



CARLOS RAGAZZO

Professor da Fundação Getúlio Vargas¹

PARECER

Consulta-me **Associação Latino-Americana de Internet** (doravante denominada como “ALAI”, ou “Consulente”) acerca de questões pertinentes à regulação de plataformas digitais no Brasil, considerando o recente relatório divulgado pelo Ministério da Fazenda.

Concluo, por meio deste parecer, que existem elementos necessários a serem incorporados para as medidas propostas, incluindo a necessidade de (a) identificação de falha de mercado como análise prévia à imposição de obrigações para agentes regulados; (ii) elaboração de análise de custo e benefício para cada obrigação estipulada, de forma a demonstrar a proporcionalidade da medida, avaliando-se especificamente a suficiência do instrumental disponível para o CADE atualmente; (iii) incorporar medidas que assegurem a *accountability* do processo de decisão de designação e de imposição de obrigações.

Além disso, como forma de evitar riscos associados ao *overenforcement*, regimes separados de notificação de operações deverão ser evitados, devendo qualquer movimento de submissão específico ser justificado, a fim de que se apure quais informações, sob quais teses, justificariam o movimento regulatório nessa direção, para verificar se essa extensão seria ou não meritória, sendo ainda necessário restringir esses poderes a casos com um nexo jurisdicional. Por fim, novas teorias de dano precisam observar o rigor analítico que as decisões do CADE seguem, observando garantias processuais como contraditório e ampla defesa para serem legitimadas, se for o caso.

¹ Professor e membro do corpo permanente do Mestrado Stricto Sensu da Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro. Formado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Estado do Rio de Janeiro (PUC/RJ), é ainda Mestre em Direito da Concorrência e Regulação de Mercados (LL.M) pela New York University School of Law (NYU), Mestre e Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e Visiting Scholar na University of California at Berkeley. Foi, também, entre 2008 e 2012, Conselheiro do CADE. E, entre 2012 e 2014, foi o primeiro Superintendente Geral do CADE.

SUMÁRIO

| | |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Premissas para avaliação do modelo regulatório de plataformas proposto | 3 |
| 2. Designação de plataformas de relevância sistêmica para mercados digitais | 6 |
| 2.1. Ausência de clareza nos critérios de designação e definição de obrigações pode gerar ineficiências e falta de segurança jurídica | 8 |
| 2.1.1. Necessidade de processo de identificação de falha de mercado | 8 |
| 2.1.2. Necessidade de uma análise de custos e benefícios para impor obrigações | 11 |
| 2.2. Risco de prejuízo à promoção da inovação | 15 |
| 3. Estruturação de monitoramento e garantia de conformidade | 19 |
| 3.1. Necessidade de conferir accountability ao processo e assegurar garantias | 21 |
| 3.2. Necessidade de atribuir capacidade institucional adequada | 24 |
| 4. Regime separado para plataformas sistemicamente relevantes | 28 |
| 4.1. Ausência de necessidade de um regime separado para plataformas | 30 |
| 4.2. Possíveis prejuízos decorrentes de um regime especial de atos de concentração | 31 |
| 5. Modernização dos instrumentos de análise antitruste | 33 |
| 5.1. Necessidade de rigor analítico para o uso de novas teorias de dano | 33 |
| 5.2. Introdução de novas teorias deve preservar segurança jurídica | 35 |
| 6. Conclusão | 36 |

1. Premissas para avaliação do modelo regulatório de plataformas proposto

A crescente digitalização global tem levado muitos países a repensarem suas abordagens regulatórias sobre o mercado digital, buscando formas de equilibrar proteção ao consumidor e incentivo à inovação tecnológica. O debate atual sobre o impacto concorrencial das plataformas digitais tem sido influenciado pela Europa, especialmente após a aprovação do *Digital Markets Act* (DMA) e do *Digital Markets, Competition and Consumer's Act* (DMCC), recentes legislações da União Europeia e do Reino Unido.

O relatório recentemente divulgado pelo Ministério da Fazenda apresenta uma proposta de regulação de plataformas para o Brasil, rejeitando o modelo mais rígido proposto pelo DMA, para propor uma abordagem mais próxima ao DMCC. Uma primeira leitura do relatório faz perceber que o bloco estrito de obrigações regulatórias imposto pelo modelo da Comissão Europeia não captura adequadamente a complexidade e dinâmica do setor digital, o que levou o governo brasileiro a optar por sugestões que se aproximam do modelo inglês, um regime regulatório concorrencial que parece ser mais flexível.

No entanto, mesmo abordagens mais flexíveis, como parece ser a proposta pelo Ministério da Fazenda, exigem ponderações macro a serem levadas em consideração, sobretudo ao se ter em conta o posicionamento estratégico do Brasil, sendo particularmente necessário entender o impacto (i) no desenvolvimento digital de diversas empresas que usam plataformas para exponencializar seus serviços e produtos; e (ii) no incremento de custos de *compliance*, sem uma contrapartida clara que permita uma avaliação de custos e benefícios associados à cada regulação imposta.

Isso significa que todas as obrigações impostas e o igualmente importante processo associado à sua adoção devem levar em conta os potenciais riscos derivados. Nesse sentido, é sempre importante lembrar que a implementação de regimes regulatórios inadequados em países emergentes pode apresentar desafios para suas economias digitais ainda em formação. Tais regulamentações, apesar de serem projetadas para

limitar o domínio de grandes empresas de tecnologia, podem inadvertidamente estagnar o desenvolvimento tecnológico, ao impor barreiras ao acesso a tecnologias avançadas. Em um ambiente digital mais frágil, em que o acesso a novas tecnologias já é limitado, políticas demasiadamente restritivas podem ampliar as disparidades digitais, deixando esses países mais atrás no cenário global de inovação e transformação digital.

Adicionalmente, regulamentações inadequadas podem impor um peso sem contrapartida de bem-estar social sobre os custos de conformidade para empresas internacionais de tecnologia, tornando-as relutantes em investir e expandir suas operações em novos mercados². Tais regulamentações, ao aumentarem a complexidade e os custos operacionais, atuam como barreiras à entrada, desincentivando não apenas a presença de empresas globais da tecnologia, mas também impedindo que essas empresas contribuam com capital, inovação e práticas avançadas ao ecossistema tecnológico local. Esse cenário resulta em um mercado menos dinâmico e competitivo, afetando diretamente o potencial de crescimento econômico e desenvolvimento tecnológico das regiões impactadas.

Isso não apenas pode impedir a inovação local, como também pode aumentar os riscos relacionados à segurança de dados e à autonomia econômica. Ainda que a regulação vise apenas os grandes *players* do mercado, uma vez que empresas emergentes e startups frequentemente dependem das ferramentas e tecnologias desenvolvidas pelas grandes plataformas durante seus estágios iniciais, ao se impor restrições rígidas, há o

² Para ilustrar o impacto econômico das novas regulamentações, um relatório do Center for Strategic and International Studies – CSIS, por Suominen (2022), destacou que tais regulamentações têm causado um aumento significativo nos custos operacionais e de conformidade para as empresas de tecnologia dos Estados Unidos e seus clientes europeus. Estima-se que os custos totais de conformidade e as penalidades para os provedores de serviços digitais dos EUA atuando na Europa variem entre 22 bilhões e 50 bilhões de dólares. Além disso, essas empresas podem enfrentar perdas substanciais, potencialmente chegando a dezenas ou até centenas de bilhões de dólares ao longo do tempo, devido às restrições no uso de seus próprios dados para o desenvolvimento de novos produtos ou para a oferta de serviços integrados a empresas e consumidores na Europa. (Suominen, K. (2022). Implications of the European Union’s Digital Regulations on U.S. and EU Economic and Strategic Interests. Center for Strategic and International Studies (CSIS). Report of the CSIS Scholl Chair in International Business).

perigo de se comprometer a dinâmica de concorrência e o potencial de crescimento do mercado³.

Além disso, a hesitação de empresas estrangeiras em se engajar com mercados que possuem regulamentações severas pode levar a uma diminuição na competitividade e na diversidade de ofertas de serviços e produtos no mercado local. Isso pode, paradoxalmente, resultar em um ambiente de mercado menos competitivo, em que poucas empresas locais ou nenhuma enfrentam concorrência significativa, limitando a escolha do consumidor e impedindo a redução de preços. Portanto, enquanto as regulamentações têm como objetivo proteger o mercado e os consumidores, elas podem, inadvertidamente, contrariar esses mesmos objetivos ao desencorajar o investimento estrangeiro que traz consigo benefícios substanciais de inovação e competitividade.

Em resumo, embora a regulação proposta tenha observado uma premissa de maior flexibilidade, rejeitando uma abordagem excessivamente rígida, é importante avaliar se existem possíveis consequências econômicas e sociais nas medidas e no procedimento proposto, tendo em vista a necessidade de equilibrar a proteção ao consumidor com a promoção de um ambiente propício à inovação e competitividade. Por isso, a manutenção do *consumer welfare standard* é relevante. Ele deve ser visto como um mecanismo que força empresas a inovarem em benefício do consumidor, sendo o critério a ser utilizado na avaliação das condutas sobre a concorrência e bem-estar de consumidores.

Grande parte dos comentários que seguirão partem desse pressuposto e tem por propósito evitar os efeitos negativos, de forma a viabilizar a análise dos impactos potenciais.

Para evitar efeitos negativos sobre inovação, empreendedorismo e segurança jurídica, o Brasil deve adotar uma abordagem incremental e calibrada, priorizando o

³ BIAC. (2021). Ex-Ante Regulation and Competition in Digital Markets. OECD Competition Committee. <https://www.oecd.org/daf/competition/ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm>

aprimoramento das ferramentas analíticas do CADE antes de implementar obrigações regulatórias. Nos capítulos seguintes, o artigo examina cada recomendação do Ministério da Fazenda, avaliando os riscos de sua adaptação ao contexto nacional e, quando cabível, propondo novas abordagens ou interpretações. Assim, essa análise será organizada em três eixos: (i) a designação e definição de obrigações para os agentes econômicos envolvidos; (ii) a estruturação de mecanismos de monitoramento e garantia de conformidade; e (iii) a criação e reforma dos instrumentos de análise utilizados pelo CADE.

2. Designação de plataformas de relevância sistêmica para mercados digitais

O primeiro bloco de propostas do MF se dedica a identificar e definir obrigações para plataformas com relevância sistêmica, capazes de alterar o cenário competitivo nacional.

- ✓ **Proposta 1: "Estabelecer procedimento para a designação de plataformas sistemicamente relevantes, cujo poder econômico esteja associado às particularidades das dinâmicas dos mercados digitais":** Essa proposta inclui medidas como a definição de uma lista de critérios qualitativos para a designação de empresas na legislação, bem como o estabelecimento de limites mínimos de faturamento, tanto globalmente quanto no Brasil.

- ✓ **Proposta 2: "Introduzir obrigações procedimentais e de transparência, que poderão ser impostas aos agentes designados a partir do momento da designação, a critério do CADE":** Essa proposta inclui medidas como a imposição de: (a) obrigação específica de notificação prévia de atos de concentração aplicável às plataformas digitais; (b) regras de transparência para usuários finais e profissionais sobre informações comerciais relevantes para o uso e oferta de serviços e produtos; e (c) o dever de informar usuários finais, profissionais e o CADE sobre mudanças nos termos de uso ou serviço.

Buscando estabelecer uma série de procedimentos para facilitar a identificação e mensuração do poder econômico para designação dos players no ecossistema, a primeira proposta de designar plataformas como sistemicamente relevantes se baseia em critérios qualitativos e quantitativos a serem definidos. Para tal, a proposta inicial conta com a implementação de uma lei que estabeleça novos critérios de faturamento mínimo para esse mercado com abrangência nacional e global, a fim de incorporar o conceito de *safe harbour*⁴ como ferramenta regulatória, direcionando o foco regulatório para os considerados “grandes agentes econômicos” que supostamente representariam riscos mais evidentes à concorrência.

Levando em consideração que existe um pacote considerável de obrigações a serem impostas para o agente designado (algumas das quais já descritas, como a obrigação de notificação obrigatória de atos de concentração, mas outras ainda sem definição prévia), seria necessário pensar em camadas adicionais de motivação por parte da Autoridade Administrativa, para o fim de mitigar riscos de aplicação excessiva ou arbitrária de obrigações. Como é comum neste estágio, as medidas, no formato proposto, podem ser abrangentes, o que suscita a necessidade de um debate de modelos de governança.

Com o objetivo de aprofundar essa reflexão, a subseção seguinte aborda esses pontos, destacando: (i) a ausência de clareza nos critérios de designação e definição de obrigações e (ii) o potencial risco de impacto negativo na promoção de inovação em mercados digitais.

⁴ De acordo com a OCDE, ““Safe harbour” is an expression that is commonly used to refer to different types of rules; some with substantive consequences, and some relating to mere evidentiary assessments. For example, safe harbour can stand for rules setting out that, if certain conditions are met, liability will not be attached to a business conduct regardless of whether an individual practice has negative effects on economic welfare in practice (e.g. rules of per se legality). Safe harbour can also be used to refer to legal concepts that place certain situations outside the scope of competition law altogether, such as the single entity defence, which creates a safe harbour for co-ordination within a single firm. Lastly, safe harbours can refer to mere (rebuttable) presumptions of legality. A good example of this is the use of market shares as presumptions of dominance or lack thereof, which is a pre-condition for unilateral conduct being subject to competition law.” https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2017/11/safe-harbours-and-legal-presumptions-in-competition-law_00827d16/e5ace536-en.pdf. Acesso em 02 dez. 2024.

2.1. Ausência de clareza nos critérios de designação e definição de obrigações pode gerar ineficiências e falta de segurança jurídica

Na forma como sugeridas, as propostas do novo modelo regulatório suscitam preocupações relacionadas aos potenciais impactos sobre as competências institucionais, a segurança jurídica e a política concorrencial no Brasil. Entre os principais desafios, destacam-se os riscos de uma ampliação desproporcional dos poderes da Autoridade Antitruste, a falta de salvaguardas claras contra o uso discricionário de tais poderes e os efeitos colaterais na confiança de investidores e na previsibilidade regulatória.

2.1.1. Necessidade de processo de identificação de falha de mercado

O primeiro ponto está relacionado ao processo de decisão de designação de plataformas digitais, para estipular um regime *ex ante*. Hoje, não existe uma indicação de que esse processo será precedido de avaliação cuidadosa das condições de mercado e dos impactos reais das práticas das empresas que justificaria a intervenção (imposição de obrigações *ex ante* para plataformas digitais). Sem a avaliação prévia de falhas de mercado ou comportamentos anticompetitivos específicos, a regulação *ex ante* falha em permitir uma análise do poder de mercado, dos impactos de práticas abusivas ou da definição de mercados relevantes, pilares centrais para a aplicação eficaz das leis de defesa da concorrência.

A necessidade de um regime de governança regulatório para garantir a adequação e proporcionalidade das obrigações previstas é simplesmente a adoção do *modus operandi* para a criação, revisão ou extinção de obrigações que todo o cenário regulatório brasileiro hoje precisa observar. Aliás, nos últimos anos, o Governo Federal tem empreendido uma série de medidas para aumentar o nível de rigidez de governança das agências no processo de criação e modificação de normas, justamente para evitar regras ineficientes.

Documentos governamentais reforçam essa lógica: as boas práticas para a delimitação de problemas que precisam de intervenção regulatória necessariamente envolvem uma definição clara, objetiva e livre de ambiguidades (Governo Federal, 2018). A definição deve ser pautada em critérios objetivos que esclareçam as circunstâncias, a natureza, as causas e as consequências do problema, de forma a evitar interpretações imprecisas e resultados pouco consistentes. Uma boa definição de problema de mercado que demanda uma solução regulatória deve responder às seguintes perguntas fundamentais:

- i. “Qual o contexto no qual o problema se insere? Ou seja, quais as circunstâncias que levam à identificação do problema e qual o ambiente em que ele ocorre?”
- ii. Qual a natureza do problema e suas consequências? É necessário compreender o impacto do problema sobre o mercado e seus atores.
- iii. Quais são as causas ou indutores do problema? Essas causas devem ser claramente identificadas e separadas de suas consequências.
- iv. Qual a extensão ou magnitude do problema? Onde ele ocorre (local, regional ou nacionalmente), com que frequência e qual a extensão dos grupos afetados?
- v. Qual a evolução esperada do problema no futuro caso nenhuma intervenção seja feita? Essa análise ajuda a caracterizar o cenário base e prever os possíveis impactos da inação”.

A correta delimitação do problema requer o entendimento de suas causas e consequências, permitindo identificar as partes afetadas e mapear os impactos diretos e indiretos do problema. Essa análise deve ser aprimorada pela construção de uma árvore do problema, na qual causas e consequências sejam claramente organizadas, e pela validação dessas informações com base em evidências concretas⁵.

A definição do problema deve ser precisa e não se confundir com os objetivos ou soluções possíveis, evitando narrativas que possam direcionar a análise para conclusões

⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA – ANVISA. Guia de Análise de Impacto Regulatório. Guia nº 17/2021 – versão 3. Brasília: Anvisa, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anvisa/pt-br/assuntos/medicamentos/cmed/air/arquivos/guia-de-analise-de-impacto-regulatorio/@@download/file/5519json-file-1.pdf>. Acesso em 02 dez. 2024.

pré-estabelecidas. Atalhos nesse processo, especialmente aqueles que estão relacionadas com a antecipação de preferências por uma solução específica, podem levar a ações regulatórias desnecessárias ou inadequadas, resultando em desperdício de recursos ou soluções ineficazes. Por fim, o levantamento de evidências deve ser contínuo e fundamentar todas as etapas da análise de impacto regulatório (AIR), garantindo que a intervenção proposta seja eficaz e alinhada à correção de falhas reais examinadas⁶.

Permitir um processo de imposição de obrigações regulatórias sem seguir medidas de governança decisória iria contra a evolução do processo regulatório brasileiro. E é sempre importante lembrar que agências reguladoras frequentemente se veem diante de análises de medidas regulatórias cujo objetivo é aumentar a concorrência num dado setor. Mesmo antes dessa evolução no processo de construção de normas, as agências necessariamente identificavam a falha regulatória que demandava intervenção, de forma tornar viável o engajamento dos agentes privados afetados nas consultas e audiências públicas que tratam da norma, o que constitui um requisito de governança necessário a garantir não apenas a legitimidade democrática da norma, mas também o seu cunho técnico.

Um exemplo de estratégia focada em falhas de mercado é a regulação da portabilidade numérica no Brasil, adotada pela ANATEL no setor de telecomunicações. Essa regulação foi projetada para enfrentar diretamente a dificuldade dos consumidores em trocar de operadora sem perder seus números, uma barreira que mantinha os preços artificialmente altos. A medida promoveu maior concorrência e resultou em uma redução de preços, beneficiando diretamente os consumidores. Outra iniciativa é a política de Open Finance no Brasil, que segue a linha do modelo britânico de 2018, visando diluir o monopólio informacional das grandes instituições financeiras. Permitindo aos consumidores compartilharem seus dados financeiros com diferentes entidades, essa política fomenta a concorrência e oferece aos consumidores serviços

⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS DE CONCORRÊNCIA CONSUMO E COMÉRCIO INTERNACIONAL - IBRAC. Institucionalização e prática da Análise de Impacto Regulatório no Brasil. São Paulo: IBRAC, 2019. 329 p. Disponível em: <https://biblioteca.cade.gov.br/cgi-bin/koha/opac-retrieve-file.pl?id=2b7e7b3b2841c87b9b95c3923aed4eef>. Acesso em 02 dez. 2024.

financeiros mais vantajosos. Esses casos ilustram a eficácia de uma regulação que se baseia na identificação específica de falhas de mercado para fomentar a concorrência e melhorar a oferta ao consumidor.

A literatura aponta que regras para corrigir supostos problemas estruturais sem um processo prévio e obrigatório de identificação da falha a ser corrigida tem grandes chances de gerar custos regulatórios desnecessários para correção sistêmica: “intervening without evidence that specific industry features or practices cause harm is putting the cart before the horse which rarely results in moving in the right direction⁷”.

Aqui, essas medidas de governança regulatória seriam fundamentais para captar adequadamente as especificidades e a dinâmica competitiva de diferentes mercados, para evitar o risco de simplificação excessiva e possíveis intervenções regulatórias em que não se verifica um problema de concorrência. É sempre importante ter em mente que a capacidade de diferenciação das plataformas, que se ajustam às necessidades específicas de diferentes grupos de usuários ou fornecedores, contribui para a concorrência e inovação, desafiando a ideia de que grandes números sempre indicam abuso de poder de mercado.

2.1.2. Necessidade de uma análise de custos e benefícios para impor obrigações

A designação de obrigações interfere e modifica as características estruturais das plataformas digitais ao intervir nos aspectos comportamentais dos agentes econômicos. Isso pode gerar excessos na aplicação de medidas e ineficiências ao impor obrigações que não são adequadas para corrigir os supostos problemas identificados. Na prática: (a) as chamadas intervenções "pró- concorrenciais" podem desconsiderar os *trade-offs* ou gerar consequências não intencionais, resultando em busca de privilégios e ineficiência; (b) a capacidade do CADE de estabelecer requisitos amplos de designação e conduta, e

⁷ AUER, Dirk; LESH, Matthew; RADIC, Lazar. Digital Overload: How the Digital Markets, Competition and Consumers Bill's sweeping new powers threaten Britain's economy. Institute of Economic Affairs, IEA Perspectives, v. 4, 2023. Disponível em: <https://ssrn.com/abstract=4718670>. Acesso em 2 dez. 2024.

de adaptá-los ao longo do tempo, poderá reduzir a transparência regulatória e criar incertezas significativas.

Assim, sem uma análise concorrencial prévia que leve em conta as características únicas de cada mercado e modelo de negócio, bem como as vantagens do objetivo regulatório final, corre-se o risco de implementar medidas que não apenas falham em fomentar uma concorrência justa, mas também podem restringir a inovação e o desenvolvimento econômico. Como a legislação de defesa da concorrência existente pode já oferecer ferramentas suficientes para enfrentar os desafios de poder de mercado, especialmente se ajustada ao contexto digital, seria importante que o processo de designação tivesse o ônus de demonstrar, numa relação de análise de impacto regulatório, qual a vantagem da imposição de obrigações, de forma a limitar a regulação *ex ante* a situações específicas em que tais falhas de mercado tenham sido claramente identificadas.

Um dos principais eixos de crítica à metodologia *ex ante* está associada à incerteza inerente da imposição de obrigações em mercados que funcionam sob uma lógica de concorrência schumpeteriana. No caso da necessidade de intervenção em mercados digitais ainda em evolução, muitas vezes, sem evidências concretas de danos ou falhas de mercado específicos, essa imprevisibilidade pode levar os reguladores a moldarem seus instrumentos normativos e de controle com base em “blanket solutions”⁸.

“[...] First, **blanket solutions should be avoided**. Instead, an evidence-based assessment of potential adverse effects of specific industry features or practices should be carried out before either ex-ante regulatory or ex-post enforcement tools are deployed. [...] Secondly, **significant risks associated with premature,**

⁸ Soluções abrangentes (“blanket solutions”) referem-se a abordagens regulatórias que aplicam regras ou padrões uniformes a todo um setor, sem considerar as particularidades ou circunstâncias específicas de empresas ou mercados individuais. No contexto dos “mercados digitais”, tais soluções frequentemente não capturam a complexidade e a diversidade inerentes a esses ecossistemas, onde modelos de negócios, dinâmicas de mercado e comportamentos dos consumidores variam amplamente. Ver mais em: CHISHOLM, Alex; JUNG, Nelson. Platform regulation-ex-ante versus ex-post intervention: evolving our antitrust tools and practices to meet the challenges of the digital economy. Competition Policy International, v. 11, n. 1, p. 7-15, 2015. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Platform-regulation.pdf>. Acesso 02 dez. 2024.

broad-brush ex-ante legislation or rule-making point towards a need to shift away from sector-specific regulation to ex-post antitrust enforcement, which is better adapted to the period we are in, with its fast-changing technology and evolving market reactions⁹”.

Sem a necessidade de apurar custos e benefícios, um dos principais desafios atrelados à aplicação da abordagem *ex ante* em segmentos de alta volatilidade, como os segmentos de atuação das diferentes empresas referidas no relatório como “plataformas digitais”, é a ausência de critérios claros e objetivos ocasionada pela falta de especificidade na legislação, criando espaço para a tomada de decisões de forma arbitrária e inconsistente.

É necessário incorporar algum nível de especificidade e proporcionalidade desde o início. Por exemplo: a necessidade de demonstrar que a intervenção é proporcional e publicar análises que mostrem que a intervenção trará benefícios aos consumidores. A recente intervenção do governo britânico sob a legislação que regula “plataformas digitais” no Reino Unido é um reflexo claro das preocupações com a sustentabilidade do mercado britânico como um lugar seguro para investir e alinhado com o futuro. Por conta da reação negativa de autoridades e players do mercado quanto ao poder discricionário da CMA, em novembro de 2023, o governo britânico propôs algumas alterações na legislação para “frear” o poder normativo expansivo da CMA.

Entre elas, com base no princípio de proporcionalidade, foram implementados novos requisitos de conduta, como a necessidade de a CMA demonstrar que suas intervenções são proporcionais, além da obrigação de publicar análises que comprovem o benefício dessas ações para os consumidores. Essas mudanças buscam, em parte, mitigar as críticas relacionadas à amplitude significativa dos poderes conferidos à autoridade, promovendo maior transparência e justificativa técnica em suas decisões.

⁹ CHISHOLM, Alex; JUNG, Nelson. Platform regulation-ex-ante versus ex-post intervention: evolving our antitrust tools and practices to meet the challenges of the digital economy. Competition Policy International, v. 11, n. 1, p. 7-15, 2015. Disponível em: <https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Platform-regulation.pdf>. Acesso 02 dez. 2024. Grifos nossos.

“The CMA may only impose a conduct requirement or a combination of conduct requirements on a designated undertaking if it considers that it would be proportionate to do so for the purposes of one or more of the following objectives: (a) the fair dealing objective, (b) the open choices objective, and (c) the trust and transparency objective, having regard to what the conduct requirement or combination of conduct requirements is intended to achieve¹⁰”.

O reconhecimento da falha de mercado e da necessidade de análise de proporcionalidade são medidas que se alinham à alteração da natureza do CADE para uma entidade que também passa a ter competências regulatórias. A adoção de regras amplas e incertas pode criar um ambiente de insegurança jurídica, o que poderia iniciar um ciclo de desinteresse de investidores preocupados com custos de conformidade imprevisíveis e com a instabilidade regulatória. Para mercados emergentes como o Brasil, em que o processo de digitalização está em ritmo acelerado e os resultados de evolução na América Latina têm se mostrado positivos nos últimos anos, tal impacto seria particularmente prejudicial.

Essas determinações extremamente amplas e com brechas de flexibilidade levantam preocupações sobre transparência e previsibilidade - elementos fundamentais para a proteção ao investidor, conforme os padrões de segurança e qualidade estabelecidos pelo Banco Mundial¹¹. O princípio do tratamento justo e equitativo (FET) exige que os Estados ajam de maneira transparente, consistente e proporcional, alinhados às expectativas legítimas dos investidores baseadas em compromissos previamente assumidos. A ausência de procedimentos de identificação de falhas de mercado e de análise de custo e benefício aplicáveis para a designação de empresas com status de SMS contrasta diretamente com essa obrigação. Essa insegurança pode comprometer a

¹⁰ UNITED KINGDOM. Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024. Chapter 3 – Conduct Requirements. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2024/13/part/1>. Acesso em 02 dez. 2024.

¹¹ WORLD BANK GROUP. Policy Options to Mitigate Political Risk and Attract FDI. 2020. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/c323e356-9d13-5cd9-af63-0b2c3bca36c/content>. Acesso em 02 dez 2024.

confiança do investidor ao afastar a previsibilidade e dificultar o planejamento de longo prazo, desincentivando novos aportes e inovações, como será visto abaixo.

2.2. Risco de prejuízo à promoção da inovação

Exemplos práticos previstos no relatório já podem evidenciar potencial conflito de proporcionalidade. Algumas das obrigações parecem não estar relacionadas a objetivos imediatos associados à concorrência, mas sim ao desenho de um formato de proteção para usuários das plataformas. Esse é o caso, por exemplo, da imposição (i) de regras de transparência para usuários finais e profissionais sobre informações comerciais relevantes para o uso e oferta de serviços e produtos, e (ii) do dever de informar usuários finais, profissionais e o CADE sobre mudanças nos termos de uso ou serviço.

De início, não é claro qual seria o potencial impacto que essas normas teriam no processo competitivo de forma imediata, o que já colocaria um ônus para que a Administração Pública: (i) definisse a falha de concorrência associada à necessidade dessas obrigações para plataformas digitais; e (ii) estipulasse quais seriam os ganhos e custos associados a essas obrigações, observando a necessidade de indicar um efeito líquido para a sociedade delas decorrente. Caso essas etapas sejam ultrapassadas, a Administração Pública ainda deveria demonstrar que o CADE seria o órgão adequado para gerir, monitorar e punir o descumprimento associado a essas medidas. Por razões de institucionalismo comparado, pode fazer sentido atrelar esse perfil de obrigação a outro órgão (caso, de novo, a sua necessidade se encontre justificada por meio de estudo público), dado que o CADE possui expertise apenas e tão somente em matérias com impactos concorrenciais imediatos.

Lembre-se que várias matérias podem ter impacto concorrencial (como, por exemplo, o descumprimento de direitos trabalhistas). Frequentemente, o órgão tem se recusado a monitorar, avaliar e punir práticas com efeito meramente mediato sobre a concorrência.

Embora os benefícios associados a essas medidas não sejam claros, há potenciais prejuízos à inovação e ao desenvolvimento de diferentes empresas e modelos de

negócios. Entende-se que a inovação é uma das principais formas contemporâneas de criação de vantagens competitivas, por meio de ganhos de produtividade no mercado e desenvolvimento de novas estruturas de mercado. De acordo com o CADE, “[...] a política concorrencial é um aspecto da política econômica que influencia diretamente os incentivos à inovação¹²”. Essa visão correlacionada entre as políticas antitruste e a perspectiva de inovação é o que confere às autoridades como o CADE uma atenção especial ao impacto que suas medidas e políticas terão no fomento à inovação.

Tendo isso posto, a proposta de introduzir obrigações procedimentais e de transparência para agentes designados podem gerar impactos adversos no incentivo à inovação em mercados digitais dinâmicos. A obrigatoriedade de informar o regulador e outros agentes sobre alterações comerciais ou estruturais sem um real impacto concorrencial pode reduzir a agilidade e a capacidade das empresas de explorar rapidamente novas oportunidades, essencial em mercados em que a inovação é um fator competitivo. Além disso, a necessidade de submeter essas obrigações ao Tribunal do CADE pode tornar o processo ainda mais lento e burocrático.

Essa preocupação surgiu no cenário internacional em discussão análoga. A experiência do Reino Unido com o DMCC, novamente, contribui para encorpar o debate nacional. A proposta inicial do modelo britânico permitia que a CMA exigisse aprovação prévia para lançamentos de novos produtos ou serviços, mesmo em setores não relacionados à atividade regulada. Esse mecanismo, frequentemente referido como "permissão para inovar", gerava preocupações significativas sobre seus efeitos dissuasórios para empresas interessadas em experimentar novas ideias no Reino Unido, transferindo parte da responsabilidade de política industrial e de inovação para uma agência reguladora, em detrimento de funções historicamente desempenhadas pelo Governo e pelo Parlamento.

¹² CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Documento de Trabalho Nº 003/2017. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2017/documento-de-trabalho-n03-2017-cooperacao-para-inovacao-o-papel-do-antitruste-e-das-politicas-publicas-em-diferentes-paises.pdf>. Acesso 02 dez. 2024.

A partir disso, o governo reconheceu que os riscos gerados potencialmente teriam efeitos de caráter mais danoso do que produtivo no médio e longo prazo, promovendo, assim, uma alteração da emenda em novembro de 2023. Com as alterações aprovadas, ficou determinado que empresas reguladas em uma atividade digital específica, como ecossistemas móveis, poderiam operar livremente em atividades não relacionadas, como a oferta de produtos físicos, desde que essas novas iniciativas não fortalecessem indevidamente sua posição no mercado estratégico regulado.

“(3)Requirements are within this subsection if they are for the purpose of preventing a designated undertaking from - (a) applying discriminatory terms, conditions or policies to certain users or potential users or certain descriptions of users or potential users; (b) using its position in relation to the relevant digital activity, including its access to data relating to that activity, to treat its own products more favorably than those of other undertakings; (c) carrying on activities other than the relevant digital activity in a way that is likely to materially increase the undertaking’s market power, or materially strengthen its position of strategic significance, in relation to the relevant digital activity; [...]”¹³”.

No Brasil, há elementos que indicam que o regime de governança sobre as regras em discussão deveria ser ainda mais restrito, com a elaboração de estudos econômicos para demonstrar a necessidade dessas obrigações em primeiro lugar. É importante considerar que, no Brasil, todas as questões avaliadas e decididas por autoridades administrativas podem ser revistas pelo Judiciário, o que pode levar à judicialização de questões técnicas complexas, com riscos à segurança jurídica, à celeridade e ao tratamento equitativo entre as plataformas reguladas. No entanto, uma forma de mitigar (e não eliminar) essa preocupação seria fornecer clareza de que, se uma empresa é regulada em uma atividade, ela não enfrentará restrições ou obrigações adicionais em atividades não relacionadas.

¹³ UNITED KINGDOM. Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024. Chapter 3 – Conduct Requirements. Disponível em: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2024/13/part/1>. Acesso em 02 dez. 2024

E, mesmo com esses cuidados adicionais, as novas regras ainda poderiam criar problemas para empresas que desejam inovar nos segmentos em que são reguladas. Em ambientes "digitais", muitas empresas inovam adicionando funcionalidades aos seus produtos existentes (por exemplo, capacidades de busca aprimoradas em uma loja online), e a necessidade de informar o CADE sobre quaisquer alterações, além da incerteza jurídica com relação às possíveis reações do CADE, pode dificultar a introdução de novas e melhores funcionalidades. Isso porque o risco de intervenção na política de inovação pode desincentivar empresas a arriscar investimentos em novas tecnologias ou modelos de negócio por temerem barreiras regulatórias ou atrasos causados por análises externas.

Ainda sob a ótica dos efeitos do modelo *ex ante* em uma estrutura regulatória, os benefícios das ondas tecnológicas muitas vezes não podem ser antecipados pelos reguladores, o que reforça a importância de evitar soluções genéricas e amplas¹⁴. Considerando que a necessidade do consumidor e as pesquisas de tendência de mercado influenciam mais de 75% das grandes empresas em avançar nas suas estratégias de produtos e expansão¹⁵, o risco de regulamentação *ex ante* prematura é amplificado pela imprevisibilidade inerente a segmentos com uso intensivo de tecnologia e rápida inovação, em que as preferências dos consumidores evoluem rapidamente e de maneira menos previsível do que em mercados tradicionais.

A imposição de regras fixas por reguladores pode não apenas falhar em refletir os interesses dos consumidores no longo prazo, mas também resultar na cristalização de estruturas de mercado existentes¹⁶. Por isso, uma das formas de mitigar essa

¹⁴ SCHUMPETER, Joseph. Teoria do desenvolvimento econômico. São Paulo: Abril, 1982.

¹⁵ INFOMONEY. Exigência do consumidor é fundamental para a inovação de empresas, aponta estudo. Disponível em: <https://www.infomoney.com.br/consumo/exigencia-do-consumidor-e-fundamental-para-a-inovacao-de-empresas-aponta-estudo/>. Acesso em 02 dez. 2024.

¹⁶ WORLD BANK GROUP. Policy Options to Mitigate Political Risk and Attract FDI. 2020. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/server/api/core/bitstreams/c323e356-9d13-5cd9-af63-0b2c3cbca36c/content>. Acesso em 02 dez 2024.

preocupação (novamente, não eliminando-a de um todo) seria determinar de forma clara que a obrigação de informar não atrasaria a respectiva implementação.

3. Estruturação de monitoramento e garantia de conformidade

O segundo bloco de propostas do relatório do Ministério da Fazenda apresenta a parte prática para o monitoramento do que foi desenhado nas propostas iniciais de construção da nova estrutura regulatória. Se, no bloco anterior, as propostas eram voltadas à definição de critérios para englobar o mercado digital, essa segunda etapa se apresenta mais como o esqueleto da regulação: como será feito o controle dos *players*; quem serão os responsáveis; quais mecanismos serão aplicados, criados ou adaptados para garantir um processo de avaliação eficiente, transparente e de acordo com regras de *compliance*?

Proposta 1: “Estabelecer procedimento para que o CADE investigue as empresas designadas e defina obrigações substantivas específicas para cada caso”: A proposta prevê a definição de obrigações que podem ser impostas pelo CADE a plataformas designadas, com escopo especificado em relação a produtos e serviços específicos oferecidos pelo agente designado.

Proposta 2: “Unidade especializada no CADE será responsável pela implementação da nova ferramenta pró-competitiva”: Essa unidade será encarregada de funções como: (i) monitorar “mercados digitais”, designar agentes econômicos, estabelecer e monitorar obrigações e investigar possíveis violações; e (ii) reunir uma equipe técnica especializada, desenvolvendo competências sobre plataformas digitais, mercados de múltiplos lados e efeitos de rede.

Proposta 3: “Implementar e monitorar obrigações substantivas em cooperação com órgãos reguladores como ANATEL e ANPD, quando necessário em função de aspectos técnicos e setoriais relevantes”: Outros reguladores brasileiros poderão ser envolvidos no processo de criação, implementação e monitoramento das obrigações específicas definidas após investigação dos designados, em função de aspectos técnicos ou setoriais.

Proposta 4: “Fortalecer as competências do CADE para realização de estudos de mercado, conferindo ao DEE poderes para requerer informações e analisar, por iniciativa própria ou após pedidos de outros órgãos, ou reclamações recebidas, um determinado setor ou indústria”: A proposta habilita o CADE a realizar análises proativas e abrangentes da dinâmica competitiva de diversos setores, identificando e enfrentando problemas sistêmicos de concorrência, além de se concentrar em condutas específicas ou momentos pontuais, como atos de concentração.

Proposta 5: “Criar um fórum de cooperação interinstitucional entre o CADE e outros órgãos federais (ex.: ANATEL, ANPD, SENACON) para tratar de temas relacionados a mercados digitais”: O fórum permitirá arranjos flexíveis para troca de informações entre órgãos federais, reguladores setoriais e especialistas, com o objetivo de oferecer respostas ágeis e economia de recursos para questões transversais relacionadas a “mercados digitais”.

A ampliação dos poderes do CADE apresenta riscos específicos diante de pontos procedimentais, incluindo-se aí a inversão do ônus da prova, que são criados por meio das propostas acima, merecendo uma série específica de salvaguardas, de forma a reequilibrar a relação com os agentes privados, de maneira a evitar decisões arbitrárias.

Além disso, a criação de uma unidade especializada e a intensificação da cooperação interinstitucional sem um direcionamento sobre os limites de atuação de cada player participante trazem o risco potencial de sobreposição de competências, ao passo que, paralelamente, pode contribuir para a diluição de responsabilidades entre as entidades envolvidas. A falta de um sistema robusto de accountability – que não foi citada em nenhuma passagem das propostas do MF - para monitorar e avaliar as decisões do CADE e de seus parceiros pode criar lacunas de transparência, dificultando o escrutínio público e a correção de eventuais excessos. Sem mecanismos claros de revisão e justificativa técnica, há o perigo de que decisões sejam percebidas como injustas ou desequilibradas, o que pode levar a um aumento de judicializações, comprometendo a agilidade e eficácia das medidas – risco também abordado anteriormente. Portanto, é

crucial que essas propostas sejam acompanhadas de instrumentos que assegurem a transparência, a proporcionalidade e o controle efetivo sobre a atuação das autoridades regulatórias.

3.1. Necessidade de conferir accountability ao processo e assegurar garantias

A mudança sugerida por meio das propostas apresenta um desafio nada trivial, em que o processo de designação de plataformas cria um modelo em que o CADE passa a ter um poder de definir verdadeiros “códigos de conduta” para as companhias designadas, impondo obrigações procedimentais e substantivas. A potencial inovação normativa envolve a criação de competências *ex ante* para definição de obrigações substantivas, aliada à possibilidade de inversão do ônus da prova, colocando o CADE em uma posição híbrida de autoridade antitruste e regulador setorial. Evitando uma exaustão temática, esse redesenho institucional, se não acompanhado de salvaguardas, pode gerar desafios significativos para a transparência, accountability e eficiência regulatória.

No contexto de setores altamente dinâmicos, como os que envolvem as chamadas plataformas digitais, os custos de erros de falso positivos são especialmente elevados – e prováveis. O conceito de *overenforcement*¹⁷ pode ser usado para explicar o fenômeno de risco diretamente à postura *ex ante* defendida pelo CADE, especialmente na definição de medidas preventivas e obrigações substantivas dirigidas a plataformas digitais designadas como “relevantes sistemicamente”. A regulação *ex ante*, ao priorizar a antecipação de potenciais danos concorrenciais, apresenta o risco de gerar falsos positivos, isto é, erros decorrentes de quando medidas restritivas são impostas sem que exista uma necessidade concreta, prejudicando tanto os agentes privados quanto os consumidores. Essa dinâmica é relevante no caso de grandes empresas que compõem os diferentes mercados em que as plataformas digitais atuam, agentes estes que

¹⁷ ATHAYDE, Amanda; ZARZUR, Cristianne; FERREIRA, Jackson. Medidas preventivas no antitruste: quando e como aplicar, à luz da experiência recente do Cade. Revista de Defesa da Concorrência, v. 11, n. 1, p. 9-24, 2023. Disponível em: <https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/1019>. Acesso 02 dez. 2024.

frequentemente são vistos como alvo natural devido ao seu porte, mas cujas ações podem, muitas vezes, ter efeitos pró-competitivos.

Um exemplo claro de como o *overenforcement* pode se materializar nesse contexto é referido na proposta de inversão do ônus da prova. Exigir que empresas comprovem a ausência de efeitos anticoncorrenciais potenciais de suas práticas cria um fardo desproporcional, especialmente nos chamados “mercados digitais”, em que inovações e mudanças rápidas podem ter efeitos positivos que ainda não são plenamente observáveis no momento da imposição regulatória. Esse tipo de abordagem pode desincentivar a inovação e a expansão de atividades que poderiam, na verdade, beneficiar os consumidores a longo prazo. É preciso ter clareza de que decisões equivocadas não afetam apenas os agentes envolvidos em um caso específico, mas criam precedentes que vinculam todo o mercado, dificultando ajustes posteriores. Nesse caso, a literatura sugere que, muitas vezes, em mercados inovadores, as forças competitivas, como a entrada de novos players ou a expansão de serviços por empresas incumbentes, podem solucionar problemas concorrenciais mais rapidamente do que o processo regulatório¹⁸.

Dessa forma, como o CADE atuará não apenas como autoridade concorrencial no enforcement antitruste, mas também como órgão regulador responsável por especificar as regras processuais e substanciais aplicáveis a cada "plataforma sistemicamente relevante", se torna necessário que a legislação esclareça: a) os poderes atribuídos à unidade responsável por essa avaliação prévia das plataformas; b) a proteção das informações às quais essa unidade terá acesso; c) o sistema de revisão de decisões, para evitar conflitos entre as funções de regulador e autoridade de enforcement antitruste.

¹⁸ MANNE, Geoffrey. Error Costs in Digital Markets. In.: WRIGHT, Joshua D.; GINSBURG, Douglas H. The Global Antitrust Institute (GAI) Report on the Digital Economy. 2020. Disponível em: <https://gaidigitalreport.com/2020/08/25/error-cost-analysis-in-digital-markets/>. Acesso em 02 dez. 2024.

Sem essas salvaguardas, fica claro o risco de lacuna de *accountability*¹⁹. No contexto das propostas para o novo modelo regulatório, esse desequilíbrio entre os amplos poderes concedidos ao instrumental antitruste pode criar um cenário em que as empresas, especialmente as designadas como "plataformas de relevância sistêmica", fiquem sujeitas a obrigações substantivas e processuais definidas de forma discricionária, sem que haja mecanismos adequados para revisão ou contestação dessas determinações.

O problema se agrava pelo fato de que, na ausência de salvaguardas como o contraditório, ampla defesa e critérios objetivos para imposição de medidas, o CADE pode aplicar sanções ou exigir mudanças estruturais e comportamentais com base em conceitos jurídicos e econômicos pouco definidos. Como forma de mitigar essa preocupação, devem ser estabelecidos mecanismos adequados e tempestivos para a revisão das decisões da unidade a ser criada, com sistemas de freios e contrapesos que impeçam decisões unilaterais. O próprio CADE foi construído com um sistema de freios e contrapesos entre a Superintendência-Geral (SG) e o Tribunal, prevendo uma série de possibilidades de exercício de contraditório e ampla defesa. As decisões da unidade regulatória também devem ser submetidas à revisão pelo Tribunal com essas garantias, gerando alinhamento entre as agendas regulatória e antitruste e proporcionando equilíbrio institucional.

Por isso é essencial que a lei preveja um procedimento que garanta o contraditório e a ampla defesa aos agentes que possam ser designados como plataformas sistemicamente relevantes, bem como defina quais argumentos de defesa devem ser considerados. Como o CADE utilizará novos poderes e aplicará conceitos jurídicos completamente novos, alguns dos quais não estão definidos, é necessário (a) prever a possibilidade de

¹⁹ “[*accountability* é] obrigação que têm as pessoas, físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, [...] de assumir as responsabilidades de ordem fiscal, gerencial e programática que lhes foram conferidas, e de informar a sociedade e a quem lhes delegou essas responsabilidades sobre o cumprimento de objetivos e metas e o desempenho alcançado [...] É, ainda, obrigação imposta a uma pessoa ou entidade auditada de demonstrar que administrou ou controlou os recursos que lhe foram confiados em conformidade com os termos segundo os quais eles lhe foram entregues”. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Glossário: Governança Pública. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/governanca/governancapublica/gestao-de-riscos/glossario.htm>. Acesso 02 dez. 2024.

manifestação das partes envolvidas, oportunizando também a apresentação de estudos, (b) ter clareza sobre os poderes e informações a que a nova unidade terá acesso; e (c) estabelecer um sistema de revisão das decisões tomadas pela autoridade. Só assim será possível ter um equilíbrio procedimental entre regulador e regulado.

Da mesma maneira, salvaguardas também têm que ser adotadas para estudos de mercado a serem desenvolvidos pelo Departamento de Estudos Econômicos. Como novos poderes passam a fazer parte do arcabouço brasileiro, em contraste com o que se vê hoje em dia, seria importante prever garantias para que as investigações que passam a ser conduzidas por meio de estudos de mercado estejam necessariamente justificadas a partir de uma motivação que esteja associada à melhoria da concorrência, observando uma obrigação de transparência sobre as justificativas para a necessidade da informação, seguindo uma lógica que se aplica (ou deveria se aplicar) para toda a Administração Pública.

3.2. Necessidade de atribuir capacidade institucional adequada

É necessário considerar a atribuição de capacidade institucional adequada ao órgão responsável por avaliar os “mercados digitais”, particularmente para lidar com o volume e a complexidade das mudanças institucionais previstas nas propostas. De forma a cumprir com as novas competências, mas ao mesmo tempo implementando a necessária gama de salvaguardas para equilibrar a relação entre regulado e regulador, o CADE precisará receber um quadro de pessoal adicional adequado. Isso é particularmente importante levando em consideração que há problemas históricos de pessoal na autoridade.

Como o *peer review* realizado em 2019 pela OCDE ressalta, os problemas de pessoal foram herdados da antiga lei, dado que até o momento o CADE permanece sem carreira própria, dependendo de processos de requisição de servidores de outros órgãos, o que

nem sempre é uma possibilidade rápida e eficaz para as necessidades do órgão²⁰. Lembre-se que essas novas funções irão se acrescer às existentes, em que um volume representativo de atos de concentração com prazos rigorosos precisa ser observado, sem falar em um volume crescente de investigações de condutas unilaterais, um tipo de processo que é muito intensivo, em função da complexidade envolvida nas discussões dos casos. Embora tenha apresentado evolução, a situação ainda é similar à identificada no relatório do peer review, *in verbis*:

“O Cade conta com uma equipe exclusiva e profissional, a despeito das restrições de recursos que foram herdadas do antigo sistema. A necessidade de ampliar o número de servidores foi identificada como uma prioridade ao longo do processo de reforma, uma vez que o Brasil foi considerado um dos regimes concorrenciais com maior escassez de pessoal, bem como em razão do novo sistema de notificação prévia, que demandaria decisões emitidas em prazos obrigatórios rigorosos. As 200 vagas criadas no âmbito das reformas não se concretizaram imediatamente em virtude de cortes orçamentários no governo como um todo. Desta forma, o Cade continua a lidar com a escassez em seu quadro de servidores.

²⁰ Tanto é assim que o relatório recomenda aumentar o número de funcionários: “10.1.6. Alocar recursos adequados para a persecução concorrencial O número de funcionários é geralmente considerado como uma área que necessita de melhoria. O profissionalismo e o comprometimento do Cade estão bem consolidados, e sua performance é impressionante, especialmente considerando que o órgão implementou todas as mudanças do novo sistema com um número de funcionários que não aumentou significativamente desde o antigo sistema. São necessários mais economistas, especialmente economistas altamente qualificados, a nível de doutorado. Isso melhoraria a capacidade do Cade de conduzir avaliações quantitativas detalhadas, necessárias em casos envolvendo abuso de posição dominante. Um maior conhecimento econômico também permitiria à autoridade conduzir mais avaliações ex post de suas atividades, para auxiliar na avaliação futura de casos. Como ocorre com muitas autoridades concorrenciais, o Cade possui um alto nível de rotatividade de pessoal, especialmente entre os níveis mais juniores. A razão para esse fenômeno é, supostamente, a maior atratividade dos salários no setor privado, bem como o fato de não haver carreira específica para os servidores no Cade. O quadro permanente de funcionários do Cade é composto por servidores requisitados de outros órgãos públicos. Eles podem ser requisitados de volta para seus órgãos de origem a qualquer momento e a falta de uma carreira específica torna as vagas no Cade menos atrativas. Isso dificulta o desenvolvimento de uma política de recursos humanos efetiva e previsível, bem como de um planejamento a longo prazo”. Ver mais em: OCDE. Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. 2019. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm. Acesso em: 02 dez. 2024.

Ademais, o Cade não possui uma carreira própria de servidor público e depende de requisições de servidores de outros órgãos governamentais, o que impacta na sua capacidade de recrutamento e de retenção de pessoas. Não obstante, o Cade tem conseguido aumentar os níveis de recrutamento nos últimos anos, ainda que não da forma antecipada pelas reformas de 2011. Isso tem dificultado a redução do acúmulo de investigações e da duração dos casos, alguns dos quais já atingiram uma década. Os desafios de recrutamento e de número de servidores também afetam a capacidade do Cade de recrutar economistas com nível de doutorado a fim de desenvolver a expertise dos servidores responsáveis pela apuração de casos e o conhecimento da economia da concorrência”²¹.

Além disso, é importante entender qual o benefício da criação de sistemas de coordenação regulatória obrigatória com agências reguladoras e outros órgãos por meio de propostas legais e infralegais. Essa proposta de criação de uma equipe de coordenação intersetorial especializada para atuar nos mercados digitais, se não for acompanhada de uma definição clara de competências e objetivos, pode resultar na diluição de responsabilidades e no crescimento de falhas de mercado. O risco é especialmente relevante em cenários em que os órgãos podem ter interesses distintos e não necessariamente alinhados à promoção de concorrência nos diferentes mercados em que as plataformas digitais atuam. Os desafios referentes à ausência de especificação de competências entre o CADE e demais instituições em processos relevantes, como a designação e a determinação de obrigações, pode acabar por minar as perspectivas de efeito positivo das propostas sobre cooperação.

Embora esse risco seja presente, o benefício decorrente de uma coordenação regulatória nesse formato é incerto. O CADE tem um histórico de cooperação voluntária efetivamente exitoso, trocando informações e expertise, frequentemente acessando agências reguladoras nos seus processos de enforcement. É importante mencionar que

²¹ OCDE. Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. 2019. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm. Acesso em: 02 dez. 2024.

esses processos exitosos de cooperação voluntária não se restringem a agências reguladoras, abarcando diferentes órgãos administrativos²². Mais uma vez, a OCDE confirma que o histórico do CADE em processos de cooperação voluntária funciona bem, não merecendo formatos mais rígidos, tais como os previstos nas propostas:

“Apesar de o Cade não ter função regulatória, a autoridade possui jurisdição independente sobre a defesa da concorrência mesmo em mercados regulados em que as respectivas agências detêm alguma atribuição relacionada à concorrência. Com o objetivo de evitar decisões conflitantes, o Cade possui uma intensa agenda de cooperação com estas agências. Trata-se de um entendimento compartilhado, de forma que as agências reguladoras também consultam a autarquia [sic] em matérias relacionadas à concorrência. Por exemplo, o Cade coopera de forma intensa com a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e a consulta em relação a atos de concentrações no setor de telecomunicações. Além de suas competências regulatórias, a Anatel [sic] também detém a atribuição de avaliar e promover a concorrência no setor de telecomunicações. A cooperação e a troca entre Anatel e Cade auxiliam a criar um denominador comum na avaliação de restrições à concorrência e de possíveis soluções. A cooperação com o Banco Central é outro notável exemplo

²² As relações institucionais bem estabelecidas, bem como os acordos de cooperação e memorandos de entendimento, promovem confiança interinstitucional e consultas informais frequentes entre estas instituições e o Cade. Os reguladores confirmaram que a cooperação com o Cade é tida em alta estima e funciona bem. Isso ajuda o Cade a monitorar os diversos estágios da elaboração da política, seja ex-officio ou quando consultado por outros reguladores – da elaboração do projeto de lei até sua aprovação. Finalmente, o Cade assinou, recentemente, acordos de cooperação técnica com autoridades responsáveis pela persecução de outros objetivos de política pública, como proteção do consumidor e a proteção de direitos de propriedade intelectual, com o objetivo de trocar informações e promover ações conjuntas, bem como buscar uma melhor compreensão dos respectivos objetivos e atuação. O número de acordos de cooperação e memorandos de entendimento que o Cade firmou é impressionante. Ainda mais impressionante é o fato de que tais acordos constituem mais do que mera declaração de intenções e de fato levam a trocas frequentes, tanto a nível formal quanto informal. As instituições com as quais o Cade celebrou tais acordos referiram-se unanimemente Cade à autarquia de forma bastante elogiosa – seu conhecimento técnico, sua disposição em contribuir e compartilhar experiências e sua independência em questões relacionadas à concorrência. OCDE. Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. 2019. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm. Acesso em: 02 dez. 2024.

de um sistema de cooperação bem desenhado, em um contexto de competência concorrente para análise de ato de concentração”²³.

4. Regime separado para plataformas sistemicamente relevantes

O bloco final de propostas do relatório do Ministério da Fazenda opta por uma abordagem infralegal²⁴. O bloco se divide em cinco propostas: (i) a atualização das ferramentas de análise antitruste; (ii) a revisão do formulário de notificação dos atos de concentração; (iii) a adoção do rito ordinário em casos envolvendo “plataformas digitais” com elevado número de usuários, desde que os faturamentos previstos em lei sejam atendidos; (iv) um maior uso da flexibilidade já prevista em lei para determinar a submissão de atos de concentração não enquadrados nos critérios formais previstos legalmente; e, por fim, (v) a atualização dos valores de faturamento para notificação prévia.

Por razões didáticas, um ponto mencionado em item anterior (notificação obrigatória de operações de atos de concentração de plataformas sem necessidade de observar os critérios legais) será avaliado neste item. Pela mesma razão, a atualização de ferramentas antitruste será objeto de item específico mais à frente neste articulado.

Proposta 1: Plataformas sistemicamente relevantes poderiam ter a obrigação de notificar o CADE sobre qualquer ato de concentração, independentemente de atender aos critérios e patamares estabelecidos: Essa obrigação surge a partir de item previsto na

Proposta 2 do primeiro bloco: "Introduzir obrigações procedimentais e de transparência, que poderão ser impostas aos agentes designados a partir do momento da designação, a critério do CADE": Essa proposta inclui medidas, inter

²³ OCDE. Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. 2019. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm. Acesso em: nov. 2024.

²⁴ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Plataformas Digitais: aspectos econômicos e concorrenciais e recomendações para aprimoramentos regulatórios no Brasil. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/relatorios/relatorio-plataformas-digitais>. Acesso em 02 dez. 2024.

alia, como a imposição de: (a) obrigação específica de notificação prévia de atos de concentração aplicável às plataformas digitais.

Proposta 2: “Revisar o formulário de notificação de atos de concentração do CADE, incluindo questões específicas sobre as particularidades das dinâmicas dos mercados digitais”: Essa proposta é detalhada com medidas que visam coletar dados para a identificação de efeitos de rede e avaliação de teorias de dano específicas para “plataformas digitais”, como dados sobre o número de usuários finais e profissionais, a possibilidade de interoperabilidade entre plataformas, tipos de dados coletados e seu uso para diferenciar produtos ou serviços, entre outros.

Proposta 3: “Considerar a adoção do rito ordinário para análise de atos de concentração envolvendo plataformas digitais com elevado número de usuários, quando atenderem aos critérios de faturamento bruto estabelecidos na lei para notificação prévia obrigatória”: Essa proposta implicará que casos que atualmente se enquadram como sumários se transformem em análises de rito ordinário de atos de concentração (análises mais aprofundadas dos casos envolvendo plataformas).

Proposta 4: “Fazer uso, quando necessário, da flexibilidade prevista no Artigo 88, §7º da Lei 12.529/2011, para requerer a submissão de atos de concentração que, embora não se encaixem nos critérios formais de notificação, possam apresentar riscos à concorrência”: Essa proposta implica o maior uso, em casos envolvendo “plataformas”, de prerrogativa legal já concedida ao CADE para requerer a submissão de transações que não se enquadram nos critérios para notificação prévia obrigatória. O objetivo é aumentar o escrutínio sobre transações não notificáveis envolvendo plataformas, especialmente em casos de integração vertical entre plataformas ou acesso a dados.

Proposta 5: “Atualizar os valores de faturamento para notificação prévia de atos de concentração estabelecidos nos incisos I e II do caput do Artigo 88 da Lei

12.529/2011”: O objetivo dessa proposta é permitir que o CADE concentre seus esforços na análise de transações com maior potencial de impacto na concorrência.

4.1. Ausência de necessidade de um regime separado para plataformas

Com relação às obrigações para notificação obrigatória de operações, seria necessário demonstrar qual o efetivo benefício derivado dessa medida. Não foram identificadas operações passadas que o CADE não tenha conseguido analisar ou bloquear com os poderes existentes, mas que seriam abrangidas pelo novo regime. Os benefícios são duvidosos, mas os prejuízos são bem claros - já há algum tempo o Brasil tem um diagnóstico, conforme elaborado por meio de *peer review*, no sentido de existe um “número elevado de notificações, somado ao alto número de operações aprovadas sob rito sumário”²⁵.

“Convém notar que cerca de 85% de todas as notificações de atos de concentração se qualificam para a análise sob o rito sumário. Também é notável que somente 46 das 2.588 operações notificadas desde 2012 (1,7%) chegaram à fase final de uma análise mais aprofundada; e que, em 2017, um ano com número recorde de operações vetadas, apenas 2% das operações não foram aprovadas incondicionalmente”²⁶.

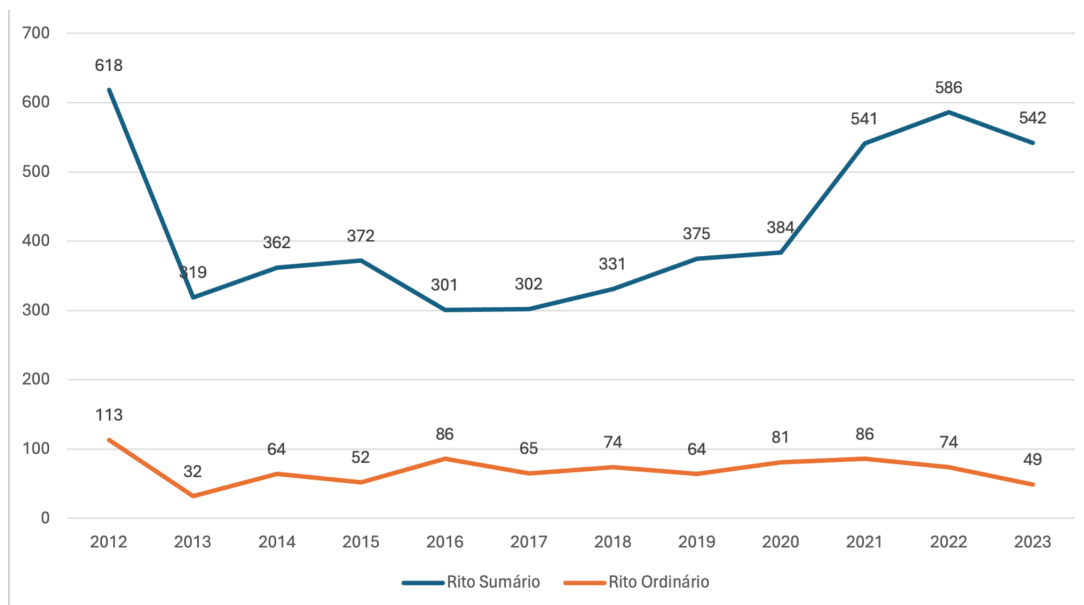
Desde esse período em que o *peer review* foi elaborado, levando em consideração o recorte entre 2013 e 2023, não apenas os números totais de operações notificadas ao CADE subiram, como a proporção dos atos sumários em relação ao total também. Em 2023, por exemplo, dos 591 atos de concentração analisados, 542 (92%) foram processados sob o rito sumário, enquanto apenas 49 (8%) seguiram o rito ordinário²⁷.

²⁵ OCDE. Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. 2019. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm. Acesso em: 26 nov. 2024.

²⁶ Op. Cit.

²⁷ Estatísticas realizadas com base no registro digital de acesso público do Sistema Eletrônico de Informações (SEI).

Gráfico 1 – Evolução dos Ritos Notificados ao CADE (2012 – 2023)



Fonte: Elaboração Própria com base nos dados SEI/CADE (2024).²⁸

Não está claro por que seria necessário um novo regime específico de atos de concentração para plataformas, se também há uma proposta para fortalecer a capacidade do CADE de analisar operações que não atendem aos patamares para notificação obrigatória. Essas duas mudanças juntas provavelmente levariam o CADE a sistematicamente revisar casos irrelevantes (já que a autoridade já possui o poder de determinar a notificação de casos que considere relevantes para sua análise).

4.2. Possíveis prejuízos decorrentes de um regime especial de atos de concentração

A revisão de critérios de notificação é um exercício recomendado para todas as autoridades concorrenciais, a fim de identificar situações que deveriam ser incluídas, mas também hipóteses que deveriam ser excluídas, de forma a manter uma equação saudável de atos sumários e ordinários. Assim, seria necessário um estudo econômico

²⁸ Os números acima divergem marginalmente daqueles reportados nos relatórios anuais do CADE (vide, e.g., <https://anuariocade2023.my.canva.site/site-anu-rio-tamanho-original>. Acesso em: 02 set. 2024.), sem que haja impactos às conclusões deste parecer.

sobre o impacto da adoção de parâmetros específicos para “plataformas digitais”, dado que isso poderia prejudicar o objetivo de reduzir o número de notificações não-problemáticas e de baixa relevância econômica submetidas ao CADE.²⁹ Seria necessário, portanto, demonstrar qual o perfil de análise seria feito, com base em que informações, sob quais teses, para verificar se essa extensão seria ou não meritória, sendo ainda necessário restringir esses poderes a casos com um nexo jurisdicional. Em contraste, o risco seria o de impor custos administrativos e de mercado³⁰ para “plataformas digitais”, sem uma contrapartida clara para a sociedade em termos de *enforcement* concorrencial, aprofundando um cenário em que já existe um número exacerbado de casos sumários.

Sem essa delimitação, os prejuízos poderiam ser significativos. O regime de relevância sistêmica também criaria desigualdades entre empresas sistemicamente relevantes e não relevantes, sendo inconsistente com o objetivo da administração de adotar uma abordagem proporcional. Tal impacto não se limita às plataformas, também se estendendo às startups, em que a perspectiva de serem adquiridas por grandes plataformas serve como um estímulo para a inovação e o investimento. Sem a previsão de um regime de notificação com critérios claros, esse perfil de obrigação reduz a vitalidade de um sistema de inovação em que grandes empresas frequentemente

²⁹ “O Brasil deveria avaliar regularmente seus critérios de notificação. Em paralelo, um estudo sobre o impacto da adoção de patamares mais altos para a notificação obrigatória deveria ser apresentado ao Governo para consideração da revisão dos critérios de notificação, com o objetivo de reduzir o número de notificações não-problemáticas. Esta reforma garantiria uma utilização eficaz dos recursos do Cade, reduziria os custos regulatórios sobre as empresas e tornaria o controle de concentrações no Brasil mais eficiente.” OCDE. Revisão por Pares da OCDE sobre Legislação e Política de Concorrência: Brasil. 2019. Disponível em: www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm. Acesso em: 26 ago. 2024.

³⁰ Os custos de mercado referem-se aos impactos econômicos que podem surgir da imposição de regulações adicionais às plataformas digitais, incluindo (i) custos de compliance; (ii) barreiras à entrada; (iii) redução de investimentos em inovação; e (iv) distorções na competição. Esses custos podem inviabilizar modelos de negócios ou desestimular novos entrantes, especialmente se não houver contrapartida clara em termos de benefícios concorrenciais. A literatura destaca a necessidade de calibrar a intervenção regulatória, evitando onerar desproporcionalmente as empresas e preservando a dinâmica de inovação característica do setor digital. Ver mais em: MARK, Robert Van De. Virtual Competition: The Promise and Perils of the Algorithm-Driven Economy, by Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke. *Osgoode Hall Law Journal*, v. 55, n. 2, p. 614-619, 2018. Disponível em: <https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol55/iss2/10/>. Acesso em 09 dez. 2024.

adquirem startups inovadoras, incorporando novas tecnologias que beneficiam o mercado como um todo.

5. Modernização dos instrumentos de análise antitruste

De acordo com o relatório do Ministério da Fazenda, é necessário promover ajustes no uso do ferramental antitruste para lidar com as especificidades das plataformas digitais. O documento ressalta que novas teorias de dano podem ser justificáveis devido à emergência de ameaças inéditas à concorrência, que se manifestam e evoluem nos mercados caracterizados por alta volatilidade e dinâmicas econômicas em constante transformação. O relatório vai além, ao identificar que, embora a jurisprudência brasileira reconheça a necessidade de atualizar o ferramental analítico, os avanços ainda seriam tímidos. Por isso, sugere que um caminho promissor seria a formulação de diretrizes específicas para mercados digitais, que pudessem guiar a análise de condutas e atos de concentração com base em critérios empiricamente embasados.

Proposta Número 1: “Atualizar as ferramentas de análise antitruste, para aprimoramento contínuo do arcabouço analítico utilizado pelo CADE para identificar e avaliar riscos competitivos”: Essa proposta é detalhada com medidas que visam (i) análises que avaliam a interdependência entre agentes em mercados de múltiplos lados e a importância dos efeitos de rede na definição de mercados relevantes e do poder de mercado; e (ii) permitir que o CADE desenvolva teorias de dano mais adequadas para capturar as nuances das dinâmicas competitivas presentes em plataformas digitais

5.1. Necessidade de rigor analítico para o uso de novas teorias de dano

Tradicionalmente, a análise antitruste se baseia em conceitos bem estabelecidos, voltados para relações entre produtores, distribuidores e consumidores. A natureza multifacetada desses mercados, caracterizada pela interconexão de diferentes serviços, a coleta e comercialização massiva de dados e dinâmicas competitivas moldadas pela tecnologia, exige um arcabouço analítico sofisticado e adaptável. Contudo, a grande

tese que é apresentada pelo relatório é referente à obsolescência das ferramentas tradicionais do direito antitruste, insuficientes para lidar com as particularidades desses mercados, colocando em evidência a necessidade de desenvolvimento de novas teorias de escopo analítico.

Uma teoria do dano consiste na construção de um modelo analítico que identifica como uma conduta empresarial ou ato de concentração pode prejudicar a concorrência e, conseqüentemente, os consumidores. Embora tradicionalmente aplicada a mercados tradicionais, normalmente sua maleabilidade permite sua adaptação (ou complementação) aos chamados mercados digitais, cujas dinâmicas podem se refletir em problemas concorrenciais, como o aumento de preços não monetários, a redução de qualidade e escolha, efeitos deletérios na inovação e o tratamento preferencial de produtos próprios.

Contudo, qualquer introdução de novas teorias do dano ou a modificação das existentes no âmbito do direito antitruste, especialmente em “mercados digitais”, exige extrema cautela e rigor analítico. O rigor metodológico e a consistência jurisprudencial são pilares fundamentais que sustentam a legitimidade das decisões do CADE e garantem previsibilidade às suas análises, isto é, uma possível substituição ou incorporação desses recursos sem a devida fundamentação pode resultar em distorções graves, comprometendo a segurança jurídica e a confiança do mercado nos reguladores.

Um exemplo evidente dessa complexidade está na sugestão de adoção de conceitos oriundos da economia comportamental, como vieses cognitivos e a teoria dos prospectos, para fundamentar teorias do dano em mercados digitais³¹. Muitos argumentos sobre a necessidade de implementar "novas teorias de dano" ainda são meramente teóricos e não fornecem orientação prática ou concreta sobre seus efeitos. Ainda, algumas alegadas "novas" teorias de dano, como o self-preferencing, também se

³¹ MINISTÉRIO DA FAZENDA. Plataformas Digitais: aspectos econômicos e concorrenciais e recomendações para aprimoramentos regulatórios no Brasil. 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/relatorios/relatorio-plataformas-digitais>. Acesso em 02 dez. 2024.

enquadram no arcabouço típico de condutas excludentes, aplicáveis tanto a mercados "digitais" quanto "não digitais". Embora os mercados digitais introduzam nuances específicas, não há evidência específica de que isso demande uma reformulação completa do ferramental antitruste existente, mas sim ajustes que contemplem as particularidades desse ambiente. Dessa forma, é possível equilibrar a proteção aos consumidores e a garantia de um mercado competitivo, sem comprometer os fundamentos consolidados da análise concorrencial.

5.2. Introdução de novas teorias deve preservar segurança jurídica

Existe aqui uma preocupação também com relação à forma com a qual novas teorias de dano podem surgir para endereçar potenciais problemas competitivos de plataformas digitais. Isso porque as mudanças nas teorias de dano também devem ser feitas de forma que não prejudiquem a posição da jurisprudência da autoridade. Em outras palavras, algumas propostas de alteração nas teorias de dano, sem reflexão adequada, elaboradas fora do contexto de casos, poderiam comprometer a segurança jurídica derivada da posição consolidada da autoridade de concorrência sobre determinadas questões e práticas. Assim, as novas teorias de dano devem buscar preservar essas posições, salvo em situações de análise de casos concretos avaliadas em sede de *enforcement*, para garantir um equilíbrio na relação com o agente regulado, preservando o contraditório.

Portanto, qualquer revisão ou inclusão de novas teorias do dano deve ser conduzida de maneira transparente e informada, preservando, na medida do possível, a robustez analítica dos instrumentos utilizados. Isso exige um esforço coordenado para evitar distorções interpretativas e assegurar que as novas abordagens dialoguem com as práticas consolidadas, ao invés de criar conflitos desnecessários. Ademais, é imprescindível que a adaptação das teorias do dano seja sensível à jurisprudência construída pela autoridade. As decisões do CADE refletem um corpo de interpretação que confere estabilidade ao ambiente regulatório e previsibilidade às partes interessadas.

A introdução de alterações desprovidas de reflexão aprofundada pode desestabilizar esse equilíbrio, fragilizando o posicionamento da autarquia e introduzindo insegurança jurídica. Assim, novas teorias devem não apenas enriquecer o arcabouço analítico da autoridade, mas também respeitar e preservar a coerência das decisões anteriores.

Em síntese, o aprimoramento das teorias do dano no âmbito antitruste deve ser norteado por princípios de rigor metodológico, clareza conceitual e respeito à consistência jurisprudencial. Apenas dessa forma será possível promover análises sofisticadas que se alinhem às demandas de mercados cada vez mais complexos, sem sacrificar a segurança jurídica e o equilíbrio regulatório na relação com os administrados.

6. Conclusão

É importante lembrar que tanto o DMCC quanto o DMA ainda são regimes novos que não entregaram os benefícios previstos aos consumidores ou às pequenas e médias empresas (PMEs). Embora muitas jurisdições estejam debatendo se as plataformas digitais precisam de novas regulamentações, esses regimes não estão sendo amplamente adotados. O Brasil deve continuar a agir com cautela, priorizar reformas baseadas em evidências, realizar uma avaliação rigorosa do impacto de qualquer proposta e evitar correr nesse processo. O DMCC está sendo utilizado como modelo regulatório a ser utilizado pelo relatório porque é percebido como "melhor" do que o DMA, que apresenta falhas. No entanto, grande parte das falhas do DMA só foram identificadas após o início de sua aplicação. O DMCC, por sua vez, ainda não foi testado, e suas falhas permanecem desconhecidas. Assim, sua vantagem sobre o DMA é apenas uma questão de percepção.

Feita essa ressalva, de forma a minimizar os potenciais prejuízos que podem decorrer da sua adoção por parte do sistema de defesa da concorrência brasileiro, seria importante levar em consideração os seguintes riscos, bem como possíveis mitigadores:

- 1. Ausência de critérios claros e objetivos para a designação de plataformas sistemicamente relevantes, podendo gerar insegurança jurídica e prejuízos à inovação**
 - a. Mitigador 1:** Desenvolver um processo de designação baseado em análises robustas de mercado, com identificação prévia de falhas de mercado e impactos concorrenciais;
 - b. Mitigador 2:** Incorporar uma análise de custo-benefício exaustiva antes da imposição de obrigações, com publicação de estudos detalhados que demonstrem os impactos líquidos esperados, garantindo proporcionalidade e justificativa técnica para cada obrigação;
- 2. Sobreposição de competências e lacunas de accountability**
 - a. Mitigador 1:** Definir competências e limites do CADE frente às “plataformas digitais”, com salvaguardas institucionais que impeçam abusos de poder ou sobreposição de funções com agências reguladoras;
 - b. Mitigador 2:** Estabelecer mecanismos de accountability robustos, como a possibilidade de contraditório e ampla defesa.
- 3. Regime separado para plataformas sistemicamente relevantes e a sobrecarga do sistema antitruste**
 - a. Mitigador 1:** Restringir a obrigatoriedade de notificação de atos de concentração a casos com riscos concretos à concorrência, evitando a análise sistemática de transações de baixa relevância sem comprometer a eficiência da estrutura;
- 4. Introdução de novas metodologias para avaliação antitruste e a segurança jurídica**
 - a. Mitigador 1:** Publicar diretrizes específicas para “mercados digitais”, assegurando clareza e previsibilidade nas análises concorrenciais conduzidas pelo CADE, garantindo que novas teorias de dano sejam desenvolvidas com base em evidências empíricas robustas, em consulta com especialistas e alinhadas às melhores práticas internacionais;



- b. **Mitigador 2:** Preservar a consistência jurisprudencial, adaptando as novas teorias de dano ao arcabouço existente sem criar conflitos desnecessários com decisões anteriores.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 12 de dezembro de 2024

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'C. Ragazzo', written in a cursive style.

CARLOS RAGAZZO

Professor da Fundação Getúlio Vargas