

O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO DE DEFESA CONCORRENCIAL ESTÁ COMPATÍVEL COM AS PRÁTICAS E NECESSIDADES DA ECONOMIA DIGITAL?




Vicente Bagnoli

Quando se discute a economia digital e os seus impactos na livre concorrência, alguns pontos se destacam, tais como cartéis praticados entre empresas por meio da utilização de algoritmos, o emprego do big data para determinar o perfil do consumidor e direcionar vendas de produtos ou serviços e a diferenciação ou discriminação de preços feita por sistemas que definem o perfil do consumidor.

Surgem também desafios, como quais os critérios a serem empregados para determinar a submissão de atos de concentração e quais os métodos a empregar nas análises de concentrações econômicas onde o produto tem custo zero (exemplos são os aplicativos “gratuitos”), que inviabiliza o teste do monopolista hipotético¹ para avaliar os efeitos monopolísticos da concentração entre empresas. Também surge o desafio de compreender qual deve ser o papel da autoridade de concorrência, pois se por um lado é muito intervencionista, pode restringir a livre iniciativa e atrasar o progresso tecnológico, e, por outro lado, se muito permissiva, pode consentir na criação de grupos econômicos tão fortes e colossais que subjugarão a livre concorrência.

Tal reflexão inicial é necessária para responder, ou ao menos tentar responder, o seguinte questionamento: o sistema jurídico brasileiro de defesa concorrencial está compatível com as práticas e necessidades da economia digital?



Em tempos de economia digital, a concorrência deve estar no centro das políticas governamentais para induzir as empresas a produzir e oferecer melhores resultados e serviços aos consumidores, facilitar a entrada de novos concorrentes e aumentar e fortalecer os mercados. A inovação contínua por parte das empresas já estabelecidas, mas também por startups, possibilitará esse resultado em um ambiente de competição.

Os mercados digitais em bom funcionamento precisam ser apoiados por políticas fortes pró-concorrência que abram oportunidades de inovação e se oponham aos mecanismos e condutas que podem levar a uma alta concentração e até mesmo um único vencedor (*winner takes it all*).

A economia digital também é caracterizada por sua competição dinâmica essencial baseada em ciclos contínuos de inovação, desenvolvimento e rupturas. A inovação baseada em dados (DDI; *data-driven innovation*, em inglês) significa a melhoria significativa de um produto, processo, método organizacional ou mercado, ou o seu desenvolvimento, realizado pelo uso do *big data*.

As plataformas na economia digital, ou mercados de dois lados e até mesmo multimercados, têm aumentado enormemente a relevância para a interação entre diferentes grupos de usuários, tais como: consumidores ou usuários dos serviços prestados pela plataforma; empresas que exibem anúncios aos consumidores na plataforma; e criadores de conteúdo, como notícias.

A velocidade e a extensão do crescimento da economia digital têm sido cruciais para tornar as plataformas um dos desafios mais significativos, exigentes e investigativos enfrentados pelos reguladores e autoridades de concorrência em todo o mundo. As plataformas digitais acabam com a intermediação dos chamados mercados comuns para conectar diretamente os usuários, o que as torna multimercados. Isso leva a um controle maciço sobre comércio, comunicações e até discurso público.

O uso generalizado e frequente de plataformas digitais em todo o mundo demonstra que seus serviços inovadores e populares transformaram como os usuários se comunicam uns com os outros, acessam notícias e informações e interagem com outros grupos de clientes ou indivíduos. Mas o impacto das plataformas digitais na concorrência e, conseqüentemente, na sociedade, merece uma análise atenta.

As plataformas digitais em troca da oferta de aplicativos / produtos / serviços tendem a impor termos e condições ao usuário que, na prática, são a entrega de dados pessoais pelo consumidor para quem controla a plataforma. Diante disso, as autoridades da concorrência começaram a analisar caso a caso os possíveis problemas concorrenciais que podem surgir com a posse e utilização de dados.

O que torna as plataformas digitais tão únicas é o big data, cujo uso promove um ciclo de retroalimentação (feedback loop, em inglês), permitindo que as empresas criem produtos, ofereçam serviços e atraiam cada vez mais usuários. Isso assegura economias substanciais de escala e impulsiona o mercado em favor das plataformas já dominantes, que não só participam de uma miríade de negócios como smartphones, e-commerce, pagamentos digitais, mas também são suspeitas de envolvimento no desrespeito à privacidade de dados, desinformação, questões trabalhistas e interferência eleitoral.

Ao redor do mundo, diversos países vêm tomando medidas que levam à reflexão se os respectivos sistemas jurídicos de defesa da concorrência estão compatíveis com as práticas e necessidades da economia digital.

Processos instaurados para investigar condutas anticoncorrenciais das *big techs*, como Google, Facebook, Apple e Amazon, inicialmente e em grande parte conduzidos pela Comissão Europeia, mas também pelas autoridades de concorrência de Estados Membros, como Alemanha, França e Itália, e de outros países como Japão, Brasil e mais recentemente Estados Unidos. Mas não só. A autoridade chinesa de concorrência também conduz casos que envolve as suas *big techs* nacionais, mas de atuação global, como Alibaba e Tencent.

Quanto a relatórios ou até alterações nas legislações, são citados o Reino Unido, a Austrália, Alemanha, Áustria e, especialmente, os Estados Unidos e a União Europeia.

Nos EUA, por exemplo, em outubro de 2020, o Subcomitê de Antitruste, Direito Comercial e Administrativo do Comitê do Judiciário da Câmara dos Representantes dos EUA, emitiu o Relatório de Investigação da Concorrência em Mercados Digitais², iniciado em junho de 2019, e analisa o estado da competição *online*.

Como parte de uma análise completa do mercado, a investigação examinou o domínio da Amazon, Apple, Facebook e Google e suas práticas de negócios para determinar como seu poder afeta a democracia e a economia americanas. O Subcomitê realizou uma revisão das leis antitruste existentes, políticas de concorrência e formas de fiscalização atuais para avaliar se elas são adequadas às questões que envolvem poder de mercado e condutas anticompetitivas nos mercados digitais.

Em 2021, foi introduzida nos Estados Unidos a Lei de Reforma da Concorrência e Aplicação da Lei (CALERA; *Competition and Law Enforcement Reform Act*, em inglês), com o objetivo de reformar as leis antitruste para melhor proteger a concorrência na economia americana. Também em 2021, os legisladores da Câmara introduziram um amplo projeto de lei antitruste criado para restringir o poder das *big techs* e restringir a concentração econômica.

A União Europeia tem se destacado na condução da política de concorrência nos mercados digitais, avaliando fusões e aquisições e processando casos de abuso de posição dominante. Esses casos inspiraram outras autoridades, como dos EUA e do Brasil. Mais recentemente, no final de 2020, outras duas medidas da União Europeia tendem a influenciar legislações ao redor do mundo³: o *Digital Markets Act* (DMA) e o *Digital Services Act* (DSA). O objetivo do DMA é permitir que as plataformas desbloqueiem todo o seu potencial, evitando a ocorrência de práticas anticoncorrenciais e a fraca contestabilidade no mercado, permitindo que os usuários finais e empresas obtenham todos os benefícios da economia digital. O DSA, por sua vez, propõe regras para melhorar um ambiente digital competitivo e prevê a criação de padrões em nível global.

No Brasil, a autoridade competente para prevenir e reprimir as infrações à ordem econômica é o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). Cabe ao CADE aplicar a Lei nº 12.529/2011 (Lei de Defesa da Concorrência) na análise dos atos de concentração e na apuração de condutas anticoncorrenciais, inclusive nos mercados digitais.

O CADE tem lidado com diversos casos de concorrência na economia digital e está atento como o tema concorrência e economia digital é enfrentado em outras jurisdições.

O CADE publicou, em 2020, um documento de trabalho intitulado “Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados”⁴. O documento de trabalho teve como objetivo revisar as principais publicações de autoridades e importantes centros de pesquisa sobre o tema. O documento de trabalho também teve como objetivo sintetizar para o CADE e para a sociedade a visão de seus pares internacionais no sentido de apoiar o aprimoramento da política interna do CADE para garantir a atualização técnico-científica de sua atuação.

Quanto aos casos, o CADE investigou plataformas digitais como [Booking.com](#), Decolar e Expedia⁵. O caso chegou ao fim com um acordo celebrado entre o CADE e as empresas para suspender a investigação sobre o uso de cláusulas de paridade de preços (*price parity clauses*) consideradas injustas⁶ em contratos firmados com redes hoteleiras para uso de suas plataformas de vendas pela internet.

Condutas praticadas pela Google também foram investigadas pelo CADE. Em decisão proferida em 2019, o CADE ordenou a suspensão de um processo administrativo que investigou se a Google teria colocado seu Google Shopping em posição privilegiada nos resultados dos buscadores (Google Buscas). Tal conduta infringiria a neutralidade do algoritmo ao favorecer seu serviço em detrimento dos concorrentes⁷. Em outra decisão, datada de 2019, o CADE encerrou um processo que investigava a suposta adoção de cláusulas abusivas nos contratos da Google para licenciar seu programa de interoperabilidade de anúncios entre sua plataforma AdWords e outras plataformas de anúncios⁸. Ainda em 2019, o CADE decidiu abrir um processo contra a Google para investigar denúncia de que a empresa praticava “scraping”, que consiste na cópia de conteúdo competitivo de *sites* temáticos rivais para uso em seus buscadores temáticos⁹.

Mais recentemente, já em 2021, o CADE publicou um documento de trabalho intitulado “*Benchmarking* internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados”¹⁰. O *benchmarking* consiste em um estudo de instituições de proteção de dados e concorrência em doze jurisdições, além do Brasil, com uma análise das principais inter-relações e aspectos gerais das leis de proteção de dados. Apresenta uma visão ampla da estrutura e funções de diferentes autoridades, como a União Europeia. Ao final¹¹, o documento de trabalho apresenta sugestões sobre as possíveis inter-relações entre o órgão de defesa da concorrência (CADE) e a autoridade de proteção de dados (ANPD, Autoridade Nacional de Proteção de Dados), quais sejam: (i) a observância das diretrizes da ANPD pelo CADE em decorrência da realização de tratamento de dados pessoais; (ii) a cooperação técnica entre o CADE e a ANPD em razão da utilização da livre concorrência como um dos fundamentos da LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados); (iii) a avaliação pelo CADE de possíveis modificações procedimentais em decorrência da presença de questões de proteção de dados na defesa da concorrência; e (iv) a avaliação pelo CADE da possível implementação de área técnica especializada em questões correlatas à proteção de dados.

A interface entre concorrência e mercados digitais se confirma com a celebração do Acordo de Cooperação Técnica (ACT) entre o CADE e ANPD, em 02 de junho de 2021¹². O objetivo é uma parceria institucional em ações de defesa à livre concorrência relacionadas a serviços que demandam proteção de dados pessoais. Com o acordo, fica estabelecida a atuação coordenada entre CADE e ANPD no que diz respeito à análise de atos de concentração, ao combate às infrações à ordem econômica, bem como à disseminação da cultura da livre concorrência, a chamada advocacia da concorrência, por meio de estudos e pesquisas acerca de procedimentos e práticas de difusão da concorrência nos serviços de proteção de dados. O ACT ainda prevê o compartilhamento de documentos, informações e experiências nas respectivas áreas de atuação, a promoção de reuniões e visitas técnicas, bem como cursos, palestras e outros eventos de capacitação e aperfeiçoamento dos respectivos quadros técnicos.

Outro importante exemplo que sinaliza de forma bastante positiva a compreensão da interface entre concorrência e mercados digitais, bem como seus aspectos na proteção dos consumidores, é o compromisso assumido, em 2021, pelo WhatsApp¹³ de colaborar com o CADE, com a ANPD, com a SENACON (Secretaria Nacional do Consumidor) e ainda com MPF (Ministério Público Federal), no tocante a preocupações apresentadas pelas instituições sobre a nova política de privacidade e as práticas de tratamento de dados apresentadas pelo aplicativo de mensagens que, em princípio, na visão das instituições, podem implicar em violações aos direitos dos titulares de dados pessoais e potenciais efeitos sobre a concorrência e sob a ótica da proteção e defesa do consumidor.

Por todo o exposto, é possível concluir que o sistema jurídico brasileiro de defesa concorrencial está compatível com as práticas e necessidades da economia digital. Tal afirmação, entretanto, não significa que melhorias não devam ser feitas para a melhor aplicação da Lei de Defesa da Concorrência nos mercados digitais.

O próprio documento de trabalho, intitulado “Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados”, mencionado anteriormente, sinaliza quatro sugestões para a melhor inter-relação entre concorrência e economia digital. Mas não é só.

Considerando o poder de mercado que as superplataformas digitais têm em todo o mundo, algo que não é diferente no Brasil, a análise de alguns tópicos relacionados à concorrência é essencial para entender se, e se sim, como melhor endereçar a relação da defesa da concorrência em economia digital. Esses tópicos incluem a definição do mercado relevante, o poder de mercado, o poder de portfólio, restrições verticais, efeitos anticoncorrenciais inclusive na inovação e o uso do big data como insumo e vantagem competitiva para plataformas.

Nesse sentido, pode-se amadurecer de forma mais eficaz a compreensão da relevância competitiva dos dados na economia digital a partir de uma análise detalhada do mercado relevante do *big data* (BDRM; *Big Data Relevant Market*¹⁴, em inglês), estruturando o mercado em ciclos: Big Data Captura (*Capture*), Big Data Armazenamento (*Storage*) e Big Data Análise (*Analytics*). Tal perspectiva pode contribuir para uma melhor compreensão do desempenho das empresas na economia digital e verificar com precisão as questões de concorrência como poder de mercado, barreiras à entrada, verticalização e abuso de posição dominante, com as mais diversas condutas anticoncorrenciais à luz do *caput* do art. 36 e seus incisos, da Lei de Defesa da Concorrência.

Ainda no tocante às condutas anticoncorrenciais em mercados digitais, o tempo de análise até a decisão do processo com o julgamento pelo Tribunal do CADE deve ser avaliado. Em qualquer mercado, um processo que se estenda por anos até a decisão final pode ter efeitos danosos irreversíveis no mercado. Tal preocupação deve ser ainda maior nas economias digitais em razão da sua dinamicidade, disruptividade e constantes avanços tecnológicos.

A análise de atos de concentração também demanda uma melhor compreensão do significado dos dados e a sua relação com o poder de mercado, inclusive com a atualização das ferramentas de análise, uma vez que nesses casos o teste do monopolista hipotético não se mostra adequado, além da cooperação técnica entre o CADE e a ANPD para o intercâmbio de informações. Para fins de atos de concentração, deve-se também rever o critério da Lei de Concorrência para a submissão das operações, uma vez que *big techs* atingem o faturamento previsto no art. 88, I, enquanto empresas por elas adquiridas, muitas vezes *startups*, não preenchem o critério de faturamento estipulado no art. 88, II.

A preocupação quanto à compatibilidade dos sistemas jurídicos de defesa da concorrência com as práticas e necessidades da economia digital é mundial, de modo que a experiência internacional e padrões considerados eficazes devem ser avaliados e ajustados para a realidade brasileira, como o DMA e o DSA da União Europeia.

Fato é que a ascensão das plataformas digitais e a relevância que elas têm na estrutura do mercado trouxeram um significado inovador que vai além de meros ‘facilitadores’ ou ‘intermediários’ a uma verdadeira estrutura essencial (essential facility), que as leva a serem compreendidas como serviços de utilidade pública¹⁵.

Quanto maior e mais poderosa a plataforma digital, maior a dependência que essa infraestrutura exerce na sociedade, o que demanda um maior rigor na aplicação do Direito da Concorrência, a submissão das superplataformas e até mesmo regulamentações específicas.

O sistema jurídico brasileiro de defesa da concorrência, não obstante estar compatível com as práticas e necessidades da economia digital, deve ser constantemente fortalecido para elaborar políticas de concorrência nos mercados digitais de acordo com as especificidades setorial e as particularidades nacionais.



Vicente Bagnoli

Professor da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Diretor para o Brasil da ASCOLA – Academic Society for Competition Law. Membro do Núcleo de Proteção de Dados no âmbito do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDI). Membro do Grupo de Estudos do Procon/SP de análise dos aspectos regulatórios e econômicos do Código de Defesa do Consumidor. Presidente da Comissão de Estudos da Concorrência e Regulação Econômica da OAB-SP (2013-2015). Presidente do Comitê Jurídico e Membro da Diretoria da Câmara Ítalo-brasileira de Comércio, Indústria e Agricultura – ITALCAM. Vice-Presidente do Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional – IBRAC. Consultor não governamental da International Competition Network – ICN. Sócio de Vicente Bagnoli Advogados. Autor de artigos e livros. bagnoli@vicentebagnoli.com.br

NOTAS E REFERÊNCIAS

- 1 O teste do monopolista hipotético é utilizado para auxiliar na definição do mercado relevante, equiparando-o ao menor grupo de produtos e à menor área geográfica necessária para que um ofertante único hipotético esteja em condições de impor um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços (“small but significant and non-transitory increase in price”, daí também conhecido na literatura internacional como “SSNIP Test”). A análise avalia a reação do consumidor ao hipotético aumento de preços. Com isso, busca-se verificar o grau de substitutibilidade entre bens ou serviços para a definição do mercado relevante em exame.
- 2 https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf?utm_campaign=4493-519 (acessado 14 de julho de 2021)
- 3 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX52020PC0842&from=en> (accessed on July 15, 2021)
- 4 <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrenca-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf> (accessed on June 15, 2021)
- 5 <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/booking-decolar-e-expedia-celebram-acordo-de-cessacao-com-o-cade> (accessed on June 15, 2021)
- 6 Por meio do acordo (TCC) celebrado com o CADE, as empresas **Booking.com**, **Decolar.com** e Expedia se comprometeram a cessar o uso de cláusulas de paridade de preços “amplas” ao fazer negócios com provedores de hospedagem (hotéis). Tais cláusulas, de paridade de preços “amplas”, impediam hotéis de oferecer preços melhores em sítios de reserva de empresas concorrentes à **Booking.com**, **Decolar.com** e Expedia, que podem seguir exigindo as cláusulas de paridade de preços “estreitas”. Essas cláusulas visam evitar o efeito caronista (“free riding”) ao impedir que hotéis ofereçam preços menores em seus próprios sítios ou offline.
- 7 <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/processo-contr-google-no-mercado-de-busca-na-internet-e-arquivado> (accessed on June 15, 2021)
- 8 <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-arquiva-investigacao-sobre-clausulas-em-contratos-para-anuncio-no-google-adwords> (accessed on June 15, 2021)
- 9 <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-arquiva-processo-contr-o-google-sobre-suposta-copia-de-conteudo-de-concorrentes-na-internet> (accessed on June 15, 2021)

- 10** <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2021/Documento%20de%20Trabalho%20-%20Benchmarking-internacional-Defesa-da-Concorrencia-e-Protecao-de-dados.pdf> (accessed on June 15, 2021)
- 11** Item 13.2 do documento de trabalho.
- 12** <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-firma-parceria-com-anpd-e-lanca-estudo-sobre-defesa-da-concorrencia-e-protecao-de-dados>
- 13** <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/whatsapp-se-compromete-a-colaborar-com-cade-mpf-anpd-e-senacon-em-relacao-a-nova-politica-de-privacidade>
- 14** Bagnoli, Vicente, The Big Data Relevant Market (November 14, 2016). Concorrenza e Mercato vol.23/2016, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3064792>
- 15** Bagnoli, V. Digital Platforms as Public Utilities. IIC (2020). <https://doi.org/10.1007/s40319-020-00975-2>; available at: <https://rdcu.be/b7nzl>