

VOLUME

13

NÚMERO 1

2025

JUNHO

ISSN 2318-2253

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

PUBLICAÇÃO OFICIAL DO CADE

REVISTA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

Volume 13 – Número 1 – Junho de 2025 – ISSN 2318-2253

Periodicidade semestral

Revista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Cade, Brasília, DF

CONSELHO EDITORIAL

Amanda Athayde, UnB, Brasília, Brasil.

Amanda Flávio de Oliveira, UnB, Brasília, Brasil.

Ana de Oliveira Frazão, UnB, Brasília, Brasil.

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Celso Fernandes Campilongo, USP, São Paulo, Brasil.

Dênis Alves Guimarães, UCB, Brasília, Brasil.

Diogo Rosenthal Coutinho, USP, São Paulo, Brasil.

Edmond Schlumberger, Université Paris 8, Paris, França.

Eduardo Molan Gaban, PUC, São Paulo, Brasil.

Eleanor Fox, NYU, Nova York, Estados Unidos.

Elvino de Carvalho Mendonça, Ministério da Fazenda, Brasília, Brasil.

Gesner José de Oliveira Filho, FGV, São Paulo, Brasil.

Gilvandro Vasconcelos Coelho de Araújo, IDP, Brasília, Brasil.

Guilherme Favaro Corvo Ribas, USP, São Paulo, Brasil.

Ivo Teixeira Gico Junior, UniCeUB, Brasília, Brasil.

Laurence Idot, University Paris II Panthéon-Assas, Paris, França.

Leonardo Peixoto Leal, UNIFOR, Ceará, Brasil.

Leonor Augusta Giovine Cordovil, FGV, São Paulo, Brasil.

Marcio de Oliveira Júnior, IDP, Brasília, Brasil.

Marcos Vinícius Torres Pereira, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Paulo Burnier da Silveira, UnB, Brasília, Brasil.

Paulo Furquim de Azevedo, Insper, São Paulo, Brasil.

Saulo Bichara Mendonça, UFF, Macaé, Brasil.

Vinicius Marques de Carvalho, USP, São Paulo, Brasil.

William Kovacic, George Washington University, Washington, Estados Unidos.

EDITOR-CHEFE

Victor Oliveira Fernandes: 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. É 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). É Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade).

COORDENAÇÃO EDITORIAL

Alisson Maxwell Ferreira de Andrade
Ana Carolina Correa da Costa Leister
Andréia Fernandes de Almeida Rangel
Camila Dias dos Santos
Déborah Azeredo Lins e Nóbrega
Fabiana Pereira Velloso
Isabela Neves Ferraz
Keila de Sousa Ferreira
Larissa Lara Tavares
Marina Costa de Oliveira
Sérgio Oswaldo de Carvalho Avellar

DIAGRAMAÇÃO

Robert Felipe Pinheiro
Wandson Lucas Nascimento Siqueira

CORRESPONDÊNCIA EDITORIAL

Revista de Defesa da Concorrência
SEPN 515 Conjunto D, Lote 4, Ed. Carlos Taurisano
CEP 70770-504 – Brasília, DF
E-mail: revista@cade.gov.br
Site: <http://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrencia>

PARECERISTAS

Alexandre Ditzel Faraco, UFPR, Curitiba, Brasil.
Alisson Maxwell Ferreira de Andrade, UFMS, Aquidauana, Brasil.
Amanda Athayde, UnB, Brasília, Brasil.
Ana Carolina Correa da Costa Leister, UNIFESP, São Paulo, Brasil.

Andréia Fernandes de Almeida Rangel, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Andréia Moreira da Fonseca Boechat, UEL, Londrina, Brasil.

Anna Binotto Massaro, USP, São Paulo, Brasil.

Augusto Jaeger Junior, UFRGS, Porto Alegre, Brasil.

Beatriz Malerba Cravo, Grinberg Cordovil Advogados, São Paulo, Brasil.

Bruno Polonio Renzetti, Insper, São Paulo, Brasil.

Camila Cabral Pires-Alves, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Cassio Monteiro Rodrigues, UERJ, PUC-Rio, Rio de Janeiro, Brasil.

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes, UVA, Rio de Janeiro, Brasil.

Douglas Telpis Ferrante, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, Brasil.

Eduardo Nunes de Souza, UERJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Felipe Comarela Milanez, UFOP, Ouro Preto, Brasil.

Felipe Leitão Valadares Roquete, FGV, Rio de Janeiro, Brasil.

Gesner José de Oliveira Filho, FGV, São Paulo, Brasil.

Gilson Geraldino Silva, UFSC, Florianópolis, Brasil.

Guilherme Teno Castilho Misale, USP, São Paulo, Brasil.

Jeferson Sousa Oliveira, FAUSCS, FNJ, São Paulo, Brasil.

Jonas Pereira dos Santos, Câmara dos Deputados, Brasília, Brasil.

José Augusto Medeiros, CESUSC, Florianópolis, Brasil.

Leonor Augusta Giovine Cordovil, FGV, São Paulo, Brasil.

Marcela Mattiuzzo, USP, São Paulo, Brasil.

Marcos Drummond Malvar, Levy&Salomão, Ibrac, Brasília, Brasil.

Matheus Aquino, USP, São Paulo, Brasil.

Neide Bueno, UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil.

Paulo Furquim de Azevedo, Insper, São Paulo, Brasil.

Pablo Reja Sánchez, UnB, Brasília, Brasil.

Priscila Brolio Goncalves, Brolio Gonçalves Advogados, Brasília, Brasil.

Priscilla Craveiro da Costa Campos, Cade, Brasília, Brasil.

Rafael Oliveira, USP, São Paulo, Brasil.

Raphael Sérgio Rios Chaia Jacob, UCDB, Campo Grande, Brasil.

Raul Beal Partyka, FGV, São Paulo, Brasil.

Richard Bassan, PGMTS, Taboão da Serra, Brasil.

Tainá Leandro, Ministério da Fazenda, Brasília, Brasil.

Tanise Brandão Bussmann, UNIPAMPA, Sant'Ana do Livramento, Brasil.

Vicente Bagnoli, Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, Brasil.

Vítor Cesar Silva Xavier, CGU, Brasília, Brasil.

Vivian Terng, USP, São Paulo, Brasil.

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	8
A REVIEW OF CADE'S CASE LAW IN THE WATER AND SANITATION SECTOR: A LACK OF CONSENSUS, THE SABESP'S CASE, AND WHAT TO EXPECT IN THE NEAR FUTURE	
<i>Revisão da jurisprudência do Cade sobre o setor de saneamento básico: ausência de consenso, o caso da Sabesp e o que esperar para o futuro próximo</i>	10
IS THERE A BRAZILIAN EXPERIENCE WITH REMEDIES IN DIGITAL MARKETS? AN EMPIRICAL ANALYSIS OF DECISIONS BY CADE	
<i>Existe uma experiência brasileira com remédios em mercados digitais? análise empírica de decisões do Cade</i>	36
INTEGRATING COMPETITION AND INDUSTRIAL POLICIES IN BRAZIL: PATHWAYS TO FOSTER A DYNAMIC DIGITAL ECONOMY THROUGH ANTITRUST AND INNOVATION	
<i>Integrando políticas concorrenciais e industriais no Brasil: caminhos para a promoção de uma economia digital dinâmica por meio do antitruste e da inovação</i>	57
COMPETITIVE IMPACTS OF DIGITALIZATION ON BRAZILIAN MARKET DYNAMICS: CASE STUDY ON RETAIL	
<i>Impactos concorrenciais da digitalização na dinâmica do mercado brasileiro: estudo de caso sobre o varejo</i>	73
INNOVATION CONCERNS IN HORIZONTAL MERGERS: EMPIRICAL EVIDENCE FROM BRAZILIAN MERGER CONTROL	
<i>Preocupações de inovação em fusões horizontais: evidência empírica do controle de fusões brasileiro</i>	95
A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UM ESTUDO DE CASO DA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE E CONFLITOS REGULATÓRIOS ENTRE CADE, BACEN E ANATEL NO SISTEMA ECONÔMICO BRASILEIRO	
<i>The complex relationship between sectoral regulation and competition defense: A study of the relationship of complementarity and regulatory conflicts between CADE, Bacen and Anatel in the Brazilian Economic System</i>	110

EL ESTÁNDAR DE PRUEBA DE CONOCIMIENTO MÁS ALLÁ DE TODA RAZONABLE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE INDECOPI – PERÚ: UNA MIRADA DESDE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (PRESUNCIÓN DE LICITUD)

The standard of proof of knowledge beyond all reasonableness doubt in the administrative sanctioning procedure of Indecopi - Peru: A view from the presumption of innocence (presumption of lawfulness)

139

O DIREITO DO TRABALHO EM FUGA E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO ANTITRUSTE NA PROTEÇÃO DE MOTORISTAS DE APLICATIVOS

Labor Law on the run and the new challenges of antitrust law in protecting app drivers

161

A POTENCIAL DESARTICULAÇÃO ENTRE A LIBERDADE ECONÔMICA E PRIVACIDADE DIGITAL EM CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS: ESTUDOS DE CASOS SOBRE ACESSO A DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES EM SITUAÇÕES DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE

The potential disarticulation between economic freedom and digital privacy verified in anti-competitive conducts: case studies about the access to consumer personal data in situations of abuse of dominant position

194

A REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA ENTRE PLATAFORMAS NA UNIÃO EUROPEIA: UMA ANÁLISE DO REGULAMENTO DOS MERCADOS DIGITAIS (DMA)

The regulation of competition between platforms in the European Union: an analysis of the Digital Markets Act (DMA)

209

ASSESSING DEMAND AND SUPPLY SUBSTITUTABILITY IN BRAZILIAN INTERNATIONAL AVIATION: A NETWORK THEORY APPROACH FOR ANTITRUST ANALYSIS

Avaliação da substituíbilidade de demanda e oferta na aviação internacional brasileira: uma abordagem da teoria das redes para análise antitruste

228

APRESENTAÇÃO

A Revista de Defesa da Concorrência (RDC) tem a satisfação de apresentar sua primeira edição de 2025, que reflete o contínuo esforço editorial em reunir e divulgar pesquisas relevantes e atuais sobre defesa da concorrência. Esta edição tem como ponto alto seção dedicada à publicação de cinco artigos apresentados no *III Rio International Workshop on Advances in Competition Policy Analysis*, realizado no final de 2024, resultado de uma colaboração entre o evento e a RDC. Os textos foram submetidos regularmente à plataforma da Revista e passaram pelo processo de avaliação por pares, reafirmando o compromisso com o rigor científico e a qualidade editorial.

O primeiro artigo analisa a jurisprudência do Cade no setor de saneamento básico desde a promulgação da Lei nº 12.529/2011, com destaque para as características estruturais do setor, a definição de mercado relevante e os critérios utilizados nas análises de concentração, explorando, nesse contexto, a privatização da Sabesp.

Na sequência, o segundo texto investiga a experiência brasileira com remédios em mercados digitais, a partir de revisão de literatura e estudo de casos, para verificar o posicionamento do Cade próprio ou se seguiu tendências de outras jurisdições. O terceiro analisa a interação entre políticas industriais e concorrenciais explorando o arcabouço regulatório do Brasil e suas implicações para a economia digital. O quarto artigo, por sua vez, realiza um estudo de caso e examina os impactos concorrenciais da digitalização sobre o setor varejista brasileiro, enquanto o quinto realiza revisão bibliográfica como o Cade tem discutido as questões de inovação na avaliação de atos de concentração, tomando como ponto de partida a literatura antitruste e as experiências dos EUA e da Comissão Europeia.

A edição prossegue com um artigo que explora a relação entre a regulação setorial e a defesa da concorrência, por meio de um estudo de caso sobre eventuais conflitos de competência entre o Cade, o Bacen e a Anatel. O sétimo estudo, de autoria de pesquisadores argentinos e colombianos, discute sobre o padrão de prova no procedimento de sanção administrativa do Indecopi, autoridade da concorrência do Peru, complementando a revisão bibliográfica realizada com uma análise heurística e proposicional do padrão de prova aplicável a tal procedimento.

No oitavo artigo, as autoras discutem o enfraquecimento do direito do trabalho, o papel do direito antitruste na relação da Uber e seus motoristas, e a sua reconfiguração para endereçar diferentes vulnerabilidades. Já o nono texto avalia a potencial desarticulação entre direitos civis e econômicos considerando em especial a utilização indevida de dados pessoais de consumidores, em situação de abuso de posição dominante. Aborda, ainda, a possibilidade de harmonização de interesses e direitos aparentemente opostos no âmbito da competência do Cade.

A regulação da concorrência entre plataformas digitais na União Europeia é o tema do décimo artigo, que apresenta uma análise crítica do *Digital Markets Act (DMA)* e seus impactos esperados para os mercados digitais. Encerrando esta edição, o último estudo utiliza métodos quantitativos e qualitativos, abordando a teoria das redes, para identificar a existência de substitutibilidade pelo lado da demanda e da oferta entre rotas internacionais com origem ou destino no Brasil, possibilitando uma análise mais precisa em processos de fusões e aquisições que impactam o mercado de aviação internacional brasileiro.

A equipe editorial da RDC agradece a todos os autores e pareceristas envolvidos na construção desta edição e reitera seu compromisso com a difusão de conhecimento qualificado e interdisciplinar sobre temas que envolvem a concorrência, tanto no Brasil quanto internacionalmente. Desejamos a todos uma excelente leitura!

Alexandre Cordeiro Macedo

Presidente do Cade

Victor Oliveira Fernandes

Editor-chefe da RDC

A REVIEW OF CADE'S CASE LAW IN THE WATER AND SANITATION SECTOR: A LACK OF CONSENSUS, THE SABESP'S CASE, AND WHAT TO EXPECT IN THE NEAR FUTURE¹

Revisão da jurisprudência do Cade sobre o setor de saneamento básico: ausência de consenso, o caso da Sabesp e o que esperar para o futuro próximo

Gesner Oliveira²

Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP) e GO Associados Consultoria Empresarial (GO Associados) – São Paulo/SP, Brasil

Rafael Pereira Oliveira³

GO Associados Consultoria Empresarial (GO Associados) – São Paulo/SP, Brasil

José Matheus Andrade⁴

GO Associados Consultoria Empresarial (GO Associados) – São Paulo/SP, Brasil

Fernanda Romero G. Pereira⁵

Fundação Getúlio Vargas (FGV-SP) – São Paulo/SP, Brasil

STRUCTURED SUMMARY

Objective: With the recent approval of the New Sanitation Legal Framework (Law No. 14,026/2020), the privatizations of Corsan in 2023 and Sabesp in 2024, and the prospect of several concession auctions in the next three years, it is expected that the Administrative Council for Economic Defense (Cade) will deepen its competitive analyses in the sector. This article examines Cade's case law on the Water and Sanitation sector since the enactment of Law No. 12,529/2011, focusing on three main aspects: (i) the structural characteristics of the sector; (ii) the definition of the relevant market, in its product and

¹ **Editor responsável:** Prof. Dr. Vítor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

Recebido em: 24/12/2024 **Aceito em:** 11/06/2025 **Publicado em:** 25/06/2025

² Sócio Executivo na GO Associados. Professor da Fundação Getúlio Vargas em São Paulo. PhD em Economia pela Universidade da Califórnia/Berkeley. Mestre em Economia pela Unicamp. Bacharel em Economia pela Universidade de São Paulo. Foi Presidente da Sabesp de 2007 a 2011 e Presidente do Cade de 1996 a 2000.

E-mail: gesner@goassociados.com.br **Lattes:** <https://lattes.cnpq.br/5490236458552356> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-4628-4331>

³ Gerente de Projetos e Macrosetorial na GO Associados. Mestre em Economia pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Economia pela Fundação Getúlio Vargas em São Paulo.

E-mail: rafael.oliveira@goassociados.com.br **Lattes:** <https://lattes.cnpq.br/8898014256402252> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0000-2732-7802>

⁴ Coordenador de Defesa da Concorrência na GO Associados. Mestre em Economia pela Universidade de São Paulo. Bacharel em Economia pela Universidade de Brasília.

E-mail: jose.matheus@goassociados.com.br **Lattes:** <https://lattes.cnpq.br/8445860467104322> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0001-8377-134X>

⁵ Graduanda em Economia pela Fundação Getúlio Vargas. Bacharel em Direito pela Fundação Getúlio Vargas.

E-mail: fernanda.rgp@gmail.com **Lattes:** <https://lattes.cnpq.br/8217256835032516> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0005-9027-6848>



geographic dimensions; and (ii) the criteria commonly used for concentration analyses. Finally, the article also explores Sabesp's privatization and the outlook not only for coming auctions, expected to drive approximately BRL 115 billion in investments and benefit a total of 35.9 million people, but also potential new privatizations.

Method: A descriptive review of Cade's case law on the Water and Sanitation sector, based on cases from the agency's database.

Conclusions: Since 2012, Cade has reviewed 30 merger cases involving concession regimes in the sector, with 12 occurring after 2020, indicating a positive impact of the new regulatory framework. Only 12 cases involved some sort of concentration analysis. Cade has established consensus that the sector has natural monopoly characteristics, focusing on competition for the market rather than within the market. Regarding relevant market definition, Cade sometimes treats water supply and sewage treatment services as a single market and sometimes as distinct markets, though it consistently defines the geographic dimension as national. For concentration analyses, one can notice there is still no consensus since three methodologies have been applied: (i) population served; (ii) potentially served economies; and (iii) equivalent population. Considering the wave of mergers, acquisitions, and potential new market entrants on the horizon, this is a timely opportunity for Cade to adopt a clearer approach in order to enhance its capacity to safeguard competition and, ultimately, foster the expansion of W&S services as well as their recognized social benefits.

Keywords: water and sanitation; Cade; concentration analysis; privatization; Sabesp; auctions.

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: com a recente aprovação do Novo Marco Legal do Saneamento (Lei nº 14.026/2020), as privatizações da Corsan em 2023 e da Sabesp em 2024, e a perspectiva de diversos leilões de concessões nos próximos três anos, espera-se que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) aprofunde suas análises concorrenciais no setor. Este artigo examina a jurisprudência do Cade sobre o setor de saneamento básico desde a promulgação da Lei nº 12.529/2011, com foco em três aspectos principais: (i) características estruturais do setor; (ii) definição de mercado relevante, nas dimensões produto e geográfica; e (iii) critérios comumente utilizados para análises de concentração. Ao final, o artigo também explora a privatização da Sabesp e as perspectivas tanto para os próximos leilões no setor, que devem movimentar cerca de R\$ 115 bilhões em investimentos e beneficiar um total de 35,9 milhões de pessoas, quanto para possíveis novas privatizações.

Método: revisão descritiva da jurisprudência do Cade sobre o setor de saneamento básico, baseada em processos na base de dados do órgão.

Conclusões: desde 2012, o Cade analisou 30 Atos de Concentração (ACs) envolvendo regimes de concessão no setor, sendo 12 após 2020, indicando um impacto positivo do novo marco regulatório. Apenas 12 casos incluíram algum tipo de análise de concentração. Conclui-se que o Cade consolidou o entendimento de que o setor possui características de monopólio natural, focando na competição pelo mercado, em vez de no mercado. Em relação à definição de mercado relevante, o Cade ora considera os serviços de abastecimento de água e tratamento de esgoto como um mercado único, ora os analisa separadamente, mas há consenso na dimensão geográfica, entendida como nacional. Por fim, no que se refere à análise de concentração, nota-se que ainda não há consenso, uma vez que já

foram aplicadas três metodologias: (i) população atendida; (ii) economias potencialmente atendidas; e (iii) população equivalente. Considerando a onda de fusões, aquisições e potenciais novos entrantes no mercado, abre-se uma janela de oportunidade para o Cade passar a adotar uma abordagem mais clara, a fim de aprimorar sua capacidade de proteger a concorrência e, em última instância, fomentar a expansão dos serviços de saneamento, bem como seus reconhecidos benefícios sociais.

Palavras-chave: saneamento básico; Cade; análise de concentração; privatização; Sabesp; leilões.

JEL Classification: K21; K23; L40; L43; L95

Summary: 1. Introduction; 2. Cade's Case Law in the W&S Sector; 2.1. Overview; 2.2. Structural Characteristics of Natural Monopoly and Competition for the Market; 2.3. Definition of Relevant Market; 2.4. Methodologies for Concentration Analysis; 3. The Sabesp Privatization Case and Auction Prospects in the W&S Sector; 4. Conclusions; References; Appendix.

1 INTRODUCTION

Since the approval of Law No. 14.026/2020 (New Sanitation Legal Framework) (Brasil, 2020), the Water and Sanitation (or W&S) sector has gained increasing prominence in Brazil. With the establishment of a legal framework that encourages investments and greater competition, there has been a rise in private concession auctions, an increase in investment potential, and the entry of new players into the market.

According to a study produced by the Instituto Trata Brasil and GO Associados (2024), the New Sanitation Legal Framework aimed to contribute to legislation that encourages investments in the sector, with at least five important changes: (i) definition of goals for the universalization of services; (ii) increased market competition with a ban on new Program Contracts; (iii) greater legal security for the privatization processes of state-owned companies; (iv) encouragement of regionalized service delivery; and (v) creation of a prominent role for the National Water and Basic Sanitation Agency (ANA) in regulating services.

The regionalized service delivery was the model chosen in recent studies conducted by the National Bank for Economic and Social Development (BNDES) for the states of Alagoas, Rio de Janeiro, Amapá, and Ceará, which groups several municipalities under a single contract (BNDES, [202-]). Additionally, BNDES supported at least 13 major concessions and privatization projects, from which three have already been concluded, and the rest are either scheduled for auction or in the final stages of structuring. These projects combined represent a total of approximately BRL 115 billion in planned investments and are expected to benefit an estimated 35.9 million people (Campos Junior, 2024). The Public-Private Partnership (PPP) of the Paraná Sanitation Company (Paraná [...], 2024) involved 112 municipalities in the state and was won by Saneamento Consultoria, Acciona (who entered the market), and Iguá Saneamento (Iguá [...], 2024).

More investments in the sector imply significant multiplier positive effects on the economy. According to Trata Brasil and GO Associados (2024), the estimated annual investments of R\$ 46.3 billion



required for the universalization of services – the main goal of the New Sanitation Legal Framework – could generate GDP growth of around R\$ 58.1 billion annually.

Instituto Trata Brasil (2024) also points to several social benefits of access to canalized water such as: (i) negative correlation with the probability of gastrointestinal diseases such as diarrhea; (ii) negative correlation with respiratory diseases; (iii) increase in wages of about 3%; (iv) better scores at the National University Admission Exam (ENEM); (v) increase in real estate value in about 6%; (vi) increase in the number of employees in the tourism sector. Other studies seem to agree on the social benefits of sanitation⁶.

In this scenario, notable acquisitions have captured the attention of the national and international market, including large privatizations such as the one of Companhia Riograndense de Saneamento (Corsan) which took place in Rio Grande do Sul in 2023, and the one of Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo (Sabesp) which took place in São Paulo in 2024.

This recent trend involving the prospect of new privatizations and auctions over the next three years, suggests that the Administrative Council for Economic Defense (Cade in Portuguese) will need to deepen its competitive analyses in the sector, which has historically been characterized by low concentration, high rivalry, and a predominance of merger cases (concentration acts or ACs in Portuguese) judged through fast-track proceedings.

This article aims to analyze Cade's case law since the enactment of Law No. 12,529/2011 (Brazilian Competition Law) to understand its position on three main aspects. First, the structural characteristics of the W&S sector, which is regulated and regarded as a natural monopoly, with competition for the market instead of within the market. Second, the definition of the relevant market, in its product and geographic dimensions. Third, the criteria commonly used for concentration analyses.

In addition, the article presents the outlook for auctions in the sector in the post-Sabesp privatization scenario, which are expected to generate around BRL 115 billion in investments and benefit a total of 35.9 million people (Campos Junior, 2024). Other privatizations might take place in the coming years, such as the one of Companhia de Saneamento of Minas Gerais (Copasa). The aim is to elucidate to market agents and those interested in pursuing new mergers and acquisitions in the W&S sector how Cade's analyses have taken place so far.

To address all these points, the article is structured into four sections, with the first being this Introduction. Section 2 presents Cade's case law in the W&S sector. Section 3 discusses in more detail the case of Sabesp's privatization⁷, which was approved without restrictions in August 2024, and presents the privatization and auction prospects in the sector in the coming years. The final section provides concluding remarks.

6 For instance, according to Galiani, Gertlet and Schargrodsky (2005) and Fujiwara (2005), more investments in the sector reduced child mortality both in Argentina and Brazil, respectively.

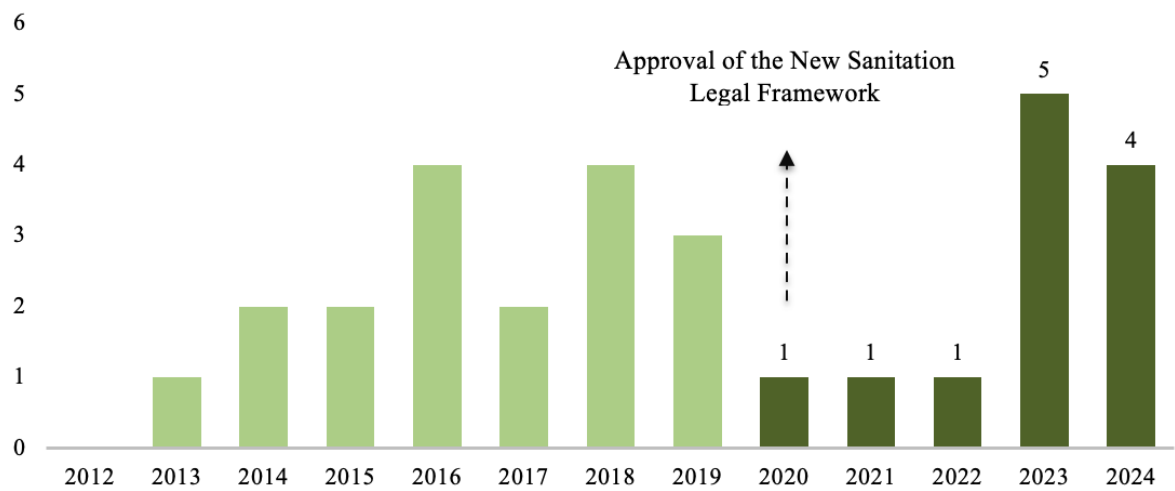
7 Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96. All Cade public proceedings mentioned in this article can be consulted at: <https://x.gd/GVzoO>.

2 CADE’S CASE LAW IN THE W&S SECTOR

2.1. Overview

Cade’s case law concerning the W&S sector is relatively extensive. Since 2012, when the Brazilian Competition Law came into effect, 30 merger cases involving concession regimes in the sector have been judged⁸. As shown in Graph 1, of this total, 12 cases were notified after 2020, suggesting a positive effect from the New Sanitation Legal Framework. In 2023 and 2024 alone (up to August), disregarding the worst years of the Covid-19 pandemic, eight cases were notified. As discussed later, the recent trend points to an increase in new entries and investments in the coming years.

Graph 1 - Number of mergers in the W&S Sector per year since the Brazilian Competition Law



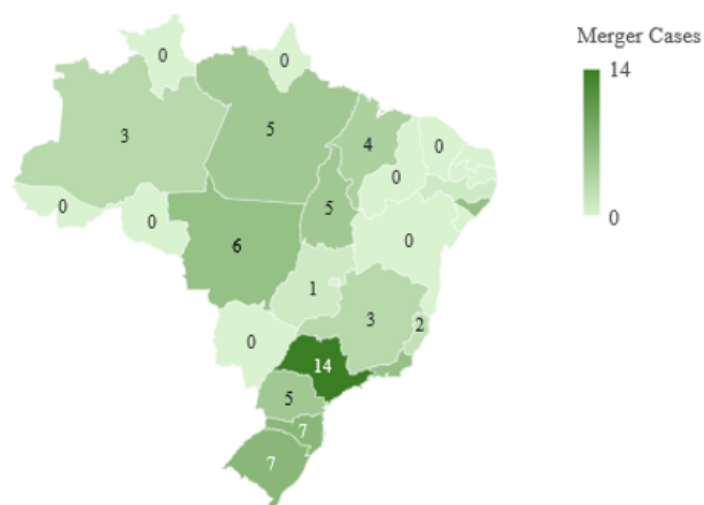
Source: Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96. Prepared by the authors.

Regarding the geographical distribution of ACs analyzed by Cade, one can observe a predominance in the Southeast and South regions: the state of São Paulo leads with 14 cases, followed by Rio Grande do Sul and Santa Catarina with seven each. Alagoas, Mato Grosso, and Rio de Janeiro follow, each with six cases (Graph 2). Finally, 11 states (mostly in the North and Northeast) were not affected by the analyzed operations.

⁸ This period extends until August 2024, the date of the last consultation for this article. The list excludes cases involving water and effluent treatment solutions for industrial clients, focusing only on municipal-level water supply and sewage services under concession regimes. For industrial treatment solutions, see, for example: AC No. 08700.001437/2024-61, AC No. 08700.001424/2024-91, AC No. 08700.004875/2020-57, AC No. 08700.007552/2016-39, AC No. 08700.006646/2016-91, and AC No. 08700.010354/2013-00, among others.



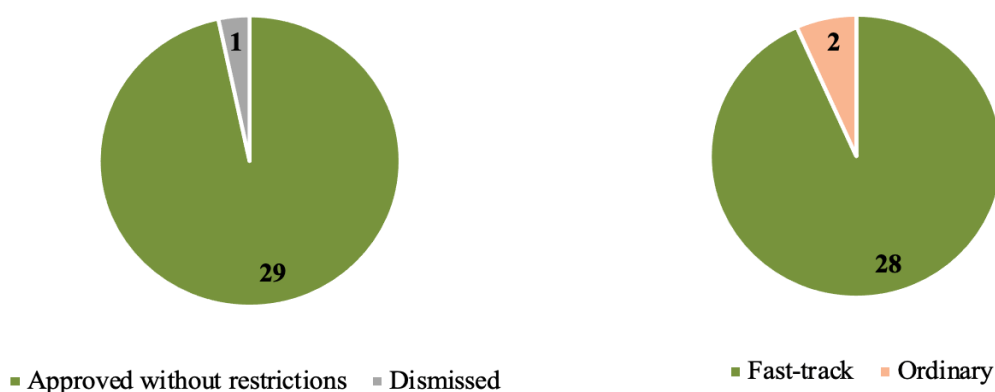
Graph 2 - Geographic Distribution of Mergers in the W&S Sector Analyzed by Cade by Target Company's State of Operation



Source: Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96. Prepared by the authors.

As for Cade's decisions, with only one exception (in which the merger case was not acknowledged), all cases were approved without restrictions (Graph 3). Furthermore, 28 of the 30 merger cases were analyzed under fast-track proceedings. The two cases under ordinary proceedings were notified in 2018 and involved Aegea Saneamento e Participações S.A. (Aegea)⁹. In these cases, the ordinary proceedings were adopted because Cade decided to be conservative and considered the market shares of only private companies. In this scenario, Aegea's market share exceeded the threshold of 20% of Cade Resolution No. 33/2022¹⁰. At the end, however, Cade concluded that: (i) there were lots of competitors in the market; (ii) competition happens for the market (ex-ante); (iii) there were low entry barriers to participate in bidding processes; and (iv) there was a lack of W&S coverage in Brazil, which implied large space for competitors and new entries.

Graph 3 - Decisions and Review Procedure at Cade for Mergers in the W&S Sector



Source: Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96. Prepared by the authors.

⁹ AC No. 08700.001557/2018-10 and AC No. 08700.002516/2018-41.

¹⁰ Opinion No. 4/2018/CGAA4/SGA1/SG, Case No. 08700.001557/2018-10 and Opinion No. 7/2018/CGAA4/SGA1/SG, Case No. 08700.002516/2018-41.

The fact that most cases were analyzed under fast-track proceedings reveals the low concentration in the sector, which is historically marked by a high number of players nationwide and a high level of competition for the market. However, it is worth noting that concentration analysis – which involves evaluating market shares of the applicants before and after the transaction – has become relatively more frequent in recent years.

Since the enactment of the Brazilian Competition Law, out of the 30 cases analyzed, 12 cases involved some sort of concentration analysis. Out of these 12, eight were notified after the New Sanitation Legal Framework, and six were notified between 2023 and 2024 (up to August). In addition, in eight of the 12 cases with concentration analyses, Cade assessed both private and public companies' market shares, indicating another recent trend.

Table 1 provides a summary with relevant information on the 12 cases with concentration analyses. In cases where the calculated share exceeded the legal threshold of 20%, the sector's competitive rivalry was deemed sufficient by Cade to reduce the likelihood of market power being exercised.

The geographical relevant market was considered national in all cases, while in the product dimension, water and sewage services were sometimes considered together and sometimes as separate markets. It is worth highlighting the lack of consensus in Cade's decisions regarding methodologies for concentration analyses. As further explored below, three approaches have been considered: (i) served population, (ii) potentially served economies, and (iii) equivalent population.

Table 1 - Summary of the 12 Merger Cases with Concentration Analyses

#	Case No.	Applicants	Relevant Market (Product)	Relevant Market (Geographic)	Concentration Analysis	Methodology
1	08700.007545/2016-37	Aegea and Construtora Aterpa	Water and sewage (joint)	National	Combined share below 20%	Potentially served economies
2	08700.001278/2018-56	Aegea and Construtora Aterpa	Water and sewage (joint)	National	Combined share above 20% (but presence of rivalry)	Potentially served economies
3	08700.001557/2018-10	Aegea and Solví	Water and sewage (joint)	National	Combined share above 30% (but presence of rivalry)	Potentially served economies
4	08700.002516/2018-41	Aegea, Sagua and OAS Soluções Ambientais	Water and sewage (joint)	National	Combined share above 30% (but presence of rivalry)	Potentially served economies
5	08700.003895/2020-19	BRK Ambiental and FI-FGTS	Water and sewage (joint)	National	Combined share below 20%	Potentially served economies
6	08700.008273/2022-31	Servy Investments and N Saneamento FIP-IE	Water and sewage (separate)	National	Combined share below 10%	Served population

#	Case No.	Applicants	Relevant Market (Product)	Relevant Market (Geographic)	Concentration Analysis	Methodology
7	08700.000339/2023-25	Corsan, Parsan and Saneamento Consultoria	Water and sewage (joint)	National	Combined share below 20%	Potentially served economies and Equivalent population
8	08700.005128/2023-89	Norte Saneamento, Iguã Saneamento, Esap, Itapoã Saneamento and Tubarão Saneamento	Water and sewage (separate)	National	Combined share below 20%	Served population
9	08700.007167/2023-11	Duane do Brasil, Tubarão Saneamento and Iguã Saneamento	Water and sewage (separate)	National	Combined share below 20%	Served population
10	08700.000233/2024-11	Terracom and Saneamento Ambiental Águas do Brasil	Water and sewage (separate)	National	Combined share below 10%	Served population
11	08700.003394/2024-58	Canada Pension Plan Investment Board and Iguã Saneamento	Water and sewage (separate)	National	Combined share below 10%	Served population
12	08700.005228/2024-96	Equatorial Energia and Sabesp	Water and sewage (joint)	National	Combined share below 20%	Potentially served economies and Equivalent population and Served population

Source: Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96. Prepared by the authors.

In the next subsections, Cade's perspective on the W&S sector in Brazil will be detailed, focusing primarily on the 12 cases mentioned above where there was a relatively deeper competitive analysis. Subsection 2.2 provides more details on the authority's case law regarding the structural characteristics of the sector, which is marked by a natural monopoly regime and competition for the market. Subsection 2.3 addresses the definition of the relevant market in its product and geographic dimensions. Subsection 2.4 demonstrates the existing lack of consensus on the most appropriate methodology for the concentration analysis.

2.2 Structural Characteristics of Natural Monopoly and Competition for the Market

Cade's case law is well-established in affirming that the W&S sector is characterized by a natural monopoly regime at the municipal level, given its high fixed costs and low marginal costs. In this context, services are exclusively provided by a specific concessionaire, in accordance with the limits defined by the granting authority in concession contracts. This understanding is settled in Cade's case law, as revealed by Opinion No. 452/2023 recently issued by the General Superintendence (GS) in the context of AC No. 08700.007167/2023-11:

In previous decisions, Cade recognized that services related to sanitation (water and sewage services) are considered a natural monopoly. In this sense, the activity is exclusively carried out by the concessionaire, within the limits of the concession granted by the Public Authority. This is because the specific characteristics of these activities make it economically unfeasible for more than one concessionaire to be established and operate in the same locality (Free translation; emphasis added).

Therefore, unlike what occurs in unregulated markets, there is no competition within the market in this sector, but rather competition for the market, at the public bidding, that is, *ex ante*, before the beginning of the operations by the concessionaires. This understanding is also highlighted in the GS's opinion:

*16. [...] By adopting the municipal dimension, it is considered that, as it is a **natural monopoly involving high fixed costs and low marginal costs**, only one company can operate efficiently in each locality.*

17. However, as it is a natural monopoly, there is competition promoted through concessions by the Public Authority, which occurs for the market, at the time of public service bidding, and not within the market [...] (Free translation; emphasis added).

These statements by the GS reinforce the understanding that, in the W&S sector, competition takes place *ex ante* through bidding procedures rather than in the market itself. This institutional structure directly shapes how relevant markets are defined and how competitive dynamics should be assessed. The next section explores how Cade has approached the definition of relevant market in merger cases, focusing on its product and geographic dimensions.

2.3 Definition of Relevant Market

The relevant market represents the set of agents that effectively respond to the strategies (e.g., pricing or quantity adjustments) of the resulting company in a given transaction. It is divided into two dimensions: product and geography. The product dimension, from a supply perspective, encompasses goods or services produced by companies that, using the same facilities and resources, can meet the same demand. The geographic dimension, in turn, includes the area where companies compete (Cade, 2016).

According to the Brazilian Ministry of Regional Development, sanitation services primarily include the supply of drinking water and sewage treatment¹¹, although some companies in the sector also operate in related areas such as raw water production projects, industrial sanitation market, urban cleaning and solid waste management, and urban stormwater drainage and management (Brasil, 2020).

Cade, however, considers that related activities such as the capture and treatment of water and industrial effluents, as well as the development of private solutions for industries, do not align with sanitation services¹². Thus, in the product dimension, the market is typically defined by the Brazilian authority as water supply and/or sewage treatment services. Water and sewage networks are considered together since “their operators generally engage in both activities, which eliminates the need for segmentation into multiple markets”¹³, however, there are precedents where water and sewage services were analyzed separately¹⁴.

Although case law is not consolidated on this matter, the approach of treating water and sewage services jointly seems to be reasonable. The same concessionaires usually provide both services, unlike waste and drainage services, which are typically performed independently. Moreover, there is a strong integration between the two activities, especially commercially since water and sewage charges are billed on the same account.

Considering that it is a market of service provision, rather than the production and commercialization of a product, and that there are no geographical limits in terms of operations — a company with the know-how for providing these services can easily develop projects in any region — competition for the market usually involves players throughout the national territory and, depending on the bidding conditions, international players.

As highlighted by Cade: “[A]ccording to precedents, the geographic dimension of the market in question can be seen in a broader, national scope, which may even include the participation of international players”¹⁵. Additionally, in general, Cade recognizes that water and sewage services in a given concession can be performed by both public and private companies, which justifies the recent trend toward preferring concentration analysis involving more players.

Thus, concerning the geographic dimension, when considering competition within the market, Cade defines the market at the municipal level, where — being a natural monopoly—only one company operates in each municipality. However, as the focus is on competition for the market, the geographic dimension for competitive analysis is defined as national, as it involves competition in bids where a variety of players, including public and private, national, and international, can participate. Table 2 summarizes the two dimensions of the relevant market considered by Cade in merger cases involving the W&S sector.

11 As stated in the report Diagnóstico Temático Serviços de Água e Esgoto, this service consists of “the activities and the provision and maintenance of the infrastructure and operational facilities necessary for the public supply of drinking water, from collection to household connections and their measuring instruments” (Brasil, 2023, p. 6).

12 See, for example: AC Nos. 08700.001437/2024-61, 08700.001424/2024-91, 08700.004875/2020-57, 08700.007552/2016-39, 08700.006646/2016-91, and 08700.010354/2013-00.

13 Opinion No 452/2023/CGAA5/SGA1/SG. Case No 08700.007167/2023-11.

14 See, for example: AC Nos. 08700.008273/2022-31, 08700.005128/2023-89, 08700.007167/2023-11, 08700.000233/2024-11, and 08700.003394/2024-58.

15 Supra note 8.

Table 2 - Summary of the Relevant Market in Mergers Involving the W&S Sector

Mode of Competition	Product Dimension	Geographic Dimension
Within the market	Water supply and/or sewage treatment services	Municipal
For the market	Water supply and/or sewage treatment services	National

Source: Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96. Prepared by the authors.

2.4 Methodologies for Concentration Analysis

The structural characteristics of the W&S sector and the dynamics of competition for the market imply a dispersed market at the national level, which explains the low concentration levels and low probability of competitive risks arising from mergers notified to Cade. As a result, Cade's precedents do not show in-depth analyses or consolidated guidelines regarding, for example, the methodology for market share analysis, even in the two merger cases assessed under ordinary proceedings.

As presented in Table 1, Cade has adopted three distinct methodologies for concentration analysis in cases notified since the enactment of the Brazilian Competition Law: (i) served population; (ii) potentially served economies; and (iii) equivalent population. Each of these methodologies will be presented below, including the respective calculation methods and the indicators from the National Sanitation Information System of the Ministry of Cities (SNIS in Portuguese) used as the basis for the calculations.

Served Population

The market share of a given player $p \in \{1, \dots, P\}$ is calculated by dividing the served population variable for this specific player by the total population served by all P players in the market:

$$\text{Market Share}_p = \frac{\text{Served Population}_p}{\sum_{p=1}^P \text{Served Population}_p}$$

The variable $\text{Served Population}_p$ is constructed for water or sewage services based on indicators AG001 (total population served with water supply) and ES001 (total population served with sewage treatment) from SNIS, respectively:

$$\text{Served Population}_p = \sum_{n=1}^N \text{AG001}(\text{mun}_n) \times \text{Equity Share}_{np}$$

or

$$\text{Served Population}_p = \sum_{n=1}^N \text{ES001}(\text{mun}_n) \times \text{Equity Share}_{np}$$



Where $n \in \{1, \dots, N\}$ represents each municipality in the country mapped in the SNIS database. The $Equity Share_{np}$, which represents the equity share of player p in the water and/or sewage concession in municipality n , can be included in the calculation to account for the possibility of consortia formed by more than one player. However, this variable is not typically used or explicitly mentioned in Cade's precedents that use this methodology.

It is worth noting that the served population methodology considers the population effectively served by water or sewage networks, as they are distinct indicators extracted from the SNIS database. Since this number is not necessarily the same for both networks, the analysis is conducted separately for each of these markets, which contrasts with the more commonly used relevant market definition in the product dimension that includes both services in an integrated manner.

Another limitation of this methodology is that, by considering the population effectively served, it only accounts for the existing coverage in the municipalities, not reflecting the potential market of each player in their concessions. Nonetheless, Cade's case law reveals that this is the most used metric in cases involving the W&S sector¹⁶.

Potentially Served Economies

Similarly, the market share of a given player p is calculated by dividing the potentially served economies of this specific player by the total potentially served economies in the entire market:

$$Market Share_p = \frac{Potentially Served Economies_p}{\sum_{p=1}^P Potentially Served Economies_p}$$

The variable $Potentially Served Economies_p$ (or PSE_p), in turn, is constructed from the SNIS indicator AG003 (number of active water connections):

$$PSE_p = \sum_{n=1}^N [AG003(mun_n) \times Service_n] \times Equity Share_{np}$$

Where $Service_n$ in municipality n is a binary variable equal to 1 if only water or sewage services are provided in that municipality, and equal to 2 if both are provided. As with the served population methodology, $Equity Share_{np}$ can be included in the equation to represent player p 's equity in the concession in municipality n , although it is not commonly used or explicitly mentioned in Cade's precedents.

It should be noted that the AG003 indicator is used for both water and sewage services, because the services are sometimes considered similar or integrated, so that the level of water market coverage is considered a proxy for the potential sewage market¹⁷. Thus, in municipalities where only water is granted or only sewage is granted, the equation for potentially served economies for a given player becomes ($Service_n=1$):

¹⁶ Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96.

¹⁷ However, in AC No. 08700.003895/2020-19, the variables AG003 and ES003 (number of active sewage connections) were used separately for the analysis of potentially served economies. In this case, for municipalities where both water and sewage concessions existed, the variables AG003 and ES003 were added instead of multiplying the variable AG003 by 2.

$$PSE_p = \sum_{n=1}^N AG003 (mun_n) \times Equity Share_{np}$$

And in municipalities where both water and sewage are granted, the equation for potentially served economies for a given player is given by ($Service_n=2$):

$$PSE_p = \sum_{n=1}^N AG003 (mun_n) \times 2 \times Equity Share_{np}$$

SNIS defines economies as “dwellings, apartments, commercial units, office rooms, industries, public agencies, and the like [...] that are served by water supply and/or sewage services”. Active economies are defined as those economies that were connected and served by the water or sewage network, as applicable, in the reference year. (Brasil, 2020).

The use of the active economies indicator is justified because economies — not people — are the units directly served by the players in the W&S sector. However, like the served population methodology, this approach also does not consider the potential demand that could be met by new entrants or by the expansion of services of existing players in their respective concessions. Thus, the term potentially in “potentially served economies” only refers to the potential sewage demand compared to the existing water demand in that market, as the AG003 indicator (active water connections) is used for both water and sewage¹⁸.

Equivalent Population

As in the other methodologies, the market share of a given player p is calculated by dividing the equivalent population of this specific player by the total equivalent population of all P players in the market:

$$Market Share_p = \frac{Equivalent Population_p}{\sum_{p=1}^P Equivalent Population_p}$$

The variable *Equivalent Population_p* is constructed from the “POP_URB” indicator (urban population of the municipality in the reference year) calculated by the Brazilian Institute of Geography and Statistics (IBGE in Portuguese) and available in the SNIS database. This variable includes the entire urban population of the municipality, meaning both those served and not served by sanitation services.

The choice of urban rather than total population (i.e., urban, and rural population) considers the fact that most existing contracts in the W&S sector cover only urban areas. Public water supply services (water and sewage systems, including networks), thus, cover only urban areas. In rural areas, solutions tend to be individual (such as wells or septic tanks). Therefore, urban population data provide a more accurate representation of the areas serviced under concession contracts in the W&S sector.

18 Opinion No. 7/2018/CGAA4/SGA1/SG. Case No. 08700.002516/2018-41.

Mathematically, the equivalent population variable *Equivalent Population_p* can be described as:

$$Equivalent\ Population_p = \sum_{n=1}^N [POP_URB(mun_n) \times Service_n] \times Equity\ Share_{np}$$

Where, as with potentially served economies, *Service_n* in municipality represents a binary variable equal to 1 if only water or sewage services are provided in that municipality, and equal to 2 if both are provided. *Equity Share_{np}* may represent the equity share of player *p* in the concession of municipality *n*.

Since the equivalent population methodology relies on the municipality's urban population to estimate each player's market and considers water and sewage services in an integrated manner (as the potentially served economies methodology), this approach captures the potential market for both water and sewage services available in each municipality. Table 3 summarizes the main characteristics of the three methodologies considered by Cade.

Table 3 - Summary of the Main Characteristics of the Three Methodologies for Concentration Analysis at Cade

Methodology	Considers National in Geographic Dimension?	Considers Water and Sewage in Product Dimension?	Considers Potential Market?
Served Population	Yes	No	No
Potentially Served Economies	Yes	Yes	No (for sewage assumes water as reference)
Equivalent Population	Yes	Yes	Yes

Source: Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96. Prepared by the authors.

The consideration of the potential market makes sense in the W&S sector in Brazil for two main reasons. First, although sanitation concession contracts do not necessarily mandate the service of the entire population of a given municipality within a specific period, they usually allow concessionaires to accelerate service provision up to the full municipal population during the contract's term.

Second, in addition to a concessionaire's right to full-service coverage, the New Sanitation Legal Framework set service targets of 99% of the population with drinking water and 90% of the population with sewage collection and treatment by December 31, 2033, implying a trend of incorporating universalization goals in concessions equal to or exceeding those of the New Sanitation Legal Framework.

For the sake of illustration, examples of market share calculations in the sector based on the equivalent population methodology are presented below.

Example of Equivalent Population Calculation for Each Service Provider

The first steps in calculating market share using the equivalent population methodology involve selecting the municipalities with water, sewage, or both types of concessions listed in the SNIS database and gathering the respective POP_URB data. Once these steps are completed, the next step is to identify the respective service provider(s). An illustrative example is provided below.

Suppose that in the municipality of Timon, located in the state of Maranhão (MA), the provider, Company A, is a private company responsible for both water and sewage services. As both services are provided, we consider $Service_n = 2$. Thus, according to SNIS data, with 2021 as the reference year, the total equivalent population in this municipality for Company A is calculated as $148,917 \times 2 = 297,834$.

In the case of Blumenau, located in the state of Santa Catarina (SC), the provider is Company B, a private company that exclusively provides sewage services. Water services in this municipality are handled by Company C, a public company. Since Company B only provides sewage services, we consider $Service_n = 1$. Therefore, the total equivalent population in this municipality for Company B is calculated as $366,418 \times 1 = 366,418$. This same calculation applies to Company C. This illustrative example is summarized in Table 4.

Table 4 - Hypothetical Example of Equivalent Population Calculation

Municipality (State)	Reference Year	Provider	Type of Provider	Service	Urban Population	Equivalent Population
Timon (MA)	2021	Company A	Private	Water and Sewage	148,917	297,834
Blumenau (SC)	2021	Company B	Private	Sewage	366,418	366,418
Blumenau (SC)	2021	Company C	Public	Water	366,418	366,418

Source: SNIS, 2021. Prepared by the authors.

However, there might be cases where the operator responsible for the sanitation service concession in the municipality has more than one partner, either through a consortium formed at the time of bidding or through the future acquisition of equity in the concessionaire. Thus, to distinguish the total equivalent population served by each player, if market data is available, it is also possible to create scenarios by weighing the total calculated for each municipality by the equity stake in each concessionaire¹⁹.

Table 5 presents an example of a municipality with more than one controller, Água Santa, located in the state of Rio Grande do Sul (RS), and compares it to the case of Timon (MA) mentioned previously. Following the transaction involving Aegea, Perfin, and Kinea during the privatization of Corsan, the shares in the concession of the municipality of Água Santa (RS) were distributed as 75% to Aegea, 20% to Perfin, and 5% to Kinea²⁰. Since the concession includes both water and sewage services, the urban population is multiplied by 2 to find the equivalent population. Finally, the result is weighted according to each player's stake. Thus, the municipality has an equivalent population of $1,453 \times 2 = 2,906$, of which 75% corresponds to Aegea (2,179.5), 20% to Perfin (581.2), and 5% to Kinea (145.3).

¹⁹ Such breakdown can be performed for all controllers holding stakes in any concessionaire in Brazil, including financial market players such as investment funds. However, Cade usually prioritizes more conservative approaches in terms of competition risks.

²⁰ Opinion No. 43/2023/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.000339/2023-25.



Table 5 - Example of Equivalent Population Calculation in a Concession with More Than One Controller

Municipality (State)	Reference Year	Providers	Type of Provider	Service	Share	Urban Population	Equivalent Population
Timon (MA)	2021	Company A	Private	Water and Sewage	100%	148,917	297,834
Água Santa (RS)	2021	Aegea	Private	Water and Sewage	75%	1,453	2,179.5
Água Santa (RS)	2021	Perfin	Private	Water and Sewage	20%	1,453	581.2
Água Santa (RS)	2021	Kinea	Private	Water and Sewage	5%	1,453	145.3

Source: AC No. 08700.0003339/2023-25 based on SNIS and Aegea, 2023. Prepared by the authors.

In the case of Corsan's privatization, the company was acquired by a consortium formed by non-operational vehicles owned by Aegea (75%), Perfin (20%), and Kinea (5%). Using the consortium's shares and the 2021 SNIS database, the equivalent population methodology was applied, yielding the results shown in Table 6. As the resulting concentration was below 20%, the transaction was classified as a fast-track procedure and approved without restrictions by Cade²¹.

Table 6 - Market Shares in the Corsan Privatization Case

Providers	Equivalent Population		Market Share	
	Pre-Operation	Post-Operation	Pre-Operation	Post-Operation
Corsan	11,202,837	0	3.12%	0.00%
Aegea	37,992,667	46,394,795	10.58%	12.92%
Perfin	0	2,240,567	0.00%	0.62%
Kinea	0	560,142	0.00%	0.16%

Source: Opinion No. 43/2023/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.0003339/2023-25. Prepared by the authors.

Bottom Line

As indicated above, the equivalent population methodology has the advantage of incorporating the potential market each player could access within their respective water and/or sewage concessions into the market share analysis. By considering the potential market, this methodology aligns not only with Cade's relevant product market definition but also with the service delivery model and universalization objectives characteristic of the W&S sector.

However, this approach alone has limitations. While it captures the potential market, it does not necessarily reflect the actual service provision and, consequently, the actual market shares, which is important for the competition authority to take into consideration. For that matter, an approach that relies on active economies would be a better fit, since these are the units who are effectively connected to and served by the water or sewage network. Therefore, a combination of methodologies may be beneficial, allowing Cade to analyze different market scenarios.

21 Supra note 15.

This need for a dual perspective is aligned with Benitez and Estache's (2005) assessment for the World Bank on market concentration in infrastructure sectors. In their analysis of water and sanitation markets, they propose two proxies for market share calculation: the population covered and the total population. The population covered represents an upper bound, reflecting the maximum concentration among existing providers, while the total population serves as a lower bound, capturing potential competition and expansion opportunities in underserved areas.

Similarly, PSI & PRACTICA Foundation Practices, Research and Operations in Water, Sanitation and Hygiene (Pro-Wash, 2021), assessed the size of a sanitation market for investment purposes, emphasizing the importance of considering both the potential market and the actual service units. They recommend using demographic data, such as total population and population growth rate, as key indicators of market potential, while also refining this proxy by considering households as the actual service units in the sanitation sector. This distinction ensures a clearer picture of both theoretical market expansion and existing service provision, offering a more robust basis for market analysis and investment decisions.

As discussed before, on one hand, the equivalent population methodology captures the potential market, but it may overestimate service reach. On the other hand, the potentially served economies methodology measures actual service units connected and paying for sanitation, but it does not consider the potential market. A dual approach might enable Cade to evaluate competition dynamics more effectively in the W&S sector, ensuring that consolidation does not compromise service quality or access.

In any case, it is important to note that all existing methodologies have limitations, such as the reliance on self-reported data in the SNIS survey. This data may not cover all municipalities and W&S service providers, potentially introducing some noise. Nevertheless, this limitation is somewhat mitigated by the representativeness of the database. According to a SNIS report of 2022, the survey covered 97.9% of municipalities and 99.3% of the Brazilian population (Brasil, 2023).

Additionally, since the sanitation sector involves competition for the market, there could be a multitude of potential new players not accounted for in the market share analysis (who may operate not only in other infrastructure sectors but also in the financial market) and who would be fully capable of participating in future bids. This tends to overestimate the perceived market power of incumbent players more than in unregulated markets with competition within the market.

3 THE SABESP PRIVATIZATION CASE AND AUCTION PROSPECTS IN THE W&S SECTOR

Sabesp has been in existence for 50 years and operates in all regions of the state of São Paulo, serving a total of 375 municipalities and 28 million people in water distribution, sewage collection, and treatment (São Paulo, 2023). It is the largest water and sewage company in the Americas, ranks among the five largest globally in terms of revenue, and is the leading investor in W&S in Brazil, accounting for 33% of total investments, considering the 2011-2020 SNIS average.

Given the changes brought by the New Sanitation Legal Framework and the need to reposition the company following the expiration of the so-called "Contratos de Programa"²², the state government

of São Paulo decided to privatize Sabesp to achieve: (i) an increase in investments to BRL 66 billion to accelerate the universalization of sanitation to 2029, including rural areas and irregular urban areas currently unserved (as opposed to BRL 56 billion by 2033 in the original plan); (ii) a reduction in water tariffs; and (iii) strengthening and leveraging the company so it can operate nationwide and internationally.

Thus, on July 22, 2024, following studies conducted by the International Finance Corporation (IFC) to assess the best business model for the privatization, the company’s public share offering was finalized. Equatorial Energia S.A. (Equatorial) was the sole participant²³ and won the bid, acquiring a 15% stake in Sabesp’s capital stock (Napoli, 2024).

On July 23, the transaction was notified to Cade. It is worth noting that this privatization falls under the type of merger case described in item II of article 90 of the Brazilian Competition Law. Moreover, the Sabesp case fits under letter (a) of item II of article 10 of Cade Resolution No. 33/2022, which mandates notification for cases where the acquisition results in a direct or indirect stake of 5% or more in the voting or equity capital of a competing company²⁴.

Table 7 provides an estimate of market shares in the sanitation sector prior to Sabesp’s privatization, using data broken down by company during the privatization of Corsan, the most significant recent transaction in the sector before Sabesp. The post-Corsan transaction data were provided by the applicants (Aegea, Perfin, and Kinea) based on the 2021 SNIS database and consider the equivalent population approach.²⁵

The data show that Sabesp ranked first with a 16.90% share of the national market, while Equatorial held only 0.34%, according to 2021 SNIS estimates. Following the privatization, the combined market share would be 17.24%, remaining below Cade’s 20% threshold for horizontal mergers. Additionally, the Herfindahl-Hirschman Index (HHI) variation was less than 100, classifying the transaction as a “small change in concentration,” which, according to Cade, is unlikely to result in adverse competitive effects (Cade, 2016).

Table 7 - Market Share Based on Equivalent Population

Provider	Share
Sabesp	16.90%
Aegea	12.92%
Copasa	7.65%
Embasa	5.36%
Sanepar	5.17%
BRK Ambiental	3.58%
Compesa	3.09%

tion services) and State Basic Sanitation Companies (CESB), established without a bidding process. For more details on these agreements, see, for example, Loureiro (2020).

23 More information about Aegea’s withdrawal is available at Napoli (2024).

24 Under Article 89 of the Brazilian Competition Law, Cade regulates the prior analysis of concentration acts for auctions, tenders, and public stock acquisitions. However, per Article 108 of Cade’s Internal Regulations, public offerings are not subject to prior approval. Paragraph 1 clarifies that the exercise of political rights linked to the acquired stake is prohibited until Cade approves the transaction. Thus, while Cade does not analyze public offerings in advance, as in Sabesp’s case, political rights related to the acquisition may require approval depending on the stake acquired (Brasil, 2011).

25 Opinion No. 43/2023/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.000339/2023-25.

Saneago	3.07%
Cagece	2.14%
Águas do Brasil	2.00%
Caema	1.77%
Caesb	1.66%
Cagepa	1.64%
Perfin	0.62%
Kinea	0.16%
Corsan	0.00%
Equatorial	0.34%
Others*	31.91%
Total	100%

Source: Opinion No. 43/2023/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.000339/2023-25. Adapted by the authors to consider only the post-operation scenario of Corsan. (*) The “Others” category includes all market players with a share below 1.64%, excluding Perfin and Kinea (as the applicants’ calculations accounted for the different players in the Aegea consortium that won the bid), as well as Equatorial (whose estimated 0.34% share was subtracted from the original “Others” total of 32.25% and specified separately in the table).

In the notification form for the acquisition of Sabesp shares by Equatorial, market shares in the W&S sector²⁶ were presented based on 2022 SNIS database using the three previously discussed methodologies: (i) served population; (ii) potentially served economies; and (iii) equivalent population.²⁷⁻²⁸ As expected, Tables 8 and 9 show that the combined shares reported by the applicants ranged between 10% and 20% for the three methodologies, except in the case of sewage using the served population approach, which fell within the 20-30% range. However, according to the GS: “[...] above 20%, but below 50%, and with an HHI variation of less than 200 points, which allows us to rule out a causal link between this transaction and potential adverse competitive effects”²⁹⁻³⁰.

Table 8 - Market Shares of Equatorial and Sabesp (Served Population)

Company	Served Population (Water) (2022)	Share	Served Population (Sewage) (2022)	Share
Equatorial Group	Restricted Access	0-10%	Restricted Access	0-10%
Sabesp	28,000,000	16.3%	24,700,000	22.06%
Combined	Restricted Access	10-20%	Restricted Access	20-30%

26 The transaction also involved overlaps in the electricity generation market (Equatorial: 0.87%; Sabesp: 0.01%, based on 2023 installed capacity data) and the electricity distribution market (Equatorial: 0.13%; Sabesp: 0.10%, based on 2023 data).

27 Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96.

28 As shown in Table 3, the relevant market considered consists of water supply and sewage treatment services, analyzed separately for the served population and integrated in other cases. The geographic dimension is municipal for competition in the market and national for competition for the market.

29 Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96

30 Cade Resolution No. 33/2022, in item V of article 8, allows a transaction to be approved through a fast-track procedure when horizontal mergers result in an HHI variation of less than 200 points, provided the transaction does not lead to control of more than 50% of the relevant market.

Total	171,000,000	100%	112,800,000	100%
ΔHHI	Restricted Access	Restricted Access	Restricted Access	Restricted Access

Source: Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96. Prepared by the authors.

Table 9 - Market Shares of Equatorial and Sabesp (Potentially Served Economies and Equivalent Population)

Company	Potentially Served Economies (2022)	Share	Equivalent Population (2021)	Share
Equatorial Group	Restricted Access	0-10%	Restricted Access	0-10%
Sabesp	Restricted Access	10-20%	Restricted Access	10-20%
Combined	Restricted Access	10-20%	Restricted Access	10-20%
Total	140,339,028	100%	180,824,439	100%
ΔHHI	Restricted Access	Restricted Access	Restricted Access	Restricted Access

Source: Opinion No. 385/2024/CGAA5/SGA1/SG. Case No. 08700.005228/2024-96. Prepared by the authors.

Thus, as with the vast majority of Cade precedents involving the W&S sector, there was no in-depth competitive analysis, and the privatization of Sabesp was approved without restrictions.

Following the completion of Sabesp's privatization, the W&S shifted its focus to other concessions and PPPs. As of July 2024, at least 13 major projects were in the pipeline, either scheduled for auction or in the final stages of structuring, representing a combined total of approximately BRL 115 billion in planned investments (Campos Junior, 2024). According to Instituto Trata Brasil and GO Associados (2024), these projects are expected to benefit an estimated 35.9 million people. The largest coming auctions in the sector are in Pará (BRL 26 billion in planned investment) and Pernambuco (BRL 24.8 billion).

Since then, as shown in Table 10, three of the 13 auctions scheduled to take place in the sector post-Sabesp privatization have already occurred: Sergipe, an auction involving 74 municipalities won by Iguá Saneamento (Iguá [...], 2024); Piauí, an auction involving 224 municipalities won by Aegea (the sole bidder) (Aegea, 2025); and the PPP of the Paraná Sanitation Company (Sanepar), involving 112 municipalities in the state and won by Saneamento Consultoria, Acciona (who entered the market), and Iguá Saneamento.

Table 10 - Pipeline Projects in the W&S Sector Post-Privatization of Sabesp

Project	State	Type	Services	Estimated CAPEX (BRL million)	Population (million)	Expected Date
Pernambuco	PE	Concession	Water and Sewage	24.7	9.2	1T/2025
Pará	PA	Concession	Water and Sewage	26	6.1	3T/2025
Maranhão	MA	Concession	Water and Sewage	18.7	4.8	2T/2026
Sergipe	SE	Concession	Water and Sewage	6.3	2.3	3T/2024*
Paraíba	PB	Concession	Water and Sewage	5.7	2.2	1T/2025

Piauí	PI	Concession	Water and Sewage	8.6 ³¹	1.8	4T/2024*
Rio Grande do Norte	RN	Concession	Water and Sewage	3.2	1.6	1T/2026
Porto Alegre	RS	Concession	Water and Sewage	5.2	1.5	4T/2024
Rondônia	RO	Concession	Water and Sewage	5.8	1.5	1T/2025
Goiás	GO	PPP	Sewage	6.6	1.4	4T/2025
Bloco de Referência do Vale do Jequitinhonha	MG	Concession	Water and Sewage	Not available	1.4	2025/26
Sanepar	PR	PPP	Sewage	2.9	1.0	4T/2024*
Feira de Santana e Região	BA	PPP	Sewage	Not available	0.859	2025/26
Total (approximate)				114.0	35.9	

Source: Instituto Trata Brasil and GO Associados, 2024. Prepared by the authors. (*) auctions that have already taken place by the date of preparation of this article.

The Sabesp's case and the listed projects in the BNDES's pipeline (BNDES, [202-]), reveals what should the agents in the market to expect in the near future. The listed projects, when combined with the privatization of Sabesp, have the potential to impact more than 66 million people and are expected to be completed within the next three years. As with the Sanepar case, these projects may lead to the entry of new players into the market (like Acciona) or an increase in the market power of incumbent players, such as Iguá Saneamento and Aegea, the winners of the Sergipe and Piauí auctions (Pedrosa, 2024.)

Finally, the W&S sector in Brazil might also face new privatizations in the coming years. The state-owned W&S company from the state of Minas Gerais, Copasa, is the most likely to be the first after Sabesp³². Since the company accounts for approx. 7,65% of the national market, the current third largest player, its sale will undoubtedly have a significant impact on the sector. There are rumors that Aegea might be one of the interested parties³³.

4 CONCLUSIONS

This article analyzed Cade's case law since the enactment of Brazilian Competition Law to understand the Brazilian competition authority's stance on the W&S sector. In light of the approval of the New Sanitation Legal Framework in 2020, the recent privatizations of Corsan and Sabesp, and the prospect of a series of concession and PPP auctions in the sector over the next three years, as well as potential new privatizations, it is expected that the authority will have to deepen its competitive analyses in the near future.

Since 2012, Cade has analyzed 30 cases involving concession regimes in the sector, 12 of which occurred after 2020, suggesting a positive impact of the new regulatory framework. These cases predominantly involve the Southeast and South regions, particularly São Paulo (14 cases), Rio Grande do Sul, and Santa Catarina (7 each). The new auctions in the sector somewhat counterbalance this

31 Updated after the auction concluded on 30/10/2024.

32 More information about Minas Gerais' state government plan to privatize the company is available at Arbex (2024) or Purchio (2024).

33 See, for instance, Bethônico (2024).



finding, as most are expected to occur in the Northeast and North regions.

Regarding Cade's decisions, with only one exception (where the case was dismissed), all cases were approved without restrictions, and 28 cases were analyzed under a fast-track procedure. High rivalry in the sector was used by Cade as an argument to mitigate competition risks in the only two cases that exceeded the 20% horizontal concentration threshold.

Although most cases have been analyzed under the fast-track procedure - indicative of the sector's historically low concentration - concentration analyses have become increasingly frequent in recent years. Of the 30 cases reviewed since 2012, 12 involved some sort of concentration analysis, with eight occurring after the new framework's enactment, and six being notified between 2023 and August 2024. These cases allowed a more in-depth evaluation of Cade's position on competitive dynamics in the sector, particularly concerning three aspects: (i) structural characteristics of Brazil's sanitation sector; (ii) definition of the relevant market, in its product and geographic dimensions; and (iii) criteria commonly used for concentration analyses.

Regarding the structural characteristics of W&S, it was shown that, given the high fixed costs and low marginal costs, Cade has established the understanding that the sector exhibits characteristics of a natural monopoly, at the municipal level. Unlike unregulated markets, Cade understands that competition exists "for the market" rather than "within the market", during the bidding for services, that is, *ex-ante* to the beginning of the concessionaire operations.

Cade's approach to defining the relevant market is more consistent in its geographic dimension than its product dimension. Considering that this is a service provision market rather than a production and commercialization of goods, and with no geographic operational boundaries, competition for the market typically involves players across the national territory, and, depending on the bidding conditions, international players. Thus, Cade has focused its competitive analyses on the national geographic dimension.

For the product dimension, Cade understands that activities related to water and industrial effluent capture and treatment, as well as the development of private solutions for the industry, do not align with sanitation services. Cade generally includes only water supply and/or sewage treatment services in the relevant market. That is, there are precedents where water and sewage networks are considered together, while in others, water and sewage services are analyzed separately.

Regarding concentration analyses, Cade has already employed three methodologies: (i) population served; (ii) potentially served economies; and (iii) equivalent population. The latter is the only one that simultaneously considers the relevant market's geographic dimension as national, the product as integrated water and sewage services, and, in line with the goals set by the New Sanitation Legal Framework, the potential market to be served by the concessionaire.

However, this approach alone has limitations. While it captures the potential market, it does not necessarily reflect the actual service provision and, consequently, the actual market shares, which is important for the competition authority to take into consideration. Therefore, and in line with the literature, a dual approach that considers both potential and actual market shares would enable Cade to evaluate competition dynamics more effectively in the W&S sector, ensuring that consolidation does not compromise service quality or access.

The case of Sabesp's privatization in July of 2024 marked a milestone in this discussion as it involves the company that previously held the largest market share in the sector. Having been acquired by Equatorial (and not by Aegea, the largest private player in the sector and initially among the candidates to acquire Sabesp shares but who withdrew before the auction), which held only about 0.34% of the market, the case did not exceed the 20% horizontal merger threshold and, therefore, did not require in-depth competitive analysis.

Looking at the near future, the concession and PPP auctions in the sanitation pipeline suggest that the coming years will be dynamic. The listed projects, when combined with Sabesp's privatization, have the potential to impact more than 66 million people. These auctions may lead to the entry of new players or further market consolidation, increasing the likelihood of cases qualifying for ordinary review procedures. In this context, Cade will be called upon to deepen its competitive analysis. The expected privatization of Copasa – currently the third-largest player with 7.65% of the national market – might be an opportunity for adopting a more rigorous analytical framework.

In this evolving landscape establishing clearer methodological guidelines will be essential to ensure that market dynamics remain aligned with the goals of universalization and improved service quality. While the population served methodology has provided a useful snapshot of the current market structure, it may fall short in capturing competition risks in a rapidly changing sector.

To better reflect both service provision and market potential, Cade should consider institutionalizing a dual, more comprehensive approach, combining potentially served economies (which reflect actual service connections) with the equivalent population metric (which considers the potential market).

Such a framework could enhance Cade's ability to capture the dynamics of this sector, complementing regulatory efforts to prevent harmful consolidation that could limit access or undermine service quality – key concerns as Brazil advances toward its universalization targets. Considering the wave of mergers, acquisitions, and potential new market entrants on the horizon, this is a timely opportunity for Cade to adopt a clearer and more robust approach to market share analysis in the sector. By doing so, it could enhance its capacity to safeguard competition and, ultimately, foster the expansion of W&S services as well as their recognized social benefits.

REFERENCES

AEGEA assina contrato de concessão para prestação de serviços de saneamento básico no Piauí que beneficiará cerca de 1,85 milhão de pessoas. **Aegea**, Jan. 10, 2025. Available at: <https://x.gd/Z00O1>. Accessed on: May 6 2025.

ARBEX, Pedro. O plano de Minas para privatizar a Cemig e a Copasa. **Brazil Journal**, [S. l.], Nov., 2024. Available at: <https://x.gd/XeSZB>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

BANCO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL (BNDES). Hub de Projetos, **BNDES**, [S. l.], [202-]. Available at: <https://x.gd/exWKx>. Accessed on: Feb. 25, 2025.

BENITEZ, Daniel A.; ESTACHE, Antonio. **How concentrated are global infrastructure markets?** Washington, D.C.: World Bank, 2005. (World Bank Policy Research Working Paper, n. 3513). Available at: <https://x.gd/cZzNi>. Accessed on: Dec. 23, 2024.



BETHÔNICO, Thiago. Aegea já mira privatização da Copasa e vê IPO na bolsa saindo 'mais cedo que tarde'. **Folha de São Paulo**, São Paulo, Dec. 3, 2024. Available at: <https://x.gd/U3pzd>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Available at: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Accessed on: Dec. 15 2024.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Atualiza o marco legal do saneamento básico e altera a Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000, para atribuir à Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico (ANA) competência para editar normas de referência sobre o serviço de saneamento, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2020. Available at: <https://x.gd/4KUd5>. Accessed on: Nov. 14 2024.

BRASIL. Ministério das Cidades. Secretaria Nacional de Saneamento Ambiental. **Diagnóstico Temático: serviços de água e esgoto: visão geral**. Brasília: Ministério das Cidades, 2023. Available at: <https://x.gd/eNjlk>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

BRASIL. Ministério das Cidades. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento. **Glossário de Indicadores – Água e Esgoto**: indicadores econômico-financeiros e administrativos. Brasília: Ministério das Cidades, 2022. Available at: <https://x.gd/fosFw>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Regional. Secretaria Nacional de Saneamento. Sistema Nacional de Informações sobre Saneamento (SNIS). **25º diagnóstico dos serviços de água e esgotos**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Regional, 2020. Available at: <https://x.gd/YrlkB>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

CAMPOS JUNIOR, Geraldo. Novos leilões de saneamento devem contratar R\$ 115 bilhões. **Poder360**, [S. l.], July 29, 2024. Available at: <https://x.gd/3OlXq>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia para análise de atos de concentração horizontal**. Brasília: Cade, 2016. Available at: <https://x.gd/bgGUD>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

FUJIWARA, Thomas. A privatização beneficia os pobres? Os efeitos da desestatização do saneamento básico na mortalidade infantil. In: ENCONTRO NACIONAL DE ECONOMIA, 33., 2005, Niterói, **Proceedings** [...]. Niterói: Associação Nacional dos Centros de Pós-Graduação em Economia, 2005. Available at: <https://x.gd/Jo65Y>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

GALIANI, Sebastian; GERTLER, Paul; SCHARGRODSKY, Ernesto. Water for life: The impact of the privatization of water services on child mortality. **Journal of Political Economy**, Chicago, v. 113, i. 1, p. 83-120, 2005. Available at: <https://x.gd/QrGf8>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

IGUÁ vence leilão de concessão parcial de serviços de saneamento de 74 municípios de Sergipe. **Agência BNDES de Notícias**, [s. l.], Sept. 4, 2024. Available at: <https://x.gd/v3f2D>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Benefícios Econômicos da Expansão do Saneamento em Sergipe**: ex ante consultoria econômica agosto 2024. São Paulo: Instituto Trata Brasil, 2024. Available at: <https://x.gd/udlaL>. Accessed on: Feb. 25, 2025.

INSTITUTO TRATA BRASIL; GO ASSOCIADOS. **Estudo sobre os avanços do novo marco legal do saneamento básico no Brasil de 2024 (SNIS, 2022)**. São Paulo: Instituto Trata Brasil, 2024. Available at: <https://x.gd/iWHqG>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. Observações sobre a prorrogação de contratos de programa sob o

Marco do Saneamento. Rio de Janeiro: Fundação Getulio Vargas, 2020. Available at: <https://x.gd/D5cAY>. Accessed on: May 6th, 202

NAPOLI, Eric. Aegea desiste de apresentar proposta pela Sabesp. **Poder 360**, [S. l.], Jun. 27, 2024. Available at: <https://x.gd/q5sse>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

PARANÁ conclui mais uma PPP da Sanepar que garantirá investimentos de R\$ 2,9 bilhões. **Agência Estadual de Notícias**, Curitiba, 20 sept. 2024. Available at: <https://x.gd/EvBNJ>. Accessed on: Nov. 20 2024.

PEDROSA, Robert; MEDEIROS, Lívia. Aegea vence leilão para concessão dos serviços de água e esgoto e investirá R\$ 8,6 bilhões no Piauí. **Governo do Piauí**, Teresina, Oct. 30, 2024. Available at: <https://x.gd/JYXLV>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

PRACTICES, RESEARCH AND OPERATIONS IN WATER, SANITATION AND HYGIENE (Pro-Wash). How to Assess the Size of a Sanitation Market and Segment It. [S. l.]: Pro-wash, 2021. Disponível em: <https://x.gd/eHJ1Y>. Acesso em: Dec. 23, 2024.

PURCHIO, Luisa. Governo Zema encaminha propostas para privatização de Cemig e Copasa. **Gazeta do Povo**, Curitiba, nov. 18, 2024. Available at: <https://x.gd/m96sX>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

SÃO PAULO (Estado). Secretaria de Meio Ambiente, Infraestrutura e Logística. **Desestatização da Sabesp**: guia informativo setembro/ 2023. São Paulo: Secretaria de Meio Ambiente, Infraestrutura e Logística, 2023. Available at: <https://x.gd/C4jcL>. Accessed on: Dec. 23, 2024.

APPENDIX

Table 11 includes all mergers analyzed by Cade involving the W&S sector since the Brazilian Competition Law came into effect in 2012 up to August 2024.

Table 11 - Merger Cases in the W&S Sector (under the Brazilian Competition Law)

#	Case No.	Notification Date	Applicants	Procedure	Decision
1	08700.005308/2013-99	06/17/2013	OAS Soluções Ambientais and Sanear Saneamento de Araçatuba	Fast-track	Approved without restrictions
2	08700.006940/2014-30	08/21/2014	SAAB and Águas de Itu	Fast-track	Approved without restrictions
3	08700.011551/2014-27	12/17/2014	CSN, SAAB and Solví	Fast-track	Approved without restrictions
4	08700.012152/2015-64	12/11/2015	GS Inima and OAS Soluções Ambientais	Fast-track	Approved without restrictions
5	08700.012223/2015-29	12/14/2015	I-Ambiental and Queiroz Galvão	Fast-track	Approved without restrictions
6	08700.001301/2016-41	02/25/2016	Serrana Águas and Aegea	Fast-track	Approved without restrictions
7	08700.004506/2016-88	06/16/2016	Odebrecht Ambiental and Campo Novo RJ	Fast-track	Approved without restrictions
8	08700.007491/2016-18	11/09/2016	BR Ambiental, Brookfield and Odebrecht	Fast-track	Approved without restrictions
9	08700.007545/2016-37	11/11/2016	Aegea and Construtora Aterpa	Fast-track	Approved without restrictions



#	Case No.	Notification Date	Applicants	Procedure	Decision
10	08700.002198/2017-37	04/10/2017	BR Ambiental and Faria Lima 1355 FIP	Fast-track	Approved without restrictions
11	08700.006569/2017-50	10/19/2017	Developer and Queiroz Galvão	Fast-track	Approved without restrictions
12	08700.001278/2018-56	02/27/2018	Aegea and Construtora Aterpa	Fast-track	Approved without restrictions
13	08700.001557/2018-10	03/07/2018	Aegea and Solví	Ordinary	Approved without restrictions
14	08700.002516/2018-41	04/18/2018	Aegea, Sagua and OAS Soluções Ambientais	Ordinary	Approved without restrictions
15	08700.004803/2018-95	08/06/2018	Iguá Saneamento and Alberta Investment	Fast-track	Approved without restrictions
16	08700.001267/2019-57	03/01/2019	Marubeni and AGS	Fast-track	Approved without restrictions
17	08700.002965/2019-70	06/06/2019	GS Inima and BRK Operações Industriais	Fast-track	Approved without restrictions
18	08700.003363/2019-30	07/02/2019	South American Waste Investments, Green Partners, Americas Waste Management and Solví	Fast-track	Approved without restrictions
19	08700.003895/2020-19	08/19/2020	BRK Ambiental and FI-FGTS	Fast-track	Approved without restrictions
20	08700.001498/2021-85	03/22/2021	Canada Pension Plan Investment Board and Iguá Saneamento	Fast-track	Approved without restrictions
21	08700.008273/2022-31	10/21/2022	Servy Investments and N Saneamento FIP-IE	Fast-track	Approved without restrictions
22	08700.000169/2023-89	01/05/2023	Norte Saneamento and BRK Ambiental	Fast-track	Not received
23	08700.000339/2023-25	01/11/2023	Corsan, Parsan and Saneamento Consultoria	Fast-track	Approved without restrictions
24	08700.001893/2023-20	03/14/2023	Acciona Água, N. Saneamento FIP-IE and aQuali	Fast-track	Approved without restrictions
25	08700.005128/2023-89	07/17/2023	Norte Saneamento, Iguá Saneamento, Esap, Itapoã Saneamento and Tubarão Saneamento	Fast-track	Approved without restrictions
26	08700.007167/2023-11	10/11/2023	Duane do Brasil, Tubarão Saneamento and Iguá Saneamento	Fast-track	Approved without restrictions
27	08700.000233/2024-11	01/10/2024	Terracom and Saneamento Ambiental Águas do Brasil	Fast-track	Approved without restrictions
28	08700.001306/2024-83	02/27/2024	Acciona Água and Norte Saneamento	Fast-track	Approved without restrictions
29	08700.003394/2024-58	05/17/2024	Canada Pension Plan Investment Board and Iguá Saneamento	Fast-track	Approved without restrictions
30	08700.005228/2024-96	07/23/2024	Equatorial Energia and Sabesp	Fast-track	Approved without restrictions

Source: Cade. Prepared by the authors.

IS THERE A BRAZILIAN EXPERIENCE WITH REMEDIES IN DIGITAL MARKETS? AN EMPIRICAL ANALYSIS OF DECISIONS BY CADE¹

EXISTE UMA EXPERIÊNCIA BRASILEIRA COM REMÉDIOS EM MERCADOS DIGITAIS? ANÁLISE EMPÍRICA DE DECISÕES DO CADE

Bruno Polonio Renzetti²

Instituto de Ensino e Pesquisa (INSPER) – São Paulo, SP - Brasil

Daniele Eduarda de Oliveira³

Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV/SP) - São Paulo, SP – Brasil

STRUCTURED SUMMARY

Objective: The paper investigates how Cade has applied remedies in digital markets. The objective is to verify whether the Brazilian authority has developed a singular experience in imposing digital remedies or if it has been following trends from other jurisdictions, particularly the European Union and the United States. The research question is relevant given that Brazil, as an emerging economy, faces specific challenges in dealing with large digital platforms, while also playing a key role in the Latin American and Global South economy.

Method: Literature review and case study.

Conclusions: The authors conclude that the Brazilian authority has not experimented with specific remedies for digital markets, often applying measures that have been applied in non-digital investigations or mergers. There has not been a tailor-made remedies approach to digital markets in the practice of Cade so far. In this sense, the authors urge Cade to develop a comprehensive framework to deal with competitive problems specific to digital markets.

¹ **Editor responsável:** Prof. Dr. Víctor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

Recebido em: 16/01/2025

Aceito em: 11/06/2025

Publicado em: 25/06/2025

² Doutor em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Master of Laws (LL.M.) pela Yale Law School. Professor da graduação e pós-graduação em Direito do Insper, em São Paulo, SP.

E-mail: brunopr5@insper.edu.br **Lattes:** <https://lattes.cnpq.br/0552342887882392> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-8249-4451>

³ Mestranda em Direito e Desenvolvimento pela Escola de Direito da Fundação Getulio Vargas (FGV/SP). Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

E-mail: daniele.eduarda98@hotmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0994673076761610> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0000-0415-8241>



Keywords: Remedies; Digital Markets; Mergers; Investigations; Enforcement.

JEL Codes: K21, L40, L49

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: o artigo investiga como remédios têm sido aplicados pelo Cade em casos envolvendo mercado digitais. O objetivo é verificar se a autoridade brasileira desenvolveu uma experiência singular na imposição de remédios digitais ou se tem seguido tendências de outras jurisdições, particularmente da União Europeia e dos Estados Unidos. A questão de pesquisa é relevante dado que o Brasil, como uma economia emergente, enfrenta desafios específicos ao lidar com grandes plataformas digitais, ao mesmo tempo em que desempenha um importante papel na economia da América Latina e do Sul Global.

Método: revisão bibliográfica de literatura e estudo de casos.

Conclusões: os autores concluem que a autoridade brasileira não possui experiência na aplicação de remédios específicos para mercados digitais, recorrendo frequentemente à medidas que foram adotadas em atos de concentração ou investigações de mercados não-digitais. Até o momento, não houve uma abordagem sob medida para remédios em mercados digitais na prática do Cade. Nesse sentido, os autores sugerem que o Cade desenvolva um marco orientativo abrangente para lidar com problemas competitivos específicos dos mercados digitais.

Palavras-chave: Remédios; Mercados Digitais; Atos de Concentração; Investigações; Enforcement.

Summary: 1. Introduction; 2. The Role of Antitrust Remedies in the Digital Economy; 3. Challenges faced by Authorities when imposing remedies in Digital Markets; 4. Case Studies: the Brazilian experience with remedies in digital markets; 4.1 Merger Control; 4.1.1. Itaú/XP; 4.1.2. Nike/SBF; 4.1.3. Bus/J3; 4.1.4. Catena X; 4.2. Anticompetitive Investigations; 4.2.1. Google Shopping; 4.2.2. OTAs; 4.2.3. iFood/Rappi; 4.2.4. Gympass/TotalPass; 4.2.5. Jedi Blue; 4.2.6. Meta AI 4.2.7. Apple App Store; 4.3. Findings; 5. Conclusion and Recommendations; References.

1 INTRODUCTION

It is well established that antitrust scholarship and enforcement have seen significant changes in the past decade. The ubiquity of digital markets has called for a necessary revision of the role of antitrust in modern economies and how to approach the challenges posed by a digital economy dominated by very few players. The fact that many academic think-tanks, competition authorities and supranational organizations have released lengthy reports on the capacity of antitrust to deal with the challenges posed by the digital economy⁴ reinforces its significance on a global scale.

⁴ A comprehensive analysis of several expert reports on competition in digital markets can be found in Lancieri e Sakowski (2021).

If antitrust were a medical patient, the diagnosis would be clear: the current framework available to antitrust authorities is not enough to contest the illness of market concentration. Once the illness has been identified, the challenge is to determine which remedies to apply to treat the condition.

Depending on the seriousness of the malady, a competition authority may impose a more intrusive remedy – such as a structural break-up or mandatory sale of assets. Conversely, if the problem is considered less severe, behavioral remedies may suffice.⁵ In any case, the authority must balance the effects of over- or under-enforcement when applying such measures.

There is a wide menu of remedies⁶ that a competition authority may choose from the large categories of structural and behavioral approaches. The goal of this paper is to verify whether the Administrative Council for Economic Defense (Cade), the Brazilian antitrust authority, follows any, any pattern when imposing remedies in cases involving digital markets. We aim to provide a comprehensive overview of Cade's experience with such interventions in digital markets, aiming to understand the authority's rationale in adopting a given approach.

The relevance of this study is underscored by two key factors. First, developing countries face unique challenges in regulating digital markets, often stemming from less developed institutional frameworks, limited regulatory capacity, and insufficient resources to implement complex antitrust measures. In this context, examining the approach of a developing country—particularly one that is a member of the BRICS – provides valuable insights into how these challenges are addressed within the broader competition policy framework. Second, Cade's influence extends not only throughout Latin America but also across the Global South⁷. In recent years, the authority has consistently ranked among the top competition authorities globally⁸. With its influence acknowledged by the Organisation for Economic Co-Operation and Development (OECD)⁹, Cade is an ideal subject for studying the dynamics of competition policy in the context of digital platforms within developing economies. In this sense, this paper aims to offer insights on how Brazil can further enhance its competition policies, providing guidance not only for its regulatory framework but also valuable lessons for other emerging economies facing similar challenges.

Bearing in mind such considerations, the remaining question is whether there is a specific Brazilian experience with the application of digital remedies¹⁰. If such experience is lacking, the paper

5 “Behavioral remedies are therefore only intended to temporarily restrict the competitive behavior of the parties to enable operators (competitors, customers or suppliers) to react to the structural modification of the market that has occurred as a result of a merger strengthening the market power of a stakeholder. They do not aim to fix the competitive structure of a market, and as such form part of a dynamic prospective analysis that incorporates the capacity of economic stakeholders to react to the changes.” (Autorité de la Concurrence, 2020, p. 264).

6 The term “remedy” is commonly used in antitrust to refer to commitments or restrictions undertaken by parties or imposed by an antitrust authority to address competition concerns or correct harm to competition (Halperin, 2025).

7 In this article, the term “Global South” refers to a group of countries typically characterized by their developing economies, regardless of their geographic location. For instance, the BRICS countries are often considered part of the Global South, which, despite ongoing debates about whether these economies should still be considered developing, continue to be classified as such based on various indicators. It is crucial to note that the term does not imply that these countries are homogeneous. Instead, it highlights that, despite their vast economic, social, and political differences, they share common vulnerabilities and challenges.

8 As reflected in the international ranking annually published by the Global Competition Review (GCR) – a British journal specialized in antitrust policy and competition law.

9 The OECD's 2019 peer review highlights Cade as an “international standing as a leading competition authority both regionally and globally” (OECD, 2019, p. 24).

10 In this article, the term “digital remedies” refers to measures or conditions imposed by antitrust authorities to

seeks to explore how Cade could effectively apply antitrust remedies in digital markets by adapting practices from developed jurisdictions, considering Brazil's unique challenges and capacities. To address this issue, the paper is structured into the following sections, besides this introduction: (i) The Role of Antitrust Remedies in the Digital Economy, examining the theoretical and practical significance of these measures; (ii) Challenges Faced by Developing Countries; (iii) Case Studies of Antitrust Remedies in Brazil, scrutinizing specific instances of antitrust interventions; (iv) Recommendations, offering tailored strategies for Brazil; and (v) Conclusion, summarizing key findings and implications for policy and practice.

2 THE ROLE OF ANTITRUST REMEDIES IN THE DIGITAL ECONOMY

The capacity to impose remedies is one of the many typical attributions of a National Competition Authority (NCA). In fact, the existence of a NCA would not be justified if the authority did not have the power to intervene in markets, curbing anticompetitive conduct and market concentration, therefore correcting the path sought for sustainable economic development.

While merger review conducted by NCAs typically adopts a forward-looking approach — assessing the potential anticompetitive effects of a transaction before it takes place and, when necessary, imposing remedies to prevent harm to market competition — the enforcement of anticompetitive conduct usually follows a backwards looking logic, when the goal is to restore the *status quo ante* of the market while sanctioning the anticompetitive player, aiming to deter future violations¹¹. In some cases, the remedy may be more straightforward: for example, mandating for an exclusive distribution agreement to cease, and therefore creating alternative sales channels. There are cases, however, in which the dynamics of the markets involved do not provide a clear answer on how the NCA should act.

Such is the case with digital markets. The rapid evolution of this sector presents unique challenges for competition authorities, requiring a more agile response. Key concerns identified include high market concentrations driven by factors such as network externalities and switching costs (UNCTAD, 2024). Mergers often involve multi-sided platforms serving different user groups - such as consumers and advertisers - with interactions between these groups creating complex dynamics that can amplify network effects and lead to increased market concentration, where traditional remedies may not be sufficient. In this regard, certain authorities are already contemplating the implementation of *ex ante* regulation for digital mergers, aiming to expand the range of potential remedies.¹²

Beyond acquisitions, addressing anticompetitive practices in these markets is equally

address competition concerns within digital markets. "Digital markets" are understood as those primarily driven by digital technologies, such as e-commerce platforms, social media networks, search engines, and digital service providers.

11 "Antitrust remedies seek to deter anticompetitive conduct. But antitrust remedies serve an additional purpose after occurrence of anticompetitive conduct. They seek to restore a competitive equilibrium as close as possible to the 'but for' world that would have prevailed absent the anticompetitive conduct, while not imposing excessive implementation costs on antitrust courts and agencies and preventing the reoccurrence of the unlawful conduct. It is generally agreed that antitrust remedies applied to date in digital markets have not met these goals and have largely been ineffective" (Gal; Petit, 2021, p. 619).

12 "Hence there seems to be a broad consensus that some form *ex ante* regulation is needed as a complement to competition law enforcement to deliver fast and effective action against structural barriers and risks of anti-competitive practices in rapidly evolving digital platform markets. That said, national competition authorities as well as jurisdictions still differ in what they see as the best approach: whether they want separate sector-type *ex ante* regulation; new competition law instruments or simply an adaptation of existing competition law tools" (OECD, 2021, p. 12).

challenging, as traditional frameworks may not effectively tackle the complexities of digital ecosystems. A recent example of the difficulties faced by authorities when designing remedies in digital markets is the *Google Search* case in the United States.¹³ In his decision of August 2024, Judge Amit P. Mehta of the United States District Court for the District of Columbia found that Google was a monopolist and had acted to maintain its monopoly in violation of Section 2 of the Sherman Act. However, no remedy was imposed at the time. In October 2024 the U.S. Department of Justice (DoJ) filed a *Proposed Remedy Framework*, laying what the authorities understand to be the most suitable remedies for Google's monopoly position (USA, 2024).

The DoJ identified four key areas of concern: search distribution and revenue sharing; generation and display of search results; advertising scale and monetization; and accumulation and use of data. The remedies to prevent monopoly maintenance would then be related to contractual requirements – including non-discrimination and data interoperability – as well as potential structural requirements. A decision on the remedies is expected to be released in 2025.

The menu of remedies proposed by the DoJ demonstrates the need to think of remedies in digital markets not to address only one aspect of the anticompetitive conduct but to encompass a larger number of concerns¹⁴. Considering the several economic activities that digital platforms have in numerous relevant markets, as well as the business structures of such players, it is ever more difficult to pinpoint and individualize a single aspect of a digital platform that would be producing anticompetitive effects in the market.

Crafting tailored approaches to remedies in digital markets is crucial and complex, but undoubtedly necessary. In the European context, authors have argued that the European Commission, even though constrained by the legal framework, has enough room to develop more creative remedies (Bostoen; Van Wamel, 2023, p. 540). Additionally, some cases may call for immediate measures from the authorities, to minimize potential market damage in rapidly evolving digital landscapes. Interim measures are an important tool to be used by antitrust authorities and must be on the menu of adequate measures to address concerns in digital markets (OECD, 2022a, p. 20). Thus, competition authorities play a crucial role in maintaining markets contestable and assuring that consumers benefit from the competitive process.

The *OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age* suggests several strategies for the effective implementation of remedies by the competition authorities (OECD, 2022b). For instance, enhancing interoperability¹⁵ and data portability is vital, allowing users to swiftly change between platforms, reducing barriers to entry and switching costs. Moreover, line of business remedies¹⁶, such as prohibiting exclusive practices, are also helpful in preventing monopolization and exclusionary practices and maintaining market access for competitors.

13 In the Matter of Google, Inc., FTC File Number 111-0163 (USA, 2013).

14 DoJ's proposed remedy was submitted under the Biden administration. However, the Trump administration has reinforced the government's intention to seek a structural remedy to address the anticompetitive behavior of Google in the market for online search engines (McCabe, 2025).

15 For a more skeptical vision of interoperability as an adequate remedy in digital markets, see Hovenkamp (2023), *Antitrust Interoperability Remedy*.

16 "Line of business restrictions are used to address competition concerns associated with vertical integration or conglomerate business models in specific situations. In particular, they may be used to address concerns about refusals to deal, margin squeeze, or bundling. These restrictions can be imposed in the context of abuse of dominance (or monopolization) investigations, merger control, or regulation" (OECD, 2022, p. 55).

The issue is that past experiences show that “traditional” remedies have not been successful in digital markets¹⁷. This has led authors to call for new remedy designs. For instance, Lancieri e Pereira Neto (2022, p. 613) propose an error-cost framework to identify the most suitable substantive remedy, as well as identifying which regulatory body would be the most appropriate to implement and monitor the remedy¹⁸. Other authors have advocated for more “radical” remedies (Gal; Pettit, 2021)¹⁹.

Fact is that designing remedies is not a simple task – and has become more arduous in digital markets. There is no *one size fits all*. Remedies that may have worked in a specific case may not be suitable for another situation, as similar as they could be. Also, the types of remedies found in competition law textbooks cannot be applied indistinctly across industries. The characteristics of digital markets call for finely tailored remedies, taking particularly into account the business model of the players. Understanding the business model is of paramount importance for a competition authority to impose an adequate remedy capable of being monitored.

3 CHALLENGES FACED BY AUTHORITIES WHEN IMPOSING REMEDIES IN DIGITAL MARKETS

Despite global recommendations and the recognition of the need for effective measures to ensure fair competition in digital markets, developing economies often face significant challenges in achieving these goals. Financial constraints, a lack of specialized personnel, and the nascent stage of their digital markets hinder the ability to implement robust antitrust measures.

As highlighted in the World Bank report *Antitrust and Digital Platforms: An Analysis of Global Patterns and Approaches by Competition Authorities* (World Bank, 2021), developed countries generally have the resources and institutional capacity to enforce comprehensive and targeted remedies. In contrast, developing nations face significant challenges, both in designing effective solutions and in implementing them. The report examines 103 competition cases, of which 44 resulted in the imposition of remedies, including fines²⁰. Unsurprisingly, most of the substantial fines and remedies

17 “Remedies imposed for competition law infringements (‘antitrust remedies’) have not been very effective in digital markets. Antitrust remedies that were imposed on tech companies such as Microsoft and Google failed to produce meaningful effects in the EU. While the remedial measures may have addressed the illegal conduct narrowly defined, they were largely unable to mitigate the infringements’ anticompetitive consequences” (Bostoen; Van Wamel, 2024, p. 1)

18 “Choosing the right remedy is an exercise prone to errors that can lead to costly over and under-enforcement. As a general rule, authorities should be willing to impose more stringent remedies as they increase their certainty on the negative effects of a particular conduct. This also means being more cautious when testing new theories of harm. Above all, any complex remedy must be understood as a dynamic exercise that is reviewed over time and adjusted as more information on its impact on actual behavior comes forth” (Lancieri; Pereira Neto, 2022, p. 667).

19 The authors advocate for mandatory sharing of algorithmic learning, subsidization of competitors, and temporary shutdowns. “All three proposed remedies are radical in more than one way. First, they go beyond halting specific anticompetitive conduct or imposing financial sanctions. Their goal is to change the dynamics of market equilibrium produced by an antitrust violation, by attacking entrenching features such as incumbency advantages, large returns to scale and scope, the significance of data as a competitive advantage, and strong network effects. Second, the remedies entail a degree of government interference with freedom of enterprise and property rights which is substantially higher than that associated with the market-drive process which normally governs the design of antitrust remedies. However, the remedies all aim to restore the competitive process, not to impose a competitive outcome. As such, they fall short of more interventional forms of economic regulation. Third, the remedies generate complex tradeoffs which must be carefully balanced, as they could lead to either consumer welfare gains (such as increased product variety with the introduction of a new competitor) or losses (such as switching costs or sacrifices in the short-term performance of users in case of a shutdown” (Gal; Petit, 2021).

20 It may be argued that “fines” are not exactly remedies because they serve a punitive function, but they do have a twofold aim: to penalize previous conduct and deter future conducts. According to the European Commission “[t]he purpose of fines is to sanction undertakings for having infringed competition rules, in order to deter these undertakings as well as other

were imposed by developed jurisdictions, particularly in cases involving anticompetitive conduct. For instance, the European Commission imposed a record (at the time) \$4.5 billion dollars fine on Google in 2018 for abuse of dominance related to its Android operating system, and Apple was fined \$450 million dollars by the DoJ for a vertical restraints case in the e-book market. In contrast, in developing jurisdictions, most remedies were applied to merger cases, with only a few addressing anticompetitive conduct (World Bank, 2021, p. 54)²¹.

This disparity highlights a broader trend: while high-income countries have been proactive in addressing competition issues in digital markets, developing economies have typically adopted a more reactive approach. This passive stance may result in something similar to the “Brussels Effect”²², whereby the regulatory frameworks of powerful economies, such as the EU, influence global business practices, compelling developing nations to adopt standards that may not align with their local contexts. The fact that the first comprehensive regulation of digital markets, focusing on contestability and fairness of the markets, came from the European Union (the Digital Markets Act) is a testament to this.

The absence of tailored legal frameworks for digital markets in many developing countries is a key factor that highlights the influence of developed economies. As the global tech industry evolves rapidly, regulatory frameworks in emerging economies frequently lag, hindering their ability to address the complex challenges posed by digital platforms - such as data-driven market power, multi-sided platforms, and anti-competitive practices - that do not fit neatly within traditional antitrust models. Moreover, the global dominance of large tech companies exacerbates enforcement challenges in these jurisdictions, as local authorities often lack both the legal tools and institutional capacity to address the market power of multinational corporations.

One of the World Bank’s key recommendations is that authorities in developing jurisdictions should integrate emerging issues — such as data — related concerns — into their analyses while strengthening their capacity in these areas by leveraging the experiences and insights from developed economies. Valuable lessons can be drawn from international cases where antitrust authorities in the European Union and the United Kingdom have imposed significant remedies in high-profile matters, such as the Google/Fitbit and Microsoft/Activision Blizzard mergers. These cases illustrate how NCAs can address digital market challenges by securing commitments that foster fair competition, such as preventing the misuse of consumer data and promoting interoperability across platforms.

undertakings from engaging in or continuing behavior which restricts competition” (European Commission, 2025). However, fines that have been applied to large tech companies only represent a small fraction of that company’s turnover.

21 “Remedies or conditions have been imposed in 20 cases: in developing jurisdictions, this is largely in merger cases, while in developed jurisdictions, it is mostly in abuse of dominance cases. The cases that resulted in remedies or conditions are split evenly between developed and developing jurisdictions; however, the distribution among types of cases differs significantly. In developing jurisdictions, most cases with conditions are mergers (78 percent). Developing jurisdictions only imposed remedies in one abuse of dominance case and one anticompetitive agreement case. In developed jurisdictions, cases with remedies are split more evenly among abuse of dominance cases, mergers, and anticompetitive agreements” (World Bank, 2021, p. 54).

22 “The Brussels Effect refers to the EU’s unilateral power to regulate global markets. Without the need to use international institutions or seek other nations’ cooperation, the EU has the ability to promulgate regulations that shape the global business environment, leading to a notable “Europeanization” of many important aspects of global commerce. Different from many other forms of global influence, the EU does not need to impose its standards coercively on anyone—market forces alone are often sufficient to convert the EU standard into the global standard as companies voluntarily extend the EU rule to govern their worldwide operations. Under specific conditions, the Brussels Effect leads to “unilateral regulatory globalization,” where regulations originating from a single jurisdiction penetrate many aspects of economic life across the global marketplace” (Bradford, 2020, p. xiv).



The European Commission's approval of Google's acquisition of Fitbit was conditional on a series of remedies designed to address potential anti-competitive effects, particularly in the digital health and wearable technology market²³. Although the merger raised only limited horizontal overlaps, the Commission identified key concerns around Google's ability to leverage Fitbit's data to strengthen its position in digital advertising, restrict access to Fitbit's data for competitors, and potentially limit the interoperability of Fitbit devices with Android smartphones. To resolve these concerns, Google committed to three main remedies.

First, Google agreed not to use Fitbit's health and fitness data for advertising purposes, maintaining a strict separation between Fitbit data and Google's advertising systems in a "data silo," effectively preventing any unfair advantage in targeted advertising. Second, Google committed to continuing to offer free and non-discriminatory access to Fitbit's Web API, ensuring that third-party developers can still build applications and services for Fitbit users, subject to GDPR consent. Third, Google agreed to maintain and license essential Android APIs to competitors to preserve the interoperability between Fitbit devices and Android smartphones.

The remedies, with a duration of up to ten years, are specifically designed to safeguard competition in the dynamic digital and health tech markets, where data control, platform access, and interoperability is crucial. The role of a trustee with expertise in data governance ensures that these commitments are effectively monitored, addressing the fast-evolving nature of the markets while preventing Google from abusing its market position. The remedies also reflect the EU's growing focus on regulating big tech mergers to preserve fair competition and consumer choice, particularly in nascent sectors like digital health.

The CMA's decision to clear the Microsoft/Activision Blizzard merger on October 2023 followed a significant restructuring of the deal (CMA, 2023). The British authority initially blocked the merger due to concerns that Microsoft, with its vast ecosystem, could harm competition in cloud gaming by withholding the videogame Call of Duty from rival platforms. Unlike the European Commission, which accepted behavioral remedies such as licensing deals for cloud streaming rights, the CMA rejected the measures, expressing skepticism about their enforceability in the rapidly evolving digital market. The CMA's preference for structural remedies — such as divestitures — was a key factor in its decision. The final remedy involved the divestiture of Activision's non-EEA cloud streaming rights to Ubisoft, ensuring that these rights were no longer part of Microsoft's acquisition.

Additionally, Microsoft agreed to behavioral commitments to monitor and enforce the divestiture, including ensuring the effective transfer of rights to Ubisoft for 15 years. These remedies were designed to prevent Microsoft from leveraging its ecosystem power to exclude competitors in the growing cloud gaming market. The CMA's focus on structural remedies, especially in the digital realm, reflects its concern that behavioral measures could be difficult to enforce, especially in dynamic and fast-changing sectors like cloud gaming, where innovation and new entrants are frequent²⁴. This approach highlights a cautious stance toward behavioral remedies, preferring solutions that directly alter market structures and reduce the likelihood of anti-competitive conduct.

Beyond these examples, South-South collaboration offers additional valuable insights, as low- and middle-income countries could benefit from sharing experiences and adapting global

23 Case M.9660, Google/Fitbit (European Commission, 2020).

24 See Greenwood and Robert (2024) for a comprehensive overview of the CMA's recent activities.

best practices to their specific contexts. For instance, the BRICS countries have been engaging in discussions about the challenges of competition enforcement in digital markets, covering topics such as market power assessment, innovation and dynamic competition, the acquisition of entrants by incumbents, algorithmic pricing, and big data. As a result, Brazil's competition authority released a report in September 2019 (updated in 2024) on competition policy in the digital economy (Cade, 2024a). This example of horizontal collaboration demonstrates how countries with similar developmental challenges can share more relevant and actionable insights.

The individual proactive engagement of competition authorities in the digital debate is also emphasized by the World Bank, a commitment clearly reflected in the actions of agencies like Cade. The Brazilian authority has demonstrated a strong interest in digital markets, actively participating in discussions and initiatives surrounding this area. However, it remains unclear to what extent it has developed and implemented remedies specifically tailored to the unique challenges of digital markets.

4 CASE STUDIES: THE BRAZILIAN EXPERIENCE WITH REMEDIES IN DIGITAL MARKETS

As aforementioned, we recognize that Cade has been increasingly involved in the discourse surrounding digital markets. The federal agency has published studies, organized key events, and contributed to parliamentary debates on platform regulation, expressing its interest in assuming a regulatory role. Despite this growing engagement, its experience in applying targeted antitrust remedies specifically to digital markets appears to remain limited. To assess its effectiveness in this area, this chapter examines several high-profile cases to determine whether the authority has applied remedies suited to the unique characteristics of digital markets or whether its approach remains anchored in traditional antitrust tools.

4.1 Merger Control

Brazil's approach on merger control in digital markets seems to be relatively passive. While the authority has reviewed numerous mergers in the digital sector in recent years, the application of remedies has been limited. According to a report written by Cade's Department of Economic Studies (Cade, 2023) (hereinafter DEE Report) from 1995 to 2020, 143 merger notifications related to digital markets were filed, a significant portion of which involved sectors such as online advertising and retail. Between 2020 and 2023, the number of notified mergers surged to 90 cases. However, the authority applied remedies in only three of these cases, all of which were approved subject to conditional measures. These cases — (i) XP Investimentos and Itaú Unibanco (XP/Itaú); (ii) SBF/Centauro and Nike Brasil (Nike/SBF), (iii) and Bus Serviços and J3 Participações (Bus/J3) - serve as rare examples where Cade imposed behavioral commitments to address potential anti-competitive concerns. In each of these cases, Cade and the involved parties signed consent decrees (known in Portuguese as "*Acordos em Controle de Concentrações*" or simply ACCs) to address competition issues, typically by restricting exclusivity arrangements, ensuring fair access to critical resources, and preventing the misuse of sensitive business information.

Given that remedies were applied in three cases of our research, this limited number allows



for a detailed analysis of each one to assess whether the remedies were tailored to address specific challenges posed by digital markets, or if they were based more on traditional antitrust concerns. By examining the remedies applied, we can investigate whether they responded to the unique dynamics of digital platforms, such as data control, network effects, or platform dominance, or whether they adhered more closely to classic antitrust principles focused on issues like market share and exclusivity. We also comment on the *Catena X* that present interesting particularities to understand different approaches that the competition authority has taken.

4.1.1. Itaú/XP²⁵

The first digital market case in which Cade applied remedies (according to the DEE Report) involved the merger between XP Investimentos and Itaú Unibanco, two important players in Brazil's financial services sector. This was also the first merger analyzed after a cooperation agreement between Cade and the Central Bank of Brazil, which allowed for a coordinated review of the transaction.

Itaú Unibanco is one of Brazil's largest banks, offering a wide range of financial services, including retail and corporate banking, asset management, and investment products. XP Investimentos, a major player in Brazil's investment market, operates as an open platform providing access to various third-party financial products, disrupting the traditional brokerage model. When Itaú sought to acquire XP concerns were raised about the potential for reduced competition, particularly with Itaú potentially using its market power to restrict competitors' access to critical resources. And while Cade acknowledged XP's role as a significant player, the remedies primarily focused on traditional concerns rather than those specific to digital markets.

The commitment (ACC) included ensuring that Itaú would not unduly influence XP's operations, requiring its operational independence to ensure fair access to its platform for third-party financial providers. Itaú, for its part, agreed not to discriminate against competing platforms when distributing its investment products and refrained from targeting its own customers to XP. Both companies also agreed to an external monitoring system to oversee compliance with the conditions, ensuring the merger would not harm market competition.

Despite the importance of these measures, the remedies did not specifically address digital dynamics such as data control or network effects.

4.1.2. Nike/SBF²⁶

The second case involved the acquisition of Nike Brasil by SBF, the parent company of Centauro, a major player in the Brazilian sports retail market. This deal raised concerns about potential horizontal and vertical anti-competitive effects, particularly in the retail and online sales of sporting goods. The merger would bring together SBF's retail operations with Nike's distribution rights in Brazil, creating potential for market foreclosure and the exclusion of competing retailers from accessing Nike products.

²⁵ Merger nº 08700.004431/2017-16. Applicants: Itaú Unibanco S/A e XP Investimentos S/A.
All the CADE public proceedings mentioned in this article can be consulted at: <https://x.gd/KJaW9>.

²⁶ Merger n. 08700.000627/2020-37. Applicants: Grupo SBF S.A e Nike do Brasil Comércio e Participações Ltda.

Among the provisions, the ACC established measures to prevent discriminatory practices against competitors and to protect sensitive information. It also required the separation of the commercial units of Centauro and Nike Brazil, including restrictions on employee transfers between the companies and the maintenance of confidentiality agreements. Furthermore, the ACC established that the information and documents related to the commercial operations of Nike in Brazil would be kept segregated from Centauro's databases within SBF's systems.

While the last condition draws attention, an analysis of the case reveals that by prohibiting the unification of their databases, the remedy primarily aimed to preserve the competitive integrity of the market. It does so without directly addressing digital-specific challenges, such as the exploitation of consumer data for scaling business operations. Instead, the focus is on preventing the misuse of sensitive business information - such as product inventory details - that could distort competition. Therefore, the remedies focused on maintaining a level playing field in the retail sector but did not consider the long-term impact of e-commerce and digital channels on competition.

4.1.3. Bus/J3²⁷

In the third case, Cade reviewed the merger between *Bus Serviços de Agendamento* and *J3 Participações*, both active in Brazil's online travel agency (OTA) market. The merger raised concerns about potential market foreclosure, as Bus Serviços held a dominant position in the Global Distribution System (GDS) market. As in previous cases, Cade imposed remedies through an agreement (ACC), which required commitments from the merged entity to prevent anti-competitive practices, such as exclusive agreements with bus operators and the improper sharing of sensitive competitive data.

The primary competition concerns identified by Cade related to the potential for market foreclosure. The combined entity could direct its aggregated bus content solely to ClickBus, thus disadvantaging other GDS providers and competing OTAs which could significantly reduce the options available to competitors and hinder their ability to challenge the market power of the newly formed entity. Thus, imposed remedies focused on preventing exclusivity arrangements that could restrict competition in the GDS and OTA markets.

The ACC imposed key remedies, including prohibiting exclusive contracts between the merged entity and bus operators or competing OTAs, ensuring equal access to Bus Serviços' GDS platform. It also required Bus Serviços to notify clients with exclusivity clauses that they were no longer bound by them and committed the merged entity to non-discriminatory contracting practices. Additionally, Cade prohibited the use of sensitive information from rival OTAs, and Bus Serviços was required to implement a competition compliance program to monitor adherence to these commitments. Third parties were also given the ability to report any potential anti-competitive behavior through a whistleblower mechanism.

As is readily apparent, these measures focused on improving access to the GDS and preventing exclusivity, and were not designed to address any specific digital market concern.

27 Merger nº 08700.004426/2020-17. Applicants: Bus Serviços de Agendamento S.A. e J3 Participações Ltda.



4.1.4. Catena X

The Catena X case²⁸, involving the creation of a joint venture between eleven automotive companies, was approved by Cade with restrictions, reflecting concerns about potential competitive impacts. The transaction aimed to establish a collaborative cloud-based data platform to enhance efficiency and innovation in the sector. While the applicants argued that the initiative would benefit the entire supply chain by increasing transparency and reducing costs, the Brazilian authority identified risks related to the exchange of competitively sensitive information. As a result, the conditional approval introduced safeguards to mitigate these risks.

This case is noteworthy, especially because of unilateral imposition of conditions - as it is not a common practice on Cade's merger control. However, it also demonstrates the authority's vigilance in addressing potential risks arising from digital transactions. The measures adopted — such as appointing a compliance officer and implementing tracking software — were primarily focused on monitoring potential antitrust risks rather than actively fostering competition. While digital remedies can take a behavioural form, they are often designed to promote interoperability, data access, or algorithmic transparency, which were not central aspects of Cade's decision in this case. Instead, the measures were more aligned with traditional compliance safeguards to prevent collusion.

Despite Cade's approval of the transaction with restrictions, the companies ultimately chose to abandon the transaction. This situation highlights a broader challenge regarding enforcement in the Global South. When authorities impose remedies, especially those that are perceived as overly burdensome or restrictive, companies may choose to abandon the transaction rather than comply with the conditions. This reflects the difficulty of enforcing antitrust regulations in regions where companies may be less willing to accept conditions that they view as detrimental to their business model or operational flexibility. It also underscores the potential limitations of regulatory power in the Global South, where businesses may prioritize market expansion or flexibility over compliance with competition rules.

4.2. Anticompetitive Investigations

Turning to the realm of anticompetitive conduct, Cade has also investigated anti-competitive behavior in digital markets. Despite an increase in scrutiny, many of these proceedings have been dismissed²⁹, which may reveal a gap in effective enforcement, particularly in unilateral conducts.

To analyze the authority's approach in this area and assess the potential application of remedies in cases of anticompetitive conduct, we refer to the 2023 study released by DEE. According to the report, from 1995 to April 30, 2023, Cade initiated 23 investigations related to digital markets. Of these, 9 were still under investigation, 11 were dismissed, and 3 were archived following the signing of a Cease-and-Desist Agreement (from Portuguese Termo de Compromisso de Cessa  o, TCC) (Cade, 2023). These cases primarily involved exclusivity agreements and abuse of dominant position. Based on this

28 Merger n. 08700.004293/2022-32. Applicants: Basf S.E, BMW Holding BV and others.

29 Cade's General-Superintendence is the body responsible for conducting investigations of anticompetitive conducts. It has the power to dismiss investigations in early stages should it consider not to have enough evidence for a more detailed investigation.

data, it is evident that, to date, there has been no condemnation for anticompetitive conduct in digital markets - likely reflecting the challenges Cade faces in investigating this space. Indeed, after reviewing the sources, no cases of condemnation have been identified since the publication of the report.

Given the relatively large number of relevant investigations, however, an in-depth analysis of all of them would unnecessarily lengthen the article. Therefore, in parallel with the previous section, we will examine only those where TCCs were signed - OTAs, iFood/Rappi, and Gympass/TotalPass. We will assess whether the commitments in these agreements address issues specific to digital markets or if they align more with traditional antitrust concerns. Additionally, we offer a short comment on the Brazilian version of the *Google Shopping* investigation, as well as remarks on two ongoing investigations: Meta AI and Apple App Store.

4.2.1. Google Shopping³⁰

The first case we highlight is the Google Shopping case, one of Brazil's earliest and most important investigations into anticompetitive conduct by a digital platform. Initiated in 2013, the case centered on allegations that Google manipulated its search algorithms to favor its own price comparison service over competing platforms. This self-preferencing behavior, in which a dominant platform promotes its own services at the expense of competitors, is a classic concern in antitrust law. However, despite similarities to the European Union's investigation, which led to a €2.42 billion fine against Google in 2017 for similar practices, Cade's response was markedly different. While the European Commission required Google to amend its business practices, Cade ultimately archived the case in 2019, citing insufficient evidence that Google's conduct harmed competition or consumers in the local market.

Cade's instruction reflected the complexity of analyzing conducts of digital platforms, particularly when it comes to self-preferencing practices. As noted by Santos (2020, p. 296), there was excessive focus on defining relevant markets, while the discussion of anticompetitive strategies associated with innovation was less emphasized. Moreover, by concluding that there was insufficient evidence of competitive harm and that Google's actions constituted a pro-competitive product improvement, Cade reinforced the idea that product changes benefiting consumers should generally be seen as positive unless they explicitly harm rivals or block access to essential facilities (Blume; Bruch, 2023, p. 42)

4.2.2. OTAs³¹

The first critical example of a TCC signed due to anticompetitive conduct in a digital market is the case involving OTAs Booking.com, Decolar.com and Expedia. The investigation centered around the use of Most-Favored-Nation (MFN) clauses in contracts between OTAs and hotels, which required hotels to offer the same or better terms to OTAs as they did to other platforms or their own website.

30 Administrative Proceeding n. 08700.009082/2013-03. Claimant: E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia Ltda. Defendant: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda.

31 Administrative Proceeding n. 08700.005679/2016-13. Respondents: Fórum de Operadores Hoteleiros do Brasil (FOHB)/Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda., Decolar.com Ltda. e Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda.



These clauses were seen as harmful to price competition and potentially creating barriers to entry for new competitors and Cade signed an agreement with the parties.

The TCC required the removal of “wide” MFN clauses, which restricted hotels from offering better terms elsewhere, as they were seen as anti-competitive. However, “narrow” MFN clauses, which only prohibited hotels from offering lower prices on their own websites, were allowed, as Cade determined they were legitimate to prevent free-riding on OTAs’ investments. While this case addressed competition concerns, it is important to note that the remedies imposed were not specifically tailored to digital markets. Rather, the case centered on traditional competition concerns - mainly price parity and market access - which are common in both digital and non-digital contexts.

4.2.3. iFood/Rappi³²

Another critical example is the iFood/Rappi that following the precedent of the OTAs case, ended with a TCC. iFood, a dominant player in Brazil’s online food delivery market, faced investigation after Rappi filed a complaint alleging that iFood was imposing exclusivity clauses with restaurants, potentially hindering competitors.

The investigation revealed that the company exclusivity policy with restaurants could have been preventing the entry of rivals. In response, the General Superintendence (Cade’s investigative body) imposed a preventive measure on the food delivery app, effectively prohibiting iFood from entering into new contracts that included exclusivity clauses. After a few months, iFood and Cade settled a TCC.

The TCC included several key provisions, such as prohibiting MFN clauses with other marketplaces and banning clauses that prevent partners from offering promotions on competing platforms or mentioning other food delivery services in ads outside of the iFood platform. It also restricts iFood from entering into contracts that prevent restaurants from working with other platforms after the exclusivity period ends, offering incentives to retain delivery business, or providing individualized volume-based discounts.

One of the most noteworthy aspects of the agreement between iFood and Cade is the clause concerning the commitment to open APIs. The agreement includes a provision requiring iFood to maintain certain APIs that provide specific information available to external developers. This commitment is intended to reduce operational costs for restaurants using multiple online food delivery marketplaces, facilitating better integration between iFood’s platform and other Point of Sale (POS) software used by restaurants. By making this data available, restaurants can manage their sales directly through the POS software, ensuring a more seamless operation across platforms.

Indeed, while the commitment to open APIs represents a step towards greater integration and operational efficiency for restaurants, it does not fully address the structural issues inherent to the digital economy, such as the role of network effects in reinforcing iFood’s market position or the impact of data control in limiting competitors’ ability to offer competing services. In this case, the API commitment, while beneficial, focuses more on improving operational efficiencies for restaurants

³² Administrative Proceeding n. 08700.004588/2020-47. Respondent: iFood.com Agência de Restaurantes Online S.A. (iFood).

rather than addressing the underlying competitive dynamics in the online food delivery marketplace.

Thus, although the case sought to ensure some level of market access for competing aggregators, it did not go beyond contractual limitations to implement remedies that could structurally impact competition in digital fitness platforms. This highlights a recurring challenge in antitrust enforcement in digital markets - ensuring that commitments are not merely adaptations of traditional remedies but rather tailored interventions that address the core mechanisms of platform dominance.

4.2.4. Gympass/TotalPass³³

A similar approach was taken in the Gympass/Total Pass case, which involved allegations that Gympass was using exclusivity clauses to restrict gyms from offering services on competing platforms. Gympass, which aggregates access to fitness centers, was investigated for imposing exclusivity clauses that allegedly restricted gyms from offering services on competing platforms. Once again, the case ended up with an TCC focusing on imposing restrictions to ensure greater competition.

Under the terms of the Agreement, Gympass is required to limit exclusivity clauses with affiliated gyms to no more than 20% of its gym base in any given city or district and being monitored by a trustee nominated by the signatories and approved by Cade, with a daily fine imposed in case of non-compliance. Moreover, despite the similarities, the Gympass/TotalPass case did not include additional measures that signalled a broader effort by the authority to address digital market-specific concerns - such as the API-sharing commitment seen in the iFood case. In this sense, even the small progresses towards a more specific approach does not seem consistent. In this regard, e, the decision in this case also does not address broader issues specific to digital platforms.

4.2.5. Jedi Blue³⁴

The Jedi Blue case concerned an alleged agreement between Google and Facebook that allegedly favored Facebook in online advertising auctions in exchange for Facebook's commitment to refrain from supporting alternative advertising technologies, therefore horizontal restrictions.

In this case, Cade focused on whether the sharing of sensitive information between the two companies was intended to artificially raise ad prices by creating the illusion of competition. Specifically, the agreement between the two technological giants was said to involve preferential treatment for Facebook in terms of ad fees, placement, and data access, while Facebook would avoid using a competing programmatic advertising system, header bidding, which could have undermined Google's ad revenues.

The case ended up being dismissed by the General-Superintendence a few months after the beginning of the investigations. The authority found that the agreement lacked evidence of anti-competitive effects, noting that it did not impose absolute restrictions on either company's ability to develop competing services.

33 Administrative Proceeding n. 08700.004136/2020-65). Interested party: GPBR Participações Ltda. (Gympass).

34 Administrative Proceeding n. 08700.006751/2022-78. Claimant: Cade ex officio Respondent: Google Inc. and Google Brasil Internet Ltda.



4.2.6. Meta AI³⁵

The recent probe opened against Meta may offer a unique opportunity for the competition authority to consider remedies and to work alongside the national data protection authority. The investigation started via a petition by IDEC – a third-sector NGO focused on consumer protection – arguing that Meta would be employing public personal data of its users to train its artificial intelligence tools. According to IDEC, Meta’s conduct would amount to unlawful exercise of market power (monopolization), with the goals of raising barriers to entry (no other company would have access to the same amount of data as Meta to train an AI tool) and entrenchment of a dominant position.

A similar petition was submitted to the Brazilian Data Protection Authority (ANPD). As a result, ANPD issued in July 2024 an interim measure ordering the immediate suspension of Meta’s use of personal data to train the AI tool, as well as imposing tailored remedies that should be complied with if Meta wished to resume the use of data³⁶. On August 30, 2024, it was announced that Meta had accepted the conditions to collect, process and use personal data for AI purposes. ANPD continues to monitor compliance of the remedy.

The investigation at Cade is still ongoing. This case highlights how issues in digital markets may call for different regulatory bodies for action. In order for a successful enforcement of anticompetitive conducts – and the development of suitable remedies – it is of utmost importance for authorities to cooperate.

4.2.7. Apple App Store

The *Apple App Store* investigation³⁷ is the Brazilian version of the debacle that started with Epic Games and Apple in the United States. In the Brazilian version, the company Mercado Livre filed a complaint with Cade arguing that Apple would be (i) prohibiting the distribution of third-party digital services, which would be enforced through a ban based in its App Developer Program License Agreement (ADPLA) and App Store Review Guidelines (the Guidelines), preventing app developers from offering goods or services on the iOS system that are used outside the developer’s app; and (ii) an obligation imposed on app developers who sell digital goods or services within their apps to exclusively use Apple’s own payment processing system.

In November 2024, the General-Superintendence imposed an Interim Measure against Apple. According to the decision, Apple would have to suspend the application of some parts of its ADPLA and the Guidelines, allowing developers to (i) inform users about alternative means of payment outside the app; (ii) show users links and buttons (known as *call to action*) which allow users to purchase goods or services without using the in-app payment system; and (iii) contract with alternative means of in-app payment. The Interim Measure also demanded for the sideloading of app stores on iOS. Apple was given twenty days to comply with the measures.

Apple appealed to Cade’s Tribunal and also sought relief in the Brazilian courts against the Interim Measure. The company granted an injunction by a judge suspending the effects of the interim

35 Administrative Proceeding n. 08700.004482/2024-77. Claimant: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. Respondent: Meta INC. e Facebook Serviços Online do Brasil Ltda.

36 Proceeding n. 00261.004509/2024-36. Defendant: Meta Platforms Inc. – Facebook Serviços Online do Brasil. Voto n. 11/2024/DIR-MW/CD.

37 Investigation n. 08700.009531/2022-04. Complainant: Ebazar.com.br Ltda and Mercado Pago Instituição de Pagamentos Ltda. Defendant: Apple Inc. and Apple Services LATAM LLC.

measure until a final decision was rendered by Cade. More recently, the Federal Court of Appeals for the 1st Region (TRF1) overturned the decision by the judge and reinstated the Interim Measure, granting Apple ninety days to comply (Peters, 2025). The case is still ongoing.

It is worth noting that given the importance of the matter, Cade organized a Public Consultation to discuss competitive aspects of mobile digital ecosystems, particularly iOS and Android. The consultation took place on February 19, 2025, and had the participation of players of the industry, associations, academics and non-governmental organizations.

4.3. Findings

In summary, the analysis of the cases listed above shows that, despite Cade dealing with both structural and behavioral cases in digital markets, and notwithstanding its apparent proactivity and engagement with the issue, the remedies applied have not specifically addressed the unique concerns of digital markets. The few and rare instances in which the Brazilian authority imposed remedies to restrict competitive concerns were done through agreements negotiated with the parties involved. The balance is three ACCs and three TCCs. This could indicate the agency's reluctance to handle these emerging markets and its caution in considering the perspectives of the parties involved, avoiding taking more intrusive position in digital markets.

However, Cade has also dismissed significant cases concerning activities that seemed to fall within antitrust violations. In this sense, there has yet to be any formal condemnation of digital platforms in Brazil, highlighting the complexities the agency faces in adapting antitrust enforcement to the digital economy.

5 CONCLUSION AND RECOMMENDATIONS

The typical remedies applied to competition concerns have not been effective in addressing the specific challenges of digital markets. The unique characteristics of these markets - such as network effects, data control, and multi-sided business models - call for more proactive and tailored regulatory approaches. This means that competition authorities must move beyond traditional tools and consider more intrusive measures, such as *ex ante* regulation, to address competitive deficits. Acknowledging that competition law alone may not possess all the necessary tools to ensure a more contestable, fair, and democratic market is an important step in advancing regulatory frameworks in the digital economy.

Nevertheless, this is not an easy task, especially for developing countries, which face significant challenges in adapting traditional regulatory models to the complexities of digital platforms. These countries often struggle with limited resources and weaker institutional capacity to effectively monitor and regulate fast-evolving digital markets. Additionally, many digital platforms operate on a global scale, making it difficult for national regulators to enforce rules without international cooperation. As a result, countries in the Global South must contend with the double burden of regulating emerging digital sectors while simultaneously addressing existing economic disparities and institutional weaknesses.

In Brazil, the situation is no different. The authority has not yet established a comprehensive framework to deal with the unique challenges of digital platforms. As evidenced in the cases discussed, Cade's approach to remedies continue to rely heavily on traditional antitrust tools, which often fail to



capture the full complexities of digital markets. While such tools remain important, they do not address the underlying issues of data control, network effects, and the platform economy, which are central to understanding and regulating competition in digital markets. Moreover, there is no pattern of analysis for digital market investigations. This likely mirrors the situation in other countries of the Global South, where competition authorities are struggling to adapt traditional models to distinctive features.

While traditional competition law tools may still play a role, Brazil needs to revisit its toolkit and embrace the fact that the current framework is not sufficient to tackle all the concerns that digital markets pose to the competitive environment. In this sense, we believe that the authority must not be constrained to well-established remedies in antitrust practice and literature but act boldly by developing updated remedies more capable of curing the competitive ailment forged by dominant digital players.

An initial step has been done in Brazil. In October 2024, the Ministry of Economy unveiled a 130-page report in which it outlines its proposals and recommendations to enhance the regulatory environment applicable to digital platforms in Brazil (Brasil, 2024). The report was led by the Secretariat for Economic Reforms and is a product of a public consultation opened by the Ministry in the first months of 2024.

The proposals set forth by the Report are divided in two categories. First, a group of proposals deemed as a new tool for fostering competing in cases of platforms with “systemic relevance”. This would entail a legislative change in order to establish in law the criteria for designating platforms as such. The criteria would be both qualitative and quantitative: it would look at aspects such as market power associated with strong network effects, the offering of multiple online services, intense use of personal data and significant number of users; on the quantitative side, the law would establish a minimum turnover threshold – globally and nationally – for platforms to be designated as “systemic relevant”. The report stresses the importance of setting a safe harbor for platforms with turnovers below the threshold. Even though we do not know what the threshold would be, it is expected to be high enough to capture only the Big Tech firms. Importantly enough, all the designation decisions must be submitted to Cade.

Second, on the remedy discussion, the Report establishes that Cade would have the power to impose new substantive obligations to the designated platforms. Such obligations would be individually tailored to each platform, taking into consideration its business model. Should a platform fail to comply with the obligations, it would be subject to an in-depth investigation by Cade.

The Report released by the Ministry of Economy is a testimony to the importance given to competition enforcement in the current Brazilian administration. It is worth noting that Cade submitted lengthy comments to the Ministry while the report was being crafted. In its comments, Cade acknowledges the need for an updated framework of competition enforcement in the country to deal with the challenges of digital markets. On the remedies discussion, Cade asserts that it has an important that track record that should be expanded³⁸.

38 “CADE’s robust track record in implementing remedies to restore market competitiveness, including digital ones, combined with its specialized regulation, is essential for efficiently dealing with antitrust issues in this dynamic sector. Centralizing this competency strengthens the agency’s ability to adapt to the complexities and innovations of digital markets, avoiding fragmented oversight and ensuring timely and informed interventions” (Cade, 2024b, p. 55).

The Brazilian Competition Act needs to be revisited to be ready to face the continuing challenge of digital markets. Considering what we found in this paper – that is, the reticent activity of the authority in developing and imposing specific remedies in digital markets – a possible *ex ante* regulation is welcome and will only enhance Brazil as a leading antitrust enforcer in the Global South.

REFERENCES

ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE (Cade). **BRICS in the Digital Economy**: Competition Policy in Practice: 2nd Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy. Brasília: Cade, 2024a. Available at: <https://x.gd/dVkt2n>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE (Cade). **CADE's contribution to the Ministry of Finance's Public consultation for regulation of digital platforms**. Brasília: Cade, 2024b. Available at: <https://x.gd/SWtkX>. Accessed on: 6 March 2025.

ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE (Cade). **Mercados de Plataformas Digitais**: Cadernos do Cade. Brasília: Cade, 2023. Available at: <https://x.gd/NGkhq>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE. **Les engagements comportementaux**: Behavioural Remedies. Paris: La Documentation Française, 2020. (Les essentiels).

BLUME, Igor Marcelo; BRUCH, Kelly. O Paradoxo do Google: a geração de ganhos de eficiência e as condutas anticompetitivas. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, i. 11, n. 2, 2023. DOI: <https://doi.org/10.52896/rdc.v11i2.1062>. Available at: <https://x.gd/daSfV>. Accessed on: 26 February 2025.

BOSTOEN, Friso; VAN WAMEL, David. Antitrust remedies: From caution to creativity. **Journal of European Competition Law & Practice**, [s. l.], v. 14, i. 8, p. 540-552, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpad051>. Available at: <https://x.gd/TpSJ3>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

BOSTOEN, Friso; VAN WAMEL, David. The Digital Markets Act: A Partial Solution to Antitrust's Remedy Problem. **Common Market Law Review**, [s. l.], v. 61, i. 6, 2024. Available at: <https://x.gd/Bxb0L>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

BRADFORD, Anu. **The Brussels Effect**. New York: Oxford University Press, 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. **Plataformas Digitais**: Aspectos econômicos e concorrenciais e recomendações para aprimoramentos regulatórios no Brasil. Brasília: Ministério da Fazenda, 2024. Available at: <https://x.gd/jCbPc>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

COMPETITION MARKET AUTHORITY (CMA). **Microsoft / Activision Blizzard merger inquiry**. London: CMA, 2023. Available at: <https://x.gd/TKfgl>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

EUROPEAN COMMISSION. Fines. **European Commission**, Brussels, 2025. Available at: <https://x.gd/2Rfaf>. Accessed on: 25 Feb. 2025.

EUROPEAN COMMISSION. **Case M.9660 – GOOGLE/FITBIT**. Brussels, 2020. Available at: <https://x.gd/twWw5>. Accessed on: 25 Feb. 2025.

GAL, Michal S.; PETIT, Nicolas. Radical restorative remedies for digital markets. **Berkeley Technology Law Journal**, Berkeley, v. 36, i. 2, p. 617-674, 2021. Available at: <https://www.jstor.org/stable/27210392>. Accessed on: 26 Feb. 2025.



GREENWOOD, Natalie; ROBERT, Gavin. Who's Afraid of the UK Competition & Markets Authority? **Antitrust Magazine**, Chicago, v. 38, i. 3, 2024. Available at: <https://x.gd/4t6M2>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

HALPERIN, Michal. Remedies (antitrust). **Global Dictionary of Competition Law**. Paris: Concurrences, 2025. Available at: <https://x.gd/aSgHB>. Accessed on: 24 Feb. 2025.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Interoperability Remedies. **Columbia Law Review**, New York, v. 123, 2023. Available at: <https://x.gd/9G2Zk>. Accessed on: 23 Feb. 2025.

LANCIERI, Filippo; PEREIRA NETO, Caio Mario S. Designing remedies for digital markets: the interplay between antitrust and regulation. **Journal of Competition Law & Economics**, [s. l.], v. 18, i. 3, p. 613-669, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhab022>. Available at: <https://x.gd/e2YXi>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

LANCIERI, Filippo; SAKOWSKI, Patricia Morita. Competition in Digital Markets: A Review of Expert Reports. **Stanford Journal of Law, Business & Finance**, Stanford, v. 26, p. 65, 2021. Available at: <https://x.gd/u3WwJ>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

MCCABE, David. Justice Dept. Double Down on Request to Break Up Google. **New York Times**, New York, Mar. 7, 2025. Available at: <https://x.gd/SxqXR>. Accessed on: 7 March 2025.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Ex ante regulation and competition in digital markets**. OECD Publishing: Paris, 2021. Available at: <https://x.gd/Gku5h>. Accessed on: 25 Feb. 2025.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). Interim Measures in Antitrust Investigations. 2022a. **OECD Roundtables on Competition Policy Papers**, No. 283, OECD Publishing: Paris, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1787/5a3242e9-en>. Available at: <https://x.gd/SCDJD>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OCDE). **OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age**. OECD Publishing: Paris, 2022b. DOI: <https://doi.org/10.1787/c8c1841b-en>. Available at: <https://x.gd/SH0il>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil**, 2019. Competition Law and Policy Reviews. OECD Publishing: Paris, 2019. Available at: <https://doi.org/10.1787/8657b785-en>. Accessed on: 25 Feb. 2025.

PETERS, Jay. Apple has 90 days to allow app sideloading in Brazil. **The Verge**, New York, Mar. 6, 2025. Available at: <https://x.gd/K5VXq>. Accessed on: 25 Mar. 2025.

SANTOS, Humberto Cunha dos. A concorrência dinâmica das plataformas digitais: o respeito à inovação sem desprestigiar a preservação da competição na economia digital – reflexões a partir do caso “Google Shopping”. **Revista do IBRAC**, São Paulo, i. 1, p. 296-317, 2020. Available at: <https://x.gd/Utd5>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT (UNCTAD). **Enforcing Competition Law in Digital Markets and Ecosystems: Policy Challenges and Options**. Geneva: Unctad, 2024. Available at: <https://x.gd/i6V3S>. Accessed on: 26 Feb. 2025.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Federal Trade Commission. **File Number 111-0163**. Washington: Federal Trade Commission, 2013. Available at: <https://bit.ly/3Rh8T8a>. Accessed on: 4 Apr. 2022.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Department of Justice. **Plaintiffs' Proposed Remedy Framework**. Case 1:20-cv-03010-APM, Document 1052, Oct. 8, 2024. Available at: <https://www.justice.gov/atr/media/1373101/dl>. Accessed on: 25 Feb. 2025.

WORLD BANK. **Antitrust and Digital Platforms**: An Analysis of Global Patterns and Approaches by Competition Authorities. Washington, D. C.: World Bank Group, 2021. (Levelling Up). Available at: <https://x.gd/0RsRd>. Accessed on: 26 Feb. 2025.



INTEGRATING COMPETITION AND INDUSTRIAL POLICIES IN BRAZIL: PATHWAYS TO FOSTER A DYNAMIC DIGITAL ECONOMY THROUGH ANTITRUST AND INNOVATION¹

INTEGRANDO POLÍTICAS CONCORRENCIAIS E INDUSTRIAIS NO BRASIL: CAMINHOS PARA A PROMOÇÃO DE UMA ECONOMIA DIGITAL DINÂMICA POR MEIO DO ANTITRUSTE E DA INOVAÇÃO

Diogo Thomson de Andrade²

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade)

Paulo Henrique de Oliveira³

Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP)

STRUCTURED SUMMARY

Context: This article explores the intricate relationship between industrial and competition policies in

¹ **Editor responsável:** Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

Recebido em: 16/01/2025 **Aceito em:** 11/06/2025 **Publicado em:** 25/06/2025

² Ph.D. in Law from the Brazilian Institute of Education, Development and Research (IDP). Holds a Master's degree in Philosophy of Law from PUC-SP (2009) and a Bachelor's degree in Law from the same institution (2003). He has been a Federal Attorney (member of the Federal Attorney General's Office) since 2004. Serves as a Board Member at the Administrative Council for Economic Defense (Cade) since December 2023. Previously served as Deputy Superintendent of Cade (2012-2023) and Interim General Superintendent (July 2021 to April 2022 and July to October 2017). He also held the position of Director of the Department of Economic Protection and Defense (DPDE) at the now-defunct Secretariat of Economic Law of the Ministry of Justice (2011-2012) and Federal Attorney, Head of the Studies and Opinions Division (Consultative) at Cade's Specialized Federal Attorney's Office (2007-2010).

E-mail: diogo.andrade@cade.gov.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1013455166196943> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-2850-4150>

³ Ph.D. Candidate and MSc in Politics and Economics of the Public Sector (Public Administration and Government) at FGV-EAESP, with a B.A. in Economics from the Federal University of São Paulo (UNIFESP). He is a researcher at the Economic Power and Democracy Crisis Research Group (GPED/NDD) at CEBRAP and at the Center for Law, Internet and Society (CEDIS). Currently, he serves as Chief of Staff to Commissioner Diogo Thomson de Andrade at the Tribunal of the Administrative Council for Economic Defense (Cade).

E-mail: oliveira.paulo@fgv.edu.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/7317015365816360> **ORCID:** <https://orcid.org/0009-0002-9976-8695>

the digital economy, with a particular focus on Brazil. It examines the resurgence of industrial policy approaches designed to promote innovation and competitiveness while addressing the evolving role of competition policy in maintaining market neutrality. Highlighting the key role of Brazil's Administrative Council for Economic Defense (Cade), the study emphasizes how antitrust measures intersect with regulatory governance and industrial initiatives in fostering a dynamic digital economy.

Objective: The main objective is to analyze the interaction between industrial and competition policies in Brazil, highlighting their complementary and conflicting aspects. By exploring the country's regulatory framework and its implications for the digital economy, the article seeks to identify strategies for achieving policy integration that supports innovation, competition, and contestability in these markets.

Methodology: The study employs a literature review approach, subsequently analyzing emerging trends in Brazil. It develops a research agenda focusing on the interplay between industrial and competition policies, offering preliminary insights rather than definitive conclusions. The structure includes a historical overview, an exploration of policy intersections, and an analysis of Brazil's regulatory practices and their economic impacts.

Conclusion: The article highlights the need for alignment between policies to address the challenges of the digital economy, such as innovation bottlenecks, regulatory inefficiencies, and market concentration. By integrating these policies, Brazil can create a digital environment that is more conducive to innovation and competitiveness. In this regard, the study highlights the development of the Pix payment system, along with other initiatives, as an example of effective policy integration that balances state-led actions with market dynamics. It also emphasizes the role of Cade in ensuring conditions that foster innovation and competition throughout the economy.

Keywords: competition policy; industrial policy; digital platforms; market governance; innovation; digital public infrastructures.

JEL: L40; L52; O31; O33; O52.

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: este artigo explora a intrincada relação entre políticas industriais e concorrenciais no âmbito da economia digital, com foco particular no Brasil. Examina-se a ressurgência de abordagens de política industrial voltadas para promover inovação e competitividade, ao mesmo tempo em que se aborda o papel em evolução da política de competição na manutenção da neutralidade de mercado. Destacando o papel-chave do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), o estudo enfatiza como medidas antitruste se cruzam com a governança regulatória e iniciativas industriais na promoção de uma economia digital dinâmica.

Objetivo: o objetivo principal é analisar a interação entre políticas industriais e concorrenciais no Brasil, destacando seus aspectos complementares e conflitantes. Ao explorar o arcabouço regulatório do país e suas implicações para a economia digital, o artigo busca identificar estratégias para alcançar uma integração política que apoie a inovação e a concorrência e contestabilidade nestes mercados.

Método: o estudo utiliza uma abordagem de revisão de literatura, analisando posteriormente tendências emergentes no Brasil. Busca-se o desenvolvimento de uma agenda de pesquisa focada



na interação entre políticas industriais e concorrenciais, oferecendo *insights* preliminares em vez de conclusões definitivas. A estrutura inclui uma revisitação da relação histórica entre as políticas, uma exploração das interseções existentes e uma análise das práticas regulatórias do Brasil e seus impactos econômicos.

Conclusões: o artigo destaca a necessidade de alinhamento entre as políticas para enfrentamento dos desafios da economia digital, como gargalos de inovação, ineficiências regulatórias e concentração de mercado. Ao integrar essas políticas, o Brasil pode criar um cenário digital mais propício à inovação e competitivo. O estudo ressalta o desenvolvimento do sistema de pagamento Pix, além de outras iniciativas, como um exemplo de integração política eficaz que equilibra ações lideradas pelo Estado com dinâmicas de mercado, e enfatiza o papel do Cade em garantir condições para a promoção da inovação e da concorrência em toda a economia.

Palavras-chave: política concorrencial; política industrial; plataformas digitais; governança de mercado; inovação; infraestruturas públicas digitais.

Summary: 1. Introduction; 2. The new industrial policy of the 21st century; 3. The interplay between industrial policy and antitrust before and after the digital age; 4. Governance, competition, and industrial policy in Brazil: a brief analysis of Cade's role at the intersection of competition and industrial policies; 5. Conclusion; References.

1 INTRODUCTION

The growing prominence of new theories on industrial policy in recent years underscores a shift toward strategic government intervention aimed at promoting innovation, driving technological progress, and strengthening economic resilience. This approach differs from traditional forms of industrial policy, which often relied on protectionism and direct state intervention. Instead, modern industrial policy seeks to shape the economic environment to facilitate innovation, sustainability, and competitiveness. As noted by Evenett *et al.* (2024), “strategic competitiveness is the dominant motive governments give for taking action, followed by climate change and supply chain resilience, with geopolitical and national security concerns accounting for a smaller share”. This broader approach reflects an expanded rationale for industrial policy beyond the traditional focus on correcting market failures or fostering innovation alone. Instead, modern industrial policy seeks to shape the economic environment to foster resilience, sustainability, and competitiveness in response to the complex demands of the 21st century.

In tandem with this resurgence, the role of competition policy has also evolved. Traditionally focused on solely ensuring market efficiency and preventing monopolistic practices, competition policy now assumes a central role in being a priori embedded in the design of industrial policies. This integration is essential to ensure that the pursuit of strategic objectives – such as technological leadership and sustainability – does not come at the cost of market contestability. This function is particularly critical in the context of digital markets, where platform dominance pose unique challenges

to maintaining open and competitive environments. However, tensions persist between these two policy areas, as the pursuit of industrial development – whether for innovation, sustainability, security, or competitiveness – can sometimes conflict with competition goals, particularly when state intervention is involved. In this regard, one of the key challenges lies in finding a balance that promotes technological growth without compromising competitive neutrality. Accordingly, the digital economy presents new challenges for both industrial and competition policies. The market power of digital platforms, their network effects, and data control issues have blurred the lines between the need for regulation and the need to promote innovation. This is particularly relevant in Brazil, where the government has recently undertaken multiple initiatives aimed at regulatory governance, competition enforcement – even advancing toward a direct debate regarding the role of antitrust enforcement in digital affairs⁴ –, and industrial policy in the digital sector. In this context, the Administrative Council for Economic Defense (Cade) has emerged as a key actor. Cade’s role spans across these fronts, balancing antitrust enforcement, contributing to regulatory governance, and supporting industrial initiatives aimed at improving Brazil’s position in the global digital economy.

Methodologically, this study employs a literature review, subsequently analyzing emerging trends in the Brazilian context aiming to open a research agenda focused on the interface – both positive and negative – between industrial and competition policies. Its purpose is not to deliver conclusive findings but to provide preliminary insights into the interplay between these two policy domains, guiding potential avenues for further investigation, with a special focus on the digital economy.

The structure of the article is as follows. The first section provides an overview of the new industrial policies in the 21st century, exploring their evolution and current dynamics. The second section delves into the interface between industrial policy and competition policy, examining their relationship before and after the digital age. This includes an analysis of the tensions and complementarities that arise when these two policy domains intersect. The third section presents a preliminary look at the Brazilian case, highlighting the role of various government entities, mainly Cade, in shaping a dynamic digital economy through regulatory, competitive, and industrial policies. Finally, we summarize the findings and discuss key policy recommendations to improve the integration of competition and industrial policies in Brazil.

2 THE NEW INDUSTRIAL POLICY OF THE 21ST CENTURY

The resurgence of industrial policy in the 21st century has redefined its role as a crucial instrument for economic growth, technological development, and national resilience. In short, industrial policies can be defined as government initiatives that explicitly target the transformation of economic activity to achieve public goals such as stimulating innovation, productivity, climate transition, and economic growth (Juhász; Lane; Rodrik, 2024). These policies, in turn, aim to shape the economic structure by exercising discretion in favoring certain sectors (or economic behaviors/ outcomes) over others.

⁴ For more information, refer to the working paper prepared by the Ministry of Finance based on input gathered regarding competition issues in digital markets (Ministério [...], 2024).



As Juhász, Lane and Rodrik (2024) notes, traditionally, critiques point out that industrial policies were characterized by protectionism and direct state intervention to support national industries. These arguments often focus on informational shortcomings and political capture. Regarding the first, governments may lack sufficient knowledge about market failures to make effective decisions, while the latter suggests that industrial policy can be susceptible to lobbying and influence, leading to decisions that benefit private interests without enhancing overall social welfare (Juhász; Lane; Rodrik, 2024). Another point of contention is that the resurgence of industrial policy is closely linked to a more protectionist and nationalist global environment. This shift has prompted concerns that industrial policy might be used to prioritize national interests at the expense of international cooperation⁵.

Although these arguments are valid in many respects and should be background concerns in any context of industrial policy formulation/implementation, economic theory has increasingly made room for the use of new industrial policy strategies, focusing on well-designed and evidence-based policies to foster competitiveness, innovation, and broader welfare gains. Unlike traditional protectionist approaches – often focused on developing foundational industries, such as durable and non-durable goods sectors, to mitigate competitive disadvantages – these new industrial policy frameworks emphasize creating an environment conducive to innovation, technological sovereignty, and sustainability. This shift is driven by challenges in the digital economy, geopolitical uncertainties, and the need to address climate change, among other vectors.

In this regard, new industrial policies must balance state intervention with market dynamics, leveraging government support to stimulate innovation in the private sector (Rodrik, 2004; Aiginger; Rodrik, 2020; Juhász; Lane; Rodrik, 2024). Delving deeper into this concept, Mazzucato and Rodrik (2023) argue that industrial policies should be accompanied by conditionalities, tying government support to objectives that maximize public value, such as fostering local innovation ecosystems and ensuring fair competition.

The recent “Draghi Report” emphasizes that industrial policy should focus not on picking winners, but on fostering an environment where innovation can flourish across all sectors. Rather than direct intervention, this approach focuses on aligning incentives to foster private sector growth in key areas. Investments in digital infrastructure, green technologies, and skills development are crucial to maintaining competitiveness in a rapidly changing global landscape. By shaping markets through strategic investments and partnerships, this policy model seeks to develop markets that encourage technological advancement and sustainability⁶. The report highlights the need to align industrial policy with broader social goals, such as reducing inequalities and promoting sustainability, ultimately building market structures that support innovation without heavy-handed intervention (Draghi, 2024).

5 As highlighted by Evenett *et al.* (2024), the recent wave of industrial policy measures has been largely driven by advanced economies and is frequently motivated by strategic competitiveness, climate objectives, and national security. These trends have led to a notable increase in tit-for-tat dynamics: “a subsidy for a given product by one major economy is met with a subsidy for the same product by another within one year” in nearly 74 percent of cases. Such dynamics raise important questions about the sustainability of the multilateral trading system and point to the urgent need for greater transparency, dialogue, and coordination in the governance of industrial policies.

6 Perspectives like this regarding the role of the state in the process of structuring markets and incentives align with the perspective of a state-market interaction role that goes beyond the regulatory paradigm, advancing towards understanding the state as an agent of “marketcraft”, “marketcreating” or “marketshaping.” In this context, it is assumed that for this set of policies, and consequently for the development of this state role, greater interaction (and often complementarity) between various spheres of public policy is required, whether related to inclusion, sustainability, foreign trade, competition, regulation, or industrial policy actions. These assumptions imply viewing market governance as a way to rebalance power and as a form of distributive policy. For further debates on this model of action, see: Mazzucato (2016) and Vogel (2018, 2023).

A central feature of this new wave of industrial policies is the creation of an environment conducive to sustained innovation. This entails fostering synergies between the public and private sectors, with government initiatives laying the groundwork for private enterprise innovation – for instance, through public investments in digital infrastructure and education that help reduce entry barriers for startups. This ensures that industrial policy does not merely protect existing industries but actively promotes new technologies and business models (Rodrik, 2004; Aiginger; Rodrik, 2020). Moreover, industrial policy must keep up with the pace of rapid technological change, as traditional tools such as subsidies and tariffs often fall short – lacking the speed and flexibility needed to meet the evolving demands of the digital economy. Instead, policies should emphasize agility and focus on developing capabilities that allow economies to swiftly seize emerging opportunities and address evolving challenges. This includes investing in human capital, particularly in digital skills, to ensure the workforce can benefit from the digital transformation (Draghi, 2024).

In this context, the adoption of new industrial policies can be better understood through the lens of technological development, which has become a central focus in recent policy debates (Mazzucato; Entsminger; Kattel, 2021). Aiginger and Rodrik (2020) argues that the state has a pivotal role in providing a strategic framework for economic restructuring, particularly in promoting technological dynamism and diversification. In the digital age, this role becomes critical as countries build digital infrastructures and address systemic challenges such as global competition and the dominance of digital platforms (Mazzucato; Entsminger; Kattel, 2021; Tirole, 2024).

Tirole (2024) adds that traditional market-based approaches, which prioritized minimal intervention, are increasingly seen as inadequate in the face of market power concentrations. Instead, modern industrial policies recognize the need for government involvement to overcome market failures, especially in areas with high barriers to entry, network effects, and data control issues (Draghi, 2024; Tirole, 2024). This perspective emphasizes the state's role not only in regulating but also in actively fostering the conditions for private sector innovation and competition.

Exemplifying this approach, the European Union has been developing policies and initiatives that help illustrate part of this process of formulation and implementation, focusing on both sustainability and technological development. The European Green Deal aims to decarbonize the economy while fostering innovation in green technologies, demonstrating the evolving role of industrial policy in achieving sustainability goals (European Commission, 2024a). Similarly, the EU Digital Strategy seeks to maintain European competitiveness by investing in digital infrastructure, promoting skills, and reducing reliance on foreign technology providers (European Commission, 2024b). These initiatives exemplify how well-designed, evidence-based policies can address global challenges like climate change while also driving economic growth, aligning with the broader objectives of modern industrial policy.

The United States' CHIPS and Science Act is another example of interventionist industrial policy that aims at fostering the conditions for private sector innovation and competition. The policy is focused on boosting semiconductor production and reducing reliance on foreign suppliers and reflects a commitment to technological sovereignty, which can be a double-edged sword (Fact [...], 2022). On one hand, technological sovereignty is crucial for national security, as it ensures control over critical technologies and reduces vulnerabilities associated with dependence on foreign technology giants (Tucker *et al.*, 2023). On the other hand, the focus on sovereignty can easily lead to

protectionist measures that prioritize domestic interests at the expense of international cooperation and open markets. This tension highlights one of the key nuances of industrial policy: while it aims to enhance national resilience, it also risks fostering protectionism that could stifle global competition and innovation. Such potential negative effects must be carefully considered in the formulation of industrial policies to strike a balance between national security and open, competitive markets.

Beyond these dimensions, there are also central concerns regarding the effects of industrial policies on competition and, conversely, how competition can influence the design of incentives and mechanisms to facilitate the entry of innovative agents. The OECD (2024) highlights the importance of pro-competitive industrial policies, which ensure that technological development is pursued in an environment where markets remain open to new entrants. This pro-competitive approach prevents dominant players from stifling innovation, promoting the development of a more contestable digital economy. Caffarra and Lane (2024) also emphasize integrating competition elements into industrial policies to avoid technological dependencies and promote diversity in digital markets.

These examples underscore how new industrial policies must foster both innovation and competitiveness while avoiding pitfalls such as monopolization and technological lock-ins. This debate opens up space for a deeper focus on the relationships between antitrust policy and industrial policies - and on the role of competition policy in designing economic incentives. Such relationships have often been marked by tensions arising from the sometimes antagonistic objectives of both sets of public policies.

3 THE INTERPLAY BETWEEN INDUSTRIAL POLICY AND ANTITRUST BEFORE AND AFTER THE DIGITAL AGE

The interplay between industrial policy and antitrust is often characterized by both complementarity and conflict⁷. As Sokol (2014) explains, the fundamental tension between industrial policy and antitrust is rooted in their divergent goals: while traditional industrial policy promotes government intervention to support certain industries or achieve specific economic outcomes, traditional competition policy is primarily concerned with ensuring competition and consumer welfare.

This dichotomy can lead to conflicting outcomes when industrial policy interventions create market advantages for certain firms, potentially clashing with antitrust objectives of maintaining competitive neutrality and preventing monopolistic behavior (Sokol, 2014). The resurgence of industrial policies in the 21st century – particularly in the context of a more protectionist and nationalist global environment – has further intensified these tensions, underscoring the need for a careful balancing of policy instruments to achieve both industrial and competitive policy goals. This more nuanced and strategic approach stands in contrast to traditional industrial policy models, which have historically been criticized for leading to inefficiencies and distorting market outcomes (Ordover, 1987).

On the one hand, such policies can be instrumental in addressing market failures and fostering technological development, especially in sectors where private investment is inadequate

⁷ Generally speaking, some scholars argue that competition policy is, in itself, a form of industrial policy. Viewed through the lens of the economics of industrial organization, these concepts (the interaction between market failures and public policies) are understood as distinct elements that, as Tirole (2015, 2024) points out, comprise a set of four central aspects: (i) the regulation of public utilities; (ii) competition policy; (iii) consumer protection measures; and (iv) industrial policies.

due to high risks or significant positive externalities (Rodrik, 2004; Mazzucato, 2016). On the other hand, the use of industrial policy can be problematic, as it may foster protectionist tendencies that lead to market distortions and hinder international competition (Ordover, 1987; Sokol, 2014). This dual nature – balancing the role of government support with the risks of market manipulation – remains a central challenge in integrating industrial and antitrust policies effectively⁸.

The rise of the digital economy has further reshaped the tensions between industrial policy and antitrust. Tirole (2017, 2024) highlights how technological advancements, particularly the growth of digital platforms, have blurred the lines between regulation and antitrust enforcement. Digital platforms often exhibit characteristics similar to public utilities, including high fixed costs, network externalities, and low marginal costs, which complicates the distinction between sectors requiring industrial support and those that need antitrust oversight. The evolving nature of digital platforms has led to calls for treating them like public utilities, suggesting stricter regulations, breaking them up, or utilizing tougher antitrust enforcement (Tirole, 2024). Indeed, the complexities of digital platforms and their dominance create challenges for antitrust authorities, especially when addressing issues related to the sharing of sensitive information and technologies among competitors for the purpose of fostering sustainability and environmental preservation.

Furthermore, the geopolitical tensions of recent years have added to the complexities, with industrial policy gaining renewed interest as a mechanism to ensure technological sovereignty (Pasquale, 2017). Policies like the already mentioned European Digital Strategy and the US's CHIPS and Science Act exemplify the complexity of balancing strategic autonomy with open competition. While these industrial policies aim to enhance sovereignty, they inherently risk reducing space for external competition, potentially leading to market concentration and undermining fair competition. This interplay between fostering national strategic interests and ensuring a competitive digital marketplace represents one of the nuanced challenges of integrating industrial and antitrust policies effectively, as industrial policy must address strategic vulnerabilities while avoiding anti-competitive outcomes.

The Digital Markets Act (DMA), in contrast, serves as an example of a competition policy that adopts a regulatory model aimed at enhancing contestability and fairness within digital markets⁹. The DMA targets major digital platforms – often seen as gatekeepers – with the intention of mitigating bottlenecks and reducing barriers to entry for smaller players. Tirole (2024) emphasizes that the DMA addresses the need to improve access to critical services by imposing obligations on gatekeeper platforms, ensuring they provide fair conditions for businesses relying on these platforms. By promoting greater contestability, the DMA aims to counterbalance the concentration of power and improve the functioning of digital markets, recognizing that platforms often act as essential utilities and bottlenecks. The focus on contestability and fairness aims to ensure that digital platforms remain open to new entrants and foster a competitive environment, yet it also reflects the potential for

8 As previously mentioned, a potential approach to aligning industrial policy with antitrust objectives is through the use of conditionalities. Mazzucato and Rodrik (2023) argue that government support for industries should be contingent on conditions that ensure public value creation, such as fostering local innovation ecosystems and maintaining competitive dynamics. By incorporating these conditionalities, this approach aligns industrial policy interventions with the broader goal of market efficiency, helping to prevent monopolistic outcomes while promoting sectoral growth.

9 The DMA, despite its importance, should not be considered as an “ideal type” for all jurisdictions – mainly due to its high regulatory costs and the significant state capacity required for implementation –, but rather as an example of a competition policy/regulatory design that has broad implications and interfaces with industrial policy. This is because it reshapes the incentives and organizational structures of large platforms (and consequently of the service sectors in which they operate and dominate) with competition goals in mind, while also generating significant industrial repercussions.

regulatory measures to have unintended protectionist effects, particularly when targeting specific firms with significant market influence (Crémer *et al.*, 2023).

Draghi (2024) advocates for a “joined-up approach” that aligns industrial and competition policies, especially in strategic sectors like digital and green technologies. By integrating competition considerations into industrial policy, governments can support sectoral development without undermining market contestability. This approach is particularly important in the context of emerging technologies, where state intervention is often necessary but must be balanced with measures that ensure competitive markets. Antitrust policy plays a critical role in fostering innovation by maintaining open and contestable markets, which is crucial for the successful implementation of such joined-up approaches¹⁰.

As previously noted, the rise of large digital monopolies poses significant challenges for the integration of industrial and antitrust policies, especially in an increasingly digitalized and data-driven economy. The dominance of digital platforms has direct effects on multiple industrial sectors, as these platforms often serve as essential infrastructure for a wide range of economic activities. In this context, transformations like the rapid development of artificial intelligence (AI) (Acemoglu; Restrepo, 2018; Acemoglu, 2021; Acemoglu; Autor; Johnson, 2023) and the need to build comprehensive digital infrastructure have become central contentious points linking antitrust policies - focused on controlling economic power in digital markets - to broader industrial policies focused on the development of markets, technologies, and incentives, as well as governance and regulatory frameworks for these new technologies. These three dimensions - competition, technological innovation, and regulatory governance - often overlap and intersect, being directly linked to many other areas of economic public policy.

Thus, the challenge is not merely to regulate monopolistic power but also to ensure that the use of AI and other digital technologies contributes to general welfare and aligns with socio-economic objectives involving a diverse group of stakeholders, including workers, communities, families, and businesses, rather than solely benefiting the dominant corporate giants. The leverage that large digital platforms derive from their market dominance allows them to finance foundational infrastructure, creating a complex landscape where monopoly rents are reinvested to further entrench their position. This dynamic exacerbates entry barriers for potential competitors, making the role of competition policy even more crucial. Antitrust measures must not only prevent anti-competitive practices but also ensure that industrial policies create a balanced ecosystem where innovation and socio-economic objectives can thrive without leading to entrenched monopolistic power (Acemoglu, 2021; Draghi, 2024; Tirole, 2024).

The coordination between industrial and antitrust policies in the context of digital platforms can offer significant mutual benefits. Caffarra (2024a, 2024b), for example, advocates for a more sector-specific approach, where competition enforcement is closely aligned with industrial strategies at the sector level, considering broader macroeconomic conditions and trade developments. Current approaches, however, often lack a nuanced understanding of investment and innovation dynamics,

¹⁰ In terms of the sustainability discussion, considerations of this kind are already being brought before antitrust authorities, particularly in debates over the exchange of sensitive information and technologies between competitors to foster environmental preservation/with sustainability concerns. The European Green Deal is another example, aiming to promote sustainable industries, it provides a relevant example of how antitrust measures can effectively complement industrial policy. By ensuring that green technologies do not become monopolized, the policy helps prevent market concentration, thereby encouraging broader innovation and adoption (European Commission, 2024a).

relying too heavily on narrow market definitions and incremental market share assessments. Effective coordination requires moving beyond these formulaic analyses to develop a more comprehensive understanding of the broader landscape, ensuring that public investments in research and development (R&D) and infrastructure foster genuine innovation and support new entrants, rather than being captured by dominant players (Caffarra, 2024a, 2024b; Caffarra; Lane, 2024).

Consequently, the key challenge lies in designing antitrust frameworks that effectively prevent predatory behaviors while aligning it with industrial policies aimed at strategic growth and incentives realignment. This approach requires a nuanced understanding of both competition and industrial strategies to ensure they complement each other, fostering a balanced environment conducive to innovation and equitable growth. This integrated approach is crucial for ensuring that both competition policy and industrial policy work in tandem to create a balanced ecosystem that supports innovation, economic growth, and equitable opportunities for all market participants.

Given the various tensions and complexities in the relationship between competition and industrial policies – particularly within the digital economy – it is useful to explore the Brazilian case, a relevant example of a developing economy with distinctive structural characteristics. Like many other countries, Brazil faces the significant challenge of designing policies that enable smaller players to innovate and compete in markets shaped by dominant digital gatekeepers. An integrated policy approach that aligns industrial and competition objectives could help lower access barriers and create more equitable market conditions for emerging firms. In addition, Brazil risks falling into a “middle/low-technology trap,” where incremental technological progress fails to translate into sustained competitiveness and economic growth. Addressing these challenges calls for a coordinated, evidence-based policy framework that not only limits the market power of entrenched players but also fosters innovation and technological advancement across the broader economy.

4 GOVERNANCE, COMPETITION, AND INDUSTRIAL POLICY IN BRAZIL: A BRIEF ANALYSIS OF CADE’S ROLE AT THE INTERSECTION OF COMPETITION AND INDUSTRIAL POLICIES

The “middle technology trap” refers to the stagnation experienced by countries that have successfully developed mid-range technologies but struggle to transition to high-tech sectors. The concept, as discussed by Fuest *et al.* (2024) and Tirole (2024), is predominantly presented in the European context, where it highlights the difficulties of advancing beyond incremental innovation to achieve technological leadership. However, this discussion can be extended to Brazil, a large developing economy with significant particularities. Brazil not only plays an important role as a platform for digital governance but also faces a more extreme version of the middle technology trap – what might be characterized as a “low technology trap.” This condition reflects a reliance on incremental innovation in traditional sectors without sufficient advancement into disruptive technologies, leaving the country vulnerable to falling behind in an increasingly digital and AI-driven global economy.

Brazil may be experiencing a challenge similar to that of the European Union, though at an even earlier stage – facing not a middle-technology trap, but rather a “low/middle-technology trap”. To overcome this, the country must prioritize innovation policies that support high-risk, high-reward projects, instead of focusing primarily on established mid-tech sectors. Following the



recommendations made for the EU, adopting an “ARPA-like”¹¹ approach with strategic and well-defined public investments to enhance advanced technological capabilities could help Brazil break free from this stagnation (Fuest *et al.*, 2024). This Brazilian “low/middle technology trap” is a major obstacle to economic growth, which requires coordinated policies that promote technological progress, transition from mid-tech to high-tech industries, and foster innovation in strategic areas. As previously mentioned, the development of technology hubs requires a mix of industrial policy, competition incentives, and regulatory governance of the digital economy. In this context, it is valuable to examine the historical development of governance mechanisms in Brazil.

Brazil has taken a relatively pioneering role in shaping a regulatory framework for the digital space that uniquely blends market-oriented principles, rights-based approaches, and state intervention within the context of a developing economy in the Global South. A key example of this is the “*Marco Civil da Internet*” (Internet Civil Framework), enacted in 2014, which established a set of rights, principles, and responsibilities for internet users and service providers, effectively serving as Brazil’s “internet constitution.” It represents a landmark achievement in terms of digital rights, ensuring net neutrality, privacy, and freedom of expression. Although the *Marco Civil* currently generates some controversies, it plays an important role as the first regulatory framework established by the Brazilian state to address the challenges of the digital economy. The *Marco Civil* also set an important precedent for involving multiple stakeholders in internet governance, including civil society, government, and the private sector.

This early initiative demonstrated Brazil’s commitment to promoting an open and inclusive internet, highlighting the country’s potential in shaping the digital landscape. However, challenges remain in translating such governance frameworks into broader innovation gains, particularly as the digital economy becomes increasingly dominated by global platforms. The lessons from the *Marco Civil da Internet* show that while legal frameworks are crucial for digital governance, they must be complemented by targeted innovation policies to fully leverage digital transformation opportunities. Additionally, these lessons highlight the need for regulatory and governance structures tailored to each specific area impacted by platform actions, requiring the establishment of specialized bureaucracies and techniques to address these issues effectively. Competition policy is just one of many fronts in this broader regulatory process.

In recent years, the Brazilian federal government has undertaken multiple initiatives aimed at regulating the digital economy. These include legislative proposals such as Bill 2338/2023, which seeks to regulate AI in Brazil by establishing guidelines for its ethical and transparent use while promoting technological innovation. Other initiatives include Bill 8889/2017, which proposes the regulation of streaming services, and Bill 12/2024, which addresses labor conditions for app-based transport workers. Additionally, the so-called “Fake News Bill” (PL 2630/2020) aims to combat disinformation, and Bill 2768/2022 assigns regulatory responsibilities over digital platforms to Anatel (National Telecommunications Agency). In relation to the broader scope of competition, a recent initiative by the Ministry of Finance further expands this debate, corroborating Cade’s contribution to the public consultation organized by the Ministry, emphasizing the need to expand the powers of the Brazilian

¹¹ The Advanced Research Projects Agency (ARPA) was founded in 1958 by the U.S. Department of Defense as a response to the Soviet Union’s launch of Sputnik. Its primary mission was to avoid technological surprises by funding high-risk, high-reward research and development initiatives. ARPA was instrumental in breakthrough innovations like ARPANET – the forerunner of the internet – and laid the groundwork for what would later become DARPA.

competition authority to address issues of market power in the digital environment (Ministério [...], 2024).

These initiatives represent an effort to position Brazil as a significant player in the governance of the digital economy, structuring a comprehensive framework that addresses multiple regulatory aspects, including labor rights, content moderation, AI transparency, ethical standards, and fair competition in digital markets. However, despite these initiatives, none of these proposals have advanced in the national legislature, highlighting the difficulties in constructing effective governance mechanisms and the implications of a complex political economy that is challenging for both the executive branch and advocates of new regulatory instruments.

On the other hand, in terms of industrial policy, Brazil seems to be working towards developing a plan that aligns with international examples and the broader vision of the new role of industrial policy for technology in the 21st century. The Ministry of Development, Industry, Trade and Services (MDIC) is a key agent in shaping this process, focusing on fostering inclusive technological growth. A new dimension of this policy is emerging, emphasizing not only development through subsidies but also reducing barriers to entry for smaller players and repositioning Brazil within the competitive global technology landscape. The MDIC is committed to driving initiatives that support infrastructure development, education, and innovation, with particular attention to AI as a strategic area for technological advancement and economic competitiveness (MCTI, 2024).

In this sense, the Brazilian AI Plan, known as “*IA para o Bem de Todos*” (AI for the Benefit of All) (MCTI, 2024), represents a significant shift in strategy, emphasizing inclusive growth and reducing concentration in the tech sector. The plan outlines a broad range of strategic actions, such as fostering public-private partnerships, supporting the development of AI infrastructure, and promoting education and training in AI-related fields, thus creating opportunities for smaller companies to innovate and participate actively in the digital economy. The plan includes substantial investments in digital infrastructure, like constructing high-capacity data centers powered by renewable energy and developing one of the world’s most powerful supercomputers. These initiatives aim to make the digital landscape more accessible and provide an environment that encourages new entrants, enhancing Brazil’s competitiveness in the AI sector.

Furthermore, the Brazilian AI Plan focuses on building a sustainable and inclusive innovation ecosystem. With over R\$ 23 billion in planned investments from 2024 to 2028, the plan’s strategy revolves around infrastructure development, capacity building, and regulatory support for AI. Establishing a network of regional centers of excellence in AI, promoting the use of AI in public services, and ensuring data sovereignty through models that reflect Brazil’s cultural diversity are key elements of the plan (MCTI, 2024). These efforts aim not only to enhance Brazil’s technological competitiveness but also to integrate underserved regions and communities into the digital economy, contributing to a more equitable high-tech landscape.

Returning to the role and actions of Cade, it’s understood that within this set of distinct initiatives, Cade can and should fulfill three distinct roles beyond its already established functions and its role as an organizer of antitrust public policy and competition advocacy.

First, Cade should strengthen its actions in structural analysis and conduct assessment through the ex post model already exercised by the authority. This would involve enhancing its current capabilities to effectively analyze and respond to anti-competitive behavior after it occurs, ensuring accountability and market fairness. Second, Cade should focus on developing initiatives on



the administrative level and work directly with the executive branch to establish a new regulatory framework. This framework would position Cade as the central regulator of competition in digital markets, using *ex ante* tools to prevent anti-competitive behavior before it takes place. By proactively shaping market conditions, Cade can help create an environment that deters monopolistic practices and encourages fair competition from the outset. Third, Cade should cooperate with other regulatory agencies and ministries to play an ancillary role in developing competition-promoting measures that align with broader public policies, such as the Brazilian AI program. This cooperation would ensure that these initiatives have pro-competitive foundations and effects, contributing to an environment where policies not only support innovation but also ensure a level playing field for all market participants, thereby fostering a more dynamic and inclusive digital economy.

An illustrative example of the complex interplay between industrial and competition policy in Brazil is the development of Pix by the Brazilian Central Bank (BCB). Pix is more than just a payment tool – it constitutes a form of digital public infrastructure and reflects a deliberate industrial policy intervention aimed at increasing competitiveness and efficiency in the banking and payments sectors. By introducing a low-cost, real-time, and universally accessible payment system, the state effectively entered the market with a transformative product that restructured incentives and business models, particularly impacting incumbents such as acquirers and card networks. This move underscores the dual nature of the state's role – not only as a regulator but also, in some sense, as a market participant.

This dual role introduces a unique tension in the application of competition policy. On one hand, competition enforcement authorities such as Cade must ensure that the scale and asymmetric power of state-led interventions – like Pix – do not inadvertently suppress competitive market structures or crowd out private innovation. On the other hand, Cade must also be prepared to shield such public innovations from retaliatory or exclusionary strategies by incumbent firms whose entrenched market positions are disrupted by these exogenous shocks. In this sense, the role of competition policy is ambivalent: it must safeguard the market from both the potential distortions introduced by state intervention and the anti-competitive reactions from dominant private actors.

To fulfill this dual function, competition policy must be embedded into the very design and rationale of industrial policy from the outset. This means incorporating competitive safeguards and market contestability goals into the initial policy framework – a “*quasi ex ante*” role – while also maintaining a formal *ex post* function of monitoring, enforcement, and remedial action. The case of Pix illustrates the need for greater institutional coordination: while the Central Bank leads the policy initiative, agencies such as Cade should be involved early in the process to help design mechanisms that mitigate potential harms to market dynamics and ensure the long-term sustainability of competitive conditions. This coordination could also extend to innovation-focused institutions like MDIC and the Ministry of Science, Technology and Innovation (MCTI), reinforcing a more integrated and strategic governance model for industrial and competition policies in Brazil's digital economy. By supporting these initiatives, Brazil aims to create an environment where innovation is accessible to a diverse set of players, regardless of size or capital capacity. The emphasis on infrastructure and training within the Brazilian AI Plan is vital to reducing barriers for new entrants and enabling smaller firms to compete effectively in a landscape often dominated by larger platforms. This inclusive approach may prove essential for creating a resilient digital economy that aligns with broader socio-economic goals. In this context, ongoing efforts to democratize AI development – if paired with a more proactive and adaptive regulatory stance from Cade – could potentially contribute to reshaping Brazil's competitive

landscape in ways that promote inclusive, sustainable growth. More broadly, a truly comprehensive competition policy must extend beyond traditional antitrust analysis, encompassing the unique challenges of the digital economy, sustainability, labor rights, and the competitiveness of small enterprises. By incorporating these diverse aspects, Brazil can build a regulatory framework that not only supports innovation but also protects consumer rights and promotes an equitable environment for all market participants. This inclusive approach is essential for creating a resilient digital economy that meets broader socio-economic goals.

CONCLUSION

In conclusion, this article underscores the evolving relationship between industrial and competition policies, highlighting the importance of a more integrated approach within the digital economy. The analysis of Brazil's areas of action - regulatory governance, competition enforcement, and industrial policy - demonstrates the complexity of balancing state intervention and market competition. Cade's role, as both a regulator and a promoter of innovation, is pivotal in maintaining this balance, showing how antitrust enforcement can align with broader industrial objectives without compromising competition.

These preliminary insights indicate that a comprehensive competition policy must go beyond traditional antitrust measures to address the challenges of the digital economy, sustainability, labor issues, and the competitiveness of small enterprises. By incorporating these diverse aspects, Brazil can create a regulatory framework that fosters innovation, protects consumer rights, and ensures fair competition for all market participants. This inclusive and forward-looking approach is crucial for building a resilient and dynamic digital economy that supports broader socio-economic objectives.

REFERENCES

- ACEMOGLU, Daron. Harms of AI. **National Bureau of Economic Research**, Cambridge, i. 29247, 2021. Available at: <https://x.gd/6vaXi>. Accessed on: 12 Apr. 2024.
- ACEMOGLU, Daron; AUTOR, David; JOHNSON, Simon. **Can we have pro-worker AI?** Choosing a path of machines in service of minds. Paris: Centre for Economic Policy Research, 2023. (CEPR Policy Insight, 123). Available at: <https://x.gd/iGCzg>. Accessed on: 12 Apr. 2024.
- ACEMOGLU, Daron; RESTREPO, Pascual. Artificial intelligence, automation, and work. In: AGARWAL, Ajay; GOLDFARB, Avi; GANS, Joshua (ed.). **The economics of artificial intelligence: An agenda**. Cambridge: National Bureau of Economic Research, 2018. p. 197–236. Available at: <https://x.gd/iGCzg>. Accessed on: 17 June 2024.
- AIGINGER, Karl; RODRIK, Dani. Rebirth of industrial policy and an agenda for the twenty-first century. **Journal of Industry, Competition and Trade**, [s. l.], v. 20, p. 189–207, 2020. Available at: <https://x.gd/MWLRT>. Accessed on: 12 May 2024.
- CAFFARRA, Cristina. Joining competition policy with trade and industrial policy: let's get specific - part 1. **CEPR**, Paris, 7 Nov. 2024a. Available at: <https://x.gd/ZqJzT>. Accessed: 12 Mar. 2024.
- CAFFARRA, Cristina. Joining competition policy with trade and industrial policy: let's get specific – part 2. **CEPR**, Paris, 8 Nov. 2024a. Available at: <https://x.gd/kBbmb>. Accessed: 12 Mar. 2024.



CAFFARRA, Cristina; LANE, Nathaniel (2024). Not a 'side dish': New industrial policy and competition. **CEPR**, Paris, 5 Apr. 2024. Available at: <https://x.gd/bwFd3>. Accessed: 12 Nov. 2024.

CRÉMER, Jacques; CRAWFORD, Gregory S.; DINIELLI, David; FLETCHER, Amelia; HEIDHUES, Paul; SCHNITZER, Monika; MORTON, Fiona M. Scott. (2023). Fairness and contestability in the digital markets act. **Yale Journal on Regulation**, New Haven, v. 40, i. 3, 2023. Available at: <https://x.gd/v14pX>. Accessed: 12 Nov. 2024.

DRAGHI, Mario. **The future of european competitiveness: Part A: A competitiveness strategy for europe**. Brussels: European Commission, 2024. Available at: <https://x.gd/8JgBr>. Accessed: 14 July 2024.

EUROPEAN COMMISSION. **The european green deal**. Brussels: European Commission, 2024a. Available at: <https://x.gd/rybkR>. Accessed on: 8 Nov. 2024.

EUROPEAN COMMISSION. **Shaping europe's digital future**. Brussels: European Commission, 2024b. Available at: <https://x.gd/dKUrg>. Accessed on: 8 Nov. 2024.

EVENETT, Simon; JAKUBIK, Adam; MARTÍN, Fernando; RUTA, Michele. The return of industrial policy in data. **The World Economy**, [s. l.], v. 47, n. 7, p. 2762-2788, 2024. DOI: <https://doi.org/10.1111/twec.13608>. Available at: <https://x.gd/TpmgY>. Accessed on: 8 Nov. 2024.

FACT sheet: CHIPS and science act will lower costs, create jobs, strengthen supply chains, and counter China. **The White House**, Washington D. C., 9 Aug. 2022. Available at: <https://x.gd/qJFqb>. Accessed: 8 Nov. 2024.

FUEST, C.; GROS, D.; MENGEL, P.-L.; PRESIDENTE, G.; TIROLE, J. J. (2024). **Eu innovation policy: How to escape the middle technology trap**. Munich: EconPol, 2024. Available at: <https://x.gd/ZhOLL>. Accessed on: 8 Nov. 2024.

JUHÁSZ, Réka; LANE, Nathan; RODRIK, Dani. The new economics of industrial policy. **Annual Review of Economics**, San Mateo, v. 16, 2024. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev-economics-081023-024638>. Available at: <https://x.gd/MRBWz>. Accessed on: 10 Nov. 2024.

MAZZUCATO, Mariana. From market fixing to market-creating: a new framework for innovation policy. **Industry and Innovation**, [s. l.], v. 23, i. 2, p. 140–156, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1080/13662716.2016.1146124>. Available at: <https://x.gd/djSMs>. Accessed on: 11 Nov. 2024.

MAZZUCATO, Mariana; ENTSMINGER, Josh; KATTEL, Rainer. Reshaping platform-driven digital markets. In: MOORE, Martin; TAMBINI, Damian (ed.). **Regulating Big Tech: Policy Responses to Digital Dominance**. Oxford: Oxford University Press, 2021. p. 17-34.

MAZZUCATO, Mariana; RODRIK, Dani. **Industrial policy with conditionalities: a taxonomy and sample cases**. London: UCL Institute for Innovation and Public Purpose, 2023. (Working paper WP 2023/07). Available at: <https://x.gd/1XpFC>. Accessed on: 11 Nov. 2024.

MINISTÉRIO DA CIÊNCIA, TECNOLOGIA E INOVAÇÃO (MCTI). **IA para o bem de todos: Proposta de Plano Brasileiro de Inteligência Artificial 2024-2028**. Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, 2024. Available at: <https://x.gd/ktxcO>. Accessed: 21 Oct. 2024.

MINISTÉRIO da Fazenda apresenta propostas para aprimorar a defesa da concorrência no ambiente de plataformas digitais. **Ministério da Fazenda**, Brasília, 10 Oct. 2024. Available at: <https://x.gd/HY6wc>. Accessed on: 11 Nov. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Pro-competitive industrial policy**: OECD roundtables on competition policy papers. Paris: OECD Publishing, 2024. Available at: <https://x.gd/t8aWK>. Accessed: 11 Nov. 2024.

ORDOVER, Janusz A. Conflicts of jurisdiction: Antitrust and industrial policy. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 50, i. 3, p. 165–177, 1987. Available at: <https://x.gd/8TDVq>. Accessed: 21 Oct. 2024.

PASQUALE, Frank. From territorial to functional sovereignty: The case of Amazon. **Law and Political Economy**, [s. l.], 2017. Available at: <https://x.gd/5Qsll>. Accessed: 21 Oct. 2024.

RODRIK, Dani. **Industrial policy for the twenty-first century**. Cambridge: John F. Kennedy School of Government, 2004. Available at: <https://x.gd/OltRO>. Accessed on: 11 Nov. 2024.

SOKOL, D. Daniel. Tensions between antitrust and industrial policy. **George Mason Law Review**, Arlington, v. 22, 2014. Available at: <https://x.gd/eEFNj>. Accessed on: 11 Nov. 2024.

TIROLE, Jean. Market failures and public policy. **American Economic Review**, Pittsburgh, v. 105, i. 6, p. 1665–1682, 2015. Available at: <https://x.gd/KwNQs>. Accessed on: 11 Nov. 2024.

TIROLE, Jean. **Economics for the common good**. Princeton: Princeton University Press, 2017.

TIROLE, Jean. Competition and industrial policy in the 21st century. **Oxford Open Economics**, [s. l.], v. 3, supp. 1, p. i. 983–i1001, 2024. DOI: <https://doi.org/10.1093/ooec/odad080>. Available at: <https://x.gd/43bcW>. Accessed on: 11 Nov. 2024.

TUCKER, Todd N.; FAZILI, Sameera; FLEGAL, Jane; HARRIS, Jennifer; JONES, Janelle; RAHMAN, K. Sabeel; WU, Tim. **Industrial policy synergies**: Reflections from biden administration alumni. New York: Roosevelt Institute, 2023. Available at: <https://x.gd/082tQ>. Accessed on: 11 Nov. 2024.

VOGEL, Steven K. **Marketcraft**: How governments make markets work. Oxford: Oxford University Press, 2018.

VOGEL, Steven K. Market governance as a balance of power. **Politics & Society**, [s. l.], v. 51, i. 3, p. 319–336, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1177/00323292231183834>. Available at: <https://x.gd/brdC6>. Accessed on: 2 Nov. 2024.



COMPETITIVE IMPACTS OF DIGITALIZATION ON BRAZILIAN MARKET DYNAMICS: CASE STUDY ON RETAIL¹⁻²

*Impactos concorrenciais da digitalização na
dinâmica do mercado brasileiro: estudo de caso
sobre o varejo*

Silvia Fagá de Almeida³

Ecoa Consultoria Econômica – São Paulo/SP, Brasil

Anna Olímpia de Moura Leite⁴

LCA Consultores São Paulo/SP

Gabriel Silva Takahashi⁵

Ecoa Consultoria Econômica – São Paulo/SP, Brasil

Miguel Silveira Moreira⁶

Ecoa Consultoria Econômica – São Paulo/SP, Brasil

¹ **Editor responsável:** Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

Recebido em: 16/01/2025 **Aceito em:** 11/06/2025 **Publicado em:** 25/06/2025

² We acknowledge financial support from Amazon. The opinions in this paper are the authors' sole responsibility.

³ Sócia-fundadora da ecoa, formada na FEA-USP, doutora em economia pela FGV. Foi visiting scholar na Columbia University-NY. Com mais de 20 anos de experiência como consultora, é também professora do programa de MBA da Fundação Getúlio Vargas (FGV), Vice-Presidente do IBRAC (Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional) e Presidente da WIA (Women in Antitrust).

E-mail: sfaga@ecoecon.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1252258851070293>.
ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-0743-023X>.

⁴ Mestre e graduada em economia pela FEA-USP. Trabalhou como assessora técnica do Gabinete do Prefeito e na Assessoria Econômica da Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico da Prefeitura Municipal de São Paulo. Atualmente é diretora da LCA Consultores.

E-mail: anna.olimpia@lcaconsultores.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/6799293897895906>.
ORCID: <http://orcid.org/0009-0000-6909-2562>.

⁵ Economista pela FEA-USP e mestre em Economia pelo Insper. Consultor econômico há mais de oito anos, com foco em temas relacionados à defesa da concorrência, regulação e políticas públicas. Possui experiência em diversos casos de aquisição e condutas de elevada complexidade no Cade e discussões de regulação em mercados digitais.

E-mail: gtakahashi@ecoecon.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5566541776161503>.
ORCID: <http://orcid.org/0009-0009-6296-8248>.

⁶ Mestre e graduado em Economia pela UFRJ. Atuou como economista no Departamento de Estudos Econômicos do CADE. Possui experiência em temas de defesa da concorrência e regulação, incluindo análises de fusões, aquisições e condutas anticompetitivas, com foco em mercados de plataformas digitais e petróleo e gás.

E-mail: mmoreira@ecoecon.com.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/8248482042715748>.
ORCID: <http://orcid.org/0009-0007-1874-4963>

STRUCTURED SUMMARY

Context: The Brazilian economy has undergone significant digital transformation, and retail is no exception. More retailers are now using digital tools and offering customers more attractive offers on how to shop, which in turn has brought offline and online retail closer together to the benefit of consumers.

Objective: To analyze how increasing retail digitalization has altered competitive dynamics between sales channels and how these changes are reflected in consumer behavior patterns and choices.

Method: Economic literature review and descriptive statistics using publicly available data.

Conclusions: Digital transformation in Brazilian retail has been incremental rather than disruptive, with evidence showing that online and offline channels compete while serving complementary roles.

Keywords: digitalization; retail sector; market competition; transaction costs; e-commerce; Brazilian market.

JEL Classification: L81; L86; D23; O33.

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: a economia brasileira passou por significativa transformação digital, e o varejo não é exceção. Cada vez mais varejistas estão usando ferramentas digitais e oferecendo aos clientes propostas mais atraentes de como comprar, o que por sua vez aproximou o varejo *offline* e *online* em benefício dos consumidores.

Objetivo: analisar como a crescente digitalização do varejo alterou a dinâmica competitiva entre canais de venda e como essas mudanças se refletem nos padrões de comportamento e escolhas dos consumidores.

Método: revisão de literatura econômica e uso de estatísticas descritivas a partir de dados públicos.

Conclusões: a transformação digital no varejo brasileiro tem sido incremental ao invés de disruptiva, com evidências mostrando que os canais online e offline competem enquanto desempenham papéis complementares.

Palavras-chave: digitalização; setor varejista; competição de mercado; custos de transação; comércio eletrônico; mercado brasileiro.

Summary: 1. Introduction; 2. How digitalization changed retail in Brazil; 2.1. Does online channel compete with offline channel?; 2.2. Data and methodology; 2.3. The digitalization impact on retail competition dynamics; 2.3.1. Omnichannel shopping: the hybrid approach; 2.3.2. Differences in consumer behavior across sectors; 2.3.3. E-commerce growth and its challenges; 2.3.4. Competition dynamics in Brazil; 3. Conclusion; References.



1 INTRODUCTION

Digital adoption represents a fundamental shift in how many companies and industries operate, creating new markets and services, with disruption manifesting in different ways across sectors. While in some cases digitalization has enabled the rapid creation of entirely new digital markets and services, in many traditional sectors the transformation has been more cumulative, with digital technologies gradually enhancing and complementing existing market dynamics rather than replacing them entirely. This transformation has delivered benefits to consumers and businesses, enhanced competition, and boosted productivity across sectors. By reducing transaction costs, increasing price transparency, and enabling the development of new business models, digital technologies create new business models that foster a more dynamic landscape, catalyzing productivity gains across the economy while changing and preserving the fundamental characteristics and nature of these markets (Vial, 2019)⁷.

Cennamo (2021) states that the effects of digitalization are also evident in many traditional sectors that have undergone digital transformation, such as banking, media, and hospitality⁸. While creating opportunities for smaller, innovative firms to enter and disrupt some markets, the competitive dynamics between traditional and digital channels have been at the forefront of discussion amongst antitrust regulators and policymakers in several jurisdictions, including in Brazil. The competition between online and offline channels is a key element in this discussion.

The improvements for customers caused by digital tools are particularly evident in e-commerce, where technologies have enabled new sales strategies, optimized inventory, and streamlined operations. Traditional brick-and-mortar stores and online sales methods now consistently interact and compete, blurring the lines between offline and online channels.

Recent evidence from the Brazil's Ministry of Finance⁹ report on the competition of digital platforms demonstrates that economic growth and productivity gains are directly linked to the adoption of digital technologies across different sectors of the economy. The magnitude of these effects, however, varies significantly across markets and depends on structural conditions and competitive dynamics. Understanding these market-specific characteristics and their broader impact on competition and productivity is crucial as Brazilian regulators and policymakers debate regulatory approaches to digital markets.

Given this context of broad digital transformation across the economy, this paper focuses on digitalization impacts on Brazilian retail's dynamics as a case study of particular interest. The present work has three specific objectives: (1) to analyze how digitalization has reshaped competitive structures in Brazilian retail by examining the interaction between traditional and digital channels; (2) to identify digital adoption patterns across different retail segments, highlighting sectoral variations; and (3) to assess whether online and offline channels constitute

7 As Vial (2019) points out, digital transformation brings structural changes that help companies reduce frictions in value creation, particularly in sectors where transaction and operational costs were initially high.

8 In Cennamo (2021, p. 39), the author affirms that digitalization has led to the creation of new business models in traditional sector of the economy, such as automotive, retail and hospitality, and that the creation of these new models has often originated in startups.

9 The recent report released by the Finance Ministry on the economic and competition aspects of platform regulation associates digitalization with significant productivity gains and economic growth (Brasil, 2024).

separate relevant markets or compete directly with each other.

Retail provides an ideal setting to examine how digitalization affects market dynamics, as it combines traditional physical infrastructure with emerging digital capabilities, while directly interfacing with evolving consumer preferences and behaviors. Specifically, this study investigates market shares outcomes disaggregated by sales channels and sector over time, and explores consumers behavior linked with competitive findings. Through analyzing the Brazilian retail sector's digital transformation, this analysis provides better understand both the opportunities and limitations of digitalization in traditional industries.

The following sections explore a central question driving debate about retail digitalization: to what extent do online and offline channels compete with each other? Section 2.1 examines the theoretical foundations of this competition, drawing on transaction cost economics and recent literature on omnichannel retail dynamics. Sections 2.2 and 2.3 then apply this framework to the Brazilian market, analyzing empirical data on consumer behavior, price convergence, and channel interactions. This analysis challenges simplistic narratives of digital disruption, revealing instead a more nuanced competitive relationship where channels simultaneously compete and complement each other, while traditional retailers adapt through hybrid business models and consumers demonstrate increasingly fluid “zigzag” shopping patterns across digital and physical environments.

The primary contribution of this paper is to provide a theoretical framework, through literature review and the use of complementary data to provide evidence that the digitalization process in Brazilian retail has been more incremental than disruptive. Using data from IBGE (Brazilian Institute for Geography and Statistics), CETIC (Center for Studies on Information and Communication Technologies), together with the finds of the Ministry of Finance's report on digital regulation. These findings have important implications for competition policy, suggesting that regulatory frameworks should recognize the complex interplay between online and offline channels rather than treating them as separate markets.

2 HOW DIGITALIZATION CHANGED RETAIL IN BRAZIL

Digital transformation in retail has been examined through multiple theoretical lenses in the literature. This section builds on several complementary frameworks including transaction cost economics (Williamson, 1985; North; Wallis, 1994), platform competition theory (Parker; Van Alstyne; Choudary, 2016; Evans; Schmalensee, 2016), and digital business model innovation (Vial, 2019; Verhoef *et al.*, 2021). Together, these perspectives help explain how digitalization has reshaped retail by reducing various transaction costs, enabling new competitive dynamics, and transforming business models. This section first examines the theoretical foundations of digital transformation in retail before analyzing the specific case of Brazilian retail markets.

Digital technologies have emerged as important tools in reducing operational and transactional costs across sectors. By creating shared infrastructure and standardized processes, digital solutions help minimize many traditional barriers to transactions, such as search costs and information asymmetries.

Through mechanisms like digital search tools, standardized payment systems, and automated feedback mechanisms, digital technologies facilitate smoother exchanges and lower frictions



traditionally associated with transactions (Cusumano; Gawer; Yoffie, 2019). By facilitating smoother exchanges through transparent feedback systems and data algorithms, digitalization lowers frictions traditionally associated with negotiations and post-transaction enforcement, ultimately improving market efficiency. This is particularly relevant in retail settings, where digital adoption enables matches and transactions that might be economically unfeasible through traditional channels due to high search, coordination, or monitoring costs.

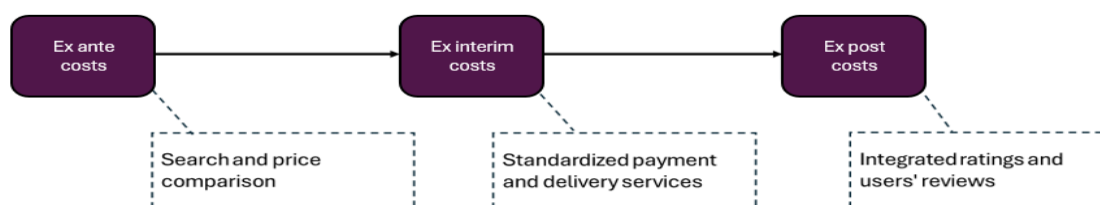
The reduction of transaction costs may not be automatic, as its intensity depends on the nature of the product, service and business model. Following Williamson (1985) and North and Wallis (1994) proposed framework, Golovanova *et al.* (2024) analyze how digitalization may help reduce transaction costs at different stages:

1. *Ex ante* costs: Costs incurred before a transaction, including search and information costs, as well as negotiation and contracting costs.
2. *Ex interim* costs: Costs associated with executing the transaction itself.
3. *Ex post* costs: Costs related to monitoring, enforcement, and dispute resolution after a transaction.

Figure 1 illustrates how digitalization may work to minimize costs at each of these stages in a retail setting. At the ex-ante stage, search and price comparison tools have significantly reduced information gathering costs, with CETIC data showing increasing use of online price research by Brazilian consumers, even for offline purchases. For ex-interim costs, standardized payment systems and delivery services streamline transaction execution. In addressing ex-post costs, integrated rating systems and user reviews create transparent feedback mechanisms, reducing monitoring and enforcement costs through automated reputation systems.

Figure 1 - Examples of cost reduction potential found in the Brazilian retail

Figure 2 - Examples of cost reduction potential found in the Brazilian retail



Source: Author's elaboration

Source: Author's elaboration

This systematic reduction of transaction costs at each stage is evidence of how digitalization may be transforming Brazilian retail by addressing specific friction points in the transaction process (Goldfarb; Tucker; 2019, Calvano; Polo, 2021). To further discuss the impacts of digitalization on the economy, it is important to distinguish between two broad categories of digital transformation. The first category, referred to as “Primarily Digital Sectors”, includes services that operate predominantly online, such as search engines, social media platforms, and pure digital content providers. This distinction between born-digital and digitally transformed sectors aligns with typologies proposed by several scholars (McIntyre; Srinivasan; 2016, Nooren *et al.*; 2018) who emphasize the different

transformation paths across industries.

These sectors were born digital and maintain minimal physical infrastructure beyond their technical operations.

The second category encompasses traditional sectors that have undergone significant digitalization while maintaining substantial offline presence. This includes industries like retail, banking, and transportation, where physical infrastructure and face-to-face interactions remain important despite increasing digital capabilities. These sectors present particularly interesting cases for analyzing how digital transformation affects existing market structures and competitive dynamics.

This paper focuses on the second category, examining how traditional sectors - particularly retail - adapt to and benefit from digital technologies while maintaining significant offline operations¹⁰. The evidence, as it later explored in more detail, indicates that digital and offline channels do indeed compete across many sectors of the economy.

2.1 Does online channel compete with offline channel?

Evidence suggests that companies compete across multiple channels, particularly as digitalization has reduced operational frictions and business models vary in their reliance on physical assets and technological capabilities, with different features and cost structures. This competitive interaction is especially evident in markets where companies combine physical infrastructure with digital capabilities to serve customer needs, the “brick-and-click” model¹¹.

Hovenkamp (2024) makes a compelling case that online and offline channels are not siloed, but rather exist in a state of active competition. He argues that the focus should be on the products and services being offered, rather than the digital or physical nature of the firm itself. According to the author, digitalization does not create an absolute separation between the two types of markets, and competition actively occurs between the products offered by digital and offline firms.

Hovenkamp (2024) also points out that hybrid models - where companies operate both digital and physical channels in an integrated way, often called “bricks-and-clicks”¹² - blur the lines between digital and offline channels. Many firms now operate in both digital and physical spaces, eroding any clear distinction between the two. The author emphasizes that market definition should rely on empirical evidence of substitutability rather than the nature of the channel. In this direction, Cade has employed consumer surveys to assess substitutability patterns and define competition boundaries based on actual user behavior rather than theoretical assumptions¹³. This perspective is

¹⁰ These categories are used as analytical constructs to help understand different patterns of digital adoption and their implications. In practice, virtually all modern businesses utilize some degree of digital technology in their operations. The distinction lies in the extent to which digital technologies are central to the business model and service delivery, rather than implying a complete absence of digital tools in traditional operations.

¹¹ See Hovenkamp (2024), “Antitrust and eMarkets”, for a discussion of how brick-and-click models enhance competition across channels, integrating physical and digital infrastructures.

¹² Hovenkamp (2024) refers to this as the “Bricks-and-Clicks” model, where companies integrate their physical operations with e-commerce channels to create a more dynamic and flexible business model.

¹³ See Cade’s analysis in the iFood case (Processo Administrativo nº 08700.004588/2020-47) and Google cases (Inquérito Administrativo nº 08700.003498/2019-03), where surveys were used to understand consumer behavior and market boundaries. For a comprehensive analysis of these cases, see Bastos (2023) ‘Mercados de Plataformas Digitais - Versão Revista e Atualizada’. **All Cade’s cases mentioned in this article can be consulted at: <https://tinyurl.com/y7obr4z5>.**

consistent with Rochet and Tirole (2003) seminal work on platform competition, which emphasizes how interactions between different user groups shape competitive dynamics.

When assessing whether digital goods and services compete with those from offline channels, the key consideration is whether consumers view and treat these options as substitutes. The ability to substitute between digital and traditional offerings is critical in determining whether they truly compete within the same market, reinforcing the need for an empirical approach to market definition. This perspective aligns with the broader discussion of product-centric competition, where the focus is not on the nature of the firm - whether digital or offline - but rather on how well its products or services meet the same consumer needs.

This is particularly evident in the case of the retail sector, where the distinction between digital and offline channels becomes increasingly blurred. Consumer behavior has evolved to what has been termed 'zigzag consumption', where individuals move fluidly between online and offline channels throughout their purchasing journey (Brasil, 2024, p. 26). While shopping experiences may differ between channels, consumers exhibit heterogeneous preferences regarding these differences - some value the immediate access and tactile experience of physical stores, while others prioritize the convenience of digital. A book purchased online through a marketplace competes directly with one bought from a local bookstore, with consumers choosing based on their individual preferences for factors such as price, convenience, delivery speed, or in-store experience. This pattern of consumer behavior, where individuals actively switch between channels to optimize their purchasing decisions, has led retailers to adopt omnichannel strategies, further intensifying the competitive interaction between online and offline channels.

It is then straightforward to understand how the rise of hybrid models, such as "Bricks-and-Clicks", further blurs the lines, as many offline retailers integrate digital channels into their operations to meet evolving consumer preferences. This convergence underscores the importance of considering empirical evidence when defining relevant markets in retail, as the nature of competition is shaped more by consumer behavior and the interchangeability of products than by the business model and the digital or physical presence of the firm. As Hagiu and Wright (2015) demonstrate, the boundaries between different business models become increasingly flexible as firms adapt their strategies to changing market conditions and consumer preferences.

Across these sectors, the competition between different business models exemplifies the core arguments presented by Hovenkamp (2024). It reinforces the idea that digital and offline channels are not distinct or isolated, but rather, they compete for the same consumer needs.

As a result, the competition between digital and offline channels has significant implications for both innovation and productivity growth. In one side, offline channels face increased pressure to innovate, as they must adopt more efficient processes to remain competitive with digital-focused companies. As highlighted in the Ministry of Finance report (Brasil, 2024), the intensive use of digital technologies is crucial for driving productivity gains across various sectors of the economy, emphasizing the importance of fostering competitive environments that stimulate innovation and ongoing development. This competitive pressure drives offline businesses to rethink their strategies and embrace digital transformation to stay relevant in the evolving marketplace.

In the present case, digital retailers observe substantial gains in efficiency, as they operate with fewer assets while achieving faster growth compared to traditional firms, as demonstrated by Parker,

Van Alstyne, and Choudary (2016). In the Brazilian context¹⁴, most of the potential gains stemming from the digitalization process remain to be fully realized, as Brazilian companies lag behind in the productive use of digital tools compared to OECD averages despite ample access to broadband (OECD, 2020).

As mentioned above, beyond traditional benefits such as economies of scale, scope, and network effects, a crucial advantage of digitalization lies in its ability to reduce transaction costs, particularly in retail settings. This reduction enables matches and transactions that might be economically unfeasible in offline channels due to high search, coordination, or monitoring costs (Goldfarb; Tucker, 2019). For instance, niche products that would be too costly to stock and sell in physical stores can find viable markets through digital channels, where the costs of matching buyers with specific preferences to specialized sellers are significantly lower. This transaction cost reduction is especially relevant in retail as it can facilitate a higher volume of transactions at lower costs per-transaction, enabling markets to operate more efficiently. The ability to reduce these friction costs represents a distinct contribution to market efficiency, separate from traditional scale, scope and network effects.

Furthermore, digitalized sectors exhibit significant user heterogeneity and more localized rather than global network effects, which is key to understanding retail competition dynamics. While global network effects depend on the total user base, retail network effects are typically local - consumers mainly value users in their own segment or “neighborhood”. As Calvano and Polo (2021) point out, this supports competition by allowing multiple firms to coexist serving different market segments and enabling new entrants to compete by focusing on specific niches rather than needing to build a large total user base. This explains, for instance, the rise of specialized retail business focusing on specific product categories (Xu, 2014).

Multi-homing is another key factor boosting competition in digital retail, as both consumers and sellers frequently use multiple online retailers simultaneously with low switching costs¹⁵. This fundamentally changes competitive dynamics, as using online retailers no longer requires giving up access to incumbent networks. This makes it significantly easier for new entrants to persuade consumers to ‘try out’ their services, even if they initially lack the scale of established incumbents (Calvano; Polo, 2021).

Additionally, the high heterogeneity of business models and the large number of players still active in these markets contribute to the competitive gains mentioned. As highlighted in the ALAI study (2023), the e-commerce sector in Brazil includes dozens of relevant players. This diversity supports a more balanced competitive environment, allowing numerous firms to coexist and thrive. Brazil’s large market size plays a crucial role in enabling sustainable operations for multiple companies. As Moraes, Lima and Takahashi (2023) demonstrate, companies can achieve minimum viable scale with relatively small market shares, allowing various firms to reach sustainable growth levels while serving different customer segments.

¹⁴ The Ministry of Finance further reinforces that digitalization has the potential to significantly boost productivity in Brazil, contributing to economic growth by fostering a competitive environment that promotes the adoption of digital technologies (Brasil, 2024).

¹⁵ According to Akman (2022), Brazilian consumers demonstrate a high propensity for multi-homing in digital retail, surpassing all other countries in the study. The research revealed that Brazilian shoppers actively engage with an average of four different online retail platforms for their purchasing needs.

In the light of the digitalization process that many industries have been through, it is expected that industries with high transactional and operational costs should be the first to digitalize due to the significant potential for efficiency gains¹⁶. The innovation provided by digitalization has also allowed sectors heavily dependent on personnel and physical operations to reduce transaction and operational costs, as is the case with retail.

2.2 Data and methodology

This section presents the data sources and methodology used in this analysis of Brazilian retail digitalization. This study draws primarily from two complementary datasets that provide both supply-side and demand-side perspectives on digital transformation in the retail sector.

The data from CETIC is the result of an annual survey on domiciles and firms regarding the level of access and use of information and communication technologies. Both the individual-level and firm-level surveys examine household access to and use of information and communication technologies, with recent iterations including detailed questions about online purchasing habits, delivery preferences, and price research behavior.

It is important to note that CETIC's survey design varies across years, with some questions administered annually while others do not appear every year, often biannually. Throughout this study the most recent data available for each indicator is presented, which means that not all statistics necessarily correspond to the same reference period. To mitigate potential comparison issues arising from this approach multiple years of data are presented whenever possible, allowing for meaningful temporal analysis despite variations in data collection schedules.

The other main data source is the Annual Trade Survey (PAC, from Portuguese *Pesquisa Anual de Comércio*) (IBGE, 2022), which investigates information about the basic structural characteristics of the business segment of commercial activity in Brazil. The survey uses formally constituted commercial companies whose main source of revenue is commercial activity as the unit of investigation.

PAC collects various economic and financial information, including gross and net revenues; marketing margin; number of companies and local units; employed personnel; personnel expenses; financial, operational and non-operational expenses; purchases and inventories of goods for resale; and acquisitions and disposals of fixed assets, among other aspects.

The survey is conducted annually with national geographic coverage, and results are published for Brazil, Major Regions, and Federation Units. This comprehensive dataset allows the analysis of the evolution of traditional and digital sales channels across different retail segments and regions, providing crucial insights into how digitalization has impacted the structure and dynamics of Brazilian retail. The PAC data is particularly valuable for examining revenue distribution between online and offline channels, as well as tracking changes in market structure over time.

¹⁶ Digitalization has notably reduced search costs, improved price transparency, and enhanced operational efficiency, making these industries prime candidates for early adoption of digital technologies (Goldfarb; Tucker, 2019). In retail, for example, the rise of e-commerce led to a redistribution of market share from higher-cost producers to more efficient digital firms, driven by the reduction of transaction costs (Goldmanis et al., 2010). Furthermore, online business models have streamlined previously high-friction processes, enabling industries with significant operational burdens to operate more efficiently (Hanelt et al., 2022).

From the PAC (IBGE) data, was extracted information on revenue distribution across sales channels, with special attention to the proportion of sales conducted through internet channels versus traditional methods. To account for sectoral differences, separate analyses for specific retail divisions were conducted, excluding categories like supermarkets and fuel retail where physical infrastructure requirements create natural barriers to digital adoption.

The CETIC survey data complemented this analysis by providing insights into consumer behavior, including online purchasing habits, delivery preferences, and price research practices. This dual approach - examining both supply-side data from PAC and demand-side information from CETIC - provided a more comprehensive understanding of the Brazilian retail digitalization process.

When presenting results, data from multiple years are often displayed to facilitate temporal comparisons, especially important given the acceleration of digital adoption during the COVID-19 pandemic period. For certain analyses, this study focuses on firms with over 20 employees to minimize the impact of infrastructural challenges that smaller businesses face when transitioning to digital channels, allowing better isolation of competitive dynamics from structural limitations.

This methodological approach enables the observation of not only the growth of e-commerce in Brazil but also the emergence of hybrid business models and the persistent importance of traditional retail channels, reflecting the incremental rather than disruptive nature of digitalization in Brazilian retail.

2.3 The digitalization impact on retail competition dynamics

Evidence shows that technology adoption can enhance retail market competition through several channels. Although online and offline prices can be nearly identical (Abrantes-Metz; Maloney, 2022), research shows that online prices tend to be more responsive, changing approximately every three weeks *versus* every four to five months in physical stores (Gorodnichenko; Talavera, 2017).

Technology adoption has also significantly lowered barriers to entry, allowing small sellers to reach broader markets and quickly scale their operations (Verhoef *et al.*, 2021; Lendle *et al.*, 2016). In sectors like retail, small sellers can reach broader markets through e online marketplaces, directly competing with established brands. The ability for small entrants to quickly scale through these marketplaces increases competitive pressure on incumbent firms, driving innovation and efficiency within the market¹⁷. Studies consistently show significant consumer benefits from these competitive dynamics, driven by increased choice (Dolfen *et al.*, 2023). Digital technologies also reduce search costs, which enable consumers to easily compare prices and features across sellers, making it harder for inefficient or overpriced sellers to survive while expanding consumer choice (Goldfarb; Tucker, 2019).

The pro-competitive effects of digitalization described above are evident both in general retail transformation and specifically within the Brazilian market. Brazil's retail sector demonstrates many of the pro-competitive elements discussed in the theoretical framework, where digitalization helps reduce transaction costs and enhance market efficiency. Consistent with the theoretical predictions about how digital transformation affects market dynamics, the analysis of empirical data

17 For Verhoef *et al.* (2021, p. 893) this phenomenon is called digital agility and relates to the "ability to sense and seize market opportunities provided by digital technologies", and in the digitalization process is related to the intensified competition due to the removal of barriers to entry.

from the Brazilian retail market reveals how competition, consumer behavior, and business strategies have evolved as firms adopt digital technologies and new business models emerge.

The following analysis examines key dimensions of this transformation in Brazilian retail: omnichannel strategies, sectoral variations, e-commerce growth patterns, and resulting competitive dynamics.

2.3.1. Omnichannel shopping: the hybrid approach

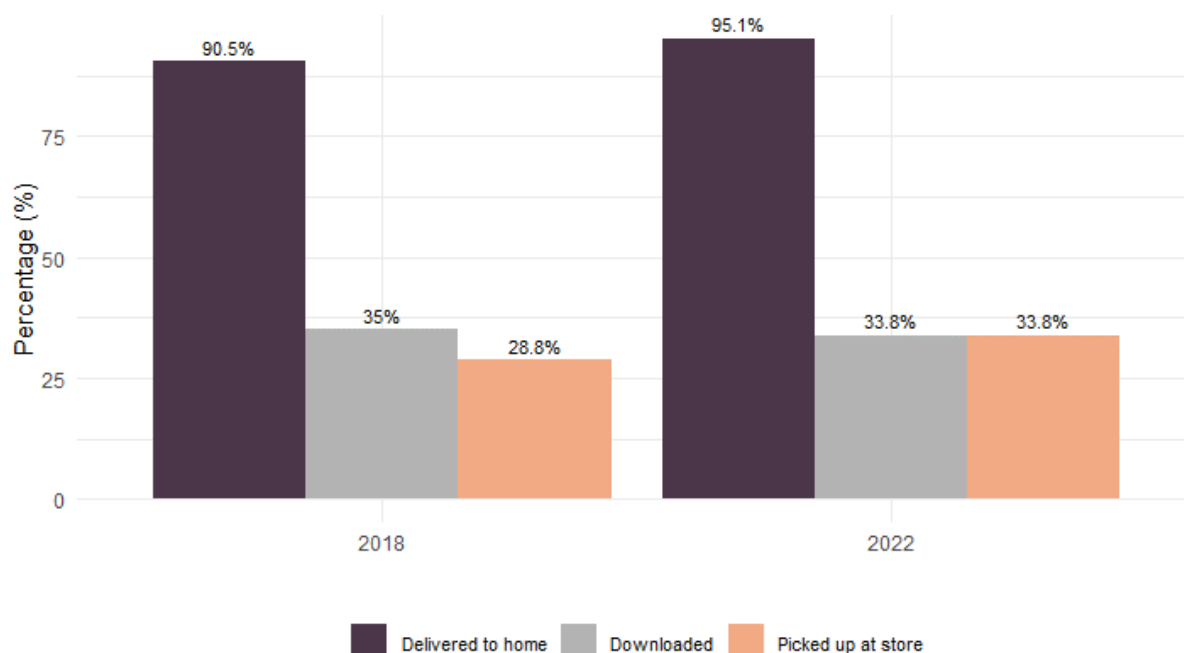
In the Brazilian context, the “TIC Indivíduos” survey data¹⁸ demonstrates the integration of hybrid retail models into consumer behavior. By 2022, approximately one-third of online shoppers reported using hybrid shopping models. This adoption pattern indicates that the “brick-and-click” approach aligns with consumer preferences while providing established retailers with a competitive strategy to respond to ongoing digitalization.

As previously exposed, omnichannel approaches have become standard practice among traditional retailers, reflecting evolving consumer preferences. Data demonstrates the diverse ways consumers receive their online purchases: research conducted by McKinsey and Company (2024) shows that 55% of consumers prefer digital or omnichannel shopping experiences. The research also indicates that, in the foreseeable future, online channel will not prevail as the only way to shop, since a significant group of consumers still values traditional retail channels. IBGE data demonstrates that, even with accelerated e-commerce growth, especially during the pandemic, online sales still represent a relatively small portion of total retail¹⁹.

¹⁸ All the CETIC data used is available at <https://cetic.br/pt/microdados/> (Bases [...], 2024).

¹⁹ Digital retail companies, despite their growing visibility and increasing presence, represent only a small portion of the broader Brazilian retail market. This becomes more apparent when analyzing data from IBGE’s Annual Commerce Survey (PAC), which tracks the share of retail revenue attributed to online sales. The data indicates that, while e-commerce is gaining momentum, traditional sales channels continue to dominate the Brazilian market. Data from IBGE’s PAC shows that since 2019, traditional brick-and-mortar retail has maintained its position as the primary sales channel. This has important implications for understanding the dynamics of digitalization in the retail sector.

Graph 1 – Share of users that purchased products online, by delivery method (2018 and 2022)



Source: TIC Indivíduos (Bases [...], 2024), author's elaboration. Graph displays the share of interviewed consumers that indicates that has, on the last 12 months preceding the interview, utilized each delivery method.

Graph 1 above presents results from the TIC survey on consumer behavior towards omnichannel shopping. The data shows that by 2022, nearly a third of consumers had adopted omnichannel options when receiving products purchased online. This trend reflects the growing consumer preference for flexibility in how they shop and receive goods, blending online and offline experiences to meet their needs.

While this hybrid approach gains traction, digital adoption varies significantly across retail segments, with product characteristics and consumer preferences influencing digitalization patterns.

2.3.2. Differences in consumer behavior across sectors

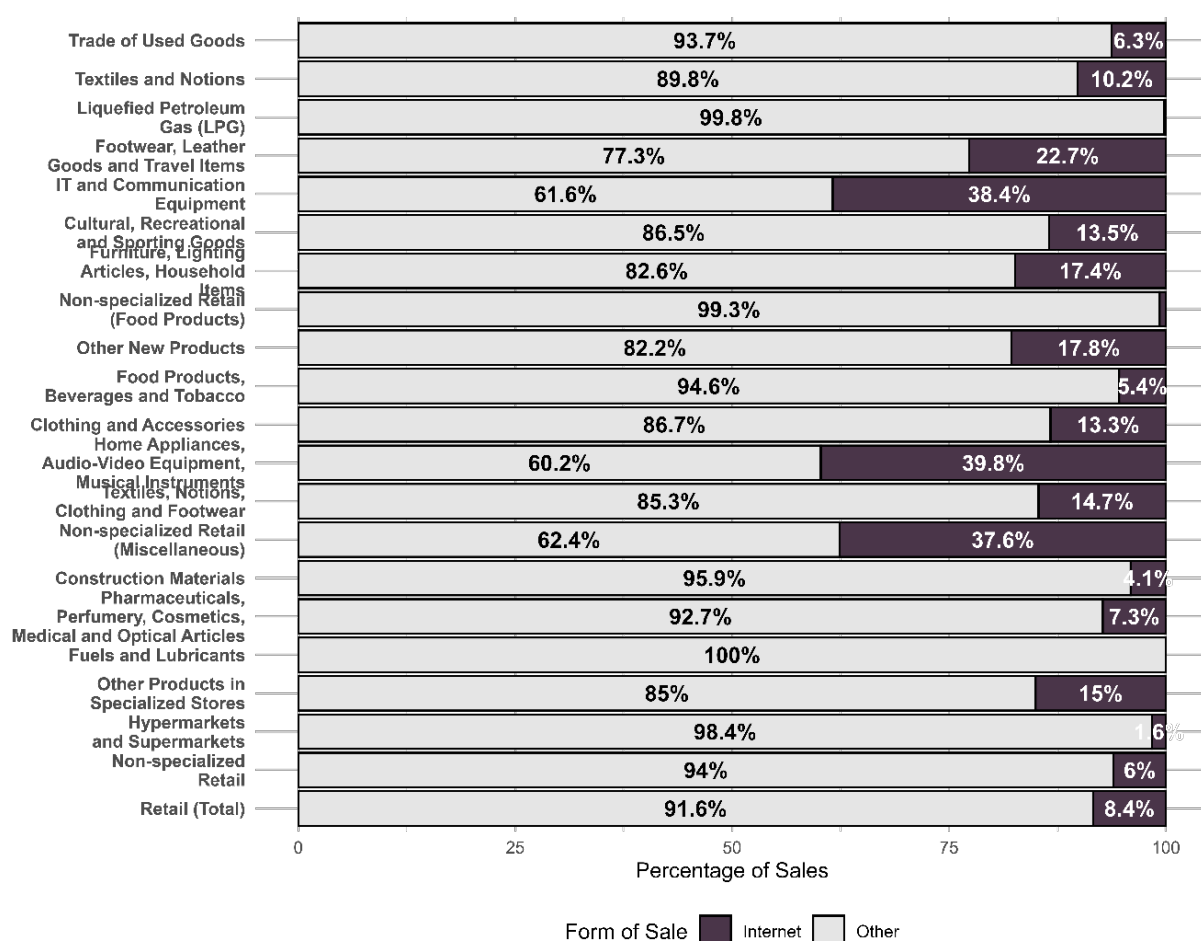
As Hovenkamp (2024) highlights the extent of competition between online and offline channels varies depending on the product category. In some cases, such as consumer electronics or books, e-commerce has become very popular due to the convenience of online product searches. However, in other sectors, such as grocery retail, physical stores still capture the lion's share of sales, as logistical challenges and consumer preferences for inspecting products in person limit the growth of online channels.

Data from CETIC shows that digitalization adoption varies significantly across retail sectors in Brazil. While some segments readily embraced e-commerce, others face substantial barriers - particularly in categories like supermarkets and fuel retail, where physical infrastructure requirements and logistical demands create natural obstacles to online operations.

The last available official data related to the Brazilian retail sector (PAC-IBGE, 2022), that shows how different channels and sector of Brazilian retail have adopted digital sales, as shown in Graph 2. It is possible to identify another perspective of the progress of the digital channel in Brazil. The percentage of sales conducted through the internet for different retail divisions reveal significant discrepancies. For instance, sectors like electronics, home appliances, and furniture have shown a much higher propensity to adopt digital sales channels. This can be attributed to several factors, including the nature of the products (which are easier to sell and distribute online) and the consumers' willingness to purchase these goods without the need for physical inspection.

Sectors such as clothing, which might seem ripe for digital transformation, have faced slower adoption rates. Consumers often prefer to physically try on clothes before purchasing. Although these discrepancies may also result from the potential for reducing operational and transaction costs, cultural factors and local consumer preferences should not be disregarded.

Graph 2 – Percentage of total revenue divided into internet channels and others (2022)

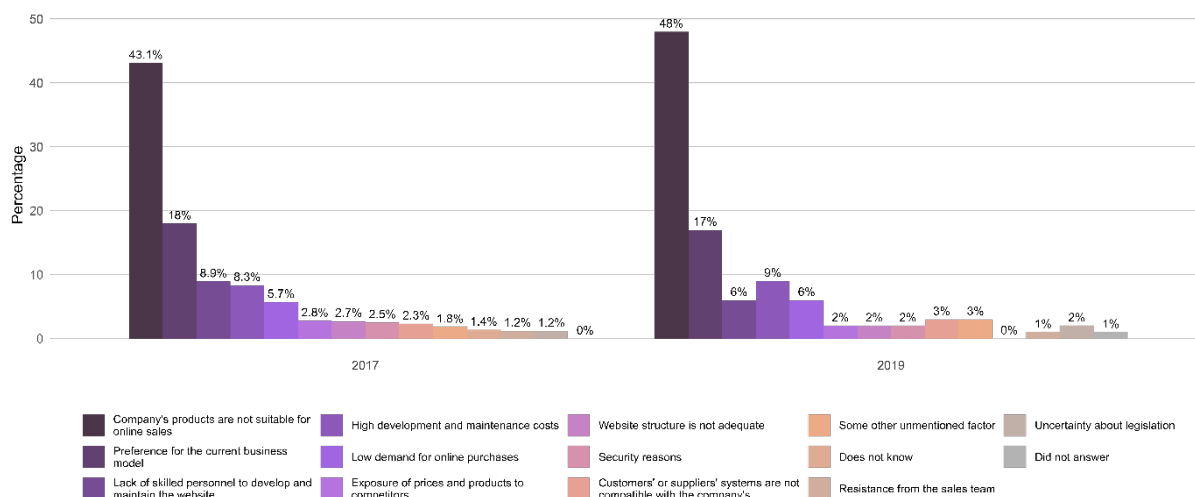


Source: PAC (IBGE, 2023), author's elaboration. Notes: The divisions of the retail and commerce presented are the same as those presented in the IBGE's survey. The graph presents the share of total retail value in each category that is sold through internet or other channels.

A more suitable approach to assess the degree of digitalization should consider how product characteristics and consumer preferences shape channel selection decisions, rather than merely

identifying which segments are more digitalized. Specific product attributes - such as need for physical inspection, perishability, and purchase frequency - interact with consumer preferences to determine online-offline channel suitability. For instance, consumers often prefer to personally examine perishable items in supermarkets. Similarly, the inherent physical nature of fuel retail presents particular challenges for digital distribution. This product and preference-centered perspective provides a more nuanced understanding of online-offline competition across retail contexts, beyond simple categorization of sectors by digitalization potential.

Graph 3 – Main obstacle to selling online, as answered by companies (2017 and 2019)



Source: TIC Empresas (Bases [...], 2024). Notes: This identifies the main, but not all, obstacles the companies face when selling online. The graph displays the percentual of business interviews that identified each presented answer as the main obstacle for selling products or services online.

These sectoral variations and obstacles help explain why e-commerce in Brazil has followed an incremental rather than disruptive growth trajectory.

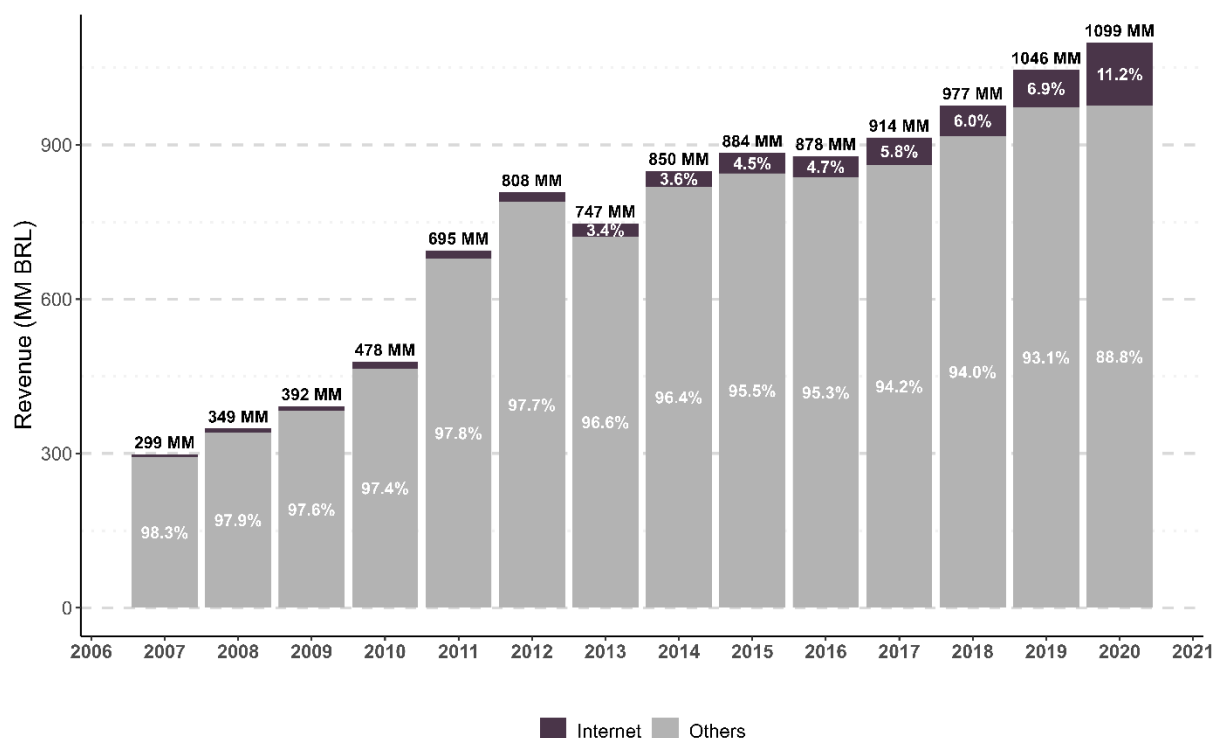
2.3.3. E-commerce growth and its challenges

Graph 4 tracks the overall growth of e-commerce in Brazil over a series of years, illustrating the steady increase in the share of retail revenue generated online. Between 2006 and 2021, there was a clear upward trajectory, with online sales gaining importance, particularly during the COVID-19 pandemic, when lockdowns and health concerns drove consumers towards online shopping. However, even with this boost, the proportion of total retail revenue derived from online sales remains modest.

The pandemic undoubtedly accelerated the growth of e-commerce, but this growth has not displaced traditional retail to a significant degree. In 2021, online sales still represented only a small fraction of total retail revenue. This highlights an important characteristic of the Brazilian market: while digitalization is progressing, it is still in its early stages compared to more developed economies. Factors such as internet infrastructure, consumer trust in online transactions, and payment system

accessibility continue to influence the slower adoption of e-commerce.

Graph 4 – Percentage of total retail and commerce revenue divided between internet and other channels (2006 – 2020)



Source: PAC (IBGE, 2023). Notes: This graph presents the division based on the total revenue of commerce and retail. Revenue in the x-axis in millions of BRL and displayed on the top of the bars. The share of sales through internet or other channels in displayed inside the bars of each category.

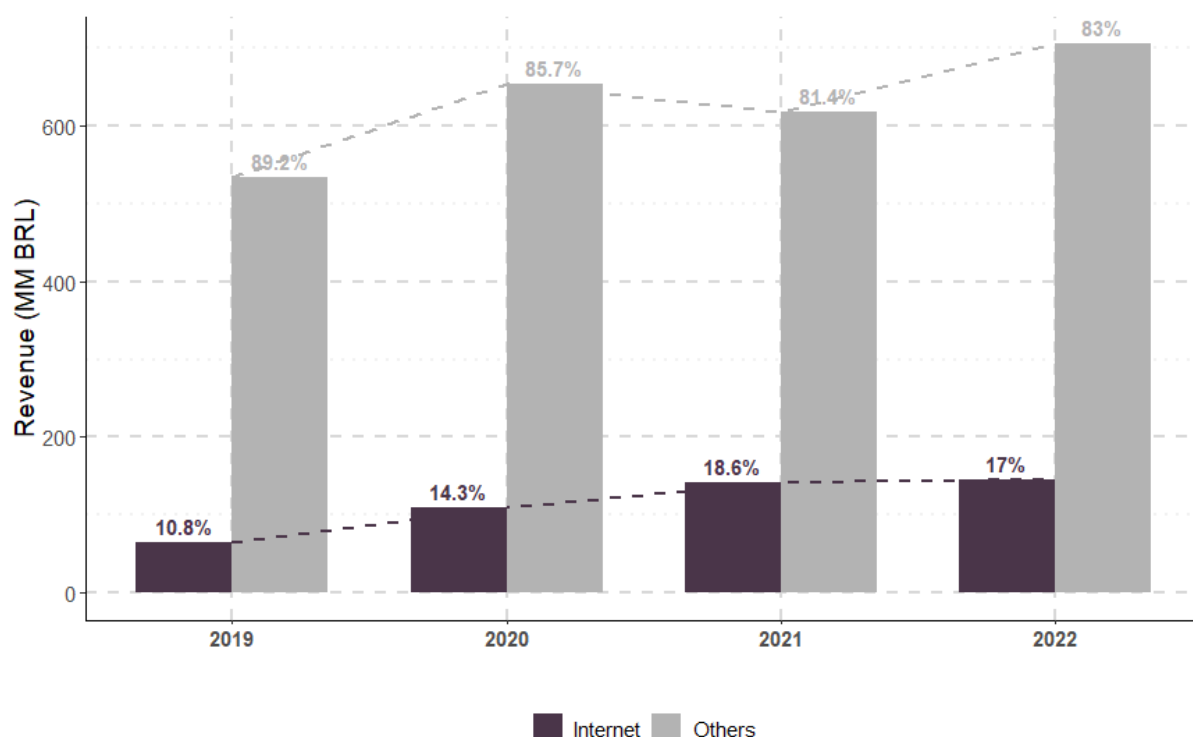
The geographic distribution of digital retail adoption reflects broader structural challenges in the Brazilian market. Urban centers demonstrate higher digital engagement due to superior infrastructure and logistics networks, while rural areas show limited adoption. This spatial heterogeneity provides important context for understanding the pace and extent of retail digitalization across Brazil's diverse regions. This geographical variance in digital adoption reflects both infrastructure limitations and socioeconomic differences between urban and rural areas, directly impacting retailers' ability to implement digital strategies and consumers' capacity to engage with online commerce.

Graph 5 provides a more focused analysis by examining firms with over 20 employees. By restricting the data to larger companies, the impact of infrastructural challenges that smaller businesses face when transitioning to digital channels can be reduced. These larger firms are more likely to have the resources to invest in technology and logistics, which are critical for e-commerce success.

Despite these advantages, the graph reveals a similar pattern: while the percentage of sales made through the internet has increased, it still accounts for less than 20% of total sales by 2022. This finding underscores a key point about the Brazilian retail market: even among larger, more resource-

rich companies, the shift to online sales has been slower than might be expected. Offline sales channels continue to play a dominant role, and the reliance on physical infrastructure remains strong.

Graph 5 – Percentage of selected retail categories revenue divided between internet and other channels (2019 – 2022)



Source: PAC (IBGE, 2023). Notes: This graph presents the division based on the revenue of selected categories of the total survey. From the total amount, the following categories were subtracted: supermarkets and hypermarkets, fuels, lubricants and GLP. Revenue is displayed in millions of BRL, for the period of 2019 to 2022 for firms with over 20 employees.

The same can be seen on the demand side where consumers, while progressively adapting to online orders, still prefer interaction with the offline channels. In the last six years the share of consumers willing to buy from online retailers grew from 35% in 2017, reaching almost half the consumers in 2022. Although this showcases the undeniable growth of online retail it also points to the fact that a significant share of consumers still prefers the traditional offline channel.

One possible reason for this may be some persistent preference of part of the Brazilian consumers for physical stores. The experience of in-store shopping, which includes personal interaction with sales staff and the ability to inspect products, seems to remain valued. Additionally, part of the consumers seems to prefer the immediacy of purchasing products in person, rather than waiting for delivery, which can still be slow in certain regions despite improvements in logistics.

Graph 6 – Share of consumers that purchased products or services online, in the last 12 months. (2017-2023)



Source: TIC Indivíduos (Bases [...], 2024), author's elaboration. The graph displays the percentual of individuals interviewed that purchased products online in the 12 months preceding the interview. Series available from 2017 to 2023.

These consumer preferences create a distinctive competitive landscape where digital and traditional channels interact in complementary ways.

2.3.4. Competition dynamics in Brazil

In Brazil, the dominance of offline channel creates a unique competitive landscape. Rather than simply displacing brick-and-mortar stores, the digital channel faces competition within a dual-channel system, where physical stores continue to capture the majority of consumer spending.

A significant factor shaping Brazilian retail is the heterogeneity in internet access across income levels and regions. While about a quarter of the population still lacks fixed broadband access (reaching 40% in lower-income brackets), CETIC data shows robust growth in connectivity: fixed broadband adoption increased by 22% in the last 7 years, while mobile internet has become widespread, with cellphone being the main way individuals interact with the internet specially in segments where broadband is less common. This widespread mobile connectivity has enabled significant engagement with digital retail channels, as smartphones provide essential features for omnichannel experiences such as price comparison, product research, and mobile purchases, helping explain the increasing adoption of hybrid shopping behaviors among Brazilian consumers.

The prevalence of mobile internet access has created alternative pathways for digital commerce engagement. Many consumers, particularly those without traditional broadband access, actively participate in digital retail through mobile and messaging applications. These consumers navigate between physical and digital environments in ways that might not be fully captured by conventional e-commerce statistics, suggesting that actual digital retail engagement could be more extensive than official metrics indicate. This phenomenon helps explain the increasing adoption of hybrid shopping behaviors among Brazilian consumers.

As broadband infrastructure continues to expand across different socioeconomic segments and geographical areas, the productivity gains from retail digitalization are expected to intensify. The ongoing improvement in connectivity, combined with the already substantial mobile internet penetration, provides a strong foundation for further digital transformation across the retail sector, potentially amplifying efficiency gains and market competition.

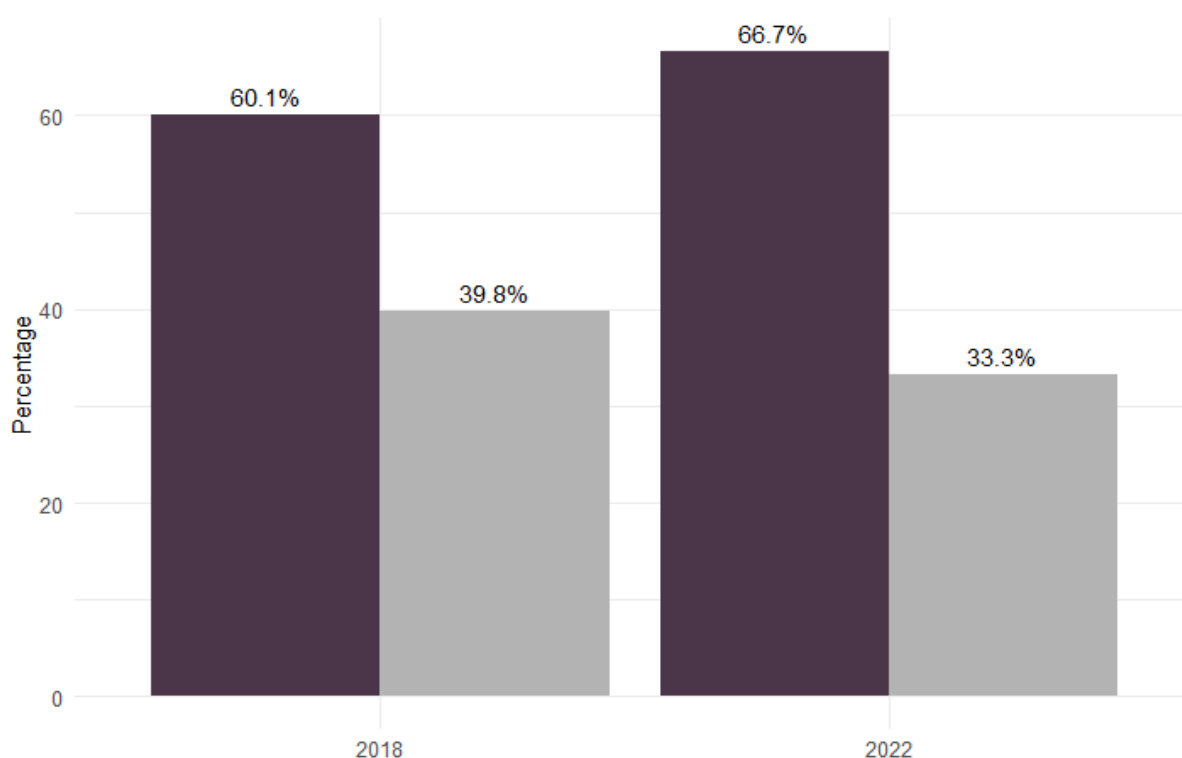
Moreover, the relatively low market share of online retail reflects the effective competition posed by digitalized established retailers. These established firms have made investments in e-commerce capabilities while maintaining their physical presence. This hybrid approach combines online convenience with the trust and familiarity of established retail brands.

A key feature of retail digitalization is how it affects pricing dynamics. Digital channels show two distinct pricing patterns: more frequent price adjustments compared to traditional retail, and a tendency toward price convergence between online and offline channels over time. The economic literature, drawing primarily from North American and European markets, demonstrates a trend of price convergence between channels (Cavallo, 2017; Gorodnichenko; Talavera, 2017). This analysis reveals that the Brazilian market exhibits both characteristics: the higher frequency of online price changes and the gradual alignment of prices across channels.

The impact of increased price transparency is evident in consumer behavior and plays an important role in price convergence between channels. As shown in Graph 7, CETIC's data demonstrates that an increasing share of Brazilian consumers uses the internet for price research, surpassing the proportion who actually make online purchases. This suggests that digital channels influence retail competition even when transactions occur offline.



Graph 7 - Share of consumers that conducted price research of products or services on the internet in the last 12 months (2018 and 2022)



Source: TIC Indivíduos (Bases [...], 2024). The graph displays the percentual of individuals interviewed that conducted, or not, price research using the internet 12 months preceding the interview.

Despite difference in pricing patterns between channels, omnichannel strategies provide consumers with tools to compare prices directly, reinforcing competition through price convergence over time. This demonstrates that, while channel-specific differences exist, they do not justify a fundamental separation between online and offline markets. Instead, each channel's unique features, combined with competitive pricing, serve to enhance consumer choice and flexibility.

3 CONCLUSION

The analysis of Brazilian retail demonstrates that traditional sectors undergoing digitalization often adopt hybrid models rather than fully transitioning to digital operations. The widespread adoption of the “bricks-and-clicks” approach reflects both the persistent value of physical infrastructure and the continued importance of consumer preferences for traditional retail channels.

The Brazilian evidence regarding retail sector showed a cumulative and incremental digitalization process, impacting the competitive environment. Retailers continue to operate in the offline channel, seeking hybrid models, with different business models, with no prospect of the online channel prevailing. Similarly, in a heterogeneous way, consumers tend to present zig and zag behavior, mixing online and offline channels, with price being preserved as a relevant competitive variable.

The varied manifestation of digitalization across contexts presents a key policy challenge: designing regulations that preserve efficiency gains while addressing competition concerns. This is particularly relevant for emerging markets like Brazil, where substantial productivity gains from digital adoption remain unrealized, especially among smaller firms. As documented by Brazil's Ministry of Finance report, capturing these benefits requires careful regulatory design that promotes competition without disrupting the mechanisms that make digitalization effective.

This study has limitations that suggest directions for future research. The analysis focuses primarily on broad sectoral trends and consumer behavior patterns but could be complemented by firm-level studies examining specific adaptation strategies and performance outcomes.

REFERENCES

- ABRANTES-METZ, Rosa M.; MALONEY, Mame. Competitive Dynamics of Online and Brick-and-Mortar Retail Prices. **CPI Antitrust Chronicle**, July 2022. Available at: <https://x.gd/JqnL8>. Accessed on: Jan. 5 2025.
- AKMAN, Pinar. A web of paradoxes: empirical evidence on online platform users and implications for competition and regulation in digital markets. **Virginia Law Business Review**, Virginia, v. 16, i. 2. p. 217-292, 2022. Available at: <https://x.gd/m1M3q>. Accessed on: Jan. 5 2025.
- ASSOCIAÇÃO LATINO-AMERICANA DE INTERNET (ALAI). **Avaliação econômica e concorrencial do PL nº 2.768/2022**: experiência internacional, identificação das empresas sujeitas à regulação e estimação dos impactos econômicos. Montevideo: Alai, 2023. Available at: <https://x.gd/faKGP>. Accessed on: Jan. 5 2025.
- BASES de microdados. **Cetic.br**, São Paulo, 2024. Available at: <https://x.gd/5h9VM>. Accessed on: Jan. 5 2025.
- BASTOS, Camila Sanson Pereira. **Mercados de Plataformas Digitais**: Edição Revista e Atualizada. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2023. Available at: <https://x.gd/t4ARE>. Accessed on: Jan. 5 2025.
- BRASIL. Ministério da Fazenda. **Digital platforms**: competition aspects and regulatory recommendations for Brazil. Brasília: Ministry of Finance, 2024. Available at: <https://x.gd/M9fp3>. Accessed on: Dec. 12 2024.
- CAVALLO, Alberto. Are Online and Offline Prices Similar? Evidence from Large Multi-channel Retailers. **American Economic Review**, v. 107, i. 1, p. 283-303, 2017. DOI: 10.1257/aer.20160542. Available at: <https://x.gd/v4Zpf>. Accessed on: Dec. 12 2024.
- CALVANO, Emilio; POLO, Michele. Market power, competition and innovation in digital markets: A survey. **Information Economics and Policy**, [s. l.], v. 54, p. 100853, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.infoecopol.2020.100853>. Available at: <https://x.gd/hINIX>. Accessed on: Jan. 21 2025.
- CENNAMO, Carmelo. Competing in digital markets: A platform-based perspective. **Academy of Management Perspectives**, Valhala, v. 35, n. 2, p. 265-291, 2021. DOI: <https://doi.org/10.5465/amp.2016.0048>. Available at: <https://x.gd/yuMnY>. Accessed on: Dec. 12 2024.
- CUSUMANO, Michael A.; GAWER, Annabelle; YOFFIE, David B. **The Business of Platforms**: Strategy in the Age of Digital Competition, Innovation, and Power. New York: Harper Business, 2019.
- DOLFEN, Paul *et al.* Assessing the Gains from E-commerce. **American Economic Journal: Macroeconomics**, Pittsburgh, v. 11, n. 1, p. 342-370, 2023. Available at: <https://x.gd/b5CFv>. Accessed on: Jan. 5 2025.



EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms**. Cambridge: Harvard Business Review Press, 2016.

GOLDFARB, Avi; TUCKER, Catherine. Digital Economics. **Journal of Economic Literature**, Pittsburgh, v. 57, n. 1, p. 3-43, 2019. Available at: <https://x.gd/YvtjO>. Accessed on: Jan. 25 2025.

GOLDMANIS, Maris *et al.* E-commerce and the Market Structure of Retail Industries. **The Economic Journal**, Oxford, v. 120, i. 545, p. 651-682, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1468-0297.2009.02310.x>. Available at: <https://x.gd/yQ6ii>. Accessed on: Jan. 21 2025.

GOLOVANOVA, Svetlana *et al.* The institutional environment and gig platform transaction cost solutions. **Journal of Institutional Economics**, Cambridge, v. 20, e12, 2024. DOI: <https://doi.org/10.1017/S1744137423000383>. Available at: <https://x.gd/jH68sF>. Accessed on: Dec. 17 2024.

GORODNICHENKO, Yuriy; TALAVERA, Oleksandr. Price setting in online markets: Basic facts, international comparisons, and cross-border integration. **American Economic Review**, Pittsburgh, v. 107, 1. 1, p. 249-282, 2017. DOI: 10.1257/aer.20141127. Available at: <https://x.gd/mFVcw>. Accessed on: Jan. 21 2025.

HAGIU, Andrei; WRIGHT, Julian. Multi-Sided Platforms. **International Journal of Industrial Organization**, [s. l.], v. 43, p. 162-174, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2015.03.003>. Available at: <https://x.gd/P8SwQ>. Accessed on: Jan. 21 2025.

HANELT, André *et al.* A Systematic Review of the Literature on Digital Transformation: Insights and Implications for Strategy and Organizational Change. **Journal of Management Studies**, v. 59, i. 2, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1111/joms.12639>. Available at: <https://x.gd/cLa0h>. Accessed on: Jan. 21 2025.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust and eMarkets. **Stanford Law and Policy Review**, Philadelphia, 2024. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4962651>. Available at: <https://x.gd/i0WSi>. Accessed on: Jan. 21 2025.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Pesquisa Anual de Comércio**. [S. l.]: IBGE, 2023. Available at: <https://x.gd/Q4UD4>. Accessed on: Jan. 21 2025.

LENDLE, Andreas *et al.* There Goes Gravity: EBay and the Death of Distance. **The Economic Journal**, Oxford, v. 126, i. 595, p. 406-441, 2016. DOI: <https://doi.org/10.1111/ecoj.12286>. Available at: <https://x.gd/KPmmQ>. Accessed on: Dec. 12 2024.

MCINTYRE, David P.; SRINIVASAN, Arati. Networks, Platforms, and Strategy: Emerging Views and Next Steps. **Strategic Management Journal**, v. 38, i. 1, p. 141-160, 2017. DOI: <https://doi.org/10.1002/smj.2596>. Available at: <https://x.gd/PpJza>. Accessed on: Dec. 17 2024.

MCKINSEY & COMPANY. O consumidor brasileiro hoje: o sentimento e os hábitos de quem consome no Brasil. Nova Lima: McKinsey & Company, 2024. Available at: <https://x.gd/n8fMG>. Accessed on: Dec. 12 2024.

MORAIS, João Carlos Nicolini de; 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**, Brasília, v. 20, i. 107, 2023. DOI: <https://doi.org/10.11117/rdp.v20i107.7289>. Available at: <https://x.gd/Unu0r>. Accessed on: Dec. 17 2024.

NOOREN, Pieter *et al.* Should We Regulate Digital Platforms? A New Framework for Evaluating Policy Options. **Policy & Internet**, [s. l.], v. 42, 1. 10, p. 264-301, 2018. DOI: <https://doi.org/10.1002/poi3.177>. Available at: <https://x.gd/y7yx4>. Accessed on: Jan. 21 2025.

NORTH, Douglass C.; WALLIS, John J. Integrating institutional change and technical change in economic history a transaction cost approach. **Journal of Institutional and Theoretical Economics**, v. 150, i. 4, p. 609-624, 1994. Available at: <https://x.gd/mXl76>. Accessed on: Jan. 21 2025.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Digital Economy Outlook 2020**. Paris: OECD Publishing, 2020. Available at: <https://x.gd/7rLJ2>. Accessed on: Jan. 21 2025.

PARKER, Geoffrey G.; VAN ALSTYNE, Marshall W.; CHOUDARY, Sangeet Paul. **Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy and How to Make Them Work for You**. New York: W.W. Norton & Company, 2016.

ROCHET, Jean-Charles; TIROLE, Jean. Platform Competition in Two-Sided Markets. **Journal of the European Economic Association**, Chicester, v. 1, i. 4, p. 990-1029, 2003. DOI: <https://doi.org/10.1162/154247603322493212>. Available at: <https://x.gd/vybsl>. Accessed on: Dec. 17 2024.

VIAL, Gregory. Understanding Digital Transformation: A Review and a Research Agenda. **The Journal of Strategic Information Systems**, Newton, v. 28, i. 2, p. 118-144, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jsis.2019.01.003>. Available at: <https://x.gd/L5d5G>. Accessed on: Dec. 17 2024.

VERHOEF, Peter C. *et al.* Digital transformation: A multidisciplinary reflection and research agenda. **Journal of Business Research**, v. 122, p. 889-901, 2021. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.jbusres.2019.09.022>. Available at: <https://x.gd/xkCbW>. Accessed on: Dec. 17 2024.

WILLIAMSON, Oliver E. **The economic institutions of capitalism: Firms, markets, relational contracting**. New York: The Free Press, 1985.

XU, Lei. **Platform Competition with Local Network Effects**. [S. l.; s. n.], 2014. Available at: <https://x.gd/QNqCr>. Accessed on: Dec. 17 2024.



INNOVATION CONCERNS IN HORIZONTAL MERGERS: EMPIRICAL EVIDENCE FROM BRAZILIAN MERGER CONTROL¹

*Preocupações de inovação em fusões
horizontais: evidência empírica do controle de
fusões brasileiro*

Marcos Puccioni de Oliveira Lyra²

Universidade Federal Fluminense (UFF) – Niterói/RJ, Brasil

Camila Cabral Pires-Alves³

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) – Brasília/DF, Brasil

STRUCTURED SUMMARY

Objective: this paper investigates how Cade – the Brazilian antitrust authority – has addressed innovation concerns in merger assessments, using antitrust literature and the experiences of the United States and the European Commission as reference points.

Method: review of academic and institutional literature, data collection, and case studies.

Conclusions: although Cade follows the standard approach in its Guidelines used by the US and the European Commission, its experience with innovation concerns remains more limited than these jurisdictions. An innovation-specific assessment was conducted in only one case: Bayer/Monsanto (2018). In most cases, innovation was addressed within the standard analysis, often in an insufficient manner. The findings highlight the need to develop a local approach tailored to the Brazilian context,

¹ **Editor responsável:** Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

Recebido em: 15/01/2025 **Aceito em:** 13/06/2025 **Publicado em:** 25/06/2025

² Doutor em Economia (UFRJ – 2022), Professor Adjunto (Faculdade de Economia - UFF), Pesquisador do Gdec (Grupo de Direito, Economia e Concorrência – UFRJ), Pesquisador do NIETI (Núcleo de Estudos em Economia Industrial, Energia, Território e Inovação – UFF).

E-mail: marcoslyra@id.uff.br. **Lattes:** <https://lattes.cnpq.br/5480977221377907>.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4427-1147>

³ Doutora em Economia (UFRJ – 2010), Conselheira do Conselho Administrativo de Defesa (Cade). Está cedida ao Cade pela UFRJ, onde é Professora Associada (Instituto de Economia – UFRJ) e Pesquisadora do Gdec (Grupo de Direito, Economia e Concorrência – UFRJ).

E-mail: camila.alves@cade.gov.br. **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4687008805056384>.
ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7888-3235>.

as much of the current discussion relies on foreign case law. Finally, no significant evolution was observed between 2015 and 2022.

Keywords: competition policy; horizontal mergers; innovation concerns; Brazil; Cade

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: investigar como o Cade – a autoridade antitruste brasileira – tem discutido as questões de inovação na avaliação de atos de concentração, tomando como ponto de partida a literatura antitruste e as experiências dos EUA e da Comissão Europeia.

Método: revisão de literatura acadêmica, revisão de publicações institucionais, levantamento de dados e estudos de casos.

Conclusões: apesar de o Cade seguir a análise padrão em seu Guia para a Análise de Fusões Horizontais usada por EUA e Comissão Europeia, sua experiência é mais limitada do que estas jurisdições. Uma avaliação específica de inovação foi utilizada apenas em Bayer/Monsanto (2018). Na maioria dos casos, a inovação foi endereçada por meio da análise padrão, muitas vezes de forma insuficiente. Os resultados destacam a necessidade de desenvolver uma abordagem local adaptada ao contexto brasileiro, visto que grande parte da discussão atual se baseia em jurisprudência estrangeira. Por fim, não foi observada evolução significativa entre 2015 e 2022.

Palavras-chave: defesa da concorrência; fusões horizontais; preocupações de inovação; Brasil; Cade.

JEL Classification: L40.

Summary: 1. Introduction; 2. Innovation Concerns in Horizontal Merger Assessment; 3. The United States and European Commission Experiences; 4. Innovation Concerns in Brazilian Merger Control; 5. Concluding Remarks; References.

1 INTRODUCTION

The assessment of innovation competition in merger cases poses a significant challenge for antitrust authorities. From the innovation markets introduced by US Merger Control in the 1990s to the European Commission's recent four-layer competitive assessment⁴, authorities have applied new procedures to properly address innovation concerns. Interestingly, these alternative approaches are not explicitly outlined in their respective Horizontal Merger Guidelines (HMGs). Instead, the HMGs of the US, the European Commission, and Brazil primarily emphasize the standard merger analysis focused on product market competition.

⁴ There is a great number of publications discussing Dow/Dupont (2017), the first case to be assessed under the four-layer competitive assessment, specifically or its impact on EU Merger Control in general. See: Petit (2017, 2018, 2019), Denicolò and Polo (2018), Mosso (2018), Padilla (2019), Jung and Sinclair (2019), Chadha (2019), Suijkerbuijk (2019), Kokkoris and Valletti (2020), Kokkoris (2020), Lyra and Pires-Alves (2023).

Addressing innovation competition requires careful consideration. Innovation outcomes are uncertain, and competition in innovation occurs in diverse ways, demanding different analytical approaches. Traditional tools such as concentration indices and market shares have become less useful in cases involving innovation. Despite the complexity, assessing innovation competition is crucial in some instances, as inadequate evaluations can undermine innovation incentives.

Empirical studies by Gilbert and Greene (2015) and Kern, Dewenter and Kerber (2016) have shown that US authorities have considered innovation concerns - defined as changes in the standard analysis steps due to innovation dynamics or the use of alternative approaches - in about one-third of the challenged mergers between 1995 and 2014. Similarly, the European Commission began developing this perspective more explicitly after the Dow/DuPont case (2017)⁵. However, no such empirical analysis exists for Brazil, highlighting the need to explore how innovation concerns are addressed in Brazilian Merger Control. This paper aims to fill that gap by applying a different empirical strategy: examining how innovation is considered at each stage of the analysis.

This paper investigates the extent to which Brazilian merger control considers innovation concerns in horizontal mergers. These concerns arise in two scenarios: (i) when an alternative approach beyond the standard analysis is used - referred to here as an “innovation-specific assessment” - and (ii) when innovation is considered within the standard analysis.

After this introduction, the second section is dedicated to present how innovation may influence each step of the standard analysis, focusing on the HMGs of the US, the European Commission, and Brazil. We then examine how the US and the European Commission have addressed innovation concerns in practice, based on empirical literature. In the fourth section, we investigate how innovation concerns have been addressed by the Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) in merger cases decided between 2015 and 2022 - a period selected due to the availability of digital records⁶. The analysis focuses on cases decided by Cade’s Tribunal, as these involve recommendations for blocking or approving mergers with remedies issued by the General Superintendence.

Finally, the paper concludes by showing that innovation concerns were addressed in only 21 cases reviewed by the Tribunal between 2015 and 2022 (representing 16,5% of all cases reviewed). Of these, only one involved an innovation-specific assessment. In the remaining cases, innovation concerns were considered within the standard framework and generally in a limited way.

2 INNOVATION CONCERNS IN HORIZONTAL MERGER ASSESSMENT

Competition is a multifaceted concept, and understanding it thoroughly requires analyzing firms’ market behavior beyond price and quantity strategies. These include improving product quality, offering a wider variety of products, among others. Among these competitive tactics, innovation efforts are fundamental. They can lead to new or improved processes and products, boosting demand and profit margins for successful innovators. Schumpeter (1942) emphasized how competition has two dimensions: a passive (static price competition) and an active one (dynamic innovation competition), the latter of which transforms the economic structure itself.

5 Case COMP/M. 7932 (EC 2017).

6 2015 is the first year that Cade’s documents are totally available in searchable digital format, justifying the choice of period.

Innovation concerns play a dual role in merger analysis. First, it may influence the assessment of mergers conducted under the standard analysis. When merging firms compete in a product market, innovation may affect how mergers impact prices, quality, entry barriers, among other factors. Second, innovation becomes the central concern when the merger affects an innovation market - requiring an innovation-specific assessment, which we will discuss further below.

The standard analysis of horizontal mergers focuses on competition within a relevant product market, typically defined through the Hypothetical Monopolist Test (HMT)⁷. In the assessment of competitive significance stage, authorities consider market shares and concentration indices, such as the Herfindahl-Hirschman Index (HHI)⁸, as proxies for market power. However, in markets with highly differentiated⁹ or innovative products, these structural indicators lose explanatory power. Regarding the latter, it is important to notice that the relationship between market concentration and innovation remains inconclusive in the literature¹⁰. Both the US and European HMGs acknowledge this complexity and advise caution when interpreting concentration metrics in innovation-driven markets (DOJ; FTC, 2010, p. 16-17; European Commission, 2004, p. 6).

The next step, assessing unilateral effects, examines a firm's increased ability to exercise market power post-merger. While price effects dominate this analysis, innovation may also be affected. For instance, innovation-intensive industries often have high entry barriers (such as Research and Development - R&D - investment), and there may be rivalry more on innovation than price (European Commission, 2004, p. 12; Cade, 2016a, p. 27). The US HMG explicitly discusses unilateral innovation effects (DOJ; FTC, 2010).

In this paper, we define negative innovation effects as reductions in incentives to innovate post-merger - whether by the merged entity or its rivals.¹¹ According to Kokkoris and Valletti (2020), these effects may take two forms: (i) decreased incentives to continue ongoing innovation efforts, possibly delaying and/or interrupting these efforts and (ii) reduced incentives to initiate new innovation, resulting in less innovation in the future¹².

7 The Hypothetical Monopolist Test (HMT) checks whether a hypothetical monopolist could profitably apply a small but significant non-transitory increase in price (SSNIP). If such an increase is profitable, the market is well-defined; otherwise, the test is remade adding other products or geographic areas to the hypothetical monopolist until the price increase becomes profitable (DOJ; FTC, 2010, p. 7-15)

8 The Herfindahl-Hirschman Index is calculated by summing the squared markets shares of all firms in the product market and used as an indicative of the level of concentration in that product market.

9 With homogenous products, there is a direct relation in the Cournot model between market power and the HHI which supports the screening role of structural variables. With differentiated products, factors like cross elasticity of demand and diversion ratios - defined as a fraction of sales diverted to another producer due to a price increase (DOJ; FTC, 2010, p. 21) - play a role in determining substitutability between the products of merging parties (Cade, 2016a, p. 36-37).

10 The well-known Arrow-Schumpeter controversy indicates two different positions on the relation between structure and innovation, as Arrow (1962) presents a model which indicates that competitive firms have higher incentives to engage in innovation efforts to escape competition than monopolists, while Schumpeter (1942) emphasizes that larger firms would be more likely to innovate. This debate has both theoretical and empirical work, but the latter did not provide a definitive answer to this debate.

11 Another way of assessing harm to innovation is the through the elimination of parallel research efforts, the Diversity Argument, connected to the evolutionary approach (Jorde; Teece, 1990; Farrell, 2006; Sidak and Teece, 2009). A greater number of innovation efforts increases the probability of at least one getting to the market, allowing a better functioning of the role of the market as a selector of innovation and, as Farrell (2006) states, a diversity of approaches is beneficial in itself.

12 These channels are similar to the unilateral innovation effects present in the 2010 US Horizontal Merger Guidelines, as the HMG includes a subsection dedicated to innovation in the unilateral effects section, mentioning two channels of innovation effects: (i) if a merging party is engaging in innovation efforts that could divert sales from the other, and (ii) when firms have similar innovation capabilities, which could capture sales from each other, resulting in longer-term innovation harm (DOJ; FTC,

Coordinated effects are also analyzed, assessing whether firms may be more likely to coordinate post-merger. Innovation can disrupt coordination, making collusion less feasible (European Commission, 2004, p. 10; DOJ; FTC, 2010, p. 26). However, coordination may also suppress innovation (Cade, 2016a, p. 40).

The final stage of the standard analysis is the assessment of countervailing efficiencies, which can offset anticompetitive effects. Mergers may generate innovation-related efficiencies through synergies, technology transfers, or increased R&D productivity (Bena; Li, 2014, p. 195; Federico; Morton; Shapiro, 2020, p. 134).

Cade also discusses the elimination of a maverick - a firm that typically has low production costs and prices, driving market prices down, and/or is an innovative firm that fosters ongoing industry innovation (Cade, 2016a, p. 47). Such elimination can have various effects, including a potential reduction in innovation.

To summarize, innovation can be considered in several steps of the standard analysis. Brazilian HMGs acknowledge innovation as a factor in (i) entry barriers, (ii) coordinated effects, and (iii) efficiencies (Cade, 2016a, p. 27-47). Likewise, the European Commission 2004 Horizontal Merger Guidelines (2004) is cautious when it comes to innovation concerns, including elements such as: (i) considering less innovation as anticompetitive effects; (ii) revising the role of market shares as indicators of competitive significance; (iii) discussing the dual effect of mergers on innovation when debating innovation effects, pointing out that innovation makes coordination harder; (iv) recognizing innovation and R&D as barriers to entry; and (v) acknowledging R&D and innovation-related countervailing efficiencies. The US 2010 HMG discusses innovation in several aspects: (i) relativizing the role of shares and concentration indices; (ii) discussing that enhanced market power may lead to reduced innovation; (iii) presenting unilateral innovation effects (addressed in more detail in the next subsection); (iv) considering that coordination may be less likely; and (v) debating countervailing efficiencies (DOJ; FTC, 2010).

Based on standard analysis, some mergers involve direct competition in innovation markets, where innovation is the primary competitive dimension. This requires an innovation-specific assessment, including the definition of a relevant innovation market and identification of rivals capable of innovating. Both the US and EU have conducted such assessments, as we explore in the next section.

3 THE UNITED STATES AND EUROPEAN COMMISSION EXPERIENCES

The first innovation market case in the United States was Roche/Genentech (FTC – 1990) (Gilbert; Sunshine, 1995, p. 586). Although innovation-related concerns had appeared earlier, such as in Dynamics/United Electric Coal Companies (1974), dynamic considerations became more prominent starting with the 1992 edition of the US Horizontal Merger Guidelines (Glader, 2006, p. 60–68). The mid-1990s marked a turning point for innovation in US antitrust policy. While only four cases were challenged on innovation grounds between 1990 and 1994 (3% of all challenged cases), this number rose to 47 cases between 1995 and 1999 (17.5%) (Gilbert; Tom, 2001, p. 44). This shift is linked to the

2010, p. 23-24).

adoption of Innovation Market Analysis (IMA) (Gilbert; Sunshine, 1995), a form of innovation-specific assessment applicable to R&D-based competition, including pipeline competition.

More recently, two empirical studies have explored how US merger authorities address innovation. Gilbert and Greene (2015) analyzed the frequency and treatment of innovation concerns in merger challenges by the FTC and DOJ between 2004 and 2014. Using agency complaints and other public documents, they identified cases where “innovation” or “research and development” were mentioned in discussions of competitive effects or market structure, including cases assessed both through the standard and innovation-specific assessment. Cases were further categorized based on whether innovation was merely mentioned or substantively discussed. Of the 250 challenged mergers, 84 (33.6%) included innovation concerns¹³. Roughly half of those elaborated on the nature of harm to innovation, while the others provided only brief references. The study also found a correlation between R&D intensity and the likelihood of innovation-related challenges.

Similarly, Kern, Dewenter and Kerber (2016, p. 6) studied the presence of innovation concerns in US merger enforcement between 1995 and 2008. They identified relevant cases by both searching for keywords such as “research, development, manufacture, and sale of [...]” in market definition and through an explicit discussion of competitive effects. Their analysis included both standard and innovation-specific assessments, specifically investigating the presence of the latter using the presence of innovation concerns in market definition as criterion. Among 399 challenged mergers, 135 (33,8%) involved innovation concerns. In total, 341 relevant markets were reviewed in these cases, with 323 showing innovation-related aspects. Of these: 222 markets included innovation in the market definition (approx. 68,8%); 255 included innovation in the assessment of anticompetitive effects (approx. 78,9%); 105 markets featured arguments related to innovation incentives (approx. 32,5%); 23 cited innovation diversity concerns (approx. 7,1%)¹⁴. The study also noted the use of concentration measures in these markets: HHI or market shares (50,2%), number of firms (38,4%), and non-quantitative indicators (25,1%)¹⁵.

In the European Union, innovation played a marginal role in merger assessments under the 1989 EC Merger Regulation. Although the 2004 Horizontal Merger Guidelines introduced some references to innovation, a more substantive shift occurred with the Dow/DuPont case (2017), which marked the beginning of a new analytical framework: the four-layer competitive assessment¹⁶. It investigates overlaps regarding: (i) price/product competition involving incumbent products; (ii) price/product competition considering late-stage pipeline projects (an overlap between a marketed product and a late-stage pipeline product or between late-stage pipeline products); (iii) innovation competition involving pipeline products in earlier stages (which depend on innovation incentives to finish developing); (iv) innovation competition related to capabilities to innovate in certain innovation spaces¹⁷ (European Commission,

13 The authors also discuss the differences between the two agencies in several topics. Regarding the frequency of innovation concerns, the FTC challenged 164 mergers in this period, with 54 of them alleging harm to innovation (around 32.9%). The DoJ challenged only 86 cases, with 30 alleging harm to innovation (around 34,9%) (Gilbert; Greene, 2015, p. 1933).

14 For a brief presentation of the diversity argument, see *supra* note 8.

15 The authors also discuss: (i) the differences between both US Agencies in all the issues assessed; (ii) difference of the topics assessed over time (comparing the 1995-2003 and 2004-2008 periods) and (iii) the relation of innovation concerns and R&D intensity.

16 The Commission did not use the term four-layer competitive assessment in Dow/Dupont but used it in other two cases assessed under this framework: Bayer/Monsanto (2018) and AbbVie/Allergan (2020). See Lyra and Pires-Alves (2023, p. 9-10).

17 We can understand the notion of competition over innovation spaces as competing over discovery targets, *i.e.*,

2020, p. 5-6). In Dow/DuPont, the European Commission identified overlaps not only in product markets but also in early pipeline projects and lines of research, and (ii) global R&D integrated organizations, i.e., firms with the necessary capabilities to exert competitive pressure.

Mosso (2018) discussed qualitative aspects of innovation in EU merger control and provided statistics for 2015–2017. During this period, the EC received over 1,070 merger notifications and intervened in 73 cases (approx. 6,8%). Of these, 10 (13,7%) involved innovation concerns. These cases typically fell into two categories: mergers involving pipeline products and those affecting early-stage innovation.

In conclusion, both US and European authorities have developed innovation-specific assessments. While the US approach is well documented through empirical studies, the European Commission has more recently expanded its analytical toolkit. Without attempting to replicate these studies, the next section examines Brazil's experience with innovation concerns in merger control.

4 INNOVATION CONCERNS IN BRAZILIAN MERGER CONTROL

As explored in this paper, the US, EU, and Brazilian Horizontal Merger Guidelines primarily focus on the standard analysis and incorporate innovation concerns to some extent. However, while we know that the US and EU have implemented innovation-specific assessments in certain cases, Brazil lacks empirical studies on this subject. This section aims to address that gap.

The first subsection outlines the institutional framework of Brazilian Merger Control, followed by a description of our methodology in the second subsection, while the last one presents our results and discussion.

4.1 Brazilian Merger Control Framework

Cade operates under Law 12.529/2011, which came into force in May 2012. This framework is supplemented by guidelines, including the 2016 Guide for Horizontal Merger Review, referred to as the Brazilian Horizontal Merger Guidelines (HMG).

The review process begins with Cade's General Superintendence (SG), the investigative body, which first decides whether the merger should follow a simplified or ordinary procedure. The simplified procedure applies to transactions with minimal competitive impact and results in a quicker decision by the SG¹⁸. In contrast, the ordinary procedure involves a more detailed investigation. SG can approve a merger unconditionally, recommend its prohibition, or suggest conditional approval. If a prohibition or conditions are recommended, the final decision is made by Cade's Tribunal, which consists of six commissioners and a president. Additionally, even in cases where SG approves a merger, the case may

widening the reach of the analysis of overlaps involving pipeline competition to look at competition in steps before pipeline stages, such as the discovery and development phases (Petit, 2019, p. 878-881).

18 Resolution nº 2/2012 explains that the possibility of assessing a case under the simplified procedure is dedicated to cases with minor potential to harm competition. The decision to apply this procedure is discretionary, but need to fit cases such as when: (i) a joint venture is formed to act in a market in which there is no horizontal or vertical relation to the parties; (ii) when the acquirer did not previously act in the markets affected by the merger or the ones vertically related; (iii) the merged entity would have 20% or less market share when there is a horizontal overlap; (iv) the merged entity would have 30% or less market share in any of the affected markets when there is vertical integration.; (v) mergers which result is a variation of less than 200 point in the HHI (if the resulting market share is less than 50%); and (vi) other cases not addressed by the previous criteria but considered simple enough by the SG (Cade, 2012, p. 3-5).

be brought before the Tribunal through an appeal or at the request of a commissioner¹⁹.

4.2 Methodology

The Brazilian HMG recognizes innovation in standard merger assessments, particularly regarding entry conditions, coordinated effects, efficiencies, the elimination of maverick firms, and innovation slowdowns as potential anticompetitive effects. However, it does not address innovation-specific assessments - that is, cases in which a relevant innovation market is defined, and competition occurs outside the traditional product market. Law 12.529/2011 also identifies the promotion of technical development as a condition for approving mergers, implicitly linking merger review to innovation (Brasil, 2012).

To assess how innovation concerns are addressed in Brazil, we examined Cade decisions from 2015 to 2022²⁰, searching for cases involving either innovation-specific assessments or discussions of innovation within the steps of the standard analysis. We used keywords related to innovation - such as “innovation”, “innovator”, “innovative”, “research and development”, “pipelines”, “patent”, “patented” along with its plural and gender variations²¹. We reviewed both commissioners’ decisions and opinions, as well as the SG’s advisory opinions.

Our analysis focused exclusively on cases decided by the Tribunal, which typically involve greater scrutiny and recommendations for remedies or prohibition²². This choice aligns our approach with the US and EU studies while reflecting Brazil’s institutional context. After filtering and discarding irrelevant cases²³, we identified 21 relevant merger cases involving innovation concerns. These are listed in Table 1²⁴.

19 According to the Statutes of Cade, if the SG approves a merger, within 15 days another player (or a regulatory agency if the sector is regulated) may appeal and a member of the Tribunal may bring the case under its direct review (Cade, 2021, p. 41).

20 Our analysis starts in 2015 due to the availability of data in digital format. See *supra* note 3.

21 The exact terms searched in Portuguese are: *inovação, inovações, inovador, inovadores, inovadora inovadoras, inovativo, inovativos, inovativa, inovativas, pesquisa e desenvolvimento, pipeline, pipelines, patente, patentes, patenteado, patenteados, patenteada, patenteadas*.

22 We also included the cases which went to the Tribunal due to being contested, but only the ones in which the court considered the appeal and assessed it in its merits (even the cases in which the final decision was the same as the one presented by the SG).

23 A frequent situation for discarding the case was the word innovation appearing in a generic description of which are the possible outcomes of an increase in concentration in the beginning of the analysis of the likelihood of anticompetitive effects section, without considering innovation after all.

24 Among the 20 cases, only Brink’s/Rodoban (2018) was assessed by the Tribunal due to an appeal by a rival. The other nineteen either the SG recommended blocking/approving under conditions or called to the Tribunal by a commissioner.

Table 1 - Mergers with innovation concerns decided by Cade's Administrative Tribunal (2015-2022) - Parties, Case Number, Year and Sector²⁵

Parties	Year	Case Number	Sector
Dabi Atlante/Gnatus	2015	08700.001437/2015-70	Dental Products
Tigre/Condor	2015	08700.009988/2014-09	PVC Solutions
Continental/Veyance	2015	08700.004185/2014-50	Automotive
GSK/Novartis	2015	08700.008607/2014-66	Pharmaceutical
SBT/Record/Rede TV!	2016	08700.006723/2015-21	Media and entertainment
Reckitt Benckiser/Hypermarcas	2016	08700.003462/2016-79	Sexual Welfare
Saint-Gobain/SicBRAS	2016	08700.010266/2015-70	Construction Materials
Halliburton/Baker Hughes	2016	08700.007191/2015-40	Oil and Gas
Bradesco/Banco do Brasil/Santander/Caixa Econômica/Itaú	2016	08700.002792/2016-47	Financial
Itaú/Citibank	2017	08700.001642/2017-05	Financial
Ipiranga/Alesat	2017	08700.006444/2016-49	Oil and Gas
John Deere/Monsanto	2017	08700.000723/2016-07	Agricultural Machinery
Brink's/Rodoban	2018	08700.000166/2018-88	Logistics and Security
Itaú/XP	2018	08700.004431/2017-16	Financial
Bayer/Monsanto	2018	08700.001097/2017-49	Biotechnology
International Business Machines Corporation (IBM)/Red Hat	2019	08700.001908/2019-73	Software
Disney/Fox	2019	08700.004494/2018-53	Media and entertainment
Stone/Linx	2021	08700.003969/2020-17	Financial Services
Danfoss/Eaton	2021	08700.003307/2020-39	Hydraulic components
Hypera/Takeda	2021	08700.003553/2020-91	Pharmaceutical
Rede D'Or/SulAmérica	2022	08700.003959/2022-35	Health Insurance

Source: authors elaboration (2024).

These 21 cases span various sectors, including pharmaceuticals, biotechnology (typically linked to pipeline innovation), and media/entertainment (where innovation does not follow structured pipelines). The next section analyzes these cases in detail.

4.3 Results and Discussion

We analyzed 21 merger cases in which innovation concerns were present between 2015 and 2022. These cases represent approximately 16,5% of the 127 total Tribunal cases in the period. It is important to note that our definition of innovation concerns is broader than in previous US studies, as it includes both innovation-specific assessments and innovation considerations within the standard analysis. Therefore, results are not directly comparable.

Only one case involved an innovation-specific assessment: Bayer/Monsanto (2018)²⁶. In this case, Cade defined the relevant market based on innovation dynamics²⁷. The SG's report addressed innovation concerns in several dimensions, including: concentration metrics; entry conditions (specifically the time required to enter the market through R&D); innovation-based rivalry and the

²⁵ All Cade's public proceedings mentioned in this article can be found at: <https://x.gd/ONDMz>.

²⁶ Case 08700.001097/2017-49.

²⁷ The definition of many of the markets assessed in this case had words such as the "development of", "improvement of" and "licensing of".

competitive relevance of R&D investments; unilateral innovation effects.

The SG identified four potential innovation-related harms involving soy and cotton seeds: (i) the discontinuation, interruption, or redirection of ongoing innovation projects; (ii) a long-term reduction in the firms' incentives to initiate new innovation efforts; (iii) possible decline in R&D incentives for other firms in the market; (iv) an increase in entry barriers for competitors due to the merged firm's dominant position, resulting in less incentives to enter the market²⁸.

These effects correspond to the two channels of harm outlined by Kokkoris and Valletti (2020): reduced incentives to continue innovation efforts and diminished incentives for future innovation efforts. Countervailing efficiencies were also discussed in this case. The European Commission assessed Bayer/Monsanto using the four-layer competitive assessment framework, suggesting alignment in the concerns addressed.

The remaining 20 cases were reviewed under the standard analysis but still raised innovation concerns. Six of them addressed unilateral innovation effects, mostly related to the potential reduction in incentives to innovate post-merger. In SBT/Record/Rede TV! (2016)²⁹, a joint venture involving three TV broadcasters was created to license channels to cable companies. One commissioner raised concerns about reduced incentives for new content creation; another countered that such efforts would naturally occur due to competition with Globo, the market leader. In Disney/Fox (2019)³⁰, movie theater chains claimed that the acquisition might reduce innovation in film production. The SG investigated these effects. In Itaú/XP (2018)³¹, a traditional Brazilian bank acquired a minority stake in XP, an innovative, disruptive financial platform. XP's role as a maverick reduced the relevance of HHI in the analysis. One commissioner raised concerns about removing an innovative maverick. The SG noted Brazil's lack of tools to properly assess innovation in mergers and referenced ongoing developments in other jurisdictions. In John Deere/Monsanto (2017)³², the SG cited the DOJ's complaint and third-party concerns to examine innovation-based rivalry. The merger was seen by Cade as potentially reducing innovation. In Halliburton/Baker Hughes (2016)³³, the SG recognized the existence of innovation competition and the risk that the merger would reduce innovation efforts³⁴. In Rede D'Or/SulAmérica (2022)³⁵, a competitor argued that the merger would reduce innovation. The Tribunal ultimately rejected this claim³⁶.

Countervailing efficiencies, positive innovation effects, were discussed in five cases: Stone/Linx (2021)³⁷, John Deere/Monsanto (2017), Reckitt Benckiser/Hypermarcas (2016)³⁸, Tigre/Condor

28 Annex to the Report No. 9/2017 in Merger Case nº 08700.001097/2017-49 (Bayer/Monsanto), p. 99-144.

29 Case 08700.006723/2015-21.

30 Case 08700.004494/2018-53.

31 Case 08700.004431/2017-16.

32 Case 08700.000723/2016-07

33 Case 08700.007191/2015-40.

34 Technical Note No. 41/2015 in Merger Case nº 08700.007191/2015-40 (Halliburton/Baker Hughes).

35 Case 08700.003959/2022-35.

36 Opinion of Commissioner Victor Fernandes in Case nº 08700.003959/2022-35 (Rede D'Or/SulAmérica).

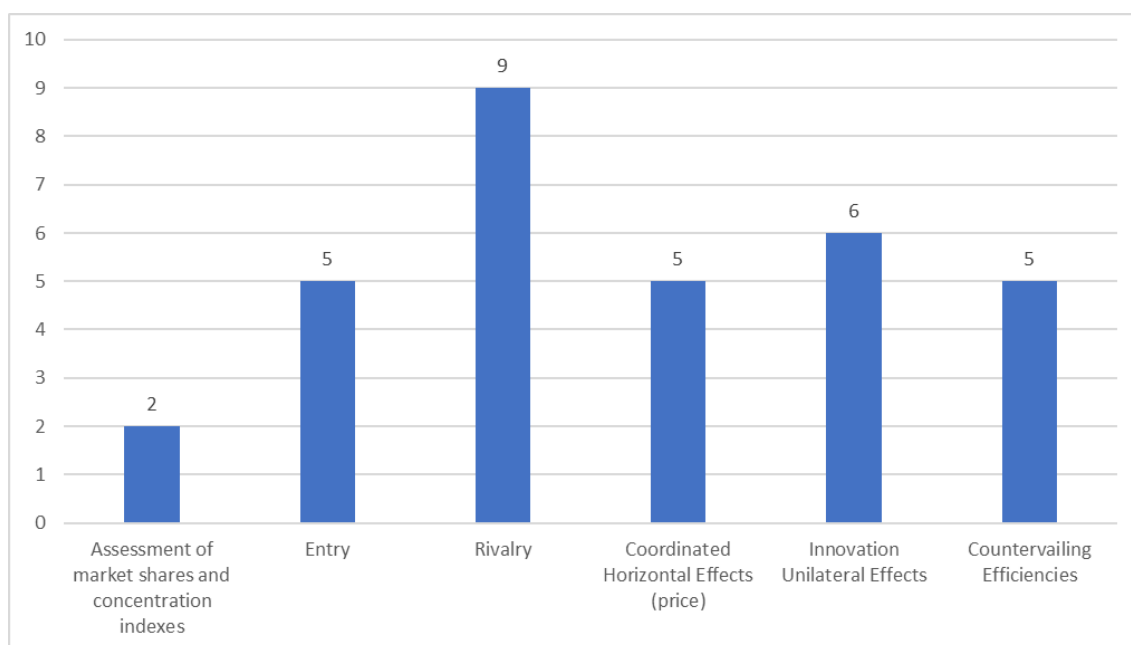
37 Case 08700.003969/2020-17.

38 Case 08700.003462/2016-79.

(2015)³⁹, Bradesco/Banco do Brasil/Santander/Caixa Econômica/Itaú (2016)⁴⁰.

We can now proceed to discuss the 20 cases assessed solely under the standard analysis to identify in which steps innovation played a role. These are summarized in Graphic 1.

Graphic 1- Standard analysis steps where innovation concerns were raised in merger cases decided by Cade's Administrative Tribunal (2015–2022)



Source: authors elaboration (2024).

First, in two cases, innovation influenced the interpretation of concentration and market shares. For instance, in John Deere/Monsanto, innovation was claimed to be the reason behind John Deere's leadership, while in Itaú/XP, XP's maverick status weakened the relevance of HHI. Second, in five cases innovation affected entry analysis. Patents (five cases), R&D spending (two), and time to market (one) were noted. Third, in nine cases, innovation influenced rivalry analysis. In three of them there was a debate on whether a firm could be considered a maverick, while in others, rivalry was innovation-based, or it could stimulate innovation in the market. Fourth, in five cases, the effect of firms' innovation efforts on coordinated effects (in price) likelihood was discussed. In five cases unilateral innovation effects were discussed. Finally, in five cases countervailing efficiencies were discussed⁴¹.

Table 2 maps all 21 cases - including Bayer/Monsanto, that was assessed under an innovation-specific assessment - to the respective steps of the merger analysis where innovation was considered.

39 Case 08700.009988/2014-09.

40 Case 08700.002792/2016-47.

41 Another comment is that in four cases (including Bayer/Monsanto) there is innovation-related non-horizontal effects discussion regarding market foreclosure, which is not the object of this paper.

Table 2 – All Innovation concerns identified in mergers decided by Cade’s Administrative Tribunal (2015-2021)

	Innovation market definition	Assessment of market shares and concentration indexes	Entry	Rivalry	Coordinated Horizontal Effects (price)	Innovation Unilateral Effects	Countervailing Efficiencies
GSK/Novartis (2015)							
Dabi Atlante/Gnatus (2015)							
Tigre/Condor (2015)							
Continental/Veyance (2015)							
SBT/ Record/RedeTV! (2016)							
Halliburton/Baker Hughes (2016)							
Bradesco/Banco do Brasil/Santander/Caixa Econômica/Itaú Unibanco (2016)							
Reckitt Benckiser/Hypermarcas (2016)							
Saint-Gobain/SICBRAS (2016)							
Ipiranga/Alesat (2017)							
John Deere/Monsanto (2017)							
Itaú/Citibank (2017)							
Brink’s/Rodoban (2018)							
Bayer/Monsanto (2018)							
Itaú/XP (2018)							
Disney/Fox (2019)							
IBM/Red Hat (2019)							
Stone/Linx (2021)							
Danfoss/Eaton (2021)							
Hypera/Takeda (2021)							
Rede D’Or/SulAmérica (2022)							

Source: authors elaboration (2024).

Overall, our findings suggest that Brazilian merger control has a limited track record in addressing innovation concerns. Although Bayer/Monsanto illustrates an exception when applying an innovation-specific assessment, some cases involved only brief or indirect references to innovation. That said, the presence of innovation discussions in multiple steps of the analysis reflects a growing awareness of its importance.

5 CONCLUDING REMARKS

Assessing innovation concerns in horizontal mergers remains a significant challenge for antitrust authorities. While the standard merger analysis framework captures some innovation effects, it often falls short in fully addressing innovation-related harms. The Horizontal Merger Guidelines of the US, European Commission, and Brazil acknowledge innovation to some extent when applying their standard analyses in some steps. However, empirical practice tells a more nuanced story.

The US and EU have advanced beyond the standard analysis in select cases. The US has considered innovation markets since the 1990s and has generated substantial empirical evidence on its case law. The European Commission, in turn, has developed an innovation-specific assessment framework, exemplified by the four-layer competitive assessment introduced in Dow/DuPont (2017).

In Brazil, our research reveals four key findings. First, Cade primarily relies on standard analysis, like its US and EU counterparts, with innovation concerns occasionally considered within certain steps. Second, its experience with innovation-specific assessments is limited: only one case (Bayer/Monsanto, 2018) featured an innovation-specific approach with detailed analysis of innovation dynamics. Fourth, there is a clear need for a locally adapted analytical approach to address innovation, particularly given that many assessments rely heavily on foreign case law or comparative references. For instance, Itaú/XP (2018), a purely domestic case, highlighted the lack of analytical tools available to Cade in evaluating innovation concerns. Fourth, there has been no clear evolution in Cade’s approach between 2015 and 2022. Apart from the Bayer/Monsanto case, innovation discussions have remained superficial.

Some of this cautiousness may stem from the fact that many merging firms conduct their R&D activities outside Brazil. Nonetheless, as Itaú/XP demonstrates, innovation competition is not limited to global tech or pharmaceutical companies—it can be central to domestic markets as well.

The Bayer/Monsanto case provided a valuable precedent and internal learning opportunity for Cade. It may serve as a reference point for developing a more systematic approach to innovation in Merger Control. Considering the advances seen in other jurisdictions, particularly the EU, it is important that Cade further engages with this agenda and begins shaping its own tools and practices.

Future research could aim to develop an innovation-specific framework suited to the Brazilian context, including potential updates to the Horizontal Merger Guidelines. Additionally, empirical work focusing on how mergers in innovation-intensive sectors are assessed by Cade could deepen our understanding of the challenges and opportunities in evaluating innovation competition in Brazil.

REFERENCES

ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE (Cade). **Guide for Horizontal Merger Review**. Brasília, DF: Administrative Council for Economic Defense, 2016. Available at: <https://x.gd/rmCeIY>. Accessed on: Nov. 13 2024.

ADMINISTRATIVE COUNCIL FOR ECONOMIC DEFENSE (Cade). **Statutes of Cade**. Brasília, DF: Administrative Council for Economic Defense, 2021. Available at: <https://x.gd/AlDhw>. Accessed on: Nov. 13 2024.

BENA, Jan; LI, Kai. Corporate Innovations and Mergers and Acquisitions. **The Journal of Finance**, v. 69, n. 5, p. 1923-1960, 2014. Available at: <https://www.jstor.org/stable/43612948>. Accessed on: Apr. 5 2025.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Available at: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Accessed on: Apr. 5 2025.

CHADHA, Manav. Innovation Competition in EU Merger Control and Its Evolution in DOW/DuPont. **SSRN**, 2019. Available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3417572. Accessed on: Apr. 3 2025.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Resolução nº 2, de 29 de maio de 2012**. Disciplina a notificação dos atos de que trata o artigo 88 da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, prevê procedimento sumário de análise de atos de concentração e dá outras providências. Brasília, DF, Cade, 2012. Available at: <https://x.gd/uvKn6>. Accessed on: Apr. 5 2025.

DENICOLÒ, Vincenzo; POLO, Michele. The innovation theory of harm: An Appraisal. **Università Bocconi**, i. 103, 2018. Available at: <https://x.gd/DQhYx>. Accessed on: Apr. 3 2025.

DEPARTMENT OF JUSTICE (DOJ); FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). **Horizontal Merger Guideines**. Washington, D. C.: DOJ, 2010. Disponível em: <https://x.gd/o54r7>. Accessed on: May 2 2025.

EUROPEAN COMMISSION. Case M.9461 - ABBVIE / ALLERGAN. Brussels: European Commission, 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m9461_1187_3.pdf. Accessed on: Dec. 20 2024.

EUROPEAN COMMISSION. **Guidelines on the assessment of horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings**. Brussels: European Union, 2004. Available at: <https://x.gd/E71cm>. Accessed on: Dec. 12 2024.

FARRELL, Joseph. Complexity, Diversity, and Antitrust. **The Antitrust Bulletin**, v. 51, i. 1, p. 165-173, 2006. DOI: <https://doi.org/10.1177/0003603X0605100107>. Available at: <https://x.gd/BsVZ6>. Accessed on: Apr. 5 2025.

FEDERICO, Giulio; MORTON, Fiona Scott.; SHAPIRO, Carl. Antitrust and Innovation: Welcoming and Protecting Disruption. **Innovation Policy and the Economy**, v. 20, p. 125-190, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1086/705642>. Available at: <https://x.gd/xG7on>. Accessed on: Apr. 5 2025.

GILBERT, Richard J.; GREENE, Hillary. Merging Innovation into Antitrust Agency Enforcement of the Clayton Act. **George Washington Law Review**, v. 83, i. 6, p. 1919-1947, 2015. Available at: <https://x.gd/o2MfC>. Accessed on: Apr. 15 2025.

GILBERT, Richard J.; SUNSHINE, Steven C. Incorporating dynamic efficiency concerns in merger analysis: the use of innovation markets. **Antitrust Law Journal**, v. 63, n. 2, p. 569-601, 1995. Available at: <https://x.gd/Sufmk>. Accessed on: Apr. 15 2025.

GILBERT, Richard J.; TOM, Willard K. Is Innovation King at the Antitrust Agencies? The Intellectual Property Guidelines Five Years Later. **UC Berkeley, Center for Competition Policy**, Working Paper No. CPC01-20, 2001. Available at: <https://x.gd/mtuLI>. Accessed on: Apr. 15 2025.

GLADER, Marcus. **Innovation markets and competition analysis: EU Competition Law and US Antitrust Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2006.

JORDE, Thomas M.; TEECE, David J. Innovation and cooperation: implications for competition and antitrust. **Journal of Economic Perspectives**, v. 4, n. 3, p. 75-96, 1990. Available at: <https://x.gd/szk1R>. Accessed on: Apr. 15 2025.

JUNG, Nelson; SINCLAIR, Elizabeth. Innovation theories of harm in merger control: plugging a perceived enforcement gap in anticipation of more far-reaching reforms? **European Competition Law Review**, v. 40, i. 6, p. 266-275, 2019. Available at: <https://x.gd/jYRIH>. Accessed on: Apr. 15 2025.

KERN, Benjmin R.; DEWENTER, Ralf; KERBER, Wolfgang. Empirical analysis of the assessment of innovation effects in U.S. Merger cases. **Journal of Industry, Competition and Trade**, v. 16, n. 3, p. 373-402, 2016. Available at: <https://x.gd/7H8gq>. Accessed on: Apr. 15 2025.

KOKKORIS, Ioannis. Innovation considerations in merger control and unilateral conduct enforcement. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 8, n. 1, p. 56-85, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnz021>. Available at: <https://x.gd/8fjDV>. Accessed on: Mar 12 2025.

KOKKORIS, Ioannis; VALLETTI, Tommaso M. Innovation Considerations in Horizontal Merger Control. **Journal of Antitrust Enforcement**, v. 16, n. 2, p. 220-261, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhaa008>. Available at: <https://x.gd/oWkep>. Accessed on: Mar 12 2025.

LYRA, Marcos Puccioni de Oliveira; PIRES-ALVES, Camila Cabral. Innovation Competition and Innovation Effects in Horizontal Mergers: Theory and Practice in the United States and European Commission. **The Antitrust Bulletin**, v. 68, i. 3, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1177/0003603X231182500>. Available at: <https://x.gd/zrsfr>. Accessed on: Mar 12 2025.



MOSSO, Carles Esteva. **Innovation in EU Merger Control**: Remarks prepared for the 66th ABA Section of Antitrust Law Spring Meeting, Washington. [S. l.]: European Commission, 2018. Available at: <https://x.gd/IKPKS>. Accessed on: Mar 12 2025.

PADILLA, Jorge. Revisiting the Horizontal Mergers and Innovation Policy Debate. **Journal of European Competition Law & Practice**, v. 10, i. 7, p. 463-471, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1093/jeclap/lpz047>. Available at: <https://x.gd/cyefu>. Accessed on: Mar 12 2025.

PETIT, Nicolas. **Significant Impediment to Industry Innovation**: A Novel Theory of Harm in EU Merger Control? Portland: ICLE Antitrust & Consumer Protection Research Program, 2017. Available at: <https://x.gd/tPgG7>. Accessed on: Mar 12 2025.

PETIT, Nicolas. Innovation competition and merger policy: New? Not sure. Robust? Not quite! **Concurrences**, v. 2-2018, 2018. Available at: <https://x.gd/GZnqx>. Accessed on: Mar 12 2025.

PETIT, Nicolas. Innovation Competition, Unilateral Effects and Merger Policy. **Antitrust Law Journal**, v. 82, i. 3, p. 873-919, 2019. Available at: <https://www.jstor.org/stable/27006778>. Accessed on: Mar 12 2025.

SCHUMPETER, Joseph. **Capitalism, Socialism and Democracy**. New York: Harper Perennial Modern Thought, 1942.

SUIJKERBUIJK, M. **Innovation Competition in EU Merger Control**. Tilburg: Tilburg Law School, 2019.

SIDAK, Gregory J.; TEECE, David J. Dynamic competition in antitrust law. **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, p. 581-631, 2009. Available at: <https://x.gd/2FcYx>. Accessed on: Mar 12 2025.

A COMPLEXA RELAÇÃO ENTRE REGULAÇÃO SETORIAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA: UM ESTUDO DA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIDADE E CONFLITOS REGULATÓRIOS ENTRE CADE, BACEN E ANATEL NO SISTEMA ECONÔMICO BRASILEIRO.¹

The complex relationship between sectoral regulation and competition defense: A study of the relationship of complementarity and regulatory conflicts between Cade, Bacen and Anatel in the Brazilian Economic System.

Aderaldo Cavalcanti da Silva Júnior²

Universidade de Marília (UNIMAR) – Marília/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: no Brasil, o conflito entre a jurisdição concorrencial e regulatória ocorre devido à sobreposição de competências entre órgãos como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e agências reguladoras setoriais, como Anatel e Bacen. Enquanto o Cade é responsável pela promoção da concorrência e prevenção de práticas anticompetitivas, as agências reguladoras têm o papel de regulamentar e supervisionar setores específicos da economia. Essa dualidade pode gerar

Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 15/07/2024 **Aceito em:** 10/06/2025 **Publicado em:** 25/06/2025

2 Doutor e Pós doutorando em Direito pela Universidade de Marília. Mestre em Direito e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de João Pessoa. Especialista em Direito Tributário, Direito Público, Direito Constitucional e Direito Concorrencial. Procurador do Município de João Pessoa. Atuou na Procuradoria Judicial em demandas estratégicas com atuações no Supremo Tribunal Federal e Tribunal Superior do Trabalho. Atualmente é lotado na Procuradoria Fiscal atuando no contencioso Tributário. Advogado. Autor de artigos jurídicos. Bacharel em Letras.

E-mail: aderaldocsj@gmail.com **Lattes:** <https://lattes.cnpq.br/5555755116686159> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-8032-0674>



conflitos de competência e decisões contraditórias, afetando a eficácia das políticas públicas e a segurança jurídica no mercado.

Objetivo: o objetivo deste artigo é analisar a coordenação e sobreposição de competências entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - Cade e reguladores setoriais como o Banco Central do Brasil (Bacen) bem como a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), investigando como se dá essa interação e as implicações para os setores regulados. Busca-se identificar as principais áreas de sobreposição jurisdicional, avaliar os impactos dessas divergências na regulação e concorrência, e propor soluções para uma melhor coordenação interinstitucional, visando aprimorar a eficiência regulatória e a segurança jurídica no mercado.

Método: a metodologia deste artigo adota um enfoque qualitativo, fundamentado em fontes bibliográficas, análise de decisões judiciais e administrativas, e da legislação pertinente à regulação. O estudo examina a interseção das competências regulatórias da Anatel, Bacen e do Cade, utilizando como marco teórico as contribuições de Calixto Salomão sobre a teoria da regulação e concorrência.

Conclusões: a coexistência de jurisdição concorrencial e regulatória no Brasil evidencia a necessidade de maior coordenação e clareza nas atribuições dos órgãos envolvidos, além do fortalecimento dos acordos de cooperação já existentes. A falta de harmonização entre Cade e as agências reguladoras pode resultar em decisões conflitantes, comprometendo a eficiência regulatória e a competitividade dos mercados. Para superar esses desafios, é crucial promover a integração e cooperação interinstitucional, visando garantir uma abordagem mais coesa e eficiente na regulação econômica e na defesa da concorrência.

Palavras-chave: conflito de competência; jurisdição concorrencial; jurisdição setorial; Cade; Anatel.

STRUCTURED SUMMARY

Context: In Brazil, the conflict between competition and regulatory jurisdiction occurs due to the overlapping of competences between bodies such as the Administrative Council for Economic Defense (Cade) and sectoral regulatory agencies, such as Anatel and Bacen. While Cade is responsible for promoting competition and preventing anticompetitive practices, regulatory agencies have the role of regulating and supervising specific sectors of the economy. This duality can generate conflicts of jurisdiction and contradictory decisions, affecting the effectiveness of public policies and legal certainty in the market.

Objective: The objective of this article is to analyze the coordination and overlapping of competencies between the Administrative Council for Economic Defense (Cade) and sectoral regulators such as the Central Bank of Brazil (Bacen) as well as the National Telecommunications Agency (Anatel), investigating how this interaction occurs and the implications for the regulated sectors. It seeks to identify the main areas of jurisdictional overlap, assess the impacts of these divergences on regulation and competition, and propose solutions for better interinstitutional coordination, aiming to improve regulatory efficiency and legal certainty in the market.

Method: The methodology of this article adopts a qualitative approach, based on bibliographic sources, analysis of judicial and administrative decisions, and legislation relevant to regulation. The study examines the intersection of the regulatory competencies of Anatel, Bacen and Cade, using as a

theoretical framework the contributions of Calixto Salomão on the theory of regulation and competition.

Conclusions: The coexistence of competition and regulatory jurisdiction in Brazil highlights the need for greater coordination and clarity in the attributions of the agencies involved, in addition to the strengthening of existing cooperation agreements. The lack of harmonization between Cade and regulatory agencies can result in conflicting decisions, compromising regulatory efficiency and market competitiveness. To overcome these challenges, it is crucial to promote inter-institutional integration and cooperation, aiming to ensure a more cohesive and efficient approach to economic regulation and competition defense.

Keywords: conflict of jurisdiction; competition jurisdiction; sectoral jurisdiction; Cade; Anatel.

Classificação JEL: K2, L5

Sumário: 1. *Introdução*; 2. *Regulação e antitruste – a interrelação e o conflito de competências*; 2.1. *Teoria da ação política (state action doctrine)*; 2.2. *Teoria do poder amplo (persuasive power doctrine)*; 3. *Regulação setorial e defesa da concorrência – Formas de interação*; 4. *Da relação de complementariedade entre as competências do Cade e Anatel*; 5. *O conflito de competências Cade e Anatel – O caso Embratel x Telesp*; 6. *O acordo de Cooperação Técnica 03/2020 entre Cade e Anatel*; 7. *O conflito de competência entre o Cade e Bacen – Caso Bradesco e Banco de Crédito Nacional*; 8. *Da relação de complementariedade entre Cade e Bacen – O caso Itaú Unibanco e a XP investimentos*; 9. *O memorando de entendimentos entre o Cade e o Bacen*; 10. *Considerações finais; Referências*

1 INTRODUÇÃO

Este estudo, ao abordar o conflito de competências e a relação de complementariedade entre o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), o Banco Central do Brasil (Bacen) e a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), investigará a interação entre a regulação setorial e a defesa da concorrência no Brasil. A pesquisa adota uma abordagem qualitativa, baseando-se em fontes bibliográficas, decisões administrativas e judiciais, além da legislação pertinente. O método utilizado permitirá a análise aprofundada das sobreposições de competências entre esses órgãos, com foco nos acordos e memorandos de cooperação firmados entre eles, como o Memorando de Entendimentos de 2018 entre o Bacen e o Cade e o Acordo de Cooperação Técnica (ACT) de 2020 entre a Anatel e o Cade.

Na primeira parte, é abordada a relação entre regulação setorial e a defesa da concorrência, com destaque para a teoria da ação política (*State Action Doctrine*) e a teoria do poder amplo (*Pervasive Power Doctrine*), que ajudam a compreender como as competências podem ser alocadas entre as agências reguladoras e os órgãos de defesa da concorrência.



A segunda parte trata das formas de interação entre a regulação setorial e a defesa da concorrência, destacando o desafio de coordenação entre autonomia e hierarquia das agências reguladoras. Discute-se também como as delegações de competência podem afetar a capacidade de controle das agências envolvidas.

A terceira parte foca na complementaridade entre as competências do Cade e da Anatel, utilizando o caso Embratel x Telesp como exemplo prático de conflitos de competência. Também se explora o ACT nº 3/2020 como um marco para reduzir esses conflitos e promover a cooperação entre os órgãos.

Na quarta parte, o conflito de competência entre Cade e Bacen é examinado através do caso Bradesco e Banco de Crédito Nacional, bem como do caso Itaú Unibanco e XP Investimentos. São discutidas as implicações dessas interações para o mercado financeiro e como o Memorando de Entendimentos de 2018 entre o Cade e o Bacen busca mitigar esses conflitos.

Por fim, a quinta parte apresenta as considerações finais, propondo uma maior clareza normativa e o fortalecimento dos acordos de cooperação como soluções para os desafios enfrentados na coordenação entre os órgãos reguladores e o Cade.

2 REGULAÇÃO E ANTITRUSTE - A INTERRELAÇÃO E O CONFLITO DE COMPETÊNCIAS

O presente ponto tem por objetivo relacionar a atividade regulatória do Estado e a sua atuação no combate aos ilícitos anticoncorrenciais, ou seja, o antitruste. Verificando até que ponto o primeiro pode substituir o segundo ou se o segundo pode substituir o primeiro.

A Constituição Federal (CF) deixa claro que o Estado pode atuar de três formas possíveis no âmbito econômico. Dos art. 173 e 174 da CF depreende-se que o Estado pode atuar como agente direto da atividade econômica, agente fiscalizador do exercício desta atividade pelos particulares e, finalmente, como agente normativo (Brasil, 1988).

Neste tópico, o que mais interessa é a atuação do Estado como agente fiscalizador e normativo. Segundo Calixto Salomão:

Essa relação entre poder regulamentar e direito antitruste tem sido recorrentemente discutida na casuística norte-americana. Duas tendências jurisprudenciais paralelas destacam-se, cada qual ligada a importantes eventos da história política daquele país. Seu estudo é importante antes por consideração pragmática que por convicção política (Salomão Filho, 2021, p. 237).

Sobre essa questão, surgirem duas teorias que passaremos a expor nos tópicos seguintes.

2.1. Teoria da ação política (*state action doctrine*)

A primeira teoria surge da influência direta do próprio federalismo americano, que, ao atribuir relevante nível de autonomia aos Estados membros, frequentemente coloca em choque a autonomia estadual com a regulamentação antitruste de competência federal. Isto quer dizer que, como não há

uma competência para fins de regulação econômica privativa da União, os Estados podem legislar em termos de regulação econômica. É a partir daí que podem surgir conflitos entre a competência regulatória dos Estados americanos e a competência antitruste de competência da União Federal (Salomão Filho, 2021, p. 237).

A Teoria da Ação Política (*State action doctrine*) tem como maior formulação o caso *California Retail Liquor Dealers Association vs Midcal Aluminium Inc. (Midcal)*, em que se estabeleceram dois critérios básicos para determinar se a regulamentação estadual conferia, ou não, imunidade à aplicação do direito antitruste.

Conforme a teoria da ação política, criada a fim de resolver o conflito de competência entre agências estaduais e federais, para que a competência concorrencial federal seja afastada, é necessário que (I) o Estado claramente articule e afirmativamente expresse seu desejo de substituir o processo competitivo por alguma forma de regulação e que (II) a conduta seja supervisionada de forma ativa por agência competente, ou seja, que além de instituir uma regulação, que haja fiscalização desta (Vilanova; Tafaro, 2020).

Trazendo para o caso brasileiro, pode-se observar que no sistema nacional o afastamento das normas de direito antitruste, ou seja, uma isenção à aplicação deste direito ocorreria quando um Estado membro brasileiro permitisse a alguém a exploração de um serviço público mediante Concessão Pública.

Para Calixto Salomão, apenas a concessão permite, de um lado, pressupor a existência de interesse em substituição do sistema concorrencial (exatamente por se aplicar ao exercício de serviços públicos pelo particular que não se sujeita ao regime concorrencial) e, de outro, confiar na existência de poderes suficientes por parte da Administração de supervisionar ativamente o cumprimento das obrigações previstas no texto regulamentar (Salomão Filho, 2021, p. 239).

Nesse sentido, assim fez o Superior Tribunal de Justiça (STJ) quando do julgamento do REsp 1.390.875/RS, de relatoria do Min. Napoleão Nunes, que deu provimento ao especial por entender pela inexistência de cartel em razão da aplicação da *state action doctrine*:

1. O mercado de GLP - gás liquefeito de petróleo - tinha seu preço tabelado pelos órgãos reguladores competentes no período em que se alega a formação de cartel por parte das distribuidoras, o que afasta a possibilidade de punição delas.

[...]

3. No caso, não há dúvidas de que se está diante de um mercado regulado, o de distribuição de GLP, que seria imune, portanto, ao controle do órgão antitruste, pois facilmente se verifica que: (i) o CNP aprovou a implantação de mercado de empresas que tinha como objetivo organizar a distribuição do GLP, facilitar a sua fiscalização, evitar a proliferação de revendedores clandestinos e propiciar melhores condições de segurança ao consumidor; e (ii) o Sistema Integrado de Abastecimento era elaborado pelo próprio órgão regulador, sendo mensalmente auditado pelo DNC (Departamento Nacional de Combustíveis). Assim, está claro que a regulação servia a uma política pública, era imposta às empresas reguladas e supervisionadas pelo órgão competente.

4. Nos casos em que é o próprio Estado que excepciona a livre concorrência - como ocorre no caso dos autos, no qual foi imposto um tabelamento de preços às empresas - exsurge a importância de a autoridade antitruste exercer a chamada advocacia da concorrência (competition advocacy) ou educativa (Brasil, 2015, p. 7).

Por outro lado, há apenas um caso de imunidade ao direito concorrencial. Isto porque o §1º do art. 174 da CF prevê que “a lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento” (Brasil, 1988). Como o regime de planejamento implica em intervenção direta do Estado de modo a impor metas aos órgãos governamentais e empresas estatais ou de economia mista, o comportamento do setor público é, portanto, imune ao direito concorrencial.

Segundo Salomão:

Há imunidade em um único caso. Trata-se da hipótese de planejamento econômico impositivo, prevista no art. 174 da CF. Esse dispositivo, como já discutido, é incompatível com o conceito de regulação, por uma razão muito simples: o planejamento ordena meios e fins da atividade econômica (Salomão Filho, 2021, p. 242).

Salvo essa hipótese específica, inexistente imunidade concorrencial. A Lei nº 12.529/2011, em seu art. 31, expressamente submete ao regime antitruste todas as pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, mesmo que exerçam atividade sob o regime de monopólio legal (Brasil, 2011).

Portanto, segundo Calixto Salomão (2021), a imunidade concorrencial só ocorre no caso previsto no art. 174 da CF, em que ao Estado competirá regular tarifas, qualidade do serviço e a própria entrada e saída de agentes do mercado, além de, via de regra, atribuir essa função (e também a de fiscalização) a um só agente econômico, criando-se, assim, um monopólio em determinada atividade econômica (objeto, a princípio, combatido pelo direito antitruste).

Por fim, é importante distinguir entre a isenção da jurisdição concorrencial e a imunidade antitruste. A isenção da jurisdição concorrencial refere-se a situações específicas e, muitas vezes, temporárias, sendo tratada de forma mais flexível do ponto de vista legislativo, uma vez que se baseia em normas infraconstitucionais. Já a imunidade antitruste, por outro lado, é uma condição permanente e mais rígida, tendo base diretamente na CF.

2.2 Teoria do poder amplo (persuasive power doctrine)

A segunda teoria, também chamada de *persuasive power*, trata da relação entre órgãos de regulação e órgãos de aplicação do direito antitruste, tem origem quando do conflito entre agências regulatórias e anti-concorrenciais americanas. Trata-se de verificar em que hipóteses a atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a aplicação do direito antitruste (Salomão Filho, 2021, p. 239).

Segundo Roberto Domingos Taufick

A doutrina pervasive power restringe o afastamento da norma concorrencial a apenas dois casos. Na primeira hipótese, o poder regulatório substituiria a concorrência (poder extenso). No segundo, o poder atribuído à agência reguladora incluiria (mas

não afasta) a análise concorrencial (poder profundo). Segundo o autor, a ausência do requisito da supervisão ativa na doutrina pervasive power, apontada no parágrafo anterior, demonstraria a maior confiança da Suprema Corte na atuação das agências reguladoras federais. Contudo, considerando que a presunção quanto à supervisão ativa pelas agências federais é relativa (iuris tantum), as análises de substituição da concorrência pela regulação, segundo as teorias state action e pervasive power, terminam, em última instância, por se equivaler (Taufick, 2009, p. 79).

Calixto Salomão explica que:

A segunda tendência manifesta-se na análise das competências regulamentares das agências governamentais americanas. Não se trata, portanto, de discutir a competência de Estados Federados para excluir a aplicação do direito antitruste. Trata-se, isto sim, - de verificar em que hipóteses a atribuição de competência a uma agência federal dotada de poderes regulamentares afasta a aplicação do direito antitruste (Salomão Filho, 2021, p. 239).

Segundo o autor, dois são os casos em que é possível afastar a competência das agências governamentais encarregadas da aplicação do direito antitruste. Em ambos, o poder conferido à agência governamental deve ser amplo o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão (Salomão Filho, 2021, p. 240).

As hipóteses são (I) o poder de um dos órgãos é extenso e profundo o suficiente que há uma clara substituição do órgão de aplicação antitruste pela competência regulatória e, ainda, (II) que o poder conferido à agência seja amplo o suficiente para afastar a competência de qualquer outro órgão ou denso o suficiente de modo que a própria agência disponha da competência concorrencial. Ou seja, malgrado o órgão regulador não possua extensão suficiente de poderes para afastar a atuação do órgão anticoncorrencial, o seu poder é profundo o suficiente para fazê-lo (Vilanova; Tafaro, 2020).

Sobre a profundidade de poderes do órgão regulador exigida pela teoria do Poder Amplo, Salomão aduz que:

A análise da profundidade dos poderes estatais põe em realce um aspecto muito importante. A profundidade, ao contrário da extensão, não pode ser determinada de maneira eficaz sem a verificação da atuação efetiva da referida agência ou órgão. As competências são geralmente estabelecidas em termos genéricos, sem especificar as matérias que devem ser levadas em consideração na aplicação da lei. Dessa maneira, para saber se os efeitos sobre o mercado são realmente considerados é necessário analisar a atuação pretérita do órgão. Ao critério formalístico da competência adiciona-se, portanto, o critério da efetividade da atuação (Salomão Filho, 2021, p. 249).

Nessa hipótese, em virtude da profunda capacidade técnica que o órgão regulador possui, já está inclusa também a competência de aplicação ao direito antitruste ao próprio órgão regulador e não ao órgão anticoncorrencial.

3 REGULAÇÃO SETORIAL E DEFESA DA CONCORRÊNCIA - FORMAS DE INTERAÇÃO

A promoção de um mercado justo e competitivo é fundamental para o desenvolvimento econômico e social de qualquer país. Nesse contexto, os órgãos de defesa da concorrência, também conhecidos como órgãos antitruste, e os órgãos de regulação setorial desempenham papéis cruciais. Enquanto os primeiros se concentram na prevenção e combate a práticas anticoncorrenciais, os últimos focam na regulação e supervisão de setores específicos da economia, garantindo a prestação de serviços essenciais de forma eficiente e justa (Kato, 2011, p. 67).

Os órgãos de defesa da concorrência, como o Cade no Brasil, têm a missão de garantir a livre concorrência no mercado. Eles atuam preventivamente, analisando fusões e aquisições para evitar a formação de monopólios e oligopólios que possam prejudicar os consumidores e a economia. Além disso, investigam e punem práticas anticoncorrenciais, como cartéis e abuso de posição dominante, assegurando que as empresas concorram de maneira justa e beneficiem os consumidores com melhores preços, qualidade e inovação (Brasil, 2011).

Por outro lado, os órgãos de regulação setorial, como a Anatel e o Bacen, são responsáveis por regular e supervisionar setores específicos da economia que, devido à sua natureza, requerem um controle mais direto e detalhado. Esses setores geralmente envolvem serviços públicos essenciais, como energia, telecomunicações e transportes. A regulação setorial visa garantir a prestação de serviços de qualidade, a preços justos, e promover a universalização do acesso a esses serviços, além de incentivar a eficiência e a inovação.

A interação entre os órgãos antitruste e os órgãos de regulação setorial é fundamental para assegurar que os mercados funcionem de maneira equilibrada. Enquanto os reguladores setoriais garantem que as empresas atuem conforme as normas específicas de cada setor, os órgãos de defesa da concorrência garantem que essas empresas não adotem práticas que distorçam a competição. Essa interação pode ser desafiadora, pois requer uma coordenação efetiva para evitar sobreposições de competências e conflitos de jurisdição.

Um exemplo prático dessa interação é observado no setor de energia. A Aneel regula as atividades das empresas de energia, estabelecendo tarifas, normas de qualidade e metas de universalização. Simultaneamente, o Cade atua para prevenir práticas anticoncorrenciais que possam surgir nesse mercado, como a formação de cartéis em licitações de energia ou abusos de posição dominante por parte de grandes empresas. Essa sinergia é essencial para promover um ambiente de negócios saudável e competitivo, que beneficie tanto os consumidores quanto a economia como um todo.

Partindo do pressuposto de que as agências de defesa da ordem econômica (antitruste), atuam de forma *ex post*, ou seja, é reacionária. Seja na análise de atos de concentração, seja na apuração de condutas anticoncorrenciais, sua competência surge apenas em decorrência de determinado caso concreto. Não há, como na regulação setorial, publicação de normas disciplinando o comportamento de determinados agentes de um mercado específico. A intervenção é sempre pontual e direcionada aos agentes envolvidos no caso em análise (Kato, 2011, p. 67).

Considerando também que o órgão regulador setorial tem por objetivo implantar determinadas condições de mercado em um setor específico da economia para garantir condições

de acesso, qualidade da prestação de serviços, reprimir abusos, etc., significa dizer que ele atua em substituição aos mecanismos naturais daquele mercado, criando um sistema de mercado artificial, que supre as falhas existentes neste setor. A atuação é essencialmente *ex ante*, no estabelecimento de normas aplicáveis a todos os participantes daquele mercado, e complementarmente *a posteriori* – na fiscalização e controle do cumprimento dessas normas (Kato, 2011, p. 65-67).

Com base nessa relação entre regulação setorial e defesa da concorrência, Gesner Oliveira, Bruno Werneck e Eduardo Luiz Machado (2004) definiram um critério para a divisão de tarefas entre os reguladores setoriais e as autoridades de defesa da concorrência. Encontram-se, em seguida, quatro opções em termos da relação entre defesa da concorrência e regulação setorial:

Para ilustrar seu esquema, os autores distinguem entre três funções:

- Regulação Técnica (RT): estabelecimento de normas, padrões e metas a serem adotados pelos agentes privados de um setor regulado.
- Regulação Econômica (RE): estabelecimento de condições de preços, tarifas e quantidades a serem observadas pelos agentes privados no fornecimento de bens e/ou serviços regulados.
- Lei de Concorrência (LC): a principal peça legal do ordenamento jurídico do país que disciplina a livre concorrência (Oliveira; Werneck; Machado, 2004, p. 79).

Num cenário de isenção antitruste, as Agências Reguladoras (AR) aplicam a legislação de defesa da concorrência, com a legislação específica prevalecendo sobre qualquer comando geral da lei antitruste. Nesse caso, a AR desempenha as três tarefas mencionadas anteriormente, enfatizando os aspectos regulatórios e deixando pouco ou nenhum espaço para a atuação da autoridade de defesa da concorrência (AC). Pode-se até conceber situações em que a lei de concorrência não se aplica (Oliveira; Werneck; Machado, 2004, p. 79).

Imagem 1 - Possíveis configurações institucionais – Modelo 1 (Isenção Antitruste)

	LC	RT	RE
AC	—	—	—
AR	×	×	×

Fonte: Oliveira, Werneck, Machado (2004, p. 79).

Num segundo cenário, o de competências concorrentes, tanto as autoridades de defesa da concorrência quanto as agências reguladoras possuem a competência para aplicar sanções antitruste e estabelecer normas de regulação econômica. Nesse contexto, ambas as entidades compartilham a responsabilidade de assegurar a aplicação das leis de defesa da concorrência e de criar regulamentos que orientem o comportamento econômico das empresas dentro de seus respectivos setores (Oliveira; Werneck; Machado, 2004, p. 79).

Essa dualidade de competências pode resultar em uma colaboração mútua, onde as autoridades de defesa da concorrência e as agências reguladoras trabalham em conjunto para garantir um ambiente econômico justo e competitivo, aplicando sanções quando necessário e desenvolvendo

normas regulatórias que promovam a eficiência e a proteção dos consumidores, porém também pode dar ensejo a conflitos de competência.

Imagem 2 - Possíveis configurações institucionais – Modelo 2 (Competências Concorrentes)

	LC	RT	RE
AC	×	—	—
AR	×	×	×

Fonte: Oliveira, Werneck, Machado (2004, p. 80).

Num terceiro cenário, um cenário de competências complementares, as atribuições entre as duas autoridades não se sobrepõem. Existe uma clara divisão de trabalho, na qual a Agência Reguladora se responsabiliza exclusivamente pelas tarefas de regulação técnica e econômica. Esta agência se dedica à elaboração e implementação de normas e regulamentos específicos que orientam e supervisionam o comportamento dos agentes econômicos em seu setor de atuação (Oliveira; Werneck; Machado, 2004, p. 80).

Paralelamente, a autoridade de defesa da concorrência se concentra exclusivamente na aplicação da lei antitruste enquanto a autoridade regulatória se concentra na regulação do setor. Dessa forma, cada entidade opera dentro de um âmbito claramente definido, permitindo que a Agência Reguladora e a autoridade de defesa da concorrência trabalhem de maneira complementar, sem conflitos de competência. Isso garante uma abordagem mais eficiente e focada, na qual a regulação técnica e econômica é tratada separadamente da aplicação das normas antitruste, proporcionando uma estrutura regulatória mais robusta e organizada.

Imagem 3 - Possíveis configurações institucionais – Modelo 3 (Competências Complementares)

	LC	RT	RE
AC	×	—	—
AR	—	×	×

Fonte: Oliveira, Werneck, Machado (2004, p. 80).

Num quarto cenário de regulação antitruste, a autoridade de defesa da concorrência assume a responsabilidade de aplicar tanto a lei antitruste quanto as regulações técnica e econômica. Trata-se de um caso simétrico ao primeiro cenário, em que a maior ênfase recai tipicamente sobre a legislação antitruste, limitando a regulação técnica e econômica ao mínimo necessário (Oliveira; Werneck; Machado, 2004, p. 80).

Nesse arranjo, a autoridade de defesa da concorrência não apenas monitora e intervém em práticas comerciais anticompetitivas, mas também estabelece e implementa normas regulatórias que orientam o funcionamento dos mercados. A prioridade dessa abordagem é garantir que as leis de concorrência sejam rigorosamente aplicadas para promover um ambiente de mercado justo e competitivo.

Ao mesmo tempo, a regulação técnica e econômica é realizada de forma mais restrita, focando apenas nos aspectos essenciais para complementar a aplicação da lei antitruste.

Imagem 4 - Possíveis Configurações Institucionais – Modelo 4 (Regulação Antitruste)

	LC	RT	RE
AC	×	×	×
AR	—	—	—

Fonte: Oliveira, Werneck, Machado (2004, p. 81).

Em resumo, nesse quarto cenário, a autoridade de defesa da concorrência desempenha um papel abrangente, equilibrando a aplicação rigorosa das leis antitruste com uma regulação técnica e econômica mínima, mas essencial, para garantir um ambiente competitivo e eficiente.

4 DA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIEDADE ENTRE AS COMPETÊNCIAS DO CADE E ANATEL

Neste tópico, discutiremos os arranjos normativos que permitem uma atuação complementar entre a Anatel e o Cade. Inicialmente, é essencial destacar que, por vontade do legislador as competências das agências reguladoras não são uniformemente distribuídas. Por exemplo, embora a Agência Nacional do Petróleo (ANP) não exerça a função de reguladora da concorrência - atribuição exclusiva do Cade -, ela tem o dever de comunicar ao Cade qualquer indício de infração à ordem econômica, conforme o art. 10 da Lei nº 9.478/1997 (Brasil, 1997b). Já no caso da Anatel, a situação é um pouco mais complexa e envolve certas particularidades.

No setor de telecomunicações, a Anatel possui competências legais para atuar no controle, prevenção e repressão de infrações econômicas, ressalvadas aquelas que são de competência do Cade (art. 19, XIX, da Lei nº 9.472, de 16/07/1997, e art. 16, XX, do Anexo I ao Decreto nº 2.338, de 7 de outubro de 1997). Esta legislação, entretanto, não define claramente a divisão de competências entre a Anatel e o Cade. Essa falta de clareza levou à criação de uma Comissão para Cooperação Institucional entre Cade e Anatel, estabelecida pela Portaria Conjunta Cade/Anatel-1 de 01/07/1998, ainda sob a vigência da Lei nº 8.884/1994.

A definição das funções da Anatel foi posteriormente detalhada pela Resolução Anatel 195, de 07/12/1999, que aprovou a Norma 7/1999 (modificada pela Resolução 393, de 22/02/2005). Esta atribuiu à Anatel a competência para instruir processos, função anteriormente desempenhada pela

Secretaria de Defesa Econômica (SDE). Com a promulgação da Lei nº 12.529/2011 e a subsequente extinção da SDE, houve uma reconfiguração desse cenário.

Atualmente, no que tange ao controle das estruturas, o art. 7º, § 2º da Lei nº 9.472/1997, alterado pela Lei nº 13.848/2019, estabelece que os atos de concentração no setor de telecomunicações devem ser submetidos ao Cade (Brasil, 2019). Conforme a nova lei antitruste, a Anatel e outras agências reguladoras têm o direito de interpor recursos contra a aprovação de atos de concentração econômica (art. 65, I da Lei nº 12.529/2011) (Brasil, 2011).

No que concerne ao controle de condutas anticoncorrenciais, a Anatel, assim como outras agências reguladoras, tem a competência de prestar assistência e colaboração ao Cade, incluindo a elaboração de pareceres técnicos (art. 9º, § 3º da Lei nº 12.529/2011), bem como de requerer a instauração de inquéritos ou processos administrativos (art. 6º da Lei nº 12.529/2011) (Brasil, 2011).

Consequentemente, o novo marco normativo resultou na revogação da Resolução Anatel 195/1999 e de outras resoluções que foram implicitamente revogadas ou caducaram. Assim, há um significativo entrelaçamento das competências da Anatel e do Cade em termos de regulação e defesa econômica. Isso implica não apenas na inafastabilidade da competência do Cade para apreciar atos já submetidos aos órgãos reguladores setoriais, mas também na possibilidade de existirem normas e entendimentos divergentes entre o Cade e o regulador setorial. As perspectivas analíticas de cada órgão sobre um mesmo fato são distintas, refletindo os interesses públicos em jogo: ao regulador setorial cabe uma visão específica e ao regulador geral, uma visão abrangente.

Apesar de serem indesejáveis para o sistema, é compreensível a existência de decisões contraditórias e normas que podem conflitar com os princípios da livre concorrência. No entanto, com o intuito de mitigar esses conflitos, o Cade e a Anatel têm buscado delimitar explicitamente os limites de suas competências, promovendo uma atuação coordenada entre ambas as agências.

5 O CONFLITO DE COMPETÊNCIAS CADE E ANATEL - O CASO EMBRATEL X TELESP

Neste tópico, discutiremos um emblemático caso de conflito entre Anatel e Cade. No dia 06 de setembro de 2002, a Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. (Embratel) protocolou Representação, perante a Anatel, denunciando possível infração contra a ordem econômica em razão de prática de discriminação de preços e elevação dos custos dos rivais, em desfavor da Telecomunicações de São Paulo S.A. (Telesp).

Tal representação foi autuada e gerou o processo nº 53500.005770/2002³, no qual a Embratel acusou a Telesp de práticas anticompetitivas ao fornecer Exploração Industrial de Linhas Dedicadas (EILDs). Esse serviço é essencial para a interligação de redes de dados e, conforme alegações da Embratel, a Telesp estaria favorecendo sua controladora, a Telefônica Empresas, em detrimento de outras operadoras, praticando preços discriminatórios e afetando o equilíbrio de concorrência no mercado.

O caso se deu quando a Embratel participou de uma licitação promovida pela Companhia de Processamento de Dados do Município de São Paulo (Prodam), para a contratação de serviços de

3 Todos os processos do Cade mencionados neste artigo podem ser acessados em: <https://tinyurl.com/y7obr4z5>.

telecomunicações, no pregão nº 06.002/02. Durante esse processo, a Telesp, responsável por fornecer os insumos, neste caso, a EILDs, necessários para que a Embratel pudesse ofertar seus serviços, praticou preços mais favoráveis para a Telefônica Empresas, o que levou a Embratel a apresentar sua representação à Anatel e ao Cade em setembro de 2002.

A definição da EILD e sua regulamentação estão contidos, atualmente, na Resolução nº 590, de 15 de maio de 2012 da Anatel. Assim, em conformidade com as disposições da referida norma, define-se como EILD o fornecimento, por uma prestadora, de linha dedicada, para outra prestadora, para que esta última forneça serviços de telecomunicações a consumidores finais, tratando-se, portanto, de fornecimento de meios considerados insumos básicos para a oferta dos serviços de comunicação de dados (Anatel, 2012).

O cerne da questão se deu pelo fato de a Telesp possuir a posição de agente econômico dominante possuindo quase totalmente a infraestrutura local de acesso a rede de telecomunicações, ou seja, qualquer empresa que desejasse fornecer serviços de transmissão de dados, deveria utilizar da infraestrutura que a Telesp era detentora.

Nos termos da definição de serviço de telecomunicações, constata-se a presença de aspectos técnicos que devem ser considerados. Um destes, de vital importância, é a necessidade imprescindível da existência de redes integradas de telecomunicações para a devida viabilização de qualquer serviço de telecomunicações. Importante se faz a transcrição da doutrina do eminente professor J.C. Mariense Escobar (1999):

É impraticável qualquer atividade de telecomunicação sem rede, o meio necessário para viabilizá-la, que interconecta os pontos de emissão e recepção. Para que as redes de telecomunicações possam transportar a voz, imagens, dados, tanto em forma analógica quanto digital, é necessário possuírem equipamentos de transporte, que encaminham voz, imagens e dados de um ponto a outro, e equipamentos de comutação (centrais de comutação), que viabilizam a comunicação entre dois pontos distantes, mediante o estabelecimento temporário de circuitos, com essa finalidade (Escobar, 1999, p. 34).

E prossegue o autor:

Rede de telecomunicações, portanto, é aquele conjunto de instalações, centros de comutação e meios de telecomunicações e transmissão, que atuam como suporte à prestação dos serviços. Essas redes não precisam ser de propriedade da prestadora, uma vez que esta pode contratar a utilização de recursos integrantes da rede de outra operadora, para constituição de sua rede de serviço, caracterizando, com isso, uma situação de exploração industrial, caso em que os recursos contratados serão considerados para fins de interconexão, como parte da rede da contratante (Escobar, 1999, p. 35).

A prática anticompetitiva, segundo a Embratel, envolvia a concessão de descontos significativos pela Telesp à sua controladora, enquanto a Embratel enfrentava preços mais elevados e menos competitivos para uso da EILDs. A representação alegava que a Telesp aplicava uma “metodologia padrão” para os preços, que resultava em benefícios para a Telefônica Empresas, o que prejudicava a isonomia e o equilíbrio no processo licitatório. Na prática, ao favorecer a sua empresa controlada,

a Telesp praticava uma elevação de custos aos rivais, prática anticompetitiva denominada *price squeeze*, que segundo as lições de Paula A. Forgioni (2015) ocorre quando:

O agente econômico pode encontrar-se em posição que lhe permita o aumento do preço de matérias-primas ou insumos essenciais à atividade do concorrente, sem aumentar seus próprios custos. Trata-se da prática que é chamada em língua inglesa de price squeeze (preços opressivos). É possível, também, que haja ilicitude da prática, caso, mesmo aumentando seus custos, esse incremento prejudique mais seus concorrentes do que a empresa dominante (Forgioni, 2015, p. 295-296).

Em sua defesa, a Telesp alegou que não existe prática discriminatória de sua parte. Informou que as diferenças existentes entre o contrato entre Telesp e Telefônica Empresas e Telesp e Embratel são frutos das diferenças objetivas das condições de contratação e dos serviços ofertados. Enquanto a Telefônica Empresas contrata um volume grande de circuitos, por um prazo longo, pré-determinado, possibilitando, assim, a amortização dos custos da Telesp, a Embratel, contrata apenas através de contrato com prazo indeterminado, sem dar à Telesp, portanto, qualquer garantia de continuidade, o que justificaria a diferença de preço para as duas empresas.

A Anatel e o Cade desempenharam papéis cruciais no desenrolar deste processo, o que levantou questões de competência entre as duas autarquias. A Anatel iniciou a investigação em 2002, emitindo despachos e informes técnicos, mas, posteriormente, no âmbito do Cade também foi instaurado procedimento próprio, sob o número 08700.003174/2002-19, originado através de pedido de Medida Preventiva por parte da Embratel, alegando que a questão envolvia infrações à ordem econômica conforme a Lei nº 8.884/94.

Vale salientar que a Lei Geral das Telecomunicações - Lei nº 9.472/97 - confere à Anatel o poder de regular e fiscalizar o setor de telecomunicações, inclusive no que tange à repressão de condutas anticompetitivas dentro do setor (Brasil, 1997a). No entanto, a Lei de Defesa da Concorrência à época - a Lei nº 8.884/94 - outorgava ao Cade a responsabilidade pela prevenção e repressão de infrações à ordem econômica de maneira geral (Brasil, 1994).

O primeiro ponto de aparente conflito se deu quando do pedido de medida preventiva por parte da Embratel, pois no caso concreto, houve uma solicitação formulada à Anatel de abertura de processo administrativo para investigar conduta anticompetitiva e em face da presença do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, a Embratel requereu a concessão de Medida Preventiva, visando a cessação da prática. Todavia, decorrido um pouco mais de 1 (um) mês da apresentação do pedido àquela agência, face a demora daquela, a Embratel, em 8 de outubro de 2002, pediu ao Cade que apreciasse o caso a fim de que fosse adotada a medida pleiteada.

À época, ambas as agências possuíam autorizações normativas idênticas possibilitando a concessão de medidas preventivas visando elidir práticas passíveis de gerar dano ao mercado. Vejamos:

Quadro 1 – Autorizações normativas Anatel e Cade

Resolução nº 195/99 - Anatel	Lei nº 8.884/94 – Lei do Cade
Art. 49. Em qualquer fase do processo administrativo, a Anatel poderá, por decisão do Conselho Diretor, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.	Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Fonte: elaboração própria.

O Conselheiro Relator Cleveland Prates Teixeira, considerando que já havia decorrido 175 dias desde o pedido de Medida Preventiva na Anatel, e 143 dias da realização do mesmo pedido no Cade, considerou insustentável aguardar um prazo maior pelo pronunciamento do órgão regulador e deferiu a medida preventiva determinando que, até a decisão final do processo, os preços cobrados pela Telesp pela prestação de serviços de EILD fossem iguais tanto para empresas concorrentes como para a sua subsidiária Telefônica Empresas. Argumentou que o deferimento não visa proteger um direito individual, mas sim garantir o interesse coletivo. Segundo o Relator, a medida preventiva tem como objetivo assegurar, de forma provisória, a manutenção da ordem econômica, permitindo, assim, a eficácia e viabilidade de uma futura decisão definitiva.

O Conselheiro Relator também destacou que, ao identificar a necessidade da medida preventiva, não seria racional ou lógico que ele tivesse que aguardar a manifestação do órgão regulador, no caso, a Anatel. Segundo ele, tal exigência prejudicaria a agilidade necessária para garantir a eficácia das ações preventivas.

Além disso, o Conselheiro Relator argumentou que não é razoável impor restrições às atribuições do Cade apenas porque um determinado pedido está sob a apreciação de outro órgão, como a Anatel. Ele enfatizou que não se trata de atribuir uma nova competência ao Cade, uma vez que a autarquia antitruste já detém essa atribuição, conforme estabelece o art. 52, caput, da Lei nº 8.884/94.

Por fim, o Conselheiro Relator observou que, mesmo havendo competência concorrente entre o Conselho Diretor da Anatel e ele próprio para a adoção de medidas preventivas, não se deve falar em prevenção, considerando os fundamentos previamente delineados. Para o Relator, essa competência concorrente não impede a atuação célere do Cade em casos em que há necessidade comprovada de medidas urgentes.

Em 23/12/2004, após ampla análise pelo Cade e pela Anatel da proposta relativa às condições de comercialização de EILD, a Telesp apresentou à Anatel, proposta de celebração de Termo de Compromisso de Cessação de prática (TCC), o qual reproduzia os termos das condições de comercialização de EILD que haviam sido submetidas anteriormente ao Conselheiro-Relator da Medida Preventiva no Cade e ao Superintendente de Serviços Privados da Anatel.

A celebração do TCC foi proposta pela Telesp, sendo o referido termo elaborado pela Anatel e aprovado pelo Conselho Diretor da Agência em 26 de agosto de 2005. O Termo foi assinado pelos representantes legais da Embratel e da Telesp, pelo Presidente do Conselho Diretor e por duas testemunhas e foi publicado no Diário Oficial da União em 14/10/2005, com isso, suspendendo o processo administrativo nº 53500.005770/2002.



Nos termos do artigo 19, inciso XIX, da Lei Geral de Telecomunicações e no artigo 58 da Norma 1/99 da Anatel, a Anatel encaminhou o processo ao Cade para a devida homologação do referido TCC, nos termos do artigo 53 da Lei nº 8.884/94 (Brasil, 1994).

O segundo conflito surge após a formalização do referido TCC, celebrado entre a Anatel e a Telesp e homologado pelo Cade. Isso porque, segundo as cláusulas do TCC, a Telesp estaria autorizada a praticar determinada política de descontos na prestação de serviços EILD, desde que tal política de descontos não fosse discriminatória. Contudo, posteriormente, sobreveio norma regulatória da Anatel, que proibiu a Telesp de praticar quaisquer tipos de descontos.

Em termos práticos: quando a Telesp assinou o TCC, a regulamentação da EILD era regida pela Resolução 402/2005 da Anatel, que estava vigente na data da assinatura. Essa norma permitia que a Telesp praticasse política de descontos no fornecimento da EILD. Contudo, posteriormente, a Anatel aprovou a Resolução 437/2006, atualizando as diretrizes sobre a matéria e vedando tais políticas de descontos.

Portanto, instaurou-se um conflito entre as obrigações previstas no TCC, cuja assinatura pela Telesp e a Anatel com a posterior homologação do Cade se deu sob a vigência da Resolução 402/2005 da Anatel e a nova Resolução 437/2006 também da Anatel.

Em sua defesa, a Telesp argumentou que a Cláusula 9ª do TCC estabelecia que a “COMPROMISSÁRIA deverá adequar-se ao novo Regulamento de exploração industrial de linha dedicada - EILD, que sucederá a Norma nº 30/96, aprovado na 339ª Reunião do Conselho Diretor da Anatel, realizada no dia 31 de março de 2005”.

Segundo a Telesp, a regulamentação mencionada nesta cláusula 9ª se referia à própria Resolução 402/2005, que foi aprovada na referida 339ª reunião e publicada oficialmente em 27 de abril de 2005. A empresa, assim, sustentou que, ao assinar o TCC, a Resolução 402/2005 era a norma vigente e que a cláusula em questão se refere especificamente a essa regulamentação, que é anterior à entrada em vigor da Resolução 437/2006.

O professor Calixto Salomão Filho ofereceu parecer jurídico⁴, nos autos, no qual defendeu que seria equivocado assumir que uma regulação da Anatel posterior pudesse alterar decisões administrativas do Cade, neste caso o próprio TCC homologado, que conformam a prática de determinada conduta no mercado, no caso, a oferta de EILD com autorização para concessão de descontos. Haveria, nesse caso, a desconsideração da regra e do princípio constitucional constante no artigo 5º, XXXVI, da CF, segundo os quais “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (Brasil, 1988).

Para Calixto Salomão, as obrigações pactuadas nos TCCs são fruto de processos administrativos, respeitados os princípios da ampla defesa e do devido processo legal, e foram objeto de aprovação pela Anatel e homologação pelo Cade. Assim, não poderia norma nova, no caso a Resolução nº 437/06, fruto de exercício de função normativa pela Anatel, alterar decisão administrativa do Cade, fruto de exercício de função jurisdicional, neste caso, o TCC celebrado pela Anatel e homologado pelo Cade.

O autor defendeu que o caso se trataria de coisa julgada administrativa, que só pode ser revista nos termos da própria decisão ou conforme autorização legal expressa prevista na lei que dá suporte a

4 Parecer jurídico nos autos do Processo Administrativo nº 53500.005770/2002.

decisão, no caso a Lei nº 8.884/94 (em harmonia com o artigo 19, XIX da Lei Geral de Telecomunicações).

Em suas conclusões, Calixto Salomão finaliza: “Atos administrativos decorrentes do exercício de função normativa não tem o condão de revogar atos administrativos de julgamento em relação a questão específica objeto do julgamento”⁵.

Portanto, durante o prazo de vigência dos TCCs, em relação à questão específica neles tratada, só devem ser aplicadas normas regulamentares posteriores que estejam em estreita coerência com o que foi ali previsto. No caso isso significa que, durante a vigência dos TCCs, somente será aplicável a Resolução Anatel 402/05, expressamente prevista na cláusula 9º dos TCCs (Salomão Filho, 2006).

Por sua vez, a Procuradoria Federal junto ao Cade ofereceu parecer em sentido diametralmente oposto, argumentando que a possibilidade de ato normativo superveniente à celebração dos TCCs constitui exercício de competência regulatória da Anatel, nos termos do art. 19 da Lei nº 9.472/97. Frisou ainda que o próprio TCC, na sua Cláusula 9ª, resguardou a possibilidade de a Anatel disciplinar acerca da linha dedicada EILD⁶.

A Procuradoria do Cade completou afirmando que a Resolução 437/06 apenas especificou a Resolução 402/2005, constituindo uma adequação normativa à realidade do mercado, função típica do ente regulador e que, resguardados os atos jurídicos já firmados, passa a disciplinar, naturalmente, as novas relações no setor de telecomunicações. Aduzindo também que a Resolução 437/06 da Anatel não alterou o conteúdo do TCC. A política de descontos não está prevista no Termo como direito subjetivo, mas apenas como permissividade que pode ser modificada acaso a realidade de mercado assim o exija.

Ao fim, a Procuradoria do Cade também argumentou que opor o princípio do art. 5º, XXXVI da CF/88 às normas regulatórias, transpondo de forma autômata princípios de direito privado ao direito público, redundaria na absoluta ineficácia da ação estatal em promover o bem comum e a preservação da ordem econômica. Tais direitos adquiridos, quer seja em decorrência de ato jurídico perfeito ou coisa julgada administrativa, criariam campos imunes à regulação setorial, podendo até mesmo inviabilizá-la, ao estabelecer, por exemplo, assimetrias entre os agentes econômicos.

Visando solucionar a controvérsia, a Presidência do Cade, ao analisar a antinomia entre os atos normativos, decidiu que não havia conflito entre o TCC firmado com a Telesp e a Resolução nº 437/2006 da Anatel. A decisão se baseou no entendimento de que o TCC permitia à Telesp a concessão de descontos de forma não discriminatória, mas não a obrigavam a fazê-lo. Dessa forma, o cumprimento da Resolução 437/2006, que proibia a concessão de descontos em virtude da classificação da Telesp como detentora de Poder de Mercado Significativo (PMS), não configurava uma violação dos termos acordados, pois a normativa regulatória era mais restritiva e, portanto, prevalecia sem contrariar o TCC.

Além disso, a presidência do Cade negou os pedidos específicos da Telesp que buscavam uma declaração de conflito e a suspensão dos efeitos da resolução da Anatel. O Cade argumentou que as disposições do TCC não conferiam à empresa um direito subjetivo de conceder descontos em todas as circunstâncias e que a Anatel, como autoridade regulatória, possuía competência para impor normas mais rígidas que impactassem essas práticas comerciais.

Reconhecendo os possíveis efeitos negativos que a aplicação irrestrita da Resolução nº

5 Parecer jurídico nos autos do Processo Administrativo nº 53500.005770/2002.

6 Parecer ProCade nº 555/2006 e despacho nº 126/2006/PG/Cade.



437/2006 poderia ter sobre a concorrência em áreas onde a Telesp enfrentava competidores, a presidência do Cade recomendou à Anatel uma revisão dos critérios utilizados para a definição de PMS. Sugeriu que a proibição de descontos fosse avaliada de forma mais específica e segmentada, considerando as particularidades de cada localidade, para evitar uma distorção do mercado que pudesse, ao invés de promover, inibir a concorrência em determinadas regiões.

6 O ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA 03/2020 ENTRE CADE E ANATEL

De forma minimizar os conflitos de atribuição entre as agências, mas que veio de forma tardia, o ACT nº 3/2020, firmado entre a Anatel e o Cade, visa aprimorar a atuação conjunta das duas autarquias no âmbito das telecomunicações, especialmente no que tange à promoção da concorrência e à prevenção de infrações contra a ordem econômica (Cade, 2020). Com base no documento, pode-se avaliar o quanto esse acordo favorece a coordenação entre os órgãos e em que medida ele se traduz em benefícios práticos para a regulação e defesa da concorrência no setor.

O acordo tem por objeto estabelecer a cooperação técnica entre Anatel e Cade, com o intuito de promover o intercâmbio de experiências, informações e tecnologias, capacitar recursos humanos e harmonizar a atuação das duas instituições nas suas respectivas esferas de competência. Essa cooperação está fundamentada em leis como a Lei nº 12.529/2011, que rege a atuação do Cade na defesa da concorrência, e a Lei Geral de Telecomunicações – Lei nº 9.472/1997, que regula a atuação da Anatel.

Entre as ações de cooperação previstas, destacam-se o compartilhamento de documentos, estudos e informações técnicas; a realização de eventos anuais para discutir temas relacionados à concorrência no setor de telecomunicações; os estudos e pesquisas conjuntas sobre práticas concorrenciais; a capacitação e treinamento de servidores em temas de defesa da concorrência e regulação no setor de telecomunicações.

Essas medidas visam integrar as atuações de cada autarquia, proporcionando um ambiente de maior eficiência regulatória e fortalecendo a aplicação de políticas de concorrência no setor de telecomunicações. Ao harmonizar a regulação e a defesa da concorrência, o acordo favorece um ambiente competitivo mais robusto, com benefícios tanto para os operadores de serviços quanto para os consumidores.

O acordo favorece a coordenação entre Cade e Anatel de várias formas. A cláusula 3.1 prevê o compartilhamento de documentos e dados técnicos, permitindo que as decisões regulatórias e concorrenciais sejam baseadas em uma visão integrada e completa do mercado de telecomunicações. Isso diminui a duplicidade de esforços e possibilita uma atuação mais coesa e eficaz, com as duas autarquias complementando suas análises e avaliações (Cade, 2020).

A cláusula 3.2, por sua vez, prevê a realização de seminários e workshops, o que não apenas promove o diálogo entre as autarquias, mas também contribui para a formação e atualização contínua de servidores, o que melhora a qualidade das decisões regulatórias e concorrenciais (Cade, 2020).

O intercâmbio de conhecimentos e o treinamento de pessoal, previstos na Cláusula 3.4, são elementos essenciais para que ambas as autarquias possam atuar de maneira informada e técnica, assegurando uma aplicação consistente das normas de concorrência e de regulação (Cade, 2020).

Embora o acordo estabeleça bases sólidas para a cooperação, alguns desafios podem surgir na sua implementação. Quanto a divisão de competência, a Anatel tem competência para regular tecnicamente o setor, enquanto o Cade se encarrega de zelar pela concorrência. A articulação entre essas esferas pode ser complexa, especialmente em casos em que as decisões de uma autarquia possam impactar diretamente na área de atuação da outra. No entanto, a clara distinção de competências mencionada no acordo visa minimizar esses conflitos.

Para que a cooperação técnica tenha efeitos práticos, é necessário que haja um fluxo contínuo e eficiente de informações e a realização dos eventos previstos. A criação de grupos de trabalho, conforme detalhado no ACT nº 3/2020, é essencial para garantir que o plano não fique apenas no papel, mas seja efetivamente implementado e monitorado.

O ACT nº 3/2020 entre a Anatel e o Cade tem o potencial de fortalecer significativamente a coordenação entre as duas autarquias federais. Ao promover uma atuação integrada na regulação do setor de telecomunicações e na defesa da concorrência, o acordo favorece a criação de um ambiente mais eficiente e competitivo, com benefícios claros para o mercado e para os consumidores. As ações previstas, como a troca de informações e a realização de eventos conjuntos, contribuem para a construção de uma abordagem regulatória mais harmonizada, evitando duplicidades e conflitos. No entanto, a eficácia desse acordo dependerá de sua execução consistente e do contínuo alinhamento entre as partes.

7 O CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE O CADE E BACEN - CASO BRADESCO E BANCO DE CRÉDITO NACIONAL

Em 1997, o Bradesco adquiriu o controle acionário do Banco de Crédito Nacional S/A (BCN), sendo a operação submetida ao Bacen. Em abril de 2001, o BCN firmou contrato de compra e venda de ações com a empresa norte-americana *Alliance Capital Management Corporation of Delaware* para que o BCN passasse a exercer o controle absoluto da sociedade BCN Alliance, integrante do grupo BCN.

Esse negócio foi submetido ao Cade, não o fazendo em relação ao Bacen, por entenderem as instituições envolvidas que não se tratava de operação financeira. A operação foi aprovada pela autoridade antitruste em 29.05.2002 (DOU de 13.06.2002). Todavia, ao apreciar o aludido ato de concentração, o Cade verificou que a aquisição do controle do BCN pelo Bradesco não havia sido anteriormente comunicada à autarquia, determinando-se sua apresentação. Trata-se do Ato de Concentração nº 08012.002381/2001-23, relatado pelo conselheiro Celso Fernandes Campilongo, que analisou o caso da Alliance/BCN

Contra a aludida decisão, os agentes econômicos impetraram o mandado de segurança, autuado sob nº 2002.34.00.033475-0-DF defendendo a competência privativa do Bacen para examinar concentrações entre instituições financeiras.

A segurança foi deferida pela sentença, com esteio nos arts. 1º, 10 e 18, § 2º, da Lei nº 4.595/64, e, além disso, reportou-se ao art. 3º da Lei nº 9.650/98 e ao Parecer GM-20 da AGU, proferido sob a invocação do disposto no art. 40 da LC nº 73/93 (Brasil, 1964; Brasil, 1998; Brasil, 1993).

No exame da apelação e da remessa oficial, a eg. 5ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, por maioria, deu-lhes provimento em acórdão, da lavra do ilustre Desembargador Federal



Sebastião Fagundes de Deus que decidiu no sentido de que os pareceres da Advocacia-Geral da União (AGU), por força do § 1º do art. 40 da LC 73/93, quando aprovados pelo Presidente da República, têm o poder de vincular a Administração Federal. Os pareceres da AGU, contudo, não são de observância obrigatória pelo Cade, quer no tocante à interpretação e aplicação das normas da legislação de defesa da concorrência, quer no que diz respeito à delimitação de sua esfera de atribuições jurídicas. Se assim não fosse, a autarquia antitruste estaria na contingência de sofrer abalos – no que tange à necessária e imprescindível autonomia e independência de seus julgamentos –, que, eventualmente, possam advir de uma indevida ingerência do Poder Executivo. Assim, o TRF da 1ª Região reconheceu a competência do Cade para decidir tal ato de concentração em complementariedade com o Bacen.

A defesa do BCN e do Bradesco recorreu ao STJ. Em razão da existência de legislação específica que estabelecia a submissão de operações entre instituições financeiras ao Bacen, o BCN e o Bradesco propuseram Recurso Especial. O caso chegou ao STJ, que, apesar de reconhecer a competência do Cade para analisar operações conforme a Lei nº 8.884/1994, entendeu que a Lei nº 4.595/1964 conferia exclusividade ao Bacen para decidir sobre atos de concentração entre instituições do Sistema Financeiro Nacional (SFN).

Finalmente, no julgamento do Recurso Especial nº 109.4218/DF, relatado pela Ministra Eliana Calmon, o STJ determinou a vinculação do Cade ao parecer GM-20, conforme a ementa do acórdão.

ADMINISTRATIVO - ATO DE CONCENTRAÇÃO, AQUISIÇÃO OU FUSÃO DE INSTITUIÇÃO INTEGRANTE DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL - CONTROLE ESTATAL PELO Bacen OU PELO Cade - CONFLITO DE ATRIBUIÇÕES - LEIS 4.594/64 E 8.884/94 - PARECER NORMATIVO GM-20 DA AGU.

- 1. Os atos de concentração, aquisição ou fusão de instituição relacionados ao Sistema Financeiro Nacional sempre foram de atribuição do Bacen, agência reguladora a quem compete normatizar e fiscalizar o sistema como um todo, nos termos da Lei 4.594/64.*
- 2. Ao Cade cabe fiscalizar as operações de concentração ou desconcentração, nos termos da Lei 8.884/94.*
- 3. Em havendo conflito de atribuições, soluciona-se pelo princípio da especialidade.*
- 4. O Parecer GM-20, da Advocacia-Geral da União, dota solução hermenêutica e tem caráter vinculante para a administração.*
- 5. Vinculação ao parecer, que se sobrepõe à Lei 8.884/94 (art. 50).*
- 6. O Sistema Financeiro Nacional não pode subordinar-se a dois organismos regulatórios.*
- 7. Recurso especial provido (Brasil, 2010).*

No presente caso, a aplicação da Lei nº 4.595/1964 do Bacen deve prevalecer em situações de conflito de competência com as Leis do Cade, tanto a Lei nº 8.884/94 quanto a Lei nº 12.529/11. Primeiramente, é fundamental destacar que a Lei nº 4.595/1964 foi recepcionada pela CF de 1988 como lei complementar.

Ademais, pelo princípio da especialidade, a Lei nº 4.595 de 1964 deve ser aplicada prioritariamente quando se trata de atos de incorporação de entes do SFN. Este princípio jurídico estabelece que a norma especial prevalece sobre a norma geral em situações específicas por ela reguladas. No contexto do SFN, a Lei do Banco Central, por ser especializada, detém a competência

para decidir sobre fusões, aquisições e incorporações de instituições financeiras. Por outro lado, as Leis do Cade, embora tratem da defesa da concorrência, têm um escopo mais amplo e geral, aplicando-se a diversas áreas da economia.

Ainda que as Leis do Cade sejam mais recentes, sua natureza de leis gerais e ordinárias não lhes confere o poder de suplantar a Lei nº 4.595 de 1964 em questões específicas do SFN. A atuação do Bacen é essencial para a estabilidade e o bom funcionamento do sistema financeiro, sendo sua competência definida claramente pela legislação complementar.

Finalmente, o Cade recorreu novamente, agora adentrando na competência do Supremo Tribunal Federal (STF), considerando que a decisão monocrática proferida pelo Relator, Ministro Dias Toffoli, no tocante ao Recurso Extraordinário nº 664.189, em junho de 2014, negou seguimento ao recurso extraordinário interposto pelo órgão concorrential reafirmando a competência do Bacen, pois o Cade não preencheu os pressupostos recursais para a análise daquela Corte.

Em face dessa decisão, o Cade apresentou agravo regimental para a Primeira Turma do STF visando reformar a decisão do ministro Dias Toffoli ao negar seguimento ao seu recurso extraordinário.

Atualmente, a questão está sob a Relatoria do ministro Nunes Marques, que sucedeu ao Ministro Celso de Mello na relatoria após a aposentadoria compulsória deste. Sendo que ministro Celso de Mello já havia sucedido o ministro Dias Toffoli após a declaração de impedimento deste.

O Recurso Extraordinário 669.189/DF não transitou em julgado no STF, pois o Agravo Regimental proposto pelo Cade ainda se encontra pendente de julgamento, contendo como última movimentação a manifestação da Procuradoria Geral da República no sentido de manutenção da decisão agravada do ministro Toffoli.

8 DA RELAÇÃO DE COMPLEMENTARIEDADE ENTRE CADE E BACEN - O CASO ITAÚ UNIBANCO E A XP INVESTIMENTOS

Em 11 de maio de 2017, os acionistas da XP Controle Participações S.A. (XP Controle), os cotistas dos fundos G.A. Brasil IV FIP, Dyna III FIP e outros, celebraram, com o Itaú Unibanco, Contrato de Compra e Venda de Ações e Outras Avenças, por meio do qual o Itaú Unibanco, inicialmente, realizaria aporte de capital no valor de R\$ 600 milhões e adquiriria ações da XP Investimentos, mediante pagamento de R\$ 5,7 bilhões, totalizando R\$ 6,3 bilhões em investimentos. Nesses termos, o Itaú Unibanco se tornaria acionista qualificado da XP Controle, com participação correspondente a 49,9% de seu capital total, sendo 30,1% do capital votante.

De acordo com os termos do Contrato, essa primeira aquisição seria seguida de outras duas: a) em 2020, aquisição de percentual adicional de 12,5%, perfazendo 62,4% do capital social da XP Investimentos, sendo 40,0% do capital votante (segunda aquisição); e b) em 2022, aquisição de mais 12,5%, perfazendo 74,9% do capital social da XP Investimentos, sendo 49,9% do capital votante (terceira aquisição). Ao final das três tranches, o Itaú Unibanco assumiria a posição de acionista em lugar dos fundos G.A. Brasil IV FIP e Dyna III FIP, que, portanto, sairiam totalmente do capital social da XP Investimentos, além de adquirir também ações adicionais de outros acionistas. O preço a ser pago pelo Itaú Unibanco nas duas aquisições dependeria de determinados fatores, entre os quais o desempenho operacional e financeiro da empresa, conforme previsto no Contrato.



A análise dos acordos de concentração realizados pelo Bacen e pelo Cade no contexto da aquisição da XP Investimentos pelo Itaú Unibanco revela aspectos distintos sobre as abordagens regulatórias e os objetivos concorrenciais de cada órgão. Esse tópico busca comparar os dois acordos, com referência às suas cláusulas e artigos principais, além de destacar possíveis conflitos de competência e a coordenação entre as autarquias federais.

O acordo celebrado pelo Bacen com o Itaú Unibanco e a XP Investimentos focou principalmente nos aspectos prudenciais e de estabilidade do SFN. O objetivo primário do Bacen foi garantir que a operação não comprometeria a solidez do sistema bancário, ao mesmo tempo que impôs restrições para preservar a independência da XP e sua capacidade de operar como uma plataforma concorrente de investimento (Bacen, 2018a).

O Bacen aprovou a compra de 49,99% do capital social da XP pelo Itaú Unibanco, com possibilidade de aquisição adicional de 12,5% em 2022, condicionada à aprovação do próprio Bacen, conforme cláusula 3 do Acordo em Controle de Concentração (ACC). (Bacen, 2018a). Esse percentual garante que o Itaú Unibanco se mantenha como acionista minoritário, sem controle direto sobre as decisões estratégicas da XP.

Essa limitação foi imposta para evitar que o Itaú exercesse influência direta sobre as operações da XP e mantivesse o caráter competitivo da XP no mercado de corretagem e distribuição de produtos de investimento. Ao mesmo tempo, protegeu-se a XP investimentos contra potenciais interferências que poderiam prejudicar sua atuação independente no mercado, conforme se depreende da cláusula segunda, itens b, b.1, b.2 e b.3 do Acordo (Bacen, 2018a).

As medidas compensatórias estabelecidas pelo Bacen incluem a proibição de o Itaú indicar executivos da área financeira da XP por 15 anos, conforme cláusula quinta, item b do Acordo, garantindo a autonomia da XP. Além disso, foi vedado ao Itaú interferir nas decisões negociais da XP e acessar sua base de dados, conforme cláusula segunda, item b.2, o que impede o uso indevido de informações comerciais em favor do conglomerado bancário (Bacen, 2018a).

Essas cláusulas são fundamentais para preservar a independência da XP e evitar que a aquisição afetasse o modelo de negócios das plataformas abertas de investimento, promovendo assim a concorrência no setor financeiro, papel que o Banco Central exerceu dentro das suas competências legais, visando preservar a higidez do SFN.

Por sua vez, o julgamento sobre o Ato de Concentração nº 08700.004431/2017-16 no Cade envolveu a análise da aquisição de participação do Itaú Unibanco na XP Investimentos. O julgamento gerou divergências entre os conselheiros, destacando-se preocupações sobre os potenciais efeitos anticoncorrenciais dessa operação.

O Cade identificou que a aquisição poderia gerar concentração no mercado de distribuição de produtos de investimento, dado que o Itaú, por meio da XP, teria participação significativa em um segmento altamente competitivo. Diferente do Bacen, que focou na preservação da estabilidade financeira, o Cade concentrou sua análise nos possíveis efeitos de longo prazo sobre a concorrência, especialmente no que diz respeito à inovação e disrupção no mercado de plataformas de investimento.

O Conselheiro Paulo Burnier da Silveira, relator do caso, votou pela aprovação da operação, condicionada à assinatura do Acordo de Controle de Concentração. Burnier argumentou que a operação trazia potenciais riscos à concorrência, especialmente pela posição de destaque da XP no

mercado de plataformas de investimentos e sua atuação como uma “*maverick*” no setor. No entanto, o relator defendeu que as medidas previstas no ACC, como a garantia de manutenção da independência operacional da XP e a proibição de práticas discriminatórias contra produtos de outros bancos e gestores de fundos, seriam suficientes para mitigar esses riscos.

Burnier salientou que a operação não conferiria ao Itaú controle direto sobre a XP, dado que o banco não teria maioria no conselho de administração, nem participação majoritária no capital votante. Dessa forma, o Itaú não poderia interferir diretamente nas operações diárias da XP, o que minimizaria os riscos de alinhamento estratégico entre as duas instituições, prejudicando concorrentes menores.

O Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia acompanhou o voto do relator, defendendo a aprovação condicionada à assinatura do ACC. Maia argumentou que os compromissos assumidos no acordo comportamental eram suficientes para mitigar os principais riscos concorrenciais identificados. Ele reconheceu que a operação trazia certos desafios, mas considerou que a adoção das medidas preventivas previstas no ACC, como a proibição de práticas discriminatórias e a garantia de manutenção da independência da XP, oferecia salvaguardas adequadas.

As Conselheiras Polyanna Ferreira Silva Vilanova e Paula Azevedo também acompanharam o relator. Elas argumentaram que a operação não traria impactos concorrenciais significativos, desde que as medidas acordadas no ACC fossem devidamente implementadas e monitoradas. As conselheiras enfatizaram que a XP, mesmo após a aquisição, continuaria operando como uma plataforma aberta, oferecendo produtos de diferentes emissores financeiros e mantendo práticas não discriminatórias.

A Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt foi uma das vozes dissonantes no julgamento, votando contra a aprovação da operação. Ela argumentou que, apesar das cláusulas do ACC, a operação representava um risco grave para a concorrência no setor financeiro, especialmente no mercado de plataformas abertas, onde a XP desempenhava um papel disruptivo. Schmidt apontou que a alta concentração bancária no Brasil já é um problema significativo e que a aquisição da XP por um dos maiores bancos do país poderia comprometer o processo de desbancarização, além de reduzir a concorrência em um mercado ainda em desenvolvimento.

O Conselheiro João Paulo de Resende também votou pela rejeição da operação. Ele compartilhou das preocupações de Schmidt, afirmando que a operação colocava em risco a dinâmica competitiva do setor. Resende destacou que a XP havia introduzido uma forma inovadora de prestação de serviços financeiros, desafiando os grandes bancos. Com a aquisição, o Itaú poderia, ainda que indiretamente, interferir nas operações da XP, alinhando seus interesses de forma prejudicial à concorrência.

Conforme se depreende dos votos, as preocupações do Cade era garantir que a XP continuasse a operar como uma plataforma aberta e que não discriminasse outras instituições financeiras na oferta de produtos de investimento. Para isso, o acordo do Cade impôs restrições quanto à prática de exclusividade entre a XP e seus Agentes Autônomos de Investimento (AAIs), buscando evitar que a XP se transformasse em um veículo exclusivo do Itaú.

Essa medida difere do foco do Bacen, que estava mais preocupado com a estrutura de governança interna da XP e sua autonomia frente ao Itaú, enquanto o Cade priorizou a proteção do ambiente competitivo externo.



Os acordos celebrados refletem as diferenças nas atribuições de cada autarquia. O Bacen, como órgão responsável pela supervisão da solidez e estabilidade do SFN, estava preocupado com os riscos prudenciais. Suas restrições visam impedir que o Itaú comprometa a independência operacional da XP, o que poderia minar a confiança no sistema financeiro.

Já o Cade, com seu foco em promover a concorrência e prevenir práticas anticompetitivas, estabeleceu medidas mais voltadas para evitar que a operação concentrasse o mercado de distribuição de produtos financeiros. Suas restrições são claras quanto à manutenção da XP como um *player* independente e disruptivo, capaz de desafiar as grandes instituições financeiras.

A coordenação entre o Bacen e o Cade se mostra necessária e, de certo modo, foi realizada de maneira complementar. Ambos os órgãos impuseram restrições específicas, e o Bacen reconheceu a importância da concorrência, enquanto o Cade considerou os riscos prudenciais da operação.

No entanto, potenciais conflitos podem surgir quando uma das autarquias se depara com um cenário onde a preocupação com a estabilidade financeira se choca diretamente com o incentivo à competição. Nesse caso, como visto nos acordos, as medidas de cada órgão visaram equilibrar esses interesses, mas a independência de análise de cada um pode gerar divergências futuras em operações semelhantes.

O caso Itaú-XP ilustra de forma exemplar a necessidade de uma atuação coordenada entre Bacen e Cade. Enquanto o Bacen focou na preservação da solidez do SFN e na autonomia da XP, o Cade impôs condições voltadas a garantir a manutenção da concorrência no mercado financeiro. Essa dualidade de perspectivas e restrições impostas por cada órgão revela a complexidade de atos de concentração envolvendo grandes players do mercado financeiro, onde os interesses de prudência financeira e concorrência se entrelaçam e, às vezes, se contrapõem. A coordenação entre Bacen e Cade foi, neste caso, essencial para alcançar um equilíbrio que preserve tanto a integridade do sistema financeiro quanto um mercado competitivo e dinâmico.

9 O MEMORANDO DE ENTENDIMENTOS ENTRE O CADE E O BACEN

Visando mitigar os conflitos e favorecer os processos compartilhados entre as agências, o Memorando de Entendimentos de 2018 (Bacen, 2018b) entre o Bacen e o Cade estabelece uma cooperação na análise de atos de concentração econômica no âmbito do Sistema Financeiro Nacional (SFN). O objetivo central desse memorando é mitigar conflitos de competência entre as duas autarquias, que, embora atuem com diferentes finalidades, o Bacen focado na estabilidade financeira e o Cade na defesa da concorrência, compartilham responsabilidades sobre o mesmo segmento.

O Bacen, regido pela Lei nº 4.595/1964 (Brasil, 1964), tem como principal missão assegurar a solidez do SFN, enquanto o Cade, em conformidade com a Lei nº 12.529/2011 (Bacen, 2011), é responsável por garantir que a concorrência nos mercados ocorra de forma saudável. Dado o potencial de sobreposição dessas funções, o Memorando de Entendimentos surge como uma resposta para regular essa interação, buscando uma atuação conjunta que promova segurança jurídica, eficiência e transparência nos processos de análise de concentração econômica.

No seu item 2.2, o acordo estabelece que as análises de atos de concentração serão submetidas tanto ao Bacen quanto ao Cade, com a decisão final dependendo da aprovação de ambos os órgãos, conforme o item 2.3 do referido memorando. A eficácia desses atos está condicionada à

autorização das duas autarquias, reforçando a necessidade de cooperação mútua. Esse mecanismo visa garantir que as operações atendam tanto aos requisitos de estabilidade financeira quanto aos de manutenção da concorrência (Bacen, 2018b).

Além disso, o memorando prevê a troca de informações técnicas entre os órgãos e estabelece, no seu item 2.7, que o Cade deve consultar o Bacen antes de impor penalidades relacionadas a infrações concorrenciais que envolvam o Sistema Financeiro Nacional. Essa disposição favorece a harmonização de decisões e minimiza o risco de ações conflitantes entre as duas autarquias (Bacen, 2018b).

Um ponto central do acordo, previsto no item 3.1, é a prerrogativa do Bacen de aprovar unilateralmente atos de concentração que envolvam instituições financeiras, desde que esses atos sejam justificados por aspectos de natureza prudencial, como riscos à estabilidade financeira ou à prevenção de crises sistêmicas. Nesses casos, conforme o item 3.4, o Cade deve utilizar os fundamentos da decisão do Bacen para aprovar a operação, sem impor restrições concorrenciais adicionais. Isso garante que, em situações de risco iminente, a estabilidade do Sistema Financeiro Nacional prevaleça sobre preocupações concorrenciais, em benefício do interesse público (Bacen, 2018b).

Em síntese, o ato de cooperação é um avanço na coordenação entre as duas autarquias federais, promovendo maior clareza nas atribuições e reduzindo o risco de decisões contraditórias. A troca de informações e a consulta prévia reforçam a eficiência das análises e trazem mais segurança jurídica para o mercado financeiro, o que é positivo para investidores e consumidores.

No entanto, a prerrogativa do Bacen de aprovar unilateralmente operações que envolvam risco sistêmico pode, em certos casos, enfraquecer a capacidade do Cade de atuar preventivamente na defesa da concorrência. O Cade, nesses casos, fica restrito a aprovar a operação com base na análise do Bacen, o que pode limitar a análise concorrencial em operações que envolvam grandes instituições financeiras.

O Memorando de Entendimentos favorece a atuação coordenada entre o Bacen e o Cade ao proporcionar um mecanismo de cooperação que harmoniza suas respectivas missões. Ao definir claramente as atribuições e garantir a troca de informações entre as autarquias federais, o acordo contribui para a eficiência na análise de atos de concentração econômica no sistema financeiro. No entanto, a ênfase nos aspectos prudenciais pode, em alguns casos, restringir a plena atuação do Cade na defesa da concorrência, o que demanda um acompanhamento contínuo para garantir que a cooperação não comprometa a livre concorrência no setor financeiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do conflito de competências e relação de complementariedade entre reguladores setoriais, como Anatel e Bacen, e o Cade revelou uma complexa dinâmica de superposição de funções regulatórias e de defesa da concorrência. Ao longo do artigo, observou-se que a coexistência dessas jurisdições, ainda que necessária para o adequado funcionamento dos mercados, gera incertezas jurídicas e ineficiências regulatórias. Para alcançar um equilíbrio entre essas diferentes esferas, destacou-se algumas questões cruciais que emergem dos casos analisados.

No que tange à relação entre regulação e antitruste, conforme discutido na primeira parte do artigo, a principal dificuldade reside em delimitar quando a intervenção regulatória deve sobrepor-



se às normas de defesa da concorrência, e vice-versa. A análise dos casos práticos trouxe à tona o embate entre a teoria da ação política e a teoria do poder amplo. Como se viu, a aplicação da teoria da ação política (*State Action Doctrine*) permite a imunidade do direito antitruste em certas situações, como no caso dos serviços concedidos. Já a teoria do poder amplo (*Pervasive Power Doctrine*), por sua vez, alude à profundidade de atuação das agências regulatórias que, em alguns casos, pode afastar a jurisdição antitruste. Esses conflitos exemplificam a complexidade de harmonizar a aplicação de normativas regulatórias e de defesa da concorrência em setores específicos, como o de telecomunicações e o financeiro.

O segundo bloco do trabalho destacou as formas de interação entre a regulação setorial e a defesa da concorrência, no qual se examinou as possíveis alternativas para harmonizar essas atuações. A partir dos estudos de Oliveira, Werneck e Machado (2004), abordou-se quatro cenários possíveis de interação entre regulação técnica e defesa da concorrência, indo desde uma isenção antitruste completa até uma predominância da regulação econômica por parte das autoridades concorrenciais. A autonomia *versus* hierarquia entre agências também se mostrou um ponto de controvérsia, particularmente em setores com alta regulação, onde a existência de autarquias independentes torna a coordenação entre as esferas regulatórias um desafio contínuo.

Na terceira parte, explorou-se a complementariedade e conflito de competências entre Cade e Anatel. O caso Embratel x Telesp foi emblemático ao demonstrar a dificuldade em alinhar a atuação concorrencial com a regulação setorial de telecomunicações. O ACT nº 3/2020, firmado entre as duas autarquias, surgiu como uma tentativa de evitar conflitos futuros, promovendo uma atuação mais integrada. No entanto, a sobreposição de atribuições ainda persiste em certos pontos, especialmente quando as agências possuem perspectivas distintas sobre o mesmo fato, levando a decisões conflitantes.

Por fim, o conflito de competência entre Cade e Bacen, ilustrado pelos casos Bradesco e Banco de Crédito Nacional, bem como o caso Itaú Unibanco e XP Investimentos, reforçou a necessidade de uma maior clareza na divisão de responsabilidades. O Memorando de Entendimentos de 2018 entre Bacen e Cade representou um avanço ao formalizar um protocolo de cooperação, permitindo que ambas as autarquias analisem conjuntamente atos de concentração econômica no sistema financeiro. Todavia, a prerrogativa do Bacen de aprovar unilateralmente certas operações, com base em critérios de estabilidade financeira, pode enfraquecer o papel do Cade na promoção de um ambiente competitivo.

À luz dessas análises, é possível apresentar algumas conclusões propositivas para melhorar a coordenação entre os órgãos reguladores setoriais e as autoridades concorrenciais, como uma maior clarificação normativa visando a uma revisão das legislações pertinentes, como a Lei nº 12.529/2011, para delimitar de maneira mais clara as competências entre os órgãos reguladores e o Cade. A criação de um marco legal unificado para tratar especificamente das zonas de sobreposição de competências pode evitar interpretações divergentes.

Os acordos de cooperação técnica, como o Acordo entre Cade e Anatel e o Memorando de Entendimentos entre Cade e Bacen são grandes avanços, contudo devem ser mais amplamente aplicados a outros setores regulados. Além disso, é essencial que sejam monitorados de forma constante, com indicadores claros de sucesso e mecanismos de revisão periódica para garantir que estejam cumprindo seus objetivos.

Outra forma de aprimoramento é o estabelecimento de um intercâmbio regular de informações, através de uma plataforma contínua de intercâmbio de dados entre as autarquias poderia aumentar a eficiência na tomada de decisões. A cooperação técnica deve incluir não apenas a troca de informações, mas também a integração de bancos de dados e a padronização de metodologias analíticas entre as autarquias.

Outra solução possível é o aprofundamento da cultura de processos compartilhados entre os órgãos reguladores, como a Anatel, o Banco Central e o órgão antitruste como o Cade. A separação entre o órgão persecutor e o julgador é essencial para garantir a imparcialidade, mas não deve resultar na exclusão completa do órgão julgador da fase investigatória.

Pelo contrário, a participação ativa desse órgão na coleta de provas e na instrução é fundamental para que a avaliação técnica seja precisa e embasada, considerando a especialização necessária em casos regulatórios e concorrenciais. Além disso, é imprescindível ampliar o contraditório, permitindo a participação não só das partes diretamente envolvidas, mas também de concorrentes, consumidores, trabalhadores do setor regulado e suas associações.

Esses atores devem ter acesso ao processo para que suas manifestações contribuam efetivamente na formação do juízo dos reguladores. Dessa forma, é urgente a criação de um regimento geral que padronize os processos administrativos de cada agência, como a Anatel e o Bacen, assegurando uma atuação coordenada e harmoniosa entre esses órgãos e o Cade, promovendo uma solução integrada e eficaz para os conflitos regulatórios e antitruste.

Assim, uma maior harmonização normativa, a implementação eficaz dos acordos de cooperação e a capacitação contínua dos agentes reguladores e concorrenciais são medidas fundamentais para garantir que o sistema de defesa da concorrência no Brasil se mantenha coeso e eficiente, beneficiando a economia e os consumidores.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (Anatel). **Resolução nº 590, de 15 de maio de 2012**. Aprova o Regulamento de Exploração Industrial de Linha Dedicada – EILD. Brasília, DF: Conselho Diretor da Anatel, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/22oatxj>. Acesso em: 17 out. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (Bacen). **Acordo em Controle de Concentrações**. ACC celebrado entre Itaú Unibanco Holding S.A., XP Controle Participações e Banco Central do Brasil. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2018a. Disponível em: <https://tinyurl.com/yv94xfqw>. Acesso em: 17 out. 2024.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (Bacen). Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). **Memorando de entendimentos nº/2018**. Relativo aos procedimentos de cooperação na análise de atos de concentração econômica no sistema financeiro nacional. Brasília: Banco Central do Brasil, 2018b. Disponível em: <https://tinyurl.com/29aa9o8e>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Assembléia Nacional Constituinte, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/onpt6dq>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. **Lei complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993**. Institui a Lei Orgânica da Advocacia-Geral da União e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1993. Disponível em: <https://tinyurl.com/ybjuavju>. Acesso em: 24 set. 2024.



BRASIL. **Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964.** Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1964. Disponível em: <https://tinyurl.com/2258j3vg>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Brasília-DF: Presidência da República, 1994. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yhlkdtf>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.** Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Presidência da República, 1997a. Disponível em: <https://tinyurl.com/yttbuj3s>. Acesso em: 12 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997.** Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional do Petróleo e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1997b. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bpcdrfh>. Acesso em: 20 set 2024.

BRASIL. **Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998.** Dispõe sobre o Plano de Carreira dos servidores do Banco Central do Brasil e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1998. Disponível em: <https://tinyurl.com/2xq74vqm>. Acesso em: 18 out. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011.** Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019.** Dispõe sobre a gestão, a organização, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras, [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/286fx689>. Acesso em: 26 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.094.218-DF.** Relatora: Ministra Eliana Calmon, 25 de agosto de 2010. Disponível em: <https://tinyurl.com/23vfnnrq>. Acesso em: 24 set. 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.390.875 - RS (2013/0193352-3).** Relatório e Voto. Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 19 de junho de 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/286fx689>. Acesso em: 26 set. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Acordo de Cooperação Técnica nº 3/2020.** Processo nº 08700.001460/2019-98. Acordo de Cooperação Técnica que entre si celebram a Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade). Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a6v4vyv>. Acesso em: 24 set. 2024.

ESCOBAR, J. C. Mariense. **O Novo Direito de Telecomunicações.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste.** 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

KATO, Mariana Almeida. Condutas anticoncorrenciais tuteladas por órgãos reguladores. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília, v. 24, n. 2, p. 65-77, set. 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2yavansd>. Acesso em: 13 set. 2024.

OLIVEIRA, Gesner; WERNECK, Bruno; MACHADO, Eduardo Luiz. **Agências Reguladoras: A Experiência Internacional e a Avaliação da Proposta de Lei Geral Brasileira**. Brasília: CNI, 2004.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos**. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

TAUFICK, Roberto Domingos. Imunidade *Parker v. Brown*: releitura das doutrinas *state action* e *pervasive power* no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Procuradoria do Banco Central**, Brasília, v. 3, n. 2, p. 75-104, 2009. Disponível em: <https://tinyurl.com/243xo55b>. Acesso em: 13 set. 2024.

VILANOVA, Polyanna; TAFARO, Víctor. Defesa da concorrência e a imunidade antitruste: uma ótica da legislação brasileira. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 4 dez. 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2dl6w67v>. Acesso em: 16 out. 2024.

Não localizada DUTRA, Pedro. **Livre concorrência e regulação de mercados: estudos e pareceres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.



EL ESTÁNDAR DE PRUEBA DE CONOCIMIENTO MÁS ALLÁ DE TODA DUDA RAZONABLE EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR DE INDECOPI - PERÚ: UNA MIRADA DESDE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA (PRESUNCIÓN DE LICITUD) ¹

The standard of proof of knowledge beyond all reasonableness doubt in the administrative sanctioning procedure of Indecopi - Peru: A view from the presumption of innocence (presumption of lawfulness)

Mónica María Bustamante Rúa ²

Investigadora Universidad de Medellín – Medellín, Colombia

Jorge Iván Marín Tapiero ³

Investigador Universidad de Medellín – Medellín, Colombia

Editor responsable: Prof. Dr. Víctor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

¹ **Recibido em:** 12/07/2024 **Aceito em:** 11/06/2025 **Publicado em:** 25/06/2025

² Abogada y Magister en Derecho Procesal – Universidad de Medellín, Doctora en Derecho y Magister en Derecho Procesal – Universidad Nacional de Rosario – Argentina, Investigadora Postdoctoral Universidad de Salamanca.

E-mail: mmbustamante@udemedellin.edu.co **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-1029-1468>

³ Abogado, especialista y Magister en Derecho procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, politólogo de la Universidad Nacional de Colombia.

E-mail: jmarint@udemedellin.edu.co **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-9657-062X>

RESUMEN ESTRUCTURADO

Contexto: Desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los criterios que integran el debido proceso tienen aplicación extensiva a todos los procedimientos, incluido el administrativo sancionador que sigue el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual de Perú (en adelante, Indecopi). En lo que refiere a la relación entre debido proceso y procedimientos nacionales de cualquier naturaleza (judicial o administrativa), es deber de los Estados parte realizar desde sus poderes públicos en cualquier instancia y nivel un análisis de convencionalidad, en el sentido que cualquier norma o actuación del Estado debe ser analizada no solo en función de la norma constitucional nacional, sino también en función de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de Derechos Humanos en general, y en función de la Convención Americana en particular. Por lo cual, con miras a la garantía de los derechos convencionales y constitucionales, debe precisarse cuál es el estándar de prueba aplicable en los procedimientos administrativos sancionadores por conductas que vulneren la libre competencia, que de ninguna manera puede ser arbitraria o puramente subjetiva.

Objetivo: El artículo realiza un análisis sobre las garantías convencionales y constitucionales de presunción de inocencia (presunción de licitud) y el debido proceso en el contexto del procedimiento administrativo sancionador. El análisis de la presunción de inocencia (presunción de licitud) se realiza desde las aristas de regla probatoria (en relación con la carga de la prueba) y regla de juicio (en relación con el estándar de prueba para la respectiva declaración de responsabilidad) con la finalidad de demostrar el alto riesgo de vulneración del debido proceso que existe en el procedimiento administrativo sancionador de Indecopi ante la ausencia de un claro y único estándar de prueba aplicable.

Método: Se realizó una revisión bibliográfica sobre el estándar de prueba en el procedimiento administrativo sancionador de Indecopi – Perú, la protección de la presunción de licitud de las conductas y el debido proceso; desde la interpretación hecha por Indecopi, el Tribunal Constitucional de Perú, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y, desde una perspectiva comparada, el Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (Cade). La revisión fue complementada con un análisis heurístico y propositivo del estándar de prueba aplicable a dicho procedimiento.

Conclusiones: La garantía del debido proceso es integrada por la presunción de inocencia (presunción de licitud) con reconocimiento en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. La garantía de la presunción de inocencia, como derecho humano y derecho fundamental, presenta varias aristas: i) como regla de tratamiento en el proceso; ii) como regla probatoria (relacionado con la carga de la prueba); y iii) como regla de juicio (relacionado con el estándar de prueba para declarar la responsabilidad). Teniendo en cuenta que la presunción de inocencia como regla probatoria reclama suficiente actividad probatoria por parte del órgano investigador, este debe acreditar la existencia de los hechos jurídicamente relevantes investigados, para lo cual, podrá utilizar variedad de medios de prueba entre los cuales se encuentra la prueba indiciaria como prueba indirecta. A la luz de las decisiones proferidas por Indecopi, el estándar de prueba aplicable en el procedimiento administrativo sancionador es el de “conocimiento más allá de toda duda razonable”, también denominado como “plena convicción” o “certeza”, que exige de una adecuada y suficiente actividad probatoria por parte del órgano investigador.



Palabras clave: debido proceso convencional; presunción de licitud; procedimiento administrativo sancionador; estándar de prueba; Indecopi.

STRUCTURED SUMMARY

Context: From the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, the criteria that make up due process have extensive application to all procedures, including the administrative sanctioning procedure followed by the National Institute for the Defense of Competition and Protection of Intellectual Property of Peru (hereinafter, Indecopi). Regarding the relationship between due process and national procedures of any nature (judicial or administrative), it is the duty of the States Parties to carry out a conventionality analysis, in the sense that any norm or action of the State must be analyzed not only in terms of the national constitutional norm, but also in terms of the international obligations assumed by the State in terms of Human Rights in general, and in terms of the American Convention in particular. Therefore, with a view to guaranteeing conventional and constitutional rights, the standard of proof applicable in administrative sanctioning proceedings for conducts that violate free competition must be specified, which can in no way be arbitrary or purely subjective.

Objective: The article analyzes the conventional and constitutional guarantees of presumption of innocence (presumption of lawfulness) and due process in the context of the administrative sanctioning procedure. The analysis of the presumption of innocence (presumption of lawfulness) is carried out from the perspective of the evidentiary rule (in relation to the burden of proof) and the rule of judgment (in relation to the standard of proof for the respective declaration of responsibility) with the purpose of demonstrating the high risk of violation of due process that exists in Indecopi's administrative sanctioning procedure in the absence of a clear and unique applicable standard of proof.

Method: A literature review was conducted on the standard of proof in the administrative sanctioning procedure of Indecopi - Peru, the protection of the presumption of lawfulness of conduct and due process; from the interpretation made by Indecopi, the Constitutional Court of Peru, the Inter-American Court of Human Rights and, from a comparative perspective, Brazil's Administrative Council for Economic Defense (Cade). The review was complemented with a heuristic and propositional analysis of the standard of proof applicable to such procedure.

Conclusions: The guarantee of due process is integrated by the presumption of innocence (presumption of lawfulness) with recognition in international instruments on Human Rights. The guarantee of the presumption of innocence, as a human right and fundamental right, has several aspects: i) as a rule of treatment in the process; ii) as a rule of evidence (related to the burden of proof); and iii) as a rule of judgment (related to the standard of proof for declaring responsibility). Taking into account that the presumption of innocence as an evidentiary rule requires sufficient evidentiary activity on the part of the investigating body, it must prove the existence of the legally relevant facts under investigation, for which it may use a variety of means of proof, including circumstantial evidence as indirect evidence. In light of the decisions issued by Indecopi, the standard of proof applicable in the administrative sanctioning procedure is that of "knowledge beyond reasonable doubt", also known as "full conviction" or "certainty", which requires an adequate and sufficient evidentiary activity by the investigating body.

Keywords: conventional due process; presumption of lawfulness; administrative sanctioning procedure; standard of proof; Indecopi.

Clasificación JEL: K21; K23; K40; K42.

Sumario: 1. Introducción; 2. El necesario punto de partida: Los hechos jurídicamente relevantes en el procedimiento administrativo sancionador; 3. La presunción de licitud (presunción de inocencia) en el derecho administrativo sancionador; 4. Criterios jurisprudenciales de la presunción de inocencia y el debido proceso aplicables al procedimiento administrativo sancionador; 5. La prueba indiciaria en el procedimiento administrativo sancionador y el cuestionamiento frente a la exigencia de los contraindicios; 6. El punto de cierre: el estándar de prueba en el procedimiento administrativo sancionador; 7. Propuesta: Elementos estructurales de un estándar de prueba; 8. Consideraciones Finales; Referencias.

1 INTRODUCCIÓN

El presente artículo realiza un análisis sobre las garantías convencionales y constitucionales de presunción de inocencia (presunción de licitud) y el debido proceso en el contexto del procedimiento administrativo sancionador. El análisis de la presunción de inocencia (presunción de licitud) se realiza desde las aristas de regla probatoria (en relación con la carga de la prueba) y regla de juicio (en relación con el estándar de prueba para la respectiva declaración de responsabilidad). Para ello, se parte de la noción de los hechos jurídicamente relevantes. Luego se presentan los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) y el Tribunal Constitucional del Perú para la presunción de inocencia y el debido proceso aplicables al procedimiento administrativo sancionador, en contraste con la posición del Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (Cade) desde una perspectiva comparada.

Resulta de especial interés la observancia de los criterios establecidos por la Corte IDH, toda vez que han influenciado en la progresividad del debido proceso y tienen aplicación extensiva a todos los procedimientos, incluido el administrativo sancionador que sigue el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi). Además, producto de la convencionalización y constitucionalización de la presunción de inocencia, se entiende que la misma: i) vincula a todos los poderes públicos; ii) es de aplicación directa e inmediata; iii) debe ser interpretada de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos; iv) goza de una vía privilegiada para su protección en los ordenamientos jurídicos nacionales (mecanismo de amparo) y en instancia internacional.

Posteriormente se integra un análisis de la prueba de los hechos en el procedimiento administrativo sancionador, para lo cual, se parte de la relación entre prueba indiciaria (que es el medio de prueba de uso frecuente por Indecopi) y el estándar de prueba (indicios razonables, plena convicción, conocimiento más allá de toda duda razonable). Como consecuencia de este análisis,



se describe la estructura de la prueba indiciaria, detallando sus elementos de hecho base (hecho indicio o premisa menor), regla de la sana crítica (inferencia razonable o premisa mayor) y el hecho presunto o presumido (conclusión). Luego se explica la diferencia entre los hechos jurídicamente relevantes y los hechos indicadores (hechos indicios o premisas menores), sin que pueda concluirse que son equiparables. El hecho indicador sirve de base para la acreditación del hecho jurídicamente relevante, pero es apenas el primer eslabón del indicio, que deberá complementarse con la regla de la sana crítica (máxima de la experiencia, regla de la lógica o de la ciencia – inferencia razonable) que permita arribar como conclusión a la probable ocurrencia del hecho investigado.

A partir de dichos planteamientos, se realiza un análisis sobre el estándar de prueba aplicable en el procedimiento sancionador con relación a la presunción de licitud en su faceta de regla de juicio fáctica. Para ello, se hace una breve mención a la responsabilidad subjetiva en este ámbito, se relacionan algunas resoluciones de Indecopi en las que aplica el estándar de más allá de toda duda razonable o plena convicción y se identifican los grados de convicción definidos por la propia autoridad administrativa sobre la comisión de una infracción administrativa.

Por último, se presentan las conclusiones encaminadas a destacar la importancia de la presunción de inocencia y el debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador.

2 EL NECESARIO PUNTO DE PARTIDA: LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Para los propósitos de este artículo, se entenderá por hecho jurídicamente relevante, aquellos que corresponden a los presupuestos fácticos previstos por el legislador en la norma. La determinación de los hechos descritos por el legislador está supeditada a la adecuada interpretación de la norma, para lo cual debe utilizarse, entre otras herramientas: los criterios de interpretación normativa, la jurisprudencia nacional y la jurisprudencia de la Corte IDH.

Sobre la importancia de los hechos jurídicamente relevantes, manifiesta Taruffo:

El problema de la verdad tiene que ver con todos los hechos que resulten ser jurídica o lógicamente relevantes. Ello se plantea sin duda con respecto a los hechos jurídicamente relevantes, ya que, como se mencionó, de la averiguación de la verdad de los enunciados depende la posibilidad de aplicar válidamente la norma que determina la decisión y, por ende, la justicia de ésta. Sin embargo, también los enunciados que describen hechos lógicamente relevantes tienen que ser comprobados como verdaderos, ya que, de no serlo, no podrían constituir premisas cognoscitivamente válidas para la formulación de inferencias relativas a la verdad o a la falsedad de un enunciado concerniente a un hecho jurídicamente relevante. Todo ello equivale a decir, en el ámbito del proceso, que el juez tiene que fundamentar la decisión en una reconstrucción verídica de todos los hechos relevantes de la causa, obviamente, con base en una evaluación racional de las pruebas en su poder para llegar al conocimiento de estos hechos (Taruffo, 2013, p. 17).

De lo anterior, se reafirma la importancia de la acreditación objetiva de los hechos jurídicamente relevantes consagrados por el legislador como fundamento de la decisión de naturaleza judicial o administrativa. La omisión de la identificación de los hechos jurídicamente

relevantes en el procedimiento administrativo sancionador cuestiona la justicia y coherencia interna de la decisión. En este sentido, expresa Taruffo que la decisión final debe reunir tres condiciones para garantizar que sea justa:

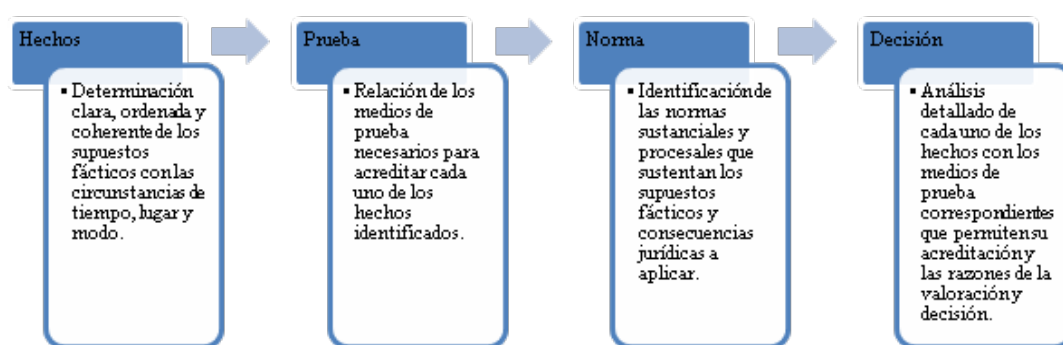
a) el ser la decisión el resultado final de un procedimiento en el cual hayan sido respetadas las garantías procesales; b) el estar fundamentada la decisión en una comprobación verídica de los hechos controvertidos; c) el ser la decisión el resultado de una correcta interpretación aplicativa de las normas pertinentes en el caso concreto (Taruffo, 2006, p. 186).

Para que pueda predicarse una correcta interpretación de las normas pertinentes en el caso concreto debe existir coherencia interna y universalidad de la decisión. Por coherencia interna de la decisión se entiende

la correspondencia entre el caso en cuestión concreto comprobado por el juez (el “hecho”) y el caso abstracto determinado por medio de la interpretación (la “norma”) y referido al caso especial (o sea “concretado”). No es fortuito que sea en la relación entre estos dos elementos fundamentales de la decisión donde se determina el momento central de su posible racionalidad. Esto es más bien obvio puesto que, en el contexto específico de la decisión, es necesario que la norma interpretada sirva para cualificar jurídicamente, “precisamente aquellos hechos” que el juez ha comprobado como verdaderos (no otros hechos, o hechos hipotéticos, pero no probados en juicio) (Taruffo, 2006, p. 187).

La elección, interpretación y aplicación normativa no es coherente cuando la decisión está sustentada en errores de apreciación probatoria, motivaciones aparentes o sofísticas y hechos hipotéticos no identificados en la decisión. En la siguiente gráfica se observa la correcta ilación de estos elementos para una decisión justa:

Gráfico 1. Relación lógica entre hechos, pruebas, normas y decisión



Fuente: elaboración propia.

La adecuada identificación de los hechos jurídicamente relevantes en los procedimientos administrativos sancionadores está directamente relacionada con la afectación al principio, derecho humano y fundamental de la presunción de inocencia desde una vertiente material, así como con el

debido proceso y la congruencia de la decisión; que pasarán a estudiarse pormenorizadamente.

3 LA PRESUNCIÓN DE LICITUD (PRESUNCIÓN DE INOCENCIA) EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

La presunción de licitud en los procedimientos administrativos sancionadores deriva del principio, derecho humano y fundamental de la presunción de inocencia, consagrado en el artículo 2 numeral 24 literal e) de la constitución política del Perú y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH). Este derecho goza de un doble carácter: i) una vertiente material relacionada con la acreditación de los hechos jurídicamente relevantes y la culpabilidad en la comisión de las conductas investigadas; y ii) una vertiente formal relacionada con el régimen probatorio.

La naturaleza sustancialmente procesal de la presunción de inocencia, se manifiesta en que la carga de la prueba recae sobre la Administración permitiendo la destrucción de la presunción, la cual es siempre posible (en cuanto que es iuris tantum) pero como mínimo debe suponer la prueba de los hechos constitutivos y de los elementos integrantes del tipo. La imputación de responsabilidad no puede realizarse por simples indicios y conjeturas, sino que debe estar suficientemente razonada (Perú, 2017b, p. 27).

Así, desde la experiencia española, la presunción de inocencia como regla probatoria ha sido analizada por la jurisprudencia, declarando que tiene implicaciones directas sobre cómo debe ser el procedimiento probatorio con todas las garantías procesales que permita la derrota de la presunción mediante una decisión de condena. Para Ferrer Beltrán (2010, p. 12) se deben cumplir unos requisitos para que la presunción sea vencida y no violada, estos son: a) debe ser la conclusión de un procedimiento en el que haya existido una mínima actividad probatoria; b) que pueda considerarse como prueba de cargo; c) suministrada por la acusación; d) practicada en juicio oral; y e) que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales.

En ese sentido, sostiene Climent Durán (1999) que en principio la jurisprudencia española parte de la afirmación de que cualquier persona es inocente, a menos que otra cosa se pruebe, lo cual significa primero que nadie está obligado a probar su propia inocencia y de otro lado, que quien afirme la culpabilidad de otra persona tendrá la carga de probarlo, de allí que la presunción *iuris tantum* sobre la inocencia de que goza el acusado, desplaza hacia el acusador la carga de probar que el acusado ha cometido un delito.

Y puntualmente valora que la prueba habrá de ser suficiente, legítima y racional, esto es, que la actividad probatoria ha de generar como resultado la producción de una prueba que: a) respete las exigencias legales para su producción (legitimidad); b) cuente con una mínima actividad probatoria (suficiente); c) su valoración se adecue a las exigencias impuestas por las enseñanzas de la experiencia (racional). En esa medida concluye el autor español que no cabe invertir la carga de la prueba cuando no hay prueba de cargo al decir:

Cuando no se ha logrado reunir una prueba de cargo que sea bastante para destruir la presunción de inocencia, es inaceptable invertir la carga de la prueba, derivando hacia el acusado la carga de probar su propia inocencia o de su no culpabilidad. Esto significaría implantar una presunción de culpabilidad en sustitución de la

Así las cosas, la presunción de inocencia hace referencia no solo al modo en que se establece la responsabilidad, sino también cómo opera la carga de la prueba. Esta reflexión propia del escenario penal resulta igualmente aplicable al escenario del derecho administrativo sancionador desde el principio de licitud, dado que no es el administrado quien debe probar su inocencia, pues él se presume inocente hasta tanto el Estado (Indecopi) pruebe lo contrario, esto es, que tiene responsabilidad subjetiva y que se ha desvirtuado la presunción de licitud (presunción de inocencia).

En un Estado democrático y constitucional de Derecho (a la luz del artículo 43 constitucional peruano) (Perú, 1993) corresponde siempre a la organización estatal (en este trabajo, Indecopi) la carga de probar que el administrado es responsable o que produjo o que participó en la comisión de la conducta imputada, lo que se conoce como principio *onus probandi incumbit actori*.

La actividad probatoria que despliega el organismo investigador, esto es, la Secretaría Técnica de Indecopi, debe entonces encaminarse a destruir la presunción de que goza el imputado, a producir la prueba respetando las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional. Así pues, no le incumbe al administrado desplegar actividad probatoria a fin de demostrar la presunción de licitud (presunción de inocencia), pues exigirlo implicaría la demostración de un hecho negativo.

Además, recuérdese que la presunción de inocencia es transversal a todo tipo de procedimientos de naturaleza jurisdiccional o administrativa, a partir de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos y desde la interpretación de la Constitución Política del Perú de 1993, tiene el rango de derecho humano y derecho fundamental, en virtud del cual, el imputado en el procedimiento administrativo sancionador, no está obligado en este escenario y de ninguna manera a presentar prueba de su inocencia. Este derecho le acompaña desde el inicio de la investigación administrativa hasta la decisión final y se le apareja del grado de convicción como estándar de prueba. Pretender lo contrario sería invertir inadecuada, inconvencional e inconstitucionalmente la carga de la prueba a cargo del Estado peruano.

4 CRITERIOS JURISPRUDENCIALES DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DEBIDO PROCESO APLICABLES AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

A continuación, se presentan los criterios jurisprudenciales establecidos por la Corte IDH y el Tribunal Constitucional del Perú con relación a la presunción de inocencia y el debido proceso, aplicables al procedimiento administrativo sancionador. El estudio y relación detallada que se presenta tiene como propósito demostrar que Indecopi, como entidad administrativa sancionadora del orden nacional, también debe aplicar y respetar dichos criterios, so pena de incurrir en el desconocimiento de garantías como la presunción de inocencia (presunción de licitud), que puede conllevar a una nulidad procesal por violación al debido proceso o incluso conducir al ejercicio legítimo del mecanismo constitucional de amparo.

Debe tenerse en cuenta que la presunción de inocencia ha sido reconocida como un derecho humano en el artículo 8.2 de la CADH (1969) y como derecho fundamental en el artículo 2 numeral 24 literal e) de la Constitución Política de Perú de 1993. Asimismo, en el procedimiento administrativo

sancionador se consagra bajo la nominación de presunción de licitud como un principio de la potestad sancionadora administrativa, en el artículo 248 numeral 9 del Texto Único Ordenado de la Ley nº 27444, en los siguientes términos: “9. Presunción de licitud. Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario” (Perú, 2001).

En consecuencia, teniendo en cuenta la importancia de la presunción de inocencia como principio, regla probatoria (carga de la prueba en cabeza de la administración) y como regla de juicio (en relación con la exigencia del estándar de prueba para desvirtuarlo), a continuación, se presentan los desarrollos jurisprudenciales en Corte Interamericana y Tribunal Constitucional del Perú.

Debe tenerse en cuenta, en lo que refiere a la relación entre debido proceso y procesos nacionales, el deber de los Estados de realizar un análisis de convencionalidad, en el sentido que cualquier norma o actuación del Estado (incluido Indecopi como autoridad administrativa sancionadora) debe ser analizada no solo en función de la norma constitucional nacional, sino también en función de las obligaciones internacionales asumidas por aquel en materia de derechos humanos, en general, y en función de la CADH en particular. Así, se observa cómo la jurisprudencia de la Corte IDH ha influenciado en la progresividad del debido proceso, extendiéndolo a los procedimientos administrativos sancionadores como el que sigue Indecopi y definiéndolo incluso en la actualidad como un debido proceso renovado que impacta en todo el sistema de protección de derechos humanos en los países de Latinoamérica:

El debido proceso es el derecho – base de todo sistema de protección de derechos y refleja, como pocos, la evolución y dinamismo de la teoría y práctica del marco jurídico de los derechos humanos. En efecto, el debido proceso ha sufrido un doble proceso de expansión. Por un lado, aunque anclado inicialmente en el marco del derecho penal, el debido proceso es hoy una verdadera línea transversal en la función evaluadora de cualquier instancia de poder público, o incluso privado, que pueda de alguna manera afectar los derechos. En este sentido, ha experimentado una expansión que llamaremos horizontal. Pero, adicionalmente, el derecho al debido proceso ha sabido incluir cada vez mayores garantías y contenidos en su definición misma comprendiendo facetas distintas e innovadoras de garantías bien establecidas como el tribunal competente, independiente e imparcial, la noción de plazo razonable, el derecho de defensa o la protección judicial, entre otros. A ello nos referimos como expansión vertical (Salmon; Blanco, 2012, p. 45).

Sobre la aplicación del debido proceso en otras materias, precisa García Ramírez y Negrete Morayta (2015, p. 20) exjuez del tribunal interamericano, que la jurisprudencia de la Corte ha atribuido un “carácter expansivo” a las garantías previstas en el artículo 8.2 de la CADH, para ampliar la tutela judicial en todos los supuestos. En lo que respecta a la expansión horizontal del debido proceso, Bustamante Rúa, Toro Garzón y Marín Tapiero (2019, p. 228) encuentran las siguientes características:

- a) Que la garantía del debido proceso se extiende a todo acto emanado del Estado que pueda afectar derechos. En consecuencia, no se restringe ni a los procesos judiciales, ni entre ellos solo a los procesos penales, dado que incluye los procedimientos administrativos sancionadores y la inserción de otras materias como la fiscal laboral, civil, disciplinaria, electoral y el procedimiento de juicio político.

b) Los efectos protectores del debido proceso no se limitan al momento mismo del desarrollo del proceso, sino que se extiende temporalmente desde la fase previa de investigaciones hasta la etapa final del proceso que comprende incluso la ejecución de las sentencias o resoluciones.

En este sentido, la jurisprudencia convencional no es simplemente orientadora, sino que resulta obligatoria para todas las autoridades (en su dimensión subjetiva y objetiva), con independencia del procedimiento interno que realicen los órganos y autoridades internas para coordinar su implementación y cumplimiento, así como los demás actos que se realicen para dar a conocer y adoptar la sentencia y jurisprudencia internacional (Ferrer Mac-Gregor, 2011, p. 328).

Por lo anterior, se interpreta que la jurisprudencia en materia de presunción de inocencia y debido proceso en materia penal se debe extender a los procedimientos administrativos sancionadores como pasará a verse.

4.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos - Presunción de inocencia y debido proceso

En los casos Cantoral Benavides vs Perú (2000), Ricardo Canese vs Paraguay (2004), Cabrera García y Montiel Flores vs México (2010), Rosendo Cantú y Otra vs México (2010), Leopoldo Mendoza vs Venezuela (2011), Zegarra Marín vs Perú (2017) y Petro Urrego vs Colombia (2020)⁴, la Corte IDH fijó los siguientes criterios jurisprudenciales con relación a la presunción de inocencia: i) no puede ser desvirtuada mientras no obre plena prueba de la responsabilidad y que satisfaga el estándar de prueba; ii) puede ser violada por cualquier autoridad pública; iii) es regla de juicio y regla de prueba; iv) es condición de posibilidad para la realización de las demás garantías judiciales; v) se relaciona con el principio *onus probandi*, según el cual, la carga de la prueba corresponde a la parte que acusa; vi) no le corresponde al acusado demostrar su inocencia.

Como lo Plantea Ferrer Mac-Gregor (2011), un alto porcentaje de la producción jurisprudencial en este tribunal interamericano está relacionado con las garantías judiciales que consagra el artículo 8 de la CADH, esto es, el debido proceso convencional al cual se integra la presunción de inocencia. A continuación, se relacionan solo algunos casos que desarrollan reglas jurisprudenciales para el debido proceso. En los casos Tribunal Constitucional vs Perú (2001), Baena Ricardo y otros vs Panamá (2001), Ivcher Bronstein vs Perú (2001), Claude Reyes y otros vs Chile (2006), Yvon Neptune vs Haití (2008), Ruano Torres y Otros vs El Salvador (2015), Chocrón Chocrón vs Venezuela (2011), López Mendoza vs Venezuela (2011), López Lone y Otros vs Honduras (2015), García Ibarra vs Ecuador (2015) y J vs Perú (2013), el tribunal interamericano fijó los siguientes criterios jurisprudenciales con relación a esta garantía: i) su aplicación no se limita a los recursos judiciales; ii) se aplica en cualquier materia, incluyendo actos administrativos sancionatorios (casos Baena Ricardo & Otros vs Panamá 2001 e Ivcher Bronstein vs Perú 2001); iii) el procesado tiene derecho a conocer los motivos en que se basa la decisión de acusación y la resolución del caso; iv) toda persona tiene derecho a conocer la imputación en un lenguaje claro y comprensible, con precisión del fundamento normativo de la conducta atribuida; v) la argumentación del fallo y ciertos actos administrativos deben permitir conocer cuáles son los hechos, los motivos y las normas que tuvo en cuenta la autoridad para tomar

4 Todos los procesos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos mencionados en este artículo pueden consultarse en la página: https://www.corteidh.or.cr/casos_sentencias.cfm.



la decisión, a fin de descartar cualquier asomo de arbitrariedad; vi) implica un deber de motivación explícito de la decisión.

4.2. Tribunal Constitucional del Perú - Presunción de inocencia y debido proceso

La cuarta disposición final de la Constitución Política del Perú de 1993 establece que las normas y garantías que la Constitución reconoce, entre ellas, la presunción de inocencia y el debido proceso, deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales sobre la materia que han sido ratificados por el Perú (Perú, 1993). Al respecto, debe tenerse en cuenta que la CADH fue aprobada por el Estado peruano por el Decreto Ley nº 22231 de 1978. Por lo cual, toda interpretación sobre derechos humanos que realice cualquier autoridad debe hacerse de sujeción a las disposiciones de este tratado internacional y la interpretación que sobre el mismo realiza el tribunal interamericano.

El artículo 2º numeral 24 literal e) de la Constitución Política de Perú de 1993, se reconoce el derecho de toda persona a ser considerada inocente mientras no se le haya declarado judicialmente su responsabilidad (Perú, 1993).

Precisamente en la Sentencia número 0618-2005-HC/TC del 4 de agosto de 2005, el Tribunal Constitucional del Perú sobre la presunción de inocencia, indicó que es una presunción *iuris tantum*, según la cual “a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario”. Este es un criterio que se extiende al procedimiento administrativo sancionador, dado que la autoridad administrativa debe probar los hechos jurídicamente relevantes y la responsabilidad subjetiva del administrado con respeto al principio de licitud.

Debe llamarse la atención sobre la escasa cantidad de precedentes vinculantes que refieran la presunción de inocencia en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú, sin los cuales se carece de un marco interpretativo claro sobre los alcances y límites de este principio y derecho, tornándose imperativa la observancia de los pronunciamientos interamericanos ya descritos.

De igual manera, con relación al alcance del debido proceso, en sentencias 2192-2004-AA/TC del 9 de febrero de 2005, 2939-2004-AA/TC del 26 de octubre de 2005, 03741-2004-AA/TC del 11 de octubre del 2006, 08865-2006-PA/TC del 22 de mayo de 2007 y 05085-2006-PA/TC del 7 de mayo del 2007, el Tribunal Constitucional del Perú fijó los siguientes criterios: i) los principios que informan la potestad punitiva del Estado (entre ellos, el de legalidad y culpabilidad) son principios básicos del proceso sancionador; ii) el debido procedimiento administrativo se extiende también a las personas jurídicas; iii) el debido proceso se extiende al procedimiento administrativo siguiendo la jurisprudencia de la Corte Interamericana; iv) el debido proceso en sede administrativa integra un conjunto de principios y derechos que forman parte de su contenido mínimo.

Los criterios jurisprudenciales sobre la presunción de inocencia y el debido proceso establecidos por la Corte IDH y el Tribunal Constitucional del Perú llaman la atención sobre el deber de control de convencionalidad en cabeza de Indecopi, en el sentido que sus decisiones deben respetar no solo las normas nacionales constitucionales, legales o administrativas, sino también las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano en materia de Derechos Humanos. Por lo cual, Indecopi debe aplicar dichos criterios jurisprudenciales del nivel convencional y constitucional so pena de incurrir en el desconocimiento de garantías como la presunción de inocencia (presunción

de licitud), el principio de legalidad y el derecho de defensa.

El desconocimiento de las garantías y derechos de la convención por algún Estado parte a través de sus diferentes órganos, organismos y entidades públicas, una vez se hayan agotado los mecanismos dispuestos por el ordenamiento interno respectivo, habilita para que sea el Sistema Interamericano de Derechos Humanos el que conozca el asunto, primero a través de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y, en última ratio, por medio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5 LA PRUEBA INDICIARIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL CUESTIONAMIENTO FRENTE A LA EXIGENCIA DE LOS CONTRAINDICIOS

Indecopi es una entidad adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros del Perú, que desarrolla sus funciones de acuerdo con lo señalado en su Ley de Organización y Funciones aprobada por Decreto Legislativo nº 1033, según el cual, es el órgano encargo de vigilar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, la eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que afectan a los ciudadanos y empresas, defender la libre y leal competencia, proteger los derechos de los consumidores, entre otras labores conexas con las ya enunciadas.

En consecuencia, para el desarrollo de dichas funciones y, en especial, para la acreditación de las conductas que vulneran el orden económico y demás bienes jurídicos tutelados por su competencia, Indecopi puede utilizar variedad de medios de prueba, tales como documentos, declaraciones de parte, testimonios, inspecciones, pericias, u “otras pruebas si a criterio de la Secretaria Técnica son necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados o imputados” así lo consagra el artículo 30 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y, en forma similar, el artículo 26 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal (Perú, 2019).

En el ordenamiento jurídico de Perú, el indicio es medio de prueba autónomo transversal a todos los procedimientos (incluyendo el administrativo sancionador). Por lo cual, conviene precisar el concepto de indicio, así como la estructura de la prueba indicaría para que sea suficiente como prueba indirecta para desvirtuar la presunción de licitud (presunción de inocencia). Se entiende por indicio: “cualquier cosa o circunstancia de la que se puedan extraer inferencias y formular conclusiones sobre la verdad o falsedad de un enunciado que se refiere a un hecho relevante para la decisión” (Taruffo, 2015, p. 104).

Sobre la estructura del indicio, precisa Taruffo (2015, p. 104) que “su estructura argumentativa se basa en inferencias, en las que, a partir de una premisa construida con base en lo que se asume como indicio –o como fuente de presunción simple, o como ‘materia de prueba’– se llega a consecuencias sobre un *factum probandum*”.

Por lo tanto, la prueba por indicios puede expresarse mediante la siguiente estructura:

- i) Hecho base o indicio (premisa menor) - punto de apoyo de toda presunción, de carácter indirecto y sobre el que se asienta el resto de los demás elementos.
- ii) Reglas de la sana crítica: principios de la lógica, máximas de la experiencia y conocimientos científicos (premisa mayor).



ii) Hecho presunto o presumido (conclusión) – consecuencia que se deduce del hecho básico (Nieva Fenoll, 2012, p. 8-9).

Sobre la premisa menor explica Manzini (1952; *apud* San Martín Castro, 2017, p. 9) que consiste en la comprobación de un hecho concreto, en tanto la premisa mayor debe estar fundada en la experiencia o en el sentido común. De la conjunción de ambas premisas se deriva el hecho presumido o conclusión, “sacada de la referencia de la premisa menor (hecho concreto y cierto) a la premisa menor (abstracta y problemática) – a lo abstracto se une lo concreto” (San Martín Castro, 2017, p. 9).

Con relación a la posibilidad de utilizar los indicios como medios de prueba en el ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal Constitucional (2008)⁵ ha precisado que no es suficiente “con expresar que la conclusión corresponde a las reglas de la lógica, las máximas de experiencia o a los acontecimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene”⁶. Por lo cual, el Tribunal Constitucional exige que las autoridades expliquen cuáles son los indicios probados y el hecho a probar a partir de ellos, explicando el razonamiento empleado de modo que si fueran varias las conclusiones posibles –como podría ser como consecuencia de una prueba en contrario– se expliciten también los motivos por los cuales se descartó alguno en favor de otro.

Para construir el indicio, debe establecerse: i) la existencia del HECHO INDICADOR (hecho indicio o premisa menor) a través de otro medios de prueba, por ejemplo de la prueba testimonial; ii) la RELACIÓN LÓGICA entre el hecho indicador (hecho indicio o premisa menor) y el hecho indicado (conclusión), para lo cual debe explicarse la INFERENCIA RAZONABLE determinando cuál es la máxima de la experiencia, regla de la lógica o regla de la ciencia que resulta aplicable al caso, lo que exige una motivación expresa; iii) debe darse cuenta de las diversas conclusiones a las que podría llegarse con el razonamiento lógico propuesto y explicarse por qué se elige la que se estima más adecuada como construcción lógica.

En esta perspectiva vale la pena traer a colación algunos análisis que realiza la doctrinante Ramírez Carvajal (2017, p. 188-189), para quien la valoración conjunta de la prueba se realiza a partir de inferencias grupales y se justifica desde dos aspectos:

a) toda vez que el conjunto permite determinar la convergencia se obtiene de la inferencia indiciaria que aporta cada medio de prueba hacia una misma conclusión, y b) el conjunto permite contrastar la circunstancia, esto es la coherencia en cuanto a tiempo, modo y lugar, de donde surgen los elementos de prueba.

Por su supuesto, al tratarse de una estructura del intelecto debe contener entendimiento, discernimiento y facultades comprensivas.

En ese sentido, se entiende que el HECHO INDICADOR (hecho indicio o premisa menor) es un instrumento que sirve al MEDIO DE PRUEBA INDICIARIO para su elaboración lógica, que por sí mismo no supe los presupuestos fácticos previstos por el legislador en la tipificación de la conducta y que deben acreditarse por diversos medios probatorios, tanto prueba directa como prueba indirecta para ser valorados de manera individual y de manera conjunta. Al estructurarse la hipótesis de la

5 Todos los documentos mencionados en este artículo están disponibles en: <https://www.tc.gob.pe/consultas-de-causas/>.

6 Sentencia 03847- 2021-HC/TC, fundamento 6.

realización de la conducta típica, deben especificarse los HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES con el detalle de sus circunstancias de tiempo, modo y lugar, la conducta (activa u omisiva) que se le endilga al administrado como persona natural o jurídica y sus elementos estructurales.

Si en lugar de ello, solo se enuncian genéricamente los HECHOS INDICADORES (hecho indicio o premisa menor) sin describir la INFERENCIA (a través de la regla de la lógica, la ciencia o máxima de experiencia) para derivar la comprobación de un HECHO JURÍDICAMENTE RELEVANTE (hecho indicado o conclusión) o se limita a hacer una exposición gaseosa de los medios de prueba de los hechos jurídicamente relevantes y de los hechos indicadores, la atribución de responsabilidad resulta inadecuada y en consecuencia objetiva con afectación de la garantía de la presunción de licitud (presunción de inocencia). Al carecer de estos requisitos, la decisión estaría ante un supuesto de motivación sofisticada, aparente o falsa que socava la estructura fáctica y jurídica del fallo.

La prueba por indicios exige que exista pluralidad de indicios adecuadamente fundamentados; plenamente acreditados (por lo que deben descartarse la mera sospecha o aquellos indicios respecto de los cuales exista duda o sea tan solo probable su efectiva realización. Además, se requiere de indicios periféricos o concomitantes al hecho a probar, esto es, que exista una conexión directa entre los indicios para apreciar de mejor manera, el fundamento de la inferencia realizada; deben estar interrelacionados entre sí y quedar explícito el razonamiento en la resolución, dado que la motivación es uno de los requisitos de validez de la prueba indiciaria.

Los contraindicios persiguen crear duda en el operador jurídico sobre la realidad de un indicio determinado. A través de ello puede cuestionarse: i) la existencia del hecho indicador (hecho indicio o premisa menor), ii) que el hecho indicador (hecho indicio o premisa menor) no ha quedado suficientemente probado, iii) la existencia de otro hecho que resulta incompatible con la estructura lógica del indicio que se contraprueba, o iv) la existencia de alternativas fácticas que ponen en duda la realidad del hecho indicador (hecho indicio o premisa menor).

No obstante, debe advertirse que, en respeto del principio y derecho de la presunción de licitud (presunción de inocencia como regla probatoria), la regla general debe ser que el órgano investigador acredite suficientemente la existencia de los indicios que pretende hacer valer y cada uno de sus elementos estructurales, sin que pueda exigirse necesariamente que se pruebe la inocencia del investigado a través de los contraindicios, porque ello implicaría una inversión injustificada de la carga de la prueba, como en algunos casos lo ha hecho Indecopi (v. gr. Resolución Final 395-2024)⁷. Fernandes e Jesus Júnior (2023) presentan una propuesta de prueba indiciaria en materia económica para la acreditación de cárteles en Brasil, lo que denota la importancia de esta discusión en materia administrativa sancionadora.

Así, se verificó que la jurisprudencia del Cade⁸ es pacífica con relación al estándar de prueba requerido para la demostración de cárteles que afectan la competencia en el mercado: “sobre la utilización de la norma jurídica del régimen per se, caracterizada por la presunción de perjuicio para la competencia, dada la imposibilidad de que estos acuerdos colusorios produzcan efectos beneficiosos para los consumidores”^{9,10}.

7 Todas las resoluciones mencionadas en este artículo están disponibles en: <https://x.gd/YAOMW>.

8 Todos los casos públicos Cade mencionados en este artículo pueden consultarse en: <https://x.gd/E5DRb>.

9 Processo Administrativo nº 08012.001826/2003-10.

10 Processo Administrativo nº 08700.007278/2015-17.



6 EL PUNTO DE CIERRE: EL ESTÁNDAR DE PRUEBA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Según Bustamante Rúa y Palomo Vélez (2018), la presunción de inocencia, en su faceta de regla de juicio fáctica, precisa de unos requisitos que deberán cumplirse para alcanzar legítimamente un juicio de responsabilidad: a) Solo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la certeza de la responsabilidad, si no se produce tal convencimiento, debe operar la presunción de inocencia; b) La prueba practicada debe constituir una “mínima actividad probatoria de cargo”; c) La prueba debe haberse obtenido y practicado con todas las garantías (contradicción, publicidad y sin vulneración de los derechos fundamentales).

La presunción de inocencia (presunción de licitud) comprende adicionalmente la necesaria motivación de las sentencias o resoluciones en relación con el estándar de prueba alcanzado, esto es, el deber de motivación que se impone al juez y autoridad administrativa: a) la motivación fáctica inferida de la prueba practicada, en la que deberán consignarse hechos enlazados con las cuestiones que se han de resolver en la sentencia o resolución administrativa, con declaración expresa de los que se estiman probados; b) una valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos declarados probados en el proceso jurisdiccional o en el procedimiento administrativo sancionador.

Se precisa que para destruir esa presunción se requiere una mínima actividad probatoria de cargo, de la que puede deducirse la responsabilidad en el escenario judicial o administrativo; misma que deberá ser producida a instancia de la acusación/ administración y con todas las garantías, procesales y legales, especialmente que se hayan obtenido lícitamente, de conformidad con los principios de publicidad, contradicción y que se plasme con la debida motivación en la decisión judicial o administrativa.

Desde la doctrina, se ha interpretado que la incorporación del principio de culpabilidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador constituye un avance en la materia de cara a la importancia de configurar responsabilidad subjetiva y no meramente objetiva (artículo 2 del Decreto Legislativo nº 1272). (Perú, 2017a). Ello implica que la entidad pública con potestad sancionadora se encuentra obligada para acreditar probatoriamente la responsabilidad subjetiva (dolo o culpa) como elemento indispensable para la imputación de una infracción administrativa. Al respecto, el Tribunal Constitucional del Perú como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora, señala en la Sentencia del 3 de enero de 2003 (Expediente 0010-2002-AI/TC) y en la Sentencia del 24 de noviembre de 2004 (Expediente 2868-2004-AA/TC), que las sanciones solo pueden sustentarse en la comprobación de la responsabilidad subjetiva del agente infractor.

De esta manera, la atribución de responsabilidad administrativa exige de un análisis que examine la motivación y voluntad del sujeto infractor con respaldo probatorio. Aun cuando en la responsabilidad administrativa objetiva no corresponde evaluar los elementos subjetivos del dolo o la culpa sí se debe evaluar la existencia de nexo causal entre el sujeto y la conducta infractora, sobre todo porque en este tipo de responsabilidad el único criterio a tomar en cuenta es el hecho (acción u omisión) constitutivo de infracción sancionable.

6.1. Estándar de prueba “conocimiento más allá de toda duda razonable” en el procedimiento administrativo sancionador

Los estándares de prueba son los criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho, son los criterios que indican cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis. Respecto del tema, se ha señalado desde la doctrina (Ferrer Beltrán, 2010; Taruffo, 2006) que la construcción de un estándar de prueba implica dos cosas: la primera de ellas, decidir qué grado de probabilidad o certeza se requiere para aceptar una hipótesis como verdadera; la segunda implica formular objetivamente el estándar de prueba, esto es, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado conocimiento. Por lo cual, se plantea que para hablar de estándares de prueba se debe responder a la pregunta: ¿cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis y que descansará en última instancia en exigencias o grados de confirmación? (Bustamante Rúa, 2014, p. 74).

En lo que refiere al grado de conocimiento para sancionar en el procedimiento administrativo sancionador debe acreditarse probatoriamente los hechos jurídicamente relevantes y la responsabilidad subjetiva “más allá de toda duda razonable”. Esta posición ha sido planteada por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú al decir:

[...] se entiende que para resolver en contra de un administrado en un PAS es necesario que la administración cuente con evidencia que demuestre que el acusado cometió la infracción que se le imputa. Ahora bien, el nivel de probanza de la acusación es que esta se encuentre “probada más allá de toda duda razonable”. En otras palabras, solo se puede condenar a un administrado si la acusación es la única hipótesis posible que explica los hechos probados del caso. Si existe otra teoría que pueda explicar los hechos probados del caso, entonces no se puede condenar al acusado (Perú, 2017b, p. 45).

En el mismo sentido, Cardich (1996, p. 192), precisó que:

En el sentido [de] que las sanciones administrativas son una subespecie del género «sanciones punitivas» [...] los principios del debido proceso penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho Administrativo sancionador [...] la potestad sancionadora de la Administración debería ser un monopolio judicial del Estado, pero éste por motivos pragmáticos atribuye la represión de los ilícitos de menor relevancia a la Administración.

Por ello, a la luz de algunas decisiones proferidas por Indecopi¹¹, el estándar de prueba aplicable en el procedimiento administrativo sancionador es el de “conocimiento más allá de toda duda razonable”, también denominado como “plena convicción” o “certeza”. Entre ellas se destacan las Resoluciones 1171-2006 /TDC-Indecopi del 2 de agosto de 2006; 0649-2008/TDC-Indecopi del 1 de abril de 2008; 0171-2020/SDC-Indecopi del 30 de diciembre 2020; 0037-2021/SDC-Indecopi del 4 de marzo de 2021; y 015-2021/SLC- Indecopi del 5 de mayo de 2021. Posiciones que contrastan con otros pronunciamientos del mismo organismo, en cuyos términos:

11

Todas las resoluciones mencionadas en este artículo están disponibles en: <https://x.gd/PiJeq>.

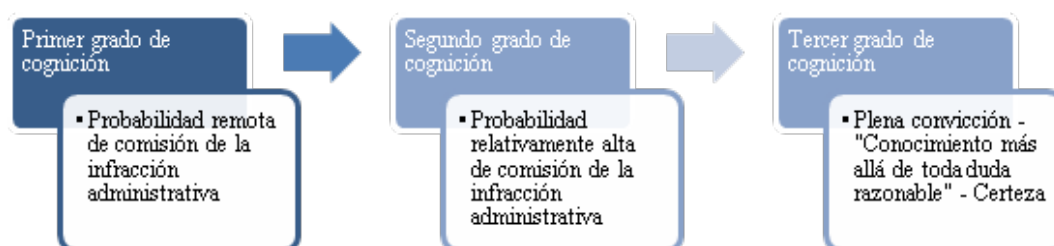


En ese sentido, si bien generalmente los principios reconocidos por el derecho penal resultan aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores (presunción de inocencia, legalidad, non bis in idem, proporcionalidad de las penas, entre otros), ello no implica que toda institución aplicable a los procesos penales deba ser replicada en el procedimiento administrativo. De esta manera, no podría equipararse el estándar probatorio exigido para acreditar la responsabilidad de los agentes económicos por infracciones administrativas con aquel utilizado para declarar la culpabilidad de las personas en los procedimientos penales, cuya gravedad y reproche resulta mayor. Sin embargo, incluso en casos de infracciones administrativas, la Comisión deberá formarse plena convicción sobre los hechos que sustentan una declaración de responsabilidad (Indecopi, Resolución 014-2022).

De igual manera, en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia del Perú, para el proceso penal resulta también exigible como estándar de prueba el de “conocimiento más allá de toda duda razonable”, que exige de una adecuada y suficiente actividad probatoria por parte del órgano investigador. No obstante, esta posición no ha sido uniforme en las decisiones del órgano administrativo sancionador peruano¹², quien suele exigir la configuración de contraindicios a cargo del investigado como carga probatoria encaminada a reafirmar la licitud o inocencia de la conducta, que debería presumirse.

Como se observa en el siguiente gráfico, Indecopi ha reconocido tres grados de cognición a los que puede arribar la autoridad administrativa respecto de la comisión de una infracción administrativa durante el desarrollo de un procedimiento administrativo sancionador. Cada grado de convicción permitirá tomar decisiones que impulsen o decidan de fondo el proceso, siendo el de “plena convicción” el estándar de mayor exigencia y el necesario para fallar sobre la comisión de la conducta constitutiva de infracción administrativa. Cabe acotar que este estándar también es denominado por Indecopi como “certeza” y “conocimiento más allá de toda duda razonable”.

Gráfico 2 - Grados de convicción de la autoridad administrativa sobre la comisión de una infracción administrativa



Fuente: elaboración propia a partir de Resolución 0649-2008/TDC-Indecopi del 1 de abril de 2008 y Resolución 0171-2020/SDC-Indecopi del 30 de diciembre 2020.

Debe tenerse en cuenta que hablar de estándar de prueba en el procedimiento administrativo sancionador no significa una especie de regreso a la prueba tasada, dado que su estándar de prueba se plantea como regla de juicio en la valoración conjunta de la prueba con el propósito de adoptar una decisión final sobre la declaración o no de responsabilidad administrativa. Este parte de tres momentos fundamentales en el proceso de toma de la decisión por la autoridad administrativa sancionadora sobre los hechos jurídicamente relevantes, momentos que son lógicamente distintivos y sucesivos. Ellos son: i) la conformación del conjunto de elementos de juicio o prueba por la Secretaría Técnica de Indecopi, ii) la valoración de los elementos de juicio o prueba por la autoridad administrativa, y iii) la adopción de la decisión sobre los hechos probados y conforme al estándar de prueba definido en el respectivo procedimiento.

7 PROPUESTA: ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE UN ESTÁNDAR DE PRUEBA

Tanto en el proceso penal como en el procedimiento administrativo sancionador, teniendo en consideración el alcance de la presunción de inocencia y la presunción de licitud, se hace necesario que en materia de estándar de prueba para declarar la responsabilidad penal o administrativa se cumpla: i) condición de verificabilidad de la hipótesis acusatoria (en el proceso penal) o de la hipótesis de imputación (en el procedimiento administrativo sancionador) de una conducta típica reprochable a un agente, verificable en cuanto a su antijuridicidad o lesividad a un bien jurídicamente tutelado; ii) condición de verificación de la prueba de la imputación a partir de medios pertinentes, relevantes y útiles; iii) condición de comprobación de la hipótesis de la acusación o de la imputación desde el principio de presunción de inocencia y el principio de licitud; y iv) condición de adecuada motivación de la decisión desde la garantía de presunción de inocencia.

El estándar de prueba debe permitirle a la autoridad reconocer qué debe identificar en cada medio de prueba para fijar los hechos de la controversia y construir su inferencia. En consecuencia, el estándar de prueba debe ser la guía para realizar un control sobre la actividad valorativa para la fijación de los hechos de la hipótesis de imputación en el procedimiento administrativo sancionador.

De modo que, tras identificar que el conocimiento más allá de toda duda razonable o plena convicción o certeza es el estándar de prueba que doctrinal y jurisprudencialmente se ha determinado como exigible en materia penal, a su vez reconocido por el propio Indecopi y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos como el grado de convicción al que se debe llegar para la imposición de sanciones administrativas, necesariamente debe colegirse una íntima relación entre la materia penal y la administrativa sancionadora en este punto, de la cual, al ser el área penal la última ratio del ordenamiento, su decisión debe ser determinante para la decisión administrativa. Así, la condena penal basada en el esclarecimiento de los hechos más allá de toda duda razonable permitiría explicar que se deriven también consecuencias administrativas sustentadas en idéntico grado de convicción en estrecha relación con la carga de la prueba que se exige para desvirtuar la presunción de inocencia (presunción de licitud).

Posición que difiere de los presupuestos planteados por el Cade en Brasil¹³, para quien:

El mosaico de pruebas del expediente es suficiente para que el estándar probatorio de los delitos de competencia apoye la condena, que difiere del exigido para las condenas en el ámbito penal¹⁴.

[E]l nivel de prueba exigido en los procedimientos administrativos ante el Cade es diferente del exigido para una condena penal. Si el estándar de prueba en esta última es el que exige una prueba más allá de toda duda razonable, en el procedimiento administrativo existe la posibilidad de que las normas que solo exijan la preponderancia de la prueba o prueba clara y convincente¹⁵.

8 CONSIDERACIONES FINALES

La garantía del debido proceso es integrada por la presunción de inocencia (presunción de licitud) con reconocimiento en instrumentos internacionales sobre Derechos Humanos. En el contexto regional, la CADH le reconoce expresamente como derecho humano en el artículo 8.2 (de las garantías judiciales). A su vez, el artículo 2 numeral 24 literal e de la Constitución Política del Perú de 1993 lo consagra como derecho constitucional. Asimismo, en el procedimiento administrativo sancionador se consagra bajo la nominación de “presunción de licitud”, como principio de la potestad sancionadora administrativa del Estado en el artículo 248 numeral 9 del Texto Único Ordenado de la Ley n° 27444.

La garantía de la presunción de inocencia, como derecho humano y derecho fundamental, presenta varias aristas: i) como regla de tratamiento en el proceso; ii) como regla probatoria (relacionado con la carga de la prueba); y iii) como regla de juicio (relacionado con el estándar de prueba para declarar la responsabilidad):

a) La presunción de inocencia como regla probatoria exige que el órgano investigador acredite con suficiencia probatoria la responsabilidad del administrado. Ello significa que la carga de la prueba de la responsabilidad subjetiva en el procedimiento administrativo sancionador se encuentra en cabeza de Indecopi, sin que desde el marco convencional y constitucional sea admisible la inversión de la carga, exigiendo al administrado demostrar su inocencia precisamente en contravía de la presunción de licitud. Por tratarse de una presunción *iuris tantum* de la que gozan los administrados imputados, se desplaza hacia la administración la carga de probar cada uno de los elementos que configuran la conducta típica investigada y la responsabilidad subjetiva tanto en persona jurídica como en persona natural.

b) La presunción de inocencia como regla de juicio se relaciona con la definición del estándar de prueba que se debe alcanzar para definir la responsabilidad administrativa. Dicha presunción en su faceta de regla de juicio precisa de una mínima actividad probatoria de cargo debidamente practicada con respeto de las garantías y los derechos fundamentales.

13 En el mismo sentido, Coêlho (2016, p. 158), para quien “se entiende que el rigor probatorio en el derecho penal es mayor que en el derecho antitrust; que el menor estándar probatorio del derecho antitrust da un tratamiento diferente a las pruebas en el ámbito penal, civil y administrativo; y que, a pesar de estas diferencias, el derecho antitrust ha buscado acercarse cada vez más a la verdad investigada en el ámbito penal, y a los criterios de éste para aplicar una sanción justa y razonable a los agentes”.

14 Parecer MPF 26/2024.

15 Memorial PGR n° 896.814/2022, de 4.12.2022.

Adicionalmente, comprende la necesaria motivación de las resoluciones en relación con el estándar de prueba alcanzado, lo que impone a la autoridad administrativa la motivación fáctica de la prueba practicada y la valoración jurídica suficientemente razonada acerca de los hechos que se declaran probados.

Así, el órgano investigador debe acreditar la existencia de los hechos jurídicamente relevantes investigados, para lo cual, podrá utilizar variedad de medios de prueba entre los cuales se encuentra la prueba indiciaria como prueba indirecta. Indecopi incurre en un error cuando, con frecuencia, en sus resoluciones reclama a los administrados la presentación de contraindicios, lo que conlleva a una inversión de la carga de la prueba y su desplazamiento hacia los administrados con desconocimiento de su presunción de inocencia (presunción de licitud). La formulación de contraindicios debe obedecer a una estrategia facultativa de la defensa si ella fue elaborada dentro de su teoría del caso, sin que pueda erigirse como una exigencia legal a cargo de los imputados.

Para la construcción de un indicio como medio de prueba, Indecopi debe acreditar todos los elementos que estructuran esta prueba indirecta: i) el hecho indicador (hecho indicio, hecho base o premisa menor), para lo cual, debe utilizar otros medios de prueba como la prueba documental o testimonial; ii) la inferencia razonable (regla de la sana crítica o premisa mayor), en la que deberá indicar expresamente cuál es la máxima de la experiencia, la regla de la lógica o de la ciencia que utilizará para arribar a la conclusión, explicando la razón por la que le ha servido de base (de no hacerlo, faltaría Indecopi al debido proceso y al deber de motivación del acto administrativo); y iii) deberá hacer explícita la conclusión arribada y los fundamentos por los cuales de la premisa menor puede acreditarse la conclusión empleando para ello la premisa mayor. Este es un ejercicio que debe aplicar la autoridad administrativa para cada indicio que pretenda construir.

La acreditación de los hechos jurídicamente relevantes y de la responsabilidad subjetiva en persona natural y persona jurídica, centrada en la construcción indiciaria, debe tener en consideración que la prueba por indicios de modo tal que lleve a la convicción del operador judicial o jurisdiccional al grado de “conocimiento más allá de toda duda razonable”. Decisiones poco uniformes o que empleen diferentes estándares de prueba ante un mismo supuesto fáctico resultan vejatorias del debido proceso desde una óptica convencional y constitucional. Por lo cual, es imperativa la uniformización de los criterios adoptados por Indecopi como raseros de valoración probatoria. Ante la naturaleza de las conductas investigadas, el estándar penal parece razonable, necesario y proporcional.

REFERENCIAS

BUSTAMANTE RÚA, Mónica María; TORO GARZÓN, Luis Orlando; MARÍN TAPIERO, Jorge Iván. El debido proceso convencional: retos para el juez. En: PRIORI POSADA, Giovanni (coord.). **Justicia y Proceso en el siglo XXI: Desafíos y tareas pendientes**. Lima: Palestra Editores, 2019. p. 215-248.

BUSTAMANTE RÚA, Mónica María. **La garantía de la presunción de inocencia y el estándar de prueba de la duda razonable**. 2014. Tesis (Doctorado en Derecho) – Universidad de Medellín, Medellín, 2014.

BUSTAMANTE RÚA, Mónica María; PALOMO VÉLEZ, Diego. La presunción de inocencia como regla de juicio y el estándar de prueba de la duda razonable en el proceso penal. Una lectura desde Colombia y Chile. **Revista Ius et Praxis**, Talca, Chile, v. 24, n. 3, p. 651-692, 2018. Disponible en: <https://x.gd/ZVAb3>. Consultado el: 15 nov. 2024.



CLIMENT DURÁN, Carlos. **La prueba penal**. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1999.

COELHO, Dandara Perassa. Uma batalha travada em torno das evidências: o valor probatório dos indícios e sua (in)suficiência para a condenação de carteis. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília/DF, v. 4, n. 1, Maio 2016, p. 153-184. Disponible en: <https://x.gd/WfKX5>. Consultado el: 05 dic. 2024.

CONVENCION Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) (CADH). San José: [s. n.], 1969. Disponible en: <https://x.gd/ilPi9>. Consultado el: 15 nov. 2024.

FERNANDES, Rosangela Aparecida Soares; JESUS JÚNIOR, Leonardo Bispo de. Indícios econômicos de cartel na revenda de GLP: o caso da operação “laissez-faire”. **Revista de Defesa da Concorrência**. Brasília/DF, v. 11, n. 1, p. 25-46, 2023. DOI: 10.52896/rdc.v11i1.1022. Disponible em: <https://x.gd/wn3UP>. Consultado el: 26 nov. 2024.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Una Concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia. **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**, Perú, v. 4, n. 1, 2010. Disponible en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/2393>. Consultado el: 08 nov. 2024.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. **Boletín mexicano de derecho comparado**, Ciudad de México, v. 44, n. 131, p. 293-333, may./ago. 2011. Disponible en: <https://x.gd/95kvB>. Consultado el: 15 nov. 2024.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio; NEGRETE MORAYTA, Alejandra. El debido proceso (adjetivo) en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. **La tutela de los Derechos Humanos en la jurisdicción interamericana**: aportaciones, recepción y diálogo. 2. ed. México: Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, 2015.

NIEVA FENOLL, Jordi. **Fundamentos de derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editorial IBdF, 2012.

OCHOA CARDICH, César. Límites de la potestad sancionadora del Indecopi y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia. **Ius Et Veritas**, Perú, v. 7, n. 13, p. 185-198. Disponible em: <https://x.gd/qoEbu>. Consultado el: 25 nov. 2024.

PERÚ. **Constitucion Política Del Perú 1993**. Perú: República del Perú, 1993. Disponible em: <https://x.gd/ncCG0>. Consultado el: 25 nov. 2024.

PERÚ. **Ley del Procedimiento Administrativo General**. Ley nº 27444. Lima: Presidencia de la república, 2001. Disponible em: <https://x.gd/DCBzv>. Consultado el: 25 nov. 2024

PERÚ. Ministerio de Justicia. **Decreto Legislativo n. 1272**. Decreto Legislativo que modifica la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley Nº 29060, Ley del Silencio Administrativo. Perú: Republica Del Peru, 2017a. Disponible em: <https://x.gd/AMo4Z>. Consultado el: 18 nov. 2024.

PERÚ. Ministerio de Justicia. **Decreto Supremo n. 030-2019-PCM**. Decreto Supremo que aprueba el texto único ordenado de la ley de represión de conductas anticompetitivas. Perú: Republica Del Peru, 2019. Disponible em: <https://x.gd/FErv3>. Consultado el: 18 nov. 2024.

PERÚ. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. **Guía práctica sobre el procedimiento administrativo sancionador**: actualizada con el texto único ordenado de la ley 27444, ley del procedimiento administrativo general. 2.ed. Lima: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2017b. Disponible en:

<https://x.gd/J61kf>. Consultado el: 02 nov. 2024.

RAMÍREZ CARVAJAL, Diana. **La prueba en el proceso:** una aventura intelectual. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2017.

SALMON, Elizabeth; BLANCO, Cristina. **El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.** Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Cooperación Alemana al Desarrollo Agencia de la GIZ, 2012. Disponible en: <https://x.gd/RXg4N3>. Consultado el: 25 nov. 2024.

SAN MARTÍN CASTRO, César. **Prueba por indicios.** Lima: Poder Judicial del Perú, 2017. Disponible en: <https://x.gd/vU6bT>. Consultado el: 25 nov. 2024.

TARUFFO, Michele. Observaciones sobre la prueba por indicios. En: CRUZ TEJADA, Horacio (coord.). **Nuevas tendencias del derecho probatorio.** 2.ed. Bogotá: Universidad de los Andes, 2015.

TARUFFO, Michele. **Sobre las fronteras:** escritos sobre la justicia civil. Bogotá: Temis, 2006.

TARUFFO, Michele. **Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos.** México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.



O DIREITO DO TRABALHO EM FUGA E OS NOVOS DESAFIOS DO DIREITO ANTITRUSTE NA PROTEÇÃO DE MOTORISTAS DE APLICATIVOS¹

Labor Law on the run and the new challenges of antitrust law in protecting app drivers

Natália de Lima Figueiredo²

Universidade Federal de São Paulo (Unifesp) – São Paulo/SP, Brasil

Olívia de Quintana Figueiredo Pasqualetto³

Fundação Getulio Vargas (FGV) – São Paulo/SP, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: Partindo-se da análise específica da relação entre plataforma de transporte de passageiros (i.e. Uber) e seus motoristas, este artigo objetiva analisar como o direito antitruste pode resistir ao paradigma da eficiência voltado ao bem-estar do consumidor e evitar o mesmo enfraquecimento sofrido pelo direito do trabalho na regulação de relações contratuais assimétricas.

Método: O estudo dedica-se a um tema comum às duas esferas jurídicas: a relação motorista-Uber. Assim, a metodologia se baseou em pesquisa bibliográfica, analisando criticamente a literatura oriunda tanto do direito antitruste, quanto do direito do trabalho, e em pesquisa documental.

Editor responsável: Prof. Dr. Víctor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 14/08/2024 **Aceito em:** 11/06/2025 **Publicado em:** 25/06/2025

2 Professora Adjunta de Direito Empresarial da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP). Doutora em Direito Internacional Econômico pela Universidade de Maastricht (Holanda) e pela Universidade de São Paulo (dupla titulação). Mestre em Direito Comercial e graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Diretora da Rede Latino- Americana de Direito Internacional Econômico.

E-mail: natalia.figueiredo@unifesp.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4248698363286467>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0798-0609>

3 Professora da graduação e do programa de Mestrado e Doutorado Acadêmico da Fundação Getúlio Vargas. Pós-Doutorado na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Doutora e Mestra em Direito do Trabalho e da Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

E-mail: olivia.pasqualetto@fgv.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/1403687458551003> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5218-4954>

Quanto à pesquisa documental, o artigo valeu-se de análise de casos na jurisprudência do Cade e de autoridades antitruste estrangeiras, bem como de projeto de lei. O texto explora o enfraquecimento do direito do trabalho, o papel do direito antitruste nesta relação e a sua reconfiguração para endereçar diferentes vulnerabilidades.

Conclusões: O texto conclui que há necessidade de maior abrangência do direito antitruste para abarcar situações de dependência e desequilíbrios contratuais, bem como reconhecer como legítimos os instrumentos oriundos de negociação coletiva. O direito antitruste deve reconhecer as assimetrias de poder na relação entre Uber e motoristas como fator relevante para caracterização do ilícito concorrencial. Há, assim, uma premente necessidade reconfiguração do direito antitruste para lidar com vulnerabilidades diversas, dentre elas, os trabalhadores.

Palavras-chave: direito antitruste; direito do trabalho; motoristas de aplicativos; uberização; assimetria de forças.

STRUCTURED SUMMARY

Objective: Starting from the specific analysis of the relationship between ride-hailing platform (i.e., Uber) and its drivers, this article aims to examine how Antitrust Law can resist the efficiency paradigm focused on consumer welfare and avoid the same weakening that Labor Law has experienced in regulating asymmetric contractual relationships.

Method: This study focuses on an issue common to both legal spheres: the driver-Uber relationship. Thus, the methodology was based on bibliographical research, critically analyzing literature from both Antitrust Law and Labor Law, and on documentary research. Regarding documentary research, the article analyzed cases in the jurisprudence of Cade and foreign antitrust authorities, as well as bills. The text explores the weakening of Labor Law, the role of Antitrust Law in this relation and its reconfiguration to address different vulnerabilities.

Conclusions: The text concludes that there is a need for greater coverage of Antitrust Law to cover situations of dependence and contractual imbalances, as well as recognizing instruments arising from collective bargain as legitimate. Antitrust Law must recognize the power asymmetries in the relationship between Uber and drivers as a relevant factor in characterizing unlawful competition. There is an urgent need to reconfigure Antitrust Law to deal with different vulnerabilities, including workers.

Keywords: antitrust law; labor law; app drivers; uberization; unequal power.

Classificação JEL: K21; K31.

Sumário: 1. Introdução; 2. Flexibilização e enfraquecimento do direito do trabalho: uma história anterior à gigeconomy; 3. Papel do direito antitruste na regulação das relações Uber-motoristas e suas limitações; 3.1 Motorista como “empreendedor”? A deixa para a regulação antitruste; 3.2 Relação Uber - motorista: desafios da análise sob a perspectiva antitruste e o problema do foco excessivo no consumidor; 3.3 A relevância do Labor Antitruste como contraponto à análise tradicional pautada em eficiência/



bem-estar do consumidor e a preocupação com os trabalhadores lato sensu; 4. A reconfiguração do direito antitruste para considerar outras vulnerabilidades: fugindo do enfraquecimento sofrido pelo direito do trabalho; 5. Conclusão; Referências.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca explorar a interface entre o direito do trabalho e o Direito Concorrencial com base em um tema de interesse mútuo: a relação entre motoristas de aplicativo e as plataformas, mais especificamente a Uber. Parte-se da premissa de que o direito do trabalho brasileiro está enfraquecido - histórica, legislativa e jurisprudencialmente - e não tem conseguido regular relações de trabalho (em sentido lato), ficando restrito às relações de emprego. Por outro lado, o direito antitruste tem direcionado sua atenção majoritariamente para a proteção do bem-estar do consumidor. Nesse sentido, nenhuma dessas duas áreas parece estar suficientemente dedicada (seja por estar enfraquecida, seja porque se concentra na figura do bem-estar consumidor tão somente) a endereçar outras vulnerabilidades existentes no mercado, se mostrando incapazes de enfrentar o aumento da concentração econômica das empresas, assimetrias de poder e suas consequências no mercado de trabalho. No entanto, como o direito do trabalho parece estar “em fuga”, há oportunidades para que o direito antitruste aprimore seu objeto para regular relações contratuais assimétricas como a existente entre as empresas de plataformas de transporte e seus motoristas.

Como será ressaltado abaixo, a partir dos anos 70 e 80, o neoliberalismo, com sua ênfase na liberdade individual e na desregulamentação do mercado, passou a atacar o direito do trabalho, enfraquecendo-o. O direito antitruste, por sua vez, como se verá, também muito influenciado pelos pressupostos neoliberais da Escola de Chicago, até então, pouca atenção tinha dado aos efeitos de práticas comerciais sobre o mercado de trabalho, cenário este que começa a se modificar com a ascensão de novos movimentos como o neobrandeisianismo, que amplia os horizontes do direito da concorrência (Domingues; Gaban, 2019), e o *Labor Antitrust*.

Diante desse contexto, este artigo se propõe a analisar como o direito antitruste pode resistir ao paradigma neoliberal da eficiência voltado ao bem-estar do consumidor e evitar mesmo o enfraquecimento sofrido pelo direito do trabalho na regulação dos mercados de trabalho. O objeto de análise corresponde a um tema comum aos dois ramos do Direito: a discussão sobre a natureza jurídica da relação entre motoristas e a plataforma Uber. Para tanto, o texto utilizou pesquisa bibliográfica, buscando analisar criticamente tanto a literatura de direito antitruste, quanto de direito do trabalho e suas intersecções. Valeu-se também de pesquisa documental, debruçando-se sobre a jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e de autoridades antitruste estrangeiras a respeito da relação concorrência-trabalho, diretrizes emitidas por estas últimas, bem como sobre projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional brasileiro sobre a regulação do trabalho de motoristas por aplicativos e sobre alteração da Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011) para inclusão de infração concorrencial relativa a abusos em relações contratuais assimétricas.

A Uber foi escolhida como caso a ser analisado porque foi a primeira plataforma digital de intermediação de trabalho que operou e ganhou destaque no Brasil e no mundo. É o símbolo

da chamada *gig economy* (ou, na tradução em português, economia do bico), termo utilizado para designar uma economia crescente, caracterizada por contratos flexíveis, de curta duração, em que o trabalho é esporádico e se dá sob demanda, a remuneração é definida por tarefa e o trabalhador é normalmente classificado como autônomo (Woodcok; Graham, 2019). A *gig economy* engendrou um processo amplo de plataformação do trabalho, em que os trabalhadores são categorizados como autônomos e afastados de direitos trabalhistas tipicamente garantidos aos empregados, como períodos de descanso e remuneração mínima, bem como de mecanismos de proteção e segurança social (De Stefano, 2015). Daí, a preocupação central a respeito dessa dinâmica de trabalho.

A sua eclosão se deu na década de 2010 (Woodcok; Graham, 2019), especialmente a partir da popularização dos aplicativos de transporte remunerado individual de passageiros, com destaque para a Uber. Dada a popularidade e proeminência desta plataforma, esse modelo ficou conhecido como uberização do trabalho e posteriormente se expandiu para outros setores da economia, como entrega de comida, serviços de beleza, serviços de limpeza, dentre outros.

A escolha da Uber como objeto de estudo também se justificada em razão do Brasil ser responsável pela marca de mais de um milhão de motoristas dentre os seis milhões que a empresa possui em todo o mundo, representando um dos maiores mercados da plataforma (Fatos [...], 2024), além de ser a plataforma mais utilizada pelos consumidores no Brasil para requisitar corridas (Statista, 2024). Ademais, o mais recente projeto de lei para regular o tema apresentado pelo Poder Executivo tratou do transporte de passageiros, sendo a Uber uma das plataformas que participou das negociações.

A fim de apresentar os resultados deste estudo, este texto foi estruturado em três grandes partes: primeira, dedicada a analisar o processo de enfraquecimento do direito do trabalho, sem a pretensão de ser exaustiva, mas buscando indicar por que é razoável e plausível constatar que esse ramo do Direito não está sendo suficiente para reduzir as assimetrias entre motoristas e Uber; segunda, voltada à discussão sobre qual é o papel do direito antitruste na regulação das relações Uber-motoristas e quais são as suas limitações, sem a intenção de substituir ou enfraquecer ainda mais o direito do trabalho, mas buscando identificar possíveis proteções advindas do âmbito concorrencial; terceira, que propõe a reconfiguração do direito antitruste para considerar outras vulnerabilidades existentes no mercado e fugir do mesmo enfraquecimento sofrido pelo direito do trabalho. Busca-se chamar atenção para o fato de que o Direito Concorrencial deve reconhecer as assimetrias de poder na relação entre Uber e motoristas como fator relevante para caracterização do ilícito concorrencial. Nesse sentido, deve repensar a forma de análise de restrições verticais para relações em que uma das partes representa trabalhadores autônomos que se encontrem em situação comparável à dos trabalhadores. Ademais, o Direito Concorrencial não pode ser usado como empecilho a processos de negociação coletiva desses mesmos autônomos na busca de melhores condições de trabalho. Ao final, são apresentadas as conclusões.

2 FLEXIBILIZAÇÃO E ENFRAQUECIMENTO DO DIREITO DO TRABALHO: UMA HISTÓRIA ANTERIOR À GIG ECONOMY

O direito do trabalho e o sistema de proteção social a ele relacionado – tanto no Brasil, quanto em outros países – foi conformado originalmente como uma resposta às consequências do liberalismo e à questão social (Castel, 2003) evidenciada com a primeira revolução industrial. À época,



foi direcionado a garantir proteções mínimas para os trabalhadores da indústria que, segundo Alcock (1971, p. 4), estavam em uma posição paradoxal: embora tivessem liberdade de contratar, “ela só se fazia sentir no momento da contratação. A lei tratava apenas da conclusão do contrato e não da sua aplicação e das consequências. Uma vez concluído o contrato, o trabalhador estava inteiramente à disposição do empregador”, em situação bastante precária, nas “mais vís condições de trabalho que a história registra” (Sussekind, 1987, p. 82). O direito do trabalho surgiu, então, como uma espécie de resposta a esse cenário, buscando regular a relação de emprego, caracterizada por uma assimetria existente entre empregadores e empregados, garantindo a esses últimos melhores condições de trabalho e de vida.

A regulação do vínculo empregatício estabeleceu direitos e obrigações a empregados e empregadores, bem como delimitou uma rede de proteção social que circunda o empregado. O vínculo de emprego gerou – e ainda gera – aos trabalhadores uma série de garantias no trabalho e na sociedade (Fudge, 2005), a exemplo do direito ao descanso remunerado nas férias e da participação obrigatória no sistema de previdência social. É um tipo de pertencimento decorrente do trabalho (Strangleman, 2015) – uma cidadania industrial (Fudge, 2005) – intrinsecamente relacionada ao estado de bem-estar social.

Essa lógica informou – e ainda informa – o direito do trabalho em muitos países, criando o que Vosko (2011) chama de SER-centrismo, isto é, um direcionamento da regulação trabalhista (e, consequentemente, da garantia de direitos) para as relações de emprego padrão (em inglês, *standard employment relationship*, conhecidas pela sigla SER). Nesse sentido, as relações que estão fora desse centro ficavam – e ainda tendem a ficar – às margens e, frequentemente, distantes das proteções sociais decorrentes do vínculo empregatício.

Posteriormente, o direito do trabalho foi se ampliando e se fortalecendo gradativamente, sendo exemplos dessa expansão a sua internacionalização, tendo como ápice a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em 1919 (Sussekind, 1987); o processo de codificação da legislação esparsa em diversos países, a exemplo da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) no Brasil em 1943; e a constitucionalização, em que direitos sociais ligados ao trabalho foram inseridos no âmbito das constituições, tendo como símbolos desse movimento a Constituição do México de 1917 e a Constituição de Weimer de 1919 (Bonavides, 2017).

Segundo Harvey (2011), contudo, os fluxos do capital possuem caminhos sinuosos: há evoluções e retrocessos em diversas esferas de atividade, como a esfera das tecnologias e formas de organização, das relações sociais e dos processos de produção e de trabalho. Assim, aquele desenvolvimento aparentemente crescente no início e meados de 1900 foi freado com o avanço dos ideais neoliberais, especialmente a partir das décadas de 1970 e 1980. Como aponta Harvey (2008), o neoliberalismo articulou práticas político-econômicas baseadas nas liberdades e capacidades empreendedoras individuais em uma estrutura institucional marcada pela propriedade privada, liberdade de contratar e liberdade econômica. Ao enfatizar esses valores, a racionalidade neoliberal se dedicou a afastar o intervencionismo do Estado, gerando flexibilização ou mesmo desregulação da normativa estatal, inclusive do direito do trabalho que, por sua própria natureza, impõe limites na liberdade de contratar com a finalidade de reduzir a assimetria de forças na relação empregado-empregador. O direito do trabalho se tornou, assim, um “alvo privilegiado do projeto neoliberal” (Cukier, 2020).

No Brasil, e mais especificamente no direito do trabalho brasileiro, os reflexos dos ideais neoliberais foram sensíveis, sobretudo após a redemocratização, a partir da década de 1990, com a implementação de diretrizes do Consenso de Washington. Sob a justificativa de proporcionar estabilidade macroeconômica, crescimento e controle da inflação, no governo de Fernando Henrique Cardoso, o Brasil (assim como muitos países da América Latina) implementou reformas diversas entendidas como condição necessária para aumento da produtividade brasileira, dentre elas, reformas trabalhistas com vistas a uma suposta modernização – baseada na flexibilização – da legislação do trabalho (Freitas, 2004). São exemplos a valorização da negociação e do contrato em detrimento da lei, as medidas de flexibilização da jornada de trabalho, o enfraquecimento da fiscalização trabalhista, o estímulo a contratos de trabalho temporários e precários, dentre outras no âmbito salarial e sindical (Galvão, 2003).

Além das reformas trabalhistas do período 1990-2000, tido como “década neoliberal” (Alves, 2002), o Brasil seguiu realizando outras reformas. O próprio governo Lula – o governo de um partido dos trabalhadores – foi marcado por contradições a esse respeito: se, por um lado, teve como promessas a valorização do salário mínimo, a redução da jornada de trabalho e o redesenho do sistema sindical brasileiro (Krein; Santos; Nunes, 2012); por outro lado, também adotou políticas flexibilizadoras, a exemplo do estímulo a contratações temporárias em programa de primeiro emprego, a lei do Simples que flexibiliza regras do trabalho para micro e pequenas, dentre outras. Contudo, a próxima grande e sistemática reforma trabalhista que seria enfrentada pelo Brasil se deu com a Lei nº 13.467/2017 (Krein, 2018).

Aprovada muito rapidamente pelo Congresso Nacional, a Lei nº 13.467/2017 promoveu alterações profundas no direito do trabalho brasileiro, autorizando expressamente a prevalência do negociado sobre a lei, ampliando as possibilidades de flexibilização da jornada de trabalho, tornando o imposto sindical (obrigatório até então) facultativo, criando limitações no acesso à Justiça, permitindo a terceirização da atividade-fim das empresas, criando flexibilizações diversas no contrato de trabalho, dentre outras. Assim como as anteriores, a reforma de 2017 também foi pautada pela suposta necessidade de modernização da legislação do trabalho e busca pela criação de empregos. Muitas das alterações trazidas foram controversas e geraram dúvidas quanto a sua constitucionalidade, o que levou diferentes ações constitucionais a julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, que validou grande parte das novidades trazidas pela Lei nº 13.467/2017 (Dutra; Machado, 2021).

A reforma de 2017 foi seguida por um período turbulento, com outras alterações também flexibilizadoras do direito do trabalho. Destacam-se, nesse cenário, as diversas Medidas Provisórias (MP) e Leis dedicadas ao período da pandemia de Covid-19, a exemplo da MP nº 927 e da Lei nº 14.020/2020, que autorizaram negociações individuais, o diferimento do pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), a paralisação de ações fiscalizatórias, ampliação da jornada de trabalho, redução do salário, dentre outras. Posteriormente à pandemia, houve também alterações, ainda que mais pontuais, a exemplo da MP nº 1.116/2022, que visava flexibilizar as regras do contrato de aprendizagem, e da Lei nº 14.647/2023, que afastou a caracterização do vínculo empregatício entre cooperados e cooperativas e entre profissionais religiosos e entidades religiosas.

Em que pese o período de intensas mudanças legislativas, deixou-se de regular aspectos importantes e categorias crescentes no mercado de trabalho brasileiro, com destaque para o trabalho na *gig economy*, que foi rapidamente ampliado no país (Góes et al., 2023) e se espalhou



por diferentes setores da economia além do transporte de pessoas e entrega de mercadorias, como trabalho doméstico, educação, saúde, serviços jurídicos, etc. (CEPI, 2021b).

Se, por um lado, o tema tem sido objeto de inúmeros projetos de lei no Congresso Nacional (CEPI, 2021a), por outro lado, até o momento, essa forma de trabalho não foi regulada de forma definitiva. O mais próximo de uma regulação que se chegou foi com a Lei nº 14.297/2022, que tratou de medidas de proteção para os entregadores enquanto durasse a emergência de saúde pública causada pela Covid-19. Contudo, além de formalmente o estado de emergência ter sido declarado extinto meses após a sua entrada em vigor, a lei tratava apenas de entregadores (deixando de lado outras categorias que também trabalham por plataformas, como os motoristas de transporte individual de passageiros) e não regulou uma das principais controvérsias acerca do tema: a natureza jurídica da relação entre trabalhadores e plataformas digitais.

As dúvidas e a insegurança jurídica decorrentes da ausência de regulação fizeram surgir ações judiciais diversas em busca da caracterização do vínculo empregatício (CEPI, 2021b). Nesse contexto, em 2023, o governo instituiu um processo de diálogo social entre representantes dos trabalhadores, das empresas e do governo com vistas a chegar em um consenso para regular o trabalho de transporte e entrega por plataformas digitais. A partir dessa mesa de negociação, foi elaborado o Projeto de Lei Complementar (PLP) nº 12/2024 que propõe a regulação do trabalho de motoristas de aplicativos, categoria que aparentemente⁴ entrou em um consenso sobre os termos da futura regulação.

O PLP, em tramitação no Congresso Nacional, propõe que o motorista de aplicativos seja considerado um “trabalhador autônomo por plataforma e será regido por esta Lei Complementar sempre que prestar o serviço, desde que com plena liberdade para decidir sobre dias, horários e períodos em que se conectará ao aplicativo”, conforme seu artigo 3º (Brasil, 2024). O enquadramento do trabalhador autônomo está condicionado à ausência de exclusividade com a plataforma e à inexistência de tempo mínimo e habitualidade à disposição da plataforma. Segundo a proposta, embora autônomo, o trabalhador teria algumas garantias e a plataforma poderia realizar determinadas práticas sem que isso configure vínculo empregatício: limitação da jornada de trabalho a 12 horas diárias, representação por sindicato legitimado a realizar negociações coletivas, algumas proteções relativas à saúde e segurança no trabalho, monitoramento em tempo real, estabelecimento de regras sobre exclusão da plataforma, direito à maior transparência na relação trabalhador-plataforma, remuneração mínima e enquadramento previdenciário como contribuinte individual em modalidade específica.

A opção do PLP pela caracterização como trabalhador autônomo parece ser mais um capítulo do enfraquecimento do direito do trabalho. Embora estabeleça algumas garantias (muito) mínimas, tal como a limitação da jornada de trabalho a 12 horas diárias, o PLP acabou por se harmonizar com a narrativa duvidosa de que esses trabalhadores teriam real autonomia (Abílio, 2019). Ainda que não classificasse esses trabalhadores como empregados, o projeto de lei poderia ter ido além, estabelecendo direitos mínimos já consagrados a outros trabalhadores: a exemplo da limitação da jornada de trabalho a 8 horas diárias, por exemplo. O exemplo numérico acerca da jornada de trabalho evidencia a timidez do PLP. O discurso da autonomia e do empreendedorismo foi, inclusive, uma das propagandas feitas pela própria Uber. Em sua página na internet, é possível verificar o convite para motoristas se cadastrarem e serem “seu próprio chefe” (Fazer [...], [2024]). O motorista da Uber tornou-

⁴ Diz-se aparentemente porque, além de haver poucos registros sobre o processo de diálogo social, houve notícias veiculadas na mídia de que muitos motoristas estavam insatisfeitos com os termos do projeto de lei.

se, assim, um símbolo do trabalho na *gig economy* e objeto central das discussões sobre como o direito do trabalho poderia ultrapassar o SER-centrismo e abarcar diferentes formas de trabalho.

Ademais, o projeto de lei também acaba por reforçar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) em validar diferentes formas de contratação, afastando o vínculo de emprego (Pasqualetto; Barbosa; Fiorotto, 2024). O STF já se mostrou favorável à constitucionalidade de leis que afastam o vínculo empregatício – a exemplo do julgamento da Lei nº 13.352/2016 que autoriza o contrato de parceria entre profissionais e salões de beleza – e, em 2023, consolidou seu posicionamento ao julgar monocraticamente reclamações constitucionais para afastar o vínculo de emprego e a competência da Justiça do Trabalho (Pasqualetto; Barbosa; Fiorotto, 2023), reconhecendo a possibilidade de contratação de trabalhadores como não-empregados em diferentes modalidades. Em relação aos motoristas de aplicativos, um novo tema de repercussão geral foi reconhecido pelo STF (Tema 1291) para definir qual é a natureza jurídica da relação entre motoristas e plataformas digitais. O tema ainda não foi julgado pelo STF, mas chegou à Suprema Corte no mesmo momento em que o Poder Executivo apresentava o PLP à apreciação do Poder Legislativo, evidenciando não só a importância do assunto, mas também a crise pela qual a regulação do trabalho passa.

Sem a pretensão de especular sobre o futuro, mas considerando o movimento de flexibilização comentado acima, bem como os recentes posicionamentos Congresso Nacional e do STF, é plausível supor que a opção pela classificação dos motoristas de aplicativo como autônomos seja mantida. Ainda que estejam sob apreciação – tanto o PLP, quanto o Tema 1291 – o histórico e o cenário parecem indicar que há grandes chances desses trabalhadores serem retirados do arcabouço protetivo trabalhista. Assim, ao serem classificados como autônomos, são cada vez mais afastados do direito do trabalho, o que leva à reflexão sobre a sua aproximação de outras esferas e à pergunta sobre que ramo jurídico pode, então, regular a assimetria de forças existente entre trabalhadores e plataformas digitais.

3 PAPEL DO DIREITO ANTITRUSTE NA REGULAÇÃO DAS RELAÇÕES UBER-MOTORISTAS E SUAS LIMITAÇÕES

O direito do trabalho tem espaço para ser mais protagonista na regulação do trabalho em plataformas, embora enfrente um processo de flexibilização e enfraquecimento profundo. No entanto, sem desprezar a sua importância e nem menosprezar o seu potencial, explora-se se como outra esfera jurídica – o direito antitruste – poderia contribuir para a discussão.

3.1 Motorista como “empreendedor”? A deixa para a regulação antitruste

Como se pôde ver na seção anterior, o direito do trabalho está enfraquecido. Os fenômenos da flexibilização do trabalho e da uberização fazem com que muitos trabalhadores (*lato sensu*) fiquem de fora do arcabouço protetivo do direito do trabalho. A precarização das relações trabalhistas evidencia a assimetria das relações entre as plataformas e seus motoristas cadastrados. Há aqui uma ideologia desvirtuada do empreendedorismo: se convence que o motorista de Uber não é um membro mal pago do proletariado, mas sim um empreendedor autônomo, autossuficiente, que identifica oportunidades, assume riscos e toma iniciativas para criar algo novo, contribuindo para a geração de empregos, crescimento econômico e inovação. Com isso, permite-se uma transição menos

dolorosa frente à desmobilização do trabalho em larga escala (Davis, 2022).

Se, por um lado, o direito do trabalho perde força, por outro, é possível dar espaço para a atuação do direito antitruste na regulação da relação desigual e desbalanceada entre empresas de aplicativo e motoristas na medida em que reflete uma “relação comercial” em oposição à uma relação puramente empregatícia.

Embora, atualmente, haja uma literatura crescente indicando que o direito antitruste deve se preocupar com questões trabalhistas - o chamado *Labor Antitrust* (Posner, 2021; Hafiz, 2020; Buck, 2020; Steinbaum, 2019; Lianos; Countouris; De Stefano, 2019; Domingues, Rivera; Souza, 2018) -, sendo motoristas de aplicativos reconhecidos como autônomos ou “empreendedores”, sequer se trataria aqui de uma relação empregatícia.

Na realidade, como colocado acima, há uma tendência tanto da jurisprudência quanto da legislação em afastar o vínculo empregatício desses profissionais. Ademais, a Lei nº 12.587/2012, que institui a Política Nacional de Mobilidade Urbana, estipula, em seu artigo 11-A, “a”, III, a exigência de inscrição do motorista de aplicativo como “contribuinte individual” do Instituto Nacional do Seguro Social (Brasil, 2012). Posteriormente, o Decreto nº 9.792/2019, que regulamenta referido artigo, possibilitou a inscrição do motorista como microempreendedor individual (MEI) (Góes *et al.*, 2023). Curiosamente, no Brasil, o MEI é classificado como um tipo de empresário individual especial, regulado pelo Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte (Lei Complementar 123/2006).⁵

A partir do momento em que o motorista de aplicativo deixa de ser empregado e passa a ser um empresário individual ou mesmo um profissional autônomo, ainda que se possa argumentar que o direito do trabalho deveria regular qualquer tipo de relação de trabalho em sentido lato (e não apenas a relação de emprego) e que a Justiça do Trabalho tem competência para julgar outras relações que não apenas a relação de emprego em atenção ao artigo 114 da Constituição Federal (CF) alterado com a Emenda Constituição nº 45/2004, ao menos da forma como o direito brasileiro está estruturado atualmente, o direito do trabalho vai saindo de cena, e o direito antitruste entra em ação.

O direito da concorrência, tradicionalmente, não regulava comportamentos abusivos do empregador em relação a seus empregados no âmbito dos contratos de trabalho (o que tem mudado com a ascensão do *Labor Antitrust*). Isso é papel histórico do direito do trabalho. O direito da concorrência, em sua função de intervenção na economia e nas atividades dos empresários, apoia-se basicamente em dois pilares: (i) o controle preventivo, focado no controle de atos de concentração entre agentes econômicos;⁶ e (ii) o controle repressivo, orientado à punição de atos anticompetitivos,⁷ sem contar o papel de *advocacy*.⁸

5 O artigo 18-A, § 1º, do referido Estatuto considera “MEI quem tenha auferido receita bruta, no ano-calendário anterior, de até R\$ 81.000,00 (oitenta e um mil reais), que seja optante pelo Simples Nacional [...], e seja empresário individual que se enquadre na definição do art. 966 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil)” (Brasil, 2006). Este, por sua vez, define como empresário aquele que “exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços” (art. 966) (Brasil, 2002).

6 O controle preventivo, que permite o Cade revisar atos de concentração celebrados entre empresas, está previsto nos artigos 88 a 91 da Lei nº 12.529/2011 (Brasil, 2011).

7 O controle repressivo, por sua vez, está previsto nos artigos 36 a 45 da Lei nº 12.529/2011 (Brasil, 2011).

8 A esfera do *advocacy* está ligada à promoção da cultura concorrencial nas esferas governamentais, da sociedade civil e dos negócios, bem como à emissão de pareceres e notas técnicas que abordam os efeitos concorrenciais de determinado normativo ou política pública (Resende, 2021).

Dessa forma, o Direito Concorrencial preocupa-se, em geral, com as operações societárias e contratos empresariais celebrados entre empresas e as práticas comerciais de agentes econômicos que atuam em atividade econômica em sentido estrito (Forgioni, 2014, p. 146). Lianos, Countouris e De Seftano (2019) ressaltam, no contexto europeu, que, normalmente, a lei da concorrência é vista como aplicável a ‘empresas’ e a maioria dos sistemas de lei da concorrência se exime de interferir dentro dos limites da empresa, em particular com a forma como os trabalhadores e a gestão interagem. A partir do momento em que o motorista da Uber se torna um empresário individual, a relação entre ele e as empresas de aplicativos configura mais claramente uma relação comercial, passível, portanto, de ser analisada, sem muitas controvérsias, no âmbito do direito da concorrência.

Todavia, mesmo analisando essa relação sob o ponto de vista comercial, há desafios para uma regulação antitruste apropriada. Isso porque, tradicionalmente, as análises concorrenciais tanto no âmbito do controle de estruturas quanto de condutas, são baseadas no paradigma da eficiência, entendida aqui sob o enfoque do bem-estar do consumidor (Domingues; Gaban, 2019). Elege-se aqui um ator privilegiado: o consumidor.

Conforme explicitado por Borges (2020), o objetivo do antitruste vislumbrado por Bork e, em geral, pela Escola de Chicago, era baseado num modelo de bem-estar do consumidor. Trata-se do modelo mais recorrente em países desenvolvidos e replicado para os países em desenvolvimento. Nele, o interesse dos consumidores é o mais relevante para o antitruste. Dentro da visão predominante, o Antitruste deve se preocupar em manter altas as quantidades produzidas e baixos os preços.

Não há, via de regra, no âmbito do Direito Concorrencial preocupação com objetivos não-baseados em eficiência, “que, em geral, refletem preocupações valorativas”, a exemplo da proteção de pequenos negócios, preocupações com acúmulo de poder e suas consequências políticas, justiça, equidade, redução das desigualdades e da pobreza (Borges, 2020, p. 123). O direito antitruste brasileiro é bastante influenciado pela lógica da Escola de Chicago, como se detalha mais abaixo.

Dessa forma, a dimensão do *Labor Antitrust* ganha relevância, na medida em que permite a autoridade antitruste ter um viés menos economicista e mais pautado em valores, tais como o princípio do valor social do trabalho, sem contar um olhar mais amplo sobre os beneficiários da Lei Antitruste.

3.2 Relação Uber - motorista: desafios da análise sob a perspectiva antitruste e o problema do foco excessivo no consumidor

O foco do Direito Concorrencial no bem-estar do consumidor pode ser verificado na própria decisão do Cade em investigação envolvendo a Uber, que não considerou os efeitos da conduta sobre os trabalhadores *lato sensu*.

Em 2016, foi instaurado, no âmbito da Superintendência-Geral do Cade (SG-Cade), Procedimento Preparatório de Inquérito Administrativo⁹ a partir de denúncia encaminhada pelo Ministério Público de São Paulo, apresentada pela Associação de Motoristas Autônomos de Aplicativos, alegando, dentre outras questões, que a Uber promoveria uma espécie de “*dumping*” às custas dos motoristas ao praticar preços de corrida que são inferiores aos custos que os motoristas têm para trabalhar; ajustaria e manipularia um preço único para todos os prestadores de serviço; promoveria

9 Processo 08700.008318/2016-29. Todos os processos públicos mencionados neste artigo podem ser consultados em: <https://x.gd/DbUtY>.

campanhas e influenciaria preços com adoção de uma conduta comercial uniforme e concertada entre os motoristas autônomos. A denúncia, à época, também mencionava a possível existência de relação trabalhista entre a Uber e os seus motoristas cadastrados. Na análise conduzida pela SG-Cade, todavia, esta parece tratar os motoristas como agentes econômicos assemelhados a empresas e não como empregados, desconsiderando a dimensão potencial trabalhista da relação.

A SG-Cade adotou um viés estritamente economicista ao analisar a prática tratada como “dumping” na denúncia, o que a SG-Cade entendeu se tratar de preços predatórios. Na visão do órgão, seria

irracional afirmar que todos os motoristas parceiros que utilizam o aplicativo da Uber tenham, constantemente, prejuízos ao utilizar a plataforma para prestar serviços de transporte remunerado privado individual de passageiros, já que uma reiterada constatação de prejuízos desincentivaria os mesmos a continuar utilizando a plataforma em tela para prestar tais serviços.

Também foi sugerido pela SG-Cade que os motoristas parceiros da plataforma que venham a verificar constantes prejuízos são ineficientes, o que justificaria sua exclusão da plataforma. Ademais, foi aventado que práticas predatórias podem ocorrer eventualmente, mas que a responsabilidade é dos motoristas que optam por usar a plataforma (Macedo, 2018).

Verifica-se, portanto, que a prática não foi analisada sob uma perspectiva social, tampouco a SG-Cade considerou o desequilíbrio contratual e o elemento de vulnerabilidade dos motoristas em relação à plataforma.

No que tange à acusação de influência à adoção de conduta comercial uniforme, a análise do Cade é realizada sob o ponto de vista de suas eficiências para o consumidor. Dessa maneira, apesar de reconhecer que o fato de empresas de redes de transportes (ERTs), como a Uber, definirem os preços a serem cobrados pelas corridas realizadas por seus motoristas parceiros (o que assemelha bastante tal prática à conduta anticompetitiva de influência à adoção de conduta comercial uniforme), para o órgão, “a presença desse modelo de negócios no mercado trouxe, até o momento, benefícios ao consumidor”¹⁰. Ademais, o Cade entende que a concorrência entre as ERTs limita o poder de mercado da Uber. Tal concorrência, na visão do Cade, é facilitada pelo modelo adotado pela Uber ser caracterizado por ser *multi-homing*, ou seja, permitir que todos seus usuários, tanto motoristas parceiros quanto passageiros usuários, estejam cadastrados, ao mesmo tempo, em outras plataformas concorrentes.

A decisão da SG também é embasada pelas conclusões do estudo do Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade, que buscou avaliar os impactos econômicos imediatos da entrada da Uber nas capitais brasileiras de São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte e Distrito Federal, durante o primeiro semestre de 2015. Em especial, buscou-se avaliar os impactos da Uber sobre possíveis concorrentes, os taxistas. O estudo apontou que os resultados obtidos não forneceram qualquer evidência de que o número de corridas de táxis contratadas nos municípios com presença do aplicativo Uber tenha apresentado desempenho inferior. Ademais, o estudo sugeriu que o aplicativo não teria usurpado parte considerável dos clientes dos táxis e nem comprometido o negócio dos taxistas, mas sim teria gerado uma nova demanda (Resende; Lima, 2018).

Como se pode verificar, novamente o Cade elege um viés para analisar a (i)licitude da conduta da Uber à luz da Lei de Defesa da Concorrência (LDC): aquele do consumidor e, em segundo lugar, dos taxistas (potenciais concorrentes). Não há preocupação com os efeitos da conduta sobre a parte hipossuficiente da relação comercial: os motoristas que trabalham para o aplicativo. Dessa maneira, a análise da relação comercial da Uber em relação aos motoristas cadastrados na plataforma sob a perspectiva concorrencial, na realidade, sofre com uma barreira: a perspectiva restrita da análise de condutas por parte da autoridade concorrencial.

A análise de condutas anticompetitivas é realizada à luz do art. 36 da LDC (Lei nº 12.529/2011). De maneira geral, a doutrina categoriza as atividades anticoncorrenciais em dois grupos principais: (i) abuso de posição dominante e (ii) acordos anticompetitivos. O abuso de posição dominante refere-se a ações unilaterais que têm como objetivo ou resultado a supressão da concorrência. Ele pode ser subdividido em dois grandes tipos: (i) condutas unilaterais horizontais, realizadas dentro do mesmo nível de uma cadeia industrial, e (ii) condutas unilaterais verticais, ocorrendo entre diferentes níveis de uma cadeia industrial. Os acordos que restringem a concorrência também podem ser classificados como horizontais, entre concorrentes (por exemplo, carteis), ou verticais, entre agentes em diferentes níveis da cadeia (Gaban; Domingues, 2024).

Não é o escopo deste trabalho realizar um estudo amplo das condutas antitruste. Busca-se, na realidade, chamar atenção para o fato de a jurisprudência do Cade analisar casos de abuso de posição dominante sob a regra da razão, buscando justificativas para a licitude da conduta em questões de eficiência, traduzida, em geral, como o bem-estar do consumidor.

Nesse sentido, Martins e Santos (2020), ao analisar a jurisprudência do Cade em casos envolvendo abuso de posição dominante entre os anos de 2009 a 2019, concluem que há uma predominância na utilização de argumentos econômicos ligados à Escola de Chicago. Bussmann *et al.* (2022) examinaram casos de condutas unilaterais envolvendo plataformas digitais no Cade entre 2011 e 2018. Eles identificaram apenas 10 casos, dos quais apenas 4 foram analisados pelo Tribunal Administrativo do Cade. A maioria foi arquivada pela SG-Cade, devido à falta de relevância ou por estarem fora do escopo do Cade. Mesmo nos casos analisados pelo Tribunal, houve pouca discussão, exceto no caso Google Shopping, onde a decisão de não condenação se baseou em argumentos de eficiência ligados à escola de Chicago.¹¹ A esse respeito, Reymão, Oliveira e Koury (2022, p. 11) destacam que “a busca da eficiência como objetivo único do direito antitruste se tornou uma orientação predominante, conforme é possível observar na fundamentação da decisão do caso da Google no Brasil.”

Especificamente em caso envolvendo restrições verticais, entendidas como “uma disposição contratual ou modo de operação que restringe a autonomia da parte contratante no caso em que cada parte opera em um segmento distinto da cadeia de fornecimento” (Steinbaum, 2019, p. 48), a teoria econômica e a jurisprudência do Cade tendem a justificá-las a partir da redução de custos de transação e a busca da eficiência pelas partes envolvidas (Romero, 2006). Em especial, alega-se que restrições verticais fomentam a concorrência entre produtores (*interbrand competition*). Nesse

11 Nos termos do voto do Conselheiro-Relator Mauricio Oscar Bandeira Maia no PA nº 08012.010483/2011-94, “[...] a análise deve se ater às eficiências geradas para os consumidores e não a um eventual prejuízo residual a um concorrente em virtude da inovação. Se a inovação visar a melhorar a qualidade do produto disponibilizado aos consumidores, danos suportados por concorrentes não configuram per se um ilícito antitruste. Entendimento diverso conduziria à restrição das possibilidades de inovação pelos agentes econômicos”.

sentido, a Escola de Chicago avalia que podem trazer benefícios à concorrência na medida em que implicam (i) redução de custos de transação, (ii) coibição de *free riders*; (iii) coibição à concentração nos elos inferiores da cadeia, impedindo que haja incorporação de agentes por aqueles mais agressivos, (iv) facilitação de entrada de novos agentes, por facilitar retorno de investimentos; (v) preservação da imagem do produto ou serviço; e (vi) eliminação da dupla marginalização, isto é, a majoração dos preços pelos elos a montante e a jusante da cadeia quando estes conseguem impor preços de monopólio aos adquirentes (Forgioni, 2014).

Em linhas gerais, motoristas de aplicativos têm demandas complexas contra a Uber. Para fins deste trabalho, cabe ressaltar que os motoristas criticam a falta de transparência da Uber em relação às suas políticas e regras, incluindo critérios para a desativação de contas. Assim, demandam maior transparência e acesso facilitado a informações sobre tarifas, corridas, pagamentos e mudanças na plataforma. Há, ainda, críticas quanto às taxas retidas pela Uber dos motoristas, que podem chegar até 40% a depender do tempo e distância percorrida (Maria, 2024).

Além disso, criticam o algoritmo da Uber, que controla a maioria dos aspectos de seu trabalho, desde a escolha das corridas até a definição das tarifas. Eles reivindicam real autonomia para gerenciar seu próprio trabalho, possibilidade de definir tarifas em conjunto com a Uber, com base em critérios como tempo, distância e tipo de serviço e acesso a dados e ferramentas que permitam aos motoristas gerenciar seus negócios de forma mais eficiente. Nesse sentido, o desenho algorítmico da plataforma gera uma forma de controle invisível, mas cotidiana e sentida pelos motoristas. Aparentemente neutro e distante, os algoritmos são capazes de direcionar o comportamento dos motoristas e monitorar suas ações. É o que autores como Adams-Prassl (2019), Aloisi e De Stefano (2022) chamam de gerenciamento algorítmico.

Muitas das práticas impostas pela Uber aos motoristas poderiam ser vistas como restrições verticais na medida em que envolvem

condições impostas na oferta ou aquisição de bens e serviços através de contratos ou acordos entre firmas que se relacionam comercialmente ao longo de uma cadeia produtiva limitando a habilidade de uma das partes transacionar livremente no mercado e resultando em maiores ganhos para uma das firmas” (Reis; Horta, 2006, p. 10).

A Uber impõe a forma de precificação e uma série de condições na forma com que o motorista se relaciona com o passageiro, restringindo a possibilidade de o motorista atuar de maneira autônoma com relação ao consumidor final.

Sob um viés tradicional de análise antitruste, considerando a perspectiva da eficiência traduzida no bem-estar do consumidor, tais práticas da Uber não importariam ao direito da concorrência. Na medida em que os preços são mantidos baixos para o consumidor, ainda que com o prejuízo do trabalhador e precarização das condições do trabalho, isto não seria algo com que o direito antitruste deveria se preocupar. A título ilustrativo, nos EUA, Hafiz (2020) pontua que os tribunais têm dificuldades de responsabilizar empresas por práticas que claramente prejudicam trabalhadores quando são reconhecidos benefícios ao consumidor. No entanto, como ressaltado por Romero (2006, p. 27)

[...] não se pode importar a ótica puramente econômica daquele negócio restritivo em si para o direito sem, antes, proceder a uma análise de todos os efeitos anticompetitivos que surgirão dentro daquele mercado relevante, bem como das necessidades sociais a serem implementadas por meio das políticas públicas, quer tais objetivos se refiram à justiça redistributiva ou à melhor alocação dos fatores.

Ainda que se olhasse sob um aspecto puramente econômico, a teoria de redução dos custos de transação usada para justificar restrições verticais não se aplicaria inteiramente no caso da Uber em relação aos seus motoristas, sobretudo em razão da natureza do relacionamento entre as partes, que é desigual. Não se está diante de dois empreendimentos verdadeiramente independentes: de um lado, a Uber detém o poder na relação, impondo regras, por meio de seus termos contratuais e políticas operacionais, que, em muitos casos, são desfavoráveis aos motoristas; de outro, os motoristas não possuem plena autonomia para definir seus preços, livre escolha das corridas ou outros aspectos importantes da sua atividade.

Dessa forma, no caso da Uber, a assimetria de poder entre a empresa e os motoristas limita a aplicação da teoria de redução dos custos de transação como justificativa para as restrições verticais, já que as partes envolvidas não estão em posição de negociar em pé de igualdade.

A assimetria de poder, embora não considerada frequentemente na jurisprudência antitruste, em alguns casos, foi relevada. Nesse sentido, em caso que julgou a padronização de condições praticadas pelas concessionárias por fabricante de veículos automotores, a então Secretaria de Direito Econômico (SDE) entendeu que “[...] não havendo pressupostos vinculantes ou impositivos no relacionamento FABRICANTE CONCESSIONÁRIO, que leve os últimos à condição de submissos, não há que se falar em ilicitude quando uma parte sugere à outra a adoção de práticas que interessam a ambos.” (Brasil, 1996). Em outro caso semelhante, a então Conselheira Lúcia Helena Salgado destacou, dentre fatores estruturais no setor automotivo que poderiam estimular condutas anticompetitivas nas relações verticais fabricante/revendedor, a assimetria contratual¹².

Em caso em que se discutiu cláusula de raio imposta por Shopping Center a lojistas, também se considerou a questão da assimetria de forças entre o shopping e os lojistas. Em seu voto, o então Conselheiro Relator Márcio de Oliveira Júnior, pontuou que “a concentração de direitos que um shopping possui frente à maior parte dos lojistas que compõem o tenant mix e como a cláusula de raio agrava a disparidade dos poderes de barganha”, destacando, ainda, a “posição de hipossuficiência” dos lojistas em relação ao shopping¹³.

Ademais, o Conselheiro Paulo Furquim destacou, em caso sobre denúncia de imposição de tabelas de preços, que

[...] a conduta uniforme na comercialização é admissível em condições bastante restritivas: a) existência de forte assimetria de negociação ex-ante e em desfavor daqueles que buscam se coordenar; b) que a coordenação horizontal resulte em uma mudança do padrão de negociação, de descentralizada para uma barganha bilateral; c) que aquilo que seria um ‘poder compensatório’ não inverta a relação de assimetria que é o pressuposto para a sua tolerância¹⁴.

12 Processo Administrativo nº 08000.017766/1995-33.

13 Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46.

14 Processo Administrativo nº 08012007042/2001-33.

Outrossim, em caso envolvendo a cobrança de taxas portuárias referentes ao serviço de segregação e entrega (SSE), o voto relator do Conselheiro Luiz Augusto Hoffmann concluiu que os efeitos anticompetitivos da cobrança de THC2 decorriam da condição monopolista dos operadores portuários e de seu poder de barganha ilimitado sobre os recintos alfandegados. Ele observou que outros julgados semelhantes também tratavam do abuso de posição dominante pelos operadores portuários, que cobravam preços por serviços em duplicidade, sem justificativa razoável, devido à dependência dos recintos alfandegados em relação a eles. Concluiu que a teoria do dano em relação à cobrança do SSE reflete a relação de dependência dos recintos alfandegados em relação aos operadores portuários¹⁵.

Além disso, a assimetria de poder de barganha entre as partes foi reconhecida como um fator que retiraria o caráter anticompetitivo da conduta de influenciar preços por meio de tabelamento. Nesse sentido, o caderno do Cade Mercado de Saúde Suplementar: Condutas (Cade, 2021), é ressaltado que a dinâmica de negociação entre profissionais de medicina, representados pelas entidades médicas, e operadoras de planos de saúde é marcada por uma assimetria de poder de barganha. Em alguns destes contextos, nota-se uma flexibilização na consideração da ilicitude das tabelas tendo em vista a tese de **poder compensatório**, na consideração de que:

O poder compensatório prevê que os agentes de um mercado possam agir de forma coordenada como forma de se contrapor ao exercício de poder de mercado de outro agente que detenha tal poder um elo subsequente da cadeia produtiva. Por exemplo, se um distribuidor detém poder de monopsonio sobre determinado insumo para o qual há diversos fornecedores, há uma assimetria na barganha da qual (ou em que) o monopsonista se beneficia. Para equilibrar essa relação, seria aceitável que, em determinadas condições os fornecedores também se unissem e negociassem com o distribuidor de forma a contrapor um poder de monopólio ao poder de monopsonio original (Cade, 2021, p. 68).

Dessa forma, embora a análise antitruste tradicional no campo de condutas tenha se pautado prioritariamente sob a perspectiva da eficiência e do bem-estar do consumidor, considerações sobre assimetria de poder de barganha, hipossuficiência e dependência de uma das partes já foram aventadas em alguns casos, todavia, de forma isolada. Especificamente sobre as práticas adotadas pela Uber em relação a motoristas da plataforma, é necessário que se analise de forma mais rigorosa os seus efeitos sobre esse elo da cadeia: os trabalhadores *lato sensu* bem como a assimetria contratual existente entre esses agentes. É nesse campo que a ascensão do *Labor Antitrust* representa uma contribuição relevante para o campo.

3.3 A relevância do *Labor Antitrust* como contraponto à análise tradicional pautada em eficiência/bem-estar do consumidor e a preocupação com os trabalhadores *lato sensu*

Embora tradicionalmente o Direito Concorrencial não tenha se preocupado com relações trabalhistas, é importante ressaltar que, atualmente, o direito antitruste tem flertado mais fortemente com o direito do trabalho e a doutrina tem buscado explorar interseccionalidades. Da mesma forma, autoridades antitruste tem buscado conexões.

15

Processo Administrativo nº 08700.005499/2015-51.

Do ponto de vista dos atos de concentração, as autoridades norte-americanas envolvidas com defesa da concorrência, o Department of Justice (DOJ) e a Federal Trade Commission (FTC), demonstram uma crescente atenção aos efeitos das fusões e aquisições (M&A) no mercado de trabalho. Essa mudança de perspectiva se reflete em documentos como o “Antitrust Guidance for HR Professionals” (USA, 2016) e o “Merger Guidelines” (USA, 2023). O “Antitrust Guidance for HR Professionals” reconhece a relevância do direito trabalhista e do mercado de trabalho como variáveis significativas na análise antitruste.

O “Merger Guidelines” de 2023, por sua vez, orienta as autoridades a considerarem os impactos de uma fusão sobre o mercado de trabalho. Este guia reconhece que as ferramentas utilizadas para avaliar os efeitos de uma fusão entre vendedores podem ser aplicadas para analisar a fusão entre compradores, incluindo os empregadores como compradores de mão de obra. Além disso, destaca que as empresas competem para atrair trabalhadores, criadores, fornecedores e prestadores de serviços, e que as agências de defesa da concorrência devem proteger essa competição em todas as suas formas.

Adicionalmente, ressalta que os mercados de trabalho são mercados compradores importantes, onde os empregadores são os compradores de mão de obra e os trabalhadores são os vendedores. Neste sentido, os efeitos de uma fusão entre empregadores podem incluir a redução da competição no mercado de trabalho, queda nos salários, piora nos benefícios ou condições de trabalho, e outros impactos negativos na qualidade do ambiente de trabalho. Assim, o guia orienta as agências antitruste a analisar a competição no mercado de trabalho da mesma forma que fazem ao analisar a competição nos mercados de produtos e serviços.

No Brasil, todavia, o cenário é diverso. Conforme ressaltado por Domingues, Rivera e Souza (2018, p. 70), “a atual Lei de Defesa da Concorrência (LDC) não faz qualquer menção ao mercado de trabalho ou manutenção de nível de emprego na análise de atos de concentração ou na aplicação de remédios antitruste”. Com efeito, em 2016, em voto sobre ato de concentração envolvendo o HSBC e o Banco Bradesco, o então conselheiro-relator, João Paulo Resende, ressaltou que:

Em relação ao pleito referente à manutenção dos empregos, registro que [...] tal pleito não configura uma preocupação concorrencial stricto sensu, não cabendo à autoridade antitruste rejeitar a presente operação única e exclusivamente em função dos efeitos no mercado de trabalho, nem mesmo exigir tal medida como condição necessária à aprovação da operação. A preservação de empregos, a meu ver, é um bem social que deve ser perseguido por políticas públicas específicas, e não pela autoridade de defesa da concorrência¹⁶.

Mais recentemente, o Ministério Público do Trabalho (MPT), por meio do ajuizamento de uma ação civil pública contra o Cade, buscou garantir que os trabalhadores sejam considerados no processo de análise de atos de concentração por aquele órgão. O MPT alegou que a atuação do Cade, em diversos procedimentos de análise de fusão ou incorporação de empresas ao longo do tempo, não teve qualquer consideração quanto à necessária preservação de postos de trabalho ou atuação para coibir fechamentos de unidades ou coibir dispensas em massa. O Cade, por sua vez, invocando o artigo 88 da Lei nº 12.529/2011 e o artigo 54 da 8.884/1994, afirmou que a sua competência se limita a analisar a proteção da livre concorrência e preservação dos mercados em face da livre iniciativa das empresas, admitindo que, não está no escopo do Cade a proteção do emprego ou a análise do

16 Ato de Concentração nº 08700.010790/2015-41.

impacto social dos atos submetidos à sua análise (Brasil, 2023b).

Ao analisar o pleito do MPT, a Justiça do Trabalho entendeu que o art. 1º da Lei nº 12.529/2011, que fixa a competência do Cade, demanda analisá-la em consonância com a CF, a qual estabelece que a ordem econômica deve ser fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, e que a propriedade privada deve atender à sua função social. De acordo com a decisão, a função social da propriedade significa que o uso da propriedade deve ser feito de acordo com os interesses da sociedade, incluindo a proteção do trabalho. Nesse sentido, o Cade, como guardião da ordem econômica, deve zelar pela valorização do trabalho e pela função social da propriedade (Brasil, 2023b).

Diante disso, a Justiça do Trabalho condenou o Cade a, em procedimentos de atos de concentração econômica, dentre outros, encaminhar por ocasião da instrução, ofícios aos sindicatos representantes das categorias de trabalhadores, solicitando informações; e fundamentar suas decisões com a devida consideração às repercussões, para o ato de concentração sob análise, da função social da propriedade, da livre iniciativa e do valor social do trabalho, nos termos da CF (artigo 1º, inciso IV, bem como do art. 170, *caput* e seus incisos). O caso, todavia, está em fase de análise recursal (Brasil, 2023b).

Do ponto de vista do controle de condutas, é possível verificar casos analisados na jurisprudência internacional envolvendo acordos realizados entre empregadores para fixação de salários dos empregados (*Wage Fixing Cartels*) e acordos para não contratação de empregados (*No Poach Agreements*). Há, ainda, uma preocupação das autoridades antitruste com as cláusulas de não concorrência em contratos de trabalho e suas restrições sobre a mobilidade dos empregados e também com trocas de informações sensíveis sobre termos e condições de trabalho.¹⁷ Recentemente, em 23/04/2024, o FTC, nos EUA, emitiu, por maioria, uma decisão que bane cláusulas de não-concorrência em contratos de trabalho, com o fim de proteger a liberdade fundamental de trabalhadores para mudar de emprego, e promover a formação de novos negócios. Os contratos de não concorrência existentes para executivos seniores - que representam menos de 0,75% dos trabalhadores - podem permanecer em vigor conforme a determinação final da FTC, mas os empregadores estão proibidos de celebrar ou tentar fazer valer novos contratos. Nos termos da decisão do FTC, foi constatado que as cláusulas de não-concorrência tendem a afetar negativamente as condições competitivas nos mercados de trabalho, ao inibir o emparelhamento eficiente entre trabalhadores e empregadores. A Comissão também constatou que os contratos de não concorrência tendem a afetar negativamente as condições competitivas nos mercados de produtos e serviços, ao inibir a formação de novos negócios e a inovação. Há também evidências de que os contratos de não concorrência levam a um aumento da concentração de mercado e a preços mais altos para os consumidores (USA, 2024).

No Brasil, o Cade já analisou alguns casos que tangenciam o tema da proteção do mercado de trabalho em investigações por condutas anticompetitivas. No Processo Administrativo (PA) nº 08012.003021/2005-72, investigou um cartel em licitações para serviços de tecnologia da informação. Um dos acordos entre as empresas era o de não aliciar os funcionários umas das outras. O caso acabou tendo sua tramitação prejudicada em sentença que reconheceu a prescrição da conduta. No PA nº 08012.002812/2010-42, foi investigado um cartel no mercado de recarga de celulares pré-pagos. Havia a alegação de um acordo para não contratar funcionários de concorrentes, mas

17 Para uma revisão completa desses casos na jurisprudência norte-americana, vide Domingues, Rivera e Souza (2018). Vide também nota técnica da SG no PA nº 08700.004548/2019-61.

a prática não foi comprovada. No PA nº 08700.006386/2016-53, que se encontra em andamento, o Cade investiga o compartilhamento de informações sensíveis entre empresas do mercado de peças automotivas, incluindo dados sobre salários e benefícios de funcionários. No Inquérito Administrativo nº 08700.03187/2017-74, o Nubank denunciou os principais bancos do país por assédio aos seus funcionários de tecnologia. A investigação sobre esse aspecto foi arquivada, mas o caso segue em andamento no Cade (Domingues; Rivera; Souza, 2018).

Em 2021, o Cade, de forma inédita, instaurou processo administrativo para investigar suposta formação de cartel entre departamentos de recursos humanos de empresas (PA nº 08700.004548/2019-61). O caso envolve grandes indústrias farmacêuticas, além de fornecedores de serviços e equipamentos médico-hospitalares, que teriam trocado informações sensíveis ao mercado de trabalho — condições de contratação, remunerações, reajustes salariais e benefícios oferecidos aos funcionários. Em setembro de 2022, seis Termos de Compromisso de Cessação (TCCs) foram celebrados com empresas investigadas e seus funcionários. O processo continua em andamento para as empresas e pessoas físicas não signatárias.

Por fim, embora não se trate de um processo de conduta, importante mencionar a Nota Técnica nº 3/2024, do DEE do Cade, a qual recomenda a suspensão ou o cancelamento de normas que determinam a publicação de informações salariais detalhadas no âmbito do Decreto nº 11.795/2023 e a Portaria nº 3.714/2023, que regulamentam dispositivos da Lei nº 14.611/2023 sobre igualdade salarial entre homens e mulheres e exigem a divulgação de relatórios detalhados sobre a remuneração dos funcionários pelas empresas. De acordo com a nota, outras jurisdições já implementaram legislações sobre igualdade salarial com uma abordagem mais agregada e menos específica na divulgação de dados, evitando potenciais riscos concorrenciais. Essas abordagens consistem na publicação de estatísticas gerais sobre disparidades salariais, sem detalhar os valores exatos ou as condições de remuneração específicas para cargos individuais dentro das empresas. Dessa forma, o DEE sugere uma revisão das normas em questão. Caso a exigência de divulgação seja mantida, as informações deveriam ser agregadas de maneira a não revelar dados concorrencialmente sensíveis.

Considerando os casos relatados acima, se verifica que, na prática, embora o direito antitruste tenha buscado algumas interseccionalidades com o direito do trabalho, a análise ainda é pautada por uma lógica mais economicista do que em uma análise mais aprofundada à luz do valor social do trabalho como princípio a ser considerado na análise antitruste. No que tange ao controle repressivo de condutas anticompetitivas, as infrações mais comumente analisadas foram aquelas que envolveram o acordo entre empresas sobre uma variável econômica, os *wage fixing agreements* e os *no-pouch agreements*. Cartéis são infrações concorrenciais típicas caracterizadas por uma análise per se, isto é, se o objeto envolve um acordo sobre variáveis econômicas, logo a conduta é considerada ilegal, independentemente de uma análise mais ampla sobre seus efeitos concorrenciais (Silveira, 2020).

Salários, benefícios, dentre outros elementos da remuneração são facilmente identificados como variáveis econômicas de uma empresa de forma que não é difícil para as autoridades antitruste caracterizar esse tipo de conduta como um ilícito concorrencial. Não é necessário realizar um exame aprofundado da conduta à luz de considerações sociais e/ou trabalhistas. A intersecção entre direito do trabalho e o Direito Concorrencial é, na verdade, fraca aqui.

Nesse sentido, Nicoletti (2023) aponta que os casos que demonstraram uma maior interseção entre direito do trabalho e direito da concorrência como os *wage fixing cartels*, na realidade, em sua substância estão vinculados a uma análise baseada na eficiência em sua dimensão “preço”, não revelando a incorporação, pelo Direito Concorrencial, de novos objetivos como a proteção do valor social do trabalho.

Isso é corroborado pelo fato de, no âmbito do controle de estruturas, o Cade entender que não tem competência para considerar questões relacionadas ao nível de emprego e também por declarações públicas recentes no sentido de que “o Cade não tem competência para tratar de política trabalhista” (Wiziack, 2024).

A linguagem usada pela análise antitruste ao analisar esses casos envolvendo dimensões trabalhistas se assemelha àquela aplicada na análise antitruste tradicional associada a mercados de produtos e serviços. Nesses casos, o que muda é que se fala não em exercício de poder de mercado na venda de determinados produtos e/ou serviços, mas sim na compra de determinados insumos laborais. Em última instância, também há uma preocupação em justificar que esses casos envolvendo dimensões trabalhistas prejudicam o consumidor.¹⁸

Com efeito, Hafiz ([2025]) critica o fato de as novas ferramentas do Labor Antitrust replicarem as análises de organização industrial da Escola de Chicago. Atualmente, economistas, autoridades e tribunais concordam em aplicar conceitos similares aos usados para definir mercado e poder de mercado em mercados de produtos. Assim, usam modelos de equilíbrio para avaliar a capacidade das empresas de oferecer salários abaixo do que seria praticado em um mercado mais competitivo. Desse modo, o modelo limita a regulação antitruste a focar nos efeitos negativos sofridos pelos trabalhadores devido à menor competição no mercado de trabalho, e não no efeito contrário (danos causados pela competição entre empregadores para reduzir custos trabalhistas).

A autora conclui que as autoridades antitruste podem e devem promover avanços políticos concretos que se alinhem com a política trabalhista e salarial da lei antitruste, integrando métodos científicos sociais contemporâneos para abordar de forma mais ampla as fontes e manifestações do poder do empregador. Chama atenção para a necessidade de se medir o poder de mercado do empregador considerando outros aspectos da manifestação de poder que os empregadores podem exercer ao intimidar ou coagir seus empregados. Ademais, argumenta que um Antitruste Trabalhista Progressista deve estar igualmente preocupado com os danos à capacidade de barganha e voz dos trabalhadores que impactam sua capacidade de alcançar termos e condições de emprego aceitáveis, assim como com a conduta do empregador que suprime salários, crescimento salarial e qualidade do ambiente de trabalho (Hafiz, [2025]).

Embora o Antitruste Trabalhista ainda opere com ferramentas limitadas da Escola de Chicago, representa um marco no direito antitruste, reconhecendo outro ator crucial além do consumidor. Pela primeira vez, os trabalhadores ganham destaque na análise antitruste, abrindo caminho para uma proteção mais abrangente no âmbito do direito antitruste.

¹⁸ Nesse sentido, o parecer da SG no cartel dos RHs traz argumentação que busca associar determinadas práticas nos mercados de trabalho como prejudiciais ao consumidor, o que pode parecer forçoso na prática. Vide parágrafos 19-22 do PA nº 08012.010483/2011-94.

4 A RECONFIGURAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE PARA CONSIDERAR OUTRAS VULNERABILIDADES: FUGINDO DO ENFRAQUECIMENTO SOFRIDO PELO DIREITO DO TRABALHO

Como mencionado acima, o direito antitruste começa a se transformar para inserir outros fatores em suas análises a exemplo de preocupações com os mercados de trabalho. No entanto, ainda há uma tradição muito arraigada em conduzir análises com foco no bem-estar do consumidor.

Quando se pensa no motorista de plataformas como a Uber, ainda que haja uma tendência em não o classificar como um empregado, não se pode negar que ele é uma figura hipossuficiente ou vulnerável na relação contratual com a plataforma. As condições impostas pela Uber aos seus motoristas podem ser enxergadas como restrições verticais na linguagem do direito antitruste, na medida em que representam disposições contratuais que restringem a autonomia desse mesmo motorista. Como visto, todavia, restrições verticais frequentemente são consideradas justificáveis no âmbito do direito antitruste por questões relacionadas a supostas eficiências.

No âmbito do Direito norte-americano, Steinbaum (2019) cita que, antigamente, a jurisprudência era clara ao considerar ilegal a coerção ou imposição de condições a contratantes independentes. Assim, menciona o caso *Estados Unidos v. Richfield Oil Co.* (USA, 1952), que tratava da relação entre uma refinadora de petróleo dominante e fornecedora de gasolina - a Richfield Oil - e seus postos de serviço afiliados. Esses postos eram obrigados a comprar gasolina exclusivamente da Richfield e vender peças automotivas e produtos patrocinados negociados pela Richfield, em vez de buscar e negociar seus próprios fornecedores de acordo com a preferência dos clientes. O tribunal decidiu contra a Richfield, considerando que ela exercia controle de fato sobre esses “empresários independentes”, violando as leis antitruste, embora eles não fossem empregados da empresa.

Na visão do autor, esse caso criou uma distinção clara entre o âmbito trabalhista e o antitruste: se as entidades subordinadas são “empresários independentes” e não empregados, é ilegal exercer controle sobre elas. A Suprema Corte dos Estados Unidos reafirmou o mesmo princípio básico contra a coerção de não-empregados por meio de contratos de fornecimento vertical no caso de *Simpson v. Union Oil Co. of California* (USA, 1964) (Steinbaum, 2019, p. 49). No entanto, com a influência da Escola de Chicago, as restrições verticais passaram a ser autorizadas mediante apresentação de justificativas baseadas em “eficiências”. Com isso, os contratantes independentes, como motoristas de Uber, passaram a ser desprotegidos não só pelo direito do trabalho, mas também pelo direito antitruste. Dessa maneira, nas palavras de Steinbaum (2019, p. 45-46):

Enquanto antes havia uma linha nítida onde o direito do trabalho terminava e o antitruste começava, agora há uma área cinzenta, dentro da qual uma empresa mais poderosa pode dizer a um contratado ou trabalhador menos poderoso o que fazer sem ser responsável perante o antitruste ou o direito do trabalho [...] O que tem sido ignorado é que a deterioração do antitruste é o que legalmente permite que empresas mais poderosas digam a empresas subordinadas, contratados e trabalhadores o que fazer, mesmo que esses subordinados não sejam, legalmente, seus funcionários (tradução livre).¹⁹

19 Steinbaum (2019) também chama atenção para o fato de que a legalização de restrições verticais foi decorrente de um forte processo de lobby nos EUA para reversão do julgamento em *Estados Unidos v. Richfield Oil* e não da evolução de um modelo de negócio marcado por eficiência superior.

De fato, enquanto justificativas baseadas em eficiências derivadas do bem-estar do consumidor forem a principal variável para permitir as restrições verticais, o controle exercido pela Uber sobre seus motoristas provavelmente continuará sendo lícito do ponto de vista do direito antitruste. Inclusive, a própria Uber já encomendou pelo menos dois artigos econômicos que indicam que seu controle sobre seus motoristas, incluindo a fixação de preços, beneficia os clientes porque aumenta o excedente do consumidor no mercado de compartilhamento de corridas.²⁰ Ressalta-se que o bem-estar do consumidor é relevante e deve continuar sendo uma preocupação do direito antitruste, mas não a única. Em outras palavras, além dos consumidores, há outras partes vulneráveis no mercado que também merecem atenção.

Nesse sentido, é fundamental que o direito antitruste considere o desequilíbrio de forças abissal que existe entre a Uber e seus motoristas na avaliação de condutas desta plataforma sob o ponto de vista do direito antitruste. É adequado presumir que há uma violação antitruste quando um agente com poder econômico unilateralmente impõe condições contratuais abusivas a um contratante independente, em posição vulnerável, impedindo que eles acessem os lucros gerados pela empresa dominante, o que gera uma remuneração cada vez mais achatada e deterioração das condições de trabalho (Steinbaum, 2019, p. 54-55). Vale lembrar que, no caso da Uber, configurações diferentes para além da completa imposição de termos e condições contratuais parecem ser possíveis. A título ilustrativo, Posner (2021, p. 138) menciona que a Uber normalmente define a remuneração dos motoristas, mas recentemente permitiu que eles, em algumas cidades, definam seus próprios preços, podendo chegar a até cinco vezes um dado preço-base.

Nesse contexto, importante trazer as considerações de Baker (2019), para o qual, em mercados de vários lados (*multi-sided platforms*), é extremamente preocupante, do ponto de vista concorrencial, defender que, na análise da conduta do comportamento anticompetitivo das partes, os benefícios em um lado da plataforma podem compensar prejuízos em outro (*trade-offs* entre mercados). O autor destaca que quando há danos a um lado da plataforma (por exemplo, aos fornecedores, como motoristas no Uber), existe uma tentação por parte dos representados de argumentar que esses danos são compensados pelos benefícios a outro lado (por exemplo, passageiros que pagam tarifas mais baixas). O argumento central do autor é que esses *trade-offs* de bem-estar entre mercados ou lados de uma plataforma são problemáticos e geralmente rejeitados pelos tribunais.

Ele argumenta que essa abordagem cria sérios problemas administrativos e políticos. Permitir que empresas justifiquem comportamentos anticompetitivos em um mercado (como reduzir os pagamentos a fornecedores) com base em benefícios gerados em outro mercado (como preços mais baixos para consumidores) tornaria a aplicação do direito antitruste extremamente complexa.

A complexidade administrativa surge do fato de que, para avaliar esses *trade-offs*, as autoridades competentes teriam que analisar detalhadamente diferentes mercados ou lados de uma plataforma, conduzindo extensas investigações sobre como os efeitos de um lado afetam o outro. Além disso, a comparação de danos e benefícios entre mercados diferentes pode ser difícil de quantificar, levando a um aumento do risco de erros judiciais.

O autor também argumenta que, além da dificuldade prática, permitir esses *trade-offs* entre mercados tem implicações políticas e econômicas. Se os tribunais permitissem que grandes

20 Steinbaum (2019, p. 54) cita os trabalhos de Cohen et al. (2016) e Hall et al. (2017).

empresas prejudicassem certos grupos (como trabalhadores ou fornecedores) em nome de benefícios econômicos maiores para outros (como consumidores), isso enfraqueceria o apoio político para a aplicação do direito antitruste. Grupos vulneráveis, como pequenos fornecedores, agricultores ou trabalhadores, se sentiriam desprotegidos e desmotivados a apoiar o antitruste como um mecanismo de regulação do poder econômico.

Além disso, o autor argumenta que esses *trade-offs* tendem a favorecer grandes empresas e consolidam o poder econômico, em vez de promover uma concorrência justa. Isso resulta em uma distorção estrutural do mercado, na qual os benefícios são concentrados em poucos grupos, enquanto os prejuízos são amplamente distribuídos entre os atores mais frágeis.

O autor entende que a manutenção da proibição de *trade-offs* entre mercados é essencial para proteger o equilíbrio entre os interesses dos diversos atores econômicos e evitar uma sobrecarga dos tribunais com análises excessivamente complexas. Além disso, ao manter essa proibição, o direito antitruste protege grupos vulneráveis e garante que o sistema continue funcionando como uma proteção contra o poder de mercado excessivo (Baker, 2019, p. 189-193). No âmbito do Direito brasileiro, é importante dizer que o próprio Código Civil presume os contratos empresariais paritários e simétricos a menos que haja elementos concretos que justifiquem o afastamento dessa presunção, conforme artigo 421-A (Brasil, 2002). Aceitar supostas eficiências decorrentes da relação entre a Uber e seus motorista sem se atentar aos desequilíbrios fundamentais que a regem, como a falta de poder de barganha dos motoristas e a imposição unilateral de condições contratuais pela Uber, pode levar à perpetuação de um sistema potencialmente exploratório e injusto.

Vale aqui destacar a visão estruturalista do Direito explicada por Salomão Filho (2014). De acordo com essa perspectiva, é necessário substituir a intervenção tradicional do direito, de caráter compensatório, por uma intervenção de natureza estrutural. “[...] É preciso disposição para intervir na organização empresarial, estabelecendo interesses que devem ser representados ou ao menos considerados.” Segundo esta ótica, o objetivo do direito seria

organizar o funcionamento da sociedade. Isso quer dizer capacidade de intervir diretamente na estrutura econômica (e nos institutos que a protegem) a criar inclusão e escolha para o indivíduo. [...] o objetivo da intervenção não é definir resultados do processo econômico. A proteção da inclusão ou acesso e escolha permite a construção de um devido processo econômico (Salomão Filho, 2014, p. 47).

Deve-se ter em mente que os princípios que informam a interpretação da ordem econômica no bojo da CF incluem os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, que também são seus fundamentos. Ademais, o fim da ordem econômica é garantir a dignidade da pessoa humana, conforme disciplina o artigo 170, *caput*, da CF (Brasil, 1988). A valorização do trabalho e o reconhecimento do valor social do trabalho demanda, no âmbito de uma sociedade capitalista, a conciliação e composição dos interesses dos titulares do capital, de um lado, e do trabalho, de outro. Conforme ressaltado por Grau (1997, p. 221), “em sua interação com os demais princípios contemplados no texto constitucional, expressam a prevalência dos valores do trabalho na conformação da ordem econômica”.

Em havendo inclusive uma prevalência dos valores do trabalho na sua interação com outros princípios da ordem econômica, como a livre iniciativa e a livre concorrência, não há por que basear a análise concorrencial apenas em um vetor da ordem econômica - o consumidor. Ademais, o abuso de poder econômico que mitiga o valor do trabalho deve ser sim uma preocupação do direito

concorrencial. Como apontado por Grau (1997, p. 235), “a livre iniciativa é expressão de liberdade titulada não apenas pelo capital, mas também pelo trabalho.”

O artigo 173, § 4º, da CF fundamenta a existência da legislação concorrencial ao dispor que a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (Brasil, 1988). A própria LDC estipula, em seu parágrafo único, que a coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos pela lei, o que implica dizer que (i) não há razões para privilegiar um ator (consumidor) em detrimento de outro (trabalhador *lato sensu*); e (ii) a própria noção de coletividade envolve a necessidade de composição de diferentes interesses (Brasil, 2011).

Parte da literatura especializada rejeita o padrão de bem-estar do consumidor e propõem alternativas como o bem-estar dos trabalhadores, o bem-estar geral ou padrões mais amplos de “interesse público” ou “competição eficaz”. Os defensores do bem-estar dos trabalhadores argumentam que, ao avaliar a conduta anticoncorrencial dos empregadores, o dano aos trabalhadores deve ser suficiente para acionar a responsabilidade antitruste (Hafiz, 2020). Os proponentes do bem-estar agregado consideram os efeitos anticoncorrenciais nos mercados de trabalho em relação às eficiências criadas nos mercados de produtos. Os neo-Brandeisianos propõem um padrão “eficaz” ou de “proteção da competição”. Sob esse padrão, a política antitruste visa proteger indivíduos, consumidores, trabalhadores e outros ao longo da cadeia de fornecimento, além de preservar oportunidades para concorrentes, promover a autonomia e o bem-estar individuais e desconcentrar o poder privado. O teste de proteção da competição pode considerar danos ao bem-estar do consumidor, mas a principal preocupação é evitar a distorção ou supressão do processo competitivo (Hafiz, 2020).

De um ponto de vista prático, todavia, há, de um lado, uma série de complexidades ao dizer que a Uber não deve impor quaisquer condições aos motoristas para uso da plataforma. Decerto, algumas regras são necessárias para a adequada operacionalização dos serviços ofertados. De outro, há um certo receio por parte das autoridades antitruste em interferir no design do modelo de negócio de empresas de tecnologia. A título exemplificativo, no caso Google Shopping, o então Conselheiro Bandeira Maia proferiu voto no sentido de que interferir no desenho do modelo de negócio ou produto da empresa não seria competência do Conselho²¹.

Neste cenário, se mostra fundamental assegurar aos motoristas cadastrados na plataforma poder de barganha coletivo para poder negociar remuneração, termos e condições de sua relação com a Uber. Atualmente, a dinâmica da Uber e da *gig economy*, em geral, dificulta a mobilização desses trabalhadores, pois estão pulverizados, sem um local fixo para se encontrarem e com a dificuldade de estabelecerem laços entre si (Johnston; Land-Kazlauskas, 2018). Essa dificuldade também se mostra no Brasil, visto que sindicatos que representam a categoria e as associações existentes não detêm poder de barganha relevante com a empresa (Branco; Silva, 2023).

O PLP 12/2024, que busca regular a situação dos motoristas de aplicativo de veículo de quatro rodas, os categorizam como trabalhadores autônomos e como tal garante que serão representados por

sindicato que abranja a respectiva categoria profissional, e as empresas operadoras de aplicativos serão representadas por entidade sindical da categoria econômica específica, com as seguintes atribuições: I - negociação coletiva; II - celebração de

Nesse sentido, o processo de barganha coletivo seria assegurado pela legislação. Ocorre que, apesar do direito à organização coletiva existir, enquanto não houver essa previsão legal expressa, o próprio processo de negociação coletiva, quando articulada por motoristas no âmbito de associações, pode ser penalizada do ponto de vista antitruste.

Conforme mencionado por Frazão (2016), o Cade tem sistematicamente condenado associações médicas e conselhos regionais por influência de adoção de conduta uniforme, embora tenham alegado hipossuficiência perante as empresas de planos de saúde e a existência de propósitos legítimos, como o exercício regular do poder compensatório. Atualmente, também se encontra em análise processo no qual o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) é acusado pela SG-Cade de influenciar conduta comercial uniforme no mercado de prestação de serviços advocatícios através das tabelas de honorários²².

Dessa forma, a negociação no âmbito de associações de motoristas poderia ser encarada como uma violação antitruste na medida em que resultaria em influência de adoção de conduta uniforme, nos termos do artigo 36, inciso II, da Lei nº 12.529/2011, ou mesmo uma prática cartelizante nos termos do inciso I do mesmo dispositivo (Brasil, 2011). Considerando as fragilidades inerentes aos trabalhadores da *gig economy*, não faria sentido penalizar a tentativa de aumentar o seu poder de barganha para lhes garantir voz no processo de negociação com a Uber, sobretudo em um contexto em que o Cade apresenta receio de intervir diretamente no modelo de negócio da empresa. Até mesmo porque haveria, neste aspecto, uma antinomia com as garantias constitucionais de liberdade de associação profissional (artigo 8º, CF).

Nesse contexto, vale mencionar a experiência europeia que, em setembro de 2022, adotou Diretrizes sobre a aplicação do direito da concorrência da União Europeia (UE) a acordos coletivos (Diretrizes) relativos às condições de trabalho de trabalhadores autônomos. As Diretrizes esclarecem quando certos autônomos podem se reunir para negociar coletivamente melhores condições de trabalho sem violar as regras de concorrência da UE (UE, 2022).

O artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da UE (TFUE) proíbe acordos entre empresas que restringem a concorrência (UE, 2012). Embora os acordos coletivos entre empregadores e trabalhadores não estejam sujeitos às regras de concorrência da UE, os autônomos são considerados “empresas” e, portanto, correm o risco de infringir as regras de concorrência ao negociar coletivamente seus honorários ou outras condições comerciais. Como resultado, os autônomos não têm segurança jurídica sobre a possibilidade de negociar coletivamente suas condições de trabalho. As Diretrizes, nesse contexto, vêm trazer maior segurança a esses trabalhadores autônomos de que não serão penalizados pela legislação antitruste por buscarem melhores condições de trabalho.

As Diretrizes se aplicam a trabalhadores autônomos que trabalham completamente por conta própria e não empregam outras pessoas. Elas esclarecem as circunstâncias em que certos autônomos

22 Nota Técnica Final SG/CADE nº 102/2022 no Processo nº 08012.006641/2005-63. No caso, a ProCade emitiu Parecer Jurídico (nº 20/2023/CGEP/PFE-CADE/PGF/AGU) sugerindo o arquivamento do processo, pois, em sua análise, “não se observa que o Conselho Federal tenha extrapolado dos limites legais acerca da tabela de honorários”. Ainda, nos termos do Parecer, “[O]s atos da Ordem se equiparam aos das entidades independentes que não se submetem à revisão no âmbito do Poder Executivo”.

podem negociar coletivamente para melhorar suas condições de trabalho sem violar as regras de concorrência da UE (2022). Em particular, mencionam que:

(a) O direito da concorrência não se aplica a trabalhadores autônomos que se encontrem em situação comparável à dos trabalhadores. Isso inclui autônomos que: (i) prestam serviços exclusiva ou predominantemente a uma única empresa; (ii) trabalham lado a lado com empregados; e (iii) fornecem serviços a ou por meio de uma plataforma de trabalho digital.

(b) A Comissão Europeia não aplicará as regras de concorrência da UE a acordos coletivos celebrados por trabalhadores autônomos que se encontrem em posição de negociação fraca. Isso ocorre, por exemplo, quando os autônomos enfrentam um desequilíbrio no poder de barganha devido a negociações com empresas economicamente mais fortes ou quando negociam coletivamente de acordo com a legislação nacional ou da UE (2022).

As Diretrizes fazem parte de um conjunto de ações, no âmbito da UE, que visam garantir que as condições de trabalho dos trabalhadores de plataforma sejam adequadamente tratadas. No entanto, seu escopo não se limita a trabalhadores autônomos que trabalham por meio de plataformas digitais e abrange também situações de trabalhadores autônomos atuantes na economia offline (UE, 2022).

Elas têm claramente um objetivo social, na medida em que o se espera com essas medidas que haja (i) aumento do número de autônomos cobertos por acordos coletivos até 2030; (ii) elevação do salário médio dos autônomos beneficiados por acordos coletivos; e (iii) redução do número de autônomos e seus familiares em risco de pobreza. Do ponto de vista do consumidor, a UE tem clareza de que pode haver aumento no preço final dos serviços devido ao aumento da remuneração dos autônomos. No entanto, contrasta esses custos com impactos positivos da medida, incluindo melhoria das condições de trabalho dos trabalhadores autônomos, aumento de produtividade, e benefícios nos orçamentos e administração nacional, já que o aumento do salário dos autônomos pode levar a menos gastos com apoio de renda mínima e benefícios no trabalho e mais receitas de tributos para o Estado, dentre outros (UE, 2022).

Dessa forma, a exemplo das diretrizes da UE, é imprescindível que o Antitruste brasileiro também garanta segurança jurídica aos trabalhadores autônomos da *gig economy* (caso o PLP seja aprovado nos moldes em que foi proposto e a sua caracterização como autônomo seja confirmada) de que podem se organizar por meio de sindicatos ou associações e desenvolver seu poder de ação, voz e representação por meio da negociação coletiva, um dos principais meios para que alcancem condições mais justas e equilibradas de trabalho.

Além disso, como ressaltado acima, o direito antitruste brasileiro precisa reconhecer as assimetrias de poder entre empresas de plataformas e seus motoristas como um fator crucial na caracterização de práticas anticoncorrenciais.

A esse respeito, é interessante mencionar o Projeto de Lei nº 8.168 de 2017, de autoria do deputado André Figueiredo (PDT-CE) que busca alterar a legislação concorrencial brasileira para considerar anticompetitivas as cláusulas abusivas em contratos empresariais em que haja manifesto desequilíbrio econômico entre as partes (Brasil, 2023).

Em parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC), foi considerado que:

Quanto ao mérito, consideramos a matéria conveniente e oportuna. A proposição enfrenta a questão da assimetria de poder no âmbito das relações entre empresários,

algo a que o direito contratual é tradicionalmente refratário. Consideramos imprescindível a disciplina legislativa específica para as relações empresariais em que o desnível econômico tende a produzir e externalidades socialmente indesejáveis. Não se pode, sob a presunção de igualdade das partes – nem sempre verificada na realidade dos atos – fechar os olhos a situações que demandam do Estado tratamento diferenciado. Afinal, o princípio da isonomia impõe tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. E isso inclui as relações entre empresários (Brasil, 2023a).

Naturalmente, referida conduta, se efetivamente for integrada à legislação concorrencial, deve ser analisada à luz dos objetivos da legislação antitruste, que busca proteger a coletividade e não tratar de lides privadas.

De toda forma, é imperativo que o direito antitruste vá além da tradicional análise baseada na eficiência e bem-estar do consumidor, integrando uma abordagem que considere também as vulnerabilidades dos trabalhadores autônomos. Essa reconfiguração deve permitir uma análise diferenciada das restrições verticais impostas pelas plataformas, como a Uber, garantindo que elas não resultem em abusos de poder que limitem a autonomia dos motoristas. Nessa análise, como ressaltado por Baker (2019), é importante que o Cade não admita a realização de *trade-offs* ou compensações entre o benefício trazido ao consumidor da plataforma (e.g. acesso a preços mais baixos) com o prejuízo causado ao motorista. No mais, o direito antitruste deve assegurar que os processos de negociação coletiva sejam reconhecidos e protegidos, permitindo que esses trabalhadores, muitas vezes em situação de fragilidade, possam negociar melhores condições de trabalho sem receio de sanções antitruste. Assim, o Antitruste pode se tornar um instrumento mais eficaz na regulação de mercados de trabalho digitalizados, complementando e suprimindo as lacunas deixadas pelo enfraquecimento do direito do trabalho. Assim, fica claro que o direito antitruste precisa ser reconfigurado para incorporar preocupações relativas aos impactos de práticas e operações comerciais sobre os trabalhadores, considerando que a livre concorrência e a repressão ao abuso de poder econômico devem ser balizadas pelo princípio do valor social do trabalho.

5 CONCLUSÃO

Este estudo apresentou a necessidade de reconfiguração do direito antitruste para responder às novas dinâmicas que resultam do enfraquecimento do direito do trabalho, especialmente no que tange às relações contratuais assimétricas envolvendo motoristas de aplicativos e plataformas como a Uber. No entanto, é importante considerar as limitações que permeiam esta análise. Primeiramente, a ausência de dados mais precisos sobre as condições de trabalho dos motoristas, bem como a dificuldade em acessar informações detalhadas sobre a operação interna dessas plataformas, limita uma avaliação mais completa e rigorosa. Além disso, a aplicação de teorias de direito antitruste enfrenta dificuldades significativas quando transposta para contextos em que as relações de trabalho se entrelaçam com o ambiente concorrencial.

Ademais, trata-se de um tema relativamente novo, com pouca jurisprudência estabelecida. O texto busca incentivar a construção dessa jurisprudência, promovendo uma reflexão mais profunda sobre como o direito antitruste pode ser adaptado para lidar com as especificidades desse setor. Não



há, até o momento, um estudo empírico amplo sobre o mercado da Uber no Brasil, tanto no que se refere às questões contratuais quanto aos seus efeitos no mercado. As conclusões extraídas baseiam-se principalmente em estudos de mercados estrangeiros, notícias esparsas e análises qualitativas, que, embora forneçam insights relevantes, não conseguem descrever o quadro completo. Essas limitações ressaltam a importância de um maior aprofundamento empírico para embasar de maneira mais sólida o desenvolvimento normativo e jurisprudencial nesse campo.

Como visto, o direito do trabalho está perdendo força em decorrência de políticas neoliberais deliberadas, orientadas à flexibilização ou mesmo desregulação trabalhista. Embora não seja desejável, observa-se que as relações de trabalho em sentido lato estão sendo retiradas de seu arcabouço protetivo, seja pela via legislativa, seja pela via jurisprudencial. Isso, contudo, não significa um salvo conduto para que assimetrias sejam toleradas, ampliadas ou incentivadas. É fundamental destacar que essa retirada de proteções afeta não apenas os trabalhadores, mas também a própria dinâmica do mercado, uma vez que a desregulação pode ampliar práticas abusivas por parte de grandes corporações que concentram poder.

Quando trabalhadores deixam de ser considerados empregados e passam a ser classificados como autônomos, da forma como o direito brasileiro está moldado, essa relação acaba por se afastar do direito do trabalho. Esse objeto "em fuga" passa, então, a ser tema de preocupação do direito antitruste. Considerando o caso analisado neste texto, dado que a Uber está se relacionando com milhões autônomos (como ela mesmo classifica os motoristas), essa configuração tem - ou deveria ter - consequências no âmbito concorrencial. Mais precisamente, o Direito Concorrencial necessita ampliar seu escopo para garantir que as relações assimétricas entre plataformas e trabalhadores autônomos sejam devidamente tratadas, evitando que esses trabalhadores fiquem desprotegidos em uma zona cinzenta entre as esferas trabalhista e concorrencial.

Observa-se, contudo, que o direito antitruste está construído sobre o paradigma da eficiência, com forte orientação ao bem-estar do consumidor, ignorando outras vulnerabilidades e, com isso, tolerando-as ou mesmo ampliando-as. Essa abordagem limitada falha em reconhecer os impactos que as práticas anticoncorrenciais têm sobre os trabalhadores, que são parte fundamental do processo produtivo, mas que, na lógica atual, são invisibilizados pelo foco no consumidor final. A aplicação do direito antitruste deve, portanto, evoluir para incluir esses atores na sua análise, considerando a forma como o poder econômico pode ser utilizado para explorar trabalhadores vulneráveis.

Nesse sentido, para que o direito antitruste não seja enfraquecido, como está ocorrendo com o direito do trabalho, vislumbra-se uma possível alternativa: a sua reconfiguração para lidar com vulnerabilidades diversas, dentre elas, os trabalhadores. Isso requer uma mudança paradigmática que permita às autoridades antitruste considerar os desequilíbrios de poder entre empresas e trabalhadores autônomos como um elemento central na análise de condutas.

Este texto buscou evidenciar essa necessidade, bem como estimular uma construção jurisprudencial no âmbito do direito antitruste que leve em consideração essas assimetrias.

Em termos práticos, este estudo oferece algumas recomendações para legisladores e profissionais do direito. Em primeiro lugar, é fundamental que o legislador avance em propostas que reconheçam a assimetria de poder nas relações entre plataformas e motoristas e reconheçam sua competência para negociações coletivas inclusive em relação a preços dos serviços. O Projeto de Lei Complementar nº 12/2024 já é um passo importante, mas deve ser aprimorado para incluir garantias

mais robustas aos motoristas, principalmente no que se refere à sua autonomia e capacidade de negociação coletiva. Da mesma forma, o Projeto de Lei nº 8.168, de 2017 é relevante para trazer a discussão de relações assimétricas para dentro do Direito Concorrencial, embora não seja um projeto específico para as plataformas de transporte de passageiros.

No âmbito do direito antitruste, recomenda-se que as autoridades adotem uma abordagem mais inclusiva na análise de condutas, integrando o impacto sobre os trabalhadores como um fator relevante nas decisões. Para tanto, seria recomendável revisar o paradigma de eficiência econômica e bem-estar do consumidor que orienta grande parte das decisões do Cade, para também abarcar preocupações com a dignidade do trabalho e o equilíbrio de forças nos mercados de trabalho.

Além disso, para fortalecer a regulação desses mercados, é recomendável que o Cade crie orientações mais claras sobre a atuação das plataformas digitais em relação aos seus trabalhadores autônomos (a exemplo das Diretrizes, na União Europeia), especialmente no que tange a práticas de negociação coletiva, gestão algorítmica e outras práticas que limitam a autonomia dos motoristas. A elaboração de estudos empíricos para embasamento da elaboração de eventual guia seria recomendável.

Finalmente, este estudo oferece contribuições que podem ser relevantes para outras áreas do Direito, como o direito do trabalho, ao demonstrar como as vulnerabilidades dos motoristas de aplicativo podem ser abordadas de maneira multidisciplinar. O reforço da negociação coletiva e a promoção de políticas públicas que garantam condições mínimas de trabalho são medidas cruciais para evitar que o direito antitruste siga o mesmo caminho de enfraquecimento enfrentado pelo direito do trabalho, assegurando uma abordagem regulatória que leve em consideração as especificidades das novas formas de trabalho.

A evolução do direito antitruste não pode mais se limitar ao bem-estar do consumidor. Ao reconhecer outras vulnerabilidades, como as dos trabalhadores em plataformas, ele poderá consolidar-se como um instrumento mais eficiente e justo na regulação dos mercados contemporâneos.

REFERÊNCIAS

ABILIO, Ludmila Costhek. Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado. **Psicoperspectivas**, Viña del Mar, v. 18, n. 3, p. 41-51, 2019. DOI: <http://dx.doi.org/10.5027/psicoperspectivas-vol18-issue3-fulltext-1674>. Disponível em: <https://x.gd/9HTFt>. Acesso em: 8 out. 2024.

ADAMS-PRASSL, Jeremias. What if your boss was an algorithm? Economic incentives, legal challenges, and the rise of artificial intelligence at work. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, [s. l.], v. 41, n. 1, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2b6gfgpj>. Acesso em: 8 out. 2024.

ALCOCK, Antony Evelyn. **History of the International Labour Organization**. Londres: Palgrave Macmillan, 1971.

ALOISI, Antonio; DE STEFANO, Valerio. **Your boss is an algorithm: artificial intelligence, platform work and labour**. Londres: Bloomsbury Publishing, 2022.

ALVES, Giovanni. Trabalho e sindicalismo no Brasil: um balanço crítico da "década neoliberal" (1990-2000). **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, v. 19, p. 71-94, 2002. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782002000200006>.



BAKER, Jonathan B. **The Antitrust Paradigm: Restoring a Competitive Economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

BONAVIDES, Paulo. O pioneirismo da Constituição do México de 1917. In: FIX-ZAMUDIO, Héctor; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (org). **Influencia extranjera y trascendencia internacional**. Comité para la Conmemoración del Centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: México, 2017. p. 57-68.

BORGES, Rodrigo Fialho. **Descontrole de estruturas: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas**. Orientador: Carlos Pagano Botana Porugal Gouvea. 2020. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/28nr8hst>. Acesso em: 9 out. 2024.

BRANCO, Pedro Mendonça Castelo; SILVA, Sidney Jard da. Precários, mas organizados: a estratégia de resistência dos uberizados. **Cadernos Metrópole**, São Paulo, v. 26, n. 59, p. 123-142, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1590/2236-9996.2024-5906>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2budke2z>. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: <https://tinyurl.com/onpt6dq>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei Complementar PLP 12/2024**. Brasília, DF: Câmara dos Deputado, 2024b. Disponível em: <https://x.gd/1ZvbV>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 8.168, de 2017**. Parecer da Comissão. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2023a. Disponível em: <https://x.gd/CosI9>. Acesso em: 9 out. 2024.

BRASIL. **Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006**. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; [...]. Brasília, DF: Presidência da República, 2006. Disponível em: <https://x.gd/FsFUw>. Acesso em: 30 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, 2002. Disponível em: <https://x.gd/gmUe2J>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; [...] e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: <https://tinyurl.com/2o94bhj2>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. **Lei nº 12.587 de 3 de janeiro de 2012**. Institui a Política Nacional de Mobilidade Urbana; [...] e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/2z34z26j>. Acesso em: 28 set. 2024.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. 6ª Câmara. **ROT 0012149-49.2014.5.15.0 081**. Relatora: Maria da Graça Bonança Barbosa, 6 de julho de 2023b. Disponível em: <https://x.gd/wwUv7>. Acesso em: 28 set. 2024.

BUCK, Terry. Restraining the Uber Model: Antitrust Law and the Gig Economy in New York and California. **Journal of Legislation and Public Policy**, Nova Iorque, v. 23, n. 3, p. 861-903, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/22nk525j>. Acesso em: 28 set. 2024.

BUSSMANN, Tanise Brandão et al. A Relevância das Plataformas na Análise Anticoncorrencial: os casos decididos pelo Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 10, n. 2, p. 81-97, 2022. DOI: <https://doi.org/10.52896/rdc.v10i2.1015>. Disponível em: <https://tinyurl.com/2627vofn>. Acesso em: 28 set. 2024.

CASTEL, Robert. **From manual workers to wage laborers**: transformation of the social question. Tradução e edição de Richard Boyd. New Brunswick: Transaction Publishers, 2003.

CENTRO DE ENSINO E PESQUISA EM INOVAÇÃO (CEPI). **Briefing temático #2**: Trabalho sob demanda no Congresso (2010-2020): Um oceano de possibilidades – versão 1.0. São Paulo: FGV Direito SP, 2021a. Disponível em: <https://tinyurl.com/26pblg8>. Acesso em: 28 set. 2024.

CENTRO DE ENSINO E PESQUISA EM INOVAÇÃO (CEPI). **Policy paper**: Alternativas regulatórias para o presente e futuro do trabalho na gig economy. São Paulo: FGV Direito SP, 2021b. Disponível em: <https://tinyurl.com/267mw7p9>. Acesso em: 28 set. 2024.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Mercado de Saúde Suplementar**: Conduas. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021. Disponível em: <https://x.gd/JV8Yn>. Acesso em: 8 out. 2024.

CUKIER, Alexis. O neoliberalismo como “desdemocratização” do trabalho. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 11, n. 4, p. 2502-2516, 2020. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2020/54904>. Disponível em: <https://tinyurl.com/25ore3kf>. Acesso em: 28 set. 2024.

DAVIS, Gerald F. **Taming corporate power in the 21st century**. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.

DE STEFANO, Valerio. The rise of the just-in-time workforce: On-demand work, crowdwork, and labor protection in the gig-economy. **Comparative Labor Law & Policy Journal**, Champaign, v. 37, p. 471, 2015. Disponível em: <https://tinyurl.com/26rbmtzr>. Acesso em: 28 set. 2024.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. Direito Antitruste e Poder Econômico: o movimento populista e “neo-brandeisiano”. **Revista Justiça do Direito**, Passo Fundo, v. 33, n. 3, p. 222-244, 2019. DOI: 10.5335/rjd.v33i3.10429. Disponível em: <https://tinyurl.com/26a5yjkf>. Acesso em: 29 abr. 2024.

DOMINGUES, Juliana Oliveira; RIVERA, Amanda Athayde Linhares Martins; SOUZA, Nayara Mendonça Silva e. O Improvável Encontro do Direito Trabalhista com o Direito Antitruste. **Revista do Ibrac**, São Paulo, v. 24, n. 2, 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cpobd6h>. Acesso em: 29 abr. 2024.

DUTRA, Renata; MACHADO, Sidnei (org.). **O Supremo e a reforma trabalhista**: a construção jurisprudencial da Reforma Trabalhista de 2017 pelo Supremo Tribunal Federal. Porto Alegre: Fi, 2021.

FATOS e dados sobre a Uber. **Uber Newsroom**, São Paulo, 12 ago. 2024. Disponível em: <https://x.gd/qDrlt>. Acesso em: 29 abr. 2024.

FAZER entregas: está à procura de uma alternativa para gerar mais renda como entregador? **Uber**, São Paulo, [2024] Disponível em: <https://x.gd/jRfyb>. Acesso em: 27 abr. 2024.

FORGIONI, Paula. **Os Fundamentos do Antitruste**. 7. ed. rev. at. São Paulo: RT, 2014.

FRAZÃO, Ana. Dilema antitruste: o Uber forma um cartel de motoristas? **Jota**, São Paulo, 12 dez. 2016. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bv724xl>. Acesso em: 28 set. 2024.

FREITAS, Luiz Carlos de. A avaliação e as reformas dos anos de 1990: novas formas de exclusão, velhas formas de subordinação. **Educação & Sociedade**, Campinas, v. 25, n. 86, p. 131-170, 2004. DOI: <https://doi.org/10.1590/S0101-73302004000100008>. Disponível em: <https://tinyurl.com/24spj9j4>. Acesso em: 28 set. 2024.



FUDGE, Judy. After industrial citizenship: Market citizenship or citizenship at work? **Relations industrielles**, Québec, v. 60, n. 4, p. 631-656, 2005. Disponível em: <https://tinyurl.com/2ytybnsf>. Acesso em: 28 set. 2024.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.

GALVÃO, Andréia. **Neoliberalismo e reforma trabalhista no Brasil**. 2003. Tese (Doutorado em Filosofia e Ciências Humanas) - Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Campinas. Disponível em: <https://tinyurl.com/24cvtcum>. Acesso em: 27 abr. 2024.

GÓES, Geraldo Sandoval et al. A proteção social dos trabalhadores da Gig Economy do setor de transporte no Brasil. **Carta de Conjuntura**, Brasília, n. 58, nota de conjuntura n. 16, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/2c98zyza>. Acesso em: 27 abr. 2024.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HAFIZ, Hiba. Labor Antitrust's Paradox. The **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 87, n. 2, p. 381-411, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cygkbgx>. Acesso em: 27 abr. 2024.

HAFIZ, Hiba. Towards a Progressive Labor Antitrust. 125 **Columbia Law Review**, Nova Iorque, n. 125, [2025]. No prelo. Disponível em: <https://x.gd/pJzjL>. Acesso em: 18 set. 2024.

HARVEY, David. **O enigma do capital**: e as crises do capitalismo. Tradução de João Alexandre Peschanski. São Paulo: Boitempo, 2011.

HARVEY, David. **O neoliberalismo**: História e implicações. São Paulo: Loyola, 2008.

JOHNSTON, Hannah; LAND-KAZLAUSKAS, Chris. **Organizing On-Demand**: Representation, Voice, and Collective Bargaining in the Gig Economy. Geneva: International Labour Organization, 2018. (Conditions of Work and Employment Series, n. 94). Disponível em: <https://tinyurl.com/26lubymh>. Acesso em: 27 abr. 2024.

KREIN, José Dari. O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista. **Tempo social**, São Paulo, v. 30, p. 77-104, 2018. DOI: <https://doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2018.138082>. Disponível em: <https://tinyurl.com/27q5q9u5>. Acesso em: 27 abr. 2024.

KREIN, José Dari; SANTOS, Anselmo Luis dos; NUNES, Bartira Tardelli. Trabalho no governo Lula: avanços e contradições. **Texto para discussão**, Campinas, n. 201, 2012. Disponível em: <https://tinyurl.com/296hehqj>. Acesso em: 27 abr. 2024.

LIANOS, Ioannis; COUNTOURIS, Nicola; DE STEFANO, Valerio. Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labour market. **European Labour Law Journal**, [s. l.], v. 10, n. 3, p. 291-333, 2019. Disponível em: <https://tinyurl.com/2bvjq4uj>. Acesso em: 27 abr. 2024.

MACEDO, Alexandre Cordeiro. O caso Uber e as possíveis praticas restritivas à concorrência: colusão ou conduta unilateral? **SSRN**, [s. l.], 2018. Disponível em: <https://tinyurl.com/269o4kpk>. Acesso em: 18 set. 2024.

MARIA, Daiane. Quanto a Uber paga no km em 2025? **Notícias sobre Automóvel**, [s. l.], 15 out. 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/24zxng87>. Acesso em: 20 out. 2024.

MARTINS, Ciro Silva; SANTOS, Laura Soares Miranda dos. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 8, n. 2, p. 164-176, 2020. Disponível em: <https://tinyurl.com/275cx53c>. Acesso em: 20 out. 2024.

NICOLETTI, Lorenzo Bittencourt. **Contornos contemporâneos do direito da concorrência**: o debate sobre os objetivos do antitruste na era das plataformas digitais como via para sua constitucionalização. 2023. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2023. Disponível em: <https://tinyurl.com/253j5rwh>. Acesso em: 20 out. 2024.

PASQUALETO, Olívia de Quintana Figueiredo; BARBOSA, Ana Laura Pereira; FIOROTTO, Laura Arruda. **Terceirização e pejetização no STF**: análise das reclamações constitucionais. São Paulo: Fundação Getúlio Vargas, 2023. Disponível em: <https://hdl.handle.net/10438/34507>. Acesso em: 27 mar. 2024.

PASQUELATO, Olívia de Quintana Figueiredo; BARBOSA, Ana Laura Pereira; FIOROTTO, Laura Arruda. A competência da Justiça do Trabalho ao longo de 35 anos da Constituição Federal de 1988: uma análise a partir de marcos de transformação. **Revista Pensamento Jurídico**, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 243-264, 2024. Disponível em: <https://tinyurl.com/25yja2ep>. Acesso em: 27 mar. 2024.

POSNER, Eric A. **How antitrust failed workers**. Oxford: Oxford University Press, 2021.

REIS, Marcel Stenner dos; HORTA, Guilherme Tinoco Lima. **Restrições verticais**: eficiências, danos e implicações à análise econômica. 2006. Monografia (Prêmio em Defesa da Concorrência e Regulação) - Secretaria de Acompanhamento Econômico, Belo Horizonte, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/28x8rd4g>. Acesso em: 27 mar. 2024.

RESENDE, Guilherme Mendes. A promoção da defesa da concorrência pelo Cade. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 jan. 2021. Disponível em: <https://tinyurl.com/2a3zpogc>. Acesso em: 25 abr. 2024.

RESENDE, Guilherme Mendes; LIMA, Ricardo Carvalho de Andrade. **Efeitos concorrenciais da economia do compartilhamento no Brasil**: A entrada da Uber afetou o mercado de aplicativos de táxi entre 2014 e 2016? Documento de Trabalho nº 001/2018. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade, 2018). Disponível em: <https://tinyurl.com/2aktaunz>. Acesso em: 24 fev 2024.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; OLIVEIRA, Lis Arrais; KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. O caso Google shopping: análise comparativa entre as recentes decisões proferidas na Europa e no Brasil. **Revista de Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável**, Florianópolis, v. 8, n. 1, 2022. Disponível em: <https://tinyurl.com/267qdw8g>. Acesso em: 25 abr. 2024.

ROMERO, Anna Paula Berhnes. As restrições verticais e a análise econômica do direito. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 2, n. 1, p. 11-35, 2006. Disponível em: <https://tinyurl.com/2cvttej6>. Acesso em: 29 mar. 2024.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Reglamentación de la actividad empresarial para el desarrollo. **Revista de Estudios Brasileños**, Salamanca, v. 1, n. 1, 2014. Disponível em: <https://x.gd/yQcae>. Acesso em: 29 mar. 2024.

SILVEIRA, Paulo Burnier da. **Direito da Concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. E-book.

STATISTA. **Ride sharing**: Uber users in Brazil: Consumer Insights Report. Nova Iorque: Statista, 2024. Disponível em: <https://x.gd/kl6LK>. Acesso em: 29 abr. 2024.



STEINBAUM, Marshall. Antitrust, the gig economy, and labor market power. **Law and Contemporary Problems**, Durham, v. 82, n. 3, p. 45, 2019. Disponível em: <https://x.gd/03ugW>. Acesso em: 29 mar. 2024.

STRANGLEMAN, Tim. Rethinking industrial citizenship: the role and meaning of work in an age of austerity. **The British journal of sociology**, Londres, v. 66, n. 4, p. 673-690, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1111/1468-4446.12135>. Disponível em: <https://x.gd/TP8Hd>. Acesso em: 29 mar. 2024.

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito internacional do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 1987.

UNIÃO EUROPEIA (UE). **Orientações sobre a aplicação do direito da concorrência da União às convenções coletivas relativas às condições de trabalho dos trabalhadores independentes individuais**: (2022/C 374/02). Bruxelas: Jornal Oficial da União Europeia, 2022. Disponível em: <https://x.gd/aNqUG>. Acesso em: 27 mar. 2024.

UNIÃO EUROPEIA (UE). **Versões consolidadas do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia**. Lisboa: Jornal Oficial da União Europeia, 2012. Disponível em: <https://x.gd/Qq3EL>. Acesso em: 9 out. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Antitrust Division U.S. Department of Justice. **Merger Guidelines**. Washington, DC: Antitrust Division U.S. Department of Justice, 2023. Disponível em: <https://x.gd/E7IBW>. Acesso em: 28 set. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Department of Justice (DOJ). **Antitrust Guidance for Human Resource Professionals**. Washington, DC: Department of Justice, 2016. Disponível em: <https://www.justice.gov/atr/file/903511/dl>. Acesso em: 28 set. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). Federal Trade Commission (FTC). **16 CFR Part 910, RIN 3084-AB74: Non-Compete Clause Rule. Final Rule**. 5 jul. 2024. Disponível em: <https://x.gd/eAkEw>. Acesso em: 28 set. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **Simpson v. Union Oil Co. of California**, 377 U.S. 13. 20 abr. 1964. Disponível em: <https://x.gd/2PTzn>. Acesso em: 28 set. 2024.

UNITED STATES OF AMERICA (USA). **United States v. Richfield Oil Corp., 99 F. Supp. 280 (S. D. Cal., 1951)**. 2 jul. 1952. Disponível em: <https://x.gd/jAekH>. Acesso em: 11 set. 2024.

VOSKO, Leah F. **Managing the margins**: Gender, citizenship, and the international regulation of precarious employment. Oxford: Oxford University Press, 2011.

WIZIACK, Julio. Cade recomenda que governo recue sobre equidade salarial. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 14 mar. 2024. Disponível em: <https://x.gd/zy9or>. Acesso em: 13 set. 2024.

WOODCOCK, Jamie; GRAHAM, Mark. **The gig economy**: a critical introduction. Cambridge: Polity, 2019.

A POTENCIAL DESARTICULAÇÃO ENTRE A LIBERDADE ECONÔMICA E PRIVACIDADE DIGITAL EM CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS: ESTUDOS DE CASOS SOBRE ACESSO A DADOS PESSOAIS DOS CONSUMIDORES EM SITUAÇÕES DE ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE¹

The potential disarticulation between economic freedom and digital privacy verified in anti-competitive conducts: case studies about the access to consumer personal data in situations of abuse of dominant position

Jacqueline Salmen Raffoul²

Centro Universitário de Brasília (Ceub) – Brasília/DF, Brasil

RESUMO ESTRUTURADO

Objetivo: com a economia digital, diferentes áreas jurídicas estão cada vez mais interligadas, de modo que a atuação concorrencial, preventiva ou repressiva quanto a direitos econômicos, pode refletir no bem-estar do consumidor, em relação a direitos civis, inclusive no âmbito da privacidade. Dentro

Editor responsável: Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

1 **Recebido em:** 05/09/2024 **Aceito em:** 11/06/2025 **Publicado em:** 25/06/2025

2 Doutoranda e Mestre pelo Centro Universitário de Brasília (Ceub), com doutorado sanduíche na Universidade Paris 1 Panthéon- Sorbonne. Sócia do Carvalho, Machado e Timm. Foi professora assistente de Relações Internacionais no Insper. Ex-consultora jurídica do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento no Cade. Foi servidora Pública no Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), da Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon).

E-mail: jsalmenraffoul@gmail.com **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/9867374892040322>

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-6538-7961>



desse contexto, o presente artigo avalia a potencial desarticulação entre direitos civis e econômicos considerando em especial a utilização indevida de dados pessoais de consumidores, em situação de abuso de posição dominante. O presente estudo, assim, aborda a possibilidade de harmonização de interesses e direitos aparentemente opostos no âmbito da competência do Cade.

Método: utilizou-se da pesquisa documental, incidente sobre a Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e a Lei Geral de Proteção de Dados. Além disso, o artigo também se baseou em pesquisa jurisprudencial e bibliográfica, inclusive com a utilização dos institutos jurídicos de abuso de posição dominante. Ademais, é feito o estudo de três casos concretos a partir dos instrumentos analíticos mencionados e em duas situações diferentes de condutas consideradas anticompetitivas.

Conclusões: a suposta desarticulação histórica entre direitos econômicos e de privacidade não procede no contexto atual. Por meio da atuação de autoridades concorrenciais, é possível compatibilizar os interesses e prerrogativas envolvidos como meio de promover o bem-estar do consumidor no ambiente digital.

Palavras-chave: privacidade digital; condutas anticompetitivas; liberdade econômica; desarticulação; dados pessoais.

STRUCTURED SUMMARY

Objective: with the digital economy, different legal areas are increasingly interconnected. For such reason, competitive, preventive or repressive actions regarding economic rights can reflect on consumer well-being, in relation to civil rights, including privacy. Within this context, this article evaluates the potential disarticulation between civil and economic rights, mainly considering misuse of consumers' personal data, in situations of abuse of a dominant position. The present study, therefore, evaluates the possibility of harmonizing apparently opposing interests and rights within the scope of Cade's competence.

Method: documentary research was used, focusing on the Brazilian Competition Defense System Law and the General Data Protection Law. Furthermore, the article was also based on jurisprudential and bibliographical research, including the use of legal institutes of abuse of dominant position. Furthermore, three concrete cases are studied using the mentioned analytical instruments and in two different situations of conduct considered anti-competitive.

Conclusions: the supposed historical disarticulation between economic and privacy rights does not apply in the current context. Through the actions of competition authorities, it is possible to reconcile the interests and prerogatives involved as a means of promoting consumer well-being in the digital environment.

Keywords: digital privacy; anticompetitive conducts; economic freedom; disarticulation; personal data.

Classificação JEL: k21; k38

Sumário: 1. Introdução; 2. As barreiras relacionadas aos dados pessoais como conduta anticompetitiva; 3. O abuso de posição dominante amparado nos dados pessoais; 4. Considerações Finais; Referências bibliográficas

1 INTRODUÇÃO

Segundo Bacares (2015), a promulgação separada entre o Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) gerou dificuldades entre os interesses opostos relativos à pauta dos direitos humanos e do liberalismo econômico. Para a autora, não é possível afirmar que há uma visão homogênea e coerente quanto aos valores de mercado, as liberdades econômicas e os direitos humanos. Assim, os valores tutelados nesses sistemas de proteção dos direitos humanos são diferentes e trazem ambiguidades concretas.

Para melhor visualizar o contraste, é relevante observar o objeto de cada área. A liberdade econômica se relaciona à ideia de que o papel básico do Estado é a garantia da propriedade e do cumprimento dos contratos, de modo que a sua medida está ligada à liberdade dos indivíduos em participar voluntariamente de transações (Haan; Sturm, 2000). Por outro lado, no âmbito dos direitos humanos, a liberdade econômica pode ser restringida quando atinge a intimidade e a vida privada dos cidadãos, de modo que o uso dos dados pessoais dos consumidores por empresas seria restrito, ainda que esteja amparada no direito contratual por meio dos termos e condições de uso.

Haveria, como reflexo atualmente, a necessidade de preservar o direito à privacidade no ambiente digital, por meio da liberdade (Rigaux, 1990), do respeito à dignidade e à intimidade (Moya, 2019), bem como da proibição de intromissão alheia desautorizada na vida dos indivíduos. Portanto, compreende-se a privacidade digital como o desdobramento do direito à privacidade no mundo virtual, especialmente com a proteção dos dados pessoais dos indivíduos.

É relevante ponderar que a privacidade e a proteção de dados pessoais não são o mesmo, embora complementares no ambiente digital (Fernandes, 2023). Pode-se afirmar que a proteção de dados pessoais se refere a obrigações positivas, enquanto a privacidade a obrigações negativas (Corte, 2020, p. 37). Instrumentos como a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) autorizam o uso dos dados em determinadas circunstâncias e mediante a observância de certas condições. Por exemplo, é possível que haja o tratamento de dados pessoais com o devido consentimento do usuário. Por outro lado, a privacidade está geralmente ligada a uma obrigação negativa e engloba aspectos que excedem os dados pessoais. Por exemplo, não se pode ler o conteúdo do *e-mail* de terceiro, que pode abarcar questões de foro íntimo, sem que haja autorização para isso.

Nesse contexto, as situações concretas demonstram que podem ocorrer desarticulações entre a liberdade econômica e o direito humano à privacidade, como o presente artigo abordará no campo das condutas anticompetitivas concorrenciais. Com a economia digital, as divisões entre as searas jurídicas persistem, mas a intersecção é cada vez mais observada nessa era digital.

Como exemplo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) participou de tratativas com a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), Ministério Público Federal (MPF) e Secretaria Nacional do Consumidor (Senacon) sobre a alteração proposta na política de privacidade do *WhatsApp*, que teria repercussões nas três áreas – concorrencial, proteção de dados pessoais e consumerista. Em síntese, as autoridades manifestaram preocupação com o compartilhamento de informações dos consumidores com empresas, como o Facebook e outros relevantes grupos econômicos. Por isso, houve recomendação conjunta (PGR-00193357/2022) (MPF, 2022) desses órgãos públicos para mitigar os efeitos concorrenciais negativos e resguardar os direitos dos consumidores, titulares dos dados pessoais. O caso demonstra como os direitos envolvidos podem estar em conflito e, ao mesmo tempo, interligados no meio digital.



Ao refletir sobre a desarticulação de interesses econômicos e de resguardo da intimidade dos cidadãos em âmbito concorrencial, não se busca alterar a competência de análise do Cade. Portanto, o presente artigo não defende que o enfoque do Cade deve ultrapassar as questões concorrenciais. Entretanto, ao demonstrar o conflito de interesses, entende-se que os reflexos da atuação das autoridades concorrenciais, restritas ao seu âmbito de competência, podem contribuir para resguardar aspectos da privacidade, como consequência possível da proteção aos dados pessoais dos consumidores tutelada por outras leis e por outros órgãos que deve ser respeitada inclusive pelo Cade.

Assim, parte-se de uma pressuposta desarticulação entre a liberdade econômica e o direito humano à privacidade digital em condutas anticompetitivas relacionadas a dados pessoais de consumidores, mas que não é absoluta ou permanente, sendo fundamental observar o caso concreto para ser solucionada.

Em especial, neste artigo, o conflito de interesses econômicos e de privacidade digital dos consumidores é analisado em situações em que há conduta anticompetitiva³. Para a solução concreta do referido conflito de interesses, é preciso primeiramente observar que existem plataformas que possuem quantidades significativas de dados, porém as violações concorrenciais não representam ameaças à privacidade dos consumidores. Tais casos são especialmente discutidos no âmbito da colusão algorítmica⁴⁻⁵, por exemplo. O foco, de um modo geral, está no preço praticado pelas empresas concorrentes e o papel dos dados dos consumidores não aparece de forma objetiva.

Do ponto de vista metodológico, foram selecionados dois tipos legais que objetificam condutas anticompetitivas que demonstram a aparente desarticulação entre a liberdade econômica e o direito humano à privacidade digital, listadas a seguir: (i) a imposição de barreiras relacionadas à utilização de dados pessoais por novas empresas digitais e; (ii) o abuso de posição dominante amparado nos dados pessoais, em que as empresas já consolidadas e com expressivo poder de mercado utilizam-se de dados pessoais para impor condições abusivas a concorrentes.

As condutas serão abordadas em dois tópicos distintos. No primeiro, sobre os dados pessoais como conduta anticompetitiva, busca-se abordar como podem representar barreiras no contexto concorrencial, ainda que haja o amparo na LGPD para justificar determinadas medidas entre empresas concorrentes. No segundo, sobre o abuso de posição dominante, será exposta a relação com o acúmulo de dados. Ambos não são ilícitos concorrenciais de forma isolada, mas podem configurar infrações em determinados casos, especialmente ligados à inobservância da privacidade digital dos consumidores.

3 Para melhor compreensão, o Cade (2016a, p. 11) considera que uma conduta anticompetitiva pode ser “qualquer prática adotada por um agente econômico que possa, ainda que potencialmente, causar danos à livre concorrência, mesmo que o infrator não tenha tido a intenção de prejudicar o mercado”. No contexto da proteção de dados pessoais, as condutas anticompetitivas serão abordadas de forma exemplificativa ou não exaustiva. Sabe-se que existem outras além das listadas neste artigo, porém a intenção é apenas ilustrar a desarticulação entre a privacidade digital e a liberdade econômica.

4 Na nota técnica nº 27/2015/CGAA6/SGA2/SG/CADE do Processo Administrativo nº 08012.001286/2012-65, o Cade define colusão como “qualquer forma de coordenação ou acordo entre concorrentes para aumentar preços ou reduzir a quantidade ofertada de produtos, de modo a obter lucros mais elevados”. A colusão pode ser tácita ou expressa, mediante a coordenação direta entre os concorrentes. Para a doutrina, existem três condições para que ocorra a colusão: (i) uma política em comum entre os concorrentes; (ii) uma forma de monitoramento da política em comum e; (iii) retaliações ou punições para eventual violação da referida política (Carugati, 2020). No ambiente digital concorrencial, o acesso a dados pessoais permite a identificação dos hábitos de consumo e padrões de comportamentos dos consumidores, o que pode aumentar a personalização de preços e a colusão por algoritmos (Gata, 2021). No estudo *Algorithms and Collusion*, a OCDE explica que algoritmos são uma sequência de regras que podem ser executadas exatamente da mesma forma para uma determinada tarefa (OECD, 2017).

5 Todos os processos públicos do Cade mencionados neste artigo podem ser consultados em: <https://x.gd/LCxGO>.

Espera-se que o presente artigo contribua para demonstrar como a atuação do Cade é relevante para incentivar a livre e lícita concorrência no ambiente digital, em situações relacionadas ao uso de dados pessoais de consumidores. Simultaneamente, ao apontar a desarticulação entre direitos civis e econômicos, este artigo considera que exista compatibilidade entre os normativos jurídicos em questão. A ideia é justamente a complementariedade, que deve ser alcançada por meio da interpretação para a observância do bem-estar do consumidor, objeto de análise também do direito da concorrência.

2 AS BARREIRAS RELACIONADAS AOS DADOS PESSOAIS COMO CONDOTA ANTICOMPETITIVA

As barreiras à entrada são definidas pelo Cade (2016b, p. 27) como “qualquer fator em um mercado que coloque um potencial competidor em desvantagem com relação aos agentes econômicos estabelecidos”. Ainda que a definição do Cade seja mais abrangente, a doutrina possui conceitos de escopos variados. Segundo Bain (1956), as barreiras à entrada teriam efeitos diferentes para novas e estabelecidas empresas. Para as novas, representariam a dificuldade de entrar no mercado. Com isso, as empresas estabelecidas teriam mais lucro em suas atividades. Já para Stigler (1983), as barreiras seriam custos para a entrada em determinado mercado, que seriam arcados apenas pelas novas empresas.

Ao aplicar o entendimento do Cade (2016b) sobre as barreiras à entrada, nota-se que o conceito é amplo abarcando “qualquer fator” limitante de acesso ao mercado, por exemplo, a falta de acesso aos dados pessoais dos consumidores, devido à existência de controle quanto a tais dados (Khan, 2017). Pelo potencial dano à concorrência, as barreiras à entrada podem ser consideradas práticas anticompetitivas, ainda que inexistam a intenção em prejudicar o mercado. No entanto, ainda que seja possível notar a inter-relação entre os dados pessoais e o direito da concorrência, cite-se que dessa conduta nem sempre existirão violações ou riscos à privacidade dos consumidores.

Para ilustrar, o procedimento nº 08700.004201/2018-38, envolvendo uma instituição financeira (IF) e uma *fintech*, pode ilustrar o aspecto prático dos conceitos teóricos. A desarticulação se verifica por meio da suposta proteção aos dados pessoais dos consumidores da IF, que desejavam compartilhar seus dados com a *fintech*, mas não conseguiam por imposições de segurança. O caso ilustra como a liberdade individual, ligada à privacidade, não foi observada. A repercussão no contexto concorrencial expõe a dificuldade do exercício da atividade econômica pela *fintech* e, simultaneamente, do interesse individual do consumidor que desejava compartilhar os seus dados (Costa-Cabral, 2017).

Em 2018, a Superintendência-Geral (SG) do Cade instaurou Inquérito Administrativo em face da IF por supostas infrações cometidas em desfavor da *fintech*⁶. Ao analisar o caso concreto, a SG verificou que as informações dos consumidores da IF, ou os seus dados pessoais bancários, seriam barreiras à competitividade da *fintech*. Por isso, a redução das barreiras geraria maior possibilidade de escolha aos consumidores e mais efetividade de concorrência.

Ocorre que, no caso em apreço, não existia violação à privacidade dos consumidores, pois eles gostariam de compartilhar os dados para utilizar o aplicativo; a autonomia quanto à disponibilização dos dados pessoais estaria no escopo do direito civil, dentro das liberdades individuais, coerente

6 Nota técnica nº 17/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE do Inquérito Administrativo nº 08700.004201/2018-38.



com a liberdade econômica e com a autodeterminação para a tomada de decisão (Frazão, 2019). Não houve questionamento da finalidade dos dados, pois o que havia era a dificuldade imposta pela IF, por razões de segurança, para que os dados fossem, de fato, compartilhados com a *fintech*. Tais razões repercutem na esfera econômica, demonstrando a desarticulação entre as áreas.

Assim, a percepção do Cade se deu em razão da necessidade de acesso aos dados bancários por meio da *fintech*, que se trata de plataforma de dois lados ou bilateral, tendo em vista que dois grupos distintos poderiam interagir. O aplicativo realizava a classificação de risco dos usuários, baseada em movimentações financeiras, bem como permitia a oferta de serviços de créditos de instituições financeiras aos consumidores da *fintech*. Assim, os consumidores poderiam comparar as ofertas recebidas e optar pelo mais conveniente.

Para realizar as atividades propostas, a *fintech* necessitava do consentimento dos consumidores para ter acesso às suas informações bancárias de outras instituições financeiras. No entanto, a IF exigia a autenticação de dois fatores, que consistia na imposição de uma senha aleatória, gerada por *token*, para o acesso ao *internet banking*, e o envio de autorizações individuais dos titulares à IF para que fosse “liberado” o acesso de terceiros sobre as informações bancárias.

A IF justificava a imposição da autenticação de dois fatores como avanço tecnológico e segurança da informação. No entanto, o Cade verificou que a *fintech*, que buscava o acesso aos dados, representava um negócio para utilizar a tecnologia para melhorar serviços financeiros. Assim, a justificativa da IF iria de encontro à melhoria nos serviços tecnológicos, pois, conforme a situação concreta, inviabilizaria a atuação da *fintech*.

Antigamente, os serviços financeiros se concentravam apenas nos grandes bancos, porém as *fintechs* passaram a fragmentar a indústria financeira com formas convenientes de ofertar tais serviços aos consumidores, o que poderia influenciar o comportamento de instituições financeiras. O Cade, na referida Nota Técnica⁷ pontuou que, justamente por ser uma *fintech*, era comum a dependência de informações bancárias para a prestação e o desenvolvimento de serviços adequados aos consumidores.

O aparente cuidado com a segurança e a privacidade dos consumidores, marcado pela autenticação de dois fatores, representou para o Cade uma barreira à entrada. Nota-se que a finalidade do compartilhamento era legítima e nunca foi questionada pelas autoridades. Contudo, a suposta forma de proteger os consumidores, na verdade, dificultava o aumento da competição com novas empresas no mercado que desejam receber os referidos dados pessoais de seus igualmente clientes.

Percebe-se a desarticulação pela inobservância da vontade dos consumidores, representada na autonomia quanto aos seus dados pessoais. Ainda que buscassem compartilhar as suas próprias informações pessoais, que a IF possuía com a *fintech*, eram impedidos supostamente por razões de segurança. Portanto, quanto ao aspecto pessoal dos consumidores, não se verificou a plena liberdade na tomada de decisão. De forma reflexa, a concorrência foi prejudicada, pois foi dificultada a entrada de nova empresa devido à barreira imposta.

A Corte Interamericana de Direito Humanos (CIDH, 2010), ao considerar os aspectos da privacidade dos consumidores no caso *Fonvecchia y D'amico Vs. Argentina*, reforça a posição do Cade ao confirmar o papel da liberdade individual de tomar decisões, o que está intimamente ligado

7 Nota técnica nº 17/2019/CGAA2/SGA1/SG/CADE do Inquérito Administrativo nº 08700.004201/2018-38.

à privacidade digital. O Estado tem o papel de se abster de atuar em certas situações para garantir a privacidade, evitando ingerências arbitrárias. O citado julgado da CIDH, ainda que em esfera de atuação independente e diversa, reforça a atuação do Cade, tendo em vista que confirmou a autonomia dos consumidores quanto aos seus dados pessoais, prezando pela liberdade individual no contexto digital.

Assim, ao analisar a materialidade da conduta, o Cade se posicionou no sentido de que a prática da IF tinha dois efeitos: (i) dificultar a atuação da *fintech* e de outras instituições privadas no mercado e; (ii) dissuadir potenciais entrantes no mercado pela dificuldade de obtenção de insumos essenciais para o desenvolvimento de suas atividades.

As dificuldades que serviram como indícios da conduta anticompetitiva investigada foram ainda mais notórias quando o Cade analisou o poder de mercado da *fintech*, referente ao mercado alvo da prática, e da IF. O mercado da *fintech* foi considerado como “mercado nascente”, com inovação célere a ponto de dificultar a sua delimitação. O Cade afirmou se tratar de “marketplace de produtos financeiros, especificamente de organização de informações bancárias e oferta de crédito pessoal”.

Nesse contexto, ao analisar o poder de mercado da IF, o Cade considerou como nacional o mercado geográfico. Quanto ao produto, mencionou o *market share* em relação aos valores depositados à vista e a quantidade de contas correntes abertas. No que concerne à participação de mercado de depósitos à vista, observou que a IF era a terceira instituição financeira com maior participação no setor bancário. E, quanto às contas correntes, verificou que a IF era a segunda instituição financeira com maior participação no setor bancário.

Na ocasião, notou-se o substancial nível de concentração da IF, que viabilizaria práticas anticompetitivas, e a existência de elevadas barreiras à entrada. Nesse contexto geral, o Cade concluiu que a IF possuía posição dominante no mercado financeiro nacional e poderia prejudicar a concorrência. Como desdobramento, o Cade e a IF celebraram Termo de Compromisso de Cessação (TCC). A IF se comprometeu em cessar a prática de negar o compartilhamento das informações pessoais de seus clientes, quando devidamente autorizado, e pagou aproximadamente R\$ 23,8 milhões em contribuição pecuniária.

A análise do caso citado pode ser ainda mais aprofundada à luz do estudo *The Commercial Use of Consumer Data* (estudo), elaborado pela *Competition & Market Authority* (CMA) (CMA, 2015), instituição responsável pela defesa da concorrência no Reino Unido, que apresentou o tema de forma conjunta. O estudo compilou as conclusões de projeto da CMA de revisão factual, a respeito da coleta e do uso dados dos consumidores.

A CMA (2015) verificou que uma possível barreira estratégica à expansão ou à entrada consiste na permissão de que os dados pessoais dos consumidores sejam vendidos ou usados por outros. Em contextos em que os dados pessoais são importantes para o processo de produção e sem substitutos disponíveis, tais barreiras podem se constituir por meio da decisão de venda ou uso. Isso foi observado pelo Cade⁸ no modo como a IF passou a impor a autenticação de dois fatores, pois os dados pessoais não poderiam ser substituídos, assim como apontado pela CMA.

Ainda nesse contexto, a CMA verificou que o padrão de armazenamento e compartilhamento dos dados pessoais dos consumidores poderia constituir barreira à entrada e à expansão. Isso



ocorreria pela possibilidade de alteração na interface do modo de fornecimento de dados ou da alteração de algum formato. A consequência de tais mudanças seria o aumento de custos para concorrentes menores. No caso da *fintech*, não houve a mensuração dos custos, mas certamente haveria algum impacto. Tal conclusão se baseia, principalmente, na análise do Cade quanto ao poder de mercado da IF em face da *fintech*.

Segundo a CMA (2015), as empresas que já estão estabelecidas podem se beneficiar do modo como permitem o acesso aos dados pessoais por outras empresas. Considerando a relevância que os dados pessoais possuem para a produção de bem ou oferta de serviço, tais empresas podem ter vantagens por meio dos valores cobrados para o acesso aos dados, sendo necessário o consentimento dos consumidores. No entanto, o consentimento pode nem sempre ser respeitado, como ocorreu no precedente do Cade, representando um risco à autonomia quanto aos dados pessoais.

Outro meio de obter vantagem competitiva é a restrição em relação ao acesso aos dados pessoais. Com a impossibilidade ou o acesso restrito de outros concorrentes quanto aos dados pessoais coletados internamente, existem benefícios para as empresas estabelecidas no mercado de dados. Ao observar que os consumidores da IF desejavam compartilhar os dados, tendo em vista que havia o consentimento com a *fintech*, o desrespeito à vontade dos consumidores resultou em vantagens competitivas à IF.

Considerando que apenas elas terão o acesso completo, poderão ofertar melhores produtos e serviços do que outros concorrentes. No caso de mercados de dois lados, segundo a CMA (2015), as barreiras se potencializam pela presença de empresas já estabelecidas e pela natureza dos mercados. Justamente isso acontecia com a *fintech*, plataforma de dois lados, que funciona como *marketplace* de serviços de empréstimo pessoal aos consumidores por meio de ofertas realizadas por instituições financeiras.

No caso das pequenas empresas no mercado de dados, que buscam viabilizar que consumidores tenham mais acesso aos seus dados pessoais, é particularmente desafiador não ter acesso aos dados. Nota-se, em tal contexto, mais uma forma de barreiras à entrada e à expansão. Essas barreiras também estão presentes para as empresas que atuam como intermediárias, como ocorre com *sites* que realizam a comparação de preços, aplicando-se à *fintech*, que realizava a comparação dos custos dos empréstimos de diferentes instituições financeiras aos consumidores. Sem o devido acesso aos dados, as barreiras se fazem presentes (CMA, 2015).

Observa-se que as barreiras diminuem ou inexistem em outros contextos. Por exemplo, não ter acesso aos dados não se mostrou um problema para o *marketing* direto, conforme a pesquisa realizada pela CMA (2015). Isso ocorre pela possibilidade de contornar a falta de acesso de outras maneiras, como por meio da aquisição de dados de intermediários. Assim, essas empresas poderiam compreender o perfil dos consumidores e atuar com o *marketing* direto.

Portanto, é necessário observar a situação concreta para verificar o que pode ou não ser uma barreira à entrada. Da mesma forma, o caso prático poderá determinar se existe ou não a real relação entre a privacidade dos consumidores, ainda que envolva dados pessoais. No caso do IF/*fintech*⁹, o que se notou foi a ameaça à liberdade individual e à autonomia quanto aos dados pessoais dos consumidores, o que se relaciona com a privacidade digital. Isso ocorria pelo poder de mercado da IF

e foi devidamente solucionado por meio da atuação do Cade, que cumpriu o papel regulatório e, de forma indireta, resguardou aspectos relevantes da privacidade digital dos consumidores.

Observou-se, no caso concreto descrito, a relação entre o poder de mercado e a capacidade de impor barreiras à entrada de competidores que ainda não são estabelecidos no mercado. Curiosamente, os dados pessoais dos consumidores podem ser resguardados com excesso de proteção, além da desejada pelos próprios consumidores. No caso em tela, o intuito era de compartilhar os dados pessoais com a fintech, o que foi limitado pela IF. Assim, a liberdade individual, intrinsecamente ligada à privacidade digital e à autonomia quanto aos dados pessoais, pode ser comprometida pelas barreiras impostas em razão do poder de mercado. Desse modo, o presente item demonstrou como a desarticulação de direitos civis e econômicos pode ocorrer, por meio de caso prático concorrencial.

3 O ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE AMPARADO NOS DADOS PESSOAIS

A posição dominante de uma empresa no mercado não é, por si só, fator para configurar a prática de conduta anticompetitiva, tendo em vista que se refere ao controle de parcela substancial do mercado (Cade, 2016a). Segundo o art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência (LDC), há a presunção de posição dominante com o controle de 20% do mercado relevante em questão, com a possível alteração do percentual pelo Cade em setores específicos. A consequência prática da posição dominante é a possibilidade de que a empresa com tal poder altere as condições de mercado, de forma deliberada e unilateral em prejuízo aos valores sociais juridicamente tutelados e com os efeitos citados no art. 36 da LDC (Cade, 2016a; Forgioni, 2016), ainda que inexista fator volitivo (Pereira Neto; Casagrande, 2016).

Do modo similar, o acúmulo de dados pessoais de consumidores não é ilícito, de forma isolada. Por exemplo, os dados acumulados aperfeiçoam os mecanismos de pesquisa e podem gerar inovação. No entanto, podem também representar ferramentas para o abuso de posição dominante (Khan, 2017), sem a observância da legislação aplicável e da privacidade do consumidor.

Quando as empresas utilizam a posição dominante para prejudicar a concorrência, há o exercício abusivo do poder de mercado (Martins; Santos, 2020) e a configuração de conduta anticompetitiva (Cade, 2016a). Sem definição direta de conceito na LDC, a jurisprudência do Cade e de outras jurisdições é relevante para compreender os aspectos levados em consideração para que se configure a prática (Martins; Santos, 2020), bem como estudos específicos sobre o abuso de posição dominante no contexto de dados pessoais, como o Guia elaborado pela *Japan Fair Trade Commission* (JFTC, 2019), que é a autoridade japonesa de direito da concorrência.

O estudo da JFTC (2019) explora como os dados pessoais podem contribuir para o abuso de posição dominante e foi explorado em publicação do Cade sobre proteção de dados pessoais e direito da concorrência (Raffoul, 2021). Na publicação do Cade, foram citadas as seguintes situações observadas pela JFTC no contexto da aquisição injustificável de dados pessoais: (i) a falta de informação sobre a finalidade do uso dos dados pessoais aos consumidores; (ii) a aquisição dos dados pessoais além do escopo de finalidade de uso; (iii) a ausência de cuidado no gerenciamento dos dados pessoais adquiridos e; (iv) a indução aos consumidores para que forneçam mais informações.

Para ilustrar como o estudo da JFTC (2019) se aplica e se confirma a casos práticos, dois precedentes podem ser utilizados para visualizar o abuso de posição dominante no contexto dos dados pessoais: (i) o caso Facebook, na Alemanha e; (ii) o caso iFood, no Brasil. Tais precedentes serão



avaliados conforme os critérios citados pela JFTC e com a finalidade de verificar a (in)existência de violação à privacidade dos consumidores.

No primeiro caso, o *Bundeskartellamt*, autoridade alemã de defesa da concorrência, considerou que o Facebook abusou da posição dominante por desrespeitar a proteção aos dados pessoais dos consumidores por meio dos termos e condições de uso (Carugati, 2020). Neste caso, é perceptível a relação entre os dados pessoais dos consumidores e o abuso de posição dominante, com consequentes reflexos na privacidade.

Em 2016, o *Bundeskartellamt* iniciou a investigação com a finalidade de averiguar a potencial violação ao abuso do poder de mercado do Facebook, com mais de 90% do mercado de *social network* na Alemanha, por meio da violação da proteção dos dados pessoais (Carugati, 2020). O caso reflete a interligação entre concorrência, consumo e proteção de dados, tendo em vista que a investigação avaliou se os consumidores estavam devidamente informados sobre o tipo e a quantidade de dados coletados. Assim, em 2017, o *Bundeskartellamt* verificou que a coleta de dados de terceiros (*third-party*) era abusiva (JFTC, 2019).

Como bem apontado no estudo da JFTC (2019), o caso Facebook apurou se os consumidores eram, de fato, informados sobre a finalidade do uso de seus dados, pois se tratou de um dos itens de investigação do *Bundeskartellamt*. No estudo da JFTC (2019), um dos exemplos apresentados foi a coleta de dados relativos à navegação em *websites* sem a devida informação aos consumidores. O critério da JFTC aplicado ao caso do *Bundeskartellamt* pode ser visualizado pela possível ausência de informação dos consumidores sobre os dados de terceiros, que também desconheciam a coleta.

Visualiza-se, assim, outro fator elencado pelo JFTC (2019), referente à aquisição dos dados pessoais além do escopo de finalidade de uso. Os consumidores que possuem contas no Facebook concordam com os Termos de Uso para a utilização da plataforma. No entanto, a mesma concordância não se verifica em pessoas que optaram por não abrirem ou manterem contas no Facebook. Portanto, nota-se que houve a aquisição dos dados pessoais para além do escopo da finalidade de uso, em consonância com o Guia da JFTC.

No caso em comento, o Facebook coletava dados dos consumidores em redes sociais distintas, como o Instagram e o WhatsApp. Em seguida, os dados eram ligados ao Facebook (Carugati, 2020). O caso reforça a percepção que os consumidores não têm ciência de todos os dados que são coletados e explorados ou mesmo para qual finalidade são destinados (Rochelandet, 2010).

Embora não houvesse proibição sobre a combinação de dados de aplicativos distintos, os consumidores deveriam ter consentido para que isso ocorresse. Por isso, em 2019, o Facebook foi proibido de continuar a combinar os dados das diferentes redes sociais (Carugati, 2020). Portanto, houve violação à privacidade dos consumidores, tendo em vista a ausência de consentimento de compartilhamento de seus dados pessoais.

Nesse contexto, no caso *Benedik v. Slovenia*, a European Court of Human Rights (ECHR, 2018) abordou os aspectos da proteção dos dados pessoais e da privacidade no âmbito das telecomunicações *online*. Dentre os fatores avaliados, a ECHR analisou a razoabilidade das expectativas quanto à privacidade na esfera da *internet*. No caso em apreço, ainda que não existisse a proibição de compartilhamento, seria razoável que os consumidores tivessem a expectativa que as suas informações pessoais seriam compartilhadas apenas se houvesse o devido consentimento.

A atuação do *Bundeskartellamt* confirmou que, por meio de termos e condições de uso injustos, à luz dos instrumentos jurídicos de proteção de dados pessoais, teria ocorrido a violação à proteção de dados pessoais, tendo em vista a impossibilidade de que os consumidores negociassem as cláusulas (Carugati, 2020). Verificou-se que os dados pessoais eram essenciais para o domínio econômico do *Facebook* e que a violação da proteção dos dados pessoais aumentava a sua posição dominante.

Consequentemente à violação dos instrumentos jurídicos de proteção dos dados pessoais, o *Facebook* teria obtido mais volume e variedade de dados pessoais (Carugati, 2020). O reflexo na defesa da concorrência consistiu na violação das leis aplicáveis pelo aumento da posição dominante por meio da violação da privacidade dos consumidores (Carugati, 2020). Outro impacto concorrencial consistiu na vantagem competitiva injusta pelo aumento de barreiras à entrada (Carugati, 2020), previamente estudadas, considerando que dificilmente novas empresas teriam a mesma condição de concorrência por não terem acesso à mesma base de dados pessoais.

Depreende-se que os dados pessoais dos consumidores tinham ligação direta com o abuso de posição dominante do *Facebook*, com possível reflexo na privacidade. Portanto, a atuação da autoridade concorrencial pode ter refletido, ainda que indiretamente, na proteção do direito humano à privacidade digital. Mesmo não sendo o objetivo do direito antitruste, a inibição de comportamentos ligados a dados pessoais, como fontes de condutas anticompetitivas, pode resultar na proteção de direitos humanos.

Em redes sociais como o *Facebook*, os consumidores compartilham os seus dados pessoais, mas também aspectos de suas vidas íntimas. A depender do grau de exposição, é viável tornar pública informações sobre estado civil, religião e relacionamentos, por exemplo. Quando as decisões são tomadas de forma ciente das finalidades de uso, é presumido que a autonomia do consumidor foi respeitada. No entanto, o desconhecimento equivale a uma zona cinzenta, onde os consumidores não são capazes de enxergar o que realmente ocorre com os seus dados pessoais e informações privadas.

Apesar disso, cumpre notar que nem sempre a atuação antitruste refletirá, ainda que indiretamente, na proteção da privacidade digital dos consumidores. Ainda que se trate de plataforma digital, com significativo acesso aos dados pessoais dos consumidores, não há relação que, por si só, reflita a privacidade digital. O caso que ilustra bem tal delimitação é o precedente analisado pelo Cade que versa sobre acordos de exclusividade do iFood, Agência de Restaurantes Online S.A., que resultou na celebração de Termo de Compromisso de Cessação (TCC) sobre supostas infrações à ordem econômica no âmbito de *marketplaces de delivery online* de comida (Termo [...], 2023).

O processo teve início com denúncia do Rappi Brasil Intermediações de Negócios Ltda. (Rappi), plataforma semelhante e concorrente, que também prestava o serviço de pedido/entrega de comida.¹⁰ Segundo o Rappi, o iFood abusaria da posição dominante de mercado com a imposição de contratos de exclusividade aos restaurantes parceiros, que teriam tratamento diferenciado caso aderissem a tais condições. Isso também representaria um meio de discriminação no tratamento de restaurantes exclusivos. As consequências anticompetitivas seriam o fechamento de mercado para os concorrentes e o incremento de barreiras à entrada com estipulações contratuais de longo prazo e multas pela rescisão da exclusividade.

O Cade confirmou a existência de posição dominante, citando os dados apresentados pela



Associação Brasileira de Bares e Restaurantes (Abrasel), que também representou contra o iFood perante o Cade em outro processo, indicando o percentual de 86% da participação de mercado do iFood. Os dados apresentados pelo Rappi também foram considerados, porém não divulgados, por terem sido considerados restritos. De qualquer modo, o Cade verificou que o percentual superava os 20% exigidos pela LDC.

O caso é relevante por reforçar a proximidade do direito da concorrência com os dados pessoais de consumidores, porém sem demonstrar qualquer risco perceptível à privacidade digital. Explica-se. O iFood é uma plataforma de múltiplos lados em um mercado digital. Apesar da ausência de consenso sobre a definição de plataforma de múltiplos lados, sabe-se que os fornecedores são frequentemente denominados “plataformas”, pois viabilizam a interação de usuários de diversos lados (OECD, 2018). No caso do iFood, os consumidores do aplicativo podem interagir com os restaurantes por meio do aplicativo e o contrário também se aplica.

Os efeitos concorrenciais são verificados por meio dos efeitos de rede. Se considerarmos os consumidores como grupo “A”, observaremos que a utilização da plataforma pelo grupo “B”, dos restaurantes, se torna atrativa pelo potencial de usuários adeptos ao aplicativo. No caso do iFood, tal percepção se confirma pela significativa participação de mercado, indicada em 86% pela Abrasel. Por isso, a imposição de cláusulas de exclusividade era prejudicial à concorrência.

Cumprе notar que a caracterização de plataforma multilateral tem relação com os dados pessoais dos consumidores, tendo em vista a presença de personalização dos serviços ofertados e barreiras à entrada ligadas à economia de escala e escopo, como o controle da base de dados¹¹. Nesse cenário, existem efeitos de rede de produtos, com a dificuldade de coordenação da migração em massa dos consumidores.

Verifica-se que existe a relação entre as características do iFood com os dados pessoais dos consumidores, especialmente pela possibilidade de personalização dos serviços ofertados. No entanto, não se identifica qualquer reflexo na privacidade dos consumidores, tendo em vista que os dados pessoais não são utilizados para finalidades distintas do proposto. O que ocorreu foi que a concentração dos dados pessoais no iFood garante vantagens concorrenciais, que viabilizou a imposição de cláusulas de exclusividade, prejudicando a concorrência.

Desse modo, observa-se que o direito da concorrência pode ser um instrumento para resguardar a privacidade dos consumidores, ainda que de forma indireta, como ocorreu no caso *Facebook*. No entanto, isso nem sempre acontecerá, tendo em vista que pode ocorrer o abuso de posição dominante relacionada aos dados pessoais, sem que a privacidade dos consumidores seja ameaçada, como se verificou no caso iFood.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo abordou a desarticulação prática entre direitos civis e direitos econômicos, especificamente quanto ao acesso à informação pessoal de consumidores por empresas. Para isso, inicialmente explicaram-se as dificuldades decorrentes da promulgação separada do PIDCP e do PIDESC, demonstrando diferentes enfoques entre interesses econômicos dos direitos humanos e o liberalismo econômico.

11

Nota Técnica nº 4/2021/CGAA1/SGA1/SG/CADE no Procedimento Preparatório nº 08700.004588/2020-47.

No decorrer deste estudo, a questão foi delimitada no âmbito concorrencial, com a devida ressalva que não se busca propor que o enfoque do Cade seja alterado para questões além do antitruste. No entanto, no ambiente digital, nota-se a intersecção entre diversas áreas distintas, como foi abordado quanto a proteção de dados pela LGPD, direito do consumidor e direito da concorrência.

Nesse contexto, o presente artigo demonstrou a existência de potenciais conflitos entre direitos civis, delimitados na privacidade digital, como reflexo da personalidade, com os direitos econômicos, na esfera concorrencial. Para isso, situações concretas envolvendo a imposição de barreiras à entrada no mercado e o abuso de posição dominante, envolvendo o acesso aos dados pessoais dos consumidores, foram apresentadas como condutas anticompetitivas aptas a ilustrar a potencial desarticulação.

No caso das barreiras à entrada, houve a análise de caso do Cade, envolvendo uma IF e uma fintech. Observou-se que o excesso de cuidado da IF, com os dados pessoais dos consumidores, foi considerado uma forma de barreira à entrada da fintech, que dependia do compartilhamento dos dados pessoais. Não foram observadas ameaças à privacidade dos consumidores, que tinham interesse em compartilhar os seus dados, mas não conseguiam por questões de segurança. Apesar disso, notou-se o reflexo na autonomia de vontade quanto aos dados pessoais, o que demonstra a oposição com questões econômicas, de competição, apontadas pelo Cade. Para reforçar os pontos apresentados, foi exposto estudo da CMA sobre a relação dos dados pessoais com as barreiras à entrada, que se potencializam pela presença de empresas estabelecidas.

No tocante ao abuso de posição dominante amparado em dados pessoais, dois casos concretos foram utilizados para ilustrar a desarticulação. As situações apresentadas demonstraram que condições abusivas podem ocorrer, baseadas nos dados pessoais, no caso de empresas mais consolidadas. No entanto, os casos concretos nem sempre demonstram a ligação dos dados pessoais com a privacidade dos consumidores, embora possam ocorrer, como em situações envolvendo o consentimento quanto ao compartilhamento de informações pessoais. Ainda assim, o posicionamento das autoridades concorrenciais pode beneficiar o consumidor e, indiretamente, proteger os seus dados pessoais e a sua privacidade, conforme a situação fática.

À vista das considerações realizadas, entende-se que a desarticulação não significa que os direitos civis e econômicos sejam incompatíveis; trata-se de conflito meramente aparente, que deve ser solucionado com razoabilidade e proporcionalidade no caso concreto, sendo certo que nenhum desses direitos é absoluto. Para que haja o bem-estar do consumidor, é preciso que os direitos aparentemente opostos, por interesses diversos, sejam harmonizados. Por meio dos incentivos das autoridades concorrenciais, com medidas preventivas e repressivas, é possível resguardar direitos econômicos, como foco imediato, e direitos civis, como consequências indiretas.

REFERÊNCIAS

BACARES, Diana Carolina Olarte. **L'articulation du droit international des investissements et des droits de l'homme: le cas de l'Amérique latine**. Orientador : Hervé Ascensio. 2015. Tese (Doutorado em Direito Internacional) – Faculdade de Direito de Sorbonne, Universidade de Sorbonne, Paris, 2015. Disponível em: <https://x.gd/vozrj>. Acesso em: 4 fev. 2024.

BAIN, Joe. S. **Barriers to New Competition**. Cambridge: Harvard University Press, 1956.



RAFFOUL, Jacqueline Salmen. A potencial desarticulação entre a liberdade econômica e privacidade digital em condutas anticompetitivas: estudos de casos sobre acesso a dados pessoais dos consumidores em situações de abuso de posição dominante. **Revista de Defesa da Concorrência**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 194-208, 2025.

CARUGATI, Christophe. **Competition law and economics of big data**: a new competition rulebook. 2020. Tese (Doutorado em Economia) - Université Paris II Panthéon – Assas, Paris, 2020.

COMPETITION AND MARKET AUTHORITY (CMA). **The commercial use of consumer data**: report on the CMA's call for information. Londres: CMA, 2015. Disponível em: <https://x.gd/03ihV>. Acesso em: 5 maio 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Cartilha do Cade**. Brasília: Cade, 2016a. Disponível em: <https://x.gd/Y6dQc>. Acesso em: 31 jan. 2023.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (Cade). **Guia de análise de atos de concentração horizontal**. Brasília: Cade, 2016b. Disponível em: <https://x.gd/KMsLt>. Acesso em: 10 fev. 2024.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Fontevecchia y D'amico Vs. Argentina**. Argentina: Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2010. Disponível em: <https://x.gd/r5vnG>. Acesso em: 4 dez 2023.

CORTE, Lorenzo Dalla. A right to a rule: on the substance and essence of the fundamental right to persona data protection. In: HALLINAN, Dara *et al.* (edit.). **Data Protection and Privacy**: data protection and democracy. Oxford: Hart Publishing, 2020. p. 27-58.

COSTA-CABRAL, Francisco; LYNKEY, Orla. Family ties: the intersection between data protection and competition in EU Law. **Common Market Law Review**, Londres, v. 54, n. 1, p. 11-50, 2017. Disponível em: <https://x.gd/R76Ff>. Acesso em: 25 nov. 2024.

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS (ECHR). **Case of Benedik v. Slovenia**. Fourth Section. Strasbourg: European Court of Human Rights, 2018. Disponível em: <https://x.gd/GrF3E>. Acesso em: 25 nov. 2024.

FERNANDES, Victor. Restrições à privacidade: um problema antitruste? In: MENDES, Laura *et al.* (coord.). **Tratado de proteção de dados pessoais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2023. p. 775-794.

FORGIONI, Ana Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

FRAZÃO, Ana. Direitos básicos dos titulares de dados pessoais. **Revista do Advogado**, São Paulo, v. 144, p. 33-46, nov. 2019. Disponível em: <https://x.gd/ySyuM>. Acesso em: 17 nov. 2024.

GATA, João E. A collusion between algorithms: a literature review and limits to enforcement, **European Review of Business Economics**. Lisboa, v. 1, n. 1, dez. 2021. Disponível em: <https://x.gd/yS7TC>. Acesso em: 17 nov. 2024.

HAAN, Jakob de; STURM, Jan-Egbert. On the relationship between economic freedom and economic growth. **European Journal of Political Economy**, [s. l.], v. 16, n. 2, p. 215- 241, jun. 2000. Disponível em: <https://x.gd/cHjvR>. Acesso em: 10 jul. 2023.

JAPAN FAIR TRADE COMMISSION (JFTC). **Guidelines concerning abuse of a superior bargaining position in transactions between digital platform operators and consumers that provide personal information, etc.** Tokyo: JFTC, 2019. Press Release 2019. Disponível em: <https://x.gd/5LyYl>. Acesso em: 8 jan. 2024.

KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. **The Yale Law Journal**, Connecticut, v. 126, n. 3, Jan. 2017, p. 564-907. Disponível em: <https://x.gd/SDxCn>. Acesso em: 18 nov. 2024.

MARTINS, Ciro Silva; SANTOS, Laura Soares Miranda dos. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do Cade. **Revista de Direito da Concorrência**, Brasília v. 8, n. 2, p. 164-176, dez. 2020. Disponível em: <https://x.gd/LiMQL>. Acesso em: 14 fev. 2024.

MOYA, Federico Arnau. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos em materia de derechos de la personalidad. In: CASTRO, Luis Martínez Vázquez; TORTAJADA, Patricia Escribano (coord.). **Internet y los derechos de la personalidad**. Valencia: Universitat Jaume I, 2019. p. 11-47.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (MPF). **Ata Conjunta ANPD, CADE, MPF, SENACON nº 008/2022/AC/3CCR/MPF**. PGR-00193357/2022. Brasília, DF: Ministério Público Federal, 2022. Disponível em: <https://x.gd/wrX5t>. Acesso em: 29 nov. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Algorithms and collusion: Competition Policy in the Digital Age**. Paris: OECD, 2017. Disponível em: <https://x.gd/NnLLZ>. Acesso em: 26 nov. 2024.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Rethinking antitrust tools for multi-sided platforms 2018**. Paris: OECD, 2018. Disponível em: <https://x.gd/ldhoo>. Acesso em: 10 fev. 2024.

PEREIRA NETO, Caio Mário da; CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAFFOUL, Jacqueline Salmen. **Benchmarking internacional sobre as instituições de Defesa da Concorrência e de Proteção de Dados**: Documento de Trabalho nº 002/2021. Brasília: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2021. Disponível em: <https://x.gd/lyRNA>. Acesso em: 25 nov. 2024.

RIGAUX, François. **La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité**. Bruxelas: Etablissements Emile Bruylant, 1990.

ROCHELANDET Fabrice. **Économie des données personnelles et de la vie privée**. Paris: La Découverte, 2010.

STIGLER, George. J. **The organization of industry**. Chicago: University of Chicago Press. 1983.

TERMO De Compromisso De Cessação: Cade celebra acordo com iFood em investigação de exclusividade no mercado de marketplaces de delivery on-line de comida. **Conselho Administrativo de Defesa Econômica**, Brasília, 8 fev. 2023. Disponível em: <https://x.gd/oApmb>. Acesso em: 10 jul. 2023.



A REGULAÇÃO DA CONCORRÊNCIA ENTRE PLATAFORMAS NA UNIÃO EUROPEIA: UMA ANÁLISE DO REGULAMENTO DOS MERCADOS DIGITAIS (DMA)¹

The regulation of competition between platforms in the European Union: an analysis of the Digital Markets Act (DMA)

Helena Martins do Rêgo Barreto²

Universidade Federal do Ceará

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: o texto discute a crescente demanda pela regulação das plataformas digitais e como ela se materializa no Regulamento dos Mercados Digitais (DMA, em inglês), da União Europeia.

Objetivo: contextualizar e discutir o momento de retomada da regulação estatal sobre plataformas digitais e analisar o DMA, segundo as categorias: i) objetivos e formas de consecução; ii) âmbito de aplicação; iii) arquitetura regulatória e mecanismos de implementação; e iv) instrumentos de sanção.

Método: o estudo foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e documental, realização de entrevistas semiestruturadas e avaliação em profundidade de políticas públicas sociais.

Conclusões: conclui que o DMA é parte da estratégia europeia de reposicionamento na concorrência internacional. Com ele, a Comissão Europeia objetiva unificar o mercado e, a partir de uma regulação assimétrica, abrir espaço para a presença de empresas locais, sem modificar aspectos estruturais de organização dos mercados digitais.

Palavras-chave: Regulação de plataformas digitais; concorrência em mercados digitais; antitruste; União Europeia; Regulamento dos Mercados Digitais.

¹ **Editor responsável:** Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

Recebido em: 23/12/2024

Aceito em: 11/06/2025

Publicado em: 25/06/2025

² Professora do curso de Comunicação Social - Publicidade e Propaganda da Universidade Federal do Ceará (UFC) e do Programa de Pós-Graduação em Comunicação da UFC. Doutora em Comunicação Social pela Universidade de Brasília (UnB), com período sanduíche no Instituto Superior de Economia e Gestão da Universidade de Lisboa. Pós-doutoranda em Economia pela Universidade Federal de Sergipe (UFS), com estágio na Universidade do Minho. É editora da Revista EPTIC. Coordenadora do Telas - Laboratório de Pesquisa em Políticas, Tecnologia e Economia da Comunicação. Pesquisadora do GT Economia política de la información, la comunicación y la cultura da Clacso e do grupo Comunicação, Economia Política e Sociedade (OBSCOM/CEPOS).

E-mail: helena.martins@ufc.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/0282160708821061> **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0002-3210-4969>

STRUCTURED SUMMARY

Context: The text discusses the growing demand for regulation of digital platforms and how this materializes in the European Union's Digital Markets Act (DMA).

Objective: To contextualize and discuss the resumption of state regulation of digital platforms, the DMA will be analyzed according to the following categories: i) objectives and forms of achievement; ii) scope of application; iii) regulatory architecture and implementation mechanisms; and iv) sanctioning instruments.

Method: The study was based on bibliographical and documentary research, semi-structured interviews and an in-depth evaluation of public social policies.

Conclusions: The paper concludes that the DMA is part of the European strategy to reposition itself in international competition. With it, the European Commission aims to unify the market and, through asymmetric regulation, open up space for the presence of local companies without changing structural aspects of the organization of digital markets.

Keywords: Regulation of digital platforms; competition in digital markets; antitrust; European Union; Digital Markets Regulation.

Classificação JEL: K21; K23.

Sumário: 1. Introdução; 2. Repensando o papel do Estado na regulação de plataformas; 3. Detalhamento do conteúdo do regulamento dos mercados digitais; 3.1. Objetivos e formas de consecução; 3.2. Âmbito de aplicação; 3.3. Arquitetura regulatória e mecanismos de implementação; 3.4. Instrumentos de sanção; 4. Conclusões; Referências.

1. INTRODUÇÃO

As plataformas digitais expressam o momento atual da economia da *internet*, marcada por grande concentração e centralização de capital em torno de poucas corporações, sobretudo norte-americanas, as quais adquirem vantagens competitivas a partir da coleta e do tratamento de dados e dos efeitos de rede, tornando-se grandes empresas monopolistas (Srnicek, 2017; Valente, 2019). Especificamente, as plataformas digitais podem ser definidas como “infraestruturas digitais (re)programáveis que facilitam e moldam interações personalizadas entre usuários finais e complementadores, organizadas por meio de coleta sistemática, processamento algorítmico, monetização e circulação de dados” (Poell; Nieborg; Van Dijck, 2020, p. 4). Isso facilita a expansão das corporações que adotam esse modelo para diversos setores, inclusive para aqueles infraestruturais (Van Dijck, 2021), culminando na ampliação da dependência de agentes públicos e privados em relação às plataformas.



As plataformas, sobretudo aquelas que fornecem serviços infraestruturais e essenciais,

operam coletivamente um conjunto exclusivo de plataformas concorrentes e coordenadas que dominam o núcleo dos sistemas de informações digitais do mundo, a partir do qual alavancam um controle econômico, social e (geo)político sem precedentes (Van Dijck, 2021, p. 2801, tradução nossa).

A plataformização, assim, revela uma nova etapa de concentração da produção social, viabilizada pela digitalização e seus desdobramentos, como a expansão da economia associada aos dados. Com isso, há a configuração de uma estrutura de mediação social adequada ao novo sistema global de cultura (Bolaño; Barreto; Valente, 2022), conceito de Celso Furtado que remete às dimensões material, político-institucional e da cultura propriamente dita (Bolaño, 2015).

Na União Europeia (UE), a configuração da atual economia digital resulta de um histórico de desinvestimento público, privatizações e desregulação, situação que prejudicou o bloco na concorrência (Nieminen; Padovani; Sousa, 2023). No lugar da regulação estatal intervencionista, foi consagrada, como será detalhado neste texto, a ideia de governança, desenvolvida concretamente a partir do envolvimento de diferentes agentes, como do setor público, representantes das empresas e de organizações civis, nas definições da organização da *internet* (Gorwa, 2019). Embora essa forma de regulação tenha sido difundida nas últimas décadas, problemas como desinformação e concentração motivaram processos contra práticas anticompetitivas das plataformas e, recentemente, o estabelecimento de novas regras (Fernandes, 2022; Flew, 2022; Van Dijck, 2024), como ocorre na UE.

O bloco tem desenvolvido uma série de políticas em torno do que tem chamado de transição digital, entre as quais o estabelecimento de metas de digitalização; o incentivo ao desenvolvimento de empresas locais e a criação de novas legislações voltadas ao ambiente digital. Ainda que tais políticas devam ser consideradas em conjunto para uma análise geral das medidas da UE na matéria, conforme desenvolvido em outro trabalho, neste interessa particularmente uma das questões abordadas pela UE: a política de concorrência. Como em outras jurisdições, tal questão vinha sendo objeto de autoridades antitruste (Lancieri; Sakowski, 2020), que nos últimos anos passaram a reconhecer que os mercados digitais reproduzem, atualmente, a dinâmica “o vencedor leva tudo”. Além de afetar a dinâmica econômica, reduzindo drasticamente a concorrência, tal postura traz implicações sociopolíticas. Afinal, plataformas como Google e Facebook são também esferas públicas de debate fundamentais para a comunicação individual e coletiva (Habermas, 2023; Picard, 2023). Impactam, pois, a liberdade de expressão, a privacidade e a própria democracia (Mansell; Steinmueller, 2022; Becerra, Mastrini, 2019), o que torna este um tema de interesse em vários campos disciplinares, como a comunicação e o direito.

Diante de tal contexto, o presente artigo analisa o momento atual da regulação das plataformas, identificando a crescente demanda pela regulação estatal e como ela se materializa no conteúdo do Regulamento dos Mercados Digitais (*Digital Markets Act*, DMA, em inglês), da UE. Cumprir em vista que o DMA foi proposto como regulação *ex-ante* de mercados mediados por plataformas digitais, parte da “estratégia digital” do bloco, que anuncia buscar promover uma “economia digital justa e competitiva” (Cini; Czulno, 2022, p. 45, tradução nossa). Detalhar o conteúdo da norma é importante tanto por seu ineditismo, tendo em vista que, nas últimas décadas, a maior parte dos países optou por uma abordagem baseada na governança multissetorial e não na regulação estatal do setor (Gorwa, 2024), quanto pela influência que a Europa exerce na elaboração legislativa de outros

países, o chamado “efeito Bruxelas” (Bradford, 2020).

O estudo parte do seguinte questionamento: qual visão sobre a regulação da *internet* o DMA expressa? Especificamente, objetiva-se averiguar como essa perspectiva se revela nas medidas propostas e nas formas de supervisão e sanção. Para desenvolver essas questões, o texto está dividido em duas seções, além desta Introdução e das Conclusões. Na primeira, situa o debate sobre a regulação das plataformas e a retomada da defesa da ação estatal. Depois, analisa o conteúdo do DMA, a partir das categorias: i) objetivos e formas de consecução; ii) âmbito de aplicação; iii) arquitetura regulatória e mecanismos de implementação; e iv) instrumentos de sanção.

O estudo foi desenvolvido a partir de pesquisa bibliográfica e documental, realização de entrevistas semiestruturadas e avaliação em profundidade de políticas públicas sociais, conforme formulada por Rodrigues (2018). De acordo com a autora, essa análise busca se diferenciar de uma abordagem gerencialista e instrumental da avaliação. Para tanto, propõe que deva perpassar pelas seguintes dimensões: análise de contexto da formulação da política; análise de conteúdo do programa; e trajetória institucional de um programa. As categorias acima apresentadas buscaram refletir esses momentos. Sendo uma política pública, dizem Chiarini, Rocha e Prado (2024, p. 4), “o ponto de partida para regulação econômica é a determinação dos objetivos perseguidos pelo Estado”, por isso o primeiro aspecto destacado. Quanto ao âmbito de aplicação, refere-se aos mercados e aos agentes sobre os quais incide, o que, no caso das plataformas, consiste em uma resposta ao problema do domínio das plataformas e das particularidades de inserção delas em diferentes segmentos. A arquitetura regulatória detalha o papel e os instrumentos dos diferentes órgãos na implementação da regra. Os instrumentos de sanção possibilitam identificar as consequências do não cumprimento. Ambos remetem à estratégia institucional, embora esta também esteja presente na própria trajetória da formulação da política.

Para efetivar a avaliação, foram analisados documentos de agentes que incidiram na elaboração do DMA. Também foram realizadas entrevistas com dez agentes para subsidiar a análise do contexto e do conteúdo. Para tanto, foram selecionadas fontes de diferentes setores envolvidos na chamada governança da *internet*. Entre os meses de abril e julho de 2024, foram entrevistados: Deputado Carlos Zorrinho (PS-Portugal), relator do DMA na Comissão de Indústria, Investigação e Energia do Parlamento Europeu; Gunnar Wolf, integrante do Grupo de Trabalho da Lei dos Mercados Digitais da Direção-Geral da Concorrência (DG COMP) da Comissão Europeia; Ana Neves, vice-presidente da Comissão das Nações Unidas sobre Ciência e Tecnologia para o Desenvolvimento (CSTD/UNCTAD) e presidente do Conselho Consultivo do DNS.PT; Victoria de Posson, secretária-geral da European Tech Alliance; José Gusmão, economista e eurodeputado pelo Bloco de Esquerda (BE-PT); Carla Martins, membro do Conselho Regular da Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC). Outro entrevistado, que participa há mais de vinte anos de espaços de governança representando diferentes governos europeus, pediu que seu nome fosse mantido em sigilo.

As entrevistas foram feitas presencialmente com Zorrinho, Gusmão, Martins e com a fonte não identificada. Nos demais casos, utilizou-se a plataforma virtual Google Meet. O método de entrevista semiestruturada foi o utilizado, de modo que havia uma lista de perguntas predeterminadas para cada entrevistado, de forma que todos responderam sobre a situação da UE nos mercados digitais, o contexto de elaboração e suas principais medidas, ao passo que houve abertura para um diálogo



mais espontâneo e especializado com as diferentes fontes. Em acordo com elas, optou-se por não mencionar suas falas, que foram gravadas, diretamente, à exceção dos ex-eurodeputados Carlos Zorrinho e José Gusmão, que concordaram com tal publicização. Dados os limites deste texto, apenas a entrevista com Zorrinho será mencionada diretamente, como forma de detalhar o contexto e as disputas em torno da elaboração da norma, pois o eurodeputado foi relator do DMA na Comissão de Indústria, Investigação e Energia do Parlamento Europeu. As informações apresentadas foram usadas, em geral, como subsídios para a pesquisa. Por fim, o conteúdo da norma foi detalhado de forma sistemática, de acordo com as categorias explicitadas antes.

Por fim, é importante pontuar que a análise do texto aqui desenvolvida tem em vista o que está proposto na legislação. Como se sabe, a aplicação da norma é objeto de disputas constantes entre diferentes agentes, o que pode resultar ou não em seu efetivo cumprimento. Ademais, muito recentemente a regra em análise entrou em vigor. Os resultados das primeiras investigações feitas sob seu escopo seguem em disputa no âmbito judicial³. Tais fatores revelam um limite metodológico relevante. Não obstante, como se trata de um estudo qualitativo e bastante focado no que a formulação e o conteúdo do DMA expressam, considera-se que seja pertinente. Tal avaliação tem em vista o que ensina Yin (2001, p. 32) ao tratar de um estudo de caso, que considera uma metodologia adequada para a abordagem de problemas contemporâneos, “quando a fronteira entre o fenômeno e o contexto não é claramente evidente e onde múltiplas fontes de evidência são utilizadas”. Esta é, propriamente, a situação da análise aqui apresentada.

2. REPENSANDO O PAPEL DO ESTADO NA REGULAÇÃO DE PLATAFORMAS

A *internet* e, particularmente, as plataformas digitais se desenvolveram simultaneamente à expansão do neoliberalismo, influenciando e sendo influenciadas por uma inflexão estatal programada para facilitar a intervenção privada, a qual foi apresentada como fundamental à promoção da inovação e da concorrência (Mansell; Steinmueller, 2022). No lugar da regulação estatal, foi promovida uma abordagem que girou em torno da ideia de autorregulação e de governança. A mudança foi justificada por uma visão amplamente disseminada que a definia como espaço aberto e livre e que, portanto, não deveria ser regulada (Martins, 2020). Seguindo o mesmo movimento, no âmbito do antitruste, a intervenção estatal com vistas à concorrência e ao crescimento econômico deu lugar à abordagem da não-intervenção (Picard, 2023). Tal reorganização deve ser entendida como uma transição do modo de regulação, no sentido da escola da regulação francesa (Aglietta, 2001; Boyer, 2010), o que vai além da reestruturação produtiva, refletindo-se em todos os planos da sociabilidade, das configurações político-institucionais e nas disputas de poder entre os Estados.

Em relação à organização da *internet*, foco deste estudo, conforme Gorwa (2019), a governança foi, inicialmente, associada às capacidades dos governos nacionais de estabelecer regras e prestar serviços. O conceito evoluiu a partir dos anos 1990, quando passou a ser associado às práticas de agentes diversos, públicos e privados, envolvidos em uma rede de interações definidoras de políticas de conteúdo, termos de uso, funcionamento dos algoritmos e até mesmo regras (Gorwa, 2019).

Promovida pelos Estados Unidos, a ideia de governança foi apoiada pela UE, que se posicionou

³ Em março de 2025, as conclusões das primeiras investigações contra Google, Apple e Meta feitas pela Comissão Europeia como consequência das regras estabelecidas pelo DMA foram divulgadas. Ver sobre o tema Commission (2025).

em defesa da *internet* como espaço de responsabilidades cívicas, regido de forma multilateral, voltado à promoção da democracia e dos direitos humanos, com base numa arquitetura tecnológica que gerasse confiança e uma governança transparente (Comissão Europeia, 2014). A consolidação dessa visão ocorreu a partir da Cúpula Mundial sobre a Sociedade da Informação, organizada pelas Nações Unidas, entre 2003 e 2005 (Berry, 2006). Resultaram daí a criação do *Internet Governance Forum* e de organismos locais, em geral apresentados como abertos à decisão coletiva sobre os objetivos da “sociedade da informação” e sobre os protocolos de funcionamento da rede mundial de computadores.

Ocorre que a “participação dos cidadãos e de outros atores tão valorizada teoricamente contrasta com a sua ausência efetiva na prática, que não revela uma transição ou diluição das esferas de poder” (Lameiras; Sousa, 2015, p. 124). Embora com contradições, “a governação global da *Internet* ainda depende principalmente da autorregulação dos intervenientes comerciais” (Nieminen; Padovani; Sousa, 2023, p. 9, tradução nossa), seja por meio da influência que exercem ou de suas próprias decisões apresentadas como termos e condições de uso e materializadas no *design* adotado. Na prática, a política favoreceu o domínio norte-americano na organização do setor, em um momento em que ele passou a ser central na própria reorganização da sociedade, em geral.

Nos últimos dez anos, todavia, problemas como concentração econômica e desinformação tornaram-se objetos de debate e ação pública. Quanto ao primeiro tema, órgãos de defesa da concorrência mobilizaram regras já existentes em processos sobre práticas de auto-preferência e tratamento de dados. Levantamento de Gawer e Bonina (2024) identificou processos em cerca de trinta países até 2021, inclusive nos Estados Unidos, mas também apontou demora nas investigações e multas pouco dissuasivas. Por meio de formulações distintas, que os autores avaliaram refletir a menor capacidade de intervenção dos países menos desenvolvidos no setor, cresceu o reconhecimento dos limites da abordagem antitruste. Consequentemente, a “tendência para o monopólio ou oligopólio nas indústrias da *Internet* tem sido acompanhada por demandas por maior regulamentação das empresas de plataformas digitais” (Flew; Martin; Suzor, 2019, p. 34, tradução nossa).

A regulação de plataformas que emerge desse contexto é resumida por Gorwa (2024, p. 4, tradução nossa) como um processo em que “atores governamentais procuram moldar o *design*, a arquitetura, as políticas e as práticas desenvolvidas pelas empresas de plataformas em torno das capacidades, usos e recursos de seus serviços”. O autor identifica quatro categorias gerais: regulação de proteção de dados; regulação de conteúdo; políticas sobre trabalho em plataforma e políticas sobre competição. Essa variedade reflete o impacto das plataformas em diversos setores e traz desafios regulatórios expressivos, pois envolve especificidades das áreas e possíveis conflitos. Diante disso, a meu ver tem-se um cenário de regulação de plataformas intersetorial e multidimensional, que combina princípios gerais e normas específicas.

No caso das políticas sobre concorrência, a concentração em torno das plataformas reacendeu o debate sobre antitruste, que remonta ao fim do século XIX. Naquele momento, em que o capitalismo também perdia sua dinâmica concorrencial e direcionava-se para o estágio monopolista, a redução da concorrência foi vista com preocupação. No entanto, tratava-se do sentido geral da reorganização dos Estados e das corporações ao longo do século XX, o que levou a abordagens mais amplas e críticas sobre essa dinâmica serem substituídas por perspectivas ancoradas na visão neoclássica, que defendiam uma abordagem mais limitada por parte do Estado. A partir dos 1970, a Escola de Chicago consagrou a defesa do “livre mercado”. Os comportamentos anticoncorrenciais das firmas passaram

a ser entendidos não como problemas necessariamente, mas como resultados de sua eficiência. Uma visão que justificou a desregulamentação neoliberal (Fontenele, 2000), o que ocorreu em diferentes momentos e com distintas intensidades.

No caso da UE, foco deste estudo, foram mantidos “graus de intervenção” maiores do que nos Estados Unidos, berço da visão que passou a ser hegemônica no antitruste, que resultaram em exigências de transparência e compartilhamento de informações com os concorrentes (Gorwa, 2024, p. 33). Ainda assim, no caso da *internet* não houve políticas para uma regulação pública ou mesmo para conter a concentração, pelo menos até a segunda década do século XXI. A partir de então, foram apresentadas ações com vistas ao reposicionamento da Europa nos mercados digitais, especialmente no próprio mercado interno, formado potencialmente por 500 milhões de consumidores, a exemplo da estratégia do Mercado Único Digital.

Estas passaram a ocupar o debate público durante o mandato de Ursula von der Leyen, da União Democrata-Cristã da Alemanha, como presidenta da Comissão Europeia entre 2019 e 2024. Então, foi apresentada uma nova perspectiva, com respaldo do Parlamento Europeu, que tomou a regulação das plataformas, inclusive no âmbito concorrencial, como parte de uma ampla estratégia de transição digital do bloco. A mudança na abordagem foi acompanhada por discussões sobre soberania (Floridi, 2020) e medidas que afirmam o papel do Estado, por meio de políticas públicas, apoio financeiro e proposição de regulações *ex-ante* (Cini; Czulno, 2022; Bonnamy, Perarnaud, 2024).

É neste contexto que emerge a atual política de regulação de plataformas, que vai se desenvolver a partir de várias estratégias, resumidas por Gorwa (2024) em: convencer, colaborar e contrastar. Os termos refletem as abordagens baseadas em autorregulação, correção e regulação estatal, conceitos usados, antes, por Valente (2019). A regulação estatal confere ao Estado primazia da coordenação dos processos sociais e na organização dos diferentes setores, o que é operado por meio de mecanismos de “comando e controle”. A correção envolve uma interação maior entre o Estado e os agentes do setor regulado, combinando regras estabelecidas e práticas dos agentes. A autorregulação é realizada pelos agentes privados, embora deva “ser tomada como, também, uma visão regulatória, na medida em que entes estatais se abstêm da responsabilidade de dar algum tipo de resposta, seja pela ausência de leis específicas, seja pela ausência da fiscalização de um órgão” (Valente, 2019, p. 6-7). O DMA, conforme será detalhado na próxima seção, combina essas três abordagens, o que pode ser entendido como reflexo de um momento de transição entre os modos de regulação até aqui discutidos. Interessante notar que, em dezembro de 2020, segundo o deputado Carlos Zorrinho (PS-Portugal), relator do DMA na Comissão de Indústria, Investigação e Energia do Parlamento Europeu, em entrevista a esta pesquisa, foi difícil definir quem trataria dos regulamentos por abordarem questões transversais, o que reflete a ausência de histórico e cultura institucional para a regulação da *internet*.

A apresentação da norma ocorreu em dezembro de 2020, quando a Comissão apresentou ao Parlamento Europeu um pacote legislativo contendo o Regulamento dos Serviços Digitais e o Regulamento dos Mercados Digitais (DSA e DMA, nas siglas em inglês). Antes disso, haviam sido organizadas duas consultas públicas sobre regulação de plataformas, as quais “forneceram um forte apoio à regulamentação da Comissão, necessária devido a problemas estruturais que não podiam ser resolvidos pelas regras de concorrência”, resumem Cini e Czulno (2022, p. 47, tradução nossa). Essa estratégia contribuiu para legitimar a reorientação política, inclusive em relação a aspectos

específicos sobre o comportamento das firmas, que passariam a ser objeto de definição do poder público. Houve, por exemplo, concordância com o foco em plataformas do tipo controlador de acesso (*gatekeeper*), apesar de indefinições sobre como definir um.

No Parlamento Europeu, foi definido o Comitê de Mercado Interno e Proteção ao Consumidor (IMCO) como o centro dos debates, o qual nomeou Andreas Schwab (EPP-Alemanha) como relator. As Comissões da Indústria, da Investigação e da Energia (ITRE) e de Assuntos Econômicos e Monetários (ECON) também foram envolvidas na formulação e negociação. O DMA foi aprovado em julho do mesmo ano, com 588 deputados a favor, 11 contra e 31 abstenções. O Conselho e o Parlamento o assinaram em setembro de 2022. O regulamento entrou em vigor em 1º de novembro de 2022 e, dado o prazo para adaptação, passou a ser aplicado a partir de 2 de maio de 2023.

3. DETALHAMENTO DO CONTEÚDO DO REGULAMENTO DOS MERCADOS DIGITAIS

O DMA foi instaurado pelo Regulamento 2022/1925 do Parlamento Europeu e do Conselho Europeu, em 14 de setembro de 2022 (EU, 2022). São 66 páginas, 26 dedicadas a “considerandos”. É dividido nos seguintes capítulos, além de anexo: I. Objeto, âmbito e definições; II. Controladores de Acesso; III. Práticas dos controladores de acesso que limitam a disputabilidade ou que são não equitativas; IV. Investigação de mercado; V. Poderes de investigação, de execução e de acompanhamento; VI. Disposições Finais. Para a análise do seu conteúdo, conforme apresentado antes, foram definidas as categorias: i) objetivos e formas de consecução; ii) âmbito de aplicação; iii) arquitetura regulatória e mecanismos de implementação; e iv) instrumentos de sanção.

3.1. Objetivos e formas de consecução

O artigo 1º do regulamento fixa como objetivos:

*contribuir para o bom funcionamento do mercado interno mediante a previsão de **regras harmonizadas** que assegurem para todas as empresas, em toda a União, a **disputabilidade** e a **equidade** dos mercados no setor digital em que estejam presentes controladores de acesso, em benefício dos utilizadores profissionais e dos utilizadores finais” (EU, 2022, grifo nosso).*

Para tanto, estabelece uma regulação assimétrica, com foco em mercados marcados pela presença dos controladores de acesso (noção que será detalhada a seguir). Pequenas e médias empresas não são submetidas a demandas regulamentares.

Fica claro, em primeiro lugar, o interesse do Parlamento Europeu em organizar o mercado, evitando que os Estados-membro avançassem em formulações que dificultassem sua integração. Esse aspecto foi ressaltado pelo eurodeputado Carlos Zorrinho, que avaliou que o que a UE tem de valioso é um mercado com cerca de 500 milhões de consumidores e que, por meio da regulação, busca impor padrões que beneficiem suas empresas e abranjam outros agentes. O caminho da autorregulação mostrou seus limites, com a evidente dominância digital das corporações dos Estados Unidos (Moore; Tambini, 2018). Segundo a Comissão Europeia (2021), em 2021 menos de 4% das principais plataformas *online* eram europeias e 90% dos dados eram geridos por empresas dos EUA. Para enfrentar esse

quadro, o bloco optou por uma regulação ex-ante e assimétrica, que aporta maior peso regulamentar aos grandes agentes.

Um segundo aspecto relevante da norma é a ênfase na “contestabilidade” (ou “disputabilidade”) e na “equidade”, palavras que evidenciam que a regra se baseia em uma perspectiva neoclássica sobre antitruste: a Teoria dos Mercados Contestáveis. Marco dessa perspectiva é o trabalho de Baumol, Panzar e Willig (1983), de acordo com o qual um mercado é considerado perfeitamente contestável quando há a ameaça constante de novas entradas no mercado, o que mantém a concorrência e o comportamento competitivo das firmas incumbentes, mesmo em mercados com poucos ou nenhum competidor. Conforme Fernandes (2022), essa teoria não associa a eficiência na alocação de recursos a um número crescente de firmas no mercado. A participação pode ser potencial e o mercado pode se manter contestável, mesmo com poucos agentes efetivamente nele.

Uma abordagem mais ampla para o DMA foi sugerida durante sua elaboração. No parecer apresentado por Zorrinho (Europa, 2021), foi proposto mencionar que os mercados deveriam ser “justos”. Segundo o deputado, a ideia não foi incorporada pela dificuldade de precisar juridicamente o que seria um mercado “justo”. Os conceitos também foram disputados pelos agentes da sociedade civil e do setor empresarial. A organização civil Artigo 19 apresentou uma formulação que combinava a defesa de mercados justos com a do bem-estar de consumidores, sendo esta ideia também derivada das escolas neoclássicas (Article 19, 2022). Do setor empresarial, a associação Digital Europe, que reúne Amazon, Apple, Google e Meta, entre outras 100 corporações, reivindicou a perspectiva do bem-estar do consumidor, afirmando que ela precisaria ser equilibrada com a busca da contestabilidade. Como o preço não é determinante nesses mercados, defendeu que esse bem-estar estaria associado a “preferências dos utilizadores, segurança e privacidade, bem como proteção contra conteúdos ilegais/prejudiciais e práticas fraudulentas – e inovação mais ampla por parte dos utilizadores empresariais e dos próprios controladores”, princípios que o grupo defendeu que deveriam ser explicitados como objetivos secundários da norma. O reconhecimento desses princípios poderia beneficiar os agentes estabelecidos. Por seu turno, a European Tech Alliance (Members, 2024), que agrega as europeias Booking, Spotify, Bolt e outras 30 companhias, saudou a busca por contestabilidade e equidade, ao passo que se manifestou em defesa de definições mais precisas sobre os números necessários à definição de um *gatekeeper*, a fim de evitar que europeias fossem tomadas como tal (Lund; Piech, 2021). O resultado de tais controvérsias, que envolvem tanto diferentes visões sobre o antitruste quanto disputas entre corporações locais e transnacionais, foi uma legislação que optou por buscar abrir espaço para concorrentes, a partir da definição do que as principais firmas podem ou não fazer, em termos, sobretudo, de práticas competitivas.

O par **disputabilidade e equidade** é perseguido por meio de diferentes obrigações. Três artigos do terceiro capítulo agregam as disposições que devem e não devem ser seguidas pelos controladores: 5º, que apresenta dez obrigações dirigidas a todos os controladores de acesso; 6º, com treze obrigações suscetíveis de serem especificadas em procedimentos da Comissão, a partir do diálogo entre o regulador e as corporações; e 7º, que contém nove obrigações voltadas aos serviços de comunicações interpessoais (EU, 2022).

Destacam-se, do artigo 5º, dispositivos que fixam que o controlador de acesso não pode: tratar, para fins de publicidade *online*, dados pessoais de utilizadores finais que utilizam serviços

de terceiros que recorrem a serviços essenciais de plataforma do controlador; combinar dados pessoais provenientes do serviço essencial de plataforma com dados provenientes de outros serviços prestados pelo controlador de acesso ou por terceiros; utilizar de forma cruzada dados pessoais provenientes do serviço essencial de plataforma em outros serviços prestados separadamente; ligar utilizadores finais a outros serviços do controlador de acesso para combinar dados; impedir a oferta, pelos utilizadores profissionais, dos mesmos produtos ou serviços aos utilizadores finais; exigir aos utilizadores finais ou aos utilizadores profissionais que utilizem, proponham ou interoperem com um serviço de identificação, um navegador ou um serviço de pagamento ou serviços técnicos de apoio à prestação de serviços de pagamento; e exigir que assinem ou se inscrevam em mais serviços essenciais de plataforma, como condição de utilização em qualquer dos serviços essenciais de plataforma. O mesmo artigo determina que o controlador de acesso deve: permitir que os utilizadores profissionais, a título gratuito, comuniquem e promovam ofertas; permitir que os utilizadores finais acessem e utilizem conteúdos, assinaturas, funcionalidades ou outros itens por meio da aplicação informática de um utilizador profissional; fornecer ferramentas e informações sobre publicidade, de forma gratuita e instantânea, para que anunciantes e editores verifiquem os anúncios alojados pelo controlador de acesso (EU, 2022).

O artigo 6º acrescenta medidas passíveis de serem mais bem detalhadas a partir de procedimentos da Comissão. O controlador de acesso fica proibido de: utilizar, em concorrência com utilizadores profissionais, quaisquer dados não disponíveis publicamente que sejam gerados ou disponibilizados pelos utilizadores profissionais; tratar de forma mais favorável, em termos de classificação e da indexação e do rastreamento associados, os serviços e produtos próprios; e restringir a capacidade dos utilizadores finais para mudarem e assinarem diferentes aplicações informáticas, inclusive para acessar *internet*. Em relação ao que deve fazer, constam, entre outras medidas: permitir e tornar possível que os utilizadores finais desinstalem facilmente quaisquer aplicações informáticas no sistema operativo; permitir alterar facilmente os parâmetros por default do sistema operativo, assistente virtual e navegador; permitir a instalação e a utilização efetiva de aplicações informáticas ou de lojas de aplicações informáticas de terceiros; aplicar condições transparentes, equitativas e não discriminatórias na classificação dos serviços; permitir interoperabilidade aos prestadores de serviços e aos fornecedores de equipamento informático; permitir portabilidade de dados; proporcionar dados agregados e desagregados gerados, inclusive pessoais consentidos; proporcionar informações às empresas de busca sobre classificações, pesquisas, cliques e visualizações (EU, 2022).

O artigo 7º é mais específico, já que trata de serviços de comunicações interpessoais, caso do WhatsApp e do Telegram. O ponto central é que o controlador deve permitir interoperabilidade com os serviços de comunicações interpessoais independentes do número de outro prestador (a começar por texto e imagem interpessoal, mas com previsão de grupo, depois chamada de voz, videochamada etc.), garantindo nível de segurança adotado (caso da criptografia do WhatsApp). Interessante notar que, no fim do regulamento (art. 53), abre-se margem para avaliar a adoção desses mecanismos do artigo 7º no caso de redes sociais (EU, 2022).

Outras obrigações constam no texto, entre elas: apresentar relatório detalhado sobre medidas tomadas para cumprir o regulamento (artigo 11); comunicar sobre aquisição de entidades que prestem serviços essenciais de plataforma ou qualquer outro serviço no setor digital ou permitam a recolha de dados (artigo 14); e garantir auditoria independente sobre técnicas de definição de perfis de consumidores (artigo 15). Não há veto à propriedade cruzada ou outras medidas mais incisivas

em relação à situação de controle dos mercados, mas a imposição de limites a práticas que geram vantagens (EU, 2022).

É possível identificar, portanto, dois eixos gerais de obrigações. O primeiro está assentado na busca por corrigir e prevenir comportamentos anticompetitivos, especialmente quanto ao uso de dados e ao aproveitamento da condição de controlador por meio do fechamento de sistemas ou auto-preferência, práticas vetadas para aumentar a disputabilidade dos mercados. Aqui, as medidas propostas têm em vista as particularidades dos mercados digitais, como o funcionamento com base na coleta de dados, reconhecendo-as como elementos que prejudicam a competição, o que aponta caminhos para a atualização do antitruste. O outro eixo é baseado no estabelecimento de medidas para ampliar as opções dos consumidores, seja por meio da instalação de aplicações de concorrentes ou da interoperabilidade. Nesse caso, nota-se que não há uma preocupação em torno da oferta de outros modelos, por exemplo de serviços públicos. Também a efetividade das medidas merece ser acompanhada com atenção, tendo em vista a força das marcas e mesmo da cultura criada em torno do padrão de funcionamento delas⁴.

3.2. Âmbito de aplicação

De acordo com o artigo 1º, item 2, o DMA “é aplicável aos **serviços essenciais de plataforma** prestados ou propostos por **controladores de acesso** a utilizadores profissionais estabelecidos na União ou a utilizadores finais estabelecidos ou situados na União” (EU, 2022, grifo nosso) e trata de “mercados no setor digital em que estejam presentes controladores de acesso” (artigo 1º, item 1) (EU, 2022). Sua aplicação depende, portanto, de duas definições: serviço essencial de plataforma e controlador de acesso, o que evidencia seu caráter específico.

O artigo 2º define serviço essencial de plataforma a partir de uma lista:

a) Serviços de intermediação em linha; b) Motores de pesquisa em linha; c) Serviços de redes sociais em linha; d) Serviços de plataforma de partilha de vídeos; e) Serviços de comunicações interpessoais independentes do número; f) Sistemas operativos; g) Navegadores Web; h) Assistentes virtuais; i) Serviços de computação em nuvem; j) Serviços de publicidade em linha, incluindo qualquer rede de publicidade, trocas publicitárias ou outro serviço de intermediação publicitária, prestados por uma empresa que presta qualquer um dos serviços essenciais de plataforma enumerados nas alíneas a) a i) (EU, 2022).

Nos termos do Considerando 14, “a definição de serviços essenciais de plataforma deverá ser tecnologicamente neutra”, o que busca evitar o envelhecimento da regra frente a mudanças tecnológicas, um desafio para uma regulação *ex-ante* direcionada a um setor que passa por inovações constantes (EU, 2022).

Quanto ao controlador de acesso, é definido como uma empresa que presta serviços essenciais

⁴ Não é possível, aqui, adentrar qualitativamente essa discussão. Por isso, limita-se a fazer referência à ideia de que, nas comunicações, conforme Bolaño (2004) desenvolveu ao tratar do caso da televisão brasileira, o padrão tecno-estético constitui-se como uma barreira à entrada, a qual coordena, conforme resume Brittos (2022), os determinantes culturais e simbólicos das barreiras nos mercados culturais.

de plataforma (artigo 2º) e que tenha atingido determinados critérios objetivos, o que confirmaria sua relevância no mercado (EU, 2022). Central para isso é, segundo o DMA, o ato de designação de controladores de acesso, processo em que a Comissão Europeia identifica e classifica determinadas empresas como controladores de acesso, com base nos critérios definidos no artigo 3º. Neste, item 1, explicita-se que uma empresa é designada como controlador de acesso se:

a) Tiver um impacto significativo no mercado interno; b) Prestar um serviço essencial de plataforma que constitui uma porta de acesso importante para os utilizadores profissionais chegarem aos utilizadores finais; e c) Beneficiar de uma posição enraizada e duradoura nas suas operações ou se for previsível que possa vir a beneficiar de tal posição num futuro próximo (EU, 2022).

O impacto significativo no mercado (item a) ocorre quando a companhia: realizar um volume de negócios anual na UE igual ou superior a 7,5 bilhões de euros nos 3 últimos exercícios; tiver capitalização bolsista média ou o seu valor de mercado equivalente tiver ascendido a 75 bilhões de euros; prestar o mesmo serviço essencial de plataforma em pelo menos três Estados-Membros. Quanto à designação de “porta de acesso” (item b), o controlador deve ter tido, no serviço essencial de plataforma que presta, pelo menos 45 milhões de utilizadores finais ativos mensalmente, estabelecidos ou situados na UE, e pelo menos 10 mil utilizadores profissionais ativos anualmente, estabelecidos na UE. Sobre posição enraizada (item c), terá ocorrido se esses números tiverem sido alcançados em cada um dos três últimos exercícios. Os serviços estão, portanto, previamente definidos, ao passo que os agentes impactados dependem de uma série de requisitos e do ato de designação pela Comissão.

Embora se trate de uma regulação *ex-ante*, há a necessidade de fazer tais caracterizações para que seja aplicada, o que pode levar a problemas comuns na abordagem a partir dos órgãos reguladores, sobretudo à demora na definição e na aplicação dos “remédios”. Acompanhando a atuação da Comissão Europeia, é possível apontar que esta busca faz valer a norma, mas que a questão temporal não é facilmente superada. Os primeiros atos da Comissão levaram à designação de seis corporações como controladoras, cinco estadunidenses e uma chinesa (Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft). Meses depois foi incluída uma europeia (Booking) no rol de controladores. Até o fim da escrita deste artigo, em abril de 2025, dois anos após o início da vigência integral da norma, nenhum procedimento de investigação foi finalizado.

Em síntese, trata-se de uma legislação parcialmente flexível. Isso se explica pela ausência de regulação, o que acabou levando à imposição, pelas empresas, das dinâmicas do setor, cenário consolidado e em relação ao qual o bloco europeu busca incidir agora. Ademais, é notória a dificuldade de circunscrever os mercados digitais, seja pela forma intersetorial de atuação das plataformas ou pela possibilidade de rápida alteração. O entendimento de que a lei é “semiflexível” também é expresso por Akman (2021), que destaca ainda a possibilidade de a Comissão atualizar as obrigações. Essa flexibilidade é uma característica que pode ser útil à aplicação célere da norma e ao tratamento específico de determinados setores, questões que suscitam preocupações, conforme já abordado.

3.3. Arquitetura regulatória e mecanismos de implementação

Como visto, a elaboração do DMA resultou da defesa, pela Comissão Europeia, de uma intervenção *ex-ante*. Isso colocou o tema das formas de regulação em debate, em um contexto em

que predominam abordagens centradas na perspectiva liberal sobre o papel do Estado, em geral, e especificamente em torno da governança multissetorial não impositiva da *internet*. Grandes empresas articuladas em torno da Digital Europe manifestaram, em 2021, preocupações em torno do que avaliaram como uma “enorme concentração de poder nas mãos do regulador”, a partir da possibilidade de “atos delegados” pela Comissão (Digital [...], 2021). Elas defenderam “uma abordagem mais personalizada, baseada no diálogo regulamentar” e criticaram as proibições e obrigações propostas, que seriam “demasiado amplas”. O “diálogo regulamentar” também seria mais adequado, na visão das empresas, pois a abordagem não refletiria “plenamente esta complexidade e carece da flexibilidade necessária para fazer face às mudanças nas condições do mercado, nos hábitos dos clientes e no progresso tecnológico”.

Tendo em vista a conformação da UE a partir de Estados-membro, foi proposta uma arquitetura regulatória que tem a Comissão Europeia no centro da abordagem *top down*. Para tanto, a Comissão se atribuiu o papel de órgão regulador responsável por fazer cumprir o DMA. Ela se outorgou novos poderes (art. 49), como para conduzir investigações de mercado e proferir decisões sobre o não cumprimento das obrigações e proibições. Para evitar sobreposição ou conflito entre atribuições e decisões, determinou que as autoridades nacionais informem caso tencionem impor obrigações a controladores de acesso. As autoridades nacionais perdem a possibilidade de realizar investigações, caso a Comissão abra ou já tenha em curso um procedimento (art. 39). Por outro lado, três ou mais Estados-Membros juntos podem solicitar à Comissão a abertura de uma investigação de mercado para designação de controladores de acesso e um ou mais para investigação sobre incumprimentos sistemáticos (art. 41) (EU, 2022).

Para a articulação com os Estados e demais autoridades, foi definida cooperação com a Rede Europeia da Concorrência (art. 38) e a criação (art. 40) de um Grupo de alto nível para o Regulamento dos Mercados Digitais, com tarefas de aconselhamento e recomendação, inclusive sobre a interação com legislações setoriais (EU, 2022). O grupo foi criado no dia 23 de março de 2023, pouco antes do prazo para início da aplicação do DMA. Atualmente, é formado por 30 representantes dos seguintes órgãos: Organismo dos Reguladores Europeus das Comunicações Eletrônicas, Autoridade Europeia para a Proteção de Dados, Comitê Europeu para a Proteção de Dados, Rede Europeia da Concorrência, Rede de Cooperação no domínio da Defesa do Consumidor e Grupo de Reguladores Europeus dos Serviços de Comunicação Social Audiovisual (Digital [...], 2023).

Há uma série de dispositivos que conferem poder à Comissão. É papel dela publicar uma lista de controladores de acesso e de serviços essenciais de plataforma em relação aos quais os controladores de acesso devem cumprir obrigações previstas (art. 4º, item 3). Tem autorização para investigar se um controlador de acesso incorreu em incumprimento sistemático. Nesse caso, pode impor medidas comportamentais ou estruturais “proporcionadas e necessárias para assegurar o cumprimento efetivo do presente regulamento” (art. 18, item 1). Entre as medidas, pode estar a suspensão temporal de uma operação de concentração associada a serviços no setor digital ou que permitam a coleta de dados (art. 18, item 2). Pelo artigo 19, novas práticas e serviços também podem ser objetos de investigação, bem como gerar mudanças no regulamento ou em atos associados às obrigações. A Comissão tem a liberdade de atualizar as obrigações, por meio de atos delegados baseados em investigação de mercado, a fim de evitar práticas que limitem a disputabilidade dos serviços essenciais de plataforma ou que sejam não equitativas (art. 12, itens 1 e 5). Está autorizada ainda a direcionar obrigações a outros serviços ou agentes, especificar modalidades de cumprimento,

alargar a outros tipos de dados uma obrigação aplicável, entre outras (art. 12, item 2) (EU, 2022).

Pelo exposto, apesar das críticas formuladas, especialmente, por parte do setor empresarial, a proposição da Comissão prevaleceu, concretizando uma regulação *ex-ante* e sob sua supervisão. Todavia, a regra também contemplou diversos mecanismos de correção e autorregulação, o que reflete o momento de transição ou instabilidade (pois não é possível antever o momento que sucederá ao atual) da regulação do setor. Entre as medidas baseadas na correção envolvendo agentes privados, estão: garantir o acesso a informações sobre os limites estabelecidos para ser declarada controladora de acesso (artigo 3º, item 3) ou mesmo propor ações para correção de irregularidades. Há ainda medidas de autorregulação. Segundo o artigo 25, os controladores de acesso, no âmbito de procedimentos investigativos, podem assumir compromissos com vistas a assegurar o cumprimento das obrigações. A Comissão avalia torná-los vinculativos. Se a avaliação das propostas for positiva, ela se abstém de intervir, o que mostra certa priorização das medidas das empresas. Caso não o faça, deve indicar as razões para não ter tornado os compromissos vinculativos. É o controlador de acesso que deve assegurar e demonstrar o cumprimento das obrigações (art. 8º, item 1) e apresentar à Comissão um relatório “em que descreve de forma pormenorizada e transparente as medidas que aplicou a fim de assegurar o cumprimento das obrigações” (art. 11, item 1) (EU, 2022).

Em suma, as grandes corporações participam ativamente da proposição de medidas, mas ficam submetidas a medidas de transparência impostas às empresas e associações de empresas, as quais, por sua vez, devem apresentar informações solicitadas pela Comissão, obrigação que também recai sobre as autoridades competentes dos Estados-Membros (art. 22). Por outro lado, há obrigações para a própria Comissão, de modo a facilitar o acompanhamento da execução do regulamento e de seus impactos. Entre elas, a produção de um relatório anual (art. 35) (EU, 2022).

3.4. Instrumentos de sanção

Os controladores que não cumprirem as regras e determinações da Comissão estão sujeitos a multas e, em casos de não conformidade sistemática, a medidas consideradas “comportamentais” ou “estruturais”. O artigo 30 define que a multa deve ser de até 10% do volume de negócios do controlador, a nível mundial, no exercício anterior. O total pode chegar até 20%, em caso de infração reincidente nos oito anos anteriores (art. 30, item 2). A Comissão fica autorizada a aplicar multa de até 1% do volume de negócios do controlador e associações de empresas, a nível mundial, sempre que, deliberadamente ou por negligência, estas não facultem informações, não notifiquem a Comissão sobre patamares para serem consideradas controladoras de acesso, não concedam acesso a bases de dados, algoritmos ou informações sobre testes, entre outras situações (art. 30, item 2) (EU, 2022).

Os agentes também estão sujeitos a sanções pecuniárias compulsórias, relativas a cada dia de atraso no cumprimento de medidas, atendimento a pedido de informações ou fornecimento de dados (art. 31). Pelo TFUE, conforme o artigo 45, decisões da Comissão que tenham gerado multa podem ser reapreciadas pelo Tribunal de Justiça. Note-se que o estabelecimento de um percentual sobre o valor da operação global reflete preocupações com a capacidade dissuasória das multas que vinham sendo aplicadas pelos órgãos antitrustes.

4. CONCLUSÕES

A autorregulação que predominava na abordagem sobre a *internet*, ainda que na forma da governança multissetorial, foi fragilizada diante do acirramento da concorrência entre os países e da percepção de problemas envolvendo as plataformas digitais, o que levou diversos Estados a estabelecer regras próprias. Tendo em vista as dificuldades estruturais, resultado do próprio histórico europeu no setor e pelas dificuldades econômicas atuais, a política da UE de regulação de plataformas busca, em primeiro lugar, reposicionar-se na concorrência entre os países. Para tanto, procura padronizar o próprio mercado via legislação, ao passo que busca influenciar outros países e seus agentes.

Diante desse quadro e respondendo ao primeiro questionamento estabelecido nesta pesquisa, conclui-se que o DMA expressa a perspectiva da regulação das plataformas a partir do Estado, o que significa uma mudança na forma de organização da *internet*, função que vinha sendo direcionada aos próprios agentes privados. Não obstante, sua formulação ocorreu em um contexto não apenas de consolidação dos mercados digitais e mesmo de intensa integração dos mercados em geral a partir da atuação das corporações transnacionais, mas também da vigência do paradigma neoliberal em relação ao papel do Estado, o que está evidente na escolha pela abordagem da contestabilidade dos mercados.

Como resultado, tem-se uma regra híbrida, que reabilita a abordagem *top down*, sem deixar de dar centralidade às corporações em sua própria operacionalização. Concretamente, esse hibridismo se expressa no fortalecimento do papel da Comissão Europeia na regulação, embora mantenha dependência das próprias plataformas em relação à apresentação de informações sobre os diversos setores em que atuam, o que também mostra desigualdade de poder entre esses agentes, e mesmo sobre propostas relacionadas à ampliação da concorrência neles. O fato de o regulamento ser voltado a práticas das corporações também denota que não se trata de uma regulação que aponte para a construção de um projeto de sociedade, em um sentido mais geral da regulação, focando, ao contrário, na apreciação de comportamentos específicos existentes.

A política da UE tem o mérito de buscar limitar a dominância digital exercida pelas grandes plataformas. Seguindo a abordagem neoclássica sobre concorrência, limita-se a evitar práticas anticompetitivas, sem alterar elementos estruturais de organização dos mercados e dos próprios agentes. Expressão disso, proíbe auto-preferência, não a concentração de propriedade – exceção à limitação de “concentrações projetadas” que envolvam outra empresa que preste serviços essenciais de plataforma ou quaisquer serviços no setor digital ou que permita a coleta de dados.

Além disso, as medidas que focam na escolha do consumidor, por exemplo a partir da interoperabilidade, podem ser insuficientes frente ao poder das plataformas, seja em relação à capacidade de manipulação de padrões obscuros que dificultam a capacidade de escolha ou mesmo pela dependência, inclusive cultural, construída em relação às plataformas. Essas são hipóteses que deverão ser testadas ou avaliadas no futuro, com base no acompanhamento da implementação do regulamento e demais políticas, bem como da análise de dados da participação nos diferentes setores.

REFERÊNCIAS

- AGLIETTA, Michel. El capitalismo en el cambio de siglo: la teoría de la regulación y el desafío del cambio social. **New Left Review**, Madri, n. 7, p. 16-70, 2001. Disponível em: <https://x.gd/nQraX>. Acesso em: 24 jun. 2024.
- ARTICLE 19 recommendations for the Digital Markets Act Trilogue. **Article 19**, [s. l.], 2022. Disponível em: <https://x.gd/gR0gt>. Acesso em: 24 jun. 2024.
- AKMAN, Pinar. Regulating competition in digital platform markets: a critical assessment of the framework and approach of the EU Digital Markets Act. **European Law Review**, Londres, v. 85, p. 1-30, 2021. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3978625>. Acesso em: 15 dez. 2024.
- BAUMOL, William J.; PANZAR, John C.; WILLIG, Robert D. Contestable markets: An uprising in the theory of industry structure: Reply. **The American Economic Review**, v. 73, n. 3, p. 491-496, 1983. Disponível em: <https://x.gd/M30a6>. Acesso em: 17 dez. 2024.
- BECERRA, Martín; MASTRINI, Guillermo. **La convergencia de medios, telecomunicaciones e internet en la perspectiva de la competencia**: hacia un enfoque multicompreensivo. Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información. Montevideu: UNESCO, 2019. Disponível em: <https://bit.ly/3zBebSa>. Acesso em: 2 jun. 2021.
- BERRY, John W. The World Summit on the Information Society (WSIS): a global challenge in the new millennium. **Libri**, Munique, v. 56, p. 1-15, 2006. Disponível em: <https://x.gd/S3B31>. Acesso em: 17 dez. 2024.
- BOLAÑO, César. **Mercado brasileiro de televisão**. 2. ed. São Cristóvão: EDUC, 2004.
- BOLAÑO, César Ricardo Siqueira. **O conceito de cultura em Celso Furtado**. Salvador: EDUFBA, 2015.
- BOLAÑO, César Ricardo Siqueira; BARRETO, Helena Martins do Rêgo; VALENTE, Jonas Chagas Lúcio. Para a análise teórico-metodológica das plataformas digitais como estruturas de mediação a partir da Economia Política da Comunicação. **Revista Avatares**, Buenos Aires, n. 24, p. 1-20, 2022. Disponível em: <https://x.gd/hOwF1>. Acesso em: 17 dez. 2024.
- BOYER, Robert. Habrá una tercera burbuja que provocará una crisis de consecuencias mayores (Entrevista de Miguel Ángel Jiménez González). **Investigación Económica**, Cidade do México, v. 69, n. 272, p. 137- 160, abr./jun, 2010. Disponível em: <https://x.gd/cUeuL>. Acesso em: 17 dez. 2024.
- BRADFORD, Anu. **The Brussels effect: how the European Union rules the world**. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- BRITTOS, Valério Cruz. **Estudos culturais, economia política da comunicação e o mercado brasileiro de televisão**. Buenos Aires: CLACSO, 2022. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2v88cqg>. Acesso em: 5 dez. 2024.
- BONNAMY, Céleste; PERARNAUD, Clément. Introduction. EU digital policies and politics: unpacking the European approach to regulate the “digital”. **Politique européenne**, [s. l.], v. 81, n. 3, p. 8-27, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/j.ctv2v88cqg>. Acesso em: 5 dez. 2024.
- CHIARINI, Tulio; ROCHA, Diandra Carolina de Oliveira V. da; PRADO, Luiz Carlos T. Delorme. **Reflexões sobre o PL nº 2.768/2022**: desafios da regulação econômica em mercados mediados por plataformas digitais. Rio de Janeiro: Ipea, 2024. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.38116/diset134>. Acesso em: 12 dez. 2024.



CINI, Michelle; CZULNO, Patryk. Digital Single Market and the EU competition regime: an explanation of policy change. **Journal of European Integration**, Londres, v. 44, n. 1, p. 41–57, 2022. Disponível em: <https://x.gd/ii8dV>. Acesso em: 17 dez. 2024.

COMISSÃO EUROPEIA. **Orientações para a Digitalização até 2030**: a via europeia para a Década Digital. Bruxelas: Comissão Europeia, 2021. Disponível em: <https://x.gd/diERZ>. Acesso em: 17 dez. 2024

COMISSÃO EUROPEIA. **A política e a governação da Internet**: O papel da Europa na configuração da governação da Internet no futuro. Bruxelas: Comissão Europeia, 2014. Disponível em: <https://x.gd/Nm7fH>. Acesso em: 2 dez. 2024.

COMMISSION sends preliminary findings to Alphabet under the Digital Markets Act. **European Commission**, Bruxelas, 18 mar. 2025. Disponível em: <https://x.gd/EzV41>. Acesso em: 16 abr. 2025.

DIGITAL Markets Act: Commission creates High-Level Group to provide advice and expertise in implementation. **European Commission**, Bruxelas, 23 mar. 2023. Disponível em: <https://x.gd/dl7ma>. Acesso em: 26 jun. 2024.

DIGITAL Markets Act position paper. **DigitalEurope**, Bruxelas, 27 maio 2021. Disponível em: <https://x.gd/jX9UE>. Acesso em: 25 jun. 2024.

EUROPA. Parlamento Europeu. Comissão da Indústria, da Investigação e da Energia. **Projeto de Parecer 2020/0374(COD)**. Relator: Carlos Zorrinho. [S. l.]: Parlamento Europeu, 2021. Disponível em: <https://x.gd/b4qJs>. Acesso em: 10 abr. 2025.

EUROPEAN UNION (EU). **Regulamento dos Mercados Digitais**. European Union: Bruxelas, 2022. Disponível em: <https://x.gd/nATXT>. Acesso em: 17 nov. 2024.

FERNANDES, Victor Oliveira. **Direito da concorrência das plataformas digitais**: Entre abuso de poder econômico e inovação. Brasília: Revista dos Tribunais, 2022.

FLEW, Terry. **Regulating Platforms**. Cambridge: Polity, 2022.

FLEW, Terry; MARTIN, Fiona; SUZOR, Nicolas. Internet regulation as media policy: rethinking the question of digital communication platform governance. **Journal of Digital Media & Policy**, [s. l.], v. 10, n. 1, p. 33–50, 2019. Disponível em: https://doi.org/10.1386/jdmp.10.1.33_1. Acesso em: 14 dez. 2025.

FLORIDI, Luciano. The fight for digital sovereignty: what it is, and why it matters, especially for the EU. **Philosophy & Technology**, [s. l.], v. 33, p. 369–378, 2020. Disponível em: <https://link.springer.com/article/10.1007/s13347-020-00423-6>. Acesso em: 2 dez. 2024.

FONTENELE, Ana Maria. De Mason e seus estudos de casos à firma jogando em um contexto estratégico: uma história do progresso nas teorias da organização industrial. **Ensaio FEE**, Porto Alegre, v. 20, n. 2, p. 32–57, 2000. Disponível em: <https://x.gd/JwNOQ>. Acesso em: 2 dez. 2024.

GAWER, Annabelle; BONINA, Carla. Digital platforms and development: risks to competition and their regulatory implications in developing countries. **Information and Organization**, [s. l.], v. 34, n. 3, p. 1–16, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.infoandorg.2024.100525>. Acesso em: 2 dez. 2024.

GORWA, Robert. ‘What is platform governance?’ **Information, Communication & Society**, [s. l.], v. 22, n. 6, p. 854–871, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.1080/1369118X.2019.1573914>. Acesso em: 27 ago. 2024.

GORWA, Robert. **The politics of platform regulation**: how governments shape online content moderation. Oxford: Oxford University Press, 2024.

HABERMAS, Jürgen. Uma nova mudança estrutural da esfera pública e a política deliberativa. São Paulo: Unesp, 2023.

LAMEIRAS, Mariana; SOUSA, Helena. Perplexidades e incertezas da regulação dos media na Europa. **Revista Eptic**, São Cristóvão, v. 17, n. 2, p. 120-136, 2015. Disponível em: <https://x.gd/jhlhr>. Acesso em: 30 nov. 2024.

LANCIERI, Filippo Maria; SAKOWSKI, Patrícia Alessandra Morita. **Concorrência em mercados digitais**: uma revisão dos relatórios especializados: Documento de trabalho 005/2020. Brasília: Cade, 2020. Disponível em: <https://x.gd/98IsX>. Acesso em: 2 dez. 2024.

LUND, Kristin Skogen; PIECH, Magdalena. **The European Tech Alliance**: The DMA Must Get Definitions Right to Fulfill its Objectives. Bruxelas: The European Tech Alliance, 2021. Disponível em: <https://x.gd/YqYmS>. Acesso em: 25 jun. 2024.

MARTINS, Helena. Regulação de plataformas: caminhos para a garantia do direito à comunicação e da liberdade de expressão na internet. In: PRATA, Nair; PESSOA, Sônia Caldas (org.). **Fluxos comunicacionais e crise da democracia**. São Paulo: Intercom, 2020. p. 144–145.

MANSELL, Robin; STEINMUELLER, W. Edward. Denaturalizing digital platforms: is mass individualization here to stay? **International Journal of Communication**, Los Angeles, v. 16, p. 461-481, 2022. Disponível em: <https://x.gd/EamQh>. Acesso em: 12 dez. 2024.

MEMBERS. **European Tech Alliance**, Bruxelas, 2024. Disponível em: <https://x.gd/5m1nn>. Acesso em: 26 jun. 2024.

MOORE, Martin; TAMBINI, Damian (org.). **Digital dominance**: the power of Google, Amazon, Facebook, and Apple. Oxford: Oxford University Press, 2018.

NIEMINEN, Hannu; PADOVANI, Claudia; SOUSA, Helena. Why has the EU been late in regulating social media platforms? **Javnost - The Public**, [s. l.], v. 30, n. 2, p. 174–196, 2023. Disponível em: <https://x.gd/Elxj3>. Acesso em: 12 dez. 2024.

PICARD, Robert G. Competition, monopoly, and antitrust issues. In: FLEW, Terry; HOLT, Jennifer; THOMAS, Julian (ed.). **The SAGE Handbook of the Digital Media Economy**. London: Sage, 2023. p. 449–469.

POELL, Thomas; NIEBORG, David; VAN DIJCK, José. Plataformização. **Revista Fronteiras – Estudos Midiáticos**, São Leopoldo, v. 22, n. 1, p. 2–10, 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.4013/fem.2020.221.01>. Acesso em: 1 dez. 2024.

RODRIGUES, Lea Carvalho. Propostas para uma avaliação em profundidade de políticas públicas sociais. **Revista Avaliação de Políticas Públicas (AVAL)**, Fortaleza, ano 1, v. 1, n. 1, p. 7-15, jan./jun. 2008. Disponível em: <https://x.gd/ZHkBa0>. Acesso em: 12 dez. 2024.

SRNICEK, Nick. **Platform capitalism**. Cambridge: Polity Press, 2017.

VALENTE, Jonas C. L. Regulando desinformação e fake news: um panorama internacional das respostas ao problema. **Comunicação Pública**, Lisboa, v. 17, n. 27, p. 1-17, 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.4000/cp.5262>. Acesso em: 11 nov. 2024.



VAN DIJCK, José. Seeing the forest for the trees: visualizing platformization and its governance. **New Media & Society**, [s. l.], v. 23, n. 9, p. 2801–2819, 2021. Disponível em: <https://x.gd/Ttizj>. Acesso em: 11 nov. 2024.

VAN DIJCK, José. Governing platforms and societies. **Platforms & Society**, [s. l.], v. 1, 2024. Disponível em: <https://doi.org/10.1177/29768624241255922>. Acesso em: 11 nov. 2024.

YIN, Robert K. **Estudo de caso**: planejamento e métodos. Trad. Daniel Grassi. 2. ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ASSESSING DEMAND AND SUPPLY SUBSTITUTABILITY IN BRAZILIAN INTERNATIONAL AVIATION: A NETWORK THEORY APPROACH FOR ANTITRUST ANALYSIS¹

Avaliação da substituíbilidade de demanda e oferta na aviação internacional brasileira: uma abordagem da teoria das redes para análise antitruste

Eduardo Roberto Zana²

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/Cade) Brasília/DF, Brasil

Gabriel Oliveira de Alarcão³

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/Cade) Brasília/DF, Brasil

Tomás de Siervi Barcellos⁴

Conselho Administrativo de Defesa Econômica (DEE/Cade) Brasília/DF, Brasil

¹ **Editor responsável:** Prof. Dr. Victor Oliveira Fernandes, Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), Brasília, DF, Brasil.

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5250274768971874>. **ORCID:** <https://orcid.org/0000-0001-5431-4142>.

¹ **Recebido em:** 16/01/2025 **Aceito em:** 11/06/2025 **Publicado em:** 25/06/2025

² Doutor em Economia da Indústria e da Tecnologia pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em Regulação de Petróleo e Derivados, Álcool Combustível e Gás Natural. Coordenador-substituto de Análise de Atos de Concentração no Departamento de Estudos Econômicos (DEE) no Cade.

E-mail: eduardo.zana@cade.gov.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4538077971564059>

ORCID: <http://orcid.org/0009-0004-3107-5096>

³ Bacharel e mestrando em Economia pela Universidade de Brasília (UnB). Chefe de Serviço no Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do Cade.

E-mail: gabriel.alarcao@cade.gov.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/4129959594619650>

ORCID: <http://orcid.org/0009-0008-3055-0632>

⁴ Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e mestre em Ciências Sociais pela Universidade de Brasília (UnB). Economista do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Mapa). Coordenador de Análise de Atos de Concentração no Departamento de Estudos Econômicos (DEE) no Cade.

E-mail: tomas.barcellos@cade.gov.br **Lattes:** <http://lattes.cnpq.br/2660479477078148>

ORCID: <http://orcid.org/0009-0004-7041-6279>



STRUCTURED SUMMARY

Context: The definition of the relevant market in the international aviation sector varies among antitrust authorities, with some focusing on origin-destination (O&D) routes and others incorporating broader or narrower criteria. While the European Commission emphasizes the O&D approach and acknowledges the impact of the hub-and-spoke model on supply-side substitutability, debates persist regarding the role of network effects and the substitutability of direct and indirect flights.

Objective: The aim of this article is to contribute to the debate by applying quantitative methods based on network theory to identify the existence of demand and supply substitutability between international routes departing from or arriving in Brazil, enabling a more accurate analysis in mergers and acquisitions processes affecting the Brazilian international aviation market.

Method: The adoption of quantitative methods (utilizing network indicators) alongside qualitative approaches to analyze substitutability on both the demand and supply sides within the international aviation sector.

Conclusions: This study demonstrates the importance of adopting a network-based approach to evaluate substitutability in the international aviation sector. By analyzing both demand and supply-side factors, it provides insights into how route connectivity and airline behavior influence market dynamics. The findings underline the necessity of incorporating network dynamics into antitrust evaluations, offering a foundation for further research into the competitive implications of route structures and airline strategies.

Keywords: aviation; network; antitrust; competition; hub-and-spoke; merger.

RESUMO ESTRUTURADO

Contexto: a definição do mercado relevante no setor de aviação internacional varia entre as autoridades antitruste, com algumas focando nas rotas de origem-destino (O&D) e outras incorporando critérios mais amplos ou mais restritos. Enquanto a Comissão Europeia enfatiza a abordagem O&D e reconhece o impacto do modelo *hub-and-spoke* na substitutibilidade pelo lado da oferta, persistem debates sobre o papel dos efeitos de rede e a substitutibilidade entre voos diretos e indiretos.

Objetivo: o objetivo deste artigo é contribuir para o debate aplicando métodos quantitativos baseados na teoria de redes para identificar a existência de substitutibilidade pelo lado da demanda e da oferta entre rotas internacionais com origem ou destino no Brasil, possibilitando uma análise mais precisa em processos de fusões e aquisições que impactam o mercado de aviação internacional brasileiro.

Método: a adoção de métodos quantitativos (utilizando indicadores de rede) em conjunto com abordagens qualitativas para analisar a substitutibilidade tanto do lado da demanda quanto do lado da oferta no setor de aviação internacional.

Conclusões: este estudo demonstra a importância de adotar uma abordagem baseada em rede para avaliar a substitutibilidade no setor de aviação internacional. Ao analisar tanto os fatores de demanda quanto de oferta, fornece insights sobre como a conectividade de rotas e o comportamento das companhias aéreas influenciam a dinâmica do mercado. Os resultados ressaltam a necessidade de incorporar a dinâmica das redes nas avaliações antitruste, oferecendo uma base para futuras pesquisas

sobre as implicações competitivas das estruturas de rotas e das estratégias das companhias aéreas.

Palavras-chave: aviação; rede; antitruste; competição; hub-and-spoke; fusão.

JEL Classification: [L40]

Summary: 1. Introduction; 2. Literature Review; 3. Data; 4. Demand Substitutability; 4.1 Methodology; 4.2 Results; 4.2.1 Link's Importance and Effective Paths; 4.2.2 Edge Removal; 4.1 Practical Example; 5. Supply Substitutability; 5.1 Qualitative Analysis; 5.2 Quantitative Analysis; Conclusion; References.

1 INTRODUCTION

The liberalization of international air transport markets and the ongoing consolidation of the sector have brought renewed attention to the challenges of applying antitrust principles in the aviation industry. Regarding the international jurisprudence applied to the aviation sector, the Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD)(2014) clarifies that there is no consensus among antitrust authorities worldwide concerning the definition of the relevant market in its geographical dimension. While some jurisdictions maintain the traditional definition based on the origin and destination (O&D) approach, essentially focused on demand-side substitutability, others have adopted broader definitions (including other modes of transportation) or narrower ones considering the evolution of the civil aviation sector. However, there is no consensus on the need to incorporate network effects in the process of competitive market analysis, with Australia considering this factor for relevant market definition purposes (OECD, 2014), while other jurisdictions prefer to incorporate network effects as part of the competitive effects analysis. As, unwittingly, observed by the Directorate-General for Competition in the assessment of the Star Alliance case (European Commission, 2013), a rigid demand-side definition of the relevant market when network industries are in play may be myopic. Accepting out-of-market efficiencies, even to the limited extent that they accrue to the route of concern, in a way extends the boundaries of the relevant market. Ducci (2016), in a paper on out-of market efficiencies, two-sided platforms and consumer welfare, points out the limitations of market definition when the economics of two-sided platforms are not accounted for. Despite these considerations, there is debate over whether the best approach is to define on a case-by-case basis rather than seeking clearer guidance and harmonization (OCDE, 2014). From the perspective of the European Commission, as expressed in the Lufthansa/Austrian Airlines case (Lenoir, 2016), the relevant market definition for passenger air transport services is understood inside O&D approach, meaning that a particular route is seen as a separate market to be analyzed. However, to determine whether a specific route between the origin and destination points should be considered, the European antitrust body examines the various possibilities available.

Nonetheless, the European Commission considers the hub-and-spoke structure as an element that, in practical terms, reduces supply-side substitutability. In theory, it is assumed that an aircraft can be allocated to any route. However, in reality, given that traditional airlines use the hub-and-spoke model to structure their flight operations, this means that traditional airlines decide to fly almost exclusively on routes connected to their respective operating hubs (Lenoir, 2016). This tends



to be even more important on long-haul international routes, since this segment is dominated by network air carriers (Lykotrafti, 2023).

Moreover, according to Nannes (1999, p. 6-7), the antitrust analysis of entry conditions in the commercial aviation sector has become “more sophisticated and substantially more factual” over time. For example, in the 1980s, the Department of Transportation (DOT) approved a series of transactions involving carriers with high market shares of city-pair traffic, based on the reasoning that other carriers could easily enter those routes and discipline fares, without adequately considering whether new entry would be economically feasible given traffic flows and hub economics (Nannes, 1999). In our present context, the delivery of wide-body aircraft by the major global manufacturers (Boeing and Airbus) at a pace insufficient to meet the post-pandemic surge in demand (Singh, 2024) creates additional challenges for contesting the market in cases where incumbents exercise market power on routes with high market concentration.

However, the European Commission’s mindset previously presented has been criticized by network air carriers because, from their perspective, the traditional approach fails to consider properly the network effects on demand side derived from the hub-and-spoke model structuring. Several companies have emphasized the need for antitrust analysis to consider all airports that are considered substitutes from the passengers’ perspective (European Union General Court, 2015). Regarding substitutability between direct and indirect flights, the Commission found that it depends on the flight duration. That is, the longer the flight duration, the greater the likelihood that indirect flights exert competitive pressure on direct flights (European Union General Court, 2015). As for the jurisprudence of Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), the relevant passenger transport market has been geographically defined, like the European Union, based on origin and destination routes⁵. Based on this analytical methodology, for long-haul routes, indirect flights that increase travel time by up to 5 hours should also be considered part of the same relevant market.

Taking all of this into account, network structures can give rise to two distinct types of effects, each with different implications for competition - effects that might be overlooked in traditional analyses. On one side, a merger can intensify the dominance of a network carrier at key hub airports, particularly those facing congestion. In such cases, the concentration of slots and routes linked to the hub may strengthen the merged entity’s market power within the airport’s catchment area, reducing consumer choice and harming competition. On the other hand, network effects mean that the outcome of an airline merger goes beyond simply combining their existing routes. In this case, the whole is much greater than the sum of the parts. Incorporating the target airline’s routes not only allows the acquiring carrier to operate those services but also opens the possibility of launching new direct or connecting routes. This can enhance the overall network, potentially generating efficiencies that might - though not necessarily - translate into lower prices and improved service quality (Olmedo Peralta, 2020).

The aim of this article is to contribute to the debate by applying quantitative methods based on network theory to identify the existence of demand and supply substitutability between international routes departing from or arriving in Brazil, enabling a more accurate analysis in mergers and acquisitions processes affecting the Brazilian international aviation market. This

5 Case No. 08700.004702/2023-81 (SEI 1377008). **All Cade public proceedings mentioned in this article can be consulted at: <https://x.gd/OOMZL>**

article is organized as follows: Section 2 presents a literature review, summarizing key studies and theoretical frameworks that underpin the research. Section 3 describes the data, outlining the data collection. Section 4 presents the analysis from the demand side. It is presented the methodology implemented (4.1), the general results (4.2) and then its application is shown with an example (4.3). Section 5 presents a discussion on supply substitutability, incorporating both qualitative aspects (5.1) and quantitative metrics (5.2) applied to understand patterns of network expansion before and after the pandemic crisis. Finally, Section 6 concludes the article, summarizing the contributions and suggesting directions for future research.

2 LITERATURE REVIEW

Our work relates to the use of network to study the Brazilian air transportation sector. Rocha (2009) studies the structural evolution of the Brazilian domestic airport network. Using data from 1996 to 2006, the results suggest that the companies have a tendency to invest in the most profitable routes rather than in new routes, consequently, increasing the number of connections on specific routes. The number of routes together with the number of airports decrease during the period, but the routes are constantly changing and not necessarily within the most connected airports. This dynamic evolution resulted in some airports becoming more central with time, while others become more peripheral. The research in Couto *et al.* (2015) analyzes the main characteristics of the Brazilian air transportation network, using national and international flight data using the complex network approach. The study showed that the Brazilian network has small world characteristics with low average shortest path length and high clustering coefficient and the airport connections follow a power law distribution. According to the authors, the main airports are Viracopos and Guarulhos, and travelers need to go through an average of three connecting flights to reach their destinations. A resilience analysis of the network's robustness also identified that an interruption at Viracopos airport would divide the network into six sub-networks, affecting 10% of passenger demand. Silva *et al.* (2022) investigates how the structure of the air transportation network affects air ticket prices in Brazil. Using microeconomic panel-data estimation, they find that the airports' degree of substitutability (clustering coefficient) and peripheral location (authority score) are associated with lower average airfare prices. In contrast, the convenience of transportation (degree), measured by the number of different cities that an airport serves, and centrality (closeness) are attributes that raise the average price. Also, they find that network's topological characteristics can either amplify or mitigate the relationship between market competition and airline ticket pricing.

Exploring the importance of links in transportation networks has a growing literature, especially in road networks (Jenelius, 2010; Rupi *et al.*, 2015; Li *et al.*, 2020) and metro networks (Yang *et al.*, 2017; Jing; Xu; Pu, 2019). Jing, Xu, and Pu (2019) provides a new dimension of assessing metro network performance—travelers' route redundancy (or route diversity), which is defined as the number of behaviorally effective routes between each origin-destination (O-D) pair in the network. Furthermore, the results of route redundancy are compared with typical measures of topology network performance in terms of measuring connectivity and accessibility of metro networks. Their differences are attributed to the fact that the route redundancy measure considers the travelers' O-D-level route choice beyond the pure network topology and the shortest path considerations of the existing measures.



While existing literature on the application of networks to the aviation sector has made significant strides, most studies do not focus on competition issues. This article, therefore, stands out by applying network metrics to understand the dynamics of flight networks, addressing both demand-side and supply-side substitutability. It offers an innovative perspective for tackling antitrust issues, contributing to the ongoing academic debate by filling this gap and providing analytical tools for antitrust investigations.

3 DATA

The international air travel data utilized in this paper is collected from two different sources: Brazilian National Civil Aviation Agency (Anac) and from the *FlightsFrom*⁶ website. The Anac data includes two separate datasets. The first one includes data on airfares of domestic and international flights in Brazil. According to Anac, this accounts for about 50% of the total passenger movement by year once the tickets acquired via frequent flyer programmes and specific agreements between customers and airlines are not part of the database. The international airfare data is also restricted to tickets for trips originating in Brazil and ending abroad (as well as round-trip tickets, as long as the return is from the destination airport of the outward leg) fully operated by the airline that sold them and only for your scheduled flights previously registered with Anac. Both datasets were extracted using the *flightsbr* package in R (Pereira, 2024). Since our interest of study is the international flight network, we only used the origin and destination pairs of the international airfare data. There are 398 unique origin-destination pairs, with 37 unique origins and 60 unique destinations. Only origin and destination pairs that had more than 500 seats sold between 2022 and 2023 were considered.

The second Anac database includes detailed information on every international flight to and from Brazil, as well as domestic flights within the country. The data include flight-level information of airports of origin and destination, flight duration, operating airline, aircraft type, payload, and the number of passengers, and several other variables (Dados [...], 2024). The flight-level information data identifies the pairs of origin, where the passengers boarded, and destination, where they disembarked, regardless of the existence of intermediate airports, served by a given flight. This dataset is utilized to analyze the evolution of the network from the standpoint of the supply of routes. The data is grouped quarterly and extends from the first quarter of 2017 to the last quarter of 2023. It includes data for the number of take-offs, passengers and seats available for each route and airline.

The second source of data is the *FlightsFrom* website. It encompasses data of flight information for all airports, including all the direct flights leaving the airport and travel time⁷. This becomes necessary as the Anac flight-level database has some limitations, as it does not include the entire itinerary of the passengers, including potential connections, and is restricted to flights that fly from Brazil only. With this data, we can build a larger and more connected network of flights, linking domestic origins to a diversity of final destinations through direct and indirect paths. In this database, we filter for the routes where the destination is either an origin or a destination in our OD pairs database, built with Anac's international airfare data, as said above. Therefore, our network accommodates 100 airports, of which 37 are domestic ones.

6 <https://www.flightsfrom.com/>

7 This data can be found at <https://github.com/Jonty/airline-route-data>.

Although the expansion of the flights' data allows for a better understanding of the network topology and of which paths consumers can take, our dataset still has some limitations that curb the possibilities of analysis. Our dataset lacks information on the flow of passengers on each route, preventing any estimation of node importance or the application of capacity restriction. This happens since Anac's database does not track data at the passenger-level, not accounting for connections. With that, it is not possible to observe which paths the passengers actually take and how they distribute themselves amongst them. Another constraint in our dataset is the lack of data for flight tickets' price, preventing an estimation of elasticities and restraining the possibility to investigate the restrictions to switch routes among consumer and the proper identification of alternative routes. Even though Anac's database has information on prices, the data has some methodological problems that prevent us from realizing a robust analysis. The price data informs the price paid and the number of tickets bought for each month and each route, but it has no information on when the passenger is travelling. This means that the passenger flow database and the price data are not on the same page, therefore it is not possible to know how much the passenger paid for a ticket to travel on a given flight. Given these obstacles, our research focuses on the identification of possible alternatives paths, considering the origins and destinations identified in the international airfare data from Anac, and which links are the most important within this network, as they become important intermediaries in the paths identified.

4 DEMAND SUBSTITUTABILITY

4.1 Methodology

In this section, we present the methodology implemented to assess route redundancy in the aviation network. To do that, an index is built, ranking the routes according to their importance in the O-D network. Based on the work of Jing, Xu, and Pu (2019) and Xu *et al.* (2018) two factors are considered in the construction of the index: efficient path and not-too-long path.

Dial (1971) defined an efficient path as one which does not backtrack. As it progresses from node to node it always gets further from the origin and closer to the destination. A path is efficient if every link in it has its initial node closer to the origin than is its final node and has its final node closer to the destination than is its initial node. All links should satisfy:

$$l_r(head_a) > l_r(tail_a), \forall a \in A$$

where $tail_a$ and $head_a$ are the tail and head of the link a ; $l_r(tail_a)$ and $l_r(head_a)$ are the cost of the shortest route from the origin r to the tail and head of link a , respectively; A is the set of directed links.

Typically, passengers do not prefer too long routes or are willing to accept a certain amount of extra time when their primary or secondary path alternatives are not available. With that in mind, following Leurent (1997), a length constraint is introduced to ascertain that every link is reasonable enough relative to the shortest path:

$$(1 + \tau^a)(l_r(head_a)l_r(tail_a)) \geq l_a, \forall a \in A$$

Where l_a is the cost (length of free-flow travel time) of link r is an allowable/acceptable

elongation ratio for link a with respect to the origin r . τ_a may be set to 1.6 for inter-urban studies or between 1.3 and 1.5 for urban studies (Tagliacozzo; Pirzio, 1973; Leurent, 1997). By summarizing all links on route k :

$$\begin{aligned} l_k &= \sum_{a \in A} l_a \leq \sum_{a \in A} (1 + \tau^a) (l_r(head_a) - l_r(tail_a)) \\ &\leq \sum_{a \in A} (1 + \tau_r^{max}) (l_r(head_a) - l_r(tail_a)) \\ &= \sum_{a \in A} (1 + \tau_r^{max}) (l_r(s) - l_r(r)) \end{aligned}$$

Therefore:

$$l_k = \sum_{a \in A} (1 + \tau_r^{max}) (l_r(s) - l_r(r)) = (1 + \tau_r^{max}) \min_p l_p$$

where l_k (or l_p) is the cost of the route k (or p); l_r and l_s are the shortest costs from origin r to r and to destination s . This ensures that the cost of the route does not exceed $(1 + \tau^{max})$ times the cost of the shortest path. In our study, the cost of the route is the travel time in minutes. However, in order to account for waiting time in connections, we add an extra 60 minutes for each domestic route and an extra 150 minutes for international routes. In addition, to reduce computational burden, only the 20 shortest paths are calculated for each origin-destination pair.

To build the redundancy index, the following is considered. For each O-D pair, the effective paths are calculated according to the method above. The paths are ordered by their length, and for each link in each effective path is attributed a value. So, for a link i in a O-D pair p and rank r , the links' redundancy index is:

$$RedundancyIndex_{p,r}^i = \frac{N_p}{rank_{p,r}}$$

where N_p is the number of passengers recorded in the O-D pair p and $rank_{p,r}$ is the rank of the path p in the path p . In that way, links in the shortest path receive higher values than links in the second shortest path and so forth. So, for each link i in the network, the Redundancy Index is measured as the sum of the redundancy index for all O-D pairs:

$$RedundancyIndex^i = \sum_{p \in P} \sum_{r \in R} RedundancyIndex_{p,r}^i$$

where P is the set of all O-D pairs and R is the set of the ordered effective paths for each O-D pair.

4.2 Results

To analyze the results, verify which links are more important and identify path alternatives, we run two analyses. In the first one, we estimate the redundancy index for each edge in the network and the number of effective paths for each O-D pair. This way it is possible to identify key routes in the network, considering it is a lane for many pathways and the number of passengers that it probably transports. It is important to point out that the redundancy index value has no direct interpretation, as it is considered only the volume of passengers between the origin and destination of which the edge is part, not the actual volume of travelers on the route. This index also allows for the identification of destinations that are access constrained than others, as they present a lower number of effective paths connecting them. Recognizing points with limited access is also interesting, because any negative impacts in the routes leading to those may result in significant backlashes in passengers' welfare.

Meanwhile, in the second setup, the international routes (the ones where its origin is in Brazil) are removed, one by one, from the network and then the number of alternative paths and travel time are re-estimated for each origin-destination pair. The goal with this is to understand which routes play a crucial role in connecting final destinations or, at least, conducting passengers to out of the country, but also to see the routes that become more important and, therefore, can be seen as alternatives to the removed route. Finding substitute routes can help antitrust analysis when it comes to establishing the geographically relevant market.

In both experiments, the value of τ^α is set at 0.3, i.e. passengers are willing to elongate their travel time in 30% compared to the shortest path connecting the origin to the destination. This value is lower than the one observed in urban studies (Leurent, 1997). Although some may think that the willingness to extend the travel could be higher for air transportation, we opt for a more conservative approach. Adding the waiting time for connections supports the use of a lower value for the parameter. Also, since we have no data on flights' frequency outside of Brazil, our estimation of connection time is probably underestimated, making it reasonable to use a smaller value of the parameter. The chosen value would also not extrapolate the travel time extension for indirect flights adopted either by the European Commission⁸ or Cade⁹, therefore making it a reasonable value.

4.2.1 Link's importance and effective paths

Table 1 presents the 10 routes with the highest redundancy index. As can be seen, out of the six first values, five belong to routes leading either to Santiago or to Buenos Aires. This outcome is intuitive since Santiago and Buenos Aires are the main destinations of Brazilian passengers. It is interesting to point out the values obtained for the routes Curitiba (CWB) to Santiago (SCL) and Foz do Iguaçu (IGU) to Santiago (SCL). Even though these pathways don't transport a high volume of passengers, their redundancy index value is prominent, due to the fact that these routes are viable short paths to connect travelers to Santiago. This example may be interpreted from two opposite points of view. First, it could mean that these routes, although not highly traveled, are important to

8 See Case No COMP/M.3280—Air France/KLM, 11.02.2004.

9 See Opinion No. 6/2024/CGAA4/SGA1/SG. Process No. 08700.004702/2023-81 (SEI 1377008), Applicants: International Consolidated Airlines Group and Air Europa Holding, S.L. Brasília: CADE, 2024.



the network, and a traditional approach would miss that. On the other hand, this could be due to the lack of data on passenger flow for each route, which downplays the significance of the airports and exposes one of the limitations of the current study.

Table 1 – Link Importance - Most Important Links

Origin Airport	Origin City	Origin Country	Destination Airport	Destination City	Destination Country	Redundancy Index	Number of Seats Available
GRU	São Paulo	Brazil	SCL	Santiago	Chile	300580.6	1019358
CWB	Curitiba	Brazil	SCL	Santiago	Chile	222818.3	31536
GRU	São Paulo	Brazil	MIA	Miami	USA	192325.8	860656
IGU	Foz do Iguaçu	Brazil	SCL	Santiago	Chile	174838.6	36051
GRU	São Paulo	Brazil	EZE	Buenos Aires	Argentina	158022.7	882914
GRU	São Paulo	Brazil	AEP	Buenos Aires	Argentina	150009.2	1053591
NAT	Natal	Brazil	LIS	Lisbon	Portugal	148660.9	93867
CNF	Confins	Brazil	LIS	Lisbon	Portugal	144665.9	180208
GRU	São Paulo	Brazil	LIS	Lisbon	Portugal	144543.4	734379
VCP	Campinas	Brazil	LIS	Lisbon	Portugal	141940.7	369314

Source: Own Elaboration (2025).

The redundancy index, along with the approximated network built in this study, enables us to speculate which international routes might play an important role in conducting Brazilian passengers abroad. Table 2 consolidates the results for the top 10 international routes, according to their redundancy index.

Table 2 – Link Importance - Most Important Links

Origin Airport	Origin City	Origin Country	Destination Airport	Destination City	Destination Country	Redundancy Index
LIS	Lisbon	Portugal	LHR	London	United Kingdom	30219.27
LIS	Lisbon	Portugal	MXP	Milan	Italy	222818.3
MAD	Madrid	Spain	LHR	London	United Kingdom	21712.71
ZRH	Zurich	Switzerland	MXP	Milan	Italy	21,572.81
LIS	Lisbon	Portugal	ORY	Paris	France	20086.97
SDQ	Santo Domingo	Dominican Republic	JFK	New York	USA	18073.51
MAD	Madrid	Spain	MXP	Milan	Italy	17586.95

CDG	Paris	France	MDX	Milan	Italy	16310.04
ZRH	Zurich	Switzerland	FRA	Frankfurt	Germany	12255.34
BCN	Barcelona	Spain	MDX	Milan	Italy	11026.16

Source: Own Elaboration (2025).

The main finding is the dominance of European routes. The reason for that is twofold. In the first place, destinations in Europe represent 20% of all unique destinations and 34% of all O-D pairs. The second reason is related to distance. Out of the fifteen furthest destinations, on average, only five¹⁰ are not located in Europe. Besides that, the fact that European countries are relatively close to each other makes connections between them more suitable. Additionally, it is fundamental to point out Lisbon's role as a bridge to the rest of Europe. The Portuguese capital has eleven¹¹ different direct flights from Brazil, offering great access to Europe.

4.2.2 Edge removal

In this section, the goal is to understand how the removal of some routes affects the network, identify which other routes are impacted and which edges become more important in the absence of the removed one. Considering the objective of the current study, we solely remove international routes whose origin is in Brazil. Those come from the flight-level data from Anac, introduced in the *Data* section. We selected the flights from 2022 and 2023 that had more than 50 departures in both years combined. Removing routes that are no longer operational, we have 109 active routes. The idea here is the following: every edge is removed one by one, and, after the removal, the redundancy index is re-estimated for all remaining edges in the network. Given this setup, we can calculate for which edges the redundancy index increased and, consequently, its importance, and estimate an average increase in travel time in all paths that contained the disconnected edges.

Table 3 presents the 10 routes which removal result in the highest traveling time increment. The flight between Belém and Pamaribo leads the way, with a 260% rise in travel time due to its withdrawing. Although the route is not a relatively significant one in terms of volume¹², the exercise shows how its removal has a high impact in the network. We can also see that the flight Panama (PTY) to Pamaribo (PBM) ends being the one which importance increases the most. It also interesting to point out how the extraction of the route São Paulo (GRU) - Johannesburg (JNB) impacts a whole path, augmenting the role of the São Paulo (GRU) - Luanda (LAD) - Johannesburg (JNB) pathway. In some cases, the route that sees its role expand might be a domestic one, given that demand may be redirected to other airport within the domestic network. One example of that is the route Porto Alegre (POA) to Santiago (SCL), where the Porto Alegre (POA) to Curitiba (CWB) ends up being the one with the highest increase in importance.

10 These are Dubai, Doha, Istanbul, Addis Ababa and Los Angeles.

11 Belém, Brasília, Belo Horizonte, Fortaleza, Rio de Janeiro, São Paulo, Natal, Porto Alegre, Recife, Salvador and Campinas.

12 Its 91th out of 172 in terms of seats in 2023.



Table 3 – Routes with the highest increase in travel time due to removal

Origin Airport	Origin City	Destination Airport	Destination City	Time Increase (%)	Benefited Route	Benefited Route Origin	Benefited Route Destination
BEL	Belém	PBM	Pamaribo	260%	PTY → PBM	Panama	Pamaribo
GRU	São Paulo	LAD	Luanda	60%	GRU → JNB	São Paulo	Johannesburg
GRU	São Paulo	PDP	Pamaribo	56.2%	AEP → PDP	Buenos Aires	Punta del Este
MAO	Manaus	PTY	Panama	52.7%	CNF → PTY	Belo Horizonte	Panama
GRU	São Paulo	JNB	Johannesburg	48.6%	GRU → LAD	São Paulo	Luanda
GRU	São Paulo	JNB	Johannesburg	48.6%	LAD → JNB	Luanda	Johannesburg
IGU	Foz do Iguaçu	SCL	Santiago	48.3%	FLN → SCL	Florianópolis	Santiago
POA	Porto Alegre	SCL	Santiago	43.3%	POA → CWB	Porto Alegre	Curitiba
GRU	São Paulo	VVI	Santa Cruz	40.8%	ASU → VVI	Asuncion	Santa Cruz
FLN	Florianópolis	AEP	Buenos Aires	39.65%	CWB → AEP	Curitiba	Buenos Aires

Source: Own Elaboration (2025).

When the analysis shifts to routes which removal exercises the lower impact in terms of extension of travel time, a few patterns stand out. Table 4 sums up the results. Excluding the route Brasília (BSB) to Lisbon (LIS), all the remaining ones its origin is in the Southeast region of Brazil. This is due to this region being the one with the more central airports (Couto *et al.*, 2015) and, since these places are somewhat close, alternatives to the removed routes are not time costly. Another point is that São Paulo (GRU) and Rio de Janeiro (GIG) are, most of the time, the closest alternative to each other. The proximity¹³ and the fact that these are the largest international airports in the country supports this fact.

¹³ Its, on average, an one hour flight.

Table 4 – Routes with the lowest increase in travel time due to removal

Origin Airport	Origin City	Destination Airport	Destination City	Time Increase (%)	Benefited Route	Benefited Route Origin	Benefited Route Destination
GIG	Rio de Janeiro	FCO	Rome	4.6%	GRU → FCO	São Paulo	Rome
GRU	São Paulo	LHR	London	4.6%	GRU → LHR	São Paulo	London
GRU	São Paulo	FRA	Frankfurt	4.6%	GIG → FRA	Rio de Janeiro	Frankfurt
VCP	Campinas	MCO	Orlando	4.9%	BSB → MCO	Brasília	Orlando
GRU	São Paulo	JFK	New York	5.3%	GIG → JFK	Rio de Janeiro	New York
VCP	Campinas	LIS	Lisbon	5.3%	CNF → LIS	Belo Horizonte	Lisbon
GIG	Rio de Janeiro	FRA	Frankfurt	5.5%	GRU → FRA	São Paulo	Frankfurt
CNF	Belo Horizonte	FLL	Fort Lauderdale	5.8%	MAO → FLL	Manaus	Fort Lauderdale
BSB	Brasília	LIS	Lisbon	5.9%	NAT → LIS	Natal	Lisbon
GRU	São Paulo	CDG	Paris	6%	SSA → CDG	Salvador	Paris

Source: Own Elaboration (2025).

Table 5 presents the increase in travel time and the benefited route from the exclusion of the 10 routes with the higher volume of passengers in 2023, considering flight-level data from Anac. This table shows how the methodology here implemented can help in the identification of relevant airports in the network. Although Curitiba (CWB) is not a very important airport¹⁴ it is a significant alternative to passengers traveling to destinations in South America, such as Buenos Aires (EZE, AEP) and Santiago (SCL).

Table 5 – Routes with the highest volume of passengers in 2023

Origin Airport	Origin City	Destination Airport	Destination City	Time Increase (%)	Benefited Route	Benefited Route Origin	Benefited Route Destination
GRU	São Paulo	SCL	Santiago	10.6%	GRU → CWB	São Paulo	Curitiba
GRU	São Paulo	AEP	Buenos Aires	16.2%	GRU → CWB	São Paulo	Curitiba
GRU	São Paulo	MIA	Miami	7.3%	BSB → MIA	Brasília	Miami

14 It was the 13th in terms of volume of passengers in 2023

GRU	São Paulo	EZE	Buenos Aires	26.2%	CWB → EZE	Curitiba	Buenos Aires
GRU	São Paulo	LIS	Lisbon	12.8%	GRU → CNF	São Paulo	CNF
GIG	Rio de Janeiro	EZE	Buenos Aires	26.8%	FLN → EZE	Florianópolis	Buenos Aires
GRU	São Paulo	MAD	Madrid	6.1%	SSA → MAD	Salvador	Madrid
GRU	São Paulo	CDG	Paris	6%	SSA → CDG	Salvador	Paris
GIG	Rio de Janeiro	SCL	Santiago	21.1%	CWB → SCL	Curitiba	Santiago
GRU	São Paulo	PTY	Panama	17.4%	BSB → PTY	Brasília	Panama

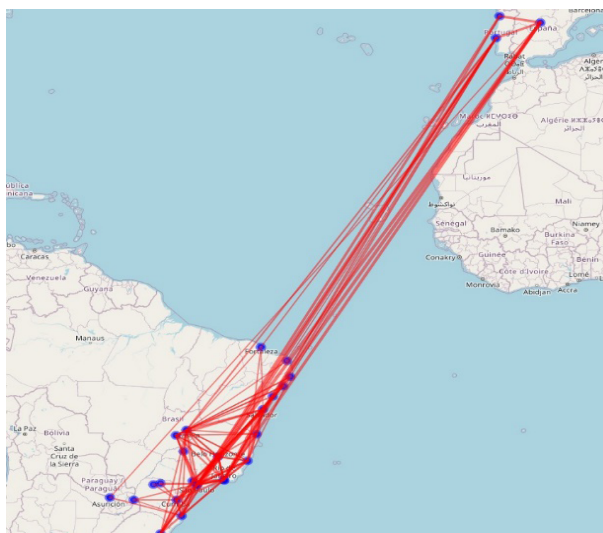
Source: Own Elaboration (2025).

4.3 Practical example To show the full extension of the methodology presented in Section (4.1), we consider an example based on the failed proposed merger between International Consolidated Airlines Group (IAG) and Air Europa Holding, S.L. (Air Europa)¹⁵. According to the European Commission and Cade, the transaction could reduce competition on long-haul routes between Madrid and South America, on which both parties offer a direct connection and face competition from only a few other competitors with a nonstop connection. In its analysis, SG/CADE defined the relevant geographical market as the routes: São Paulo/Guarulhos - Madrid/Barajas (GRU-MAD); São Paulo/Guarulhos - Barcelona/El Prat (GRU-BCN); São Paulo/Guarulhos - Londres (GRU-LON); Rio de Janeiro/Galeão - Madrid/Barajas (GIG-MAD); Rio de Janeiro/Galeão - Londres (GIG-LON); Salvador - Madrid/Barajas (SSA-MAD). The routes through London were considered indirect. SG/CADE outlined competitive concerns on the GRU-MAD route. The criteria for the consideration of indirect routes were routes whose travel time would add up to 5 hours. Our methodology differs from this as it considers a time increase compared to the shortest path, not a fixed time increase.

Looking at the flow of passengers between Brazil and Madrid, Figure 1 presents the whole network connecting Brazil to Madrid. For this calculation, only the origin-destination pairs whose final destination was Madrid were used.

¹⁵ Case M.11109 in the European Commission and Process No. 08700.004702/2023-81 in Cade.

Figure 1 – Brazil - Madrid network



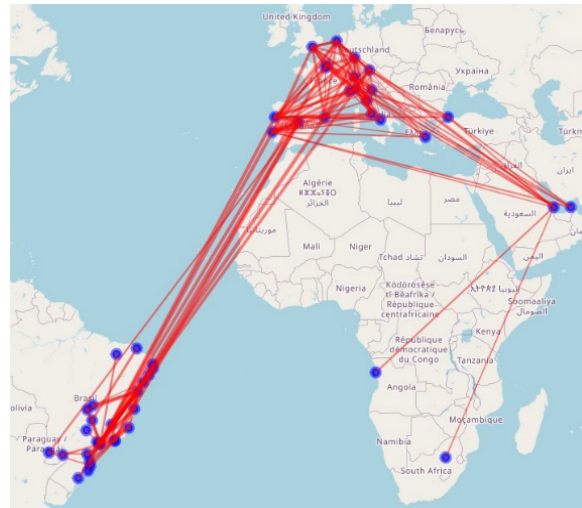
Source: Own Elaboration (2025).

The reason why Salvador is the one with the highest value is its distance from Madrid. While São Paulo and Rio de Janeiro are 8355 and 8124 kilometers away from the Spanish capital, 6915 kilometers separate Salvador from Madrid, resulting in a reduction of travel time of about 100 minutes. Another reason is that Salvador is relatively close to other cities in Brazil, making the city a feasible connection. Although an interesting result, this also highlights a limitation of our methodology, since distance (travel time) is the only factor taken into account.

Additionally, we only observe Portugal (especially Lisbon) as a connection to Madrid within Europe, not also London, as indicated by Cade. First, this could be due to a low selected value for α . A higher value could make other cities in Europe, such as London, Paris, and Frankfurt, viable options but at the same time could increase the number of domestic connections, which might not be reasonable. Although Lisbon might present itself as an alternative, the limitation of our study does not allow for any extrapolation of the results. A major factor that is not considered in our analysis is the capacity of the airports, which could curb any deviation in demand.

Expanding the analysis, we can observe the impact of the route when we consider the full network, not only the one leading to Madrid. For that, we simulate the removal of the GRU-MAD route and then recalculate the redundancy index.

Figure 2 – GRU-MAD impact network



Source: Own Elaboration (2025).

As can be seen from Figure 2, the removal of the GRU-MAD route has a worldwide impact. 157 routes available in our dataset suffer an increase in their redundancy index. At the same time, 39 routes are negatively affected, most of which Madrid is the origin. This simple exercise exemplifies how the adoption of a network approach can enhance the analysis in the aviation sector and how a traditional analysis might not paint the full picture as it misses the direct and indirect network effects. Taking the example above, an increase in concentration on the selected route could have a negative impact on many other routes and, consequently, passengers. Domestic routes, which play an important role in feeding international routes, could see higher prices due to the deviation in demand from passengers. This simple example shows how a traditional analysis might miss some of the ripple effects of a change in conditions in a route. Companies which operate on important routes may have a higher dominant position than what is captured by their market share, in such a way that an O&D approach would underestimate the merger effects. On the other hand, if the company operates on a limited network, its position might be reduced, even though it has a high market share in a route. This goes for the analysis of a merger's efficiencies as well. Increasing returns due to network effects (Arthur, 1994) could justify an operation, as the airline may become better positioned to optimize its network.

Once more, it is important to stress the limitations of the results. The goal here is to implement network theory as an alternative to discussions involving the aviation industry. The absence of prices in our analysis curtails any stricter interpretation of alternative routes or paths as actual substitutes. It can only show paths the passenger would be willing to take, say the price was the same for all routes. Therefore, with detailed price data for each route, the analysis could be expanded to account for a more realistic passenger behavior and to understand substitution not only as a factor of the time of travel, but as the price as well. In this case, the metric would cover not only the amount of time that passengers would be willing to elongate their travel time, but also how much they would be willing to spend on a longer flight.

5 SUPPLY SUBSTITUTABILITY

In the antitrust context, the ability of dominant players to exercise market power on routes under their control should not be analyzed solely from the demand perspective. This is because, even if consumers consider alternative routes unfeasible — leading to significant and non-transitory increases in air ticket prices on the route under review — there would still be the possibility, from the supply side, that competing airlines might start operating on the route in question due to the increased profitability initially generated by this fare increase. Thus, this section aims to analyze the substitutability of the supply of airline seats in the post-pandemic context from two distinct yet complementary perspectives: one qualitative and the other quantitative.

In the qualitative analysis, evidence is presented regarding the challenges airlines face in increasing capacity in the post-pandemic scenario, highlighting the implications for the sector's competitive dynamics. As discussed in the next subsection, the contraction in demand for new aircraft during the pandemic crisis - due both to uncertainties about sector recovery and to the substantial increase in airlines' leverage - combined with the difficulties faced by major global wide-body aircraft manufacturers (Boeing and Airbus) in meeting backlogged orders, has brought this issue to the forefront of antitrust authorities' attention.

The quantitative analysis employs empirical exercises based on a route network construction methodology to illustrate recent patterns of network expansion in the post-pandemic period and assess their potential impact on the competitive dynamics of the sector.

5.1 Qualitative analysis

From a supply perspective, antitrust authorities and academics in their analysis of merger cases and or competition analysis involving commercial airline sector have historically focused their analysis on airport infrastructure availability and regulatory mechanisms for slot allocation at coordinated airports – the approach taken in Bilotkach and Lakew's work (2014) – without adequately considering whether new entry would be economically feasible given traffic flows and hub economics (Nannes, 1999).

However, the fact that the European Commission's ex-post assessment concluded that the divestiture of slots alone has not been sufficient to remedy competitive harm (Richen, 2024; Ibitoye, 2023) has shed light on the need for additional antitrust remedies that take into account network effects and, implicitly, the availability of the assets necessary to ensure the timely and effective entry of a new competitor on the routes under antitrust scrutiny. According to Chen (2024, p. 331), "[...] if there is not enough perfect transfer network and passenger flow, even if some slots are released, other airlines will not take over, but in a short time, the choice of passengers will be reduced, and the fare will not be lower." Following this new guidance, in the case of the merger between Lufthansa and ITA, approved by the European Commission on July 3, 2024, the Commission imposed as one of the conditions for the approval of the transaction that the parties must make available to one or two rival airlines the necessary assets to enable them to start non-stop flights between Rome and Milan and certain airports in Central Europe (European Commission, 2024). Similarly, in the merger between Korean Air and Asiana Airlines concluded in 2024, the European Commission imposed remedies



extending beyond traditional slot divestitures. These included the sale of Asiana's cargo division to Air Incheon and the transfer of five Airbus A330 aircraft along with approximately 100 pilots to T'way Air, a South Korean low-cost carrier. This support enabled T'way to commence direct flights between Seoul and key European cities such as Paris, Rome, Frankfurt, and Barcelona, thereby preserving competition on these routes (Min-Hyung, 2023).

In Brazil, the most recent and emblematic case analyzed by antitrust authority Cade was Gol-Webjet merger case¹⁶, in which has been imposed for the applicants a performance commitment agreement (TCD) for a four-year period establishing a requirement to maintain 85% efficiency in the use of slots at Santos Dumont Airport in Rio de Janeiro (SDU). This aimed to prevent slot idleness granted to the company by Anac¹⁷.

However, the current post-pandemic period indicates that there is no shortage of slots at Western airports, and according to (Transforming [...], 2023), this overall situation is not expected to change until 2030. Therefore, it can be stated that the scarcity of airport infrastructure does not currently represent a significant obstacle to competition, which means that the mandatory allocation of slots would most likely be an ineffective antitrust remedy to promote competition

The recovery of the international aviation sector starting in 2023 has led airlines to face substantial challenges in expanding their routes (as networks links) or increasing flight frequencies (corresponding to an increase in the intensity of existing routes) due to a limited supply of new aircraft. This supply crisis is mainly due to a combination of two factors: (i) a decrease in demand for new aircraft during the pandemic crisis, driven by uncertainties about the sector's recovery and a substantial increase in airlines' leverage; and (ii) difficulties faced by major global wide-body aircraft manufacturers (Boeing and Airbus) in meeting backlogged orders.

Regarding factor (ii), it is worth highlighting the specific challenges faced by each aircraft manufacturer. In the case of Boeing, the American company has been experiencing an internal crisis since 2018, both reputational and operational, caused by the accidents involving the Boeing 737 Max, which have impacted its production and delivery rates even before the pandemic. The crisis resurfaced in early 2024 when an emergency door on a Boeing 737 Max 9 jet detached during takeoff on a flight operated by Alaska Airlines (Relatório [...], 2024). Following the incident, the Federal Aviation Administration (FAA), the U.S. aviation regulatory agency, opened an investigation into the case and set a monthly production limit of 38 new aircraft for the model, below the delivery rate of 45 units reached before the latest incident (in November 2023) and the target of 57 aircraft set by Boeing for July 2025 (Crumley, 2024). Given this situation, the average delivery time for Boeing aircraft reached 16.9 years in the first quarter of 2024, almost double the average time of seven years observed in 2018.

The crisis at the American manufacturer, combined with the post-pandemic recovery of the aviation sector, has benefited competitor Airbus. However, the manufacturer is encountering difficulties in meeting aircraft delivery targets and reducing the average order lead time. In the first quarter of 2024, the company had an order backlog of 8,626 aircraft, with annualized deliveries of

¹⁶ Process No. 08012.008378/2011-95.

¹⁷ Similarly, in the LATAM-IAG Merger Case (Process No. 08700.004211/2016-10), Cade held that various remedies should be imposed on the applicants to ensure competition on relevant international routes and pass any operational efficiencies on to passengers. As a structural remedy, the ACC (Merger Control Agreement) required applicants to make slots available, free of charge, to a potential market entrant at a London airport of the entrant's choice for a period of 10 years, for use in daily nonstop flights departing from Guarulhos Airport in São Paulo.

568 during the period, resulting in an estimated average delivery time of 15.2 years (Faury; Toepfer, 2024), compared to an average of 8.7 years observed in 2018. Since the delivery pace was weaker at the beginning of 2024, if the target of delivering 800 aircraft is met this year (and without considering the addition of new orders), the indicator would drop from 11.7 recorded in 2023 to 10.8 in 2024, still above the level observed before Boeing's crisis.

Given the scenario presented, the main concern from an antitrust perspective is that new competitors' entry into air routes could be hampered by the scarcity of new aircraft, not only due to the backlog and delays in deliveries by major manufacturers but also due to the increased bargaining power of leasing companies, which tend to raise leasing contract costs. This has asymmetric impacts on potential new entrants, which typically have a smaller scale of operations.

Evidence suggests that aircraft delivery delays have already compromised the expansion of the aviation sector. At the end of October 2024, Lufthansa announced the suspension of its São Paulo-Munich route, which was set to start in December 2024, due to a lack of aircraft (Pólo Júnior, 2024)¹⁸.

Far from being isolated cases, capacity saturation can be observed through the seat occupancy rate of flights operated in the Brazilian market. According to Anac's 2023 Annual Report, annual load factor (RPK/ASK) reached 85.4% last year, the highest level at least since 2005. According to a BNDES study (Gomes; Fonseca, 2014, p. 135), a rate above 85% indicates that '[...] as this indicator is an average, the company will already be leaving people on the ground or losing passengers to the competition (saturation point, spill)'.

This is thus a case of 'expansion under scarcity', which should serve as a warning to antitrust authorities regarding the timeliness of increasing seat supply on evaluated routes, even by incumbents themselves. Although this indicator above 80% was observed in several years in the last decade, the long waiting list for aircraft delivery from major global manufacturers should be considered, indicating that this saturation cannot be resolved in the short term.

5.2 Quantitative analysis

At first glance, one might say that airlines have full flexibility in managing their respective fleets, since, unlike most capital goods, aircraft can be moved to different airports in a matter of hours to achieve higher returns on more profitable routes. However, this theoretical possibility does not take into account various operational, regulatory, and strategic constraints that significantly reduce this flexibility in practice.

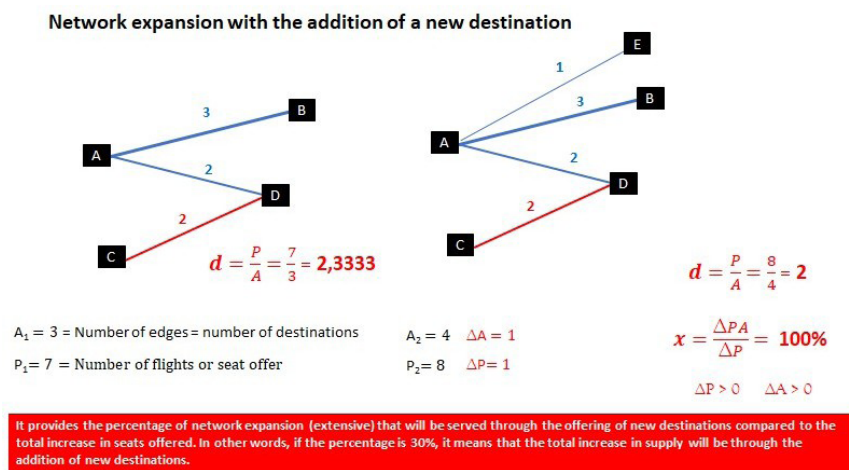
Given the practical difficulty of obtaining profitability levels per route for each airline - and thus identifying the effects on aircraft reallocation - the issue was reformulated from a network perspective, aiming to understand the extent to which airlines reallocate their flights intensively (through the reallocation of the existing fleet) and extensively (through the addition of new aircraft), regardless of the underlying motivations. The initial hypothesis of this study is that, for various reasons, airlines do not tend to substantially change their fleet in response to short-term changes; therefore, new destinations would largely be added through the introduction of new aircraft.

18 American Airlines, in turn, announced at the end of June this year that it decided to pause hiring new pilots until the end of 2024 due to delayed aircraft deliveries by Boeing (American [...], 2024). Similar announcements had been made months earlier by Delta Air Lines and United Airlines (Schlangenstein; Beene, 2024).

From a conceptual standpoint, in this case, the network is formed by the connection (routes) between origin and destination airports (network nodes), with edges represented by A and the weight P , which reflects the strength or importance of the connection between network nodes, represented by the number of flights or the quantity of seats offered. Based on these measures, it is possible to derive network evolution indicators.

The first indicator pertains to the variation in the number of edges (ΔA), which consists of the absolute expansion of the network in an extensive manner. The variation in the number of edges weighted by seat offer gives (ΔPA). The weight variation (ΔP) represents the change in the total weight of the network's edges. Based on these metrics, it is possible to construct indicators to verify the network's evolution pattern. Figure 1 shows a hypothetical case of extensive network expansion, with the addition of destination E with weight 1.

Figure 3 – Network expansion with an inclusion of new destination



Source: Own Elaboration (2025).

As can be seen, the addition of the new destination to the network results in $\Delta A = \Delta PA = 1$ and $\Delta P = 1$. With this, the extensive network expansion indicator (x) can be obtained, calculated by the following algebraic expression:

$$x = \frac{\sum_{i=1}^Z A_i^N(t+1)P_i^N(t+1) - \sum_{j=1}^G A_j^S(t+1)P_j^S(t+1)}{\sum_{k=1}^n P_k(t+1) - \sum_{k=1}^n P_k(t)}$$

$$x = \frac{\sum_{i=1}^Z P_i^N(t+1) - \sum_{j=1}^G P_j^S(t+1)}{\sum_{k=1}^n P_k(t+1) - \sum_{k=1}^n P_k(t)} = \frac{PA}{\Delta P}$$

On the condition that the denominator is not equal to zero:

$$\sum_{k=1}^n P_k(t+1) - \sum_{k=1}^n P_k(t) = \Delta P \neq 0$$

where A_i^N is the i -th added edge; A_j^S is the j -th removed edge; P_i^N represents the i -th weight of the added edge i ; P_j^S represents the j -th weight of the removed edge j ; P_k represents the weight of the edge k ; ΔP represents the contribution of the weights of the new edges (net) to the network flow; z is the number of edges added to the network in period $t+1$; g is the number of edges removed from the network in period $t+1$; n is the total number of edges (or weights) in the network and t is the initial or reference period.

In this way, it is possible to determine the extent of a network expansion in a selected period through the allocation of flows (weights) between the new edges (in net terms) and the pre-existing ones.

It should be noted, therefore, that the weights of the new edges are considered to explain extensive expansion, not just the absolute variation of the edges. This means that the emergence of a new route, which from the beginning has a higher frequency of flights during the evaluation period (t), is classified by indicator x as extensive growth. Any subsequent intensification of the new route's usage in a following period ($t+1$), thus, is considered intensive expansion. This differentiation is justified because, in most cases, there is a minimum efficient scale for operating a given route, depending on the commercial strategy and passenger demand profile. For example, on a route with a predominantly business-travel profile, it is assumed that there is a higher preference for airlines with a higher flight frequency, since in the event of a flight cancellation, there are greater chances of reallocating passengers to another flight with the least possible delay. Another scenario occurs with an airline offering a particular destination as a connection from a longer route, with the decision on the number of flights to be offered being conditioned to the latter.

In practical terms, the indicator x for the hypothetical case in Figure 3 is calculated as follows:

$$x = \frac{1 \cdot 1 - 0}{1} = 1$$

This means that the entirety of the new flow (route or seat availability) has been allocated to the new edge (in net terms). If the new route were to emerge with a weight of 2, the same value for the indicator x would be obtained:

$$x = \frac{1 \cdot 2 - 0}{2} = 1$$

Additionally, another way to assess the network's evolution pattern is related to the network density variation indicator (d), obtained through the following algebraic expression:

$$\Delta d = \frac{\sum_{k=1}^n P_k(t+1)}{\sum_{k=1}^n A_k(t+1)} - \frac{\sum_{k=1}^n P_k(t)}{\sum_{k=1}^n A_k(t)} = \frac{\sum_{k=1}^n P_k(t+1)}{\sum_{k=1}^n A_k(t+1)}$$

Taking the example listed in Figure 1, we obtain that:

$$\Delta d = \frac{8}{4} - \frac{7}{3} = 2 - 2,333 = -0,333$$

Based on the Anac database, it was possible to perform the calculations of the presented metrics. To reduce the chances of $\Delta P = 0$, which would make the relative extensive network expansion indicator (x) unsolvable, the seat offer of the routes was considered as the weight variable for the network edge, rather than the flight frequency on each route.

Regarding the time frame, due to the limitation of information on fleet size and type, as well as the use of aircraft during the COVID-19 pandemic period for the restoration of supply, the analysis considered the 2022-23 biennium and the isolated year of 2023 for this purpose.

Based on the Figure 4, changes in the evolution of the air traffic network during the period from 2017 to 2023 can be observed. In the second quarter of 2020, the first period under the full impact of the crisis in the aviation sector caused by the COVID-19 pandemic, it is observed that all metrics were negative (and significantly, based on absolute values), indicating a contraction in both the number of destinations and/or origins (ΔA) and the additional seat offer (PA), as well as the total seat offer (ΔP), which constitute the weights of each network edge. In this case, there was a decrease in network density, given the disproportionate reduction in the total seat offer relative to the number of edges. Similarly, during the recovery periods (2020-Q2 and Q3; and 2021-Q4 to 2022-Q1), all metrics displayed positive values, reflecting both extensive expansions, marked by the addition of new edges to the network, and intensive expansion, characterized by an increase in network density.

Figure 4 – Results of the variation in selected international flight network metrics – quarterly variation compared to the immediately preceding period (2017 to 2023)

		Δd	ΔA	ΔP	ΔPA
2017	T2	✓	●	●	●
	T3	✓	✓	✓	✓
	T4	●	✓	✓	●
2018	T1	●	✓	✓	✓
	T2	●	●	●	●
	T3	✓	✓	✓	✓
2019	T4	●	✓	●	✓
	T1	✓	✓	✓	✓
	T2	●	●	●	●
2020	T3	✓	●	✓	✓
	T4	●	✓	●	●
	T1	●	✓	●	✓
2021	T2	●	●	●	●
	T3	✓	●	✓	✓
	T4	✓	✓	✓	✓
2022	T1	✓	✓	✓	✓
	T2	●	✓	✓	●
	T3	✓	✓	✓	✓
2023	T4	●	✓	✓	✓
	T1	✓	✓	✓	✓
	T2	●	●	●	●
	T3	✓	✓	✓	✓
	T4	●	✓	✓	✓

Source: Own Elaboration (2025).

Note: Green circle with a check mark inside: non-negative values; red circle = negative values.

Figure 5 shows the accumulated quarterly variations for the selected periods of the different network metrics. The objective of this empirical exercise is to compare the period immediately following the pandemic crisis with the most recent recovery phase of the air sector (after the most pronounced recovery phase of air traffic). For this purpose, the following longer periods (highlighted in bold) were selected: (i) before the pandemic crisis: from the second quarter of 2017 to the first quarter of 2020; and (ii) the recent recovery phase: from the first quarter of 2022 to the fourth quarter of 2023.

Figure 5 – Results of the variation in international flight network metrics for selected periods - Anac data

Start Date	Final Date	Δd	ΔA	ΔP	ΔPA	x
2017-Q2	2020-Q1	-12,3%	34	207.398	-192.699	*
2018-Q3	2019-Q1	6,5%	14	536.680	68.335	13%
2019-Q3	2020-Q1	-12,7%	28	67.407	28.699	43%
2022-Q1	2024-Q4	34,3%	57	2.045.592	168.790	8,3%
2023-Q1	2023-Q4	3,3%	20	588.559	69.608	11,8%

Source: Own Elaboration (2025).

Regarding period (i), an initially counterintuitive result is observed, as there is a simultaneous increase in the number of net edges ($\Delta A = 34$) and a reduction in the contribution (in terms of seat offer) of these same edges. The explanation for this is that, even though two new edges with weight 1 are added, the fact that one edge with weight 4 is simultaneously removed is enough to make PA negative (-2), even though ΔA is positive (+1).

Due to the negative result in period (i), and in order to compare the previous growth profile of air traffic with the more recent period, the same metrics were calculated for periods (i.1) Q3 2018 to Q1 2019 and (i.2) Q3 2019 to Q1 2020, which present a more consistent growth scenario (before the pandemic) for analytical purposes. The results show different intensities of contribution from the new net edges to network expansion, with period (i.1) showing an extensive network expansion indicator (x) of 13%, while in period (i.2) the weighted contribution of new net edges was 43%. However, it should be noted that in absolute terms (PA), the contribution of the new net edges was significantly higher in period (i.1) compared to period (i.2), which may indicate a percentage closer to typical scenarios of air sector expansion or a specific growth pattern during the analyzed period.

In the 2022-23 biennium, it was found that the indicator x reached 8.3%, a percentage lower than that of periods (i.1) and (i.2) before the pandemic. However, when calculating the same metrics only for 2023, it was found that the indicator x for that period was 11.8%, which is very close to the value observed for the periods before the pandemic. Thus, it is understood that, based on the data available up to 2023, it can be concluded that no significant shift in the growth pattern of the network in the international air sector, concerning flights departing from or arriving in Brazilian territory, can be identified considering the current scenario.

To deepen the understanding of the dynamics of the international flight network, dispersion measures were calculated for the network metrics ΔP and ΔPA to identify possible breaks in the pattern in the post-pandemic period, as shown in Figure 6.

Figure 6 – Results of the dispersion measures for the network metrics ΔP and x for the selected periods - Anac data

Start Date	Final Date	(1)		(2)		(1)/(2)	
		Standard deviation		Mean		CV*	
		ΔP	PA	ΔP	PA	ΔP	PA
2017-Q2	2020-Q1	303.741	82.380	17.283	-16.058	17,6	-5,1
2022-Q1	2023-Q4	235.896	33.254	255.699	21.099	0,9	1,6
2023-Q1	2023-Q4	226.143	34.643	147.140	17.402	1,5	2,0

Source: Own Elaboration (2025).

As observed, there is a notable change in the dispersion measures during the post-pandemic period. The coefficient of variation (CV) of ΔP decreased to 0.9 in the 2022-23 biennium, compared to 17.6 in the 2017-Q2 to 2020-Q1 period. Furthermore, with the reduction of the CV, this indicator, which was previously much higher than that of PA (5.1 in absolute terms) in the initial period, is now lower than the CV of 1.6 for PA in the post-pandemic period. To explain these results, several

hypotheses can be outlined, such as asymmetric shock effects (oil prices, geopolitical factors, etc.) affecting the dynamics of the sector's operations. However, one plausible explanation is a lower risk appetite among airline companies - many of which are financially more fragile - for taking on the risk of increasing seat capacity during the recovery phase of the sector. Another factor is that the unavailability of aircraft might be discouraging airlines from entering new routes (even though the subsequent result could be an exit later), which explains the reduction of the CV of PA as well as ΔP . From an antitrust analysis perspective, the main contribution of this article is to highlight that there may have been structural changes in the post-pandemic scenario that could negatively affect the competitive dynamics of the sector, which would require more detailed and in-depth analyses within the scope of concentration analysis in the sector.

6 CONCLUSION

In relation to demand-side substitutability, the analysis focused on identifying key routes and assessing alternatives in Brazil's international aviation network. Two main evaluations were conducted: one on the redundancy index, which highlighted important routes based on their contribution to multiple paths, and another on the impact of removing international flights from Brazil on alternative routes and travel times.

The redundancy index revealed that routes to Santiago and Buenos Aires, even from less trafficked cities, were crucial, while European routes, particularly to Lisbon, were dominant. Most origin-destination pairs (91.4%) had alternatives, suggesting good connectivity, though limited pricing data prevented a deeper understanding of route substitutes.

As a result of the edge removal analysis, it is evident that the elimination of specific international routes originating in Brazil can have significant ripple effects across the entire network. Routes that may appear to be of lesser importance in terms of passenger volume can still play a crucial role in the overall connectivity, with some removals leading to substantial increases in travel time. This highlights how interconnected the aviation network is with certain flights, despite low traffic, acting as critical links that affect the redundancy of other routes. Conversely, the removal of high-traffic routes often results in only marginal increases in travel time, especially when alternative routes from central hubs like São Paulo and Rio de Janeiro are available. These insights underscore the importance of considering network dynamics when assessing the impact of route discontinuations. Additionally, the findings have relevance for the antitrust context, where the European Commission's approach of defining relevant markets by point-of-origin and point-of-destination pairs aligns with the analysis presented here, emphasizing the strategic significance of specific routes within the broader network. Further research could expand this framework to include a wider range of affected routes and explore their implications on network structure and competition. Another important finding is that, when accounting for network effects, the impacts of a merger might be better estimated, as it considers not only the impact in competition for a route, but for a larger scope. The same goes for analyzing network synergies. A traditional approach might miss some of the positive impacts of the airlines' network optimization.

In relation to supply-side substitutability, the initial hypothesis of this study posited that airlines would not substantially alter their fleets in response to short-term changes; therefore, new



destinations would primarily be added through the introduction of new aircraft. However, our findings suggest that the evolution of the air traffic network in the post-COVID-19 period has not yielded conclusive results. A comparison of pre- and post-pandemic growth periods reveals that the extensive expansion indicator (x) reached 8.3%, which is lower than the values observed in various pre-pandemic periods. However, when the same metrics were calculated for 2023 alone, the indicator x for that period was 11.8%, closely aligning with values seen in the pre-pandemic periods. Thus, it is not possible to discern any significant change in the growth pattern of the network within the international air sector for flights departing from or arriving in Brazilian territory under the current conditions.

Conversely, the dispersion measures applied to certain network metrics reveal a clear shift in behavior patterns in the post-pandemic period. While numerous hypotheses can be considered, one plausible explanation is a reduced risk appetite among airlines, many of which are financially more fragile, making them less inclined to increase seat availability during the sector's recent recovery phase. Another contributing factor could be the unavailability of aircraft, which may be discouraging airlines from entering new routes, even if this leads to eventual exits, as pointed out in the qualitative analysis section.

From an antitrust analysis perspective, the data suggests the potential for structural changes that could negatively impact the competitive dynamics of the air sector. Therefore, ongoing studies and detailed analyses are necessary to assess from the demand side the potential influences of the hub-and-spoke model on consumers' route selection, given that flight frequency is a significant factor in choosing an airline. On the supply side, there is a need to deepen the analysis of metrics behavior, aiming to link them with other relevant variables, such as aircraft occupancy rates and profitability changes of airlines, which can be influenced by fluctuations in oil prices.

From a regulatory perspective, understanding competitive dynamics through network theory applied to the airline sector enables regulators to act in ways that prevent strategic behavior related to slot usage. For instance, an incumbent airline could transfer flights from one airport to another with the sole purpose of maintaining its dominant position at the latter, where slots are more contested. This could lead to the creation of artificial hubs and harm the competitive process.

From an academic standpoint, the application of network theory to the analysis of competition in the airline sector opens new avenues for understanding market dynamics beyond traditional frameworks. By capturing the structural interdependencies between routes - and their recent transformations in the post-pandemic period - this study sheds light on the multiple dimensions that can influence competitive outcomes. Future research is needed to integrate both demand- and supply-side aspects into a unified framework, including operational constraints (such as airport capacity and slot availability) as well as dynamic games of entry deterrence (Aguirregabiria; Ho, 2010), to simulate the potential impacts of mergers and acquisitions in the commercial aviation sector. To this end, it is essential to improve the public database of international flights maintained by Anac, in order to incorporate all passenger connections and enable integration with the airfare pricing database published by the regulatory agency.

REFERENCES

- AGUIRREGABIRIA, Víctor; HO, Chun-Yu. A dynamic game of airline network competition: Hub-and-spoke networks and entry deterrence. **International Journal of Industrial Organization**, [s. l.], v. 28, n. 4, p. 377–382, 2010. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2010.03.003>. Available at: <https://x.gd/nDjya>. Accessed on: Apr. 15, 2025.
- AMERICAN Airlines halts training for new pilots for the rest of 2024. **The Dallas Morning News**, Dallas, Jun. 24, 2024. Available at: <https://tinyurl.com/yuhecvzv>. Retrieved: 14 nov. 2024.
- ARTHUR, W. Brian. **Increasing Returns and Path Dependence in the Economy**. Ann Arbor, Michigan: University of Michigan Press, 1994. Available at: <http://www.jstor.org/stable/10.3998/mpub.10029>. Retrieved: 3 jan. 2025.
- BILOTKACH, Volodymyr; LAKEW, Paulos Ashebir. On sources of market power in the airline industry: panel data evidence from the US airports. **Transportation Research Part A: Policy and Practice**, [s. l.], v. 59, p. 288–305, Jan. 2014. Available at: <https://doi.org/10.1016/j.tra.2013.11.011>. Accessed on: Apr. 15, 2025.
- CHEN, Shiqi. Examining Airlines Merger Control in the Post-pandemic Context: The Case of Korean-Asiana Airlines Merger. **US-China Law Review**, Valley Cottage, v. 21, n. 7, p. 321-335, jul. 2024. DOI: 10.17265/1548-6605/2024.07.003. Available at: <https://x.gd/kKIFdf>. Retrieved: 15 abr. 2025.
- COUTO, Guilherme S. *et al.* Structural properties of the Brazilian air transportation network. **Anais da Academia Brasileira de Ciências**, Rio de Janeiro, v. 87, i. 3, p. 1653–1674, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1590/0001-3765201520140155>. Available at: <https://x.gd/79Ohs>. Retrieved: 19 dez. 2024.
- CRUMLEY, Bruce. Boeing Woes Mount with More Losses and Production Curbs. **Inc.**, [s. l.], May 24, 2024. Available at: <https://tinyurl.com/cf7z6n5h>. Retrieved: 14 nov. 2024.
- DADOS Estatísticos do Transporte Aéreo. **Agência Nacional de Aviação Civil (Anac)**, Brasília, 2024. Available at: <https://x.gd/P1WSz>. Retrieved: 19 dez. 2024.
- DIAL, Robert B. A probabilistic multipath traffic assignment model which obviates path enumeration. **Transportation Research**, Pergamon, v. 5, i. 2, p. 83–111, 1971. Available at: <https://x.gd/1Zh3j>. Retrieved: 14 nov. 2024.
- DUCCI, Francesco. Out-of-Market Efficiencies, Two-Sided Platforms and Consumer Welfare: A Legal and Economic Analysis. **Journal of Competition Law and Economics**, Oxford, v. 12, i. 3, p. 591-622, 2016. Available at: <https://x.gd/wx0aT>. Retrieved: 14 nov. 2024.
- EUROPEAN COMMISSION. **Case COMP/AT.39595 – Continental/United/Lufthansa/Air Canada**. Decision of 23 May 2013. Available at: <https://x.gd/56ETY>. Retrieved: 2 apr. 2025.
- EUROPEAN COMMISSION. **Case M.11071 – DEUTSCHE LUFTHANSA / MEF / ITA**. Commission Decision of 3.7.2024 declaring a concentration to be compatible with the internal market and the EEA agreement, 2024. Available at: <https://x.gd/GRj58>. Retrieved: 12 apr. 2025.
- EUROPEAN UNION GENERAL COURT. Judgment of the General Court (Eighth Chamber) of 13 May 2015. Niki Luftfahrt GmbH v European Commission. Case T-162/10. 2015. Available at: <https://tinyurl.com/3mwyv9rx>. Retrieved: 14 nov. 2024.



FAURY, Guillaume; TOEPFER, Thomas. **Q1 Results 2024**. Airbus: Blagnac, France, 2024. Available at: <https://x.gd/pTzrG>. Retrieved: 14 nov. 2024.

GOMES, Sérgio Bittencourt Varella; FONSECA, Paulus Vinicius da Rocha. Análise Econômico-Operacional do Setor de Transporte Aéreo – Indicadores Básicos. **Aeronáutica**, Brasília, i. 40, 2014. Available at: <https://tinyurl.com/2e5cd7z4>. Retrieved: 14 nov. 2024

IBITOYE, Victoria. EU adopting “rigorous approach” to airline remedies, Guersent says. **GCR**, London, Sep. 15, 2023. Available at: <https://x.gd/jldLw>. Retrieved: 15 abr. 2025.

JENELIUS, Erik. Redundancy importance: Links as rerouting alternatives during road network disruptions. **Procedia Engineering**, [s. l.], v. 3, p. 129–137, 2010. 1st Conference on Evacuation Modeling and Management. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.proeng.2010.07.013>. Available at: <https://x.gd/MiBYr>. Retrieved: 16 set. 2024.

JING, Weiwei; XU, Xiangdong; PU, Yichao. Route Redundancy-Based Network Topology Measure of Metro Networks. **Journal of Advanced Transportation**, [s. l.], v. 2019, n. 1, p. 4576961, 2019. DOI: <https://doi.org/10.1155/2019/4576961>. Available at: <https://x.gd/OZ5X4>. Retrieved: 11 jul. 2024.

LENOIR, Nathalie. **Research for TRAN Committee**: Airport Slots and Aircraft Size at EU Airports: In-Depth Analysis. Brussels: European Parliament, 2016. Available at: <https://x.gd/Alw2z>. Retrieved: 14 nov. 2024.

LEURENT, Fabien M. Curbing the computational difficulty of the logit equilibrium assignment model. **Transportation Research Part B: Methodological**, v. 31, n. 4, p. 315–326, 1997. DOI: [https://doi.org/10.1016/S0191-2615\(96\)00035-5](https://doi.org/10.1016/S0191-2615(96)00035-5). Available at: <https://x.gd/NHvVR>. Retrieved: 16 set. 2024.

LI, Feiyan et al. Identification of critical links in a large-scale road network considering the traffic flow betweenness index. **PLOS One**, [s. l.], v. 15, n. 4, p. 1–23, abr. 2020. DOI: [10.1371/journal.pone.0227474](https://doi.org/10.1371/journal.pone.0227474). DOI: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0227474>. Available at: <https://x.gd/linht>. Retrieved: 16 set. 2024.

LYKOTRAFITI, Antigoni. Regulatory convergence between U.S. antitrust law and EU competition law in international air transport - taking stock. **Journal of Competition Law & Economics**, Oxford, v. 19, i. 1, p. 146–176, 2023. DOI: <https://doi.org/10.1093/joclec/nhac013>. Available at: <https://x.gd/lmkuN>. Accessed on: Apr. 14, 2025.

MIN-HYUNG, Lee. Korean Air to transfer control of 5 airplanes, 100 pilots to T’way for Asiana takeover. **The Korea Times**, Seoul, Oct 16, 2023. Available at: <https://x.gd/mN83r>. Retrieved: 15 abr. 2025.

NANNES, John M. **The importance of entry conditions in analyzing airline antitrust issues**. Washington, D.C.: U.S. Department of Justice, 1999. Available at: <https://x.gd/iSeSaU>. Retrieved: 12 abr. 2025.

OLMEDO PERALTA, Eugenio. Market definition and conditions to ensure competition in the European market for air transport services: an analysis of past and upcoming merger cases. **Market & Competition Law Review**, Lisboa, v. 4, i. 1, p. 87-113, 2020. Available at: <https://x.gd/L0cFR>. Retrieved: 4 April, 2025.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). **Executive Summary of the Discussion on Airline Competition**. Paris: OECD, 2014. Available at: <https://tinyurl.com/4bm36ucz>. Retrieved: 14 nov. 2024.

PEREIRA, Rafael H. M. **Package ‘flightsbr’**: Download Flight and Airport Data from Brazil. [S. l.]: OSF preprints, 2024. Available at: <https://x.gd/Fyvl1>. Retrieved: 14 nov. 2024.

POLO JÚNIOR, Alberto. Lufthansa suspende rota São Paulo-Munique e reduz voos entre Rio e Frankfurt por falta de aeronaves. **Airway**, [s. l.], Oct. 31, 2024. Available at: <https://x.gd/oZHs9>. Retrieved: 14 nov. 2024.

RELATÓRIO sobre acidente com Boeing 737 MAX 9 da Alaska Air diz que faltavam 4 parafusos no plugue de porta. **O Globo**, Rio de Janeiro, Feb. 6, 2024. Available at: <https://tinyurl.com/bd3vdrxx>. Retrieved: 14 nov. 2024.

RICHEN, Kaya. Lessons to learn from airline mergers. **Antitrustpolitics.com**, 12 jul. 2024. Available at: <https://x.gd/aaFSt>. Retrieved: 15 abr. 2025

ROCHA, Luis E. C. da. Structural evolution of the Brazilian airport network. **Journal of Statistical Mechanics: Theory and Experiment**, [s. l.], v. 2009, abr. 2009. Available at: <https://dx.doi.org/10.1088/1742-5468/2009/04/P04020>. Retrieved: 16 set. 2024.

RUPI, Federico *et al.* Ranking links in a road transport network: a practical method for the calculation of link importance. **Transportation Research Procedia**, [s. l.], v. 5, p. 221–232, 2015. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.trpro.2015.01.003>. Available at: <https://x.gd/Nf8ql>. Retrieved: 16 dez. 2024.

SCHLANGENSTEIN, Mary; BEENE, Ryan. Boeing Crisis Blows Up Airlines' Growth Plans as Output Stalls. **Bloomberg**, [s. l.], Mar. 12, 2024. Available at: <https://tinyurl.com/3bs5btn4>. Retrieved: 14 nov. 2024.

SILVA, Thiago Christiano *et al.* The role of network topology in competition and ticket pricing in air transportation: evidence from Brazil. **Physica A: Statistical Mechanics and its Applications**, [s. l.], v. 601, 2022. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.physa.2022.127602>. Available at: <https://x.gd/H4ybS>. Retrieved: 16 set. 2024.

SINGH, Rajesh Kumar. Aircraft shortages turn into cash bonanza for some airlines. **Reuters**, [s. l.], Mai. 31, 2024. Available at: <https://tinyurl.com/2nxtffck>. Retrieved: 14 nov. 2024.

TAGLIACCOZZO, F.; PIRZIO, F. Assignment models and urban path selection criteria: results of a survey of the behaviour of road users. **Transportation Research**, v. 7, i. 3, p. 313–329, 1973. Available at: [https://doi.org/10.1016/0041-1647\(73\)90020-8](https://doi.org/10.1016/0041-1647(73)90020-8). Retrieved: 16 set. 2024.

TRANSFORMING the Travel Experience: How Airports Are Getting Congested and What Are the Possible Solutions. **Iata**, [s. l.], Jun. 21, 2023. Available at: <https://tinyurl.com/478s8k7a>. Retrieved: 14 nov. 2024

XU, Xiangdong *et al.* Transportation network redundancy: complementary measures and computational methods. **Transportation Research Part B: Methodological**, [s. l.], v. 114, p. 68–85, 2018. Available at: <https://doi.org/10.1016/j.trb.2018.05.014>. Retrieved: 11 jul. 2024.

YANG, Xin *et al.* Measuring route diversity for urban rail transit networks: a case study of the Beijing Metro Network. **IEEE Transactions on Intelligent Transportation Systems**, [s. l.], v. 18, i. 2, p. 259–268, 2017. Available at: <https://doi.org/10.1109/TITS.2016.2566801>. Retrieved: 16 set. 2024.

