

A REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS DIGITAIS NO BRASIL: É POSSÍVEL UMA ABORDAGEM PREVENTIVA?

The regulation of digital platforms in Brazil: Is a prevention approach possible?

Allan Fuezi Barbosa¹

Resumo. As plataformas digitais têm um papel central na economia digital, inclusive gerando importantes eficiências econômicas. No entanto, essas plataformas geram preocupações relativas às práticas anticompetitivas, que podem gerar graves danos à concorrência, através de condutas de abuso de posição dominante. Por conta da dinâmica dos mercados digitais e da insuficiência de resposta temporal do controle de conduta, discute-se as propostas internacionais para a abordagem da regulação de plataformas, como uma forma de construir uma regulação preventiva de condutas anticoncorrenciais no Brasil. A partir de uma visão das *better practices*, propõe-se a instituição de um comitê entre ANPD e CADE, para a criação de diretrizes para os mercados digitais, como também propostas de ajustes com os agentes econômicos, através de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), para um caso específico sob investigação, ou de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), relativo às melhores práticas definidas pelo próprio Comitê, sendo esse último um mecanismo mais amplo, inspirado na regulação da aviação civil. A metodologia deste artigo é fundada em pesquisa básica estratégica de caráter qualitativo, pautada em bibliografia. A abordagem assume natureza exploratória e explicativa em pontos cruciais para o desenvolvimento da temática.

Palavras-chave: Direito Antitruste; Economia Digital; Plataformas Digitais; Regulação; Better Practices.

Abstract. Digital platforms play a central role in the digital economy, generating significant economic efficiencies. However, these platforms raise concerns regarding anticompetitive practices, which can seriously harm competition through abusive behaviors stemming from dominant positions. Due to the dynamics of digital markets and the insufficient temporal response of conduct control, international proposals for platform regulation to establish prevention regulation of anticompetitive behavior in Brazil. Based

¹ Doutorando em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (USP). Secretário-Geral da Associação Norte-Nordeste de Direito Econômico (ANNDE). Presidente da Comissão Especial de Direito da Concorrência da OAB/BA. Mestre em Direito e Economia pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Advogado. Email: allanfuezi@usp.br.

on a view of better practices, we propose the establishment of a committee between the National Data Protection Authority (ANPD) and the Administrative Council for Economic Defense (CADE). This committee would create guidelines for digital markets, as well as proposals for adjustments with economic agents through a Cease-and-Desist Agreement (TCC) in cases currently under investigation, or through a Conduct Adjustment Agreement (TAC) related to best practices defined by the committee itself. The latter is a broader mechanism, inspired by civil aviation regulation. The methodology of this article is based on qualitative research, informed by bibliographic sources. The approach assumes an exploratory and explanatory nature in crucial points for developing the subject matter.

Keywords: Antitrust Law; Digital Economy; Digital Platforms; Regulation; Better Practices.

Sumário: 1. Introdução. 2. As plataformas digitais e os problemas de suas condutas. 3. A abordagem internacional e o modelo do DMA. 4. A abordagem brasileira dos mercados digitais e a regulação preventiva. 4.1. O estado da arte no Brasil. 4.2. A possibilidade de regulação preventiva no Brasil. 4.2.1. Da instituição de um Comitê da ANPD e do CADE. 4.2.2. Da regulação preventiva a partir de termos de ajustamento. 5. Considerações finais.

1. Introdução

A economia digital, através de seu incremento tecnológico, ensejou uma modificação relevante nos mercados, a partir da redução de assimetrias informacionais e da obtenção de eficiências econômicas, através da interconexão entre ativos e sujeitos, em um alcance global viabilizado pela internet.² Ocorre que, a figura da plataforma digital, enquanto agente intermediário entre duas categorias de usuários (basicamente, profissionais e finais), a despeito de ser um meio de desenvolvimento econômico e tecnológico, acaba por ensejar preocupações crescentes no âmbito concorrencial.

Nesse cenário, doutrinadores e autoridades de todo o mundo passaram a refletir sobre a melhor forma de regulação das plataformas digitais dominantes, pois a dinâmica da economia digital necessita de uma atuação do regulador de modo mais imediato, uma vez que essa é

² ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 36.

caraterizada pela intensa velocidade de evolução tecnológica e das relações de trocas entre os sujeitos.

O presente trabalho, assim, busca analisar a viabilidade de uma regulação preventiva das condutas das plataformas digitais no ordenamento jurídico brasileiro, após um breve estudo dos problemas de concorrências atrelados a essas figuras e uma análise de propostas internacionais para o enfrentamento da questão.

2. As plataformas digitais e os problemas de suas condutas

No atual contexto de digitalização dos mercados, o surgimento e desenvolvimento de plataformas digitais se torna cada vez mais comum. Em linhas gerais, entende-se como plataforma digital “o agente econômico que detém a infraestrutura tecnológica na qual são desenvolvidas atividades econômicas em mercados de múltiplos lados digitais, viabilizando as relações estabelecidas entre os diversos agentes que a utilizam”³.

Assim, para a caracterização da figura, pode-se indicar:

- a verificação de mercados de múltiplos lados⁴, isto é, dois ou mais grupos distintos de usuários, cuja conexão ou coordenação entre os diferentes grupos produz externalidades positivas, havendo um intermediário (plataforma) para internalizar tais externalidades;⁵

³ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. Tese (concurso Livre-docente em direito comercial). São Paulo, set. de 2021, p. 17.

⁴ ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets, *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, n. 4, jun. 2003, p. 990 ss.

⁵ EVANS. David, SCHMALESNSEE. Richard. *Matchmakers: The New Economics of Multi-sided Platform*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

- existência de efeitos de rede positivos indiretos⁶, uma vez que um grupo de usuários tem maior benefício quando cresce o número de usuários de outro grupo, de modo que o volume da demanda não depende apenas dos preços, mas da estrutura desses⁷;

- o subsídio cruzado pode ser utilizado como uma forma de exploração do mercado de múltiplos lados, inclusive a partir da prática do preço zero em um dos lados⁸;

o custo marginal (o custo de atendimento a mais um outro usuário) próximo de zero e baixos custos de distribuição, que permitem alcance global, através da internet⁹;

- elevadas economias de escala (expansão da prestação de determinado serviço até o extremo da eficiência)¹⁰ e de escopo (expansão para outros serviços ou produtos, inclusive tendo em conta a importância dos dados obtidos na plataforma para o desenvolvimento de novos produtos/serviços)¹¹;

⁶ Ainda que seja possível a verificação de outros efeitos, como efeitos de rede positivos diretos (quando o aumento da base de usuários do mesmo lado cresce a utilidade da plataforma, *i.g.*, redes sociais), como também efeitos negativos diretos (*i.g.* nos aplicativos de encontros). (ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Mercado de plataformas digitais*, 2021, p. 11).

⁷ ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Mercado de plataformas digitais*, 2021., p. 11.

⁸ PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. Tese (concurso Livre-docente em direito comercial). São Paulo, set. de 2021, p. 31. Além disso, deve-se observar que as plataformas dominantes são remuneradas a partir de um maior custo de publicidade, uma taxa mais elevada de intermediação cobradas dos fornecedores (que são repassados aos usuários finais, através dos preços de equilíbrio), sem contar o mecanismo de fornecimento de dados (e a atenção) como remuneração. (ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 39)

⁹ STATE, Stigler Center for the Study of the Economy and. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final report*, 2019, p. 8.

¹⁰ CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 20.

¹¹ ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Mercado de plataformas digitais*, 2021, p. 12); PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. Tese (concurso Livre-docente em direito comercial). São Paulo, set. de 2021, p. 38.

- interligação econômica entre os produtos e/ou serviços, com sinergias do lado da demanda¹², já que as plataformas acabam por ser consideradas como ecossistemas multiprodutos¹³, por conta das economias de escopo;
- os dados são considerados insumos essenciais das plataformas, para incremento dos produtos/serviços a um custo inferior, o que permite ao incumbente uma vantagem competitiva¹⁴.

Considerando-se os aspectos acima tratados, do ponto de vista positivo, as plataformas costumam promover importantes eficiências¹⁵, como também diminuir barreiras geográficas e assimetrias informacionais, de modo a criar novos mercados e a combinar ativos e sujeitos antes isolados, tendo como resultado a promoção do bem-estar econômico¹⁶. Todavia, as próprias características que podem ser benéficas, a depender das circunstâncias, têm o caráter de potencial geração impactos negativos no bem-estar econômico¹⁷, diante dos eventuais problemas concorrenciais que podem decorrer do elevado poder de mercado das plataformas incumbentes¹⁸.

¹² ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Competition issues in digital ecosystems*, 2021.

¹³ JACOBIDES, Michael G.; CENNAMO, Carmelo; GAWER, Annabelle. Towards a Theory of Ecosystems, *Strategic Management Journal*, vol. 39, n. 8, 2018, p. 2255–2276.

¹⁴ CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 24.

¹⁵ “[M]aior conectividade, diminuição de custos de transação, preços baixos, inovação em modelos de negócios e produtos, aumento da produtividade via melhor utilização de recursos escassos, crescimento econômico e as inúmeras possibilidades trazidas pela inteligência artificial”. (ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 35).

¹⁶ ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 36.

¹⁷ CABRAL, Luis *et al.* *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*. Luxemburgo: União Europeia, 2021, p. 7.

¹⁸ ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Competition issues in digital ecosystems*, 2021.

O poder de mercado das plataformas, por sua vez, pode se manifestar de diversas formas, a depender das particularidades de cada mercado relevante.¹⁹ Assim, a partir do fechamento de mercado ou do aumento dos custos dos concorrentes, os abusos de posição dominante (exclusionários) das plataformas decorrem de “práticas empresariais exercidas por um agente econômico dominante, com a finalidade de privar os rivais atuais ou potenciais da obtenção dos ganhos de escala necessários para a entrada no mercado ou para a expansão de suas operações em determinado nicho”²⁰.

O abuso de posição dominante, nesse contexto, ultrapassa uma perspectiva relacionada estritamente a preço, para um enfoque nos prejuízos à inovação, porquanto essas condutas restringem as condições de contestabilidade e apropriabilidade no mercado, obstam o desenvolvimento de inovações disruptivas e/ou impedem (ou dificultam) o acesso de rivais a recursos estratégicos para a implementação de uma concorrência dinâmica.²¹

Por exemplo, plataformas denominadas de *gatekeepers* – assim consideradas as grandes plataformas digitais das quais um elevado número de usuários profissionais necessita para o alcance de usuários finais²² –, na hipótese de uma integração vertical (ecossistema de multi-produtos), podem alavancar a atuação no mercado de produtos ou serviços para o qual dispõem de uma infraestrutura de intermediação, a partir da autopreferência²³.

Nesse sentido, considerando-se o contexto tecnológico dinâmico da economia digital global, as práticas desses agentes econômicos

¹⁹ ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 35.

²⁰ FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: RT, 2022, p. 157.

²¹ FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: RT, 2022, p. 221 ss.

²² GERADIN, Damien. *What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?*, fev., 2021, p. 20.

²³ CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 65.

com função regulatória (*gatekeepers*) não são bem capturadas pelas estruturas de concorrência tradicionais, sobretudo diante da insuficiência de resposta temporal do controle de conduta ora aplicável.²⁴ Em outras palavras, o caráter de exploração da conduta das plataformas pode levar a uma prática exclusionária, cuja abordagem *ex post* não consegue bem atender.²⁵

Portanto, à regulação *ex post* deve-se aliar normatizações de abertura de mercado, com vistas à superação da alta concentração de poder, uma vez que os objetivos das políticas públicas devem ser a garantia à entrada e à competição pelas plataformas, bem como a criação de competição nas plataformas. Para tanto, nesse contexto, a redução das barreiras à entrada e a proteção contra práticas exclusionárias podem ser implementadas a partir de uma regulação própria, pelo que é importante observar a experiência internacional na matéria.²⁶

3. A abordagem internacional e o modelo do DMA

A despeito do benefício evidente no desenvolvimento de um conjunto compartilhado de métodos internacionalmente aplicáveis de avaliação da conduta, deve-se destacar que o enfrentamento dos problemas concorrenciais em mercados digitais pode se diferenciar a depender do ordenamento jurídico em causa, podendo variar de uma abordagem

²⁴ ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Going Digital in a Multilateral World: An Interim Report to Ministers*, 2018.

²⁵ “In other words, while exclusion may lead to exploitation, in the case of gatekeepers, exploitation may also lead to exclusion (in that gatekeepers may use their bargaining power advantage to impose terms and conditions that may restrict competition on their core market or adjacent markets). Considering that competition authorities tend to stay away from exploitative issues, there is therefore a need for *ex ante* intervention” (GERADIN, Damien. *What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?*, fev., 2021, p. 07).

²⁶ STATE, Stigler Center for the Study of the Economy and. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final report*, 2019, p. 120-121.

mais contundente contra as plataformas dominantes, para uma perspectiva mais condutora do mercado (pró-concorrência).²⁷

Relatórios como o Stigler Center e o Furman defendem a criação de um órgão regulador próprio, que teria o objetivo de assegurar que os mercados permaneçam abertos e competitivos, como forma de incentivar à inovação, bem como de direcionar os agentes econômicos às respostas aos problemas relativos à proteção de dados e ao tratamento não discriminatório²⁸. Haveria, portanto, uma competência complementar desse novo regulador em relação às competências da autoridade concorrencial.²⁹ Todavia, as construções normativas dos Estados Unidos e da União Europeia seguem caminhos diversos desse.

Na perspectiva norte-americana, as propostas de normatização seguem um viés mais conservador, de modo que o projeto legislativo mais relevante – *American Innovation and Choice Online Act* – trata da figura da plataforma coberta (que atenda aos requisitos de usuários, de faturamento ou de capitalização³⁰) pode ser considerada “parceiro comercial crítico” para seus usuários de negócios³¹ e, logo, ser enquadrada como praticante de condutas concorrencialmente ilícitas³², após um controle concorrencial *ex post*.

²⁷ FURMAN, Jason (Org.) *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019, p. 128.

²⁸ ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 126-127.

²⁹ Como as plataformas digitais acabam por deter um *bottleneck power*, o novo regulador teria um papel de assegurar as condições competitivas do mercado, a coleta e o compartilhamento de bases de dados, a interoperabilidade dos sistemas, a restrição de abusos de tendências comportamentais dos usuários (como *sludges*), como também a criação de *open-standards* de promoção da concorrência nos mercados digitais. (ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020, p. 127).

³⁰ Sec. 2, a (5).

³¹ A Sec. 2, a (6) prevê: “CRITICAL TRADING PARTNER.—The term “critical trading partner” means a person that has the ability to restrict or materially impede the access of— (A) a business user to the users or customers of the business user; or (B) a business user to a tool or service that the business user needs to effectively serve the users or customers of the business user”.

³² Sec. 3.

Diferentemente dos Estados Unidos, no âmbito da União Europeia, o enfrentamento dos casos envolvendo plataformas digitais passou a ser bem mais contundente, através de relevantes condenações em alguns casos³³. Nesse contexto de maior preocupação com as condutas das plataformas digitais dominantes nos mercados digitais, como decorrência da implementação do *Digital Single Market* (DSM)³⁴, passou-se a discutir algumas propostas de normatização, entre as quais destaca-se a Proposta de Regulamento³⁵, do Parlamento Europeu e do Conselho, relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais), ou *Digital Market Act* (DMA).

Em linhas gerais, o DMA tem a finalidade de promover a inovação, uma elevada qualidade dos produtos e serviços digitais, preços justos e competitivos, bem como alta qualidade e capacidade de escolha para os utilizadores finais³⁶, por meio da garantia da disputabilidade e da equidade dos mercados digitais, em que estejam presentes *gatekeepers* (denominados, na versão portuguesa do documento, de “controladores de acesso”).³⁷

Assim, o DMA tem como objeto de regulação os serviços essenciais de plataformas prestados ou propostos por controladores de

³³ No caso *Google Shopping*, verificou-se o abuso de posição dominante por tratamento favorável, nas páginas gerais de resultados do *Google*, de *links* que remetiam aos seus próprios serviços de pesquisa especializada em detrimento dos *links* que direcionavam aos serviços de pesquisa especializada concorrentes. A Comissão Europeia impôs multa da ordem de mais de €2,4 bilhões, que fora mantida em Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), de 10 de novembro de 2021, no processo T-612/17, após recurso do *Google* e da *Alphabet* contra a Comissão. Outro exemplo pode ser visto no caso *Google AdSense*, em que restrições contratuais anticompetitivas foram consideradas como abuso de posição dominante no mercado de intermediação de anúncios de pesquisa *online*, o que fez a Comissão Europeia impor multa de aproximadamente €1,5 bilhão, no processo COMP/AT.40411, decisão contra a qual fora interposto recurso do *Google* e da *Alphabet* contra a Comissão (T-334/19), ainda não julgado pelo TJUE.

³⁴ A iniciativa de criação do Digital Single Market (DSM), em 2014, pela Comissão Europeia, decorreu do início da regulamentação dos mercados e serviços digitais pelos governos europeus, que poderia gerar impactos no mercado da União (CINI, Michelle; CZULNO, Patryk. Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change, *Journal of European Integration*, vol. 44, n. 1, fev. 2022, p. 44).

³⁵ O diploma legislativo “Regulamento” é diretamente aplicável aos Estados-Membros, não necessitando de transposição normativa.

³⁶ Considerando n. 79, da Exposição de Motivos do DMA.

³⁷ n. 1, art. 1º, DMA.

acesso (independente do seu estabelecimento) a utilizadores profissionais estabelecidos na União, ou a utilizadores finais estabelecidos ou situados na União, independentemente do direito aplicável à prestação de serviço.³⁸

Os serviços essenciais de plataforma, por sua vez, são elencados n. 2, art. 2º, do DMA, tais como: a) serviços de intermediação *online*; b) motores de pesquisa *online*; c) serviços de redes sociais *online*; d) serviços de plataformas de partilha de vídeos; e) serviços de comunicações interpessoais independentes do número; f) sistemas operacionais; g) serviços de computação em nuvem; h) serviços de publicidade, incluindo qualquer rede de publicidade, serviço de trocas publicitárias ou outro serviço de intermediação publicitária, prestados por um prestador de qualquer dos serviços essenciais de plataforma enumerados nas alíneas a) a g).³⁹

Já os controladores de acesso são os prestadores de serviços essenciais de plataformas que atendam aos requisitos cumulativos⁴⁰ de: (i) impacto significativo no mercado interno (considerando-se o faturamento anual, a capitalização em bolsa ou o valor justo de mercado); (ii) utilização como porta de acesso importante para os utilizadores profissionais alcançarem os utilizadores finais; (iii) detenção de uma posição enraizada e duradoura nas suas operações, ou se isso for previsível em um futuro próximo.

Em caso de atingimento desses limiares de enquadramento como *gatekeepers*, a plataforma deve notificar à Comissão, que designará o prestador de serviço como controlador de acesso, o qual passa a

³⁸ n. 2, art. 1º, DMA.

³⁹ A Comissão pode aditar a lista de serviços, mediante procedimento de investigação (art. 17º, DMA), através de ato delegado acompanhado de proposta de alteração de regulamento (igualmente em relação às práticas).

⁴⁰ n. 1, art. 3º, DMA.

se submeter às obrigações impositivas do art. 5º do DMA⁴¹, com possibilidade de imposição de outras obrigações suscetíveis de maior negociação, previstas no art. 6º do DMA.^{42 43}

Nesse sentido, independentemente da prática de alguma conduta tida como ilícito concorrencial, aquela plataforma considerada como *gatekeeper* passa a se submeter a uma regulação *ex ante*, como meio de prevenção ao cometimento de alguma infração antitruste. Por conta disso, a forma que a plataforma que atinge os parâmetros para enquadramento como controlador de acesso⁴⁴ de não se sujeitar à aplicação do regulamento é justificar que não pode ser considerada *gatekeeper*, por questões estruturais do mercado, de vinculação tecnológica dos utilizadores profissionais ou finais, de barreiras à entrada do mercado, entre outros.⁴⁵

Quanto especificamente às obrigações previstas no DMA, ainda que essas contenham modelos de prevenção para as condutas já conhecidas, como forma de abertura dos mercados e de impedimento à expansão do poder de mercado dos *gatekeepers*,⁴⁶ nota-se uma certa natureza de regulação estática, com olhar nas experiências pretéritas. Em razão disso, talvez fosse mais eficaz dispor de normas abertas, para que as obrigações fossem desenhadas em adaptação ao contexto de intenso desen-

⁴¹ Por exemplo, a abstenção da combinação de dados pessoais obtidos a partir dos serviços essenciais de plataforma com outros provenientes de qualquer outro serviço prestado pelo controlador de acesso (alínea “a”, art. 5º, DMA), ou a permissão que os utilizadores profissionais oferecem aos finais, por serviços *online* de terceiros, com preços ou condições diferentes daqueles propostos através da plataforma do controlador de acesso (alínea “b”, art. 5º, DMA).

⁴² A exemplo da possibilidade de desinstalação, pelos utilizadores finais, de aplicativos pré-instalados em seus serviços essenciais de plataforma (alínea “b”, n. 1, art. 6º, DMA), ou a permissão de instalação de lojas de aplicativos que utilizem ou interoperem com sistemas operacionais do controlador de acesso (alínea “b”, n. 1, art. 6º, DMA).

⁴³ Permite-se o diálogo com o controlador de acesso (Considerando n. 58, da Exposição de Motivos do DMA). Logo, pode-se reduzir o custo regulatório e aumentar a conformidade pelos controladores de acesso.

⁴⁴ n. 1 e 2, art. 3º, DMA.

⁴⁵ n. 6, do art. 3º, DMA, que também é utilizado para o enquadramento como controlador daqueles que não atingem os limiares objetivos da norma.

⁴⁶ MONTI, Giorgio. The Digital Markets Act: Institutional Design and Suggestions for Improvement, *TILEC Discussion Paper No. 2021-04*, fev. 2022, p. 3.

volvimento tecnológico e econômico desses mercados. Afinal, a regulação muito engessada pode obstar os ganhos de eficiência gerados pelas plataformas e, em última instância, pode ensejar uma perda de bem-estar.⁴⁷

Ademais, é importante notar que a regulação dos *gatekeepers*, por força do n. 5, do art. 1º do DMA, é de competência exclusiva da União, através da atuação da Comissão Europeia⁴⁸. Isso, contudo, não representa o afastamento de outros direitos da União e dos Estados-Membros, como o controle concorrencial *ex post* – previsto no art. 101º e 102º., Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE), além de normatizações nacionais –, mas apenas para a regulação *ex ante* dos *gatekeepers* prestadores de serviços essenciais de plataforma.

Ainda na perspectiva europeia, é importante notar que o ordenamento jurídico alemão⁴⁹, através de uma reforma legislativa de sua lei antitruste (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* – GWB), adicionou a Seção 19a ao diploma normativo. E, a partir dessa modificação legal, a autoridade da concorrência alemã (*Bundeskartellamt* - "FCO") passou a poder proibir algumas práticas de empresas declaradas como exercentes de atividade significativa nos mercados, que tenham uma importância primordial para a concorrência entre mercados.

Para essa qualificação, o ordenamento jurídico alemão leva em consideração: a) posição dominante em um ou vários mercados; b) sua

⁴⁷ “We consider that one of the main challenges in the implementation of the DMA is how to separate the positive efficiency and welfare gains that platforms generate through (data-driven) network effects from negative anti-competitive and welfare-reducing platform behaviour. Pro-competitive remedies should not undermine the efficiency gains of platforms”. (CABRAL, Luis *et al.* *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*. Luxemburgo: União Europeia, 2021, p. 7)

⁴⁸ “At the level of the European Union, it appears that the European Commission is best placed to introduce necessary adjustments for the antitrust analysis of digital markets through both its tried-and-tested soft law approach, as it is currently undertaking in the area of market definition, and through its role of preparing legislative proposals, a path it has taken when proposing the Digital Markets Act”. (ROBERTSON, Viktoria H.S.E. *Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy*, fev. 2021, p. 24).

⁴⁹ No contexto prévio à aprovação do DMA, que talvez venha derrogar a previsão do Estado-Membro sujeito à normatização exclusiva da União Europeia.

solidez financeira ou de acesso a recursos; c) sua integração vertical e atividades em mercados relacionados; d) seu acesso a dados relevantes para a concorrência; e) relevância de suas atividades para o acesso de terceiros aos mercados de fornecimento e vendas, bem como a sua influência relacionada nas atividades comerciais de terceiros. Segundo a sua última atualização de junho de 2021, o rol das empresas que exercem atividade significativa nos mercados contempla a *Amazon*, a *Apple*, o *Facebook* e o *Google*.⁵⁰

4. A abordagem brasileira dos mercados digitais e a regulação preventiva

Para a construção de um procedimento próprio da regulação dos mercados digitais no Brasil, deve-se partir do atual contexto de análise antitruste, para entender os desafios de elaboração de eventual proposta de uma regulação preventiva das condutas das plataformas digitais. Essa proposta regulatória, por sua vez, deve ter em conta fatores sociais, econômicos e normativos próprios da realidade brasileira, para construção de um modelo tendencialmente mais eficaz para o contexto nacional.

4.1. O estado da arte no Brasil

A realidade brasileira de apreciação dos casos envolvendo plataformas digitais representa um perfil mais conservador. Em relatório do CADE de 2021, no qual consta um levantamento da jurisprudência da autoridade sobre a matéria, demonstrou-se que, de 1995 a 2020, dezesseis investigações foram iniciadas nos mercados digitais, das quais seis

50

Conf. https://www.bundeskartellamt.de/EN/Economicsectors/Digital_economy/digital_economy_node.html. Acesso em 15 de maio de 2022.

ainda se encontravam em instrução, nove foram arquivadas e, em apenas um restante, houve a assinatura de Termo de Cessação de Conduta.⁵¹

Por exemplo, no mesmo caso do Google Shopping, em que houve condenação no âmbito da União Europeia, o CADE entendeu que “o objeto destes autos se insere em contexto de inovação pró-competitiva, com o conseqüente incremento de valor à plataforma do Google por facilitar o *matching* entre os dois lados da plataforma – usuários buscando por produtos e anunciantes querendo vendê-los”⁵².

Já o único caso de TCC envolveu agências de viagem *online* (Decolar.com⁵³, Booking.com⁵⁴ e Expedia.com⁵⁵), através do qual ficou ajustada a cessação da prática de imposição de cláusula de paridade, a qual impede a venda ou promoção de bens e serviços em condições comerciais mais favoráveis em canal próprio ou em plataformas rivais.

A doutrina já realizou um exame crítico acerca das decisões do CADE⁵⁶, de modo a sustentar a criação de critérios próprios para esse segmento, a partir de uma teoria do dado de restrições de acesso a ativos de inovação, que tem centralidade nas “barreiras que podem ser colocadas à obtenção dos inputs necessários ao funcionamento dos processos de inovação baseados em dados”.⁵⁷

Do ponto de vista institucional, o CADE ainda segue o entendimento firmado pela sua jurisprudência, para uma menor intervenção nos mercados digitais. Nesse sentido, o atual Presidente da autarquia entende que “[t]eria que se criar uma agência reguladora dos mercados digitais.

⁵¹ No mencionado estudo, verificou-se a predominância de casos envolvendo busca, comparação de preços e publicidade online (37,50%) e aplicativos de intermediação de transporte de passageiros (31,25%) (ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Mercado de plataformas digitais*, 2021, p. 102-103).

⁵² Parágrafo 613, do Voto do Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, no Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94.

⁵³ Proc. 08700.005902/2017-11.

⁵⁴ Proc. 08700.006295/2017-07.

⁵⁵ Proc. 08700.006233/2017-97.

⁵⁶ FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: RT, 2022, p. 321 ss.

⁵⁷ FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: RT, 2022, p. 234.

O Cade não vai fazer regulação em mercado digital”.⁵⁸ Contudo, esse posicionamento pode suscitar algumas críticas acerca da criação de uma autoridade própria para a regulação dos mercados digitais.

Inicialmente, a concepção de uma nova autoridade requer uma previsão normativa, que depende do moroso processo legislativo brasileiro.⁵⁹ Além disso, a criação de uma nova agência reguladora implicaria na elevação de despesas em um contexto de crise econômica e da implementação do teto de gastos⁶⁰. Por fim, a existência de um regulador muito específico e um número bastante reduzido de agentes econômicos regulados (com elevado poder social e econômico) pode elevar, ainda mais, o risco de captura.⁶¹

Como o entendimento menos interventivo do CADE pode sofrer uma mudança decorrente da tendência de manutenção de competência da autoridade da concorrência⁶², deve-se ter em conta a realidade nacional para a proposta de um modelo que siga a trajetória das *better practices* adotadas desde a implementação da atual lei concorrencial.⁶³

De todo modo, considerando o posicionamento da jurisprudência do CADE de uma abordagem menos interventiva dos casos envolvendo plataformas digitais, conforme visto anteriormente, percebe-se

⁵⁸ CAMAROTTO, Murillo. Cade vai optar pela ortodoxia em decisões, *Valor Econômico*, 15 de julho 2021.

⁵⁹ Veja-se, por exemplo, que a atual Lei de Defesa da Concorrência tramitou por mais sete anos até a sua promulgação. Informação obtida em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=260404>.

⁶⁰ Emenda Constitucional n. 95, de 15 de dezembro de 2016.

⁶¹ STIGLER, George J. The theory of economic regulation. In: George J. Stigler. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.

⁶² Exemplos da União Europeia, da Alemanha e dos Estados Unidos.

⁶³ Observando-se o dilema das instituições ou políticas de defesa da concorrência de um país entre as *best practices* (modelo ideal como meta, com importação acrítica, para convergência de um mesmo destino jurídico-institucional) e as *better practices* (caminho de descoberta, em razão de um contexto institucional específico), conclui-se que o Brasil optou pelo segundo caminho durante a implementação da Lei n. 12.520/2011 (CARVALHO, Vinicius Marques de. A Política de Defesa da Concorrência Quatro Anos Depois: Ainda em Busca de Melhores Práticas? In: CARVALHO, Vinicius Marques de. (Org.) *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. p. 13-29).

que haverá uma grande dificuldade de movimento da autoridade da concorrência no sentido contrário à regulação *ex post* conservadora, sobretudo a partir da defesa atual da criação de uma autoridade específica.

Em todo caso, nota-se que o desafio antitruste sobre como intervir e de que forma justificar uma intervenção nos mercados digitais é ainda incipiente, mas a literatura “sugere que as preocupações com a concorrência em relação aos ecossistemas digitais seriam mais bem tratadas por meio de uma regulação digital *ex ante*”⁶⁴. Portanto, o ordenamento brasileiro deve atentar para a possibilidade de uma regulação preventiva de condutas anticoncorrenciais praticadas em mercados digitais no país, o que se tentará delinear, de modo inicial, a seguir.

4.2. A possibilidade de regulação preventiva no Brasil

Como visto anteriormente, a criação de uma regulação preventiva de condutas anticoncorrenciais nos mercados digitais brasileiros deve levar em consideração o contexto nacional para a adoção das *better practices*.

Desse modo, o presente artigo pretende, com todas as limitações de uma abordagem ainda incipiente, suscitar uma hipótese regulatória que contemple: a) a realidade nacional, com limitações orçamentárias para a criação de uma autoridade reguladora dos mercados digitais, ou mesmo a ampliação do escopo e da estrutura de agências reguladoras como a Anatel⁶⁵; b) a lentidão do processo legislativo para modificação de uma norma que, em face das próprias mudanças econômico-tecnológicas, pode se tornar obsoleta antes mesmo de sua vigência; c) a percepção internacional de que o tempo para regulação e análise das eventuais condutas anticoncorrenciais das plataformas digitais deve ser rápido e, prioritariamente, deve ocorrer *ex ante*, como forma de gerar menores danos à concorrência; d) a abordagem holística da regulação, que deve ter

⁶⁴ RESENDE, Guilherme Mendes. Ecossistemas digitais e o antitruste, *Consultor Jurídico*, São Paulo, 09 jul. 2021.

⁶⁵ Vide Projeto de Lei n. 2.768/2022, proposta pelo Deputado João Maia do Partido Liberal do Rio Grande do Norte.

presente nuances complexas e próprias dos mercados digitais; e) a utilização do instrumental normativo pré-existente, para uma célere construção de um procedimento preventivo no país.

Assim, busca-se uma forma de uma implementação de uma regulação preventiva (e não apenas *a posteriori*⁶⁶), imediata (já que os eventuais danos já podem estar ocorrendo nos mercados), flexível (uma vez que os mercados digitais necessitam de uma adaptabilidade regulatória ainda maior, em face do elevado dinamismo econômico e tecnológico), holística (que envolva indispensavelmente a autoridade de proteção de dados, assim como outros atores importantes) e prioritariamente consensual (uma vez que os custos de conformidade passam a ser menores e os questionamentos dos regulados passam a ter uma margem argumentativa menor, já que esses participam do processo regulatório).

4.2.1. Da instituição de um Comitê da ANPD e do CADE

Primeiramente, é importante destacar que, em face das características das plataformas digitais analisadas anteriormente, não faz sentido uma regulação de mercados digitais – nos quais os dados dispõem de papel central – sem a participação da agência reguladora de proteção de dados.

Ocorre que, a autoridade de proteção de dados isoladamente não teria a expertise de uma abordagem concorrencial, mas, ao mesmo tempo, sem a cooperação desta, a promoção da concorrência nos mercados digitais se torna insuficiente. Nesse sentido, para a participação de ambas as autoridades (de proteção de dados e da concorrência) na regulação dos mercados digitais, deve-se buscar de uma autorização normativa, porquanto o atual trabalho se propôs a utilizar instrumental normativo pré-existente e não a formular projetos de legislação.

A Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), instituída a partir da Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018 – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), então órgão da administração pública federal,

⁶⁶ A regulação *ex post* das condutas está prevista no art. 36, da Lei n. 12.529/2011 e não será detalhada na proposta do presente trabalho.

integrante da Presidência da República, a partir da edição da Medida Provisória nº 1.124, de 13 de junho de 2022, que alterou o art. 55-A da LGPD, teve modificada a sua natureza jurídica para “autarquia de natureza especial, dotada de autonomia técnica e decisória, com patrimônio próprio e com sede e foro no Distrito Federal”.

Assim sendo, a ANPD passa a ser considerada uma agência reguladora, caracterizada pela sua “autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação”⁶⁷. E, a partir do enquadramento da ANPD no conceito legal de agência reguladora, essa se submete à aplicação do quanto disposto na Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019 (Lei das Agências Reguladoras), por força do parágrafo único de seu art. 2º.⁶⁸

Desse modo, em sendo aplicável a Lei Geral das Agências Reguladoras Federais (LGARF) à ANPD, para além dos deveres esperados de cooperação, com troca de experiências com o CADE, bem como auxílio a essa autoridade de defesa da concorrência⁶⁹, deve-se atentar para a orientação de instituição de comitês entre a agência reguladora e o CADE, na conformidade do art. 30, da LGARF.

Consoante o art. 30 da LGARF, há a possibilidade de instituição, pelas agências reguladoras (como a ANPD), de comitês para o intercâmbio de experiências e informações entre essas e/ou órgãos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), com vistas à elaboração de orientações e procedimentos comuns nas respectivas competências regulatórias, como também para permitir consultas recíprocas, quando da edição de normatizações que gerem mudanças nas condições dos setores regulados.

Nesse passo, entende-se pela criação do Comitê de Mercados Digitais entre a ANPD e o CADE, que seria um fórum de discussão e formu-

⁶⁷ Art. 3º, Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.

⁶⁸ *In verbis*: “[...] aplica-se o disposto nesta Lei às autarquias especiais caracterizadas, nos termos desta Lei, como agências reguladoras e criadas a partir de sua vigência”.

⁶⁹ Arts. 25 e 26, da LGARF.

lação acerca de um interesse comum relacionado aos mercados digitais. Assim, para contemplar uma visão mais holística (com diferentes visões e atuações) e consensual, sugere-se a participação de outros membros, o que se assemelha a outros comitês⁷⁰.

Afinal, a complementaridade entre o Direito da Concorrência e outros ramos jurídicos deve ensejar uma coordenação, para um melhor ajuste ou reinterpretção das normas para a nova realidade econômica.⁷¹ Portanto, a tutela dos usuários das plataformas com posição dominante deve considerar a harmonização de questões de privacidade, *enforcement* concorrencial e políticas de proteção dos consumidores e dos dados.⁷²

No presente trabalho, entende-se pela inclusão dos seguintes participantes no Comitê de Mercados Digitais: a) representante da ANPD; b) representante do CADE; c) representante da Secretaria Nacional do Consumidor e/ou PROCONS; d) representante de plataformas digitais; e) representante do Ministério Público Federal (por ser *custos legis* e diante da atribuição do art. 20, da Lei de Defesa da Concorrência).

Então, com vistas à regulação preventiva do setor, o Comitê poderia editar orientações gerais ao mercado⁷³, intermediar consultas entre as autoridades, mas também elaborar propostas de termos de ajustamento de condutas dos agentes econômicos, de acordo com os parâmetros indicados do tópico a seguir.

⁷⁰ Vide o exemplo da composição diversa dos comitês das bacias hidrográficas, conforme previsão art. 39, da Lei nº 9.433, de 8 de janeiro de 1997, que incluem representantes da União, assim como dos Municípios, dos Estados e do Distrito Federal que tenham territórios nas bacias, dos usuários das águas da respectiva bacia e das entidades civis de recursos hídricos com atuação comprovada na bacia.

⁷¹ CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 125-126.

⁷² “Anyway, it seems pertinent to adopt a comprehensive approach to privacy concerns, trying to harmonise competition enforcement and consumer and data protection polices in order to choose the proper way to protect the users of platforms with a dominant position”. (PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Digital economy, big data and competition law, *Market and Competition Law Review*, vol. III, n. 1, 2019, p. 83-84)

⁷³ O Relatório Crémer sustenta que as autoridades de concorrência podem contribuir para o melhor funcionamento da economia digital a partir do fornecimento de diretrizes, as quais devem ser atualizadas constantemente, diante da rápida evolução do setor (CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019, p. 126).

Como consequência, entende-se que haveria uma significativa redução do custo de conformidade de atuação, com base no que seria consensualmente definido juntamente com os agentes econômicos. Além disso, haveria um impacto relevante na redução dos custos de regulação pelos diversos agentes direta ou indiretamente relacionados aos mercados digitais, para a maior efetividade regulatória, mas sem obstar o desenvolvimento econômico e tecnológico do setor.

4.2.2. *Da regulação preventiva a partir de termos de ajustamento*

De acordo a proposta ora desenvolvida, o Comitê de Mercados Digitais teria uma função de orientação genérica, mas também direcionada aos agentes econômicos mais relevantes. Isso se daria a partir de elaboração de proposta de termos de ajustamento (*lato sensu*), que incluiria: a) o Termo de Compromisso de Cessação (TCC), para um caso específico sob investigação, a teor do art. 85 e seguintes da Lei n. 12.529/2011 (LDC); b) do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) abrangente, proposta aos agentes econômicos relevantes do mercado de plataforma digital, para conformação abstrata dos atores do mercado, com vistas às melhores práticas ou à adequação da prestação de serviço, em conformidade com as deliberações do próprio comitê.

A proposta de TCC, que apenas pode ser apresentada uma única vez⁷⁴, seja pela Superintendência-Geral⁷⁵ ou pelo Conselheiro⁷⁶, somente tem lugar no âmbito de procedimento preparatório de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, de inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, ou de processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica⁷⁷. Nessa proposta, que necessita de aprovação pelo Plenário do Tribunal do CADE⁷⁸, para além da fixação de multa

⁷⁴ § 4º, art. 85, LDC.

⁷⁵ Inciso IX, art. 13, LDC.

⁷⁶ Inciso IX, art. 11, LDC.

⁷⁷ Art. 85, *caput*, LDC.

⁷⁸ Inc. V, art. 9º, LDC.

por descumprimento ou em decorrência da própria celebração do termo, deve conter “a especificação das obrigações do representado no sentido de não praticar a conduta investigada ou seus efeitos lesivos”,⁷⁹ como também outras obrigações correlatas.

Portanto, a partir da elaboração da proposta de TCC pelo Comitê de Mercados Digitais, que seria apresentada pelas autoridades supramencionadas (Superintendência-Geral ou Conselheiro), seguir-se-ia os trâmites idênticos da Lei n. 12.529/2011. A mudança, pois, estaria apenas na construção da proposta de TCC, que seria debatida e concebida pelo Comitê do qual o CADE faz parte, inclusive tendendo a reduzir eventuais custos de coordenação entre as diversas autoridades diretamente relacionadas à atuação nos mercados digitais, para a melhor conformação dos agentes econômicos.

A segunda hipótese de TAC celebrado pelo CADE, por mais que possa parecer incomum, tem previsão normativa específica na Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. O mencionado diploma legislativo dispõe sobre a ação civil pública, tendo como um dos objetos de reparação os danos por infração à ordem econômica⁸⁰. Desse modo, quaisquer das autoridades públicas legitimadas a propor a ação civil pública podem celebrar termo de ajustamento de conduta, a teor do § 6º, do art. 5º, da referida lei. Entre essas autoridades, estão autarquias como o CADE e a ANPD. Logo, há permissivo legal para a celebração do TAC, para além do TCC.

Ainda que seja possível a celebração de TAC, diante do mais conhecido modelo do referido termo, pode-se entender que não seria possível a celebração de um ajuste com previsões genéricas e que, portanto, o TAC teria a mesma natureza do TCC (conduta específica sob investigação). Ocorre que, a possibilidade de celebração de TAC de natureza genérica tem precedente normativo no ordenamento jurídico brasileiro, na Resolução da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) nº 199, de

⁷⁹ Inciso I, do § 1º, do art. 85, da LDC.

⁸⁰ Inciso V, art. 1º, da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985.

13 de setembro de 2011, a qual estabelece os procedimentos para a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta no âmbito da ANAC.

De acordo com o art. 2º da mencionada normatização, o TAC é o instrumento celebrado entre a ANAC e os agentes regulados, no qual ficam estabelecidas medidas corretivas e prazo para adequação da conduta dos agentes às exigências normativas (inciso I) e às melhores práticas garantidoras da segurança operação ou da manutenção da adequação do serviço público prestado (inciso II). Nessa última alternativa, por força do § 2º do referido artigo, dispõe-se que “o TAC poderá ser celebrado ainda que as condutas nele especificadas não configurem infração administrativa”.

Portanto, seguindo-se o modelo da ANAC, o TAC de melhores práticas do CADE deve ser elaborado pelo Comitê de Mercados Digitais e apresentado, por simetria normativa, pela Superintendência-Geral⁸¹. Logo, o TAC seria celebrado com os agentes econômicos para a adequação às melhores práticas definidas nas orientações do Comitê e/ou para manutenção dos parâmetros de atuação que respeitem a defesa da concorrência e a proteção de dados.⁸² Igualmente por simetria, o TAC deve ser aprovado pelo Plenário do Tribunal do CADE.

Assim, a partir de um ato normativo do CADE juntamente com a ANPD, pode-se criar um Comitê de Mercados Digitais, com função de edição de orientações, como também a elaboração de propostas de TCC e TAC, para a conformação prévia ou concomitante à prática das plataformas digitais (regulação prévia a partir de termos de ajustamento).

Por sua vez, em caso de descumprimento do TCC, deve-se aplicar as sanções previstas no termo, bem como prosseguir o procedimento admi-

⁸¹ Já que não haveria Conselheiro-Relator para comportamento não investigado como infração administrativa.

⁸² Por exemplo, pode-se ajustar a implementação de *blockchain*, pois a armazenagem dos dados pode ficar na *blockchain* privada do usuário, ou segmentado em muitos *hard drives* em toda a rede *blockchain*. Nessa linha de entendimento, v. SCHREPEL, *Thibault*. Is blockchain the death of antitrust law? The blockchain antitrust paradox, *Georgetown Law Technology Review*, 2019, p. 301.

nistrativo e demais medidas administrativas e judiciais para a sua execução⁸³. Já no caso de seu indeferimento, ou seja, “quando a autoridade não chegar a um acordo com os representados quanto aos seus termos”⁸⁴, igualmente deve se continuar o procedimento administrativo acerca da conduta específica.

A seu turno, no caso de descumprimento do TAC, deve-se aplicar as sanções constantes no termo, bem como deve-se eventualmente instaurar procedimento administrativo ou judicial, com vistas à execução do ajuste.

De qualquer sorte, para o incentivo à celebração dos ajustamentos de conduta elaborados pelo Comitê e propostos e aprovados pelos órgãos do CADE (regulação preventiva), a política de aplicação de sanções administrativas em mercados digitais, para a hipótese de controle de condutas (regulação *a posteriori*), deve seguir os patamares próximos aos máximos permitidos pela lei, seja pela complexidade de análise do mercado, como também como uma forma de focalização dos comportamentos dos agentes econômicos à celebração dos ajustes prévios.

5. Considerações finais

O presente estudo analisa a questão das plataformas digitais e suas implicações para a concorrência, a partir da identificação das preocupações concorrenciais atreladas à figura, examina as propostas internacionais de abordagem de regulação das condutas das plataformas digitais, particularmente a da União Europeia.

Desse modo, partindo-se de uma visão ampla sobre os problemas concorrenciais atrelados ao comportamento das plataformas digitais, observou-se o contexto brasileiro de abordagem concorrencial dessas figuras, que é marcado por uma perspectiva mais conservadora de compreensão da atuação dos agentes econômicos, em contrariedade com outros ordenamentos, como o europeu.

⁸³ § 11, art. 85, LDC.

⁸⁴ § 13, art. 85, LDC.

Nesse passo, para a construção de um modelo de regulação preventiva aos comportamentos das plataformas digitais, sugeriu-se uma implementação de *better practices*, levando-se em conta a realidade nacional, a morosidade do processo legislativo, a percepção internacional de que a regulação deve ocorrer *ex ante*, a necessidade de uma abordagem holística dessa regulação, assim como a utilização do instrumental normativo pré-existente, para uma célere implementação no contexto brasileiro.

Então, considerando-se que a ANPD passou a ter o *status* recentemente de agência reguladora, para fins da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, entendeu-se pela possibilidade de aplicação do art. 30 do mencionado diploma legislativo, para a criação de um Comitê de Mercados Digitais da ANPD juntamente com o CADE, com vistas à formulação de diretrizes e à união de procedimentos comuns regulatórios.

Como uma forma de garantir uma melhor efetividade, sugeriu-se a participação no referido comitê não apenas de representantes da ANPD e do CADE, como também de membro da Secretaria Nacional do Consumidor e/ou PROCONS, de representante plataformas digitais e de um membro do Ministério Público Federal.

O Comitê de Mercados Digitais, além da formulação de diretrizes para os mercados digitais, poderia ter um papel central na formulação de uma regulação preventiva a ser efetivada pelo CADE, através de Termo de Compromisso de Cessação (TCC), para um caso específico sob investigação, ou de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), relativo às melhores práticas definidas pelo próprio Comitê.

Portanto, o Comitê de Mercados Digitais seria o órgão de elaboração dos parâmetros de ajuste (TCC e TAC) do CADE com os agentes econômicos, que são propostos por esta autarquia e aprovados pelo Plenário do seu Tribunal.

Nesse passo, ainda que não se possa desprezar a regulação *ex post*, a implementação de uma regulação preventiva (*ex ante*) pode ter o condão de reduzir os eventuais danos à concorrência, uma vez que as práticas das plataformas digitais estarão sempre sendo monitoradas e conduzidas não

apenas para a defesa da concorrência, mas igualmente de modo pró-competitiva nos mercados digitais.

Enfim, é importante salientar que a presente proposta se trata apenas de uma reflexão inicial, que poderá ser modificada, contestada e refutada a partir de um estudo mais aprofundado sobre os meios de regulação preventiva das condutas nos mercados digitais do Brasil.

Referências

ALEMANHA, República Federal da. *Competition Act – GWB*. Disponível em: < https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gwb/>. Acesso em 15 de maio de 2022.

AMÉRICA, Estados Unidos da América. *S.2992 - American Innovation and Choice Online Act*, 2021. Disponível em: <<https://www.congress.gov/bill/117th-congress/senate-bill/2992>>. Acesso em 22 de junho de 2022.

BRASIL, República Federativa do. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1985.

_____. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2011.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2018.

_____. Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019. Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, altera a Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996, a Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997, a Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, a Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999, a Lei nº 9.961, de 28 de janeiro de 2000, a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, a Lei nº 9.986, de 18 de julho de 2000, a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, a Medida Provisória nº 2.228-1, de 6 de setembro de 2001, a Lei nº 11.182, de 27 de setembro de 2005, e a Lei nº 10.180, de 6 de fevereiro de 2001. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2019.

CABRAL, Luis, *et al.* *The EU Digital Markets Act: A Report from a Panel of Economic Experts*. Luxemburgo: União Europeia, 2021. Disponível em: <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/329fb9b1-6c1a-11eb-aeb5-01aa75ed71a1/language-en>>. Acesso em 15 de maio de 2021.

CAMAROTTO, Murillo. Cade vai optar pela ortodoxia em decisões, *Valor Econômico*, 15 de julho 2021. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2021/07/15/cade-vai-optimar-pela-ortodoxia-em-decisoes.ghtml>>. Acesso em 31 de maio de 2022.

CARVALHO, Vinicius Marques de. A Política de Defesa da Concorrência Quatro Anos Depois: Ainda em Busca de Melhores Práticas? *In*: CARVALHO, Vinicius Marques de. (Org.) *A Lei 12.529/2011 e a Nova Política de Defesa da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2015, p. 13-29.

CINI, Michelle; CZULNO, Patryk. Digital Single Market and the EU Competition Regime: An Explanation of Policy Change, *Journal of European Integration*, vol. 44, n. 1, fev. 2022, p. 41-57. Disponível em: <<https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/07036337.2021.2011260?scroll=top&needAccess=true>>. Acesso em 01 de junho de 2022.

CIVIL, Agência Nacional de Aviação. *Resolução nº 199, de 13 de setembro de 2011*.

CRÉMER, Jacques *et al.* *Competition Policy for the digital era: final report*. Bruxelas: Comissão Europeia, 2019. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>. Acesso em 25 de julho de 2022.

ECONÔMICA, Conselho Administrativo de Defesa. *Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados*, 2020. Disponível em: <<https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>>. Acesso em 01 de junho de 2022.

_____. *Mercado de plataformas digitais*, 2021. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>. Acesso em 01 de junho de 2022.

_____. Voto do Relator Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia, *Processo Administrativo nº 08012.010483/2011-94*, 19 de junho de 2019.

ECONÔMICO, Organização para a Cooperação e Desenvolvimento. *Going Digital in a Multilateral World: An Interim Report to Ministers*, 2018. Disponível em: <[https://one.oecd.org/document/DSTI/CDEP/GD\(2018\)2/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DSTI/CDEP/GD(2018)2/en/pdf)>. Acesso em 31 de maio de 2022.

_____. *Competition issues in digital ecosystems*, 2021. Disponível em: <<https://www.oecd.org/daf/competition/competition-economics-of-digital-ecosystems.htm>>. Acesso em 31 de maio de 2022.

EUROPEIA, Comissão. *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo à disputabilidade e equidade dos mercados no setor digital (Regulamento Mercados Digitais)*, Bruxelas, 15 de dez. de 2020. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=pt>>. Acesso em 15 de maio de 2022.

EVANS, David, SCHMALESNSEE, Richard. *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platform*. Boston: Harvard Business Review Press, 2016.

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

FURMAN, Jason (Org.) *Unlocking digital competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*, 2019. Disponível em: <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf>. Acesso em 15 de maio de 2022.

GERADIN, Damien. *What is a digital gatekeeper? Which platforms should be captured by the EC proposal for a Digital Market Act?* fev., 2021. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3788152>. Acesso em 15 de maio de 2022.

JACOBIDES, Michael G.; CENNAMO, Carmelo; GAWER, Annabelle. Towards a Theory of Ecosystems, *Strategic Management Journal*, vol. 39, n. 8, 2018, p. 2255–2276. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1002/smj.2904>. Acesso em 31 de maio de 2022.

MONTI, Giorgio. The Digital Markets Act: Institutional Design and Suggestions for Improvement, *TILEC Discussion Paper No. 2021-04*, fev. 2022. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf). Acesso em 31 de maio de 2022.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Digital economy, big data and competition law, *Market and Competition Law Review*, vol. III, n. 1, 2019, p. 53-89.

_____. *Direito da concorrência, plataformas digitais e dados pessoais*. Tese (concurso Livre-docente em direito comercial). São Paulo, set. de 2021.

RESENDE, Guilherme Mendes. Ecosistemas digitais e o antitruste, *Consultor Jurídico*, São Paulo, 09 jul. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jul-09/defesa-concorrencia-ecossistemas-digitais-antitruste>>. Acesso em 01 de junho 2022.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets, *Journal of the European Economic Association*, vol. 1, n. 4, jun. 2003, p. 990–1029.

ROBERTSON, Viktoria H.S.E. *Antitrust Law and Digital Markets: A Guide to the European Competition Law Experience in the Digital Economy*, fev. 2021. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=3631002>>. Acesso em 25 de julho de 2022.

SCHREPEL, *Thibault*. Is blockchain the death of antitrust law? The blockchain antitrust paradox, *Georgetown Law Technology Review*, 2019, p. 281-338.

STATE, Stigler Center for the Study of the Economy and. *Stigler Committee on Digital Platforms: Final report*, 2019. Disponível em: <<https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf> >. Acesso em 25 de julho de 2022.

STIGLER, George J. The theory of economic regulation. *In*: George J. Stigler. *The Citizen and the State: Essays on Regulation*. Chicago: University of Chicago Press, 1971.