

CARTA EDITORIAL - DOSSIÊ CONCORRÊNCIA E PLATAFORMAS DIGITAIS

VICTOR FERNANDES¹

I Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Brasília (DF). Brasil

SILVIA FAGÁ DE ALMEIDA²

II Fundação Getúlia Vargas (FGV). São Paulo (SP). Brasil

MARCELA MATTIUZZO³

III Universidade de São Paulo (USP). São Paulo (SP). Brasil

Este dossiê se insere no contexto de um esforço - esforço este, vale dizer, que certamente não é exaustivo, nem exclusivo desta publicação - de contribuir para o complexo debate a respeito de mercados digitais, regulação e direito concorrencial. Partimos da premissa de que já há consenso suficiente no que diz respeito ao diagnóstico do tema. Depois de uma longa jornada trilhada em especial nos últimos 6 anos, tivemos um enorme volume de publicações, sobre diversos e variados tópicos a respeito desse tema. Em boa medida, esses estudos identificam problemas a serem enfrentados pelo direito antitruste e a necessidade de, ao menos, uma adequação da análise tradicional às singularidades introduzidas pela economia das plataformas digitais. Sob o ponto de vista regulatório, há ainda uma discussão importante sobre o tipo, extensão e natureza de uma regulação que consiga efetivamente endereçar a essência dos problemas advindos desse novo ambiente.

Ainda estamos em estágio menos desenvolvido no que diz respeito ao debate sobre as possíveis soluções. Para que este debate seja mais frutífero e bem informado, a academia tem um papel a desempenhar, aprofundando-se na discussão, buscando fornecer insumos. O objetivo do dossiê é colaborar nessa empreitada.

¹ Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>

² Orcid: <https://orcid.org/0009-0007-0743-023X>

³ Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-5641-1130>



O primeiro artigo do dossiê, “Acordos de Distribuição Exclusiva no Contexto da Economia Digital”, busca atingir esse objetivo ao debater os efeitos concorrenciais da exclusividade. Com base na experiência europeia e brasileira, o artigo salienta os possíveis benefícios deste tipo de acordo: para além de proteger investimentos contra comportamento carona por parte dos concorrentes, a exclusividade pode representar um importante instrumento de diferenciação de produtos e serviços. Assim, os autores concluem que, embora tais arranjos apresentem potencial de aumento de barreiras à entrada e de fechamento de mercado, tais arranjos podem ampliar a concorrência, ressaltando a relevância de uma análise específica de cada caso para avaliação precisa dos efeitos líquidos sobre a concorrência

O segundo artigo "Tecnologias Viciantes e suas Implicações para o Enforcement Antitruste" aborda a preocupante ascensão do vício em tecnologia, especialmente em dispositivos móveis e plataformas de mídia digital. O texto ressalta que essa nova forma de vício representa um impacto significativo na cognição humana, apoiado por evidências médicas que indicam riscos à saúde mental quando essas plataformas são usadas excessivamente. O artigo faz um paralelo com outros produtos viciantes, como tabaco e medicamentos prescritos, que são regulamentados rigorosamente. A principal questão levantada é como as leis antitruste podem ser aplicadas para mitigar os efeitos adversos dessas technologies. Os autores sugerem que a adaptação das abordagens de enforcement antitruste é necessária para enfrentar os desafios únicos apresentados por essas tecnologias viciantes, uma vez que elas desafiam os paradigmas tradicionais da concorrência e regulação.

O terceiro artigo do dossiê, “Self-Preferencing”, aborda o desafio de aplicar restrições a empresas envolvidas em atividades complementares ou adjacentes e suas implicações para análise de condutas verticais, como self-preferencing. Segundo o autor, historicamente os economistas argumentam que a dinâmica entre empresas atuando em atividades complementares difere daquelas entre empresas concorrentes de produtos substitutos, uma vez que as primeiras têm incentivos mútuos para expandir a produção. A integração vertical é vista de maneira mais favorável quando se baseia na noção de competição potencial, com um foco mais coerente e

economicamente fundamentado na aplicação dos padrões de fusões verticais. Além disso, o texto questiona a ideia de que empresas com poder de mercado devem sempre demonstrar benefício do consumidor em inovações de design de produtos, destacando que inovações mal sucedidas podem ocorrer mesmo nas empresas mais bem-sucedidas. Portanto, a aplicação de antitruste nesses casos deve ser muito cautelosa, sob o risco de inibir a inovação e prejudicar os consumidores.

O quarto artigo "Para Além do Horizontal e do Vertical: Compreendendo Novas Teorias de Dano em Fusões Movidas a Dados" explora quatro teorias emergentes de dano concorrencial em fusões de empresas de tecnologia. Estas teorias foram discutidas em decisões recentes do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). O artigo argumenta que essas novas teorias oferecem uma compreensão mais profunda dos riscos à concorrência em mercados digitais, indo além das tradicionais análises horizontal e vertical. Destaca a importância de se adaptar as abordagens do controle de estruturas para lidar com os desafios apresentados por fusões que envolvem grandes volumes de dados e ecossistemas digitais complexos.

O quinto artigo, "The Essential in Essential Facilities: the Case of Digital Platforms", discute a aplicabilidade da Doutrina da Instalação Essencial em mercados digitais, destacando que não é uma questão simples e automática, e que não oferece um único padrão de prova para investigar casos de recusa em acordos comerciais. O autor analisa a aplicabilidade desse instituto em vista de diferentes teorias de dano concorrencial, bem como analisa as condições específicas que justificam a imposição de acesso. Um precedente chave para a análise é a decisão do Cade no caso *Buscapé v. Google Shopping*. O texto destaca que a aplicação de teorias de dano associadas à *essential facility doctrine* em mercados digitais não exclui argumentos para a intervenção ou regulamentação de empresas dominantes com base em outras justificativas.

O sexto artigo "Qual a Sua Massa Crítica? Uma Abordagem Empírica para Cálculo da Massa Crítica em Plataformas Digitais" busca aprofundar, sob a ótica econômica e com desenvolvimento analítico, o conceito de massa crítica - que representa o nível de usuários a partir do qual as externalidades de rede são potencializadas, viabilizando a plataforma, tornando seu crescimento sustentável. A identificação da massa crítica é um dos vetores que afetam a dinâmica competitiva do mercado: quanto maior for esse nível crítico, mais elevado é o número de usuários

necessários para uma plataforma ingressar e impor rivalidade efetiva. Ou seja, quanto maior a massa crítica, menor tende a ser o número de concorrentes. Por isso, a identificação da massa crítica é relevante não apenas para direcionar a estratégia e modelo de negócios das plataformas, mas também para a formulação da política pública.

O sétimo artigo “Os Entraves entre Direitos de Exclusividade e o Acesso a Dados na Regulação dos Mercados Digitais”, o autor buscou enfrentar o tema sobre quais seriam os limites da proteção do direito de exclusividade sobre base de dados na regulação envolvendo as plataformas digitais, principalmente tendo em vista obrigações como ‘direito de acesso’ e ‘interoperabilidade’. Essa análise é realizada de forma sistemática, sob a ótica do ordenamento jurídico, como a lei de propriedade intelectual e, principalmente, sob a ótica da Constituição Federal. O autor pondera essas obrigações à luz de princípios como a livre iniciativa e a livre concorrência, concluindo, ao final, que interferências nesses direitos poderiam ocorrer apenas nos casos de efetivo abuso e violações da lei antitruste.

No oitavo artigo, “O Impacto do Acesso a Dados na Concorrência em Plataformas Digitais”, o tema sobre acesso a dados é retomado, mas com um enfoque voltado à análise das teorias econômicas sobre o tema. Dois precedentes importantes são considerados para essa análise: o caso Google-FitBit e a fusão entre Stone e Linx. O autor lista diversos efeitos pró-competitivos relacionados ao acesso e tratamento de dados na rede, mas alerta para ineficiências relacionadas à concentração de mercado em poucos players e os riscos decorrentes do fato de essas plataformas poderem se tornar “reguladoras” de diversos mercados, o que lhes confere também um posicionamento privilegiado. O autor pondera, assim, os benefícios da inovação em contraposição à influência que essas plataformas exercem no mercado.

No último artigo, “Ajustando as Lentes para Abusos de Posição Dominante Relacionados a Dados: Sugestões a Partir de Dois Casos Envolvendo Fintech”, o autor discute o momento no qual o uso de um conjunto específico de dados pode gerar abusos de posição dominante. A análise é realizada a partir de duas investigações conduzidas pelo Cade envolvendo fintechs. A partir dessa análise, o autor propõe testes alternativos para avaliação desses casos em futuras investigações.

Esperamos que os leitores aproveitem este material, e que ele sirva como pontapé inicial de vários outros estudos e publicações.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Camila Cabral Pires; ROCHA, Diandra Carolina da Rocha; RIBEIRO, Eduardo Pontual; PONDÉ, João Luiz; PRADO, Luiz Carlos Delorme; LYRA, Marcos Puccioni de Oliveira. **Revista Direito Público**, v.20, n.107, 2023.

BAGNOLI, Vicente; ARRUDA, Vinicius Cervantes Gorgone. Os Entraves entre Direitos de Exclusividade e o Acesso a Dados na Regulação dos Mercados Digitais. **Revista Direito Público**, v.20, n.107, 2023.

FERNANDES, Victor Oliveira. Para Além do Horizonte e do Vertical: Compreendendo Novas Teorias de Dano em Fusões Movidas a Dados. **Revista Direito Público**, v.20, n.107, 2023.

MORAIS, João Carlos Nicolini; LIMA, Leonardo de Castro; TAKAHASHI, Gabriel Silva. Qual É a Sua Massa Crítica? Uma Abordagem Empírica para Cálculo da Massa Crítica em Plataformas Digitais. **Revista Direito Público**, v.20, n.107, 2023.

PADILLA, Jorde; SARMENTO, Bernardo; VASCONCELLOS, Helder. Acordos de Distribuição Exclusiva no Contexto da Economia Digital. **Revista Direito Público**, v.20, n.107, 2023.

PEREZ, Adriana Azevedo Hernandez; WILHELM, Priscila K.B.; PORTILHO, Luisa R.; TITO, Fabiana. O Impacto do Acesso a Dados na Concorrência em Plataformas Digitais. **Revista Direito Público**, v.20, n.107, 2023.

ROSENQUIST, James Niels; MORTON, Fiona M.; WEINSTEINS, Samuel N.; Tecnologias Viciantes e suas Implicações para o Enforcement Antitruste. **Revista Direito Público**, v.20, n.107, 2023

SALINGER, Michael A.; Self-Preferencing. **Revista Direito Público**, v.20, n.107, 2023.

ZINGALES, Nicolo. **Ajustando as Lentes para Abusos de Posição Dominante Relacionados a Dados: Sugestões a partir de Dois Casos Envolvendo *Fintech***. **Revista Direito Público**, v.20, n.107, 2023.

Sobre os(as) Autores(as):

Victor Oliveira Fernandes/ E-mail: victor.fernandes@idp.edu.br

Professor de Direito Econômico e de Direito da Concorrência nos cursos de Graduação, Pós-Graduação *Latu Sensu*, Mestrado e Doutorado do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP). Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo (FDUSP), Mestre em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília (UnB) e Graduado em Direito pela mesma instituição de ensino.

Silvia Fagá de Almeida/ E-mail: silvia.almeida@lcaconsultores.com.br

Doutora em Economia pela EESP-FGV, foi visiting scholar na Columbia University-NY. É professora do MBA da FGV e de cursos de especialização do Insper. Diretora da LCA Consultores na área de concorrência e regulação econômica, foi diretora de economia e de mercados digitais do IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional), sendo atualmente conselheira do Instituto.

Marcela Mattiuzzo/ E-mail: marcela@vmca.adv.br

Doutoranda em Direito Comercial na Universidade de São Paulo, Visiting Fellow no Information Society Project da Universidade de Yale. Mestre em Direito do Estado pela USP, é hoje professora do MBA em Inteligência Artificial e Big Data do Instituto de Ciências Matemáticas e Computacionais da USP, da Educação Executiva em Direito do Insper, do mestrado profissional do Centro de Estudos de Direito Econômico e Social (Cedes) e da pós-graduação em Direito Digital do IDP. Conselheira do Instituto Brasileiro de Estudos em Concorrência, Consumo e Comércio Internacional (Ibrac), foi assessora e chefe de gabinete no Conselho Administrativo de Defesa Econômica e é sócia de VMCA Advogados nas áreas de concorrência e proteção de dados pessoais.