



Na Mídia

19/04/2021 | [O Estado de S.Paulo](#)

Mercados digitais: o que esperar para o futuro em termos de regulação concorrencial

Bruno Drago | Milena Mundim



Aplicativos para reuniões virtuais, chamadas e mensagens, buscas online, compras, pedido de comida ou entregas de produtos, serviços bancários ou creditícios online, e até mesmo documentos oficiais, como título de eleitor e carteira de motorista. Nos dias de hoje, tudo está, cada vez mais, a um clique de distância. A reboque dessa revolução tecnológica vieram incontáveis questões legais que desafiam reguladores. As incertezas jurídicas e regulatórias que o dinamismo e a inovação da era digital trouxeram não passaram despercebidos pelas autoridades de defesa da concorrência mundo afora.

Há tempos se discute qual postura deveria ser adotada pelas autoridades concorrenciais na análise de questões envolvendo mercados digitais. Por muito tempo, os questionamentos sobre potenciais preocupações giravam apenas em torno de um plano teórico e acadêmico. O que se tem visto atualmente, no entanto, é um apetite, de certa forma voraz, por parte das autoridades, em entender tais mercados, o que tem gerado consequências mais intervencionistas. A bem da verdade, em função de um grande vácuo normativo, o direito antitruste começou a lidar

com questões de diversas naturezas envolvendo mercados digitais, como, por exemplo, privacidade e compartilhamento de dados.

A Europa, até recentemente, encontrava-se na vanguarda das discussões sobre o tema. Em dezembro de 2020, publicou o “Digital Markets Act” e o “Digital Services Act”, duas propostas de regulamentos pioneiros que trouxeram regras destinadas às chamadas Big Techs e, em especial, ao que se denominou “Gatekeepers”, isto é, plataformas já estabelecidas e consideradas essenciais para a oferta de outros serviços. Essas plataformas terão que seguir regras especiais que visam à preservação e fomento da livre concorrência. A previsão é de que ambos entrem em vigor entre 2022 e 2023.

Nesse sentido, a Comissão Europeia, também instaurou diversas investigações ao longo dos anos contra Big Techs, que já ganharam ‘apelidos’ como GAFA (Google, Alphabet, Facebook, Amazon) e FAAMG (Facebook, Apple, Alphabet, Amazon e Microsoft), entre outros. Em alguns casos, as multas impostas chegaram a bilhões de euros – em 2018, por exemplo, o Google foi multado em cerca de 4,5 bilhões de euros pela Comissão Europeia, ao impor aos fabricantes de celulares Android a obrigatoriedade de pré-instalarem sua ferramenta de busca (Google Search) e seu sistema de navegação (Google Chrome) nos aparelhos, como condição para, por exemplo, terem acesso ao Play Store (app store do Google). A Comissão entendeu que a obrigatoriedade de uso da ferramenta de buscas e do sistema de navegação em telefones celulares Android configuraria (mais um caso de) abuso de posição dominante por parte do Google.

Apesar do tom mais intervencionista, as novas propostas têm sido bem recebidas por boa parte do mercado, por trazer maior segurança jurídica ao setor e mais orientação às empresas, para que possam adequar seus negócios às preocupações das autoridades e, conseqüentemente, evitar investigações e multas, muitas vezes estratosféricas.

Mais recentemente, em particular com a nova administração do Presidente Joe Biden, os EUA parecem ter entrado na disputa por um ativismo mais intervencionista em mercados digitais. Propostas de alteração na legislação concorrencial têm sido discutidas visando a uma abordagem mais agressiva em termos de enforcement. A proposta de lei feita pela Senadora Amy Klobuchar referente ao Competition and Antitrust Law Enforcement Reform Act pretende impor uma análise mais rigorosa por parte das autoridades em atos de concentração envolvendo mercados digitais, impactando não apenas operações envolvendo Big Techs (foco da regulação na Europa, como reportado acima), mas também empresas menores e consumidores. Dentre as propostas de alteração na legislação concorrencial estão: (i) a redução do limiar atualmente aceito para que o DOJ ou FTC proíbam operações; (ii) transferência do ônus da prova para que as companhias tenham que provar que determinada operação ou conduta não seria anticompetitiva; e (iii) previsão de sanções civis adicionais para as violações antitruste. A proposta ainda deverá passar para análise do Senado do Norte-Americano.

Além disso, importantes alterações no corpo técnico das agências antitruste responsáveis estão na iminência de acontecer. Em março deste ano, o Presidente Joe Biden anunciou a entrada de Tim Wu como um dos seus conselheiros em temas concorrenciais na National Economic Council (NEC). O professor da Columbia Law School é conhecido por ter um posicionamento menos tolerante quanto a atuação livre das Big Techs no mercado, propondo novas mudanças no regime concorrencial norte-americano, além de incentivar o Department of Justice (DoJ) e Federal Trade Commission (FTC) a instaurar mais investigações, especialmente envolvendo mercados digitais. Além da adição de Tim Wu, recentemente, o Governo de Joe Biden anunciou a intenção de nomear, como membro da Federal Trade Commission (FTC), Lina Khan, também professora da Columbia Law School especializada em direito antitruste e que defende uma nova forma de pensar o direito concorrencial, especialmente no âmbito de mercados digitais. Lina Khan ficou conhecida no meio antitruste por questionar veementemente o monopólio de algumas

plataformas digitais. Tal nomeação deve promover um enforcement maior e uma postura mais intervencionista e rigorosa por parte das agências Norte-Americanas.

No Brasil, as discussões sobre novas regulações e sobre alterações na legislação concorrencial ainda são incipientes e, por enquanto, inexistentes no Congresso. O foco do Conselho Administrativo de Defesa Econômico (Cade) ainda tem sido estudar o que se tem discutido e debatido sobre o assunto em outras jurisdições. Recentemente, o Departamento de Estudos Econômicos do Cade (DEE) lançou o Documento de Trabalho intitulado *“Concorrência em mercados digitais: uma revisão dos relatórios especializados”*^[1], em que consolida os principais pontos discutidos em publicações de outras autoridades concorrenciais e importantes centros de pesquisa sobre o tema, sem ainda adotar um posicionamento claro. Trabalha ainda o DEE em outro caderno envolvendo mercados digitais, desta vez consolidando e avaliando as decisões do CADE envolvendo este tema, que deverá ser publicado pelo órgão nos próximos meses.

De toda forma, em linha com os movimentos ocorridos ao redor do mundo, o Cade tem se mostrado atento às operações realizadas por grandes empresas de tecnologia. Ano passado, por exemplo, oficiou diversas plataformas digitais (como Facebook, Google, Uber, iFood, entre outras) solicitando informações a respeito das transações por elas realizadas nos últimos dez anos. Diversas investigações contra o Google e outras plataformas também estão sendo conduzidas pela agência, além de outras que já foram concluídas ainda que pelo arquivamento.

A evolução nesse assunto não é linear. Se, nos últimos anos, inúmeras investigações envolvendo o setor foram arquivadas em razão da ausência de identificação de efeitos negativos concretos aos mercados envolvidos^[2], recentemente a Superintendência-Geral do Cade (SG) impôs Medida Preventiva contra plataforma digital atuante no mercado online de pedido/entrega de comida em razão de suposta exclusividade imposta a seus contratantes^[3], postura bem mais agressiva – pode-se dizer – se comparada à abordagem que a SG vinha adotando.

Com base nos recentes desenvolvimentos observados, em especial, na Europa e nos Estados Unidos, é esperado que discussões acadêmicas e regulatórias ocupem cada vez mais espaço na agenda das agências de diversas autoridades concorrenciais em todo o mundo. O objetivo parece ser comum: adequar, de forma harmoniosa, os interesses coletivos com o desenvolvimento econômico trazido pela evolução da tecnologia e, especialmente, reduzir a imensa e crescente assimetria de informação entre indústria, regulação e reguladores.

É essencial consultar equipes especializadas que acompanham de perto o desenvolvimento da questão para auxiliar a construção de um ambiente concorrencial hígido nos mercados digitais, capazes de assessorar as empresas da melhor maneira possível.

***Bruno Drago e Milena Mundim são sócios da área Concorrencial do Demarest Advogados**

