquisições e fusões que realizassem. É de se ressaltar que ainda é necessário visualizar uma aplicação prática do referido regulamento, uma vez que este somente entrou em vigência em maio de 2023, sendo ainda muito recente para uma análise de sua aplicabilidade. Todavia, verifica-se como importante de que análise de atos de concentração, provenientes de mercados digitais, não fiquem restritas a critérios exclusivamente de faturamentos ou mesmo de valores envolvidos na operação.

No caso, o critério de faturamento somente é relevante para definição da plataforma como *gatekeepers*, e não é o único, uma vez que também é considerado o número de usuários profissionais e finais da plataforma e sua constância no mercado, ou seja, de que é um segmento estável pelo número de usuários nos últimos anos para definir se há um poder de mercado exercido. Uma vez caracterizado como *gatekeepers* os atos de concentração por esta realizados devem necessariamente serem avaliados.

A partir da experiência internacional, buscou-se com essa pesquisa iniciar um debate propositivo e necessário sobre a regulação econômica das plataformas digitais no Brasil, uma vez que percebemos que muitos dos atos de concentração perpetrados pelas empresas incumbentes de mercado digital não são notificadas ao CADE, uma vez que não atingem os critérios de faturamento estabelecidos na legislação antitruste nacional.

Tal percepção não se trata de uma mera hipótese sem fundamento, uma vez que é corroborada pelas próprias informações do CADE, conforme se destacou no Capítulo 3.

No julgamento do A.C. n. 08700.007262/2017-76 – Naspers e Delivery Hero, a Superintendência-Geral foi enfática em destacar que o IFood adotava uma política de aquisições que poderia ser considerada como *Killer Acquisition*, e que ao menos 10 aquisições não haveriam sido submetidas ao CADE, por não atenderem os critérios de notificação (CADE, 2018). Também no Capítulo 3, percebemos que a Magalu em seu processo de transição de um mercado tradicional para formação de um ecossistema digital realizou 24 aquisições, que evidentemente expandiram seu poder de mercado, mas que apenas 5 passaram pelo crivo do CADE.

Dessa forma, é possível concluir que o debate inicial de regulação dos atos de concentração por plataformas digitais deve passar pela reestruturação dos critérios de notificação daqueles, ao qual não devem se restringir a critérios de faturamento. Posto que este possibilita que vários atos de concentração fujam da análise do órgão antitruste, e ainda que Lei n. 12.529, de 2011, exponha no seu §7^{o35} a possibilidade do CADE no prazo de 1 (um) ano da consumação do ato de concentração requerer a submissão deste ao órgão para análise dos atos que não se enquadrarem no critério de faturamento, tal dispositivo evidentemente não tem sido utilizado, uma vez que a própria dinamicidade e velocidade das relações nesses mercados digitais impossibilitam sua utilização.

É salutar destacar que no Brasil, apesar de haver uma dedicação do CADE através de seu Departamento de Estudos Econômicos em realizar estudos sobre os mercados de plataformas digitais e mesmo uma série de pesquisas acadêmicas que tratam sobre essa matéria, em termos legislativos não há grandes avanços em termos de estruturação de uma regulação econômica que se encontre focada avaliar os atos de concentração realizados pelas plataformas digitais.

No desenvolvimento desse trabalho somente localizou-se o Projeto de Lei n. 2.768, de 2022, que inspirado no DMA busca regular as condutas anticompetitivas perpetradas pelas plataformas, inclusive ampliando o rol de competências da Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL) para se tornar corresponsável no controle das plataformas em conjunto com o CADE, mas que pouca avança no que se refere ao controle dos atos de concentração sem reavaliar os critérios de faturamento para análise.

³⁵ § 7º É facultado ao CADE, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

Dentro desse cenário, compreende-se como necessário abandonar os critérios de faturamento para análise dos atos de concentração, para fomentar o debate de regulação das plataformas digitais no âmbito dos atos de concentração. E, nesse caso, sugere-se a criação do conceito de Operador de Ecossistema Digital, ao qual uma vez caracterizada todas as aquisições e fusões por essas perpetradas deveriam ser submetidas ao controle do órgão antitrustes, ao que deve remanescer sobre a competência do CADE.

Assim como no modelo europeu, mas com algumas diferenças uma vez que se abandona de vez o critério de faturamento nessa sugestão, a análise do ato de concentração deve dar alguns passos para trás antes de avançar, assim como todo o controle e legislação antitruste, uma vez que tal discussão também pode orientar o debate quanto a análise do controle de condutas anticompetitivas.

Nesse sentido, primeiro há necessidade definir e caracterizar as plataformas digitais, ou seja, compreender quais são aquelas que evidentemente exercem um poder significativo de mercado, e para tanto, tal definição deve passar por critérios objetivos que aqui definimos a partir do número de usuários que uma plataforma possua nos últimos três exercícios financeiros.

Aquelas plataformas que atingirem tais critérios se sujeitariam a normas específicas e mesmo a obrigatoriedade de submissão de todos os atos de concentração ao CADE, com isso, haveria uma presunção de que toda aquisição e fusão perpetrada por essa plataforma digital poderia causar danos futuros a concorrência, cabendo a esta provar que não e apresentar suas razões ao órgão antitruste, aqui sobre inspiração das discussões norte-americanas.

Com essas sugestões e proposições de debates, acredita-se que se anularia o problema da dupla trava de critério de faturamento, que nessa pesquisa se apresentou como o principal problema que contribuiu para a expansão do poder das plataformas digitais, uma vez que estas evidentemente expandiram seus produtos e serviços através de uma política de aquisições sem que com isso houvesse qualquer análise do órgão antitruste.

Para tanto, também precisa-se compreender na análise dos atos de concentração, que as empresas com características de ecossistemas digitais não operam em apenas um mercado, inclusive pelo fato de apresentarem complementariedade de serviços, assim a

análise do mercado relevante não pode ser centrada em apenas uma única área de abrangência, posto que as plataformas não mais se adequam a este conceito.

Veja-se que nas discussões norte-americanas, citadas no capítulo 4, têm-se defendido a desnecessidade de definição dos mercados relevantes, na verdade é necessário analisar a plataforma como um todo, para que se possa aferir os problemas concorrenciais advindos dos atos de concentração, uma vez que não há um único campo de atuação e abrangência do mercado tornou-se transfronteiriço.

Por fim, é necessário que a atualização legislativa e metodológica, esse último pelos órgãos de análise da autarquia concorrencial, tomem em consideração os efeitos prospectivos dos atos de concentrações por plataformas organizadas em ecossistemas digitais, e como os atos de concentração podem ampliar a consolidação do poder destas empresas, inclusive considerando-se como o histórico de aquisições propiciou o crescimento da plataforma, através de uma análise de causa e efeitos, mas que não se restrinja a subjetividade, mas que amparada com dados que devem ser apresentados pela plataforma, uma vez que para afastar a presunção de dano a concorrência, caberá a empresa incumbente a comprovação de que a aquisição não gerará efeitos concorrenciais negativos ao mercado e a inovação.

A garantia de inovação deve ser um parâmetro a ser considerado na análise do ato de concentração, uma vez que se percebeu no curso deste trabalho a tendência das *Big Techs* em adquirirem startups seja para absorver a tecnologia ou mesmo para descontinuar um concorrente. Assim, a inovação deve ser um parâmetro protegido em uma nova legislação concorrencial e um princípio basilar na análise metodológica realizada pelo órgão antitruste nacional.

A ascensão das plataformas digitais e seu excessivo poder em diferentes mercados, principalmente com a aquisição e fornecimento de serviços e produtos complementares, alterou significativamente as regras para análise concorrencial e com isso se tornou necessário uma mudança de paradigmas na legislação antitruste que acompanhe a nova dinâmica dessas novas searas.

REFERÊNCIAS

ADNER, Richard; KAPOOR, Rick. Ecossistemas de inovação e o ritmo da substituição: reexaminando as curvas S da tecnologia. **Revista de gestão estratégica**, v. 37, n. 4, 2016, 625-648.

ADNER, Ron; CHEN, Jianging; ZHU, Feng. Inimigos em mercados de plataforma: focos de lucro heterogêneos como impulsionadores de decisões de compatibilidade. 2019. **Revista ciência da administração**, v. 66, n. 6, 2432-2451.

ALEMANHA, **Act against Restraints of Competition** in the version published on 26 June 2013 (Bundesgesetzblatt. Federal Law Gazette I, 2013, p. 1750, 3245), as last amended by Article 4 of the Act of 9 July 2021. Federal Law Gazette I, p. 2506.

BANCO MUNDIAL. **Relatório de Desenvolvimento Mundial 2019: A Natureza Mutável do Trabalho**. Washington, DC: Banco Mundial. 2019. doi:10.1596/978-1-4648-1328-3.

BAGNOLI, Vicente. Big data compliance: a interface entre proteção de dados, consumidor e concorrência. In: PAIS, Sofia Oliveira; BAGNOLI, Vicente (coord.). **Temas Atuais de Direito da Concorrência: economia digital, direitos fundamentais e outros desafios**. Porto: Universidade Católica, 2020. p. 28-53

BAQUEIRO, Paula. Inovação Predatória: um novo olhar do direito da concorrência sobre as inovações na nova economia. In: FRAZÃO, Ana; PRATA DE CARVALHO, Angelo. (Org.). **Empresa, mercado e tecnologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2020, pp. 355-382.

BAZZOUN, Michael. The digital economy. **International journal of social science and economics invention**, v. 5, n. 9, 2019, 01-18.

BENSOUSSAN, Fabio Guimarães; GOUVÊA, Marcus de Freitas. Manual de direito econômico. **Salvador: Juspodivm**, 2018.

BELLEFLAMME, Paul; PEITZ, Martin. **The economics of platforms: concepts and strategy**. Cambridge University Press, 2021.

BOSCH, Van Den. Smarter ecosystems for smarter cities? a review of trends, technologies, and turning points for smart urban forestry. **Sustainable cities and Society**, n. 51, nov. 2019.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2120/2023**. Institui o Marco Legal das Plataformas Digitais (MLP) e dá outras providências. Autoria: Deputado Mendonça Filho, Brasília, DF. Câmara dos Deputados. 2023.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n. 2768/2022**. Dispõe sobre a organização, o funcionamento e a operação das plataformas digitais que oferecem serviços ao público brasileiro e dá outras providências. Autoria: Deputado João Maia. Brasília, DF. Câmara dos Deputados. 2022.

BRASIL. **Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994**. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. 1994. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8884.htm. Acesso em: 23 de jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 23 de jun. 2022.

BRASIL. **Lei no 12.965, de 23 abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.cgi.br/pagina/marco-civil-da-internet-no-brasil/177>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

BRASIL. Ministérios da Justiça e da Fazenda. **Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012**. Adequa, após indicação do Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), os valores constantes do art. 88, I e II, da Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em: <http://dspace.mj.gov.br/handle/1/3559>. Acesso em: 23 jun. 2022.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei n. 2630/2020**. Institui a Lei Brasileira de Liberdade, Responsabilidade e Transparência na Internet. Autoria: Senador Alessandro Vieira. Brasília, DF. Senado Federal. 2020. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

BORREMANS, Alexandra D.; ZAYCHENKO, Irina M.; ILIASHENKO, Oksana Yu. Digital economy. IT strategy of the company development. In: **MATEC web of Conferences**. EDP Sciences, 2018.

BOURREAU, Marc; DE STREEL, Alexandre. **Digital conglomerates and EU competition policy**. 2019.

BRADFORD, Anu. **The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law** (forthcoming in J. EMPIRICAL LEGAL STUDIES) 2019.

BRYNJOLFSSON, Erik; COLLIS, Avinashi. How should we measure the digital economy. **Harvard business review**, v. 97, n. 6, 2020, 140-148.

BUENO, Carolina Destailleur G. B.; PAIXÃO, Raíssa Leite de Freitas. **Defesa da concorrência em plataformas digitais: recurso eletrônico**. São Paulo: FGV Direito SP, 2020.

BURNIER, Paulo. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro. Editora Forense, 2017.

BUKHT, Rumana; HEEKS, Richards. Defining, conceptualising and measuring the digital economy. **International organisations research journal**, n. 13, 143-172, 2017.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados**. 2020. Disponível em: http://antigo.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/publicacoesdee/DocumentodeTrabalhon5_Concorrenciaemmercadosdigitaisumarevisaodosrelatoriosespecializados.pdf. Acesso em: 23 de jun. 2022.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. 2016. Disponível em: http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Nota Técnica n. 34/2018 DEE/CADE**. 2018. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-deconteudo/publicacoes/estudos-economicos/notas-tecnicas/2018/nota-tecnica-n34-processo-administrativo-08012010483201194.pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Mercados de plataforma digital**. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/pagina-inicial>. Acesso em: 10 abr. 2023.

CAMARA DOS REPRESENTANTES. **Investigation on competition in digital markets**. Majority staff reports and recommendations, 2020. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=. Acesso em: 23 de jun. 2022.

CAO, Tianyu. Examining the impact of advanced digital economy on employment in china under COVID-19. *In*. 2021. **3rd International conference on economic management and cultural industry**, 2021, pp. 1649-1655. Atlantis Press.

CENNAMO, Carmelo. Building the value of next-generation platforms: The paradox of diminishing returns. *Journal of Management*, 44: 3038-3069, 2018.

CHIRITA, Anca D. Data-Driven Mergers Under EU Competition Law. 2018. p. 24. *In*. WISNIEWSKI, Caio Henrique. **A interseção entre o direito da concorrência e a proteção de dados a partir do caso facebook vs bundeskartellamt**. Monografia apresentada ao Departamento de Direito Público e Filosofia do Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/221341?locale-attribute=es>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

CIRIANI, Stephane; LEBOURGES, Marc. **The market dominance of us digital platforms: antitrust implications for the european union**. 2018. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2977933>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

CMA. **Online platforms and digital advertising**. 2020. <https://www.gov.uk/cma-cases/online-platforms-and-digital-advertising-market-study>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

CNI. **Desafios para indústria 4.0 no Brasil**. Brasília: Confederação Nacional da Indústria, 2019. Disponível em https://bucketgw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/d6/cb/d6cbfba4d7e-43a0-9784-86365061a366/desafios_para_industria_40_no_brasil.pdf . Acesso em: 23 de jun. 2022.

COHEN, Julie. Law for the platform economy. **UCDL Rev.**, v. 51, p. 133, 2017. Disponível em: https://lawreview.law.ucdavis.edu/issues/51/1/Symposium/51-1_Cohen.pdf. Acesso em: 23 de jun. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE)**, 2016. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=ES> . Acesso em: 23 de jun. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones. Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa**, 2016b. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0288>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. Case n. comp/m.7217 -facebook/whatsapp. **Regulation (EC) n. 139/2004**. Merger procedure. 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m7217_20141003_20310_3962132_EN.pdf. Acesso em: 23 de jun. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por**

el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. 2020. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Proposal for a regulation of the european parliament and of the council on contestable and fair markets in the digital sector: digital markets act**, 2020.

COMISSÃO EUROPEIA. **Regulation (eu) 2022/1925 of the european parliament and of the council**. 2022. Disponível em: <http://data.europa.eu/eli/reg/2022/1925/oj>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

GALINDO, Blanca. **Prohibition of the abuse of a dominant position the international symposium on anti monopoly enforcement**. 2007.

CRÉMER, Jacques; MONTJOYE, Yves-Alexandre de; SCHWEITZER, Heike. **Report on: competition policy for the digital era**. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019.

CREWS, Clyde, *et al.* **Terrible Tech 2.0: the most burdensome, anti- consumer technology policy proposals**, in Washington. 2020.

CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. Killer Acquisitions. **Journal of political economy**, v. 129, n. 3, mar. 2021.

CRISANTO, Juan Carlos; EHRENTAUD, Johannes; FABIAN, Marcos. Big techs in finance: regulatory approaches and policy options. **FSI Briefs**, v. 12, p. 1-15, 2021.

CYPHER, Benedict; DOCTOROW, Cory. **Privacy Without Monopoly: Data Protection and Interoperability**. Eletronic Frontier Foundation, 2021.

DAVIS, Steven; HALTIWANGER, John. Labor market fluidity and economic performance. **National Bureau of Economic Research**, 2014.

DOMINGUES; Juliana. Big techs e o direito antitruste. **Opinião Folha de S. Paulo**. 13 de junho de 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2019/06/big-techs-eodireito-antitruste-40.shtml>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

DOLATA, Ulrich. Varieties of internet platforms and their transformative capacity. **The Future of Work**, p. 100, 2021.

EVANS, David S. The antitrust economics of free. john m. **Olin law & economics working paper**, n. 555, 2015.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses: working Paper Series. **National bureau of economic research**, 2016.

EVANS, David. **Platform economics: essays on Multi-Sided Businesses**. 2016.

EZRACHI, Ariel; STUCKE, Maurice E. Edistorcions: how data-opolies are dissipating the internet's potential. **Digital plataforms and concentration. second annual antitrust and competition conference stigler center for the study of the economy and the state university of Chicago booth school of business**. A Pro-Market Production. 2018.

EPSTEIN, Robert. **The unprecedented power of digital platforms to control opinions and votes.: Digital Platforms and Concentration**. Second Annual Antitrust and Competition Conference Stigler Center for the Study of the Economy and the State University of Chicago Booth School of Business. A Pro-Market Production. 2018.

FEDERICO, Giulio. Antitrust and innovation: Welcoming and protecting disruption. **Innovation Policy and the Economy**, v. 20, n. 1, p. 125-190, 2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). FTC to Examine Past Acquisitions by Large Technology Companies. **Press Release**, 2020.

FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **FTC v. Facebook**. Complaint, 2021.

FEINER, Lauren. **Netflix is valued like a tech company, but its CEO just said it was a media company**. CNBC, 2019. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2019/03/19/netflix-ceo-breaks-with-big-tech-saying-its-actually-a-media-company.html>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Plataformas digitais entre abuso de posição dominante e inovação: perspectivas a partir das Teorias de Concorrência Dinâmica do Antitruste**. 2021. Tese de doutorado - Universidade de São Paulo, São Paulo/SP, 2021.

FERRER, Miguel; MAUDES, Antonio. Un futuro para la economía colaborativa y los nuevos modelos de negócio en las plataformas digitales. **Cuadernos Económicos de ICE**, n. 97, 2019.

FIANI, Ronaldo. **Teoria da regulação econômica: estado atual e perspectivas futuras**. 1998. Disponível em: <http://www.ir.ufrj.br/gre/pdf>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

FICHEMAN, Irene Karaguilla. **Ecosistemas digitais de aprendizagem: autoria, colaboração, imersão e mobilidade**. Tese. São Paulo: USP, 2008.

FILISTRUCCHI, Lapo. Identifying two-sided markets. **World competition**. v.36, n.1, 2013.

FLETCHER, A. Digital competition policy: Are ecosystems different? **Hearing on competition economics of digital ecosystems**. OECD. 2020.

FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste. São Paulo: **Revista dos tribunais**, 2017

FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

FRANK, Russell. The forward as folklore: Studying e-mailed humor. **Folklore and the internet: vernacular expression in a digital world**, v. 1, p. 98, 2009.

FURMAN, J.; COYLE, D.; FLETCHER, A.; MARSDEN, P.; MCAULEY, D. Unlocking digital competition, **Report of the digital competition expert panel**, 2019.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. Livre iniciativa, livre concorrência e democracia: valores constitucionais indissociáveis do direito antitruste? *In*. NUSDEO, Fabio. (Coord.); PINTO, Alexandre Evaristo. **A ordem econômica constitucional**: estudos em celebração ao 1º Centenário da Constituição de Weimar. São Paulo: RT, 2019, p. 111-130.

GAUTIER, Axel; LAMESCH, J.. **Mergers in the digital economy**. Information economics and policy, 2020, p. 100890.

GAWER, Annabelle. Bridging differing perspectives on technological platforms: toward an integrative framework. **Research Policy**, v. 43, n. 7, p. 1239-1249, 2014.

GHEVENTER, Alexandre. Política antitruste e credibilidade regulatória na América Latina. **Dados**, v. 47, p. 335-363, 2004.

GLICK, M.; RUETSCHLIN, C. Big tech acquisitions and the potential competition doctrine: the case of facebook. **SSRN Electronic Journal**, 2019.

GRECO, Esteban; VIECENS, María Fernanda. **Economía digital en América Latina**: Reflexiones sobre las concentraciones económicas en la región, 2022.

GRIEBELER, Lucas. **Análise multijurisdicional de aquisições centradas em dados**: diagnóstico atual e propostas de política pública para o Brasil. São Paulo: Associação Data Privacy Brasil de Pesquisa, 2021.

GUERREIRO, Filipe de Sarmiento Gonçalo. **Plataformas e ecossistemas digitais: Desafios e benefícios sobre o ponto de vista económico e social. Caso de estudo: O Facebook.** 2022. Dissertação de Mestrado.

HAGIU, A.; WRIGHT, J. Multi-sided platforms. **International journal of industrial organization**, v. 43, pag. 162-174, 2015.

HAUCAP, Justus; HEIMESHOFF, Ulrich. Google, Facebook, Amazon, eBay: is the Internet driving competition or market monopolization?. **International economics and economic policy**. 11, 2014.

HAN, Byung-Chul. **No enxame: perspectivas do digital.** Editora Vozes Limitada, 2018.

HEIN, A., SCHREIECK, M., RIASANOW, T., SETZKE, D. S., WIESCHE, M., BÖHM, M., & KRCCMAR, H. Digital platform ecosystems. **Electronic Markets**, v. 30, n. 1, 87–98, 2019.

HELMOND, Anne; NIEBORG, David B. The political economy of Facebook's platformization in the mobile ecosystem: Facebook Messenger as a platform instance. **Media, Culture & Society**, v. 41, n. 2, p. 196-218, 2019.

HUNOLD, Matthias; KESLER, Reinhold; LAITENBERGER, Ulrich; SCHLÜTTER, Frank. Evaluation of best price clauses in hotel booking. **Discussion Paper**, n. 16-066, Leibniz Centre for European Economic Research (ZEW), 2018, p. 11.

HYLTON, K. N. Digital platforms and antitrust law. **SSRN Electronic Journal**, 2019.

INTERNET WORLD STARTS. World internet usage and population statistics, 2022. Disponível em: <https://www.internetworldstats.com/stats.htm>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

JACOBIDES, Michael G. Towards a theory of ecosystems. **Strategic management journal**, v. 39, n. 8, 2255-2276, 2021.

JOLLY, Masih; MEGHA, Sharma; RAMESH, Dangwal Chandra. Facebook Advertising in the Era of Digital Economy. In: **European, Asian, Middle Eastern, North African conference on management & information systems**. Cham: Springer International Publishing, 2021. p. 97-108.

JONKER, Nick; *et al.* Effect of COVID-19 on payment patterns: a policy perspective. **European economy - banks, regulation, and the real sector**, v. 1, 2022, 173–187.

JOSHI, Naveen. **What is big tech and why we should care.** 2019. Available at: <https://www.allerin.com/blog/what-is-big-tech-andwhy-we-should-care>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

JULIEN, Dupont. **Recommendation of the OECD council on good statistical practice**. 2016.

KADES, M.; SCOTT MORTON, F. **Interoperability as a competition remedy for digital networks**. Washington Center for Equitable Growth, 2020.

KATZ, Michael L. Big Tech mergers: innovation, competition for the market, and the acquisition of emerging competitors. **Information economics and policy**, 54, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100883>.

KATZ, Vanessa. Regulating the sharing economy. **Berkeley technology law journal**, Berkeley, v. 30, p. 1.066-1.126, 2015.

KATZ, Raúl. **El ecosistema y la economía digital em América Latina**. CEPAL, 2015.

KENNEDY, Joe. **Monopoly myths: is big tech creating “Kill Zones”?** Information technology and innovation foundation, 2020.

KHAN, Chair Lina M. **Vision and priorities for the FTC**, 2018. Disponível em: https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1596664/agency_priorities_memo_from_chair_lina_m_khan_9-22-21.pdf. Acesso em: 23 de jun. 2022.

KHAN, Lina M. Amazon’s antitrust paradox. **The yale law journal**, [S. l.], v. 126, n. 710, pp. 710–805, 2017. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2808. Acesso em: 23 de jun. 2022.

KIRAE, Beatriz. **A regulação estrutural de mercados digitais no Brasil**. 2021. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021.

KWOKA, John. **Controlling mergers and market power: a program for reviving antitrust in america**. 1 ed. Boston: competition policy international, 2020.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. Fundamentos da metodologia científica. In: **Fundamentos da metodologia científica**. 2010. p. 320-320.

LAITENBERGER, Johannes. **Director-general for competition, european comm’n, speech at the mlex/hogan lovells event in brussels**. 2022.

LEVY, Ari. **Tech’s top seven companies added \$3.4 trillion in value in 2020**. CNBC, 2020. Disponível em: <https://www.cnbc.com/2020/12/31/techs-top-seven-companies-added-3point4-trillion-in-value-in-2020.html>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

LEMLEY, M. Submission to the Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law. U.S. House of Representatives Committee on the Judiciary, 2020. Disponível em: https://judiciary.house.gov/UploadedFiles/Submission_from_Mark_Lemley.pdf. Acesso em: 23 de jun. 2022.

LETINA, Igor; SCHMUTZLER, Armin; SEIBEL, Regina. Killer acquisitions and beyond: policy effects on innovation strategies. **University of Zurich, department of economics, working paper**, n. 358, 2021.

LIANOS, Ioannis. **‘Polycentric competition law,’ centre for law, economics and society**. CLES Research paper series n. 4. University college london: London, 2018.

LOPEZ C.; SERRATE J.S. **Big tech companies: an inclusive and global regulatory framework is needed**. 2020. Disponível em: https://milkeninstitute.org/sites/default/files/reports-pdf/T20_TF8_PB3.pdf. Acesso em: 23 de jun. 2022.

MA, Jingyuang. **Regulating data monopolies**. A law and economics perspective. Springer Singapore, 2022.

MAGALU. **Teleconferência de resultados 4T21**. (2022). Disponível em: <https://ri.magazineluiza.com.br/ListResultados/Download.aspx?Arquivo=WjsRxBh2+9+ThX9pOYNc8A==>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

MATTIOLI, D.; TRACY, R. House Bills Seek to Break Up Amazon and Other Big Tech Companies. **The wall street journal**, 2021. Disponível em: <https://www.wsj.com/amp/articles/amazon-other-tech-giants-could-be-forced-to-shedassets-under-house-bill-11623423248>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

MCLEOD, James. **Inside the kill zone: Big Tech makes life miserable for some startups, but others embrace its power**. Financial Post: Innovation – FP Startups – Financial Post, 2020.

MENÉNDEZ, Uría. **La nueva política de la Comisión Europea para ampliar el ámbito de revisión de operaciones de concentración**, 2021.

MERCADO & CONSUMO. **Magalu e o caminho para se tornar o principal ecossistema digital do país**. 31 maio 2021. Disponível em: <https://mercadoconsumo.com.br/2021/05/31/magalu-e-o-caminho-para-se-tornaroprincipalecossistema-digital-do-pais/>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

MESENBOURG, Thomas L. Measuring the digital economy. **US Bureau of the Census**, v. 1, p. 1-19, 2001.

MEYER, Raúl González; MICHELETTI, Stefano; JARA, Benjamín Adasme. El surgimiento de la escala regional y local en el debate sobre desarrollo: reconstitución histórica y balance teórico. **Revista iberoamericana de estudios de desarrollo= iberoamerican journal of development studies**, v. 10, n. 1, p. 142-165, 2021.

MIRANDA, Jorge Marcelo Ribeiro. “**Novos Mercados**” na economia digital: **competências transversais na ótica dos empregadores**. 2020. Tese de Doutorado.

MOON, HyeJung; KWANWOO, Kim; SUNGKYUNG Kim; JANGHO Park. Ecosystem design of big data through previous study analysis in the world: policy design for big data as public goods. **IEEE international congress on big data**, 2017.

MOTTA, Massimo; PEITZ, Martin. **Big tech mergers**. Information Economics and Policy, 54, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100868>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

MUKHTOROVNA, Dimitri. Importance of foreign investments in the development of the digital economy. **Researchjet journal of analysis and inventions**, v. 2, n. 4, 219-224, 2021.

OCDE - ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **An introduction to online platforms and their role in the digital transformation**. 2019.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Going digital in Brazil. **OECD Reviews of digital transformation**, 2020.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Good jobs for all in a changing world of work: the OECD jobs strategy**. Paris: OECD, 2018.

OECD – ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms**. [s.l.] : OECD, 2021. Disponível em: <https://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multisided-platforms.htm>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

PARKER, Geoffrey; PETROPOULOS, Georgios; VAN ALSTYNE, Marshall W. **Platform mergers and antitrust**. Industrial and Corporate Change, 2021.

PASSARELLI, Brasilina. Identidade conceitual e cruzamentos disciplinares. *In*: PASSARELLI, B.; SILVA, A. M.; RAMOS, F. (Orgs.). **E-infocomunicação: estratégias e aplicações**. São Paulo: Senac, 2014. p. 79-120.

PENFIELD, Tracy; PALLMAN, Molly. **Looking ahead: nascent competitor acquisition challenges in the “TechLash” era.** The antitrust source, June, 2020.

PETIT, N.; TEECE, D. J. **Taking ecosystems competition seriously in the digital economy.** Hearing on competition economics of digital ecosystems. OECD. 2020.

POEL, Martijn.; RENDA, Andrea.; BALLON, Pieter. **Business model analysis as a new tool for policy evaluation: policies for digital content platforms.** Info, v. 9, n. 5, p. 86–100, ago. 2007.

PRADO, Tiago. Digital platforms and innovation: lessons for innovation policy and regulation. **Quello center working paper**, TPRC48: The 48th research conference on communication, information and internet policy, 2020.

PRAT, Andrea; VALLETTI, Tommaso M. Attention Oligopoly. **American Economic Journal: Microeconomics**, Forthcoming, 2021.

RANCHORDÁS, Sofia. Does sharing mean caring? Regulating innovation in the sharing economy. **Minnesota Journal of Law, Science and Technology, Minnesota**, v. 16, 2015, p. 413-476.

RANCHORDÁS, Sofia. Innovation experimentalism in the age of the sharing economy. *Lewis & Clark Law Review*, [S. l.], v. 19, n. 4, pp. 871–924, 2015.

REUVER, Sørensen, C. The digital platform: a research agenda. **Journal of information technology**, v. 33, n. 2, 124-135, 2018.

RESENDE, Guilherme Mender; LEMOS, Thales de Melo e. Fusões e aquisições em ecossistemas digitais: concorrência potencial, nascente e killer acquisitions. In.: ZINGALES, Nicolo; FARANI, P. . **A aplicação do direito antitruste em ecossistemas digitais: desafios e propostas.** 1. ed. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2022

RENZETTI, Bruno; BUENO, Carolina; PAIXÃO, Raíssa. Mercados digitais: alguns conceitos. In: NETO, Caio Mário da Silva Pereira (organização). **Defesa Da Concorrência em Plataformas Digitais.** FGV. São Paulo: FGV Direito SP, 2020. p. 21-39.

RENZETTI, Bruno. **Improving Readership of Social Media Terms of Service and Community Guidelines Through Gamification.** Available at SSRN, 2022.

ROSOFF, Arnold J. **Antitrust laws and the health care industry: new warriors into an old battle.** *Louis ULJ*, v. 23, p. 446, 1979

SAKUDA, Luiz Ojima. **Plataformas como novo tipo de governança de cadeias globais de valor**: estudo na indústria de jogos digitais. Tese de doutorado. Universidade de São Paulo, 7 jun. 2016.

SCHECHTER, Asher. **Google and Facebook's "Kill Zone"**: "we've taken the focus off of rewarding genius and innovation to rewarding capital and scale". ProMarket. Chicago, IL, University of Chicago, Stigler Center for the Study of Economy and State, 2018.

SCHOENING, F.; BROCK-WENZKE, J.; VON SCHEREITTE, F. **Less is more**: Germany eases merger control requirements. 2021.

SCHWAB, Klaus *et al.* **The global competitiveness report 2013–2014**: Full data edition, 2016.

SILVA, Patrícia de Oliveira Vogado Carneiro da. **A aplicação do Direito da Concorrência a práticas colusivas operacionalizadas por via da tecnologia blockchain**. 2021. Tese de Doutorado.

SIMCOE, Timothy. **Modularity and the evolution of the internet**. Greenstein, S.M. and Tucker, C.E. (eds), *Analysis of the Digital Economy*, Chicago: University of Chicago Press, 2015, pp. 21–47.

SLEDZIEWSKA, Kararzyna; WLOCH, Renata. **The economics of digital transformation**. The disruption of markets, production, consumption, and work. routledge, New York, 2021.

SMITH, Noah. **Big tech sets up a 'kill zone' for industry upstarts**. Bloomberg Opinion: Technology & Ideas. Bloomberg, 2018.

SNELDERS, Robbert; QC, Romano Subiotto; MAYDELL, Niklas. **Cleary Gottlieb Antitrust Developments in Europe 2019**. LexisNexis, 2020.

SOKOL, Daniel; COMERFORD, Roisin. Antitrust and regulating big data. **George Mason Law Review** 119 (2016), University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 16-40, 2016.

SPISOK, FAANG. **Stoit ikh pokupat'? Puzyr' v aktsiyakh? Facebook. Amazon. Apple. Netflix. Google** [The FAANG list. Is it worth buying them? A stock market bubble? Facebook. Amazon. Apple. Netflix. Google], 2020. Disponível em: <https://smart-lab.ru/blog/654933.php>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

SRINIVASAN, Ramesh. The future of platform power: reining in Big Tech. **Journal of Democracy**, v. 32, n. 3, p. 163-167, 2021.

- STAHL, Matt. **Unfree masters: popular music and the politics of work**. Duke university press. Crossref, 2018.
- STEWART, Richard B. Regulation, innovation and administrative law: a conceptual framework. **California Law Review**, California, v. 69, n. 5, p. 1.256-1.377, 1981.
- STUCKE, Maurice E. Should we be concerned about data-opolies? **Georgetown law technology Review** 275 (2018), University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 349, 2018.
- STURGEON, Timothy J. Upgrading strategies for the digital economy. **Global strategy journal**, v. 11, n. 1, 2021, 34-57.
- TAUFICK, Roberto Domingos. **Nova lei antitruste brasileira: avaliação crítica, jurisprudência, doutrina e estudo comparado**. Grupo Almedina, 2019.
- THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. Choice architecture. **The behavioral foundations of public policy**, v. 25, p. 428-439, 2013.
- TIROLE, Jean. **Competition and the industrial challenge for the digital age**. Working paper, 2020.
- ULAS, Dilber. Digital Transformation Process and SMEs. **Procedia Computer Science**, v. 158, 2019, 03-15.
- VARIAN, Hal R. **Seven deadly sins of tech?** Information Economics and Policy, 54, 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100893>. Acesso em: 23 de jun. 2022.
- WATERS, Roger. **Big Tech's 'buy and kill' tactics come under scrutiny**. Financial Times, 2020.
- WEWEGE, Luigi; LEE, Jeo; THOMSETT, Michael. Disruptions and digital banking trends. **Journal of applied finance and banking**, 10(6), 2020, 10-56.
- WIERINGA, Roel; GORDJIN, Jaap. **Exploring governance in a decentralized energy trading eco-system**. In: Proceedings of the 33RD BLED e-conference: Enabling Technology for a Sustainable Society, 2020.
- WU, Tim. After consumer welfare, now what? The protection of competition standard in practice. **The journal of the competition policy international**, 2018. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=3249173>. Acesso em: 23 de jun. 2022.

ZINGALES, Nicolo; RENZETTI, Bruno. **Atos de concentração e ecossistemas de plataforma digital**: revisão da experiência brasileira. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4098210>. Acesso em: 23 de jun. 2022.