



# WORKING PAPER

## ECONOMIA DIGITAL E CONCORRÊNCIA: PRINCIPAIS ASPECTOS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS SOB A PERSPECTIVA CONCORRENCIAL

UMA INICIATIVA DESENVOLVIDA PELA COMISSÃO DE  
CONCORRÊNCIA DA ICC BRASIL





# WORKING PAPER

## ECONOMIA DIGITAL E CONCORRÊNCIA: PRINCIPAIS ASPECTOS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS SOB A PERSPECTIVA CONCORRENCIAL

---

UM INICIATIVA DESENVOLVIDA PELA COMISSÃO  
DE CONCORRÊNCIA DA ICC BRASIL





# SUMÁRIO

---

<b>01</b>	<b>SOBRE A ICC</b> Apresentação e Agradecimentos	07 07
<b>02</b>	<b>INTRODUÇÃO</b>	09
<b>03</b>	<b>PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS</b>	14
<b>04</b>	<b>PRINCIPAIS ASPECTOS CONCORRENCIAIS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS</b>	20
<b>05</b>	<b>QUESTÕES GERAIS PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL A MERCADOS DE PLATAFORMAS DIGITAIS</b>	29
<b>06</b>	<b>CONCLUSÃO</b>	36
<b>07</b>	<b>REFERÊNCIAS</b>	37



# SOBRE A ICC



# 01

Criada em 1919, a International Chamber of Commerce (“ICC”), tem como missão promover um comércio internacional cada vez mais aberto, transparente, sustentável e inclusivo. No Brasil há 5 anos, a organização reúne mais de 200 associados e tem trabalhado em prol de temas-chave para o desenvolvimento econômico e social do país.

O crescimento econômico depende fundamentalmente de um ambiente saudável de concorrência. Leis concorrenciais são um fator-chave para garantir que todas as empresas de todos os tamanhos possam operar e competir sob as mesmas condições, diminuindo distorções de mercado.

Historicamente, a ICC tem elaborado ferramentas práticas, como o **ICC Antitrust Compliance Toolkit**<sup>1</sup>, destinado a promover a importância dos programas de compliance em matéria concorrencial.

No Brasil, a Comissão de Concorrência da ICC tem desempenhado um papel importante de interlocução entre setor privado e setor público para o constante fortalecimento e evolução do ambiente concorrencial. No ano passado, durante o primeiro ICC Brazilian Competition Day, evento que reuniu diversos especialistas e autoridades concorrenciais brasileiras e estrangeiras, a organização lançou o **Guia de Sugestões de Perguntas para Sabatinas do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE)**<sup>2</sup>. O documento reúne 28 perguntas sugeridas para que senadores incluam em seus roteiros quando avaliam a indicação de um novo membro do órgão antitruste.

## APRESENTAÇÃO E AGRADECIMENTOS

Tendo identificado escassez de materiais compilados no Brasil direcionados aos agentes econômicos acerca do tema das plataformas digitais sob a ótica concorrencial ante um contexto no qual a economia digital assume um papel cada vez mais relevante no mercado, somado a um cenário de inúmeras inquietações daí decorrentes por parte dos agentes econômicos, a ICC Brasil, por meio de sua Comissão de Concorrência, entender ser oportuno a criação de uma *Task Force* específica a fim de estudar o tema com profundidade e cuidado e elaborar este *Working Paper*.



1 disponível em:

<https://bit.ly/3ggzTzY>



2 ver em:

<https://bit.ly/3f02uZK>

Objetivo e direto, o projeto proposto e acolhido pelo grupo de trabalho consistiu em realizar um mapeamento e sistematização dos principais aspectos das plataformas digitais e de seu funcionamento sob a perspectiva concorrencial, voltando-se, especialmente, para as implicações do tema para a realidade brasileira, tendo em conta o panorama antitruste brasileiro face à atuação da autoridade de defesa da concorrência nacional, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Dessa forma, este Working Paper pretende apresentar o resultado dos estudos realizados pela Task Force, de modo a contribuir com uma abordagem técnica e assertiva para auxiliar os agentes econômicos a terem mais compreensão sobre um tema de grande relevância. É importante esclarecer que o trabalho não tem a pretensão de exaurir o tema ou responder aos inúmeros desafios envolvendo plataformas digitais no âmbito concorrencial, tampouco tem a pretensão de ditar eventuais formas de atuação aos agentes econômicos ou do CADE em relação ao tema.

Como exposto, o objetivo principal do Working Paper é identificar, organizar e apresentar, sob um enfoque prático-objetivo, as principais características das plataformas digitais e sua operacionalização no ambiente de mercado sob a ótica concorrencial, com potencial de se tornar um ponto de referência útil e valioso para os agentes econômicos, contribuindo diretamente para o entendimento mais informado sobre o tema e, indiretamente, para incentivar um ambiente de negócios positivo no país.

Este Working Paper foi elaborado pelos membros da Liderança da Comissão de Concorrência da ICC Brasil – Eduardo Caminati Anders (Presidente), Fernanda Letícia Graça Esperança (Vice-Presidente) e Guilherme Teno Castilho Misale (Secretário Executivo) – e pelos Coordenadores da Task Force – Ana Cristina von Gusseck Kleindienst e Paulo Casagrande, além dos seguintes profissionais que compuseram a Task Force: Ana Paula Tavassi, Cristianne Zarzur, Enrico Romanielo, Fernanda Garibaldi, Gabriel Araújo Souto, Isadora Telli, José Inácio de Almeida Prado Filho, Lílian Cintra de Melo, Marcela Mattiuzzo, Maria Amaral de Almeida Sampaio, Michelle Marques Machado, Paula Camara, Paula Pedigoni, Pedro Santiago, Ricardo Botelho, Tatiane Kimie Siqui, Vinicius Ribeiro, Vitória Oliveira, Yasmine Nemer Hajar.

Desejamos uma boa e proveitosa leitura a todos!

#### **Liderança da Comissão de Concorrência**

Eduardo Caminati Anders  
Presidente

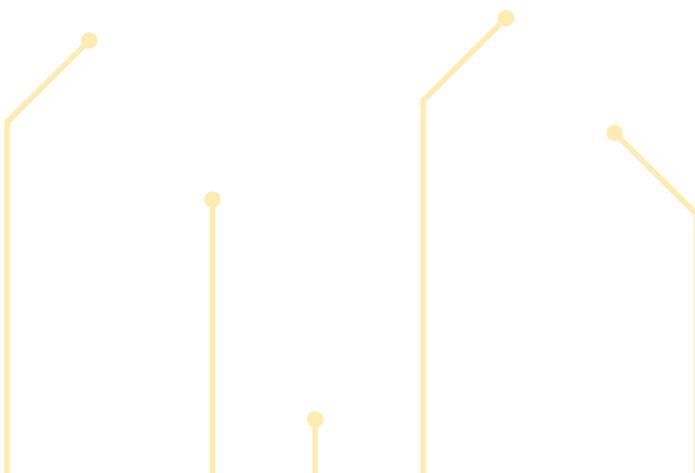
Fernanda Letícia Graça Esperança  
Vice-Presidente

Guilherme Teno Castilho Misale  
Secretário Executivo

#### **Coordenadores da Task Force**

Ana Cristina von Gusseck Kleindienst  
Paulo Leonardo Casagrande

Setembro de 2020.





# INTRODUÇÃO

## A) ESCOPO E RELEVÂNCIA DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Mercados e, principalmente, plataformas digitais têm recebido crescente atenção no mundo, seja por parte da sociedade civil, seja por parte de reguladores e dos agentes econômicos. É indiscutível o impacto gerado pelas plataformas digitais no ambiente de negócios. A título de exemplo, vale destacar a evolução nas formas de comunicação e a experiência de interação entre consumidores e usuários, notadamente no que atine ao acesso, difusão e distribuição de informações, dados e conteúdos em mercados tradicionalmente estabelecidos que, no cenário contemporâneo, são constantemente

desafiados, evocando novas lógicas e modelos operacionais.

Esse processo de mudança na formatação e conformação de diversos tipos de relações econômicas e sociais se operacionalizou a partir do caráter particular das plataformas digitais, em especial enquanto espaços de interação simultânea entre múltiplos grupos de usuários, criando valor para empresas e consumidores mediante seu tráfego e uso. A ação e a transformação proporcionadas pelas plataformas digitais inserem-se em uma realidade dinâmica, que merece ser bem compreendida pelos agentes econômicos para orientar regularmente as suas atividades.

Especialmente em relação aos consumidores e agentes tradicionalmente estabelecidos, as plataformas podem se viabilizar como geradoras de efeitos benéficos. Novas plataformas podem provocar “disrupção” em mercados por conta da forte pressão competitiva que exercem, alterando significativamente a sua dinâmica, bem como servir de meio para a criação e desenvolvimento de novas formas de negócio – a princípio, mais eficientes – para indústrias estabelecidas.

Todavia, não se pode presumir que os operadores dessas plataformas apresentem interesses inteiramente “neutros” enquanto redes de interações, principalmente ao se considerar estruturas verticalizadas, em geral, com atuação em mercados relacionados. De fato, uma série de investigações por supostas práticas anticompetitivas (como práticas relacionadas a possíveis vendas casadas, discriminação de concorrentes, alavancagem, entre outras) foram iniciadas por autoridades de defesa da concorrência em várias jurisdições, tendo como base denúncias tanto de consumidores quanto de players tradicionais.

Sob esse pano de fundo, o presente *Working Paper*, elaborado pela *Task Force* de Economia Digital da Comissão de Concorrência da ICC no Brasil, busca trazer uma introdução geral e panorâmica a um assunto atual, apresentando os principais eixos e atributos das plataformas digitais, bem como sua operacionalização no ambiente de mercado sob a ótica concorrencial. Busca-se, com isso, agregar uma perspectiva técnica e objetiva ao assunto, de modo a servir como um ponto de referência útil para os agentes econômicos, especialmente. A ênfase do trabalho se dá em torno das implicações para a realidade brasileira e possíveis formas de atuação da autoridade de defesa da concorrência pátria, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

De forma a facilitar a organização, este *Working Paper* está estruturado em três seções temáticas: (i) abordagem das características econômicas gerais e funcionamento de plataformas digitais; (ii) principais aspectos concorrenciais na análise de plataformas digitais; e (iii) dificuldades e *hot topics* na aplicação do direito antitruste a mercados e plataformas digitais. Essas três seções serão abordadas na sequência desta Introdução, que ainda segue adiante com rápidos apontamentos.



**3 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice, 2019.**

Disponível em:

<https://bit.ly/3165EWT>



4 O relatório propõe a criação da Digital Markets Unit, recomendando que a análise de atos de concentração no mercado digital seja redesenhada para preservar a concorrência “pelo” mercado. A concorrência “pelo” mercado refere-se à disputa para criar um novo mercado e é geralmente associada ao processo de inovação que traz novas tecnologias de deslocamento ao mercado. Por sua vez, a concorrência “no” mercado é a visão convencional da concorrência que se concentra nas ações dos players de mercados já estabelecidos. Assim, a concorrência “pelo” mercado (e a consequente criação de um agente monopolista) pode ser desejável quando a concorrência “no” mercado é inviável ou impraticável. No controle de condutas, as propostas restringem-se aos aspectos processuais (tais como antecipação de tutela e ajustes nos critérios para interposição de recursos). REINO UNIDO. Digital Competition Expert Panel. *Unlocking Digital Competition*. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/2Xi7dJA>

## B) INICIATIVAS GOVERNAMENTAIS RECENTES

O surgimento e o acelerado desenvolvimento dos mercados digitais geraram novos desafios para a defesa da concorrência, os quais vêm sendo objeto de profunda discussão em fóruns e reuniões de diversas autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, inclusive com produção de inúmeros estudos, relatórios, *papers* etc.

Em setembro de 2019, o CADE, em cooperação com as autoridades de defesa da concorrência da Rússia, Índia e África do Sul, publicou o relatório “*BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice*”, o qual fornece uma visão geral da defesa da concorrência e do *enforcement* nos mercados digitais nesses países. No documento, são abordados tópicos como a análise de poder de mercado, a inovação e a competição dinâmica, os algoritmos e *big data* e as aquisições por plataformas dominantes de *start-ups* com base de usuários em rápido crescimento e potencial concorrencial significativo<sup>5</sup>.

Ainda em 2019, a Comissão Europeia publicou o relatório “*Competition Policy for the Digital Era*”, o qual analisa como a defesa da concorrência deve evoluir para estimular a inovação pró-consumidor na era digital. O relatório sustenta que o antitruste fornece uma base sólida e suficientemente flexível para proteger a concorrência, sendo necessários, todavia, alguns refinamentos e adaptações de seus conceitos e ferramentas tradicionais.

Na contracorrente, no Reino Unido, uma comissão independente enfrentou o mesmo tema no relatório “*Unlocking Digital Competition: Report of the Digital Competition Expert Panel*” (2019), o qual sugere que as atuais ferramentas do antitruste não são suficientes para lidar com a concentração existente nos mercados digitais, criando incertezas e respostas tardias. Como alternativa, o relatório recomenda o estabelecimento de uma unidade voltada para mercados digitais, seja como autoridade regulatória específica ou como parte da Competition Markets Authority e/ou do Office of Communications<sup>4</sup>.

Além disso, em setembro de 2018, a *Federal Trade Commission*, nos Estados Unidos, iniciou a consulta pública “*Competition and Consumer Protection in the 21st Century*”. Dentre os

temas discutidos, destacam-se: (i) a análise do poder de mercado e de barreiras à entrada e o exame de condutas colusivas, excludentes ou predatórias em plataformas; (ii) a intersecção entre concorrência, privacidade e *big data*; (iii) o papel da propriedade intelectual e da defesa da concorrência na promoção à inovação; e (iv) as implicações do uso de ferramentas de decisão algorítmica, inteligência artificial e análise preditiva no bem-estar do consumidor.

Embora a importância crescente da economia digital tenha as mais diversas repercussões, o uso e o processamento de dados é certamente um elemento convergente. Se, de um lado, a ampla disseminação de dados parece ser desejável, de outro, a proteção da privacidade, a possibilidade de condutas colusivas no compartilhamento de dados e a importância do incentivo ao investimento em tecnologias de coleta e processamento de dados geram preocupações.

Nesse sentido, a autoridade japonesa publicou o *“Report of Study Group on Data and Competition Policy”* (2017), que trata da defesa da concorrência quanto à utilização de dados pessoais. Por sua vez, as autoridades alemã (*Bundeskartellamt*) e francesa (*Autorité de la concurrence*), no ano anterior, publicaram em conjunto o relatório *“Competition Law and Data”* (2016), que também aborda a interação entre dados pessoais, poder de mercado e antitruste.

Ainda, no âmbito multilateral, vale destacar, referencialmente, que a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) publicou os relatórios *“An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation”* (2019), *“Rethinking Anti-trust Tools for Multi-Sided Platforms”* (2018) e *“Market Definition in Multi-Sided Markets”* (2017), os quais também investigam como as

autoridades concorrenciais podem responder aos desafios das plataformas digitais, caracterizadas como mercados de múltiplos lados. Em tais relatórios, sugerem-se meios para que as ferramentas do direito antitruste sejam reinterpretadas, considerando as peculiaridades desses novos mercados.

### **C) PARTICULARIDADES DO BRASIL E DO CADE**

Segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 79,1% dos domicílios utilizavam Internet em 2018. O equipamento mais usado para acessar a Internet foi o celular, encontrado em 99,2% dos domicílios com serviço. O segundo foi o microcomputador, encontrado em 48,1% desses lares<sup>5</sup>. Além disso, o Brasil é o país líder na América Latina em compras por *e-commerce*, com aproximadamente 80 milhões de consumidores<sup>6</sup>. Nesse cenário, crescem, em número e relevância, os casos envolvendo plataformas digitais perante o CADE, seja no controle de estruturas seja no controle de condutas.

O relatório sobre a defesa da concorrência no Brasil, publicado pela OCDE (2019), ressalta, dentre outros temas, os esforços do CADE para endereçar os desafios apresentados pela economia digital. A título de referência, de acordo com a OCDE, os critérios de notificação de atos de concentração no Brasil restritos ao faturamento das empresas/grupos econômicos – e não o valor dos ativos envolvidos na operação – podem deixar de fora da análise do CADE aquisições relevantes no mercado digital<sup>7</sup>. Cabe destacar, no entanto, que o artigo 88, §§ 1º e 7º, da Lei nº 12.529/2011 (LDC) faculta ao CADE a análise de operações que não se enquadram nos critérios de faturamento de notificação prévia, no prazo de 1 (um) ano da sua consumação. De toda forma, a suficiência do critério

de faturamento para capturar concentrações econômicas em mercados digitais tem sido objeto de fértil discussão em outras jurisdições, conforme será abordado adiante, exemplificando, desde logo, um importante tema resultante dessa nova realidade acoplada à economia digital.

No tocante à proteção de dados pessoais, a Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD)<sup>8</sup>, em parte inspirada no *General Data Protection Regulation* (GDPR) da União Europeia, estabelece regime específico para o tratamento de dados pessoais e prevê a criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) com poderes fiscalizatórios e sancionatórios. Por fim, em junho de 2019, o governo brasileiro promulgou o Decreto nº 9.854/2019, que estabelece o Plano Nacional de Internet das Coisas (IoT), e traz mais destaque para a intersecção entre concorrência, privacidade e *big data*.

Nesse contexto, o CADE certamente será um importante interlocutor junto à ANPD para o estabelecimento de regras e políticas aplicáveis, por exemplo, à definição dos limites para o uso de dados pessoais, padrões de interoperabilidade de protocolos e portabilidade de dados. A forma como essa interação ocorrerá é ainda incerta, mas se espera uma coordenação efetiva que garanta a segurança jurídica e a necessária para o desenvolvimento dos mercados digitais e melhoria do ambiente de negócios, da competitividade e da proteção dos consumidores.



**5** Agência IBGE Notícias, “PNAD Contínua TIC 2018: Internet chega a 79,1% dos domicílios do país”. Disponível em: <https://bit.ly/2Dnl6WB>



**6** SEBRAE, “O que você precisa saber sobre comércio eletrônico”. Disponível em: <https://bit.ly/30e9sWM>



**7** ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Peer Reviews of Competition Law and Policy in Brazil*. 2019. Disponível em: <https://bit.ly/30ds35k>

**8** A entrada em vigor de alguns dispositivos da referida Lei foi postergada para agosto de 2021.



# PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

## 03

De acordo com a OCDE, plataformas digitais são “serviços digitais que facilitam as interações entre dois ou mais conjuntos de usuários distintos, mas interdependentes (sejam pessoas jurídicas ou físicas) que interagem por meio desse serviço via internet”<sup>9</sup>. São exemplos de plataformas digitais: ferramentas de busca, redes sociais, plataformas de comércio eletrônico, sistemas de compartilhamento de ativos, lojas de aplicativos e sites de comparação de preços.

Plataformas geram valor ao reduzir os custos de transação associados à coordenação entre diferentes grupos de consumidores, facilitando a

interação (*matching*) entre eles e possibilitando a obtenção de benefícios pelos dois ou mais lados. Não fosse a plataforma, os clientes não poderiam obter as vantagens dessa conexão, ou o fariam a um custo muito maior. Por essa razão, as plataformas são consideradas como “mercados de dois lados” ou “mercados de múltiplos lados”, a depender do enfoque, em que diferentes conjuntos de agentes podem interagir e, inclusive, realizar operações econômicas por meio do provedor da plataforma.

As plataformas fornecem meios pelos quais um conjunto de usuários agrega valor a outro



conjunto de usuários dessa mesma plataforma, assim como o aumento do número de usuários faz com que a própria plataforma se torne cada vez mais útil e valiosa. Como resultado, verifica-se interdependência entre essas partes: fabricantes de produtos complementares e consumidores finais (e.g. desenvolvedores de aplicativos e jogadores); anunciantes e leitores; compradores e vendedores; desempregados e recrutadores; hotéis e turistas; motoristas e passageiros. Quanto maior o número de usuários em uma ponta, maior o valor da plataforma para a outra ponta, gerando efeitos de rede. Em outras palavras, a demanda de um grupo de consumidores de uma plataforma está relacionada à oferta de outro grupo de consumidores dessa plataforma e vice-versa<sup>10</sup>.

Feitos esses esclarecimentos iniciais sobre as características gerais das plataformas, esta seção apresenta (i) tipos de plataformas digitais, detalhando aspectos sobre níveis de abrangência e segmentos de atuação; e (ii) principais aspectos econômicos de plataformas digitais, explorando temas relacionados à captura de externalidades de rede, formas de precificação e impactos decorrentes do uso intensivo de dados.



**9 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE).** *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation* What is an “online platform?”. 2019. Disponível em:

<https://bit.ly/2PbFixb>



**10 COMISSÃO EUROPEIA.** *Communication on Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*. 2016. Disponível em:

<https://bit.ly/3feB5n6>



## A) TIPOS DE PLATAFORMAS DIGITAIS

As plataformas digitais são muito diferentes entre si – seja em razão do seu porte, seja em razão de suas funcionalidades – o que dificulta a categorização. Na prática, essa dificuldade se mostra na existência de diferentes classificações (e.g. níveis de abrangência, segmento de atuação, capacidade de determinação de preços e outras).

No tocante à classificação por níveis de abrangência, as plataformas podem crescer e se expandir a ponto de formarem ecossistemas, ou seja, comunidades para o desenvolvimento de aplicações relacionadas (*i.e.* fóruns de desenvolvimento de *software* em torno de *frameworks* específicos, como .NET ou Java; sistemas operacionais construídos a partir de sistemas centralizados de distribuição de aplicativos, como *Android* e *iOS*). A interação entre os administradores, os desenvolvedores e os usuários nos ecossistemas torna o processo de tomada de decisão para o desenvolvimento da plataforma mais complexo.

Além disso, as plataformas digitais podem ser aplicadas a diferentes mercados e servir a diferentes propósitos. A tabela abaixo sumariza as principais aplicações, bem como exemplos de empresas em cada uma dessas aplicações, no Brasil e em outros países:

PRINCIPAIS APLICAÇÕES	EMPRESAS
Marketplaces (comércio eletrônico)	Amazon, B2W, Ebay, Lojas Americanas, Magazine Luiza, Mercado Livre, OLX, ViaVarejo
Distribuição de conteúdo (inclusive de anúncios publicitários)	Apple, Google, Yahoo!, Microsoft, Spotify, YouTube, Netflix
Uso compartilhado de ativos	99, Airbnb, Cabify, Rappi, Uber, Lyft
Serviços financeiros e meios de pagamento	Alipay (co-detida pela Alibaba), Cielo, Mastercard, MercadoPago (detida pelo Mercado Livre), PayPal, Rede, Visa, WeChat Pay (detida pela Tencent)
Redes sociais	Facebook, Instagram, LinkedIn, MySpace, Telegram, TikTok, WhatsApp

Particularmente, em relação às plataformas que operam como *marketplace*, é possível identificar três modelos principais: B2B (*business-to-business*), B2C (*business-to-costumer*) e C2C (*costumer-to-costumer*). Esses modelos diferenciam-se em escopo, estratégia de marketing, perfil dos clientes atendidos, métodos de precificação e forma de pagamento pelos serviços prestados.

O modelo B2B viabiliza operações entre empresas. Os bens e serviços transacionados por esse modelo servem ao consumo empresarial, à revenda ou mesmo à transformação de um bem em outro (e.g. mercados *online* para aquisição de insumos e equipamentos). O modelo B2C, por sua vez, envolve vendas diretas para o consumidor final. O modelo C2C cria *marketplaces* para facilitar a negociação entre consumidores, sendo que o site serve apenas como um intermediário da transação (o que também pode ocorrer nos modelos B2B e B2C, caso a empresa não ofereça produtos e/ou serviços próprios na plataforma).

## B) PRINCIPAIS ASPECTOS ECONÔMICOS DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Dentre os aspectos econômicos das plataformas digitais, destacam-se as economias de escala e escopo, as externalidades de rede e o uso intensivo de dados.

Pelo lado da oferta, ao manter os custos de transação baixos, possibilitou-se que fornecedores individuais entrassem em mercados até então dominados por empresas que precisavam de **economias de escala** para competir. Já pelo lado da demanda, as plataformas digitais introduziram novos comportamentos de consumo e impulsionaram o comércio de bens e serviços entre pares. Os ganhos de escala

são tradicionalmente definidos como aqueles que se verificam quando o aumento da capacidade produtiva de um determinado agente econômico gera também aumento no volume de produção, porém sem aumento proporcional dos custos de produção.

Nas plataformas digitais, a presença de retornos consideráveis de escala se deve à natureza de sua estrutura – que independentemente do número de usuários em cada ponta, tende a ser a mesma, fazendo com que a adição de usuários adicionais em qualquer ponta implique custos marginais proporcionalmente baixos ou próximos a zero.

As **economias de escopo**, por sua vez, verificam-se quando, ao produzir dois ou mais bens em conjunto, há uma redução no custo médio dos produtos. Em regra, isso ocorre porque os bens em questão são produzidos com base na mesma matéria-prima, são decorrentes de processos produtivos semelhantes, demandam uma mão-de-obra com qualificações similares para produção, além de outros fatores.

Nas plataformas digitais, esse tipo de economia advém, principalmente, da alta capacidade de processamento de dados e, mais especificamente, da capacidade de oferta de produtos distintos por meio de uma mesma base de dados. Como exemplo, uma plataforma que tem um serviço de e-mail consegue coletar determinadas informações que lhe permite prestar um serviço mais apurado de recomendações de restaurantes.

O modelo de plataforma também consegue gerar **externalidades de rede**, dado que, em diversas situações, o benefício derivado de seu uso é tanto maior quanto maior for o número de usuários a ela conectado. Plataformas de dois ou múltiplos lados podem se beneficiar

de externalidades de rede – tanto diretas quanto indiretas.

Externalidades diretas ocorrem, por exemplo, quando o benefício gerado ao usuário aumenta quanto maior for o número de usuários com os quais possa interagir (redes sociais costumam ser, atualmente, o principal exemplo desse efeito, posição que, no passado, já foi ocupada pelo telefone e e-mail). Já as externalidades indiretas ocorrem quando o benefício gerado para um grupo de usuários é maior na medida em que aumenta o número de usuários de outro grupo filiados à plataforma. Por exemplo, a utilidade de uma plataforma de transporte urbano é maior para o motorista quanto maior for o número de passageiros que acessem a plataforma (e vice-versa). Desse modo, em certa medida, os motoristas também se beneficiam da entrada de novos motoristas, pois uma ampla rede de oferta de motoristas atrai um número maior de passageiros.

Destaca-se que nenhuma dessas características é nova na literatura econômica ou exclusiva de mercados relacionados a plataformas digitais. Entretanto, a coincidência desses três principais fatores (notáveis retornos de escala, fortes economias de escopo e externalidades de rede) e seu nível acentuado no caso das plataformas digitais é de alguma forma inédita, e faz com que esses mercados sejam tendentes ao denominado  **tipping** . O *tipping* representa um cenário em que um agente assume uma dada massa crítica de usuários adeptos a seu produto de forma a deter a maior parcela do mercado – fenômeno que será mais detalhado na próxima seção.

As externalidades de rede também fazem com que as plataformas de dois ou múltiplos lados sigam regras de precificação específicas, uma vez que a determinação do preço em cada um

dos lados depende do benefício gerado para cada tipo de usuário. Em alguns casos, as externalidades percebidas pelos diferentes lados são semelhantes, mas se um dos grupos percebe mais benefícios, ele possivelmente pagará um preço maior do que os demais lados, levando a um subsídio cruzado entre os diferentes lados. As plataformas de venda de anúncios, por exemplo, geram uma externalidade negativa no usuário (que preferiria acessar a plataforma sem precisar passar pelos anúncios). Nesses casos, o preço pago pelos anunciantes costuma ser usado para subsidiar a produção de conteúdo para a captação de novos usuários. Tendo isso em conta, uma das funções primordiais da plataforma é definir o nível e a distribuição do preço entre os diversos grupos de usuários, de forma a atrair o maior número possível de usuários a bordo da plataforma.

A possibilidade de aproximar dois ou mais tipos de usuários também permite que uma plataforma colete uma **quantidade significativa de dados**. Com isso, é possível armazenar e tratar facilmente informações cedidas pelo usuário (e.g. dados cadastrais de clientes) ou geradas no próprio processo de uso da plataforma – os chamados metadados (e.g. uso de termos de busca para direcionamento de anúncios; trajetos utilizados durante o transporte). A coleta e a cessão de dados podem ser interpretadas como uma forma de “pagamento” pelo uso da plataforma.

Com o desenvolvimento da Internet das Coisas (IoT), as plataformas digitais passaram a ter ainda mais dados disponíveis para processamento e análise. Esse acúmulo crescente de dados pode ser vantajoso para a plataforma. Quanto mais dados sobre o serviço prestado e seu público-alvo, maior é a capacidade de, em teoria, a plataforma realizar previsões corretas para fundamentar melhorias qualitativas em si

mesma, o que lhe permite atrair mais usuários e, em consequência, mais dados para melhorar o seu próprio serviço, gerando um ciclo de retroalimentação (*feedback loop*).

Entre as formas de melhoria da qualidade do serviço utilizadas por plataformas estão o aperfeiçoamento de algoritmos e de sistemas que, com mais dados, podem ser programados para melhor prever a reação de usuários (*e.g.* utilização de algoritmos para o oferecimento de conteúdo mais preciso, anúncios direcionados ou preços dinâmicos). Com o uso de tecnologias de inteligência artificial, baseadas em dados previamente coletados, o próprio processo de aperfeiçoamento pode ser automatizado para permitir que a plataforma forneça serviços ainda mais precisos e customizados.



# PRINCIPAIS ASPECTOS CONCORRENCIAIS DAS PLATAFORMAS DIGITAIS

## 04

A partir das características gerais e dos aspectos econômicos das plataformas digitais que foram apresentados, passa-se à avaliação do funcionamento dos mercados em que as plataformas atuam.

Ressalva-se que a análise concorrencial de mercados baseados em plataformas não é nova ou exclusiva da atual economia digital. Suas peculiaridades são objeto de atenção há muito tempo. Há diversos precedentes analisando mercados com essa natureza no Brasil e no exterior, envolvendo, por exemplo, mercados de mídia, de meios de pagamento, plataformas de vídeo games, jornais, transporte de passageiros, shopping centers, supermercados e outros<sup>11</sup>.

Não obstante, pode-se afirmar que as plataformas digitais baseadas na ampliação do uso da

internet transformaram radicalmente a economia nos últimos anos, trazendo inúmeras **eficiências** e novos desafios para a defesa da concorrência, sobretudo no que diz respeito às discussões sobre **barreiras à entrada** e à **identificação de posição dominante** para fins de delimitação do mercado relevante. É sob essa ótica que a leitura concorrencial deve ser colocada.

### A) EFICIÊNCIAS

Sobre eficiências, um primeiro aspecto a ser destacado diz respeito à **formação, transformação e ampliação de mercados**. A combinação de capacidade, disseminação e mobilização da internet e dos computadores, aliada às ferramentas de *big data*, processamento em redes e sistemas baseados em nuvem, criou a oportunidade para o surgimento de novos mercados



**11** *Atos de concentração nº 08700.006345/2018-29 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Ticket Serviços S.A., aprovado sem restrições em 08.02.2019); 08700.009732/2014-93 (Requerentes: Telefônica Brasil S.A. e GVT Participações S.A., aprovado com restrições em 13.02.2015); 08700.005689/2016-59 (Requerentes: Warner Bros. Home Entertainment Inc. e Sony DADC Brasil Indústria Comércio e Distribuição Vídeo-fonográfica Ltda., aprovado sem restrições em 15.09.2016); 08700.006414/2016-32 (Requerentes: Infopar Participações S.A. e Folha da Manhã S.A., aprovado sem restrições em 28.09.2016); 08700.002970/2018-00 (Requerentes: Bayerische Motoren Werke Aktiengesellschaft e Daimler AG, aprovado sem restrições em 18.05.2018).*

e modelos de negócio que desafiam formas mais tradicionais de organização e produção econômica, remodelando as condições de rivalidade e concorrência.

Como exemplos, pode-se citar o surgimento de plataformas de transporte de passageiros, de hospedagem e estadia, mecanismos de busca e pesquisa de informações, bem como inovações nos mercados tradicionais relacionados à música, comunicação, comércio e organização financeira e crédito, dentre inúmeros outros. Em todos esses casos, a dinâmica competitiva foi notoriamente alterada com a entrada de novos agentes econômicos que passaram a ofertar serviços de maneira diferenciada, expandindo a oferta e a concorrência, e alterando, em grande medida, hábitos de consumo.

Outro aspecto a ser destacado quanto às características desses novos mercados tem a ver com o **aumento da transparência** (para consumidores e ofertantes) quanto a uma série de variáveis no âmbito de operações comerciais (como preço, qualidade, histórico de atuação etc.), o que pode reduzir assimetrias informacionais e, consequentemente, minorar custos de transação.

Igualmente, um fator importante e cada vez mais destacado e de atenção por parte das autoridades concorrenciais é a **capacidade de personalização e discriminação com base nos dados coletados** pelas diversas plataformas presentes no mercado. A coleta de dados possibilita a criação de perfis de consumidores, conhecendo e mapeando seus hábitos, preferências e, até mesmo, o quanto estariam dispostos a pagar por determinado produto/serviço. Essa personalização viabiliza uma precificação diferenciada, que pode ser eficiente, na medida em que permite ampliar o volume de consumo de determinados bens e serviços de acordo com o valor que cada consumidor estaria disposto a pagar por eles. Contudo, a adoção de práticas de preço personalizado também pode levantar preocupações concorrenciais, sobretudo no que concerne a possíveis práticas discriminatórias que daí podem decorrer.

As plataformas digitais também são marcadas por um dinamismo bastante considerável, com constantes **inovações incrementais**, buscando manter e conquistar a preferência do consumidor. Uma ilustração simples nesse sentido é a quantidade de atualizações e novas funcionalidades adicionadas a aplicativos em curtos períodos de tempo.

Por fim, modelos de negócio baseados em plataformas digitais e na monetização de dados podem ser **progressivamente escaláveis**, na medida em que usam a mesma tecnologia na

prestação do serviço em diversas regiões e países sem custos adicionais relevantes. Tal fator pode gerar pressões competitivas e efetivas entradas em novos mercados, aumentando a rivalidade. Cabe destacar, no entanto, que determinadas restrições à escalabilidade desses negócios advêm de regras, usos e costumes locais oriundos das particularidades em que se inserem, impossibilitando modelos absolutamente universais.

## B) BARREIRAS À ENTRADA

Na análise antitruste tradicional, um passo relevante tanto na avaliação de um ato de concentração quanto na análise de condutas anticompetitivas diz respeito à identificação de barreiras à entrada no mercado relevante. Em outras palavras, é preciso verificar se há alguma variável naquele mercado que impediria ou limitaria a entrada de empresas que queiram passar a nele operar, as chamadas entrantes.

As barreiras à entrada são de dois tipos principais: (i) regulatórias (*i.e.* que decorrem de leis ou normas); e (ii) econômicas (*i.e.* que decorrem propriamente da estrutura e da organização do mercado).

Ainda que as propostas de regulamentação dos mercados de plataformas digitais tenham crescido nos últimos tempos, em regra, esses mercados são dotados de barreiras regulatórias menos relevantes que outros setores da economia.

Já em relação às barreiras econômicas, é necessário levar em consideração, conforme delineado na seção anterior, a tendência ao *tipping* presente nos mercados de plataformas digitais, notadamente por conta das economias de escala e externalidades de rede. Com efeito, há inúmeros estudos que apontam para a exis-

tência do fenômeno do “vencedor-toma-tudo” (*winner-takes-all*) nos mercados de plataformas digitais, o que significa que, após um período inicial de concorrência mais acirrada entre diversas plataformas, um agente se torna o “vencedor” de determinado mercado e a maioria dos usuários, por sua vez, torna-se adepta daquele determinado serviço. Ou seja, a plataforma que consegue sair na frente e atingir uma massa crítica garante uma vantagem competitiva relevante, o que pode representar uma barreira à entrada significativa a novos *players*, que podem não ter perspectivas de atingir uma escala mínima para se tornarem economicamente viáveis.

Desse modo, afirma-se que, em diversos desses mercados, a competição não ocorre “no” mercado, mas sim “pelo” mercado. Nesse sentido, quando um determinado agente atinge um tamanho considerável, ele tipicamente se vale de economias de escala e escopo, bem como dos efeitos de rede, o que pode dificultar o avanço de concorrentes e plataformas rivais.

Por outro lado, há estudos que indicam que o *tipping effect* pode não ser uma barreira à entrada, mas, sim, fator que promove rivalidade. Isso porque a posição do líder desses mercados pode ser contestada não apenas por *players* no mesmo mercado, mas também por empresas presentes em mercados adjacentes, com ênfase para o papel das inovações nesse contexto. Nesse sentido, da mesma maneira que as economias de escala e de escopo e os efeitos de rede tendem a favorecer o líder na manutenção de sua posição, também podem ser fatores que permitirão a concorrentes despontar mais rapidamente (a partir de inovações no serviço prestado, por exemplo) e vir a contestar a posição do líder de mercado. Assim, uma análise das peculiaridades de cada mercado é indispensável para se identificar de que modo o *tipping effect* afeta a dinâmica concorrencial.



Outro aspecto apontado em diversos estudos é que a detenção de grandes bases de dados pode ser considerada como uma vantagem competitiva relevante para plataformas digitais. Isso porque novos entrantes não teriam a capacidade de concorrer em igualdade de condições com agentes já estabelecidos, porque tais agentes teriam vastas bases de dados que permitiriam tanto a personalização de serviços quanto o constante aperfeiçoamento de suas plataformas. Em contrapartida, há o entendimento de que tais bases de dados não representariam uma barreira à entrada em si, já que os dados não são bens exclusivos ou rivais, podendo ser obtidos de diversos meios e utilizados de forma simultânea por vários agentes econômicos. Além disso, o valor principal dos dados não residiria na base em si, mas na forma como ela é empregada e em como os dados são processados.

### **C) IDENTIFICAÇÃO DE POSIÇÃO DOMINANTE**

A delimitação precisa do mercado relevante precede à identificação de eventual posição dominante, partindo-se da premissa de que o agente econômico deteria tal posição a partir de determinado patamar de participação de mercado. Essa etapa, no entanto, traz desafios no que concerne ao mercado de plataformas digitais, uma vez que outros elementos podem ser mais adequados para análise de posição dominante do que a delimitação de mercado e a quantificação da participação, como será detalhado a seguir.

O mercado relevante, em suas dimensões produto e geográfica, constitui a unidade de análise para avaliação do poder de mercado. Isto é, por meio da definição de mercado relevante, as autoridades concorrenciais delimitam o escopo para análise das relações de competição entre

empresas, com o intuito de identificarem o âmbito em que o poder de mercado pode ser exercido pelo agente econômico. Porém, em ambientes competitivos tão dinâmicos como os mercados de plataformas digitais, a definição do mercado relevante, essencial para a análise antitruste, torna-se um desafio.

Tradicionalmente, para definir o mercado relevante, as autoridades concorrenciais utilizam o Teste do Monopolista Hipotético (TMH) para fixar o menor grupo de produtos e a 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”, partindo da percepção do consumidor quanto ao grau de substituíbilidade entre os bens e serviços de referência.

O cenário fica mais complexo na aplicação do TMH a plataformas digitais, comumente constituídas de dois ou mais lados, uma vez que a formação de preços pode ser muito distinta da tradicional – incluindo, por vezes, produtos de preço-zero e subsídios entre diversos grupos de usuários. Além disso, a competição entre plataformas digitais não é necessariamente determinada por preços, já que também é possível identificar fatores como qualidade e inovação para a disputa pelos consumidores, dificultando ainda mais a aplicação do TMH.

Como visto na seção anterior, as plataformas digitais são marcadas por relevantes externalidades de rede, diretas e indiretas. Em ambos os casos, a precificação de um lado influi diretamente na precificação do outro e, por vezes, pode ser assimétrica, na medida em que plataformas podem inclusive subsidiar uma das pontas, resultando em preços abaixo do custo marginal. Por isso, a doutrina e a jurisprudência recentes reconhecem, sob uma ótica relacional, a necessidade de delimitação de dois ou mais

mercados diferentes, relativos a cada um dos lados, sublinhando que os mercados não podem ser considerados de forma isolada. Na análise, é preciso destacar a retroalimentação que se dá entre as pontas (ou lados) da plataforma.

Ainda que o preço não seja o único elemento a ser considerado pelas autoridades concorrenciais, é certo que ele assumiu, de maneira geral, papel preponderante na análise antitruste tradicional. No caso dos mercados de plataforma, no entanto, a análise baseada somente em preço pode não ser suficiente para capturar todas as suas nuances. A literatura concorrencial tem argumentado que, nessa moldura, outras noções devem ser levadas em conta enquanto parâmetros de pressão competitiva, como a qualidade e a inovação.

O TMH tem sido alvo de diversas propostas de aprimoramento. Duas delas se destacam para modificar a referência ao “pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços” para mensuração de posição dominante. A literatura especializada propõe a utilização do “pequeno, porém significativo e não transitório declínio na qualidade” ou “pequeno, porém significativo e não transitório aumento nos custos”. Tais modelos são especialmente relevantes em mercados de preço-zero, cada vez mais comuns em plataformas digitais.

O primeiro modelo apresenta como fator de avaliação a qualidade, uma vez que esse elemento pode ser mais diretamente percebido pelos consumidores. No entanto, a subjetividade do fator “qualidade” dificulta sua aplicação, que pode ficar restrita a indústrias em que a qualidade é quantificável de forma objetiva. De toda forma, uma abordagem qualitativa desses mercados não pode ser afastada em qualquer cenário.

O segundo modelo, por sua vez, pressupõe que, ainda que o serviço aparentemente tenha custo-zero, o consumidor paga o preço de outras formas. A plataforma, usualmente, monetiza a atenção e a informação dos usuários subsidiados pelas vias da reserva de espaços de publicidade ou da venda de dados para a outra ponta. Nesse teste, a autoridade concorrencial examina como outras variáveis (como possíveis aumentos na duração ou tamanho nos anúncios publicitários) poderiam levar os consumidores à procura de bens e serviços substitutos.

Cabe ainda destacar que o faturamento pode ser uma ferramenta útil para a verificação de poder de mercado no caso de plataformas que oferecem serviços tarifáveis, mas não é o parâmetro mais adequado para a definição da participação de mercado em plataformas de preço-zero. A esse respeito, segundo a OCDE, é imperativo buscar alternativas mais significativas, como a parcela da base de usuários ou a parcela de interações<sup>12</sup>.

Nesse sentido, para não incorrer em delimitações restritas aos competidores de um mercado, é preciso se atentar para a percepção dos usuários sobre a substituíbilidade do produto ou serviço. A autoridade concorrencial pode considerar como substitutas plataformas que operam sob diferentes modelos de negócios, bem como provedores *offline* de serviços e bens, caso os agentes exerçam pressão sobre o mercado relevante.

Assim, diante da tarefa de coibir práticas que impeçam condições adequadas de entrada e rivalidade, conjugando múltiplos fatores para mitigar efeitos negativos e, ao mesmo tempo, preservar as eficiências, a análise concorrencial deve considerar a possível delimitação de múltiplos mercados relevantes para uma mesma plataforma e as especificidades desses mercados no que se refere ao cálculo de participação dos agentes.

No tocante à análise de posição dominante, as plataformas digitais, em razão de suas múltiplas peculiaridades, apresentam condições de entrada diferenciadas, a começar pela relevância dos dados em seus modelos de negócios. Os dados podem assumir diferentes usos e contornos, e seu valor competitivo depende de uma série de fatores: geração, coleta e aquisição, armazenamento, processamento e análise e, por fim, o uso



**12 ORGANIZAÇÃO  
PARA A COOPERAÇÃO  
E DESENVOLVIMENTO  
ECONÔMICO (OCDE). *Big Data:  
Bringing Competition Policy  
to the Digital Era. Background  
note by the Secretariat. 2016.***

Disponível em:

<https://bit.ly/33xGaEF>

da informação. A vantagem competitiva não deriva apenas da capacidade de geração de dados, mas principalmente do seu processamento e uso. Tais fatores permitem que os agentes econômicos tomem melhores decisões e, no geral, podem ter muitos efeitos pró-competitivos. Os dados processados podem, entre outros, aumentar a eficiência, personalizar e aperfeiçoar produtos e serviços e mitigar assimetrias de informações.

Como indicado na seção anterior, um fenômeno importante nesses mercados afetados pelo uso intensivo de dados são as economias de escopo e de escala, que facilitam o oferecimento de bem ou serviço a um número cada vez maior de usuários ao mesmo tempo que se diminuem os custos. Como as plataformas dependem fortemente da base de usuários, novos agentes podem ter dificuldades no mercado por não atingirem a escala mínima viável, o que, por sua vez, contribuiria para o reforço do poder de mercado de uma plataforma líder.

Some-se a isso a potencialização dos efeitos de rede: quanto maior a base de usuários de uma plataforma, maior será a coleta de dados e, por conseguinte, melhor a capacidade de criar soluções para seus produtos (OCDE, 2017). Se, de um lado, o aprimoramento de bens e serviços pode ser positivo para o consumidor, de outro, a concentração de dados em uma plataforma dominante pode constituir um verdadeiro gargalo para os concorrentes, em especial, novos entrantes de menor porte. As autoridades concorrenciais têm olhado com atenção para esse aspecto, que pode se desdobrar, por exemplo, em alavancagem de poder de mercado em mercados adjacentes<sup>13</sup>.

Vale, contudo, notar que mesmo que os efeitos de rede e as economias de escala possam, em determinados casos, representar barreiras à entrada e reforçar o poder econômico de empresas incumbentes, elas também podem impulsionar concorrentes e/ou entrantes no mercado. Ou seja, uma vez capaz de gerar seus próprios efeitos positivos de rede (em decorrência da qualidade ou inovação no produto/serviço ofertado), um entrante ou concorrente, em princípio, poderia rapidamente alcançar parcelas significativas do mercado.



**13** COMISSÃO EUROPEIA.  
*Competition Policy for the  
Digital Era. 2019. Disponível em:*  
<https://bit.ly/3fz47he>

Dessa forma, como mencionado acima, tem-se que os agentes econômicos concorrem “pelo” mercado, ou seja, concorrem para ser a plataforma dominante, que, muitas vezes, definirá as regras do jogo para os demais competidores. Como resultado, não basta que os entrantes ofereçam um serviço melhor e/ou a menor preço, mas é preciso estar atento ao fato de que eventuais custos de troca podem vir a “prender” (*lock-in*) os usuários em uma plataforma dominante, evitando a possibilidade de migração para plataformas concorrentes<sup>12</sup>.

Justamente essa possibilidade de migração entre plataformas (*switching*), sem custos significativos para os usuários, e a possibilidade de ‘*multi-homing*’ – o uso simultâneo de plataformas similares –, têm sido apontados como fatores potencialmente importantes para mitigar o poder de mercado de plataformas líderes. Existem, no entanto, especificidades das plataformas digitais que podem limitar tais

possibilidades, seja enquanto características inerentes aos mercados, seja como estratégias de determinados agentes. São exemplos: (i) a perda de dados, histórico de uso e/ou de reputação (*feedbacks* e avaliações) pelo usuário em caso de eventual troca de plataforma, (ii) cláusulas de exclusividade, (iii) barreiras técnicas em decorrência de *standards* ou requisitos técnicos/operacionais, (iv) venda casada de serviços, e, até mesmo, (v) inércia por parte dos usuários.

De outro lado, a interoperabilidade técnica, *i.e.* a possibilidade de dois serviços ou produtos se interconectarem tecnicamente, é considerada como uma forma de potencializar o *switching* e *multi-homing*. A padronização técnica facilita tanto o compartilhamento e manejo de dados (que podem ser levados por um usuário de uma plataforma a outra por meio da portabilidade), quanto o diálogo entre diferentes plataformas, de maneira a facilitar, por exemplo, o oferecimento de bens e serviços complementares.



# 05

## QUESTÕES GERAIS PARA A APLICAÇÃO DO DIREITO CONCORRENCIAL A MERCADOS DE PLATAFORMAS DIGITAIS

### A) AVALIAÇÃO DE ILICITUDE DE CERTAS CONDUTAS EM MERCADOS DE PLATAFORMAS DIGITAIS

Como exposto acima, a dinâmica competitiva nos mercados de plataforma digitais é pautada pela relevância dos efeitos de rede, das economias de escala e de escopo e do uso de dados. Como consequência, constata-se uma tendência ao despontamento de um ou poucos *players* ativos em cada mercado, os quais podem deter posição dominante caso existam significativas barreiras à entrada e pouca rivalidade entre si.

Daí decorre que, se de um lado, é necessário proteger as condições de concorrência *pelo* mercado (*i.e.* condições adequadas de entrada e rivalidade para outras plataformas), de outro, é também necessário, para o caso de plataformas com posição dominante, assegurar a concorrência *no* mercado (*i.e.* com plataformas eficientes, mas de menor porte; ou, mesmo, no âmbito de uma

mesma plataforma, que se caracterize como um ecossistema ou à qual possam ser agregados serviços e aplicações complementares).

Dessa maneira, são objeto de atenção pelas autoridades concorrenciais tanto as condutas (i) das próprias plataformas, enquanto concorrentes *pele* mercado e *no* mercado, quanto (ii) das empresas usuárias das plataformas, enquanto concorrentes em mercado baseado em uma determinada plataforma.

No Brasil, a LDC estabelece que, dentre outras práticas, constitui infração à ordem econômica o exercício abusivo de posição dominante. Essa regra se aplica também às condutas nos mercados de plataformas digitais e engloba tanto condutas unilaterais quanto condutas colusivas. Contudo, enquanto os cartéis são costumadamente considerados, pelo CADE, como ilícitos por objeto e, portanto, ilegais independentemente de seus efeitos, casos envolvendo condutas unilaterais são, em geral, avaliados sob a “regra da razão”, pela qual a ilegalidade da conduta depende da ponderação concreta entre seus efeitos restritivos à concorrência e possíveis eficiências dela decorrentes.

Tendo em vista as características acima, as autoridades concorrenciais têm olhado com maior atenção para práticas comerciais que possam ter efeitos anticompetitivos, de forma a buscar assegurar condições adequadas para que concorrentes e novos entrantes consigam atrair usuários e gerar seus próprios efeitos positivos de rede, competindo efetivamente *no* mercado.

Um primeiro tipo de prática comercial que pode ter efeitos anticompetitivos é a **discriminação** de produtos e serviços pela plataforma com o objetivo de privilegiar aplicação ou produto próprio também ofertados na plataforma. Esta prática terá maior potencial anticompetitivo

quando tiver maiores condições de exclusão real ou potencial de um concorrente eficiente. Tais efeitos de exclusão podem afetar os rivais da empresa dominante (discriminação de linha primária) ou os clientes a jusante da empresa dominante (discriminação de linha secundária). Essa discriminação pode ocorrer por meio de preços predatórios, recusa de contratar, recusa ao acesso de infraestrutura essencial, descontos de fidelidade, venda casada e outras práticas.

Outra prática comercial com potenciais efeitos anticompetitivos é a imposição de **restrições ao multihoming** – isto é, a criação de dificuldades ou a proibição de utilização de diversas plataformas pelos usuários. Essa conduta pode derivar de restrições para acesso a dados ou da criação de incompatibilidade técnicas. A primeira está associada à ideia de que dados representariam um insumo necessário para a concorrência. Nessas circunstâncias, os concorrentes potenciais poderiam solicitar aos operadores históricos o acesso aos dados acumulados em suas plataformas, a fim de introduzir serviços concorrentes ou complementares. Em geral, condutas de empresas com posição dominante que tendam a limitar ou impedir o *multihoming*, a *interoperabilidade* e a *portabilidade de dados* têm sido vistas com maior desconfiança pelas autoridades antitruste. Por outro lado, medidas que fomentem esses mecanismos, os quais diminuem os custos de troca dos usuários, já foram adotadas tanto voluntariamente em arranjos de autorregulação setorial quanto na forma de remédios acordados com órgãos de defesa da concorrência<sup>14</sup>.

Considerando que certas plataformas podem atuar como verdadeiros **“reguladores”** das relações entre as empresas e/ou usuários finais que as utilizam, as autoridades antitruste vêm entendendo que operadores de plataformas com posição dominante têm a responsabilidade de garantir um ambiente competitivo

saudável, por meio de estabelecimento de regras razoáveis e não discriminatórias de uso da respectiva plataforma.

Dessa forma, em casos envolvendo plataformas digitais dominantes, em princípio, as autoridades antitruste tendem a olhar com desconfiança condutas que possam distorcer a concorrência no mercado em questão. Entre outras condutas, podem vir a ser consideradas como abuso de posição dominante: limitações injustificadas ou não razoáveis à admissão de parceiros/usuários, critérios discriminatórios de busca, *ranking* ou exibição de resultados, termos e condições de uso abusivos, e cláusulas de paridade ou cláusula da nação mais favorecida (*most favored nation* - MFN).

Nesse sentido, as autoridades concorrenciais têm analisado com rigor **cláusulas MFN** no âmbito de plataformas digitais, as quais permitem, por exemplo, que as plataformas imponham aos usuários uma condição de preço, no mínimo, igual ou superior àquelas oferecidas em outros canais<sup>15</sup>. Sendo assim, as cláusulas MFN podem elevar as taxas de uso da plataforma, bem como os preços de varejo e restringir a entrada ou distorcer o posicionamento de entrantes em potencial que buscam modelos de negócios de baixo custo, criando barreiras à entrada para novas plataformas digitais.

No entanto, as MFNs podem gerar eficiências sob circunstâncias híbridas e concretas. As cláusulas MFN de plataformas digitais, em particular, têm sido justificadas como proteção de incentivos ao investimento, impedindo o efeito carona (*freeriding*). Embora o equilíbrio entre danos e eficiências possa variar entre os mercados, tem-se que o potencial das cláusulas MFN de gerarem efeitos anticoncorrenciais é uma questão empírica e, portanto, deve estar sujeita à uma cuidadosa análise caso a caso.

**14** Nesse sentido, destaca-se o caso do Google Adwords em que a modificação das cláusulas contratuais da API desse serviço (dispositivos que impediam que os anunciantes pudessem transferir seus anúncios para plataformas concorrentes), foi um elemento relevante nas análises e acordos tanto pelo FTC quanto pela Comissão Europeia.



**15** No Brasil, vale mencionar investigação concorrencial envolvendo Booking.com, Decolar.com e Expedia, relacionada ao uso de cláusula de paridade abusiva em contratos firmados com redes hoteleiras para utilização de suas plataformas de venda na internet. Tal investigação culminou com a celebração de acordos (TCCs) das referidas empresas com o CADE. Vide:

<https://bit.ly/3fLkfMS>

Já no contexto da relação entre usuários de plataforma, cláusulas de **fixação de preço de revenda (FPR)** e cláusulas de **preço mínimo anunciado (PMA)** podem impactar, de forma significativa, a concorrência “no” mercado. Tendo em vista que o ambiente de negociação baseado em plataformas digitais aumenta significativamente a transparência de preços no mercado, fabricantes podem ter maiores incentivos à adoção dessas cláusulas com seus revendedores, na medida em que a fiscalização de seu cumprimento estaria facilitada. Enquanto o estabelecimento da cláusula FPR por empresas com posição dominante no mercado vem sendo presumida como ilegal (sujeita à defesa de eficiências) pelo CADE e por diversas autoridades concorrenciais ao redor do mundo, a utilização das cláusulas PMA (as quais, em teoria, seriam menos restritivas do que as FPR, já que impõem restrições unicamente ao preço anunciado e não ao preço efetivamente vendido) são analisadas com base na regra da razão, ou seja, contrapondo as restrições impostas às eficiências geradas (principalmente à proteção das marcas). No entanto, em mercados *online*, o desafio de distinção entre cláusulas PMA e FPR pode ser maior, fundamentalmente em razão da natureza de diversas plataformas de comércio eletrônico, que são utilizadas tanto para o *anúncio* quanto para a efetiva *venda* do bem. Dessa maneira, uma análise das particularidades de cada caso também se faz necessária.

Por último, um dos principais pontos de debate é a possibilidade de **colusão** no âmbito da comercialização de bens e serviços por meio de plataformas, inclusive baseada no uso de inteligência artificial para precificação e troca de informações concorrenciaismente sensíveis por meios digitais. A maior facilidade para esse tipo de conduta está fortemente relacionada à completa transformação de diversos setores a

partir da tecnologia: *marketplaces*, uso intensivo de dados (*big data*) e algoritmos.

Ainda que semelhante às discussões já existentes sobre colusão, a inteligência artificial introduz no debate a possibilidade de conluio tácito com menor ou nenhuma intervenção humana, uma vez que, ao menos em tese, abre espaço para que os algoritmos usados por diferentes empresas venham a, eventualmente, se condicionar mutuamente a um equilíbrio de preços supra-competitivo (a partir da detecção de variações mais sensíveis de preços e com base em avaliações do mercado coincidentes, por exemplo).

Algoritmos podem levar em consideração fatores como a popularidade de itens, o preço cobrado por concorrentes e preferências do consumidor. Soma-se a esse cenário o crescente uso de *machine learning*, tecnologias de inteligência artificial preditivas que “aprendem” a



partir da interação de dados e experiências, e encontram as melhores formas de precificação dadas as condições de mercado.

Dessa maneira, são várias as eficiências associadas ao uso dessas tecnologias, principalmente a partir da transparência por elas proporcionada. Do lado da oferta, essa transparência possibilita melhor alocação de recursos, com diminuição de custos de produção, e técnicas dinâmicas de precificação. Do lado da demanda, a transparência tem o potencial de auxiliar consumidores a tomarem decisões mais informadas – reduzindo custos de busca e transação, com aumento de bem-estar. Nesse sentido, pode-se destacar a multiplicação do uso de serviços de comparação de preço.

Por outro lado, passou-se a questionar a facilitação a arranjos colusivos em decorrência da ampliação do uso dessas tecnologias. Os algoritmos poderiam facilitar a colusão de

diversas formas, dentre elas: (i) a partir do monitoramento da atuação de concorrentes, (ii) por meio do desenvolvimento de algoritmos de paralelismo, que recebem esse nome pois são formas de precificação a partir das mudanças contínuas de demanda e oferta – e podem operar independentemente de acordo colusivo, (iii) via possibilidade de sinalizações, por meio de aumentos de preço, que podem gerar uma reação similar de concorrentes, (iv) pela utilização de *machine learning*, cenário no qual é possível que se conceba o alcance de preços supra-competitivos de maneira facilitada.

Ao mesmo tempo, ganha relevância o debate sobre como analisar a **troca de informações entre concorrentes**. Em um cenário global de ubiquidade de dados, tem-se um aumento considerável de informações disponíveis e o fortalecimento da indústria de inteligência de mercado. Isso traz à tona, portanto, o debate sobre novas formas de trocas de informação

concorrencialmente sensível que podem ser consideradas ilícitas sob a perspectiva do direito antitruste. Assim, na avaliação de possível ilicitude, as autoridades consideram fatores como o tipo, o volume das informações trocadas, sua historicidade e granularidade, bem como as características estruturais dos mercados relevantes envolvidos.

## **B) ATOS DE CONCENTRAÇÃO ENVOLVENDO *START-UPS***

De maneira geral, é raro que atos de concentração envolvendo *start-ups* digitais sejam objeto da análise de autoridades concorrenciais, notadamente por não atingirem os critérios de notificação, comumente associados ao faturamento das partes/grupos econômicos envolvidos. Não obstante, as operações envolvendo *start-ups* vêm chamando cada vez mais a atenção pelo potencial que apresentam de impactar a concorrência nos mercados de plataformas digitais. O caráter inovador dessas empresas e os impactos que eventual aquisição por empresas incumbentes pode ter no mercado são pontos levantados por autoridades antitruste em diferentes jurisdições.

Tendo em vista que os mercados de plataformas digitais são mercados caracterizados por uma intensa competição via inovação, as *start-ups* ganham especial relevância dada a capacidade inovadora que as caracteriza e, com isso, a possibilidade de virem a alterar a estrutura competitiva dos mercados em que atuam. Com isso, ainda que se reconheça que muitas das operações envolvendo *start-ups* são resultado legítimo do processo competitivo no setor e não representam, em princípio, riscos concorrenciais específicos, as autoridades concorrenciais têm demonstrado preocupação com um tipo específico de operações: as chamadas

“aquisições matadoras” (“*killer acquisitions*”), termo que vem sendo utilizado para descrever operações entre grandes empresas de tecnologia (*big techs*) e *start-ups*.

Nessas operações, a principal preocupação das autoridades concorrenciais é no sentido de que a aquisição de uma *start-up* concorrente com elevado potencial inovador por um incumbente possa constituir um mecanismo para manutenção da posição de mercado deste agente econômico, por meio da retirada prematura do mercado de um *player* que poderia vir a fazer frente aos incumbentes e/ou de tecnologia, serviço ou produto que poderia vir a alterar a dinâmica competitiva do mercado como um todo.

Contudo, atualmente, existem alguns fatores que limitam a identificação e a análise de tais casos pelas autoridades antitruste.

O primeiro, como mencionado acima, são os próprios critérios de notificação das operações às autoridades, mais especificamente a utilização de critérios de faturamento das partes ou do grupo econômico das partes que são, via de regra, em muito superiores ao que costuma ser o faturamento de uma *start-up*. Dessa perspectiva, diversas *start-ups* digitais utilizam modelos de negócio focados no desenvolvimento do produto e da rede de usuários em um primeiro momento em vez de modelos que visem a lucros no curto prazo, o que significa que, ao menos por certo tempo, o potencial competitivo delas não estará refletido na dimensão do faturamento. Diante dessa limitação, autoridades concorrenciais de algumas jurisdições estão discutindo e sugerindo revisar seus critérios de notificação. São exemplos a Alemanha, a Áustria e o Reino Unido.

Um segundo fator é a delimitação dos mercados relevantes a serem analisados. Isso porque, nesse

tipo de operação, a empresa-alvo, muitas vezes, não compete diretamente com a compradora. Ou seja, é comum que essas *start-ups* atuem em nichos específicos de mercado ou mesmo em mercados da franja daqueles em que as grandes empresas de tecnologia atuam e que, com isso, não seja configurada, no momento da operação, sobreposição clara entre as atividades da incumbente (compradora) e da empresa-alvo. No entanto, se a *start-up* representar ou tiver potencial para representar uma ameaça concorrencial para além do seu mercado original de atuação, impondo pressão competitiva sobre o espaço tecnológico/de usuários em que a incumbente atua, a aquisição pode representar, em decorrência dos efeitos conglomerados, um reforço de eventual posição dominante da compradora, o que pode escapar à análise antitruste a depender da definição de mercado relevante adotada (e.g. se a definição adotada for demasiadamente restrita).

Destaca-se, entretanto, que a aquisição de empresas de tecnologia com objetivos exclusionários não deve ser vista como regra, uma vez que é razoável e legítimo o interesse de empresas de tecnologia em integrar serviços inovadores complementares a suas plataformas, sendo, portanto, necessária uma abordagem bastante cautelosa pelas autoridades antitruste na avaliação de fusões em mercados digitais.



# CONCLUSÃO

# 06

Tendo em vista a crescente relevância das plataformas digitais no mundo para o funcionamento de inúmeras atividades econômicas e, portanto, para o ambiente de negócios, este *Working Paper* buscou apresentar, de forma clara, objetiva e técnica, os principais fatores que podem influenciar a aplicação do direito concorrencial em relação a condutas empresariais na economia digital, de maneira a orientar, especialmente os agentes econômicos, quanto aos possíveis riscos concorrenciais existentes – sejam eles usuários ou administradores de plataformas.

Não há, neste documento, uma pretensão de cunho propositivo aos reguladores, mas antes, o intuito é apresentar balizas gerais para os agentes econômicos refletirem e nortear suas atividades com cautela em mercados digitais, sem prejuízo de também incentivar, obviamente, a sua leitura por parte dos reguladores e pesquisadores em geral.

Ainda que de maneira sucinta, e sob um caráter de trabalho em construção, este *Working Paper* destinou-se a apresentar uma importante sistematização sobre as iniciativas governamentais recentes envolvendo o tema; as características econômicas das plataformas digitais; a influência dessas plataformas na configuração competitiva de mercados digitais; algumas das possíveis práticas que já vêm sendo objeto de investigação por autoridades antitruste; bem como desafios para a aplicação de conceitos e testes tradicionalmente consagrados pela prática do direito concorrencial aos fenômenos próprios desse novo e desafiador contexto econômico.

Oportunamente, a partir do desenvolvimento dos assuntos ora delineados, espera-se a elaboração de um novo *Working Paper*, visando acompanhar e capturar a evolução temática.

## REFERÊNCIAS

ALEMANHA. *Bundeskartellamt; Competition Law and Data*. 2016. Disponível em: <[https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/10\\_05\\_2016\\_Big%20Data%20Papier.html](https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2016/10_05_2016_Big%20Data%20Papier.html)>.

ALEMANHA. *Monopolkommission. Competition policy: the challenge of digital markets*. 2016. Disponível em: <<https://www.monopolkommission.de/index.php/en/press-releases/52-competition-policy-the-challenge-of-digital-markets>>.

\_\_\_\_\_. *Federal Ministry for Economic Affairs and Energy. Modernising the Law on Abuse of Market Power. Summary of the report's recommendations*. 2018. Disponível em: <<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Studien/modernisierung-der-missbrauchsaufsicht-fuer-marktmaechtige-unternehmen-zusammenfassung-englisch.html>>.

\_\_\_\_\_. *White Paper Digital Platforms: Digital Regulatory Policy for Growth, Innovation, Competition and Participation*. 2017. Disponível em: <<https://www.de.digital/DIGITAL/Redaktion/EN/Publikation/white-paper.html>>.

BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). *BRICS in the Digital Economy: Competition Policy in Practice*. 2019. Disponível em: <<https://www.bricscompetition.org/digital-markets/>>.

COMISSÃO EUROPEIA. *Competition Policy for the Digital Era*. 2019. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>>.

\_\_\_\_\_. *Communication on Online Platforms and the Digital Single Market Opportunities and Challenges for Europe*, 2016. Disponível em: <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/communication-online-platforms-and-digital-single-market-opportunities-and-challenges-europe>>.

ESTADOS UNIDOS, *Investigação sobre a Concorrência nos Mercados Digitais*. 2019. Disponível em: <<https://judiciary.house.gov/Investigation-of-Competition-in-Digital-Markets>>.

\_\_\_\_\_. *Federal Trade Commission (FTC) Hearings on Competition and Consumer Protection in the 21st Century*. 2018. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/press-releases/2018/11/ftc-hearings-competition-consumer-protection-21st-century>>.

JAPÃO. *Report of Study Group on Data and Competition Policy*. 2017. Disponível em: <[https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606\\_files/170606-4.pdf](https://www.jftc.go.jp/en/pressreleases/yearly-2017/June/170606_files/170606-4.pdf)>.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Big*

Data: *Bringing Competition Policy to the Digital Era. Background note by the Secretariat*. 2016. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/big-data-bringing-competition-policy-to-the-digital-era.htm>>.

\_\_\_\_\_. *Algorithms and Collusion. Competition policy in the Digital Age*. 2017. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/Algorithms-and-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.pdf>>.

\_\_\_\_\_. *Market Definition in Multi-Sided Markets*. 2017. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD\(2017\)33/FINAL&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2017)33/FINAL&docLanguage=En)>.

\_\_\_\_\_. *Rethinking Antitrust Tools for Multi-Sided Platforms*. 2018. Disponível em: <[www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm](http://www.oecd.org/competition/rethinking-antitrust-tools-for-multi-sided-platforms.htm)>.

\_\_\_\_\_. *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation What is an "online platform?"*. 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/ce563d16-en>>.

\_\_\_\_\_. *Digital Innovation: Seizing Policy Opportunities*. 2019. Disponível em: <<https://www.oecd.org/internet/digital-innovation-a298dc87-en.htm>>.

\_\_\_\_\_. *Peer Reviews of Competition Law and Policy in Brazil*. 2019. Disponível em: <<http://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>>.

REINO UNIDO. *Digital Competition Expert Panel. Unlocking Digital Competition*. 2019. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/unlocking-digital-competition-report-of-the-digital-competition-expert-panel>>.





icc\_brasil



icc-brasil



iccbrasil2016