

INSTITUTO BRASILEIRO DE ENSINO, DESENVOLVIMENTO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM DIREITO
DOUTORADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL

DIOGO THOMSON DE ANDRADE

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E LIVRE CONCORRÊNCIA
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA
ERA DIGITAL

BRASÍLIA

2023

DIOGO THOMSON DE ANDRADE

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E LIVRE CONCORRÊNCIA
O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E A DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA
ERA DIGITAL

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do(a) Prof.(a) Dr.(a) ADEMAR BORGES e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor(a) em Direito Constitucional.

BRASÍLIA

2023

Código de catalogação na publicação – CIP

A554c Andrade, Diogo Thomson de

Constitucionalismo digital e livre concorrência o princípio constitucional e a defesa da livre concorrência na era digital / Diogo Thomson de Andrade. — Brasília: Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, 2024.

308 f.

Orientador: Prof. Dr. Ademar Borges.

Tese (Doutorado Acadêmico em Direito Constitucional) — Instituto Brasileiro Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP, 2025.

1. Direito constitucional. 2. Constitucionalismo digital 3. Era digital. I.Título

CDDir 341.2

DIOGO THOMSON DE ANDRADE

CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E LIVRE CONCORRÊNCIA
LIMITES E ALCANCE DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL E DA DEFESA DA
LIVRE CONCORRÊNCIA NA ERA DIGITAL

Tese de Doutorado desenvolvida sob a orientação do(a) Prof.(a) Dr.(a) ADEMAR BORGES e apresentada ao PPGD/IDP como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor(a) em Direito Constitucional.

17 de dezembro de 2024

BANCA EXAMINADORA

Prof.(a) Dr.(a) ADEMAR BORGES

Orientador(a)

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Prof.(a) Dr.(a) VICTOR OLIVEIRA FERNANDES

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa

Membro Interno

Prof.(a) Dr.(a) LILIAN MANOELA MONTEIRO CINTRA DE MELO

(UNB)

Membro Externo

Prof.(a) Dr.(a) PAULO BURNIER

(UNB)

Membro Externo

Ao Benjamin, ao Lucas.

Ao Lucas, ao Benjamin.

A cada um e aos dois juntos.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
PARTE I – CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	31
1 TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E CONSTITUCIONALISMO	32
1.1 CONSTITUCIONALISMO E INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: BREVE PANORAMA DAS ORIGENS À CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	32
1.2 DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NA ERA DIGITAL	42
1.2 A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA REALIDADE.....	51
1.4 A SOCIEDADE “DIGITAL”.....	55
1.5 A CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE DIGITAL.....	67
2 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	81
2.1 (UM) CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO DIGITAL.....	82
2.2 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA.....	95
2.3 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL, INTERVENÇÃO ESTATAL E LIVRE CONCORRÊNCIA NA CF/88	104
PARTE II – TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA ECONOMIA E LIVRE CONCORRÊNCIA	113
3. DESAFIOS DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA ECONOMIA PARA A LIVRE CONCORRENCIA 114	
4. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA ECONOMIA E AS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA	126
4.1 O FENÔMENO DAS BIG TECHS E SEU PODER ECONÔMICO	129
4.2. REVISITANDO AS RELAÇÕES ENTRE CONCORRÊNCIA E INOVAÇÃO.....	135
4.3. CONCORRÊNCIA, POLÍTICA INDUSTRIAL E OS DESAFIOS DA TECNOLOGIA	147
4.4. OBJETIVOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA ERA DIGITAL 100	153
4.5 BREVE CONSIDERAÇÃO SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL.....	167
5. LIVRE CONCORRÊNCIA NA ERA DIGITAL – DEBATES CONCRETOS E MANIFESTAÇÕES EMPÍRICAS.....	170
5.1 IMPERIALISMO DIGITAL	172
5.2. CASOS concretos das autoridades antitruste	177
5.2.1 Casos internacionais.....	180
5.2.2 Casos do CADE.....	186
5.3. MODELOS DE REGULAÇÃO CONCORRENCIAL.....	195
6. O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL COMO MODELO TEÓRICO PARA A LIVRE CONCORRENCIA E SUA DEFESA – CONCLUSÃO PARCIAL.....	203
PARTE III – CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E LIVRE CONCORRENCIA.....	210

7.	A HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRENCIA NA CF88 E A ECONOMIA EM TRANSFORMAÇÃO - O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL COMO PARADIGMA.....	211
7.1.	A “RECONSTITUCIONALIZAÇÃO” DA LIVRE CONCORRENCIA NA CF/88.....	214
7.2.	A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL ENTRE A LIVRE CONCORRENCIA E A DEFESA DA CONCORRENCIA NA CF/88	219
7.2.1.	A CONSTITUIÇÃO COMO HORIZONTE	226
7.2.2.	A CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE	228
7.2.2.1	A PROIBIÇÃO DOS MONOPÓLIOS E OLIGOPÓLIOS DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, SUA (RE)INTERPRETAÇÃO SEGUNDO O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA ERA DIGITAL EM RELAÇÃO ÀS BIG TECH	230
7.2.3.	A CONSTITUIÇÃO COMO ALGORITMO HERMENEUTICO PARA A TOMADA DE DECISÃO	235
8.	CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E LIVRE CONCORRENCIA – UMA PROPOSTA DE APLICAÇÃO CONCRETA À LUZ DA CF/88	241
8.1.	POLÍTICA PÚBLICA	243
8.1.1.	POLÍTICA ECONOMICA	244
8.1.2.	POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRENCIA.....	248
8.2.	ENFORCEMENT.....	253
8.2.1.	REINTERPRETANDO AS COMPETENCIAS DO CADE NA LEI 12.529/11 A LUZ DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	253
8.2.1.1.	CONTROLE PREVENTIVO (DE ESTRUTURAS).....	254
8.2.1.2	CONTROLE REPRESSIVO (CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS)	265
8.2.1.3	ESTUDOS E ACOMPANHAMENTO DE MERCADO.....	270
8.2.2.	AJUSTANDO O “TOOLKIT” DE ATUAÇÃO DO CADE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	272
8.2.2.1.	REMEDIOS, REVISÃO E AVOCÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO e medidas preventivas (cautelares).....	273
8.2.2.2.	SANÇÕES EM CONDUTAS.....	275
8.2.2.3.	CONSULTAS E SOLUÇÕES NEGOCIADAS COMO “SANDBOX REGULATÓRIO” ...	277
8.2.3.	A PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELA CONCORRENCIA	279
8.3.	ADVOCACY E COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL.....	282
	CONCLUSÃO	287
	REFERÊNCIAS.....	291

RESUMO

A tese explora como o constitucionalismo digital pode reinterpretar o princípio da livre concorrência na Constituição Federal de 1988 diante das transformações econômicas trazidas pela era digital. A investigação analisa como a digitalização da economia impacta mercados, concentra poder em grandes plataformas (Big Techs) e desafia as capacidades institucionais do Estado e o arcabouço jurídico existente. A pesquisa propõe uma reconstitucionalização do direito da concorrência, articulando uma hermenêutica que integra valores do constitucionalismo digital à ordem econômica, promovendo um equilíbrio entre inovação, inclusão social e regulação econômica. Entre suas contribuições originais, destaca-se a aplicação prática do paradigma do constitucionalismo digital para adaptar as normas constitucionais aos desafios tecnológicos, preservando a força normativa da Constituição como instrumento de governança jurídica e desenvolvimento econômico.

Palavras-chave: Constitucionalismo digital, Livre concorrência, Transformação digital, Big Techs.

ABSTRACT

The thesis investigates how digital constitutionalism can reinterpret the principle of free competition in Brazil's 1988 Federal Constitution amidst the economic transformations of the digital age. It examines the impact of digitalization on markets, the concentration of power in major platforms (Big Techs), and the challenges to state institutional capacities and existing legal frameworks. The research proposes a reconstitutionalization of competition law, offering a hermeneutic framework that integrates digital constitutionalism values into the economic order, fostering a balance between innovation, social inclusion, and economic regulation. Among its original contributions is the practical application of the digital constitutionalism paradigm to adapt constitutional norms to technological challenges while preserving the Constitution's normative strength as a tool for legal governance and economic development.

Keywords: Digital constitutionalism, Competition Policy, Antitrust, Big Techs.

INTRODUÇÃO

Em um trabalho sobre a natureza da tecnologia, o “pai” da ciência da complexidade, W. Brian Arthur (2014, p. 6, tradução nossa) afirmou: *"Mais do que qualquer outra coisa, a tecnologia cria o nosso mundo. Cria a nossa riqueza, a nossa economia, a nossa própria forma de ser"*. No mesmo trabalho, o autor também afirma que a tecnologia sempre foi uma das principais fontes de esperança humana, e a natureza, a nossa principal fonte de confiança, e, justamente, que a tensão entre natureza e tecnologia forma uma lenta colisão que molda a humanidade há séculos. Essa colisão, embora não seja nova, é o que determina a atual era, a era digital, a era em que a tecnologia se transformou no foco dominante de gerações de problemas e transformações de forma consistente e constante (Arthur, 2014).

Partindo dessa perspectiva, e da necessária admissão de que vivenciamos efetivamente não só uma revolução industrial causada pela tecnologia, mas a efetiva transformação de nossas formas de vida, consubstanciando-se, de fato, em um marco que muito provavelmente será estudado na história futura como uma passagem de era, pretendemos estudar nesse trabalho, como duas das criações humanas mais marcantes da modernidade (e pós-modernidade), a saber, a economia e o eireito, e suas instituições, vem sendo transformados também pelo advento tecnológico da era digital.

Diante das limitações de escopo, espaço e tempo, não pretendemos aqui esgotar todos os aspectos e complexidades que compõem esses dois sistemas, o econômico e o jurídico, na sua relação com a transformação digital. Da mesma maneira, nosso recorte aqui não poderia ser amplo o suficiente para partir de ambos os campos teóricos para análise concreta. Assim, cumpre-nos, no campo jurídico, delimitar nosso estudo a parte dessa relação entre economia e direito, qual seja a ordem constitucional econômica e seus princípios, particularmente, o princípio da livre concorrência e a consequente defesa e promoção, pelos Estados (e pelo direito) da livre concorrência nos mercados

A escolha da livre concorrência e sua defesa como objeto do trabalho se justifica pelo menos por dois motivos, quais sejam: o impacto transformador da revolução industrial digital nos mercados (na economia) e a característica inerente aos mercados e seu funcionamento como ponto de contato/tensão entre os sistemas jurídicos e econômicos. Para além disso agrega-se um terceiro motivo, qual seja, o fato de que os

sistemas jurídicos que estamos estudando, incluído especificamente o da Constituição de 1988, tem como característica fundamental a adoção do constitucionalismo democrático, de maneira geral inspirado no paradigma liberal, mas, sobretudo após a segunda guerra, transformado em um modelo disseminado globalmente, que molda os Estados nacionais, via Constituição, por meio dos elementos de contenção do poder, declaração e proteção de direitos humanos, canalização das disputas e conflitos por meio do Direito e, mais recentemente, com objetivos de promoção e inclusão social. Esse constitucionalismo, que aqui chamamos contemporâneo, também é diretamente desafiado pelas características da transformação digital.

Esse constitucionalismo, por meio de suas instituições e capacidade de integração normativa, foi o alicerce para a formação dos mercados e dos sistemas econômicos vigentes e pelo seu desenvolvimento. Nesse contexto, a proteção e promoção da livre concorrência, da livre iniciativa e a regulação da intervenção estatal da economia foram elementos fundamentais para permitir aos mercados uma utilidade funcional de não somente gerar progresso e “destruição criativa”¹, mas também instrumentalizar o pluralismo democrático. Ao mesmo tempo tais princípios, insculpidos na Constituição com força normativa, típica desse constitucionalismo contemporâneo, forneceram ao Estado instrumentos para pacificar os conflitos naturais decorrentes da relação entre capital e trabalho, bem como, sobretudo nos países de modernização tardia ou periférica, da necessidade de se aliar objetivos de política econômica com a redução das desigualdades e maior inclusão social.

¹ A expressão cunhada por Schumpeter (1942) será largamente utilizada no presente trabalho como forma de descrição da dinâmica econômica desenvolvidas em sistemas capitalistas reforçados por instituições de Estado e do direito. O conceito deriva originalmente da ideia marxista de que o capitalismo possui uma necessidade de movimento constante que implica em destruir o antigo para criar o novo, recriando a todo tempo suas bases. Essa ideia marxista por sua vez se conecta a uma tradição filosófica alemã em que categorias são superadas dialeticamente por uma contradição interna. Para Schumpeter o capitalismo vive uma constante transformação necessária (e que a sua visão seria o motivo que o faria ruir um dia) que parte da inovação dos empresários impulsionando o crescimento econômico, ainda que isso gerasse a destruição e substituição de empresas e modelos de negócio. Assim, a ideia de destruição criativa sempre esteve ligado à ideia de inovação e ao capitalismo *tardio* (Sombart, 1902) e seria a razão pela qual os monopólios privados não se sustentariam a longo prazo. O conceito original, no entanto, se popularizou e ganhou novas interpretações e dimensões sobretudo no contexto da ascensão do neoliberalismo. Nesse período uma interpretação bastante estrita da Escola de Chicago acerca do conceito, passou a defender que monopólios seriam toleráveis desde que gerassem eficiências, porque a destruição criativa daria conta de discipliná-los. Essa interpretação, curiosamente, inspira, na transformação digital, como veremos, a principal defesa da *big tech* acerca da desnecessidade de serem reguladas diante de seu poder econômico, defendendo que a competição capitalista, via inovação, seria suficiente para conter esse poder.

O contexto narrado e o caráter pervasivo da transformação digital revelam então uma necessidade acadêmica e prática de se buscar uma conciliação entre os avanços do constitucionalismo contemporâneo e, especificamente, do modelo de constituição econômica que o caracteriza - com força normativa -, com os desafios, riscos e oportunidades da nova realidade social. Não se trata meramente de uma atualização dos sistemas jurídicos e econômico vigentes para incluir feições digitais, mas uma verdadeira transformação desses sistemas, em bases teóricas, para buscar traduzir uma nova realidade sem perder de vista os avanços que, no último século, permitiram a construção da cidadania e do progresso de maneira relativamente global.

E é nesse cenário que acreditamos ser necessária a transformação do constitucionalismo contemporâneo em um constitucionalismo digital que, no campo da ordem econômica, resulte também em uma reinterpretação do princípio da livre concorrência e da defesa da concorrência para fazer frente às transformações da economia e dos mercados, no que se refere a contenção do poder econômico. Em uma era de fragmentação, pluralidade e de descentralização dos centros de poder, em que Estados passam a coexistir com o poder de agentes privados globais e controladores de realidades digitais, repensar a livre concorrência como uma forma constitucional (jurídica, portanto) de contenção do abuso de poder econômico e de promoção e preservação de uma forma mais antigas de pluralismo, que é a decorrente da livre iniciativa e da excepcionalidade da intervenção estatal, se torna um mecanismo essencial para restabelecer a força normativa das Constituições.

A Constituição, como fonte legítima para a intervenção estatal na economia, de maneira institucionalizada e com força de lei efetiva, tanto capacita os Estados como agentes ainda protagonistas em âmbito global, como permite que esses sejam filtros dos riscos e oportunidades oferecidos pela era digital, mediante a proteção de direitos e liberdades. Nesse sentido, assim como a ideia de livre concorrência é um paradigma econômico das democracias liberais e, bem assim, do constitucionalismo contemporâneo, a livre concorrência na era digital deve ser também um pilar na construção daquilo que se tem convencionado chamar de constitucionalismo digital.

Em *“La Constitución del Algoritmo”*, Balaguer Callejon (2022) destaca a necessidade das Constituições dos Estados nacionais de se abrirem à digitalização, se transformando e criando novos paradigmas e limites de garantias e liberdades, bem como de capacidade de absorção de mudanças institucionais para fazer frente, sobretudo, ao

fenômeno global e autônomo do mundo digital, sobretudo naquilo que concerne aos grandes agentes econômicos cujo poder se espalha nas plataformas digitais, redes sociais e no uso de dados e da inteligência artificial em um ambiente virtual, que passa a ser a também sede das decisões de poder, econômicas e até mesmo jurídicas.

Nem mesmo as respostas institucionais de grupos de Estados ou blocos econômicos ao extremo poder destas *big tech* tem sido suficiente, dado que baseadas em lógicas puramente econômicas e, portanto, marcadas por uma espécie de consequentialismo econômico irrefletido² e pelos riscos de captura do poder político e do sistema jurídico pelo poder econômico, distanciando-se assim da lógica de garantia de direitos humanos fundamentais que é a base do constitucionalismo democrático do pós-guerra. Essas respostas institucionais, analisadas de maneira descontextualizada, tanto em termos geopolíticos, como políticos e jurídicos e sem a necessária reflexão acerca da sua condição de parte de um movimento ou momento mais abrangente de transformações e reações vividas pela sociedade na era digital, tendem a ser uma mera tentativa de atualização regulatória ou jurídica, uma tentativa de aplicação de instrumentos institucionais e normativos “analógicos” à fenômenos que transcendem a realidade física.

Nesse sentido, além do risco de insuficiência para lidar com os fenômenos da era digital, há também um vazio de legitimação ao se desconsiderar a relação de interdependência e influência entre os aspectos digital, que é majoritariamente privado, global, plural e fragmentado, com os aspectos físico-espaciais, majoritariamente locais, públicos das sociedades.

Esse vazio de legitimação também decorre do fato de que é necessário admitir a coexistência do poder público estatal e supranacional com o poder privado de grandes agentes econômicos transnacionais, para que se possa construir um espaço regulatório que realmente seja capaz de exercer as funções clássicas do constitucionalismo contemporâneo de proteger direitos, conter o poder e canalizar as disputas por meio do direito e, mais recentemente, promover inclusão social, que agora também deve ser digital.

Assim, para além de uma mera atualização do direito, é necessária também uma transformação desse direito, de forma a restabelecer sua capacidade de integração normativa em uma situação de complexa governança. Essa transformação dos sistemas

² Sobre os “tipos” de consequentialismo no Brasil, v. Schuartz, 2008.

jurídicos reside, para nós, em capacitar as Constituições normativas que marcam o constitucionalismo contemporâneo pela lente do constitucionalismo digital como marco teórico crítico e interpretativo capaz de fornecer elementos de tradução da complexidade das sociedades digitais e, no nosso caso, da transformação digital da economia, para o sistema jurídico por meio da sua Constituição, para que essa efetivamente atue como aquisição evolutiva (Luhmann, 1990), ou seja como referente cultural de estabilidade institucional e normativo e como instrumento jurídico de construção de consensos e neutralização de dissensos, e como acoplamento estrutural (Luhmann, 2009) apto a absorver as irritações do ambiente ao sistema, selecioná-las e integrá-las e reproduzi-las segundo os códigos do Direito.

Em outras palavras, a Constituição deve absorver as irritações produzidas pelas reações sociais oriundas das relações econômicas, culturais, políticas e sociais transformadas pela era digital e, via hermenêutica constitucional, integrá-las ao sistema jurídico e permitir sua reprodução, via decisões judiciais, administrativas e legislativas.

A escolha do constitucionalismo digital como marco teórico, nos termos que definiremos nesse trabalho, serve para expor como a sociedade digital, ao reagir aos benefícios e riscos da transformação digital, aponta para a necessidade dessa tradução dos valores e princípios constitucionais, sem desconsiderar os elementos de sua formação como referente cultural e político autóctones, identificando zonas de “anemia constitucional” ou de perda de legitimidade em virtude do deslocamento da realidade física para virtual e da criação de uma sociedade com características “híbridas”, física e digital. Serve, ainda, para expor insuficiências e inconsistências desse próprios valores e princípios do constitucionalismo contemporâneo na aplicação das Constituições que sustentaram. Particularmente, nesse segundo ponto, uma visão crítica baseada no constitucionalismo digital ajuda a entender espaços de incompletude da realização desse constitucionalismo contemporâneo, sobretudo em Estados em que se pode considerar que há déficit de inclusão social e redução de desigualdade, bem como em situações em que o constitucionalismo serviu apenas de instrumento simbólico ou colonizador, que, se de um lado integra países da modernidade periférica ao contexto global de proteção de

direitos humanos e de democracia, de outro pode impedir ou atrasar avanços de inclusão social e econômica e redução de desigualdades mais efetivas³.

Assim, é preciso que os Estados nacionais reforcem a *força normativa*⁴ de suas Constituições para serem capazes de continuarem a ser instrumentos capazes de garantia destes direitos e liberdades fundamentais mesmo diante da digitalização da vida e da complexidade das sociedades digitais. A nosso ver, no caso brasileiro, parte dessa transformação do paradigma do constitucionalismo contemporâneo em direção ao constitucionalismo digital passa, de maneira bastante importante, pela reconstitucionalização da livre concorrência

Nosso ponto de partido é, pois, uma concepção de que o sistema brasileiro de defesa da concorrência – e seu principal órgão, o CADE -, a exemplo do que ocorre em outras democracias liberais, muito embora tenha seu fundamento de existência na própria CF/88, construiu-se como subsistema, em sua metodologia, processos decisórios e *standards normativos*, de maneira “desconstitucionalizada”. O termo *desconstitucionalização* é emprestado do artigo “*A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência*” de Luis Fernando Schuartz (s.d.).

Nesse trabalho, o autor demonstra como o direito da concorrência se manteve imune a permeabilidade do direito constitucional de uma forma que não ocorreu como outros campos do direito desde a promulgação da Constituição de 1988. Essa desconstitucionalização não implica em inconstitucionalidade. Ao contrário, é um movimento de insulamento do direito da concorrência, por meio da adesão a paradigmas econômicos influenciados pela chamada Escola de Chicago e pelo padrão de análise do

³ Marcelo Neves (2007) caracteriza a constitucionalização simbólica como o déficit de concretização das normas constitucionais, onde há mais importância ao simbolismo de sua presença no texto do que à sua efetividade. Esse fenômeno ocorreria de maneira mais comum em países da modernidade periférica (Neves, 2015), onde haveria uma instrumentalização do direito e da política e pela economia, que faria com que ocorresse um bloqueio político destrutivo à reprodução autônoma do direito, fazendo prevalecer os interesses de grupos privilegiados. Segundo Neves (2015), ainda, à diferença de Luhmann (2009) a relação entre modernidade central e periferia se relacionaria diretamente com essa instrumentalização do direito pelos grupos de interesse, tanto em regimes democráticos quanto autoritários e não simplesmente numa questão de diferença de evolução dentro de um mesmo contexto de sociedade mundial.

⁴ O conceito de força normativa aqui utilizado deriva diretamente do trabalho de Konrad Hesse (1991) em que defende que a Constituição não é apenas um reflexo das relações fáticas de poder, mas possui força normativa própria, capaz de ordenar e conformar a realidade social e política, o que implicaria numa adequação inteligente do texto constitucional à realidade (conforme defenderemos aqui com o conceito de constitucionalismo digital) e na presença de uma vontade da Constituição na consciência geral dos responsáveis pela vida constitucional (como defendemos a partir da necessidade de reconstitucionalização da livre concorrência).

*consumer welfare*⁵, adotado não somente da forma estrita como proposta inicialmente pela Escola de Chicago, mas de forma modificada pelos autores pós-Chicago e que influenciou boa parte das autoridades de concorrência dos países desenvolvidos⁶.

Essa “adesão” brasileira, que Schuartz([s.d.]) chama as vezes de “colonização”, teve como consequência ao mesmo tempo, um distanciamento dos objetivos e finalidades da defesa da concorrência dos demais princípios constitucionais que estruturam a ordem econômica, bem como uma espécie de unificação conceitual e hermenêutica entre o princípio da livre concorrência, a defesa da concorrência e controle do abuso do poder econômico. Dessa forma, o direito da concorrência “especializou-se” nas questões relativas aos casos concretos de defesa da concorrência e se restringiu a elas, fechando-

⁵ Ao nos referirmos à Escola de Chicago neste trabalho estamos nos referindo a corrente de pensamento que ganhou proeminência na aplicação do direito antitruste americano nos anos de 1970 e 1980 e transformou fundamentalmente aplicação deste direito nos Estados Unidos e no mundo ao defender como o principal objetivo da defesa da concorrência enquanto intervenção estatal na economia seria garantir a eficiência econômica, baseando-se fortemente em cânones e métodos quantitativos da economia neoclássica como forma analítica de aferição dessa eficiências. Uma de suas figuras mais importantes, Robert Bork (1978) cunhou o termo *consumer welfare* como forma de definir o significado dessa eficiência baseada em um ótimo de Pareto que definiria o objetivo do antitruste. O Termo é talvez o principal alvo de disputa existente hoje diante da reformulação dos objetivos do antitruste face aos desafios da globalização. Embora trataremos dele com mais vagar adiante, assim como a “real” influência da Escola de Chicago no antitruste para além dos Estados Unidos, é possível desde logo apontar o principal ponto crítico do conceito de *consumer welfare* que é, na prática, igualar a consumidores, todos os agentes econômicos (incluindo aí produtores e, até mesmo, monopolistas) o que na verdade disfarçaria a ideia de um bem-estar geral, que no fundo protege o poder econômico da intervenção estatal, legitimando, por exemplo, a ideia de que mercados são autocorretivos, que monopólios sejam instáveis e transitórios e que relações verticais podem ser eficientes. Nesse sentido, uma maior intervenção estatal seria sempre tendente a ser mais prejudicial do que benéfica, dado à uma suposta ignorância preditiva estatal (Easterbrook, 1986). Doravante, sempre que nos referirmos aos termos Escola de Chicago e *consumer welfare* (ou bem-estar do consumidor) estaremos utilizando essa acepção aqui definida.

⁶ Autores pós-chicago representam uma evolução a Escola de Chicago no sentido de ter uma preocupação maior com o poder econômico no que se refere ao impacto mais direto no consumidor. À diferença da escola de Chicago, estes autores tendem a adotar um conceito de consumidor não tão amplo e consideram que enter o bem-estar geral quantificado e o bem-estar do consumidor especificamente este último deve prevalecer. Isso passa a justificar que mesmo em determinadas situações de eficiência ótima de Pareto se os benefícios dessa eficiência não puderem ser repassados aos consumidores *stricto sensu* a autoridade antitruste deve intervir. Embora avancem em relação à Chicago, sobretudo por questionar algumas de suas premissas e defender a intervenção estatal também para correção de falhas de mercado, diminuição de barreiras a entrada e a necessidade de se olhar também para práticas verticais, a extrema dependência em primados exclusivamente econômicos neoclássicos limitaram, nos Estados Unidos, sobretudo no judiciário, sua influencia mais diret. Não obstante, vale dizer que uma boa parte das leis de defesa da concorrência que se disseminaram a partir da segunda metade da década de 1990 passam a incluir postulados e objetivos mais próximos de um antitruste pós-Chicago do que os restritos da Escola de Chicago (Waked, 2015; Stucke, 2012, Fox, 1987).

se (parcialmente pelo menos) à influência dos demais princípios da ordem econômica no que se refere as finalidades da política pública e do *enforcement*⁷.

Essa “especialização” não trouxe somente prejuízos a defesa da concorrência, como veremos. Ela também permitiu que, a exemplo do que já ocorrera em outros Estados mais desenvolvidos, o direito da concorrência e as decisões das autoridades de defesa da concorrência contassem com uma “deferência” institucional maior por parte do Poder Judiciário, principalmente das cortes supremas, aumentando a previsibilidade e a segurança jurídica do ambiente de negócios. Mais do que isso, a vinculação de um ramo do direito à técnica econômica permitiu a consolidação da defesa da concorrência como política pública de maneira relativamente independente das influências do poder econômico ou da ideologia política que sustentavam momentaneamente os diversos governos que se sucederam. Essa relativa autonomia como veremos e a adesão a um determinado *establishment* da teoria econômica também permitiu que o desenvolvimento da defesa da concorrência no Brasil se desse de forma gradual e contínua, o que fez com que se institucionalizasse de maneira mais consolidada, ao mesmo tempo em que manteve uma capacidade de ação e intervenção suficiente ao grau de complexidade econômica com que se defrontava a cada avanço normativo ou institucional.

Não obstante, essa desconstitucionalização, marcada pelo insulamento institucional de um lado, e pela extrema deferência a uma determinada tradição econômica como modelo de decisão, a da economia neoclássica, limitou, de certa forma, uma atuação das autoridades mais condizente com a realidade econômica do país.

Embora discordemos parcialmente de Schuartz ([s.d.]), e de outros como Frazão (2017) e J.A. Andrade (2014), que falam em verdadeira “colonização” da defesa da concorrência, dado que, entre nós, por mais que se tenha de fato adotado um padrão neoclássico de análise antitruste, nunca se deixou de, nos casos concretos, considerar outros elementos e abordagens quando pertinentes a estes mesmos casos, temos de reconhecer que o distanciamento da livre concorrência dos demais princípios e da

⁷ Para Schuartz ([s.d]) quando a lei 8.884/94 entra em vigor e efetivamente “funda” o SBDC, com poderes e capacidade institucional para atuar na defesa da concorrência já havia na inter-subjetividade dos atores envolvidos uma adesão à doutrinas neoliberais e conseqüentemente aos ditames da Escola de Chicago. Além disso, um conseqüencialismo muito forte adotado na forma de decisão a partir de uma suposta superioridade técnica, deixou o desenvolvimento da defesa da concorrência pouco permeável aos objetivos constitucionais da livre concorrência, muito embora estes estivessem positivados tanto no texto constitucional como na própria lei de vigência (no arts. 1º e 20 da Lei 8.884/94).

finalidade principal da ordem econômica na constituição de 1988 - promover a vida digna segundo os ditames da justiça social -, principalmente hoje, diante da transformação digital, é sim um limitador relevante da capacidade institucional da lei e da autoridade de defesa da concorrência para o enfrentamento de novos desafios relacionados ao poder econômico⁸.

Se o instrumental neoclássico foi o suficiente para permitir o desenvolvimento da defesa da concorrência com efetividade na aplicação da lei e o avanço da capacidade institucional do Cade, hoje nos parece que esse instrumental não mais é suficiente, pelo menos não como único método decisório, e que uma reaproximação da defesa da concorrência com um princípio constitucional da livre concorrência que compõe, com outros princípios, as finalidades da ordem econômica seria imprescindível para ampliar essa capacidade institucional. Mais do que isso, essa reaproximação permite também à aplicação da lei de defesa da concorrência, uma maior abertura aos diferentes instrumentais da teoria econômica, mais adequados para se captar a complexidade da economia digital, bem como para permitir, também, com base em análises multiníveis e multidisciplinares, que a intervenção estatal seja mais precisa e condizente com a realidade econômica do Brasil.

Diante da transformação digital, essa reconciliação entre direito constitucional e direito da concorrência (Frazão, 2017) pode ser fundamental para, sem perder a capacidade e autonomia do sistema brasileiro de defesa da concorrência, se permitir um maior balanço entre concorrência, inovação, política industrial, proteção de dados e de direitos e liberdades fundamentais que contribua para se potencializar os benefícios da transformação digital e reduzir seus riscos. Por meio dessa reconciliação os demais princípios da ordem econômica constitucional e suas finalidades podem contribuir para que o direito e a defesa da concorrência sejam instrumentos institucionais que permitam a construção de políticas públicas nacionais relativas a transformação digital, que possam mediar e controlar a apropriação dos benefícios da economia digital para o desenvolvimento econômico e a inclusão social sem necessariamente importar fórmulas ou instrumentos de maneira automática, mas adequando-a a realidade e em benefício da sociedade brasileira.

⁸ V. Miola e Onto (2024).

Também é por meio dessa reconstitucionalização que podemos estabelecer um filtro jurídico constitucional mais legítimo para traduzir as diferentes reações globais à transformação digital para a realidade brasileira, interpretando em que medida tais reações podem e devem ser aqui replicadas ou incorporadas e, em que medida, elas são influenciadas ou adequadas somente para um determinado contexto econômico ou (geo)político, para ao final estabelecer, como base nesse “algoritmo” hermenêutico constitucional, as decisões de política pública e o papel específico da defesa da concorrência e de suas autoridades no desempenhos dessas políticas.

Assim que propomos aqui uma reconciliação entre as “conquistas” que a desconstitucionalização do direito da concorrência permitiu e as “possibilidades” que a reconstitucionalização desse direito poderia oferecer para que os Brasil seja mais capaz de lidar com os novos desafios da economia e de sua regulação, sobretudo aqueles decorrentes da transformação digital e de seus impactos nos mercados e na economia como um todo.

A presente tese se coloca, pois, como uma reflexão necessária acerca da livre concorrência no contexto da transformação digital da economia sob o prisma de sua sede constitucional e do seu significado enquanto princípio constitucional da ordem econômica e alicerce do *enforcement* estatal ao abuso do poder econômico.

A escolha desse enfoque justifica-se na medida da necessária interpretação da CF/88 à luz do constitucionalismo digital e na capacidade da sua *força normativa* para fornecer um paradigma de objetivos, limites e suporte jurídico para um enfrentamento dos desafios da transformação digital da economia que seja condizente com a capacidade institucional do Estado brasileiro e com o seu contexto de desenvolvimento econômico e social. Nesse sentido, a presente tese é, antes de mais nada, uma tese de teoria constitucional aplicada a um dos subsistemas derivados da Constituição, qual seja, o direito econômico, mais especificamente, o direito da concorrência.

Assim, sem prescindir do aprofundamento do trabalho em temas típicos do direito antitruste ou da economia relacionada à livre concorrência, a tese procura, antes de tudo, formular um discurso constitucional e uma hermenêutica a ele relacionada para permitir a transformação da defesa da concorrência com fundamento na sua sede constitucional e no papel assumido pelo princípio constitucional da ordem econômica que se refere a livre concorrência no contexto da transformação digital.

Marco teórico, objetivo da pesquisa e contribuições originais

Muitos trabalhos acadêmicos, estudos de organizações governamentais e não governamentais, entidades multilaterais e documentos oficiais de governos e parlamentos tem discutido, tanto no campo teórico como empírico, os impactos da transformação digital da economia, dos mercados digital, na livre concorrência e, sobretudo, na política pública de defesa da concorrência e no seu *enforcement*. O fenômeno das *big techs*, sua transnacionalidade e seu poder (não somente econômico) tem sido objeto de interesse não somente abstrato, nos planos acadêmicos e da teoria econômica e das organizações, mas também de intervenções concretas por parte de estados nacionais, blocos regionais de estados e alianças estratégicas de Estado. Por introduzirem um fenômeno extremamente dinâmico à correlação de poderes estatais e um grande capacidade de inovação disruptiva, as repercussões econômicas destas *big tech*, ou seja, seu poder econômico e sua capacidade de transformação dos mercados tem ocupado uma boa parte desse debate.

Nesse sentido, a presente tese tem, em parte, como marco teórico, as discussões e trabalhos teóricos relacionados aos impactos concorrenciais das plataformas digitais e sua regulação econômica. Mas, para além disso, embora diretamente relacionado a estes debates mas não resumido a eles, a presente tese também se insere em um contexto mais amplo de discussão teórica vigente que trata, especificamente no campo da defesa da concorrência, do debate *jurídico-político-econômico* acerca dos objetivos do antitruste, entendido aqui amplamente como a política pública subjacente e o seu *enforcement*. Isto é, qual o objetivo que as democracias liberais e os Estados nacionais devem perseguir ao alocar seus recursos destinados a proteção e defesa da livre concorrência diante de um mundo em transformação, com desafios de diversas ordens e complexidades que vão muito além dos objetivos mais tradicionais costumeiramente atribuídos a política econômica em geral e a livre concorrência em especial. E, muito dessa adição de complexidade vem justamente da revolução tecnológica e industrial oriunda da transformação digital da economia.

Nesse sentido, importa-nos situar as diferentes correntes do pensamento econômico e jurídico que permeiam a discussão, que encerra, principalmente um embate entre um modo “tradicional” de se pensar os objetivos do antitruste e um modo que defende uma espécie de “retorno” ao foco antimonopolista e redistributivo original sob o

qual se conceberam as bases do antitruste como competência estatal⁹. Cumpre-nos demonstrar que entre dois caminhos extremos, existem modelos intermediários tanto teóricos como pragmáticos que podem contribuir de forma mais construtiva para soluções concretas tanto de política pública como de *enforcement* da livre concorrência.

É nesse contexto, ainda, que procuraremos demonstrar que, para além das questões diretamente ligadas com as *big tech* e as plataformas digitais, um estudo que se pretenda útil para formulação de políticas públicas e para aplicação concreta em tomadas de decisões legislativas e de *enforcement* não poderia deixar de realçar o componente revolucionário da transformação digital da economia e as consequências dessa transformação enquanto revolução industrial. É dizer, ao avaliar os impactos dessa transformação da economia para a livre concorrência não se pode esquecer da relação que revoluções desse tipo tem com crescimento e desenvolvimento econômico e social e do quanto a apropriação deste crescimento e desenvolvimento depende da adequada capacidade institucional de cada país ou região.

Assim, cumpre-nos avaliar também, para além dos desafios trazidos pelo poder das *big techs*, as consequências e oportunidades benéficas trazidas pelo dinamismo e pela inovação da digitalização da economia, inclusive no que diz respeito ao aumento da competitividade nos diversos setores econômicos e da amplificação da livre iniciativa. Assim, trabalhos oriundos da ciência econômica relacionados a inovação, ao papel da institucionalização nos mercados e a política industrial, como os de Phillippe Aghion, Dani Rodrik, Daren Acemoglu, Mariana Mazzucato, entre outros, vão nos ajudar a procurar construir um equilíbrio entre problemas e oportunidades da transformação digital da economia, sobretudo tendo em vista o desenho institucional em que essa pesquisa se insere, o da CF/88, e o contexto econômico brasileiro e latino-americano.

Mais diretamente, no entanto, é necessário deixar claro desde logo que, a partir da escolha da ótica constitucional para tratar do tema dos impactos da transformação digital

⁹ Mais adiante nos debruçaremos sobre essas origens do antitruste, sobretudo nos Estados Unidos, mas também na Europa. Embora haja controvérsia histórica e disputa posterior (teórica e política) sobre o que estaria contido na ideia original ou como se chegou a edição de leis antitruste naquele cenário ainda incipiente de constitucionalismo e democracia, não se pode negar o fato de que as leis antitruste (além do Sherman Act e do Clayton Act, nos Estados Unidos, consideramos também as leis alemã de 1923 e a britânica de 1919 como parte desse marco fundador) e a possibilidade de intervenção estatal originalmente se relaciona com um função redistributiva de poder e riqueza, com objetivos variados nesse sentido: proteção de pequenos negócios, proteção contra preços excessivos, proteção contra a influência do poder econômico sobre o poder político, necessidade de integração de mercados, combate à inflação e desemprego. V. nesse sentido Hovenkamp (2005) e Motta (2004)

da economia na livre concorrência, o marco teórico desse trabalho insere-se no paradigma do constitucionalismo digital, tal como concebido por autores como Edoardo Celeste e Angelo Golia Jr, principalmente, mas também por influenciado por autores como Clara Iglesias Keller, Francisco Balaguer Callejon, Gilmar Ferreira Mendes e Victor Fernandes Oliveira.

Diante da sede constitucional do livre concorrência como princípio da ordem econômica e da previsão da defesa da concorrência como forma de coibir o abuso de poder econômico, ambos em um contexto de fomento a livre iniciativa como regra e intervenção estatal na economia como exceção, procuraremos repensar essa constitucionalização da livre concorrência e da defesa da concorrência a luz do que propõe o constitucionalismo digital, buscando assim dar robustez hermenêutica para que, no campo prático, da tomada de decisão de política pública e, mesmo na decisão concreta de soluções legislativas ou de *enforcement*, oferecer um caminho jurídico mais consistente para superar os dilemas trazidos pela transformação digital.

Nesse sentido, também nos valeremos de uma visão sistêmica da Constituição, como acoplamento estrutural entre a política, o direito e a economia, que permite a incorporação dos elementos do constitucionalismo digital como melhor forma de compreensão da complexidade e de governança dos elementos reais transformação, Assim, esta tese também adotará a referência jusfilosófica da teoria dos sistemas e, especificamente, do sistema jurídico de Niklas Luhmann (2009) e daqueles que de forma crítica com ela dialogam¹⁰. Ainda no campo da análise multidisciplinar e das relações entre direito e economia, nos valeremos, ainda, de lições da ciência da complexidade de W. Brian Arthur. Por fim, resta deixar claro que, no campo da hermenêutica filosófica e jurídica, seguimos a tradição iniciada por Hans Georg Gadamer¹¹.

Com fundamento nesses pressupostos teóricos, a tese procura responder qual deve ser a interpretação do princípio da livre concorrência na Constituição Federal de 1988 à luz do constitucionalismo digital de forma a fornecer soluções para os desafios da transformação digital da economia compatíveis com o desenho institucional brasileiro e com o contexto econômico ao qual estamos inseridos.

¹⁰ Como Marcelo Neves, Chris Thornhill e Gunther Teubner, entre outros.

¹¹ Cf. "*Verdade e Método*", 1999.

Mais do que isso, pretendemos, com base constitucional, delimitar o papel da defesa da concorrência para a realização do constitucionalismo digital no Brasil, isto é, apontar para que funções a defesa da concorrência é melhor talhada a lidar com a econômica digital e para quais funções ela deve atuar ao lado, em complementariedade e cooperação com outras políticas públicas. Com base na resposta a essa pergunta, ou seja nessa (re)interpretação da CF/88 procuraremos, após dissecar o debate sobre os desafios da transformação digital da economia para livre concorrência, separando problemas político-ideológicos (e até geopolíticos), debates teóricos e debates concretos (de soluções legislativas a casos efetivamente analisados), apresentar de maneira propositiva alguns caminhos jurídicos mais adequados para solução de determinados problemas e, ainda, de maneira sugestiva, oferecer algumas respostas para uma parte dos desafios, sobretudo aqueles mais relacionados a atuação concreta do *enforcement* da defesa da concorrência, exercido pelo Cade.

Assim, a presente tese se propõe a analisar os desafios da transformação digital da economia para a livre concorrência a partir de uma (re)interpretação dos arts. 170, IV e 173, § 4º, da CF/88 à luz do paradigma teórico do constitucionalismo digital. Nesse intuito, procuraremos conceituar o constitucionalismo digital para nossa agenda de pesquisa, identificar quais são esses desafios da transformação digital para a livre concorrência, inclusive procurando aclarar e organizar os diversos debates teóricos e problemas concretos acerca deles e inseri-los dentro de uma análise que contemple a necessária reflexão dos mesmos diante do desenho institucional da CF/88 e do contexto econômico brasileiro, para após propor uma reinterpretação constitucional dos dispositivos relacionados a livre concorrência e estabelecer como essa interpretação pode fornecer uma hermenêutica capaz de influenciar a tomada de decisões sobre a forma de enfrentar os desafios citados e sustentar juridicamente soluções adequadas para os mesmos.

Desta forma, identificamos pelo menos três contribuições originais trazidas pela presente tese. A primeira diz respeito a própria agenda de pesquisa do constitucionalismo digital. O presente trabalho procura utilizar a elaboração teórica abstrata de trabalhos como os de Edoardo Celeste e Angelo Golia, e fornecer uma aplicação prática para seus preceitos no âmbito de um direito fundamental de 2ª geração – o direito a livre concorrência -, com sede constitucional na maioria das democracias liberais do pós-guerra e cuja realização é a base da ordem econômica capitalista vigente nessas

democracias. Entre nós, a principal consequência dessa aplicação prática do constitucionalismo digital à livre concorrência como princípio da ordem econômica é permitir uma reconstitucionalização do direito da concorrência, reinterpretando o princípio da livre concorrência e o seu significado para a política pública (econômica) e para a defesa da concorrência.

A segunda contribuição original é a proposta da presente tese de dissecar, no debate genérico sobre a livre concorrência na economia digital, os diversos componentes que o compõem de maneira específica e/ou subjacentes, procurando extrair dele tanto um arcabouço de premissas válidas de maneira global como outros componentes cuja definição, constituição e consequências necessitam ser analisados com as lentes locais/regionais e de acordo com a capacidade institucional dos diferentes estados.

Por fim, a terceira e mais importante contribuição original é a de propor que a Constituição Federal de 1988 e o desenho institucional por ela inaugurado possa ser, desde que interpretada à luz do constitucionalismo digital, o suporte jurídico e pragmático que deve nortear as escolhas de política pública e a tomada de decisão concreta acerca dos desafios oriundos da transformação digital. Assim, mais do que meramente importar ou espelhar soluções de outros Estados ou organismos multilaterais, a hermenêutica constitucional da CF/88 é quem deve fornecer os horizontes, os limites e os caminhos para lidarmos com a revolução trazida pela transformação digital e fortalecer nossa capacidade institucional para absorver de forma mais igualitária e democrática possível os benefícios do crescimento e desenvolvimento associados à digitalização da economia ao mesmo tempo em que coibimos o abuso de poder econômico e a garantimos a realização dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, inclusive, ressalta-se que a originalidade das proposições também se deve, parcialmente, ao reconhecimento de que a maior parte dos trabalhos relacionados a relação da economia digital com a livre concorrência se destina a trabalhar problemas teóricos mais amplos (como os dos objetivos do antitruste acima mencionados) ou relacionados com o caráter inovador das *big tech* e seus diferentes modelos de negócio e sua dificuldade de apreensão pelo arcabouço teórico tradicional do antitruste. Além disso, uma outra parte significativa de trabalhos aborda o tema sob a perspectiva de uma abordagem mais ampla entre concorrência e teorias da inovação ou mesmo sob a abordagem prática acerca da aplicação das teorias dinâmicas de inovação pelas autoridades de defesa da concorrência em casos concretos. E, uma parte significativa dos

trabalhos acadêmicos que estudam a relação entre livre concorrência e economia digital o faz de maneira teórica e/ou empírica direcionada a problemas mais concretos e específicos, como os acerca da necessidade e/ou do modelo de regulação adequada para plataformas digitais, bem como de casos concretos sobre tais plataformas ou, ainda, sobre como identificar e coibir o abuso de poder econômico por elas praticados. Todos esses trabalhos influenciam a presente tese e serão objeto de uma proposta de esclarecimento e organização dos debates na argumentação que aqui se pretende fazer.

No entanto, revelam-se escassos os trabalhos que procuram analisar tais debates teóricos e práticos acerca dos impactos concorrenciais da transformação digital da economia a luz da capacidade institucional dos estados e do desenho constitucional da livre concorrência enquanto princípio constitucional, conformador da ordem econômica nas constituições normativas do constitucionalismo contemporâneo, do qual a defesa da concorrência, sua lei e autoridade, decorrem como manifestação concreta.

Também escassos são trabalhos que buscam utilizar-se da hermenêutica constitucional como um paradigma decisório para a superação de debates teóricos de forma mais pragmática e útil, tanto para as diferentes realidades econômicas como para a tomada de decisão de política pública e de *enforcement* concretos. Da mesma forma, ainda se revelam pontuais os trabalhos que partem do constitucionalismo digital para tratar de direitos relacionados à ordem econômica. São nesses espaços, ainda não muito explorados, em que a presente tese procura se introduzir.

Objetivos, metodologia e plano de trabalho

Para dar conta da missão a que se propõe o presente trabalho tem como objetivos, em síntese:

- (i) estabelecer, criticamente, a relação histórica entre as democracias liberais, o constitucionalismo do pós-guerra e o modelo de capitalismo baseado na livre concorrência e estudar como se deu a evolução desse modelo de constitucionalismo e da relação entre intervenção estatal, livre iniciativa e livre concorrência até os tempos atuais e, especialmente, na gênese e vigência da Constituição Federal de 1988;
- (ii) adotar um novo paradigma de constitucionalismo, o do constitucionalismo digital, definindo-o conceitualmente e em suas

- características, como ponto de partida de uma hermenêutica constitucional capaz de absorver as complexidades do mundo em transformação e fornecer uma governança jurídico-política da transformação digital da economia;
- (iii) identificar os principais impactos da transformação digital da economia no que diz respeito a livre concorrência, organizando e aclarando o debate sobre os objetivos da defesa da concorrência, o papel da livre concorrência na contestação das diversas manifestações do poder econômico na era digital e na constituição de uma ordem econômica capaz de regular a economia digital de maneira adequada aos demais direitos e ditames do programa constitucional, preservando a inovação e as oportunidades de desenvolvimento que decorrem da revolução industrial e tecnológica;
 - (iv) fornecer, a partir de uma hermenêutica constitucional baseada no constitucionalismo digital, uma interpretação da livre concorrência enquanto princípio da ordem econômica e da defesa da concorrência enquanto política pública e de *enforcement* que seja, ao mesmo tempo, capaz de dar soluções para o enfrentamento dos desafios da economia digital e dar suporte a tomada de decisões jurídico-políticas que sejam condizentes com o desenho e a capacidade institucional da CF/88 e com o contexto econômico brasileiro, e:
 - (v) propor, com base nas interpretações antes sugeridas e diante da necessidade de soluções concretas a desafios da economia digital para a livre concorrência, modelos de tomada de decisão e de incremento do arcabouço legal existente, incluindo debates sobre a necessidade ou não de alterações ou atualizações desse arcabouço bem como sobre a interação entre livre concorrência e outros direitos e valores garantidos pela CF/88 e sobre a necessidade de uma maior interação entre centro de poderes, públicos e privados, internos e externos, mediante cooperação interinstitucional e transnacional.

Para o desenvolvimento desses objetivos, valemo-nos de ampla revisão bibliográfica sobre os temas tratados (constitucionalismo digital e livre concorrência) e adjacentes (teorias econômicas, capitalismo, inovação e política industrial), além de uma análise pormenorizada de documentos de trabalho e estudos produzidos por organismos multilaterais formais e informais¹², organizações não governamentais, bem como de documentos, estudos e decisões sobre casos concretos do CADE e das autoridades de concorrência de várias partes do mundo, além de outros documentos oficiais de legislação e regulamentação de órgãos dos três poderes de diversas jurisdições, inclusive o Brasil.

Nesse contexto, o presente trabalho divide-se, em linhas gerais em três partes. Na Parte I, composta pelos capítulos 1 e 2, buscaremos em escorço histórico e crítico estabelecer as relações intrínsecas entre constitucionalismo e ordem econômica, desde, ao menos o pós-guerra até o constitucionalismo digital. Ao constitucionalismo digital dedicaremos capítulo exclusivo para conceituá-lo, esclarecer suas características globais e fazer distinções terminológicas e como o entendemos que pode ser construído como um paradigma apto a lidar com as complexidades advindas pela transformação digital.

Na Parte II, procuraremos estabelecer mais diretamente a relação entre a transformação digital da economia e seus desafios para a livre concorrência. Primeiramente, no capítulo 3, procuraremos dar conteúdo conceitual ao que chamamos de transformação digital da economia e quais os desafios à realização da livre concorrência para os fins dessa tese, bem como como essa transformação se relaciona com outras revoluções industriais e com a destruição criativa do capitalismo, buscando delinear nesse contexto, como interagem a inovação, a política industrial, a concorrência e o desenvolvimento e crescimento socioeconômico. Já no capítulo 4 cuidaremos de contextualizar especificamente o debate trazido pela transformação digital da economia à livre concorrência, mais especificamente no que se refere a política pública e ao *enforcement* da defesa da concorrência. Nesse capítulo procuraremos diferenciar aspectos políticos (e até geopolíticos), ideológicos, teóricos e concretos que permeiam as discussões sobre o tema, procurando identificar características que podem ser atribuídas especificamente à revolução causada pela digitalização da economia e que possuem um caráter mais geral (ou transnacional/global) de outras características que são ou dependentes de contextos econômicos específicos ou comuns a outras revoluções e

¹² Tais como a Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), a *International Competition Network* (ICN), além de documentos produzidos no âmbito dos BRICS e da UNCTAD.

transformações da economia. A ideia é que ao fim consigamos definir um núcleo duro de problemas/desafios jurídico políticos especificamente causados pela transformação digital da economia com relação a livre concorrência e aos quais se exige uma resposta estatal e também que consigamos identificar desafios à livre concorrência que, apesar de específicos da transformação digital da economia, dependem de uma adaptação ao contexto institucional e econômico vigente em cada país. Ainda, no capítulo 4, intencionamos discutir criticamente casos concretos e alguns modelos e propostas de regulação concorrencial digital já existentes para endereçamento específico de alguns dos desafios mencionados, analisando como, nesses modelos, o direito da concorrência dialoga com o sistema constitucional/institucional em que se insere. Também de maneira crítica procuraremos demonstrar como tais modelos poderiam reverberar entre nós considerando o paradigma constitucional brasileiro da livre concorrência e o nosso arcabouço legal vigente para a defesa da concorrência e como entendemos o papel do constitucionalismo digital nessa operação, o que será objeto do capítulo 6

Ao fim, na parte III, nos capítulos 7 e 8, apresentaremos a tese propriamente dita, qual seja, a necessidade de se reinterpretar aos arts. 170, IV e 173, §4º da CF/88, promovendo uma “reconstitucionalização” da livre concorrência enquanto princípio da ordem econômica e como suporte para o arcabouço legal da defesa da concorrência à luz do constitucionalismo digital, para, de maneira pragmática, fornecer uma ferramenta hermenêutica que possa conduzir ao estabelecimento de objetivos, limites e interpretações jurídico-constitucionais para a decisão sobre os modelos de resposta aos desafios enfrentados pela livre concorrência em virtude da transformação digital da economia, inclusive sugerindo propostas concretas e plenamente aplicáveis tanto em termos mais gerais, na formulação de políticas públicas como, de maneira bem específica, na decisão de casos concretos pelo CADE e de acordo com a legislação vigente. Também procuraremos apontar, concretamente, onde entendemos haver espaço para melhoria e incrementos normativos, tanto por lei como por normas infralegais do próprio Cade.

Breve esclarecimento terminológico

A grande maioria dos conceitos tratados na tese estarão suportados e definidos em consolidada literatura relacionada e, necessariamente, as fontes e diferentes sentidos serão amplamente referenciados no desenvolver do trabalho. Além disso, parte da originalidade da presente tese importará na revisão de antigos conceitos e/ou na introdução de novos conceitos, o que também se fará esclarecido necessariamente em cada etapa do

desenvolvimento do trabalho em pertinência com o item ou capítulo específico a ser desenvolvido. No entanto, ainda nessa introdução, faz-se necessário, para entregar um maior rigor terminológico ao trabalho, definirmos alguns conceitos e expressões-chave que irão permear toda a discussão do trabalho.

Assim, primeiramente, é fundamental aclarar que preferiremos nesse trabalho utilizar sempre a expressão “transformação digital da economia” para definirmos termos usualmente tratados como economia digital e mercados digitais. Explica-se: os termos economia digital ou mercados digitais podem transmitir um sentido mais restrito que a expressão “transformação digital da economia” conduzindo o leitor erroneamente a compreensão de que estamos tratando apenas e tão-somente de mercados tecnológicos ou digitalmente natos ou, ainda, onde há presença de plataformas digitais e não ao fenômeno global e abrangente da digitalização da economia, isto é, da transformação dos mercados e da maneira de fazer negócios pelo incremento da tecnologia. Assim, a expressão “transformação digital da economia” busca captar não apenas aspectos relacionados a mercados que possuem o ambiente digital ou tecnológico como característica inata mas também aos mais diversos setores e mercados tradicionais da economia que se incorporam e passam a coexistir com esses novos mercados. A ideia é que a expressão capte tanto o mundo *online* como o mundo tradicionalmente *offline* que será impactado de diversas formas pelas novas tecnologias e pelo mundo digital. Por óbvio, dada a extensão do texto, os termos economia e mercados digitais irão aparecer também, sobretudo nas referências ou na análise de casos concretos. Esses últimos, quando aparecerem no texto terão sentido ou sinonimizados à expressão mais ampla ou expressando-a parcialmente.

Um outro esclarecimento terminológico importante diz respeito às expressões “livre concorrência”, “defesa da concorrência” e “antitruste”. Como inclusive parte da tese buscará diferenciar o sentido jurídico-constitucional dessas expressões com base na interpretação da CF/88 à luz do constitucionalismo digital, faz-se necessário que desde logo se diferencie semanticamente parte dessas expressões. Quando nos referirmos a “livre concorrência” estaremos sempre tratando do fenômeno da realidade econômica, portanto, refletindo a competitividade interna e externa dos mercados e, portanto, do conteúdo jurídico do princípio constitucional da ordem econômica que será objeto de política pública. Quando nos referirmos a “defesa da concorrência” ou “antitruste” estaremos falando especificamente de um componente da livre concorrência que é o

poder-dever de coibir o abuso de poder econômico e a eliminação da concorrência, isto é, o *enforcement* do respeito à livre concorrência, realizado pelas leis de defesa da concorrência por uma autoridade responsável por sua aplicação - entre nós, nos termos da Lei 12.529/11, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, o CADE.

PARTE I – CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

1 TRANSFORMAÇÃO DIGITAL E CONSTITUCIONALISMO

A abordagem que pretendemos fazer nesse trabalho, sobre os desafios da transformação digital da economia ao princípio da livre concorrência e a sua defesa, pressupõe uma reconciliação entre o direito da concorrência e o direito constitucional, mais precisamente, ao direito constitucional repensado como apto a traduzir, via Constituição, com força normativa, os *inputs* oriundos da sociedade digital para o âmbito dos Estados nacionais (onde a referida força normativa possui capacidade efetiva de pacificação social). Logo, é uma abordagem que, sem perder de vista os aspectos específicos do direito e da economia da concorrência, possui sede constitucional e, portanto, é informada pelo arcabouço teórico do constitucionalismo.

Assim é necessário deixar claro desde logo o que aqui tratamos como constitucionalismo, sobretudo para darmos o recorte que queremos a um dos aspectos desse constitucionalismo, qual seja, a intervenção estatal na economia via promoção e defesa da livre concorrência.

1.1 CONSTITUCIONALISMO E INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: BREVE PANORAMA DAS ORIGENS À CONSTITUIÇÃO DE 1988

Constitucionalismo aqui é tratado antes de tudo como um conjunto teórico e abstrato de valores e princípios que se direcionam a fornecer as bases para um determinado tipo de Constituição. Nesse sentido é uma ideologia. Mas é também um movimento teórico, que busca captar as reações sociais existentes em um dado momento e espaço e que produzem um fator de referência cultural que estabelece os mecanismos e procedimentos do exercício e da contenção do poder, bem como a declaração e a proteção de direitos que, após consubstanciados em um documento formal ou não, escrito ou não, chamado de Constituição, passam a vincular juridicamente toda a sociedade e a servir-lhe de paradigma para a construção de consensos e neutralização de dissensos.

Diversas são as classificações e categorizações do constitucionalismo em tipos, movimentos e correntes. Para nós importa menos esses tipos de diferenciação e mais um reconhecimento do constitucionalismo como a teoria que sustenta, ou sustentou, durante

toda era moderna (e pós-moderna), a existência de Estados nacionais soberanos, detentores do monopólio da produção de normas, da jurisdição e do uso legítimo da força em um determinado território sob o qual não existe poder superior. Esse poder, entretanto, é contido e submetido o império do Direito, que também protege, da ingerência estatal, os direitos e liberdades fundamentais. Mais recentemente, esse mesmo Direito também estabelece ao Estado uma série de obrigações de proteção e promoção social, de forma que legitime o referido monopólio do poder ao mesmo tempo em que incluem (ao menos formalmente) a todos às mesmas condições e possibilidades de existência (Sarmiento, 2017).

Muitos autores, procuram distinguir momentos diferentes do constitucionalismo na história. De fato, se há uma história contínua do constitucionalismo essa história é uma história de continuidade na descontinuidade. A formulação constitucionalista original, que eclodiu com as revoluções francesa e americana ainda no século XVIII e também informa os diversos movimentos que se inspiram globalmente no período revolucionário, tinha um caráter eminentemente *negativo*, no sentido de que sua principal função era delimitar o poder do Estado, sobretudo seu poder de intervenção na economia. O que diferencia primordialmente o constitucionalismo revolucionário da submissão ao império da lei no antigo regime é justamente a inclusão da classe burguesa nos processos de tomada de decisão. Não obstante, como nos alerta Thornhill (2022), nesse momento ainda não consideramos o constitucionalismo um movimento efetivamente democrático ou mesmo popular, na medida em que o constitucionalismo se dispõe apenas a interditar o Estado de atingir direitos de cidadãos, cujo conceito ainda era muito restrito e exclusivo. Conforme Grimm (2016;2012), a Constituição, nesse período, nasce, em verdade, como alternativa a guerra civil, e o conceito de cidadania ainda é extremamente vinculado a capacidade de cada indivíduo ser um soldado em potencial para servir ao Estado soberano (Thornhill, 2022).

A evolução do constitucionalismo do seu caráter *negativo* de contenção do poder estatal sobre a esfera individual do cidadão via constituição, para uma ideia de que o Estado também deveria declarar e proteger direitos só surgem no período entre guerras, já no século XX. Os horrores da guerra continental e a necessidade de reabilitação econômica dos territórios envolvidos faz surgir uma nova classe de direitos sociais que devem ser protegidos pelo Estado para garantir um mínimo de dignidade aos seus cidadãos.

Não obstante, é somente após a segunda guerra mundial e diante da eclosão de duas potências bélicas dominantes em decorrência do fim do conflito e que entram em "guerra fria", é que se passa a conceber a Constituição como o documento capaz de declarar e proteger direitos, conter o poder do Estado e produzir uma proteção social inclusiva, desvinculando o conceito de cidadão da ideia de soldado, desvinculando a ideia de indivíduo da sua identidade com algum grupo ou crença. É esse constitucionalismo do pós-guerra que aqui chamamos de contemporâneo, e que se fundamenta na ideia difusa e metaindividual do indivíduo como sujeito de direitos e no Estado como um promotor social, para além de suas funções de monopólio da produção do direito e da aplicação da força. A relação entre cidadania e dignidade humana e o reconhecimento da necessidade de participação democrática na criação do direito um paradigma do constitucionalismo.

Assim, esse constitucionalismo contemporâneo, passa-se a referir a um tipo de constituição específica, a qual possui força normativa e deve representar ao mesmo tempo uma "reserva de justiça" (Vieira, 1997;Vieira, 2018), declarando e protegendo direitos e liberdades escolhidas democraticamente no processo constituinte, bem como metas e programas que permitam, ao longo do tempo, inclusão social e bem-estar. Esse constitucionalismo, que alguns chamam de transformativo (Fichera, 2023), porque o tempo da Constituição é direcionado para o passado, presente e futuro, também possui uma série de vertentes teóricas acerca da capacidade de se dar efetividade as normas constitucionais, bem como do maior ou menor papel que se deve atribuir a intervenção estatal (ou a interpretação das normas a ela referentes), sobretudo na economia.

De qualquer forma, há um certo núcleo de consenso que nos permite afirmar que esse constitucionalismo contemporâneo, com variações de território para território, de intensidade de ação estatal e de capacidade normativa distinta conforme o grau de desenvolvimento de cada Estado e conforme maior ou menor o caráter simbólico da Constituição (Neves, 1994), é o marco teórico e ideológico sobre o qual repousa a forma de organização e o Direito dos Estados nacionais há pelo menos um três quartos de século, e cujos avanços civilizatórios, no sentido de pacificação social e de capacidade institucional para o desenvolvimento, são indiscutíveis.

É importante notar, nesse sentido, que desse constitucionalismo emerge um direito constitucional global¹³ que de certa forma atribui as Constituições dos Estados uma série

¹³ Cf. Teubner (2020) e Thornhill (2016).

de padrões relativos a direitos e liberdades e a democracia, bem como um respeito ao direito internacional sobretudo no que se refere aos direitos humanos e humanitários, que influem diretamente nas ordens locais.

Curiosamente, no momento em que esse modelo de constitucionalismo atinge o ápice da sua aceitação e desenvolvimentos nos sistemas políticos e jurídicos nacionais, ele passa a ser desafiado em suas bases de sustentação e em sua origem (Thornhill, 2022; Callejon, 2023). Diversos fatores contribuem para isso.

A globalização econômica é o principal deles e impacta sobretudo Estados cujo constitucionalismo ainda é tardio. Nesses estados, uma "interpretação econômica" da constituição esvazia em parte a força normativa da ordem econômica local, cujos princípios e valores não necessariamente coincidem com aqueles de natureza internacional, influenciados por atores privados e por Estados desenvolvidos, em uma espécie de imperialismo. Mas não somente isso, com a perda do protagonismo do Estado nacional como único centro de poder, bem como a rapidez da disseminação das informações, o desenvolvimento tecnológico e a diluição de fronteiras físicas pelas realidades virtuais, fazem com que os fatores de referência que se consolidaram em Constituições dos Estados nacionais, também percam parte de sua capacidade de informar a construção de consensos e a neutralização de dissensos, bem como de canalizar conflitos e disputas por meio do Direito.

É fundamental assentarmos ainda nesse momento inicial que a relação de interdependência entre o direito constitucional e o direito internacional, ou dito de outro modo, entre o constitucionalismo e o internacionalismo foi fundamental para a formação do que hoje entendemos como as bases do constitucionalismo contemporâneo. A partir do pós segunda guerra, os movimentos de internacionalização de direitos humanos e a inclusão democrática aliadas as necessárias medidas de recuperação econômica, que contemplavam também a necessária proteção de direitos individuais e sociais dos cidadãos foram essenciais para que, embora com diferentes formatos e graduações, as Constituições dos estados nacionais se tornassem normativas não somente para a separação de poderes e contenção do poder do Estado, mas também para declarar e proteger direitos individuais, bem como disciplinar as relações entre estado, capital e trabalho para permitir o desenvolvimento econômico e social.

Nesse ponto, inclusive, vale ressaltar que em muitos Estados do pós-guerra, sobretudo na Europa, mas também nos Estados Unidos, essa camada nova de proteção social e intervenção estatal na economia, com graduações diferentes, foi adotada por governos de diferentes matizes econômicas (Thornhill, 2022). Assim, há uma clara relação entre a internacionalização da ideia de cidadão, que passa a ser um sujeito de direito, difuso, que representa todos os indivíduos e nenhum ao mesmo tempo, como base democrática de legitimidade do poder, sob a qual se assentaram os movimentos nacionais de constitucionalização. O que muda com a globalização econômica, a transformação das comunicações e a tecnologia digital não é propriamente essa abertura e interdependência dos Estados de movimentos internacionais, mas sim a existência de esferas de decisão, de poder e, sobretudo, de relações sociais, não alcançadas pela normatividade estatal, ao menos de forma institucional.

De outro lado, se cada vez mais a ideia de Luhmann (2009; Neves, 2015 e Neves, 2017) sobre a existência de uma única sociedade mundial parece fazer sentido, a sua constatação de que não existe um sistema político mundial, ou um único sistema jurídico mundial ou, ainda, instituições capazes de estruturar comunicações entre sistemas mundiais, também se torna evidente. Sem algo para substituir o constitucionalismo contemporâneo (e democrático) em níveis além do Estado e sendo este ainda um ator de protagonismo para o desenvolvimento econômico social, sobretudo em regiões periféricas do mundo, se criam espaços de vazio ou anemia normativa, os quais são substituídos por novas formas de produção normativa, não necessariamente vinculadas aos valores e princípios do constitucionalismo.

Sarmento (2017) aponta, além do direito internacional, a emergência do direito comunitários europeu e a *lex mercatoria* como principais formas desafiadoras ao constitucionalismo contemporâneo. Podemos acrescentar, em termos de transformação digital, a chamada *lex digitalis*, uma versão tecnológica da *lex mercatoria*, isso é do arcabouço normativo construído entre privados e que passa a decidir, de fato, e de forma definitivo, conflitos e disputas sociais e econômicas.

Esse "mal-estar constitucional" (Sarmento, 2017) gerado pelos diversos fatores de uma nova ordem mundial, acaba intensificando uma característica do constitucionalismo contemporâneo, principalmente naqueles países em que esse movimento resultou em constituições chamadas analíticas, dirigentes e normativas, que é o caráter simbólico da Constituição (Neves, 1994). A ideia da Constituição como um mero elemento simbólico

remonta as ideias de Ferdinand La Salle (2003). No constitucionalismo contemporâneo crítico, esse simbolismo recupera parte da ideia de La Salle, que aponta a necessidade de existir uma convergência entre a constituição "real" e a Constituição escrita sob pena dessa tornar-se apenas uma "folha de papel", utilizando-a em outro contexto, qual seja, o das democracias contemporâneas.

Tal caráter simbólico teria dupla manifestação. A primeira, positiva, no sentido de que a declaração de direitos, a previsão e organização de instituições e procedimentos por meio da Constituição possui o poder simbólico de constranger os Estados e a *realpolitik* a cumprir com aqueles mandamentos. De outro lado, em sentido negativo, em situações de déficit democrático substancial ou de exclusão social, a promulgação da Constituição, ainda que esta declare e proteja direitos e prescreva obrigações de inclusão ao Estado, pode, na verdade, consolidar o *status quo* vigente e impedir, via interpretação restrita ou adjudicação, a materialização dos direitos e do desenvolvimento ali prescrito como meta (Neves, 1994).

A presença desse caráter simbólico duplo e dos benefícios e riscos a eles associados é muito comum nas Constituições latino-americanas por exemplo, como a brasileira de 1988. Nessas situações de constitucionalismo tardio, cuja gênese constitucional nem sempre significou uma ruptura com um estado anterior "anticonstitucional", mas geralmente uma continuidade com concessões (no caso brasileiro aos direitos e à inclusão necessárias a existência de uma democracia), é comum que se contenha tanto no texto, como na aplicação, pelos governos ou via adjudicação, elementos híbridos de Estado Liberal e Social¹⁴, e interesses e valores muitas vezes contraditórios, cuja efetivação necessariamente impõe uma escolha (o que naturalmente favorece o *status quo*). Esse "risco" de simbolismo é ressignificado na nova governança global, não só pela perda de centralidade do poder estatal, mas pela captura e conluio entre atores privados e governos, e pela existência de atores privados que controlam a comunicação e uma parte significativa dos modos de relações sociais, que se dão no meio virtual.

Parte da questão que procuramos responder nesse trabalho, focalizando um campo específico do direito, qual seja, o direito da concorrência e sua sede constitucional, se direciona a necessidade/possibilidade de sobrevivência do constitucionalismo

¹⁴ Sobre esse hibridismo constitucional v. Ferraz Jr. (1996) e Grau (2004).

contemporâneo e das constituições normativas dos Estados, como instrumentos aptos a produzir o acoplamento estrutural entre os diversos sistemas sociais e o sistema jurídico e servirem assim de mediadores e tradutores entre a governança global imposta pela transformação digital e as realidades de cada Estado, com diferentes graus de desenvolvimento econômico e social, inclusão democrática e capacidade institucional.

No nosso entender, os valores e princípios do constitucionalismo contemporâneo aliados ao restabelecimento da capacidade normativa das Constituições dos Estados nacionais, como fator cultural referente de canalização dos conflitos pelo direito, resultado da aquisição evolutiva das irritações da economia, política e sociedade e da sua absorção pelo sistema jurídico (Luhmann, 2009) são condições fundamentais para que se possa construir um sistema jurídico que permita as diferentes sociedades obter os benefícios da transformação digital e reduzir os riscos dela decorrentes.

No entanto, essas condições dependem da capacidade do constitucionalismo e da constituição normativa de também se transformar, de forma a efetivamente captar o aspecto digital das sociedades que regula. Convergemos com Sarmiento (2017) quando afirma que essa transformação deve encontrar um balanço entre os riscos de um constitucionalismo provinciano e os de um imperialismo internacionalista.

Nos interessa aqui, particularmente, um caráter específico das Constituições normativas do constitucionalismo contemporâneo, que é refletido na nossa Carta de 1988. A chamada ordem econômica ou constituição econômica busca limitar não somente o poder do Estado e sua (não) intervenção na economia, mas também estabelece, de forma prescritiva, princípios e regras que são aplicáveis às relações econômicas privadas e público-privadas. Também são prescritas normas de garantia de liberdades básicas, livre iniciativa e livre concorrência, bem como de fomento estatal, direto ou indireto, à atividade econômica e excepcionalmente, campos de atuação concorrente ou complementar entre setores público e privado na economia e situações de monopólio ou oligopólio permitidos ou naturais. Aliada aos direitos sociais e coletivos, que envolvem diretamente as relações de trabalho, a ordem econômica nas constituições busca de maneira geral disciplinar a relação de produção, entre capital e trabalho, de acordo com

as finalidades constitucionais de desenvolvimento econômico, redução da desigualdade e inclusão social¹⁵.

É natural que a intensidade, a extensão e os modelos de regulação e intervenção estatal na economia variem de acordo com cada Estado nacional, conforme os fatores que estavam presentes quando da promulgação da constituição e nas reformas posteriores. Entretanto, de maneira geral, a ordem econômica das democracias liberais do pós-guerra, ou seja, a ordem econômica do constitucionalismo contemporâneo, baseia-se no seguinte tripé principiológico: livre iniciativa-livre concorrência-intervenção estatal excepcional ou restrita. Em boa parte das constituições do pós-guerra, variações desse modelo tem permitido que governos de diferentes matizes ideológicas promovam suas políticas econômicas com base nesse tripé, apenas variando o peso dado a regulação/intervenção estatal, a presença de uma política industrial mais ou menos ativa, a uma maior ponderação aos fins sociais a serem perseguidos pela Constituição e aos investimentos públicos em redução de desigualdades e em políticas de inclusão.

Naturalmente, desde a globalização econômica, essa constituição econômica além de ser influenciada diretamente pelos agentes globais detentores do poder econômico no plano interno, passa a não mais ser capaz de regular relações que se dão fora do contexto estatal, porém com impactos diretos na realidade econômica local. Dessa forma, também o tripé livre concorrência-livre iniciativa-intervenção estatal excepcional/restrita passa

¹⁵ Segundo Grau (2004), A ordem econômica é entendida como uma parte integrante da ordem jurídica que constitui um sistema de princípios e regras, abrangendo as ordens pública, privada, econômica e social. Segundo o autor, a Constituição de 1988 estabelece um modelo econômico capitalista, baseado na valorização do trabalho humano, na livre iniciativa, na propriedade privada dos meios de produção e na livre concorrência. O autor enfatiza que a Constituição estabelece um modelo econômico de bem-estar, que deve ser respeitado por todos os programas de governo, sendo considerada ilegal qualquer incompatibilidade entre políticas governamentais e o modelo econômico constitucional. Ele também reconhece que o texto constitucional apresenta princípios e soluções contraditórias, oscilando entre elementos do capitalismo liberal e tendências intervencionistas com aspectos socializadores. Um exemplo que corrobora essa interpretação é a decisão proferida pelo autor enquanto ministro da Suprema Corte. Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 3937, na qual se discutiu a constitucionalidade da Lei nº 11.482/2007 (Brasil, 2007), que alterou a sistemática de cálculo do Imposto de Renda sobre rendimentos de pessoas físicas. Nessa decisão, o ministro destacou a importância da livre iniciativa e da valorização do trabalho humano como fundamentos da ordem econômica, conforme estabelecido pela Constituição de 1988. Ele ressaltou que qualquer intervenção estatal na economia deve respeitar esses princípios, garantindo um equilíbrio entre a atuação do Estado e a liberdade econômica dos indivíduos. Essa interpretação está alinhada com a visão de que a Constituição brasileira adota um modelo econômico que busca conciliar elementos do capitalismo liberal com tendências intervencionistas, visando ao bem-estar social. Assim, o modelo econômico constitucional é caracterizado como um sistema de bem-estar social, que deve ser respeitado por todos os programas governamentais, garantindo a observância dos princípios constitucionais em matéria econômica.

por um momento crítico de transformação que atinge diretamente a força normativa das constituições econômicas.

Ao mesmo tempo a Constituição não encontra um substituto, nem do ponto de vista jurídico nem do ponto de vista das condições que fundamentam a eclosão de um poder constituinte nos moldes do constitucionalismo. Isso não impede que haja uma espécie de "debate constitucional" ou "constitucionalização" nas relações econômicas e sociais (e jurídicas) que ocorrem nesse ambiente global, fragmentado e plural. Essa adjetivação se justifica, no entanto, porque estes debates se referem a direitos e liberdades que tradicionalmente foram incorporados no constitucionalismo contemporâneo pelas constituições dos Estados nacionais. Mas, como veremos adiante de forma mais detalhada e na linha do que já afirmamos alhures, o constitucionalismo contemporâneo se refere a uma constituição-tipo cujos fatores de existência, institucionalização e capacidade integrativa não existem no mundo globalizado da mesma maneira que nas origens do constitucionalismo.

Nessa linha, ainda antes de analisar mais detidamente como o constitucionalismo contemporâneo e as suas constituições normativas são desafiados pela transformação digital, é importante situar a Constituição Federal de 1988 nesse contexto.

O constitucionalismo de 1988 no Brasil ilustra com clareza exemplar parte do que discutimos nos parágrafos anteriores. Embora não diretamente no pós-guerra, dado o período de ditadura que "atrasou" o avanço constitucional e o Estado de bem-estar social, o constitucionalismo de 1988 se vale diretamente das declarações de direitos humanos de primeira, segunda e terceira geração do direito internacional. Mais do que isso, na esteira da restauração democrática, a Constituição é influenciada em sua gênese por uma série de grupos e movimentos sociais que enxergavam na fundação de uma nova democracia no país a chave para a inclusão não somente de suas demandas, mas de inclusão social como um todo. Ao mesmo tempo, conservadores e oligarquias, embora desgastados pelo apoio a ditadura procuraram estabelecer maneiras de manter um certo *status quo* diante da inevitável concessão democrática e inclusiva no campo social¹⁶.

O processo constituinte de 1988, como um todo (Lima et. al, 2013), é marcado por esses jogos de forças progressistas e conservadores, e também pela influência de um constitucionalismo local, que buscava nas constituições anteriores, inclusive no regime

¹⁶ V. nesse sentido Bercovici, (2022), Vieira (1997;2018) e Lima et. al (2013).

militar, uma fonte para uma certa continuidade, sobretudo em temas de federalismo e de organização de poderes e do papel do Estado.

O resultado, conforme muito bem sintetizado por Tercio Sampaio Ferraz Jr (1997), é um certo hibridismo ideológico constitucional, com uma extensa lista de obrigações ao Estado, para além do papel mais clássico de contenção de poder e declaração de direitos, bem como uma constituição econômica bastante analítica, procurando estabelecer um balanço liberal. Essa ousada tentativa de conciliação da Constituição de 1988 entregou à jurisdição constitucional uma difícil tarefa de ponderação de valores contraditórios, além de uma desafio de efetividade atribuível aos três poderes: inúmeros direitos de cidadania e deveres do Estado dependem de alguma ação executiva ou legislativa estatal posterior, ao mesmo tempo em que se reconhece a possibilidade de reclamação desses direitos e deveres perante o Poder Judiciário. Desse equilíbrio instável, a democracia serve como garantidor, para impedir que metas sociais ou econômicas isoladamente possam condicionar a ação estatal de forma autoritária.

Além disso a Constituição de 1988 inaugura, no sistema jurídico, um movimento de constitucionalização do direito que atinge não só a relação entre Estado e indivíduos, mas também as relações entre privados. Essa complexidade que poderia, desde logo, resultar no fracasso da legitimidade da Constituição de 1988, ao contrário, permitiu que governos de mais diversos matizes políticos, mesmo diante de um poder reformador extremamente ativo, pudessem se alternar no poder de forma democrática e, cada qual da sua maneira, estabelecer políticas públicas com base constitucional (Vieira, 2018).

No que se refere a constituição econômica da Constituição de 1988, o hibridismo acima mencionado fica ainda mais evidente. A Constituição coloca como finalidade da ordem econômica assegurar a existência digna e a justiça social. Ao mesmo tempo firma-se no tripé liberal da livre concorrência – livre iniciativa – intervenção excepcional do estado na atividade econômica. Também prevê que a lei deve coibir o abuso do poder econômico além de estabelecer as bases para o estado regulador. E também estabelece proteção ao meio ambiente e a valorização do trabalho humano como princípios, bem como a função social da propriedade e os direitos dos consumidores.

Na esteira do constitucionalismo contemporâneo, a Constituição de 1988 estabelece uma ordem econômica com força normativa, para disciplinar não somente a atuação do Estado na economia, mas também as relações entre privados, com regras e

princípios aplicáveis à relação entre capital e trabalho. Esse hibridismo da ordem econômica tem permitido aos poderes do estado e ao poder reformador da Constituição uma certa resiliência, mesmo diante da alternância de governos de matizes ideológicas distintas bem como diante de crises internacionais (Vieira, 2018). Não obstante, como um exemplo típico do constitucionalismo contemporâneo, a incompletude da realização do programa constitucional aliada à influência e ameaça da *lex mercatória* (e da sua versão atualizada, a *lex digitalis*), também lhe impõe uma transformação.

Essa relativamente surpreendente resiliência da Constituição de 1988 deve-se em grande parte à sua "reserva de justiça" (Vieira, 1997), isto é, ao rol de direitos individuais, sociais e econômicos nela estabelecidos, que tem servido como símbolo de legitimidade e consolidado, sobretudo pela atuação da corte suprema, a força normativa do texto constitucional. Não obstante, o risco simbólico da manutenção do *status quo* em detrimento da inclusão social constantemente coloca a legitimidade da Constituição de 1988 em disputa, por meio de discursos populistas e extremistas. A incompletude da realização de seu programa de bem-estar e de inclusão social enfraquece seus princípios e as instituições por eles sustentadas.

Essa situação de stress constitucional (Vieira, 2018) desacredita também o constitucionalismo que fundamenta sua própria existência. A esse equilíbrio constitucional interno que é ao mesmo tempo instável e resiliente, adicionam-se os desafios externos, como o da transformação digital, que não atinge somente os direitos consagrados no texto, mas a própria governança do poder do Estado e o papel duplo da Constituição de aquisição evolutiva e acoplamento estrutural que inaugura o sistema jurídico e por meio dele canaliza os conflitos sociais.

1.2 DESAFIOS DO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO NA ERA DIGITAL

O constitucionalismo contemporâneo enfrenta, pois, tanto do ponto de vista teórico, como na sua capacidade funcional, qual seja, a de submeter o exercício do poder, a proteção de direitos e garantias fundamentais e a realização efetiva de desenvolvimento civilizatório nas sociedades ao direito (constitucional) um momento crucial de desafios à sua própria sobrevivência como paradigma global de democracia e cidadania. As transformações decorrentes do desenvolvimento tecnológico, impulsionadas pela globalização da economia e a internacionalização das interações e comunicações sociais alteram algumas das estruturas fundamentais que sustentaram a configuração do

constitucionalismo como nós conhecemos na contemporaneidade, ao menos a partir do pós-guerra.

O deslocamento das disputas de poder para além das fronteiras do Estado-nação, a ausência de fronteiras para a realidade econômica (com a conseqüente "colonização" dos sistemas sociais pela economia, pela interpretação econômica da "vida" e, logo, do Direito) e a disseminação da capacidade de informação e comunicação oriunda da Internet alteram a própria ideia de cidadania, fundamental ao constitucionalismo contemporâneo. Isto é, a ideia não só de que o poder deve ser exercido de maneira contida e por meio de processos democráticos e de que ao Estado cumpre não apenas não interferir na esfera privada de cada indivíduo como também a proteção de seus direitos, incluindo direitos sociais, bem como a realização e promoção de políticas públicas que asseguram a plena efetividade desses direitos (bem-estar).

O sentimento de pertencimento a uma comunidade (e unidade) política, que é consagrado em última instância, pela Constituição, que configura esse Estado, define um referente de identidade comum e reconhece, por aquisição evolutiva, princípios e regras, direitos e garantias e objetivos futuros dessa comunidade, torna-se mais fluido e fragmentado à medida que outros atores (majoritariamente privados) passam a exercer poderes e influência decisória sobre a vida social e sobre aqueles direitos e garantias que estabeleciam o vínculo de cidadania ao Estado. Nas palavras de Callejon (2022, p. 46):

“La constitución, configura el Estado y lo simboliza al tiempo que define la identidad nacional común. Los derechos fundamentales que se reconocen en ella establecen un vínculo entre la ciudadanía y el Estado, así como una percepción común y solidaria de pertenencia a una comunidad política. Sin embargo, el mundo digital no forma parte de esa unidad porque define en gran medida una realidad global y basada en el derecho privado que escapa a la lógica de la constitución” .

Esses fenômenos já se viam realçados com a globalização da economia, e a "interpretação econômica da constituição" (Callejon 2022), isto é, a submissão, dentro dos sistemas jurídicos nacionais, via interpretação constitucional (inclusive sobre princípios e direitos), à lógica econômica que melhor atende aos interesses (privados) dos novos atores de poder econômico global. Essa lógica nem sempre corresponde aos objetivos de proteção social e desenvolvimento econômico previstos nas constituições

dos Estados e, mais do que isso, reelabora as constituições econômicas desses Estados, minando a construção do Estado social (ou socialdemocrata), sobretudo naquilo que procura preservar o equilíbrio entre a livre iniciativa, a livre concorrência e a intervenção estatal na economia (que, normalmente, nas democracias liberais se dá no interesse público e/ou, justamente, para atender ao programa constitucional de promoção de desenvolvimento econômico e social, ou seja, de garantir ampliação da cidadania). Com essa interpretação econômica da constituição, arrisca-se o caráter normativo da Constituição, o que talvez seja uma das construções mais importantes do constitucionalismo do pós-guerra.

É que, com a incorporação, pós 2^a guerra mundial, do componente social nas constituições, que passam a ter como valor intrínseco, também, a pacificação social do conflito entre capital e trabalho, baseada, sobretudo na criação de bem-estar social. Esse componente de *welfare* faz com que as constituições adotem, para além de regras e princípios, sobretudo nas constituições do tipo escritas adotadas na Europa, programas de futuro, ou seja, normas que determinam ao Estado a forma de criação de proteção social e desenvolvimento econômico. A globalização, sobretudo impulsionada pelo progresso científico e tecnológico decorrente do desenvolvimento econômico de certa maneira desvirtua a lógica da pacificação entre capital e trabalho que norteava as Constituições econômicas normativas (Callejon, 2022).

O caráter transnacional da globalização, a existência de atores privados dominantes (inclusive aos próprios Estados) induz uma prevalência da lógica comercial e dos interesses dessa lógica sobre os valores constitucionais e suas funções. A relação econômica fundamental desloca-se da produção (capital-trabalho) para o consumo, deslocando-se das fronteiras do Estado, (e da Constituição).

Assim a função constitucional de promover, com força normativa, a garantia de direitos, o controle de poder e a legitimidade jurídica de um consenso fundamental (ou de uma neutralização do dissenso), por meio da pacificação dos conflitos socioeconômicos, passa então a se submeter a uma nova legitimidade, econômica, orientada por uma suposta superioridade científica da economia sobre o direito, que deixa de ser frente a colonização da política pela economia.

A Constituição deixa de ser o acoplamento estrutural entre os sistemas e entre o direito e seu ambiente e, especialmente na relação ente direito, economia e política. A

constituição econômica, típica das constituições normativas nasce como um instrumento de composição de equilíbrios dentro dos Estados. Com a globalização, no entanto, e a diluição dos entes fora do estado (e até dos blocos de Estados) essa constituição não consegue servir ao seu papel. Mais do que isso, muitas vezes a constituição se torna um *obstáculo a ser desativado* (Callejon, 2022, p.89, trad. nossa). Uma nova legitimidade econômica, da economia sobre o direito (por uma superioridade dita científica), começa a enfrentar diretamente os fundamentos do constitucionalismo, desfigurando-o (Callejon, 2022).

A constituição econômica, além de transformada por essa colonização do direito pela economia passa a ser interpretada “*en clave econômica*” (Callejon. 2022, p.89), ou seja, se submete a interpretação da constituição ao que se compatibiliza com políticas econômicas definidas por governos sob a influência do capital transnacional. A crise financeira mundial de 2008 é talvez o ápice desse fenômeno (Callejon, 2022). A interpretação econômica da constituição se impôs e passa a exigir um domínio da economia sobre as demais legitimidades que sustentam o constitucionalismo (democracia, direito e o sistema de proteção social), bem como um relaxamento no controle sobre o poder na medida que seja conveniente para superar a crise.

As Constituições, sobretudo aquelas refundadas pelo constitucionalismo do pós-guerra como constituições normativas, bem com as constituições do constitucionalismo tardio, como a brasileira de 1988, são consideradas um instrumento de progresso, resultado de avanços civilizatórios, que procuram aliar a proteção social ao mesmo tempo em que fomentam e criam condições de liberdades para o desenvolvimento técnico e econômico. Aliás, do ponto de vista econômico, as Constituições tem sido um instrumento legítimo constante para a ordenação das relações entre trabalho e capital desde a revolução francesa e mesmo com sucessivas crises econômicas, estas quase sempre, ao menos no constitucionalismo contemporâneo, tem sido resolvidas dentro do marco constitucional e nunca foram entendidas como crises autônomas do próprio constitucionalismo como um todo, pelo menos até a crise de 2008 (Vieira, 2018).

É importante ressaltar aqui que uma parte relevante da legitimidade da Constituição normativa do constitucionalismo contemporâneo está associada ao progresso (em sentido amplo). Essa ideia de que o progresso deve ser uma constante da humanidade é um fator cultural comum e totalmente identificado com a referência cultural do constitucionalismo contemporâneo.

E é por isso que, mesmo que o ápice do constitucionalismo contemporâneo ligado aos Estados tenha se dado coincidentemente, em termos temporais, com o início do processo de deslocamento dos centros de poder do Estado, em virtude da globalização. Callejon (2022), destaca essa coincidência entre a expansão constitucionalista na Europa ao mesmo tempo em que se expandiam seus dois principais "nêmesis", quais sejam, a globalização econômica e a integração europeia. Essa coincidência temporal entre ápice e derrocada também tem sido observada no constitucionalismo contemporâneo tardio, aquele que se consolida somente nas décadas de 1980 e 1990: no momento em que (parte) destes Estados, como o Brasil, conseguiram começar a promover conquistas de bem estar e promoção social, essa modernidade "periférica" (Neves, 2015) começa a sentir diretamente os efeitos da globalização econômica e, agora da transformação digital, e de forma ainda mais intensa, dado seu caráter ainda não completamente maduro do ponto de vista institucional, conforme trataremos em seções ulteriores desse trabalho.

Mesmo assim, como afirmamos, ao menos até a crise de 2008 não se pode exatamente classificar os efeitos desses fenômenos desafiadores da estrutura em que se construiu o constitucionalismo contemporâneo como "crises" do constitucionalismo, no sentido mais forte da ideia de crise, qual seja, a de que sem uma necessária transformação do próprio constitucionalismo ele perderá grande parte de sua funcionalidade. E a razão principal disso, ou seja, dessa resiliência, está, justamente, nas origens desse constitucionalismo do pós-guerra, cuja chave é a construção de uma ideia de cidadania baseada numa "metaconstituição transnacional" (Thornhill, 2021).

A experiência das guerras totais na Europa, deu espaço a um ambiente jurídico transnacional que se consubstancia na legislação internacional de direitos humanos. Primeiro desenvolvidos com fundo humanitário e profundamente ligados a possibilidades de conflito total, estas legislações transnacionais, após 1945, ganham novos contornos estendendo-se a direitos e garantias individuais e preservações de liberdades. Mais do que isso, novos direitos chamados de sociais ou coletivos são estabelecidos como reclamáveis de maneira individual. Cria-se, assim, uma metaconstituição transnacional baseada em direitos humanos e, com isso, a ideia de um cidadão transnacional que se torna a referência para o exercício da cidadania em nível nacional. Esse cidadão desvincula-se do cidadão real enquanto possível soldado e se torna um cidadão abstrato, que permite a inclusão de todos os habitantes de determinado território ao regime de proteção de direito e garantias do Estado (Thornhill, 2021).

É com base nessa cidadania, que a democracia firma suas bases e estabelece formas e procedimentos de participação política desse novo sujeito de direitos que não corresponde individualmente a cada um dos habitantes dos estados, mas cuja cidadania pode ser exercida e reclamada com base em uma Constituição que lhe atribui diversas camadas de participação e de procedimentos para tanto. Essa forma de cidadania que solidifica a democracia constitucional moderna e que, de forma mais ou menos convergente, se torna uma forma reconhecida e transnacional de legitimidade para governos nacionais.

Essa democracia, ainda em desenvolvimento em muitos países, intrinsecamente ligada a realização do bem-estar social pelos estados é que teve a capacidade de pacificar e regular conflitos por mais de meio século e que hoje vê suas bases novamente ameaçadas. Não é o objeto desse trabalho estudar as crises democráticas e suas razões e consequências, mas em boa parte tais crises se relacionam com um fenômeno fundamental que ora tomamos como ponto de partida para nosso estudo, qual seja, a "crise" do constitucionalismo em razão da transformação digital da economia.

A transformação digital, impulsionada também pelo desenvolvimento global da economia, agrega ainda mais complexidade aos desafios enfrentados pelo constitucionalismo contemporâneo. Com ela, fatores que já se faziam presente com a globalização da economia são acirrados e alguns novos fatores transformam também a própria ideia de cidadania, que, como acima mencionamos é a base estruturante das Constituições contemporâneas.

No que diz respeito ao controle e organização do poder, o poder econômico distancia ainda mais do Estado e, mais do que isso, passa, por meio do controle do acesso aos meios e do uso indiscriminado dos dados, a exercer poderes *quasi-estatais* fora do contexto do Estado nacional (Callejon, 2022). As Constituições normativas dos Estados, em sua face econômica, são desafiadas. Como o "espaço" e o "tempo" da economia se fragmenta, se internacionaliza e agora, se virtualiza, o modelo das constituições econômicas perde parte sua capacidade regulatória, limitada as fronteiras do mundo analógico.

O controle do poder pelas constituições também se torna insuficiente porque direcionado, primeiramente, ao controle do poder do Estado e não de atores privados que muitas vezes sequer se localizam no território da Constituição. O discurso da

superioridade científica da legitimidade tecnológica (a exemplo do que ocorreu anteriormente com a economia) também é acirrado, intensificando a interpretação econômica da Constituição, agora por meio da influência dos grandes atores globais da tecnologia.

Existe uma diferença, porém, que revela uma autonomia funcional da tecnologia sobre a economia do ponto de vista constitucional (Callejon, 2022). A globalização da economia acelera o desenvolvimento tecnológico, mas também altera a relação dos indivíduos com as dimensões de espaço-tempo antes definidas pelo constitucionalismo. Há uma fragmentação progressiva do espaço público, que se distancia da concentricidade estatal.

Esta fragmentação complexifica o papel constitucional de construção de consensos amplos ou a neutralização abstrata dos dissensos. Há uma desqualificação constitucional de direitos e da própria atividade democrática. O tempo também é diferente do tempo constitucional histórico. O dinamismo e imediatismo exigidos para as respostas aos problemas políticos e sociais das novas realidades geradas pela tecnologia e da convivência destes espaços públicos fragmentados rompe com um alicerce básico do constitucionalismo pós 1945, a força normativa estabilizadora das constituições (normativas). Há um descompasso de transformações.

Em termos *luhmannianos*, há um descompasso entre o aumento da complexidade do ambiente e capacidade do sistema jurídico de selecionar essa complexidade e com isso aumentar sua própria capacidade de compreender melhor essa complexidade em termos sistêmicos. Há um claro aumento da contingência (e um conseqüente aumento do risco).

Ao mesmo tempo, extra sistema, surgem métodos paraestatais de construção do espaço público, porém controlados por entes privados. O impacto dessa transformação da realidade e dos conflitos que dela remanescem se dá justamente na fragmentação da referência de cidadania que sustentou o constitucionalismo por mais de meio século, mesmo diante de transformações globais e da diluição das fronteiras estatais. Surge um evidente conflito entre realidades analógicas e digitais e, mais do que isso entre um *ethos* público, consagrado pelas Constituições, e um *ethos* privado, baseado em interesses econômicos.

Mais do que isso, surge uma interdependência entre essas realidades física e virtual, sobretudo no que diz respeito ao exercício de direitos fundamentais e na

promoção do bem-estar, revelando um evidente anacronismo entre a constituição do Estado nacional e a realidade física que regula com a realidade virtual global, fragmentada e plural, porém submetida a interesses econômicos privados. Há claramente uma situação de vácuo nesse anacronismo, ou "anemia constitucional" (Celeste, 2022), em que o poder econômico passa a exercer uma espécie de poder soberano dentro de "ecossistemas digitais"¹⁷ que controlam e, ao mesmo tempo, em que o exercício de direitos e garantias fundamentais, bem como a promoção de bem-estar perde qualquer tipo de proteção estatal.

Para além disso, o componente democrático do constitucionalismo contemporâneo, qual seja, a preservação da pluralidade e da diversidade por meio de um conceito metaindividual de cidadão, que entrega legitimidade jurídica a Constituição em seu caráter funcional de acoplamento estrutural entre os diversos sistemas sociais, controlando o poder do Estado, garantindo direitos fundamentais e canalizando conflitos sociais (neutralizando o dissenso) por meio do direito, também sofre uma transformação na medida em que a própria participação democrática se transforma, assim como o acesso a informação e comunicação, que passa a vigorar também no mundo digital mediado não somente por meios de comunicação tradicionais, mas por esses atores globais de tecnologia, cujos interesses econômicos privados se sobrepõem e não necessariamente contemplam a mesma referência valorativa que informou o constitucionalismo contemporâneo (Callejon, 2022).

Em apertada síntese, na transformação digital temos a emergência de uma espécie de sociedade fora da sociedade (Callejon, 2022)¹⁸ ou, em termos mais genéricos, de uma sociedade digital, fragmentada, transnacional, cuja conceito de cidadania depende de sua relação econômica com os detentores do poder, que não mais são apenas os Estados, mas

¹⁷ O conceito de ecossistemas digitais é usado neste capítulo no sentido mais amplo de rede complexa e dinâmica que integra diversos elementos (como pessoas, ferramentas, sistemas, tecnologias e aplicações) através da tecnologia, de forma auto organizável e com colaboração e compartilhamento internos. Não obstante, como veremos mais adiante, especificamente no que concerne ao aspecto econômico dos ecossistemas digitais, sobretudo os controlados por *big techs* o conceito de ecossistema adota caráter mais fechado e autossuficiente, sendo utilizado como forma de expressão do poder econômico e controle da concorrência e da inovação.

¹⁸ Balaguer Callejon (2022) aqui faz uma referência comparativa entra a sociedade aberta de Karl Popper (1945), em que o espaço público permite uma livre disseminação das ideias contribuindo para a construção do conhecimento, ideia essa posteriormente incorporada por Peter Habermas (1997) quando trata da sociedade aberta de intérpretes da Constituição, com a sociedade líquida de Bauman (2000), em que tudo é fluido, hiperdimensionado, imediato e passageiro, em uma situação em que as referências cada vez menos se consolidam e as diversas realidades individuais se sobrepõem a construção de uma realidade geral.

gradativamente, cada vez menos os Estados e mais as empresas privadas, transnacionais, que controlam esses espaços públicos digitais.

Assim, o poder econômico converte-se em poder quase absoluto para cada ecossistema digital, o exercício de direitos e garantias passa a depender da lógica privada dos atores, normalmente baseada numa relação de consumo, e os conflitos sociais e as relações econômicas deixam de ter, na Constituição, um referente de pacificação por meio da construção de consensos e neutralização do dissenso. Por fim, o Direito e o sistema jurídico perde sua capacidade de submeter os sistemas da política e da economia sob referência da Constituição. A principal função da força normativa da constituição que é a de funcionar como estabilizadora de um equilíbrio consensuado - ou equilíbrio constitucional para Celeste (2022) -, no espaço e no tempo, inclusive para gerações futuras (que podem alterar a constituição, mas não de maneira indiscriminada) acaba fragilizada.

Para complexificar ainda mais, esse novo mundo "desregulado" não deixa de conviver com um mundo "regulado" intraestatal. Mais ainda, as instituições da Constituição analógica ainda permanecem como referência de realidade e poder em termos procedimentais e de tomada decisão para os conflitos, mas, debilitadas em sua capacidade de ação, perdem também sua legitimidade (em boa parte das crises democráticas, o componente básico está no discurso populista de criar um antagonismo entre o "povo" soberano e as "instituições" corruptas e ineficientes (Przeworski,2019).

Mais do que isso, nos Estados da chamada "modernidade periférica" (Neves, 2015) ou naqueles Estados em que o constitucionalismo contemporâneo se estabeleceu de maneira tardia e nem foi capaz ainda de absorver, via instituições e promoção de direitos individuais e sociais, uma ampla redução de desigualdades e inclusão social, a realidade global digital pode ser um risco ainda maior para reforçar o simbolismo negativo da constituição, diminuindo o acesso de populações não incluídas nos espaços públicos e vulnerabilizando-as ainda mais frente ao poder econômico.

Para os fins do nosso estudo aqui, enfatizaremos esses desafios da transformação digital ao constitucionalismo a partir de dois fatores realçados: (i) o fato de que os novos centros/atores de poder fundam esse poder no seu poder econômico e na sua incontestabilidade e; (ii) a necessidade de que a Constituição econômica dos Estados

nacionais, sobretudo os periféricos, reconstrua sua capacidade de regular o tripé livre iniciativa, livre concorrência e a regulação da intervenção estatal.

Essa reconstrução deve servir tanto para oferecer uma contenção ao poder econômico dos atores privados globais como para permitir que o exercício de direitos na sociedade digital incorpore valores do constitucionalismo contemporâneo e, ainda, para criar um ambiente institucional que permita, ao mesmo tempo, que os cidadãos digitais (que não deixam de viver fisicamente em um território físico, dentro do Estado) possam se beneficiar das conquistas da transformação digital da economia, sem que para tanto tenham de abrir mão de direitos fundamentais e, de outro lado, para que os atores econômicos (globais ou não) sejam capazes de exercer suas atividades de maneira empreendedora e inovadora em harmonia com a promoção do desenvolvimento (ou com o progresso).

Assim, pretendemos, com base em uma determinada reinterpretação do constitucionalismo contemporâneo como constitucionalismo digital, conforme adiante definiremos, endereçarmos esses dois fatores sob o prisma específico da livre concorrência como princípio constitucional e da defesa da concorrência como meio de intervenção estatal consagrado pela Constituição de 1988. Antes, no entanto, vale aprofundar um pouco mais sobre a forma como a realidade social e a própria sociedade é transformada pela digitalização.

1.2 A TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA REALIDADE

Não é possível uma compreensão abrangente e consistente das transformações causadas pela era digital no paradigma do constitucionalismo contemporâneo, e das Constituições e do direito que dele decorrem, sem um exercício, ainda que breve e tentativo sobre como a realidade social se transforma na era digital e como também se transformam o exercício e a própria configuração dos direitos fundamentais.

O ponto de partida fundamental, praticamente pacífico entre os acadêmicos que se debruçam sobre o tema a partir do constitucionalismo, é que a realidade virtual não é um mero reflexo da realidade física (Callejon, 2022). Claramente a era digital impõe uma interdependência e intersecção entre essas realidades, quando não um verdadeiro amálgama entre elas.

A experiência histórico-sociológica trágica da pandemia de Covid-19, para além de acelerar o avanço da era digital e da digitalização da vida em muitos aspectos (sobretudo os econômicos), demonstrou claramente a existência de um “eu-virtual” para além do “eu-físico”, no indivíduo, ao mesmo tempo diferentes em certos aspectos, mas inseparáveis em outros. Há um mútuo condicionamento, principalmente no que se refere ao exercício de alguns direitos e garantias por parte dos indivíduos. Como no mundo virtual a tutela desses direitos se afasta do Estado e acontece por meio dos ecossistemas digitais controlados por agentes privados¹⁹, que basicamente traduzem essa interação por meio de dados que informam como seus algoritmos devem regular aquela realidade específica, é a lógica econômica que permeia e conforma tais direitos.

Esses direitos afastam-se da base da dignidade humana que os estruturou no âmbito do constitucionalismo, e passam a ter sua proteção (ou violação) fragmentada justamente em pontos de contato entre o indivíduo e a potencial lesão a esses direitos, como numa relação comercial contratual, ou melhor, como em uma relação de consumo. Essa coisificação dos direitos na esfera virtual, fragmentada e distante das bases que os constituíram, acaba por distanciar sua proteção do paradigma constitucional. Tais direitos passam a ser protegidos pela função que exercem na relação privada entre os agentes detentores de poder (econômico) e o indivíduo (usuário/consumidor). Como no mundo virtual essas relações são transformadas em dados, isso explicaria, segundo Callejon (2022), a recente ênfase em direitos de proteção de dados, como se fosse um direito-coringa, por meio do qual se tenta salvar todos os demais direitos fundamentais de violações.

Adicionalmente, o distanciamento dessas interações sociais virtuais do âmbito da Constituição e do Estado, e seu deslocamento para uma lógica privada econômica, atinge também a própria percepção da realidade por parte dos indivíduos. Reafirmando que a realidade virtual não é apenas um reflexo da realidade física, vale dizer que a realidade virtual também não é uma única realidade possível (Callejon, 2022).

Ao contrário, como também o mercado e a comunicação seguem a mesma lógica privada e descentralizada no mundo virtual, se distanciando do paradigma constitucionalista e da função que lhe é conferida nesse paradigma (ou de sua função social, nos termos da CF/88), quais sejam, a de mediar relações econômicas seguindo

¹⁹ V. nesse sentido, a atuação do *Meta/Facebook* como órgão “judicial” em Kadri (2022).

princípios de ordem constitucional e valorizando a dignidade humana no caso dos mercados, ou a de mediar a livre manifestação do pensamento, da opinião, da expressão, da informação e da comunicação jornalística, no caso das comunicações, também as interações econômicas e sociais acabam mediadas pelos interesses dos controladores desses ecossistemas virtuais.

A verdade então deixa de ser construída mediante o pluralismo do espaço público, a lógica da livre iniciativa e da livre concorrência passa a ser condicionada por fatores determinados pelos algoritmos, e, ao final, criam-se inúmeras percepções diferentes da realidade, pode-se dizer, a cada interação.

Nas palavras de Callejon (2022), cria-se não um pluralismo típico daquele legitimador da força normativa das constituições, mas um monismo pluralista, uma multiplicidade de "verdades", cuja reconstrução em consenso é praticamente impossível, dado que mediada não por uma referência comum, como a Constituição, mas por atores econômicos, cujo objetivo principal é o lucro (e mais poder). Ao mesmo tempo, a necessidade de se estar presente virtualmente, inclusive para poder exercer determinados direitos constitucionais analógicos²⁰, fazem com que não seja possível não compreender que essas realidades virtuais também compõem a realidade (total) e que simplesmente não há como dissociar mais os mundos físicos e virtual no que diz respeito a necessidade de se preservar os ganhos civilizatórios e democráticos trazidos pelo constitucionalismo contemporâneo, mesmo diante de tamanha ruptura de paradigmas.

Paradoxalmente, ao mesmo tempo em que essa complexidade das realidades (e da própria construção pública da verdade) impacta dois dos elementos básicos que compõe a cidadania estruturante do constitucionalismo contemporâneo: a democracia e o exercício e realização de direitos e garantias fundamentais, sejam eles individuais, sociais ou metaindividuais; a digitalização da vida oferece uma imensa possibilidade de expansão, alcance e inclusão com relação a essas mesmas condições de cidadania. Isto é, se pretendemos que as conquistas civilizatórias do constitucionalismo contemporâneo sejam incorporadas, adaptadas e transformadas na era digital, é preciso que, a exemplo do que ocorreu no pós-guerra, se pense na possibilidade de um conceito metaconstitucional(Thornhill, 2021) de cidadania digital, que permita às constituições nacionais e supranacionais, bem como a outros arranjos normativos de conteúdo

²⁰ cf. nesse sentido Dittus e Graham, 2022.

constitucional, recuperar a força normativa e o papel de referência cultural unificada para construção de consensos e neutralização de dissensos.

Não se trata aqui de uma mera transposição dos direitos consagrados no último meio século ao mundo digital. Isso seria apenas parcial e pouco efetivo diante do poder econômico descentralizado e transnacional. Também não basta a mera tentativa de internacionalização constitucional, porque, como temos afirmado, a característica fragmentada, não estatal e plural dos novos atores de poder que se guiam pelo lucro, cujos modelos de negócio e cujos algoritmos diferem entre si e que controlam o ambiente informacional, faria com que dificilmente se conseguisse um formula de constituição econômica capaz de pacificar de maneira global os diversos conflitos entre capital-trabalho-consumo.

O caminho para uma solução não passará, absolutamente, por uma única solução, mas por uma concatenação complexa de soluções que seja guiada pelo paradigma constitucional. Diante do poder desmesurado e da ameaça crível e iminente aos direitos e conquistas civilizatórias, o que se deve buscar é a retomada do equilíbrio constitucional factual, isto é, da capacidade de se estabelecer, com força normativa, princípios e regras constitucionais que atuem para contenção de poder e proteção de direitos, e que esta capacidade seja a prova de futuro.

A chave para esse caminho é a tradução: a compreensão do que seria o equilíbrio constitucional desejado partindo das características da sociedade digital, que inclui a realidade física e virtual (Celeste, 2022). Defendemos, também, que nessa descrição da sociedade digital sejam incorporadas também as devidas diferenciações quanto ao grau de realização do paradigma constitucional em cada região ou país do globo. Ou seja, uma correta compreensão da sociedade digital deve sim partir do fato de que essa é global e transnacional, mas sem deixar de deitar lentes sobre as realidades (físicas e virtuais) locais. E nesse papel, as Constituições nacionais (e o Estado) ainda possuem relevante função, sobretudo do ponto de vista da Constituição econômica.

A lógica que se defende aqui é que se procure uma abordagem que como em outros desafios do mundo contemporâneo, por exemplo a sustentabilidade, se pense no problema de maneira global, mas se atue localmente e de maneira mais precisa e específica para que se possa vencer o paradoxo da transformação digital: aproveitar os ganhos de progresso trazidos pela revolução industrial que a configura, sem abandonar as conquistas

civilizatórias e o programa de direitos e bem-estar do constitucionalismo. Esse caminho, para nós, é o do constitucionalismo digital, que aqui nesse trabalho servirá como ponto de partida para, de maneira específica e precisa, tentarmos endereçar como a livre concorrência e seu *enforcement* devem ser interpretados e aplicados à luz da Constituição brasileira, para melhor capacitar o Estado brasileiro a enfrentar a transformação digital da economia.

Mas, ainda antes de definirmos a conceituação e função do constitucionalismo digital para os fins do nosso trabalho, vale uma última e breve digressão sobre dois pontos fundamentais trabalhados até aqui: (i) do que falamos, em termos de configuração e direitos, quando nos referimos a sociedade digital? e (ii) o que seria, do ponto de vista dessa sociedade, uma constituição (ou constitucionalismo) que lhe servisse de referência?

1.4 A SOCIEDADE “DIGITAL”

Quando falamos sobre sociedade digital a que exatamente nos referimos? De fato, o conceito pode ter múltiplas camadas e níveis de definição. Mais do que isso, não é objetivo desse trabalho e, a nosso sentir, nem mesmo do próprio direito, a definição científica do que seja a sociedade digital.

Não obstante, para a discussão que estamos querendo fazer aqui faz sentido adotar, em linhas gerais, algum conceito e definição de características do que tratamos quando falamos em sociedade digital e dos impactos dela na discussão constitucional que aqui faremos, com foco no aspecto da livre concorrência. Se, como dissemos anteriormente, a chave para entendermos e definirmos um papel para o constitucionalismo diante da transformação digital é a tradução, isso é, a compreensão de como os valores do constitucionalismo contemporâneo podem restabelecer um equilíbrio constitucional diante das transformações da era digital, entender como essa transformação modifica a própria sociedade e as relações sociais e como isso impacta o sistema jurídico parece um passo intransponível.

Uma a primeira aproximação à ideia de sociedade digital poderia partir da ideia de ciberespaço. Neste sentido, a sociedade digital seria formada pelos habitantes do ciberespaço ou, simplificando, da Internet. Essa aproximação já contém uma complexidade inicial: definir o que exatamente é o ciberespaço, ou o que é a Internet e se esta pode ser sinonimizado aquele, se é mais ou menos abrangente. Edoardo

Celeste(2022), em sua obra sobre o constitucionalismo digital em que estuda os "*Internet Bills of Rights*" - documentos de "tom constitucional" que procuram estabelecer regras de contenção de poder e proteção de direitos para o mundo digital - como manifestação de uma reação constitucional às transformações causadas pela era digital, alerta para a dificuldade e inconsistência das definições de ciberespaço e mesmo de Internet.

Em sua "fundação", sobretudo com a massificação da Internet, o ciberespaço era visto por muitos como um ambiente totalmente livre, distante dos Estados, onde prevaleceria o conhecimento. Um dos expoentes desse ciberlibertarianismo, John Barlow, definiu o ciberespaço como um espaço social global, cujo pluralismo ilimitado seria a regra e onde o medo de ser coagido ou conformado pelos Estados ("gigantes cansados de carne e osso") não existiria (Barlow 1996). Esse tipo de argumento sustentava a ideia de que os estados-nações não deveriam interferir nas regras do ciberespaço, o qual deveria encontrar sua própria forma de governança.

De outro lado desse movimento libertário, quase utópico, diante da criação de uma nova realidade, existia uma contrarreação que rejeitava essa visão do ciberespaço como um mundo distinto, arguindo que um espaço totalmente puro ou livre seria uma utopia, tal qual como as formas de anarquismo até então conhecidas, e que, na verdade este ciberespaço seria guiado por um conluio entre governos e mercados, degenerando-se da ideia de mundo do conhecimento para um espaço de trocas baseadas em comércio e política (Celeste, 2022). E nesse sentido, o ciberespaço necessitava ser regulado, de alguma forma. Parte do presente trabalho é discutir exatamente algumas das iniciativas para essa regulação, do ponto de vista econômico e, mais especificamente, concorrencial, à luz do constitucionalismo digital e da necessidade de maior aderência dessa regulação com a governança regulatória previstas nas constituições econômicas dos Estados-nação.

Também com relação ao conceito de Internet a mesma inconsistência e pluralidade de definições é verificada. Recorrendo-nos novamente a Celeste (2022), a análise dos "*Internet Bills of Rights*" demonstra uma grande diferenciação entre os conceitos adotados nesses documentos. Mais do que isso, se olhamos para as próprias legislações formais, nacionais e supranacionais, essa variância conceitual também se faz presente, quando não é simplesmente omitida em favor de fórmulas mais principiológicas e abrangentes. Poucos são os casos de legislações que conseguiram formular um conceito de Internet que procure traduzir tanto seus aspectos técnicos e tecnológicos como também

aspectos materiais, objetivos e subjetivos. O Marco Civil da Internet brasileiro (Brasil, Lei 12.965/14) é um deles, e define internet como:

"o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes"

A indefinição tanto do conceito de Internet como daquilo que seria o seu "território", o ciberespaço, tem pelo menos duas razões: a natureza de evolução constante da tecnologia subjacente e seu caráter composto e multifuncional, tanto do ponto de vista técnico, como do ponto de vista do usuário. Por isso comumente ou em legislações formais ou nos *"Internet Bill of Rights"*, ou mesmo nos próprios códigos dos ecossistemas privados, criados e mantidos pelos algoritmos dos grandes agentes econômicos de tecnologia, a definição muitas vezes se restringe a um aspecto ou aplicação específica e, usualmente, ao direito (ou a ameaça a esse direito) afetado da vez, isso é, a situação fática que em determinado momento ou complexidade de momentos, justificou uma ação de governança.

Essa indefinição, no entanto, dificulta que se crie uma governança digital (e sua contraparte, uma cidadania digital) que seja regulada por normas (estatais ou não, formais ou não) à prova de futuro. Essa complexidade reflete que, na verdade, a indefinição se dá muito mais porque estamos tratando de um *"working in progress"* (Celeste, 2022). Se olharmos para trás, e partirmos da primeira versão que se massificou da internet e do ciberespaço e compararmos com o que temos hoje, mais de 30 anos depois do lançamento da *world wide web* como um serviço público de internet, constataremos uma diferença abissal em termos de aplicações, disseminação e complexidade de relações possíveis de se estabelecer por essa forma de comunicação.

Não é difícil prever o impacto dessa evolução nos sistemas sociais. Se pensarmos, com Luhmann (2009), que a sociedade na verdade é composta por comunicações entre sistemas, a revolução gerada pelo ciberespaço nas comunicações atinge diretamente a forma como cada sistema se abre cognitivamente aos demais sistemas e a forma como absorve as irritações e as reproduz internamente.

Essa mera análise empírica superficial é capaz tanto de justificar a defesa daqueles que, como Easterbrook (1996), defendem que o ciberespaço não deveria ser regulado pelo

Estado e pelo sistema jurídico, uma vez que é algo pouco compreendido por estes, ou como os ciberlibertários mais radicais, que defendem uma distinção absoluta do mundo digital do mundo físico (e dos Estados), como, por outro lado, também é capaz de justificar a necessidade de se estabelecer alguma forma de governança que vá além da mera relação (econômica) entre usuário e provedor ou da necessidade de se conformar ao direito alguma inovação tecnológica mais saliente, cuja publicização e comercialização passou a ameaçar direitos.

Ocorre que, para decepção, ou ao menos em contraponto ao sentimento utópico de liberdade inicial, as evoluções mais recentes da tecnologia têm contribuído para diluir cada vez mais a fronteira entre o mundo físico e virtual, gerando interdependência e influencia recíproca e, conseqüentemente, uma necessidade maior de governança. Viver no mundo virtual passou a ser parte fundamental da nossa existência, inclusive no que diz respeito a forma e possibilidade de exercício de direitos fundamentais. Não estamos mais falando de um mundo periférico, mas de um mundo policêntrico, onde físico e virtual efetivamente se alternam em importância e se complementam, como num ecossistema. E nesse sentido, o mundo virtual, a Internet (e o ciberespaço por ela constituído) adquire um nível constitucional de relevância (no sentido dos valores do constitucionalismo contemporâneo: equilíbrio entre poder, direitos e proteção social, via democracia).

Mais do que isso, alguns eventos globais recentes e cuja origem no ciberespaço é o elemento comum, como o caso Snowden²¹, o escândalo Cambridge Analytica²² e diversos episódios relacionadas a crises democráticas em variados pontos do globo, demonstram que a governança "independente" do ciberespaço e da internet não foi capaz de, sozinha, impedir que o poder político e econômico também não se sobrepusessem ao império do conhecimento e da razão, que estavam na origem da ideia libertária da sociedade digital, habitante do ciberespaço.

Como, no entanto, preservar os benefícios e as evoluções da transformação digital, inclusive na sua integração ao mundo "físico" e ao mesmo tempo criar um referente

²¹ GEARINI, Victória, Espionagem, ameaças de morte e exílio: o famoso caso de Edward Snowden, Aventuras na História, disponível em: <<https://aventurasnahistoria.uol.com.br/noticias/vitrine/historia-caso-edward-snowden.phtml>>. acesso em: 13 out. 2023.

²² Cambridge Analytica: tudo sobre o escândalo do Facebook que afetou 87 milhões - Olhar Digital, disponível em: <<https://olhardigital.com.br/2018/03/21/noticias/cambridge-analytica/>>. acesso em: 13 out. 2023.

cultural, parece ser o desafio do constitucionalismo contemporâneo "digital". Não obstante a indefinição do que seja exatamente a Internet e o ciberespaço, é possível extrair alguns elementos comuns desses conceitos que ajudam a compreender o que devemos considerar como a sociedade digital.

Por definição, estamos falando de algo global, fora da centralidade dos estados e plural (no sentido de diversidade, de interesses, forças, ideologias e culturas). Ao mesmo tempo estamos falando de interações globais, mediadas em um espaço público que, no entanto, possui uma série de atores privados dominando "partes" ("ecossistemas") dentro desses espaço, cuja capacidade de mediação dessas interações deriva diretamente de seu poder econômico baseado no controle que exercem sobre a inovação e os meios tecnológicos e financeiros, além de sua desvinculação de um território único de regulação estatal.

Se parte da utopia inicial da Internet se torna efetivamente possível, com uma grande disseminação de informação de forma e conteúdo diversos e plurais, tal disseminação ameaça direitos individuais e sociais na medida em que é mediada pelo controle privado da variável chave dessas relações, que são os dados. Essa variável transforma a própria relação dos participantes da sociedade com seus direitos e com a sua capacidade de contrapor esses direitos, individual e coletivamente, contra os detentores do poder. Por outro lado, como a outra parte da utopia, a de que existe um mundo virtual distinto do mundo "físico" não corresponde à realidade, ao contrário, há um amálgama entre o mundo analógico e o digital, uma grande parte dos direitos e da proteção social, em resumo, do bem-estar programado pelas constituições normativas, somente pode ocorrer plenamente se traduzido do meio físico ao mundo digital e vice-versa.

Na medida em que isso não depende mais somente do Estado, cujo poder é contido pela Constituição, há um perceptível aumento do risco de lesão a direitos, proporcionalmente ao aumento da própria contingência, isto é, das alternativas possíveis de realização desses direitos. Em termos *luhmannianos*, há um aumento de contingência sistêmica (situações novas que precisam ter sua complexidade apreendida pelo direito, por meio dos meios tradicionais de seleção desse sistema, que nem sempre acompanham a evolução tecnológica) e extra sistêmica (aumento de possibilidades de alternativas que os demais sistemas sociais, como a política e a economia, passam a apresentar evolutivamente, que nem sempre correspondem à aquisição evolutiva que resultou na

Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas, isso é, como a ponte que submete os conflitos sociais e os dissensos à pacificação regulada pelo sistema jurídico).

Diante disso, também é útil para este trabalho, analisarmos a sociedade digital por um outro prisma, qual seja, o da transformação digital dos próprios direitos subjetivos e sociais e da relação dos indivíduos com os novos agentes de poder. O constitucionalismo contemporâneo tem como uma de suas características a conexão indissolúvel entre a declaração de direitos e sua proteção. A Constituição, sobretudo as normativas, além de declarar direitos de primeira, segunda e terceira geração oferece as garantias ao seu cumprimento, o programa institucional de sua realização pelo Estado e a possibilidade desses direitos serem adjudicados, inclusive com respeito ao cumprimento da Constituição (Grimm, 2011;2016). Na sociedade digital, entretanto, como já tratado aqui, as relações sociais distanciam-se do contexto institucional do Estado. Mais do que isso, tais relações são travadas em contextos públicos geridos por interesses privados e desvinculados do Estado, seguindo uma lógica puramente econômica e desterritorializada.

Aliás, sendo a transformação digital mais uma etapa da globalização - a 3ª globalização para Callejon (2022) -, essa desterritorialização lhe é uma característica quase que intrínseca, assim como ocorre com outros problemas decorrentes da globalização, como a sustentabilidade e a emergência climática, a migração em massa ou o terrorismo. Emergem, de um novo contexto de sociedade, novos problemas, cuja solução demanda uma complexidade de níveis e atores que vão muito além do Estado e mesmo de organizações supranacionais de Estados, e dependem de uma multiplicidade de atores, dentre eles, no caso da sociedade digital, as grandes companhias de tecnologia que atuam como soberanos em cada ecossistema ou "domínio" do ciberespaço. Acontece que, no caso desses novos atores, a lógica do poder econômico prevalece e nem sempre, ou quase nunca, encontra contenção pela constituição econômica dos estados.

Nesse sentido, há uma ruptura entre a declaração de direitos das constituições locais e sua proteção na ordem econômica global e difusa do mundo digital, o que gera um vazio de discurso constitucional com relação a sua proteção, que passa a ser direcionada como uma proteção aos direitos de usuários, ou seja, uma proteção de direitos no âmbito da relação econômica travada entre os ecossistemas digitais e os "habitantes" do mundo digital. A cidadania é reduzida ao consumo e, mais ainda, aos dados gerados nessa relação (em muitas das relações o usuário acredita estar em um ambiente de

liberdade e gratuidade, mas na verdade a contrapartida que ele oferece ao agente dominante do "espaço" são os dados gerados pela relação, que vão ser transformados em conhecimento e em novos produtos, aplicações, domínios e etc, ou seja, em mais poder econômico).

Não é à toa que se vê, com a transformação digital, uma hipertrofia do direito do consumidor ou da proteção de dados. Porém, mesmo estes direitos se distanciam da lógica constitucional em que foram criados (dignidade humana, privacidade, liberdades e garantias fundamentais) e se constituem muito mais em uma lógica contratual privada, o que resume sua proteção ao momento de sua (potencial) violação (Callejon, 2022). O sujeito de direitos nessa lógica também é objeto de direitos, uma vez que seu papel na relação (e a extensão da sua proteção de direitos), importa apenas na medida de seu potencial gerador de dados para os detentores do poder. Callejon (2022) afirma que essa "coisificação" do próprio sujeito de direitos em objeto é talvez a principal deterioração causada ao constitucionalismo contemporâneo pela globalização e pela transformação digital.

Essa desvinculação subjetiva e objetiva gerada pela transformação no exercício de direitos é mais facilmente enxergada pelas lentes dos direitos individuais e garantias fundamentais, mas ela também acontece com relação aos direitos sociais e econômicos, como o exercício da livre iniciativa e a livre concorrência. As constituições econômicas também deixam de ser o referente de conteúdo para esses princípios na ordem econômica digital, deslocando-se também para uma lógica mais contratual e privada, onde o poder econômico parece ser incontestado e avança sobre as mais diversas categorias econômicas, criando relações de dependência tecnológica. Também aqui os dados se tornam uma barreira à liberdade e, mais do que isso, um componente de essencialidade para o desenvolvimento de negócios. Assim não é apenas na relação usuário-provedor que há um afastamento entre a institucionalidade e a proteção de direitos, mas também no próprio acesso aos espaços públicos e aos mercados, que são condicionados por entes privados transnacionais com base em interesses não necessariamente relacionados à funcionalidade da economia para o desenvolvimento, mas apenas do próprio lucro.

Paradoxalmente, no entanto, tanto em termos de direitos individuais como em termos de direitos e liberdades sociais e econômicas, o ambiente digital possibilita uma expansão de sua realização, diante da dimensão e disseminação das interações sociais, dos processos comunicativos e da informação possibilitada na sociedade digital. Ao

mesmo tempo, essa expansão de possibilidades também influencia e modifica a vida analógica, transformando-a e criando uma relação de dependência. Nesse sentido, o que se verifica é um processo contínuo de digitalização da vida, no que diz respeito tanto às formas de se relacionar econômica e socialmente, como também de exercer direitos individuais. E, dessa forma, a transformação digital importa tanto numa camada adicional de complexidade à realização de direitos fundamentais e ao exercício de liberdades, os quais precisam ser adaptados e muitas vezes são condicionados pela nova realidade híbrida, como fazem surgir novas realidades de direitos e liberdades especificamente conectadas ao seu caráter digital.

A expansão da possibilidade de trocas de informação e interações sociais trazidas com o mundo digital massifica a possibilidade de que o exercício ilegal dessas liberdades afete direitos fundamentais. Embora isso não seja inerente ao mundo digital, com a transformação digital aumenta a probabilidade de ocorrência desses conflitos e também seu alcance e sua capacidade disruptiva no contexto social. Essa potencialidade lesiva, no entanto, não é acompanhada pelas instituições que, no Estado, ofereciam a contraposição constitucional a elas, por meio da proteção de direitos e da adjudicação dos mesmos. Ademais, como, na verdade, a sociedade física, localizada nos Estados, é ao mesmo tempo fragmento da sociedade digital globalizada e a existência híbrida passa a ser inevitável, o resultado é uma clara tensão entre a prevalência econômica privada no âmbito global, não necessariamente voltada para a proteção de direitos fundamentais, e a resistência dos valores do constitucionalismo ainda presentes no seio da sociedade física.

A Constituição do estado perde sua centralidade como fator cultural referente da complexidade da sociedade e parte de sua capacidade de pacificação social pela submissão dos conflitos e dissensos ao Direito. Não obstante ela não deixa de ser um importante paradigma de reação para que se restabeleça o equilíbrio entre poder e direitos. É nesse sentido que se verificam, por exemplo, alguns movimentos de reação aos impactos da transformação digital. Tais movimentos tem sido entendidos, por autores como Edoardo Celeste (2022), como reações "constitucionais", no sentido de uma constitucionalização da sociedade digital.

O autor compara essas reações a terceira lei de Newton (diante de uma ação potencialmente causadora de desequilíbrio constitucional, haverá uma reação de igual proporção, "constitucional", portanto). Outras comparações trazidas por Celeste (2022) também são bastante ilustrativas desse movimento de reação, como a referência ao duplo

movimento de Karl Polanyi (2000)²³, que de fato, é um excelente referente histórico e social sobre uma "grande transformação" social contrabalançada por uma reação normativa, motivo pelo qual a retomamos aqui *in verbis*:

A história social do século XIX foi, assim, o resultado de um duplo movimento; a ampliação da organização do mercado em relação às mercadorias genuínas foi acompanhada pela sua restrição em relação às mercadorias fictícias. Enquanto, de um lado, os mercados se difundiam sobre toda a face do globo e a quantidade de bens envolvidos assumiu proporções inacreditáveis, de outro uma rede de medidas e políticas se integravam em poderosas instituições destinadas a cercear a ação do mercado relativa ao trabalho, à terra e ao dinheiro. Enquanto a organização dos mercados mundiais de mercadorias, dos mercados mundiais de capitais e dos mercados mundiais de moedas, sob a égide do padrão-ouro, deu um momentum sem paralelo ao mecanismo de mercados, surgiu um movimento bem estruturado para resistir aos efeitos perniciosos de uma economia controlada pelo mercado. A sociedade se protegeu contra os perigos inerentes a um sistema de mercado auto-regulável, e este foi o único aspecto abrangente na história desse período.

Na verdade, como nos relembra Celeste (2022), essa alternância entre equilíbrio e desequilíbrio factual relativo é a marca histórica do constitucionalismo, sobretudo o constitucionalismo contemporâneo. Em todos esses momentos de conquistas vigorou uma transformação social que impulsionou a gestação e geração de novos direitos a serem incorporados nas constituições. As sociedades estão em constante evolução (aumento de complexidade) enquanto regimes constitucionais pretendem prover a elas um equilíbrio de longo prazo. Assim é natural que em momentos de transformações sociais chave, a constituição se “renove” ou se “adapte” para continuar sendo capaz de prover o referido equilíbrio.

Um exemplo claro disso é a doutrina de direitos humanos que normalmente costuma classificar os direitos "por geração", a saber, individuais, coletivos e metaindividuais. Todas essas gerações de direitos foram antecidas por momentos de

²³ A referência de Celeste (2022) à Polanyi (2010) não significa uma adesão deste autor ou do próprio Celeste a ideologia pretendida na “Grande Transformação”, mas serve como um exemplo de correlação de forças transformadoras e ação e reação diante de uma revolução industrial.

desequilíbrio factual das ordens constitucionais vigentes, momentos esses em que houve uma reação social a uma determinada transformação ou ruptura, que, posteriormente se traduziu em reação normativa.

O que difere, desde a onipresença da globalização econômica (e as crises que a sucederam, como a financeira e a pandemia), mas de forma mais acentuada com a transformação digital, é a desterritorialização do desequilíbrio, a fragmentação e a desigualdade das suas causas e consequências, e a presença de diversos novos atores para além do Estado, que perde seu protagonismo, embora ainda seja, sobretudo em regiões menos desenvolvidas, o principal catalisador das tensões causadas pelo desequilíbrio.

E é nesse sentido que não basta meramente uma atualização "constitucional" sobre o conteúdo de direitos e sobre o controle do poder, mas a compreensão de como essa dinâmica acontece em uma sociedade que, além de física e local, também é digital e global.

Como defende Teubner,(1993) é necessário um movimento de dupla reflexão, generalizando e re-especificando o conteúdo do direito constitucional, para que este compreenda também o caráter digital da sociedade e sua complexidade. Vale dizer, para além do paradigma de cidadania firmado no constitucionalismo do pós-guerra, baseado numa metaconstituição individual (Thornhill, 2021), consubstanciando a ideia de cidadão de maneira difusa (ao mesmo tempo descrevendo todos os indivíduos, mas sem descrever nenhum particularmente) parece ser necessário que se construa também um conceito metaindividual de cidadania digital para que, novamente, seja possível de ser generalizado de maneira abrangente (e global), mas que ao mesmo tempo descreva e especifique os indivíduos como parte de uma sociedade híbrida, no qual o Estado ainda participa de forma decisiva, embora não mais isoladamente.

Da mesma forma que as declarações de direitos internacionais conformaram e influenciaram as constituições, sobretudo a normativa, no pós-guerra, parece que chegou o momento de que algum tipo de cidadania digital, baseado em uma "constituição" também seja capaz de ser acrescentada a ideia de cidadania do constitucionalismo contemporâneo e de conectá-la com a era digital.

Celeste (2022) traz, por exemplo, alguns direitos "novos", que surgem da reação social ao desequilíbrio constitucional causado pela transformação digital, que podemos considerar que formariam parte dessa ideia de cidadania digital, como o direito à

informação digital, o devido processo online, o direito de acesso à internet e o sistema de proteção de dados. Embora todos tenham alguma raiz em direitos básicos da cidadania tradicional, o conteúdo com o qual os mesmos têm se manifestado já revelam uma tradução baseada na dinâmica social digital, inclusive com relação aos ônus e responsáveis pela realização e garantia dos direitos.

O mesmo Celeste (2022) nos lembra que, no entanto, essa ação-reação ainda não revela uma revolução constitucional, mas sim uma série de transformações direcionadas a reação contra alguns dos impactos da transformação supracitados. Provavelmente isso se relaciona com a “maturidade” constitucional de cada Estado, bem como o grau de desenvolvimento, digitalização e inclusão de cada sociedade atingida. Esse ponto é bastante importante para o trabalho que aqui se pretende realizar.

Partimos aqui da premissa de que a sociedade digital não é distinta da(s) sociedade(s) físicas. Pelo contrário, há uma relação clara de interdependência e influência, ou, até mesmo, de continência. Mas o aspecto digital das sociedades físicas traz elementos transformadores do ponto de vista da relação sociedade-Estado. No campo digital, a sociedade é global, fragmentada, e não possui o mesmo paradigma da cidadania de direitos baseado no binômio declaração-proteção institucionalizada e nem os mesmos instrumentos para a contenção do abuso do poder, dado que este também é exercido de maneira desterritorializada e por agentes difusos que vão bem além do Estado. Mas como também parece claro, essa sociedade digital também não é inerte ao desequilíbrio causado pela transformação da referência, e apresenta reações que inclusive se revelam, em boa parte, "traduzindo" direitos e formas de controle de poder tendo como ponto de partida a referência do constitucionalismo.

Essas reações sociais, cujo conteúdo funcional e abrangência permitir-lhes-ia atribuir o caráter de "constitucional" formam, com as constituições formais, da sociedade física/analógica, um sistema de vasos comunicantes (Celeste, 2022). Assim também parece claro que a capacidade de reação social (constitucional) das sociedades digitais será maior ou menor conforme o grau de desenvolvimento da sua face física/analógica, ou seja, conforme o constitucionalismo tenha melhor se realizado ou não em determinado Estado.

Isto nos leva a reflexão de que, embora pareça claro que a sociedade digital é globalizada e deve ser compreendida pelo constitucionalismo para que os valores e

conquistas desse sejam traduzidas para a transformação digital, é necessário também que tais valores e conquistas sejam definitivamente cristalizados nas sociedades físicas, isto é, que a cidadania do pós-guerra tenha efetivamente sido traduzida em inclusão e bem-estar.

Nesse sentido, embora uma discussão sobre um novo referente cultural para a sociedade digital, uma "constituição da internet" deva ser um paradigma a ser perseguido pelo constitucionalismo, a necessária reabilitação das constituições formais, sobretudo aquelas cuja normatividade é voltada para um programa de redução de desigualdade e promoção de bem-estar, como a brasileira, e que possuem na sua ordem econômica, justamente, a capacidade de permitir, via direito, que se possa ao mesmo tempo absorver os ganhos do desenvolvimento econômico e do progresso (inclusive tecnológico) e por outro lado conter e coibir o abuso do poder econômico, parece ser um passo fundamental.

Essa constatação, sobretudo em países que ainda possuem déficit de cidadania e bem-estar no campo físico, será fundamental para esse estudo, em que se defende o constitucionalismo digital como uma forma de incorporar e traduzir a transformação global da sociedade na era digital sem abrir mão da capacidade estatal de intervenção, tanto para pacificação social como para o fomento econômico inclusivo e sustentável.

Assim, como procuraremos demonstrar mais pra frente, promover a livre concorrência com base no constitucionalismo digital não é somente criar meios de contenção de poder das grandes companhia tecnológicas, mas permitir que da revolução tecnológica se possa tanto se valer da imensa capacidade de expansão de direitos trazidas pela tecnologia para a sociedade digital como garantir que a compreensão dessa sociedade global e a tradução e institucionalização da proteção dos direitos e garantias a ela inerentes sejam de fato absorvidos pela sociedade física de acordo com seu contexto local.

Não obstante, ainda antes de prosseguir para uma definição e características do que entendemos por constitucionalismo digital para os fins desse trabalho, é válido pensarmos em qual poderia ser o referente cultural da sociedade digital ou, se quisermos usar termos *luhmanianos*, a aquisição evolutiva responsável pelo acoplamento estrutural entre a sociedade e o sistema jurídico na era digital, ou seja, o que seria a "constituição digital" ou a "constituição da internet".

O tema é importante não apenas para entendermos como as reações sociais à transformação digital tem revelado questões constitucionais, mas também porque é,

normalmente, o principal ponto de diferenciação e crítica entre os teóricos do constitucionalismo digital. Desde logo, importa dizer que não defendemos aqui um deslocamento do constitucionalismo democráticos dos Estados na linha de uma “constituição metaestatal” digital. O que defendemos é a capacidade do constitucionalismo contemporâneo absorver e traduzir os anseios da sociedade digital em um sistema de proteção e promoção de direitos típicos do constitucionalismo.

1.5 A CONSTITUIÇÃO DA SOCIEDADE DIGITAL

Conforme temos visto, as evoluções mais recentes da tecnologia têm contribuído para diluir cada vez mais a fronteira entre o mundo físico e virtual, gerando interdependência e influência recíproca. Viver no mundo virtual passou a ser parte fundamental da nossa existência, inclusive no que diz respeito a forma e possibilidade de exercício de direitos. Assim, a sociedade digital e a sociedade física convivem numa relação de continência, em um mundo policêntrico, onde físico e virtual efetivamente se alternam em importância e se complementam. Daí a ideia de ecossistema geralmente presente nos estudos sobre a transformação digital e sobre a globalização.

Nesse contexto, a Internet ou o ciberespaço, ganham uma relevância constitucional, na medida em que representam o *locus* das relações sociais globais, "fora do estado". É o território desterritorializado e fragmentado, plural e global. Essa relevância pode ser empiricamente observada em diversas formas e justamente nisso que reside aquilo que na seção anterior tratamos, utilizando-se da nomenclatura proposta por Celeste (2022), de reações constitucionais da sociedade digital a um desequilíbrio constitucional desencadeado pela nova conformação da relação entre poder e cidadania vigente na era digital globalizada. Como característica intrínseca a esse desequilíbrio parece sempre estar a ampliação da possibilidade de exercício o de liberdades e direitos sem a contrapartida da garantia e proteção política (isto é, contra o poder).

Um exemplo empírico já bastante estudado, ao menos desde 2016, é a própria transformação da democracia. Sem aqui adentrar em uma longa e centenária discussão sobre o que é democracia, mas adotando-se como conceito-quadro, as condições gerais de Adam Przewski (2010, tradução nossa) para a sua existência, quais sejam: igualdade (todo participante deve ter igual capacidade de influenciar decisões coletivas), participação (todo participante deve ter capacidade efetiva de influenciar algumas das

decisões coletivas,), representação (as decisões coletivas devem ser implementadas por aqueles eleitos para implementá-las) e liberdade (o sistema jurídico deve habilitar uma cooperação segura, sem interferências indevidas), pode-se concluir, com base no mesmo Przewowski (2010), que as democracias, no constitucionalismo contemporâneo, são caracterizadas como um procedimento de processamento de conflitos sociais por meio de eleições competitivas, em que as decisões políticas (de governo) são tomadas por representantes eleitos e as leis e políticas públicas são decididas por procedimentos majoritários em um cenário de liberdades políticas amplas a permitir eleições efetivamente livres e competitivas, (liberdade de expressão, de acesso a fontes alternativas de informação e de associação)²⁴.

Pois bem, se refletirmos sobre essas condições e características baseados na ideia ou utopia original da Internet, do ciberespaço como um "mundo do conhecimento" não é difícil entender como as evoluções tecnológicas podem, em tese, aumentar a capacidade democrática das sociedades. É característico dos meios digitais a ampliação do acesso a informação, a maior capacidade de comunicação que permite maior disseminação da expressão e maior interação entre agentes, possibilitando um grau ainda maior de capacidade de organização e associação. Mais do que isso, os canais de comunicação do mundo digital aproximam representantes e representados, opinião pública do governo e a capacidade de influência efetiva em decisões desse último (já se tornou praticamente corriqueiro, entre nós, a existência de uma dinâmica de ação e reação por meio da mobilização nas redes sociais logo após uma decisão de governo ou de um discurso de um representante eleito, conforme sua repercussão negativa ou positiva).

Não obstante, escândalos como o da Cambridge Analytica, e os vários e sucessivos exemplos de crises democráticas recentes cujo catalisador foi, justamente, a capacidade de disseminação de notícias falsas e discursos de ódio e de mobilização/organização via rede sociais²⁵, demonstra que, ao contrário da utopia original, a ampliação do espaço público pela internet não necessariamente foi

²⁴ Bobbio (1986) acrescentaria os direitos da minoria e Dahl (2012) o direito a ser eleito, como corolários a esse cenário de eleições efetivamente livres.

²⁵ Cf. por exemplo, a invasão do Capitólio nos Estados Unidos em 2020 e os atos antidemocráticos de 08.01.2023 no Brasil.

acompanhado de mecanismos de regulação e pacificação que permitisse de fato que tal espaço fosse apenas "de conhecimento", não sujeitos a manipulação e controles²⁶.

De fato, como o controle desse espaço público, desses ecossistemas, é exercido por atores privados, os quais são monopolistas (em termos econômicos e políticos) nos seus respectivos ambientes, não necessariamente existe um compromisso prévio com a diversidade e pluralidade na mediação da informação, nem mesmo com a construção da verdade. Pior, há inclusive incentivo a uma forma de interação e engajamento em "bolhas" que conduzem necessariamente a vieses pelo simples fato de que isso aumenta a audiência e, bem assim, o lucro desses atores dominantes. Em nome de uma suposta "liberdade de expressão" absoluta cujo conteúdo depende única e exclusivamente da concepção de liberdade do agente monopolista privado, permite-se a criação de realidades e verdades alternativas que, ao fim e ao cabo, pode distorcer o procedimento democrático. Em momentos eleitorais isso é ainda mais acentuado, dado que o próprio debate eleitoral se transfere se distancia da realidade local e se transfere para a arena digital global, passando a seguir não mais as regras procedimentais do constitucionalismo, mas as regras dos ecossistemas privados, cujo referente cultural não é necessariamente a Constituição que rege o sistema democrático e eleitoral em questão. O exemplo da democracia é talvez o que melhor ilustre o descasamento entre a capacidade "reguladora" e "referencial" das constituições normativas e o espaço público de exercício na sociedade digital de direitos nela previstos²⁷.

Mas, se pensarmos em outros postulados do constitucionalismo democrático liberal, como a livre iniciativa e livre concorrência, veremos esse mesmo efeito: a evolução tecnológica permite via interação e comunicação, uma ampliação dos mercados de maneira sem precedentes. As possibilidades comerciais são ampliadas tanto no que diz respeito ao acesso a insumos como no aumento do público-alvo. A tecnologia amplia a capacidade de inovação e novos produtos e serviços (e mercados) são criados. A diferenciação entre produtos e serviços para satisfazer (dar *match*) com as exatas preferências dos consumidores pode chegar a níveis quase que individuais. Tudo isso revolucionou a maneira de fazer negócios, a circulação de mercadorias e do dinheiro em

²⁶ A recente decisão do STF relacionada à negativa da plataforma X (ex-Twitter) de descumprir decisões judiciais de retirada de conteúdos e contas que praticavam crimes demonstra um pouco a dificuldade estatal de controlar a violação de direitos na sociedade digital, com implicações inclusive em questões de soberania estatal.

²⁷ Nesse sentido, a recente atividade normativa do Tribunal Superior Eleitoral é bastante esclarecedora.

um mundo já globalizado. Mais do que isso, permitiu a democratização do acesso a determinados tipos de bens e serviços para populações que não tinham acesso a isso.

Não obstante esses claros benefícios, que trataremos com ainda mais detalhe mais adiante, essa suposta "liberdade absoluta" também é mediada pelos mesmo atores monopolistas dos grandes ecossistemas, gerando, da mesma maneira que outros exemplos, distorções e conflitos cuja pacificação não está mais vinculada às constituições econômicas, mas a lógica própria destes atores, os quais também muitas vezes atuam diretamente nos mercados, por meios de empresas e grupos econômicos a eles coligados.

Essa distorção, no caso da livre concorrência, é ainda maior se pensarmos que estes próprios agentes que controlam os ecossistemas digitais baseiam seu poder no poder econômico e no fato de que, para a sociedade digital, se tornaram verdadeiros *gatekeepers*, no sentido de que mediam e controlam a própria possibilidade do exercício de um direito (no caso da livre iniciativa) nessa sociedade.

Essa breve digressão demonstra, novamente, que um dos principais desafios do constitucionalismo contemporâneo em relação a sociedade digital (que como vimos é amalgamada à sociedade "física") é encontrar, tal qual como as Constituições, uma referência capaz de criar uma ideia metaindividual de cidadania digital, que permita a institucionalização da declaração e proteção de direitos e contenção do poder, reconhecendo, nesse particular, a existência de poderes privados sobre novos espaços públicos de interação, que são globais, e reconectando, por meio dessa nova referência, a constituição normativa dos Estados com a realidade social.

Como já mencionado, o distanciamento da centralidade do Estado e da Constituição não impediu uma constitucionalização da sociedade digital, ainda que esse movimento não possa ser considerado como uma revolução ou de maneira uniforme. Conforme ensinam os exemplos citados de reação constitucional anteriormente citados, e também os exemplos do paradoxo ampliação do direito/ampliação do risco de violação do direito na sociedade digital, a constitucionalização digital se dá em um contexto de pluralidade e fragmentação, o que significa que não há uma resposta simplista para a solução dos conflitos, bem como que tal solução pode (e deve) variar conforme fatores geográficos, subjetivos e de desenvolvimento econômico e social.

Nesse contexto essa constitucionalização digital tem acontecido por meio de uma tradução progressiva de valores e princípios do constitucionalismo, cuja base é a

compreensão da própria sociedade digital. Em termos *luhmanianos*, a seletividade e estabilização dessa constitucionalização se dá de forma complexa, sendo a resposta à irritação sistêmica apenas o primeiro passo. Por fim, essa constitucionalização se dá, necessariamente e primeiramente por *input* da sociedade. Não se trata de um processo *top-down* de feitura de leis por meio de representantes eleitos. Essa constitucionalização “digital” é composta não somente de reações nascidas dentro do sistema jurídico, mas sobretudo por aquelas nascidas fora dele, no seio dessa sociedade digital, mas com “escopo” constitucional, qual seja, contenção de poder e proteção de direitos.

A partir dessa perspectiva, podemos identificar alguns elementos que caracterizam essa constitucionalização digital: (i) a existência de uma pluralidade de fontes normativas que regulam a sociedade digital, tanto públicas quanto privadas; (ii) a necessidade de uma interpretação constitucional aberta e dinâmica, capaz de incorporar os valores e princípios da sociedade digital; (iii) a importância do diálogo entre os diversos atores envolvidos na regulação da sociedade digital, tais como os usuários, as empresas, os governos e as organizações internacionais; (iv) a busca por uma efetividade dos direitos fundamentais na sociedade digital, mediante o reconhecimento das especificidades desse ambiente e das novas formas de exercício da cidadania; (v) a promoção de uma participação democrática e inclusiva dos cidadãos na construção das normas que regem a sociedade digital (Celeste, 2022).

Diante desse processo de constitucionalização surge então a discussão sobre a possibilidade de existência e adoção de uma “Constituição da Internet”, que seja capaz de servir como referência global para a sociedade digital. Celeste (2002, p. 93) descreve essa ideia como “*An ambitious demand, originally advocated at academic level, which, as we will see, interestingly had a significant following, especially among civil society groups.*”. A resposta à pergunta sobre o que seria essa constituição da internet tem variado bastante. Entre os acadêmicos, essa resposta dependerá, em muito, da própria concepção normativa sobre o constitucionalismo contemporâneo que cada um adote.

Nos deteremos aqui a algumas dessas contribuições que consideramos mais condizentes com as premissas de constitucionalismo digital que adotaremos no próximo capítulo e sob as quais pretendemos analisar os impactos da transformação digital da economia na livre concorrência à luz da Constituição Federal brasileira. Nesse sentido, inclusive, embora das diversas teorias sobre qual e como seria a constituição da internet haja uma forte tentativa de dar-lhes alguma carga normativa (no sentido estrito de

fornecer regras sobre regras no ambiente digital) nossa intenção aqui é muito mais atermo-nos aos aspectos instrumentais que podemos extrair dessas noções e à utilidade desses aspectos para a nossa proposta de reabilitação da força normativa das Constituições dos estados, em particular da Constituição Federal de 1988, por meio da tradução de referências da cidadania digital para a cidadania formal.

Um ponto em comum das ideias que traremos que é bastante relevante mencionar antes de proceder a uma categorização das "constituições" da internet parece ser uma superação, ao menos entre a maioria dos estudiosos, da ideia original do ciberespaço como um território de liberdade absoluta, sem regras e procedimentos, cujas condições são unicamente aquelas do "conhecimento". Vale notar que até mesmo críticos do constitucionalismo digital, não descartam a existência de uma Constituição (ainda que em sentido apenas empírico) desse espaço digital²⁸, representando, no mínimo, condições que constituem uma unidade política que prevalece sobre outras.

Outros dois pontos que, se não superados, também parecem já distantes do senso predominante entre os acadêmicos, é a possibilidade de que essa constituição seja universal (valha para toda a sociedade digital) e que ela seja obtida por meio exclusivo da autorregulação dos agentes/atores digitais. Feitos esses esclarecimentos, em linhas gerais, podemos categorizar as ideias de constituição da internet em três grupos, entre os quais há uma relação de interdependência e influencia recíproca.

Em um primeiro grupo, alguns autores defendem a identificação da Constituição à própria tecnologia que permeia a sociedade digital. Não seriam hipóteses propriamente de constituição da internet, mas de constituição *na* internet. Em um slogan já famoso e que geralmente inicia qualquer discussão sobre a constituição do ciberespaço, Lawrence Lessig (2000) afirma que "*code is law*". Em seu entendimento, a norma legal se invisibiliza na sociedade digital na medida em que é incorporada à estrutura dos códigos que constituem a internet.

Desta forma, ao usar a internet e interagir com os códigos estruturados por ela, não restaria a possibilidade de infringir a lei, dado que esta teria sido incorporada ao código. O código constitui um limite físico, na medida em que a única ação disponível é aquela oferecida pelo código, que é de acordo com a lei, não há mais espaço entre a lei e

²⁸ V. nesse sentido Sirota (2023).

sua observância e/ou sanção pela não observância. A ideia, embora tentadora, enfrenta desde logo alguns desafios.

Primeiro, o fato de que os códigos e a inteligência artificial deles decorrentes são programados por atores privados. Segundo, pelo fato de que diante da fragmentação e globalidade do próprio espaço regulado, se exigiria uma fragmentação e pluralidade de códigos distintos que provavelmente inviabilizaram a capacidade desses códigos de exercerem uma das funções da constituição, que é a de vincular presentes e futuras gerações por meio de referências comuns, com alguma estabilidade. A terceira, decorrente em parte das outras duas, seria a dificuldade de incorporação de elementos democráticos dentro do código. Lessig não adentra nestes pontos, embora responda parcialmente a eles ao dizer que tais códigos não deveriam ser aqueles determinados pelas companhias tecnológicas, atendendo única e exclusivamente seus interesses econômicos. Desconfiado da possibilidade desses atores, ele propõe que esses códigos incorporem valores constitucionais da constituição vigente, no caso dele, da Constituição Americana interpretada pela Suprema Corte.

Baseando-se em parte nas ideias de Lessig, mas ainda dentro do espectro que busca conciliar direito e tecnologia, Thibaut Schrepel (2022), apresenta uma abordagem bastante interessante e com particular relevância para o nosso trabalho dado que Schrepel é declaradamente um "arthuriano" (Schrepel, 2023), isto é, inspira sua teoria do direito na ciência da complexidade de W. Brian Arthur, e nesse sentido possui importantes trabalhos relativos a aplicação dessa ciência não só ao Direito e a economia, mas especificamente à livre concorrência e ao direito antitruste.

Em um recente trabalho, intitulado " Law +Technology"(Schrepel, 2022), embora não fale diretamente sobre uma constituição do ciberespaço, Schrepel apresenta uma abordagem sobre como o sistema jurídico pode interagir com a tecnologia de forma a extrair seus melhores benefícios e oferecer uma resposta normativa mais condizente aos desafios trazidos pela transformação digital. O autor procura sair da contraposição binária entre o "*code is law*" e seu oposto "*law is code*". Enquanto no primeiro caso o código equivaleria a lei, no segundo a lei definiria qual deveria ser o código, previamente. Em lugar dessa contraposição Schrepel (2022) apresenta a ideia de "*law needs code*", onde lei e o código regulariam melhor juntos (*law + technology*).

Nessa abordagem duas seriam as perspectivas: (i) "*Code as Law*", caso em que se utilizaria a força regulatória do código nas interações digitais para maximizar os efeitos das normas jurídicas, traduzindo estas em um código computadorizado para facilitar ou automatizar o *compliance*. Nesse caso, caberiam diferentes formas de tradução (literal, não literal, direta e indireta) e uma gradação na coerção, (proibir determinadas ações, avisar de potencial infração, explicar consequências danosas, etc); (ii) "*Law as code*", onde o computador interpreta a norma legal e oferece um diagnóstico. Após esse diagnóstico haveria também diferentes escolhas de consequências e gradações sobre a execução dele (e.g., comunicar um humano, informar uma autoridade pública, etc.). Ao explorar sua hipótese, Schrepel (2022) enfatiza os benefícios dessa regulação conjunta, sobretudo por sua capacidade de ser mais efetiva e granularizada com respeito à pluralidade e fragmentação da sociedade digital. Além disso, essa abordagem tende a ser mais integrativa, no sentido de uma melhor tradução entre tecnologia e direito, focada nos benefícios da primeira e não somente nos riscos.

Aqui é introduzida a ideia de *EM ratio* (Schrepel, 2022), como uma métrica para avaliar quando e como se deve aplicar métodos integrativos entre direito e tecnologia ao invés de fazer apenas um deles prevalecer na regulação das interações sociais. Essa métrica resulta do balanço entre a eliminação dos riscos inerentes à tecnologia *vis a vis* a manutenção dos seus benefícios. Schrepel (2022) reconhece as limitações desse modelo e, como dissemos, não trata especialmente da utilização dessa abordagem como uma constituição da internet, mas essa ideia nos oferece um bom parâmetro de legitimidade que possa servir de referência na tradução da relação entre direito e poder na sociedade digital para o sistema jurídico, qual seja, a ideia de se conseguir um equilíbrio entre a maior dissipação de riscos possíveis mantendo o maior número de benefícios (ou possibilidade de exercícios de direitos) trazidos pela tecnologia.

Nesse sentido, até mesmo as reflexões sobre algumas das limitações dessa abordagem são importantes na questão da busca de uma referência cultural de legitimidade na sociedade digital, quais sejam, a consciência sobre a limitação humana acerca do próprio conhecimento sobre as tecnologias e suas consequências, a

impossibilidade da tecnologia regular toda a ação humana por meio da binariedade *booleana*²⁹ e a imprevisibilidade de efeitos que defeitos da tecnologia podem ocasionar.

O segundo agrupamento que nos parece relevante na nossa categorização, congrega autores que fundam sua ideia de constituição da internet em derivações do constitucionalismo social ou global, isto é, de ramos do constitucionalismo contemporâneo que já, desde os primeiros efeitos da globalização, buscam entender os desafios trazidos ao sistema jurídico pela transnacionalidade da sociedade e pela descentralização do poder estatal.

Nesse sentido, a constituição digital para Gunther Teubner (2012) seria formada pelas constituições civis (Teubner, 2004). Teubner também se fia na ideia de tradução como central. Diante da inefetividade das constituições nacionais frente a três tendências do século XXI, que conversam ente si: privatização, globalização e digitalização, é necessário teorizar um constitucionalismo sem o Estado (ou independente desse).

Mais do que isso, para ele o ponto de partida não é a *lex eletronica*, ou o código, porque estes são naturalmente corrompidos pelos interesses dos agentes dominantes. A constitucionalização viria da reação da sociedade a esta *lex eletrônica* dominante. Não se trataria, pois, de uma direta tradução de princípios já existentes, mas de um processo constituinte civil, resultante de uma multiplicidade de interações que gerariam uma multiplicidade normativa.

De acordo com Celeste (2022, p. 95):

“A constituição digital de Teubner emerge além do Estado. É potencialmente plural, resultando de uma multiplicidade de interações sociais. É 'civil', no sentido de que é emitida pela sociedade civil, e não é resultado de processos políticos institucionalizados. É construída colaborativamente, já que sua elaboração envolve uma variedade de diferentes atores. E, por último, é caracterizada por uma natureza não convencional, sendo algo entre um 'texto jurídico' e uma 'estrutura de fato dos sistemas sociais’” (trad. nossa).

²⁹ A binariedade booleana é um conceito fundamental da lógica computacional que se baseia em um sistema de dois valores possíveis.

A constituição na verdade aqui, representaria o conjunto dessas interações sociais que se enredariam em um cabedal normativo capaz de regular a sociedade digital e fornecer a referência de "regra sobre regras".

Ingolf Pernice (2015) parte da mesma premissa de Teubner sobre a insuficiência do constitucionalismo centrado no estado para endereçar os desafios da sociedade contemporânea e propõe um modelo global de governança constitucional, multinível, formado de sistemas legais nacionais e transnacionais que dariam sua parcial contribuição a uma moldura global. Nesse modelo o constitucionalismo estatal não está ausente, ao contrário, está na base dessa construção pluralista e precisa ser repensado. Na visão de Pernice as diversas ideias sobre a constituição da Internet, como as propostas por Lessig (2000) ou Teubner (2004), seriam também parte de um todo maior que formaria um complexo modelo de governança junto com as constituições estatais e regionais: "*a constituição da sociedade da internet*". Os elementos que dela emergem seriam estimuladores de princípios e mecanismos institucionais que em conjunto formariam uma moldura constitucional para a sociedade da Internet.

As duas concepções trazem elementos bastante importantes. No caso de Teubner a noção de que as "normas" da constituição da internet representam um *input* social a ser absorvido pelos sistemas jurídicos. Ao mesmo tempo não representam um todo uniforme ou unívoco. Essa fragmentação legitimada permite que a constituição normativa atue como aquisição evolutiva e acoplamento estrutural entre sistemas, por meio do processo de tradução também defendido por Teubner, *i.e.*, generalizando e re-especificando, ou seja, adequando a cada realidade "total" a coincidência entre a realidade analógica e virtual, permitindo a reabilitação da constituição formal como referente cultural e instrumento de pacificação social, com força normativa. Já Pernice (2015) introduz, na ideia de co-regulação, a necessidade de se reconhecer o papel das constituições nacionais e de documentos transnacionais no modelo de governança complexa resultante do mundo híbrido (analógico e virtual).

No terceiro grupo de autores cujas ideias de constituição da internet ou de *constituição da sociedade digital* (Pernice, 2015), situam-se estudos que procuram encontrar normatividade diretamente da existência de uma série de documentos e iniciativas que tem se acumulado nos últimos anos e que Celeste (2022) condensa como reações "constitucionais" aos desequilíbrios constitucionais gerados pela transformação digital. De certa forma, também, estes autores se inspiram em vertentes do

constitucionalismo social e do constitucionalismo global, mas defendem a possibilidade de se construir, de diferentes formas, documentos ou declarações formais que teriam aplicação global.

Apesar de aqui agrupados em virtude de terem em comum a identificação de "cartas de direitos" na Internet como a *constituição da sociedade digital*, veremos, no próximo capítulo que nem sempre esses autores convergem com respeito ao constitucionalismo digital. Novamente, o intuito aqui é extrair do pensamento desses autores não uma ideia unívoca e uniforme, mas referências possíveis de nortear a nossa própria visão sobre o constitucionalismo digital que embasa o projeto específico desse trabalho.

Assim, citamos, primeiramente, Stefano Rodota(2010), que defende uma carta de direitos para a internet a partir de uma cooperação direta entre todos aqueles *stakeholders*³⁰ que teriam relevância para uma discussão sobre contenção de poder e proteção de direitos na internet. Essas cartas teriam o papel de formalmente reconhecer alguns consensos sobre direitos e exercer uma força simbólica, ainda que não cogente, sobre as relações e interações entre atores públicos e privados na era digital. Essa carta de direitos deveria ser construída mediante um processo horizontal que incluísse também os cidadãos e que formulasse princípios que pudessem ser adjudicados pelas instituições dos estados nacionais ou supranacionais. Não se trataria de, como no caso do constitucionalismo do pós-guerra, se partir das declarações internacionais de direitos para a constitucionalização dos mesmos nos estados, mas de um processo global, com participação conjunta de estados nacionais e entidades internacionais.

Essa ideia de Rodota (2010) teve bastante ressonância entre os demais estudiosos do tema. A ideia de carta de direitos, além de nada nova, já serviu em outros momentos históricos justamente para limitar poder e declarar direitos (embora nem sempre isso tenha significado sua proteção). Alguns acadêmicos propõem, inclusive, baseado na ideia do autor, o nascimento de instituições novas para a defesa dos direitos ou anda o uso da estrutura das nações unidas. Uma matéria controversa, ainda, seria o papel dos estados nesse processo "legislativo", bem como a democratização desse processo, a ponto de alcançar os cidadãos.

³⁰ Sobre o capitalismo de stakeholders e livre concorrência v. Hearn e Meagher (2022).

Azaritti (2011) é outro que parte dessa ideia de *"Internet Bill of Rights"*. Não obstante ele é descrente e inclusive contrário a existência de uma constituição digital que se configure em um simples documento, cosmopolita, que tenha validade global. Isso inclusive seria não só inalcançável do ponto de vista material, mas indesejável, podendo desaguar em uma espécie de novo colonialismo, com tintas "constitucionais". Assim, para Azaritti, existe um longo caminho a ser percorrido para se chegar em uma constituição da internet e ele passa necessariamente por um lento e múltiplo processo de elaboração de diferentes cartas de direito, por uma variedade de atores sociais diferentes, incluindo a sociedade civil, mas também os Estados e outros atores.

Esse caminho de Azaritti apresenta duas vantagens do ponto de vista conceitual. Ele remonta à própria história do constitucionalismo contemporâneo que, embora centrado nos Estados, construiu-se como referência comum a partir de um processo longo de internacionalização e nacionalização de uma ideia de cidadania que envolvia os pilares de realização de direitos, proteção social e contenção de poder. Nesse processo, as diferentes constituintes e constituições dos Estados e sua interação com as declarações internacionais e com as instituições transnacionais formais, influenciaram-se reciprocamente³¹.

A segunda vantagem está no fato de que a teorização de Azaritti encontra conexão direta com um fenômeno mais recente, da proliferação de documentos e cartas de direitos que tem emergido no ambiente digital nos últimos anos, com diferentes alcances, abrangências e propósitos, mas em linha com a ideia de processo em andamento. Nesse sentido, inclusive, podemos dizer que Celeste (2022) se alinha em parte com esse grupo de autores, ao propor o estudo e o papel dos *"Internet Bill of Rights"* como um meio importante de identificar pontos de desequilíbrio ou até anemia constitucional oriundos da transformação digital e que necessitam ser traduzidos para a linguagem do constitucionalismo, de forma a que o conjunto de valores e princípios que este representa continue legítimo a pacificar as relações sociais pelo Direito, ou, como preferimos, de submeter ao direito a formação de consensos e neutralização de dissensos. Ou seja, tais

³¹ Nesse sentido cf. Thornhill (2011): *"Constitutional norms are constructed as layers within the evolving inclusionary structure of the political system; new constitutional norms are articulated, progressively, as society's political system is exposed to challenges and demands, which it cannot absorb, and as it requires additional normative complexity to sustain its functions of inclusion. The key to understanding constitutions, in consequence, is to examine constitutional norms as a historically constructed, adaptive apparatus, which is closely correlated with distinct inclusionary pressures in society."*

documentos cumpririam, para Celeste (2022), a função de identificar os elementos necessários para que o direito consiga estabelecer uma referência comum na sociedade digital, uma ideia de constituição que, trazida à constituição formal, ganhe força normativa.

Com essa abordagem holística sobre como deveria ser, em tese, uma Constituição da sociedade digital, ainda que forma abstrata, possuímos a nosso ver um instrumental interessante para que, no âmbito das sociedades "reais" (analógica + normativa), de maneira mais democrática e com respeito ao nível de desenvolvimento e realização do constitucionalismo em cada local, se possa restabelecer a força normativa das constituições nacionais de maneira a oferecer respostas eficazes e legítimas aos desafios da transformação digital.

Compreendendo como o caráter digital das sociedades é formado, e como se pode construir um arcabouço normativo para regular a interação dessa sociedade, permite-se que o direito constitucional seja um instrumento para receber os *inputs* globais e transformá-los em soluções locais. Embora o *input* de tais soluções não esteja centrado em um território específico e nem dependa somente de um Estado, esse é partícipe dessa governança complexa e, em última instância, quem detém capacidade institucional imediata de fazer cumprir o direito. Logo, em termos práticos e pragmáticos, defende-se a primazia da constituição normativa nacional como a mediadora e tradutora desses *inputs*.

A legitimidade e capacidade de referência dessa mediação depende, no entanto, da correta tradução das necessidades constitucionais que emergem da nova realidade, conformada pela transformação digital. Assim, em termos simplistas, para se manter relevante como conjunto de valores e princípios que orientam as sociedades, o constitucionalismo e as constituições nele fundamentadas devem passar necessariamente por um processo de digitalização, ao mesmo tempo em que a sociedade digital deve ser constitucionalizada por meio de uma moldura teórica que compreenda a fragmentação e a globalidade como elementos intrínsecos a vida digital, sem perder a legitimidade oriunda do processo de formação de cada sociedade física em cada Estado.

A ideia aqui se assemelha a um conceito sociológico utilizado em questões de marketing e de sustentabilidade, que é a ideia de *glocal* ou *glocalização*, um neologismo utilizado para referenciar a participação da dimensão local na construção de uma cultura

global. Roland Robertson (2000)³², sociólogo que foi o primeiro a explicitar essa ideia, atribui ao “local” a característica de “nó” da rede global (Castells, 2000), que deve servir tanto de resistência como de contribuição ao global, restituindo o caráter multidimensional da globalização, evitando que o conceito de “local” fosse apenas um conceito identitário e em oposição ao global, e exigindo, na verdade, a dinâmica de interação frequente entre local e global.

Posteriormente essa ideia foi traduzida em questões de sustentabilidade pelo slogan “*think global, act local*”, que vai ao encontro da intenção do presente trabalho e do que tratamos nessa seção, qual seja, a necessidade de se buscar os elementos da sociedade global digital e inseri-los na sociedade física por meio do direito, via Constituição. A seleção constitucional local na forma do sistema jurídico de cada Estado tem o condão de retirar os elementos globais da zona de indiferença do direito e entregá-los um caráter normativo condizente com as diferentes realidades de cada estado.

³² Roland Robertson também se notabilizou por utilizar, ainda 1985, o termo globalização em um trabalho científico do campo da sociologia.

2 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

No primeiro capítulo nos ocupamos de analisar, ainda que brevemente, desde as origens até o constitucionalismo contemporâneo, a evolução histórica e a ampliação da força normativa da Constituição e dos contornos de cidadania por ela estabelecido nas democracias liberais, sobretudo no pós-guerra. Nosso intuito, para os fins desse trabalho, foi o de demonstrar, ainda a forma como essas Constituições, dita normativa, estabeleceu o arcabouço institucional e jurídico de controle do poder e de proteção de direitos e, posteriormente, de realização e promoção do bem-estar que, ao menos nos últimos 70 anos tem se mostrado capaz de exercer o papel de pacificação social e neutralização de dissensos por meio dos sistemas jurídicos. Ainda, no contexto do presente trabalho, trabalhamos como parte dessa pacificação exercida pelo constitucionalismo contemporâneo por meio de suas constituições normativas (escritas ou não) se relaciona com a chamada Constituição econômica, isso é, a capacidade institucional dos Estados de regular a relação entre capital e trabalho, entre mercados e indivíduos de forma ao mesmo tempo a proteger e garantir liberdades e promover a proteção social e o bem-estar.

Assim, restou claro o papel decisivo no constitucionalismo contemporâneo da intervenção estatal na economia, da qual uma das faces é a consagração da livre concorrência e sua defesa por meio do direito antitruste. Nesse sentido, vimos ainda que o grau dessa intervenção depende menos da Constituição e das instituições dela decorrentes, mas da forma como cada Estado por meio dos seus governos democráticos define a política econômica conforme sua legitimidade, mas que, sobretudo após a segunda guerra mundial, alguma forma de equilíbrio entre a liberdade dos mercados e a proteção e a realização programática de medidas sociais esteve sempre presente, com base numa ideia subjacente e metaindividual de cidadania.

Vimos ainda, como isso resta refletido no constitucionalismo que informa a Constituição Federal de 1988 e o quanto o constitucionalismo tardio ainda se distancia do modelo teórico de constitucionalismo contemporâneo, bem como a forma como a globalização e as crises de democracia tem afetado esse modelo, sobretudo em países cujo déficit de bem-estar e inclusão social ainda é elevado, ou seja, em que o programa constitucional inspirado no constitucionalismo contemporâneo ainda não foi plenamente realizado.

Em seguida vimos como a mais recente etapa da globalização, a transformação digital, impacta o constitucionalismo, gerando uma série de rupturas em sua estrutura básica de sociedade, levando a uma necessária reflexão sobre como o constitucionalismo pode e deve ser repensado para fazer frente aos desafios da era digital e preservar as aquisições evolutivas civilizatórias dos últimos mais de 70 anos, por meio do reabilitação de suas constituições normativas como referente cultural apto de cidadania, passível de informar a sociedade tanto no seu aspecto físico como digital.

De certa maneira, nessa reflexão, afiliamo-nos desde logo a corrente que se tem chamado, de maneira ampla, de constitucionalismo digital, não obstante ainda sem ter apresentado um conceito mais preciso dessa corrente. O objetivo era situar ainda no plano fenomenológico a nossa discussão futura, que especificamente vai utilizar-se de uma definição de constitucionalismo digital para propor uma reinterpretação da CF/88 que subsidie a tomada de decisão no que diz respeito aos desafios da transformação digital da economia para livre concorrência, enquanto princípio da ordem econômica e enquanto forma de coibição de abuso de poder econômico.

Cumpra-nos agora, pois, fornecer linhas mais precisas sobre o constitucionalismo digital e seus conceitos, procurando uma definição e delimitação do mesmo para os fins desse trabalho.

2.1 (UM) CONCEITO DE CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

De início, entendemos relevante desde logo deixar claro que consideramos o constitucionalismo digital como um corolário do constitucionalismo contemporâneo. Nesse sentido, concordamos com o Celeste e Santarém (2022) ao afirmarem que o epíteto "digital" não é propriamente um adjetivo que qualifica o substantivo (constitucionalismo), como ocorre, por exemplo, com "constitucionalismo liberal", ou "constitucionalismo democrático", mas representa mais um advérbio que procura demonstrar o esforço de um ramo do constitucionalismo que procura articular seus valores e princípios à sociedade digital.

Nessa mesma linha, importa deixar claro desde logo, que o conceito de constitucionalismo digital que pretendemos adotar, ainda que de maneira crítica, é o também proposto por Celeste e Santarém (2022) que o define como uma *ideologia que visa estabelecer e garantir a existência de um quadro normativo para a proteção de*

direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes no ambiente digital. Não obstante, dada a complexidade que envolvem as discussões acerca do conceito e sua utilidade para a reflexão posterior, faz-se necessário uma análise mais detalhada das suas diversas formulações conceituais para posteriormente justificar a adoção na fórmula acima proposta.

Vimos no capítulo anterior que a sociedade digital não é completamente distinta da sociedade física e que, mesmo diante de sua globalidade e fragmentação ela não se desvincula completamente do mundo analógico e do estado nacional, ao contrário, complexifica a governança e desafia a constituição. Assim que, quando tratamos da constituição dessa sociedade digital, optamos por levantar algumas características das reações constitucionais existentes e combiná-las com formulações teóricas que representariam um conjunto de características úteis a compreender como o constitucionalismo contemporâneo deve traduzir e mediar as situações digitais para manter-se relevante em termos de legitimidade e da força normativa de suas constituições. Nesse particular, reforçamos que tais princípios e valores não são estanques, mas evoluíram ao longo do tempo e se modificaram para articular novas normas constitucionais progressivamente, precisamente pela necessidade de se adicionar complexidade normativa para que sistema jurídico se pusesse de acordo com as necessidades decorrentes dos desafios e demandas dos sistemas políticos e sociais.

A consequência prática desse esclarecimento para a definição de constitucionalismo digital com a qual trabalharemos é a de que nosso ponto de partida pressupõe um "tipo" de constituição e não qualquer constituição.

Embora não se possa afirmar necessariamente que o ideal do constitucionalismo esteja necessariamente vinculado à ideia de estado nacional, a Constituição que consideramos como o referente cultural, com as adições da sociedade digital, necessariamente carrega consigo os valores da democracia, do império da lei, da separação de poderes, da proteção de direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira gerações e da capacidade de exercer de forma cogente, suas normas para pacificação das relações sociais e dos conflitos inerentes a realização desses valores. Isso não significa, entretanto, que essa Constituição não esteja sujeita a mudanças e nesse ponto a escala e o escopo das transformações geradas pela digitalização da vida justificam o acréscimo do adverbio digital ao constitucionalismo contemporâneo.

Ainda de maneira genérica, podemos dizer então que o constitucionalismo digital, para nós, representa, antes de tudo, um arcabouço teórico que busca identificar e explicar um espaço para que as constituições dos Estados nacionais possam exercer sua força normativa de contenção de poder e proteção de direitos sem desconsiderar a existência e a necessária convivência e superposição desta com a conformação de direitos e poder que emergem instâncias regulatórias que vão além do Estado e da própria realidade física, mas que tem origem na atuação de agentes privados ou de organismos transnacionais no âmbito do ciberespaço/Internet (Fernandes e Mendes, 2020).

Nesse sentido, ainda vale afirmar que o constitucionalismo herda, de certa forma, uma literatura socio-jurídica precedente que rejeitava as ideias mais libertárias sobre a regulação do ciberespaço³³, que negavam ou rejeitavam o critério de jurisdição como definidor da possibilidade de ação dos Estados na internet (Mendes; Fernandes, 2020). Resumindo, com as palavras de Giovanni De Gregorio *et al*(2023):

"Em essência, o constitucionalismo digital não visa revolucionar os dois pilares do constitucionalismo moderno. Em vez disso, busca compreender como interpretar o papel (ainda oculto) do constitucionalismo na era digital, onde os poderes tendem a se deslocar do público para o privado, do local para o global, da unidade para o pluralismo".

Diante destas linhas gerais, resta ainda um esclarecimento fundamental. Ao nos referirmos a um arcabouço teórico, parece ser necessário contemplar, na nossa definição de constitucionalismo digital, o que efetivamente compõe esse arcabouço e como podemos utilizá-lo criticamente para analisar impactos específicos da transformação digital no sistema jurídico, como é nossa proposta aqui. Para tanto é importante identificar as variações conceituais sobre o constitucionalismo digital e tentar endereçar, ainda que parcialmente, algumas críticas.

Um conceito que se tornou bastante influente entre os acadêmicos é aquele cunhado por Redeker, Gill e Gasser (2015; 2018) que define o constitucionalismo digital como "*um termo comum que conecta uma 'constelação' de iniciativas que visam articular direitos políticos, normas de governança e limitação ao exercício do poder na internet*" (Gasser *et al*, 2018, tradução nossa).

³³ V. nesse sentido, Berman (2000).

Muito embora tenha utilizado temas bastante abrangentes e, sobretudo após a reelaboração, em 2018, do seu estudo original de 2015, Gill *et al* tenham deixado claro que se referem ao exercício de poder privado e público na Internet, o conceito apresentado parece muito conectado a superveniência de cartas de direitos na internet, o que de certa forma é reducionista, dado que não consideraria outras iniciativas, como a de organismos transnacionais, as do direito constitucional dos estados e a das próprias relações de poder entre privados. Mais recentemente o termo parece ter sido amplificado, como um verdadeiro "guarda-chuva" (Mendes e Fernandes, 2020) para quaisquer iniciativas jurídicas, políticas, estatais e não estatais que se relacionam com a agenda do constitucionalismo, no âmbito digital: exercício de poder e declaração de direitos. Em outra vertente, mais específica e europeia, De Gregorio (2022) chama inicialmente de constitucionalismo digital as diversas iniciativas regulatórias da União Europeia com relação ao exercício de direitos e proteção de garantias no ciberespaço.

Essa plêiade de conceitos com diferentes aplicações e implicações teóricas, embora reforce a nossa ideia geral de que estamos tratando, na verdade, de uma nova agenda para o constitucionalismo contemporâneo, dificulta uma utilização analítica do conceito de forma mais efetiva e objetiva, por exemplo, como modelo teórico para um estudo de determinado tema jurídico-constitucional concreto à luz da transformação digital.

Além disso, permite uma ampla gama de críticas, muitas das quais direcionadas ou específicas a aspectos completamente distintos ou acessórios do cerne do conceito, o que pode resultar afinal em uma diminuição da utilidade ou esvaziamento teórico do conceito. Diante disso, alguns autores, tanto defendendo como criticando o constitucionalismo digital, procuram categorizar o que nele está incluído, permitindo uma diferenciação de correntes e, assim, dotá-lo de mais utilidade e efetividade. Destacamos algumas dessas categorizações.

Keller e Pereira (2022), reúnem as abordagens do constitucionalismo digital em três grupos:

- (i) enquanto *fenômeno normativo* o termo se refere, na linha de Redeker, Gill e Gasser (2018), às chamadas cartas de direitos da internet e a tentativa de identificar, nestes documentos um conteúdo constitucional.

Nesse sentido a principal crítica ao fenômeno seria ao seu uso retórico, como uma possível estratégia mercadológica;

- (ii) enquanto tentativas de *"reconfiguração de proteções constitucionais diante de transformações que se relacionam com processos de digitalização"* (Keller e Pereira, 2022, p. 2669). Estão aqui inseridos as iniciativas que reconhece no "digital" uma nova agenda ao constitucionalismo, que é entendido como um fenômeno dinâmico e que deve evoluir por meio da reação normativa às irritações advindas da sociedade e que essa evolução deva ocorrer por meio da Constituição;
- (iii) enquanto uma moldura teórica para meios estatais ou não de aplicação do direito em tecnologias digitais. Aqui as autoras inserem os modelos regulatórios mais avançados sobre a tecnologia (como na proposição de De Gregorio (2022) para as iniciativas europeias). Entendemos que aqui nesse grupo também estariam incluídos, de maneira geral, as iniciativas de "regulação algorítmica" (Golia, 2022) que pretende definir formas de aplicação do direito por meio da tecnologia (na mesma linha do *Code is Law* de Lessig (2000), ou do *Code as Law, /Law as Code*, de Schrepel (2022)).

De Gregorio *et al* (2023), em trabalho recente, também oferecem uma categorização bastante útil e que explica, de certa forma, a amplitude do uso do termo. Segundo essa categorização, de certa forma convergindo com a ideia de que o "digital" representa mais um advérbio do que um adjetivo que qualifica o constitucionalismo ou, ainda, no sentido de que o que estamos tratando na verdade nada mais é que uma nova agenda ao constitucionalismo contemporâneo, o constitucionalismo digital tem seu foco no impacto das tecnologias digitais, ou mais abstratamente, da digitalização na existência social individual ou coletiva.

A abordagem sobre esse foco varia conforme três perspectivas distintas do próprio constitucionalismo, a saber, a perspectiva do constitucionalismo liberal, a do constitucionalismo social e a do constitucionalismo global. Cada uma dessas perspectivas usa de suas próprias ferramentas para chegar ao mesmo objetivo, que é traduzir e implementar princípios e valores constitucionais a realidades sociais diferentes, sejam elas novas ou antigas. Muitas das críticas ao conceito são, em verdade, críticas

concernentes às perspectivas mencionadas em sua versão "analógica", de forma muitas vezes exacerbada.

O desafio seria, portanto, estabelecer uma complexa governança entre os diferentes e potencialmente conflituosos padrões de direitos e garantias que emergem dessas perspectivas, mas é inegável que no contexto da digitalização da vida, cada uma delas tem o seu papel nessa nova agenda do constitucionalismo:

- (i) A perspectiva liberal, com todos os seus defeitos e críticas possíveis ao seu "colonialismo" é quem sustentou, nos últimos setenta anos, a tradição de valores e princípios que foram sendo incorporados em cada território e, depois do pós-guerra, como padrão metaindividual de cidadania.
- (ii) A perspectiva social, pelo reconhecimento do nascimento de normas diretamente gestadas nas relações sociais, o que como já vimos se amplifica no meio digital.
- (iii) A perspectiva global, pelo reconhecimento do poder de organizações internacionais ou de corporações transnacionais como definidores de padrões e co-reguladores de comportamento, influenciando a dimensão local, inclusive em processos de tomada de decisão.

Essas categorizações nos ajudam também a identificar os pontos de crítica que o conceito desperta e diferenciá-las conforme o aspecto a que se direcionam. Iluminar parte dessas críticas aqui tem a dupla função de reconhecer possíveis limites ao conceito, mas também de justificar a definição que será escolhida por nós.

Keller e Pereira (2022) levantam pelo menos dois grupos de problemas, um primeiro relacionado ao dilatamento do conceito de constituição para formas jurídicas cujas fontes e conteúdos se distanciam do contexto político em que emergiu o constitucionalismo contemporâneo e um segundo relacionado diretamente ao uso do conceito de constitucionalismo digital de maneira indiscriminada e alargada. Em complementação, na linha do que propõe Sirota (2023), identificamos um problema diretamente relacionado à identificação do constitucionalismo que informa o conceito como um pacote mais ou menos predeterminado de valores da democracia liberal ocidental, que deve ser imposto de maneira *top-down* ao ciberespaço, o que poderia gerar

uma espécie de ativismo colonizador, além de desperdiçar as características positivas da fragmentação e da pluralidade presentes na sociedade digital.

Tomando por base o trabalho desses autores citados, podemos condensar as críticas da seguinte maneira:

- (i) da mesma maneira que ocorre com as doutrinas do pluralismo constitucional, do constitucionalismo global e do constitucionalismo social, o uso inflacionado do constitucionalismo moderno e seu cabedal teórico para descrever fenômenos que operam fora do estado nacional, em âmbito supranacional ou privado, o esvazia na medida em que se distancia de seu significado histórico. Desde logo isso coloca em xeque a mera apropriação do simbolismo presente no constitucionalismo contemporâneo e sua transposição para a sociedade digital, consubstanciando-se em mero argumento retórico ou de *marketing*;
- (ii) correlacionado com a afirmação anterior, o uso esvaziado do termo Constituição para formas jurídicas que não se comparam a ela estruturalmente ou, mesmo teoricamente, deságua no risco, também presente no caso das constituições civis do constitucionalismo social, de déficit democrático e de captura pelo mercado (no caso do digital, pelos grandes atores privados da tecnologia). A ausência de uma forma jurídica capaz de dar fechamento operativo ao sistema e servir de filtro de seleção de *inputs* e, ao mesmo tempo, a adoção de normas que decorrem de dinâmicas de poder assimétricas e de poderes privados estabelecidos, faz com que prevaleçam imperativos funcionais de mercado, muitas vezes de maneira autoritária. Ao dar verniz constitucional a estas normas, se poderia na verdade estar-se legitimando um status quo, implicando no sentido negativo do simbolismo constitucional ou do uso da Constituição como um *álibi* (Neves, 1994;2017);
- (iii) a utilização do conceito de constitucionalismo como um verniz teórico para a imposição no ciberespaço de uma determinada visão

de mundo legitimando poderes estabelecidos, inclusive privados, por meio da transposição de um pré-determinado pacote de direitos e garantias vigentes nas democracias liberais, além de incorrer nos mesmo riscos de desconexão estrutural, déficit democrático e captura, acima descritos, revela uma nova forma de colonialismo ou imperialismo digital. Nesse ponto, de especial importância para nós, o risco é de aumentar-se ainda mais o déficit dos princípios e valores do constitucionalismo contemporâneo para democracias tardias e ainda carentes de maior bem-estar social e inclusão, ou seja, aumentar ainda mais a distância entre mundo desenvolvido e mundo periférico, incapacitando este último de, por meio de instituições próprias e conectadas com seus problemas locais, se apropriar do progresso decorrente desse processo de nova revolução industrial trazido pela transformação digital.

A despeito dessas críticas, insistimos que uma definição mais precisa de constitucionalismo digital como marco teórico para estudar a incorporação da agenda digital aos valores e princípios do constitucionalismo pode, na verdade, representar a superação desses riscos e uma verdadeira oportunidade para restabelecer a força normativa das constituições do Estado com base em uma legitimidade inclusiva e que contempla o aspecto digital das sociedades.

No capítulo anterior, por exemplo, já descartamos a ideia da adoção de um conceito único de constituição para o ciberespaço, mas identificamos na discussão sobre a sua existência, elementos que a constituição formal pode-se valer para uma melhor compreensão e tradução da sociedade digital.

Celeste (2022) também responde em parte a essa crítica sobre a inadequação da ideia de constituição a formas privadas de normatização (que chama de reações constitucionais) identificando nelas um processo de "constitucionalização" da sociedade digital. Esse processo, isto é, o aparecimento de questões constitucionais no ciberespaço é admitido até mesmo por alguns dos críticos do constitucionalismo digital, como Sirota (2023) e (Terzis, 2024). A ideia de Celeste (2022), de identificar nessas normas públicas e privadas, estatais e não estatais, cogentes ou não, questões constitucionais *lato sensu* que servem como alertas de anemia constitucional parece-nos uma excelente abordagem

para entender como um constitucionalismo digital pode servir à imposição normativa das Constituições dos Estados nacionais para questões relacionadas ao ciberespaço.

Para além disso, tentando reconciliar a amplitude da utilização do conceito com sua utilidade, Celeste fornece aquela que, para nós é a melhor definição do constitucionalismo digital, além de propor a forma como se operacionalizar o conceito. Para Celeste, o constitucionalismo digital é uma “*Ideologia que visa estabelecer e garantir a existência de um quadro normativo para a proteção de direitos fundamentais e o equilíbrio de poderes no ambiente digital*” (Celeste e Santarém, 2022, p. 17).

O autor utiliza a denominação *ideologia* de forma neutra, como um conjunto estruturado de valores e ideais. A vantagem desse conceito, puramente teórico, é justamente a diferenciação do conceito de sua implementação, de sua tradução em realidade. O presente trabalho, inclusive, trata justamente do caminho a ser percorrido desde esse conceito teórico, dessa ideologia, para a implementação prática de critérios de hermenêutica constitucional e de decisão de políticas públicas no que se refere a um tema específico.

Importa aqui, desde logo, endereçar duas possíveis críticas, cuja resposta ajuda a afirmar a nossa escolha pelo conceito de Celeste, sobretudo na forma como desenvolveremos a interpretação constitucional a partir dele doravante. Quando afirmamos tratar-se de uma ideologia, e, ao mesmo tempo, atribuímos um caráter neutro a essa ideologia, não desconhecemos aqui o fato de que o próprio conceito de ideologia pode conter significados mais fortes e mais fracos (Bobbio *et al*, 2000). Normalmente, quando adotado em conotação mais acentuada, o conceito de ideologia encerra um caráter mistificador de uma falsa consciência e crença política. Não é este o sentido que entendemos adotado por Celeste e muito menos, por nós aqui.

Ao atribuir o caráter *neutro* a utilização de ideologia como base do conceito de constitucionalismo digital, Celeste nos indica que tal conceito deva ser um quadro, um guia que representa um sistema de crenças políticas para ser preenchido por opções de valor e princípios (Bobbio *et al*, 2000). Neste sentido, é que consideramos a maior utilidade de adotar o constitucionalismo digital como ideologia neutra, isto é, como um quadro sistemático, portanto estruturado, de valores e ideais que devem ser preenchidos por cada sistema jurídico, segundo sua Constituição e de acordo com o estágio de desenvolvimento e formação de seu constitucionalismo.

Em linha com essa explicação, torna-se também clara a utilidade de se incorporar o advérbio digital ao conceito. Trata-se de reconhecer que o constitucionalismo deve continuar a ser o sistema de valores e ideais conforme consagrado nas Constituições de cada Estado-Nação, a informar a hermenêutica constitucional também com relação às transformações oriundas da sociedade digital. Não obstante não há como esse constitucionalismo fornecer as soluções demandadas por essa sociedade sem que esse também se torne digital, ou seja, tenha a capacidade de traduzir para dentro deste sistema estruturado de valores e ideais aquilo que é específico e transformador do aspecto digital da sociedade.

Alternativamente ao conceito de Celeste, mas em convergência com este e com o que acima afirmamos, também destacamos a definição trazida por Fernandes e Mendes (2020), de que o Constitucionalismo Digital corresponde, de forma ainda mais abstrata, *“a uma corrente teórica do Direito Constitucional contemporâneo que se organiza a partir de prescrições normativas comuns de reconhecimento, afirmação e proteção de direitos fundamentais no ciberespaço”* (2020, p. 10).

Acreditamos ainda poder acrescentar uma camada a mais de definição no conceito de Celeste que adotamos aqui como marco teórico, conforme proposto por Golia (2023). Baseando-se em Celeste, Golia sugere que a adoção do constitucionalismo digital como ideologia deva assumir uma postura crítica, ou seja, uma ideia um pouco menos neutra de ideologia. Novamente, a adoção dessa camada adicional (e crítica) ao conceito, reforça justamente a utilidade de conceituar o constitucionalismo como uma ideologia quadro, na qual se deve atentar para as limitações do constitucionalismo tradicional ao incorporar o elemento digital e, ao mesmo tempo, reforçar a ideia de que cada Constituição deve perseguir e informar, no ambiente digital, a realização do constitucionalismo concebido pela documento referente e fundador de cada sistema jurídico, segundo sua aquisição evolutiva de valores e ideias.

Nesse sentido, Golia propõe o constitucionalismo digital como discurso constitucional que investiga e contribui para moldar as relações socialmente construídas dos indivíduos às suas condições reais de existência, direta ou indiretamente mediadas pelas tecnologias digitais. O constitucionalismo digital teria como foco as dinâmicas sociais pelas quais os diferentes aparatos e processos sociopolíticos, como sexo, gênero, cidadania, etnia, etc, constituem indivíduos e atores coletivos como sujeitos sociais por meio das tecnologias sociais (Golia, 2023).

Para Golia (2023), esse acréscimo torna um pouco mais espessa a definição de Celeste e apresenta as seguintes vantagens:

- (i) realça quais são as questões-objeto do constitucionalismo digital (as formas como as tecnologias moldam a existência digital individual e coletiva);
- (ii) torna mais visíveis e urgentes questões não resolvidas pelo constitucionalismo estadocentrico. Nesse sentido, Golia discorda da forma como Celeste expõe a ideia de equilíbrio constitucional porque pode dar a impressão que se está lidando com questões totalmente novas, criadas a partir da transformação digital, quando na verdade, se está lidando com dilemas já presentes na modernidade ocidental e que se tornaram mais significativas e mais complexas com a transformação digital. Nas palavras de Golia: *“O constitucionalismo analógico não era caracterizado pelo equilíbrio, mas sim escondia sua ausência. A tarefa do DC não é recuperar algum paraíso perdido, mas abrir os olhos diante do inferno.”* (Golia, 2022, p. 16, trad. nossa);
- (iii) A definição oferece um ponto de convergência para diversas questões tratadas sob a amplitude do conceito de constitucionalismo digital e que são, em verdade, apenas aspectos (e relativamente restritos) de seu objeto principal, como as questões relacionadas a dados, questões de regulação algorítmica e questões sobre relações materiais e econômicas e as leis que as regulam, que são aceleradas ou impactadas pela tecnologia. Ao se abordar essas diferentes questões sob o mesmo manto teórico, mas mantendo suas especificidades, se pode criar um debate mais rico e que pode fornecer melhores e novas soluções, inclusive jurídicas, além de poder estabelecer, criticamente, um diálogo entre essas questões e outros discursos constitucionais.

A adoção do conceito de constitucionalismo digital como uma ideologia, nos termos acima propostos, ou seja, no sentido proposto por Celeste e complementado por Golia, traz para esse trabalho pelo menos duas vantagens.

A primeira vantagem, normativa, é a de permitir-nos analisar os impactos da transformação digital da economia sobre um subsistema do direito, qual seja, o do direito concorrencial, como uma parte de um todo, qual seja, os impactos da transformação digital no sistema jurídico e, particularmente, no sistema jurídico brasileiro, fundado pela Constituição Federal de 1988.

Utilizando-se do conjunto de valores e princípios insculpidos nesse sistema em 1988 (re)interpretados por meio de uma ideologia crítica, a do constitucionalismo digital, pretendemos estabelecer ao final, critérios para o desenho de políticas públicas e de tomadas de decisão com respeito a regulação concorrencial no Brasil. Por meio do constitucionalismo digital conseguimos estabelecer um diálogo, mediado pela Constituição, entre relações de poder e de construção de consensos que cada vez mais se globalizam e se distanciam de fronteiras (sociedade digital) e a capacidade institucional das jurisdições de oferecerem soluções legítimas de pacificação social.

O constitucionalismo digital deve ser ao mesmo tempo, um fator de (auto)crítica para a reformulação do papel dos Estados e da necessidade de coordenação destes Estados com outras esferas de poder e o fator de referência cultural a guiar essa reformulação por meio de princípios e valores que sejam reconhecidos pelas sociedades submetidas ao sistema jurídico de uma determinada Constituição (sociedade híbrida: física + digital). Ao mesmo tempo em que a capacidade dos Estados de regular e de construir consenso depende desse diálogo com esferas de poder além de seus territórios de poder simbólico, ela também depende da preservação e participação do componente local na construção dessa nova ordem, isto é, da concretização do programa constitucional que lhe entregou a legitimidade.

Assim, a Constituição, no nosso caso, a Constituição de 1988, deve servir, para usar um termo corriqueiro da era digital, como um verdadeiro algoritmo, isto é, uma sequência de operações sistemáticas com vistas a um objetivo. Adotando a ideologia de forma crítica permite, ao mesmo tempo, questionar o próprio constitucionalismo estadocentrico e suas contradições e reinterpretar parte de seus valores de forma a melhor absorver os benefícios da transformação digital, minimizando seus riscos. O constitucionalismo digital, nesse sentido, oferece a oportunidade de se repensar postulados do constitucionalismo contemporâneo que são diretamente desafiados pela transformação digital, reformulando-os para que sejam mais inclusivos e correspondentes ao novo tipo de sociedade que regulam.

A segunda vantagem de adotar o conceito de constitucionalismo digital como ideologia é aquela já apontada por Celeste e Santarém (2022) de se separar o campo teórico e abstrato da sua implementação prática. Assim, o conceito oferece a possibilidade de se descrever melhor os fenômenos da transformação digital e seus impactos para, a partir daí e com base no sistema jurídico vigente, construir soluções concretas de endereçamento desses impactos.

Aqui, novamente, ao adotar a ideologia de forma crítica, é possível traçar melhor os limites e o alcance do sistema jurídico estatal para oferecer soluções, reconhecendo, de forma pragmática e gradativa, o tipo de complexidade que é capaz de absorver e aquilo que ainda se situa no campo da irritação pelos demais sistemas sociais (sociedade, economia, etc) ou que deveria ser absorvido por um sistema jurídico "global" ou por arranjos públicos e/ou público-privados transnacionais.

Nesse sentido, pretendemos utilizar o constitucionalismo digital nesse trabalho, definido como proposto acima, nos seguintes termos:

a) O constitucionalismo digital como agenda de pesquisa: nossa intenção é analisar como a transformação digital da economia (da realidade econômica) tem sido recepcionada pelos sistemas jurídicos, sobretudo no campo do direito concorrencial. Assim, partiremos dos impactos da transformação digital para a ideia de livre concorrência e identificaremos as "reações" do direito constitucional e antitruste em perspectiva global, regional e nacional. Para tanto passaremos por considerações políticas e geopolíticas que condicionam as diferentes reações, bem como sobre a maneira como a transformação digital da livre concorrência se insere em um contexto maior de discussão teórica sobre os objetivos da livre concorrência e da sua defesa diante de um mundo em transformação (não só digital). Por fim uma análise empírica baseada em casos concretos e modelos regulatórios nos ajudará a compreender a correlação entre os impactos da transformação digital da economia e as reações jurídicas propostas pelo direito, constitucional e antitruste. Do resultado dessa pesquisa procuraremos extrair, com a lente do constitucionalismo digital, um escalonamento de problemas e soluções, separando, gradativamente, aquilo que decorre de forma mais geral da transformação digital daquilo

que é mais especificamente relacionado a questões antigas da livre concorrência, potencializado pela digitalização.

b) O Constitucionalismo digital como pressuposto hermenêutico: As constituições dos Estados devem mediar, por meio de seus valores e princípios, os impactos da transformação digital, estabelecendo a ponte entre o global e o local e restabelecendo a capacidade institucional do estado para contenção de poder e proteção de direitos. Nessa linha o constitucionalismo digital é um pressuposto hermenêutico, que deve servir de lente para a interpretação das constituições, tanto diante da adjudicação por meio do controle de constitucionalidade como na aplicação das normas constitucionais. Assim, a Constituição deve servir, também, como um algoritmo de tomada de decisão legislativa, regulatória e de políticas públicas.

No presente trabalho, utilizaremos o constitucionalismo digital para (re)interpretar os arts. 170, inciso IV e 173, §4º da Constituição Federal de 1988, que instituem, respectivamente, a livre concorrência como princípio da ordem econômica e o dever do estado de reprimir o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros., ou seja o dever de promover a defesa da livre concorrência.

A intenção é restabelecer a força normativa desses dois dispositivos constitucionais à luz do constitucionalismo digital de forma a servir como parâmetros para a elaboração legislativa e de normas regulatórias, bem como para o desenho e o estabelecimento de prioridades das políticas públicas relacionadas a transformação digital da economia e em termos de *enforcement*, isto é, na aplicação das leis de defesa da concorrência. Nas próximas duas seções, vamos detalhar melhor como o constitucionalismo digital irá servir aos dois propósitos acima descritos.

2.2 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA

A escolha da livre concorrência como nosso objeto de aplicação concreta do marco teórico do constitucionalismo digital apresenta algumas justificativas. Em primeiro lugar, conforme Hoffman-Riem (2021), as manifestações mais claras da transformação

digital se dão primeiramente nos "mercados", com a digitalização da economia e a disseminação sem precedentes da sociedade de consumo e das informações em formato de dados. A chamada economia de dados é onipresente e, dado que a transformação digital é, em verdade, a versão mais avançada da globalização econômica há uma relação direta entre a transformação social promovida pela digitalização com a atuação do poder econômico (Wanderer, 2023). A existência de grandes atores globais privados, detentores do poder econômico, passando a atuar como centros de poder além do estado, conforme já tratamos aqui, faz com que as decisões destes agentes econômicos se tornem relevantes não apenas do ponto de vista estrito da competição capitalista por lucro no mercado, mas também, como já vimos, para a própria possibilidade do exercício de direitos e da cidadania, e, em última análise para a sobrevivência de um modelo de democracia constitucional que foi capaz de pacificar as relações sociais de maneira mais ou menos estável no último século e meio.

Mas, além disso, foi nos mercados e nos conflitos advindos da transformação digital da economia, que os desafios ao modelo constitucional baseado nos Estados, sobretudo naquilo que diz respeito à força normativa de suas constituições econômicas, rapidamente se manifestaram. Hoffman-Riem (2021), em uma visão um tanto eurocêntrica e parcial, atribui a timidez e a falta de "globalidade" do direito da concorrência a incapacidade dos sistemas jurídicos de fazer-se capaz de conter o *unaccountable power* das *Big Tech*.

Na mesma linha o autor aponta dificuldade e insuficiência de medidas de mera revisão regulatória em se ter uma intervenção estatal na economia que de fato seja capaz de acompanhar a transformação tecnológica sem obstacularizar a inovação. O exemplo do antitruste é uma amostra bastante significativa deste dilema. O autor afirma que:

"Apesar do grande significado dos objetivos econômicos, fatores de motivação e de controle para o desenvolvimento das tecnologias/inovações digitais, e sua utilização em áreas de negócios altamente diversas, o Direito antitruste reagiu até agora aos desafios da transformação digital de forma muito limitada. Porém, como reação ao domínio mormente das plataformas globais, e das suas influências políticas e econômicas, estão surgindo reorientações".(Hoffmann-Riem, 2021, p. 174).

O diagnóstico parcialmente correto do autor (ainda que eurocêntrico e “neutralizado” de fatores políticos e geopolíticos que o permeiam), aliado ao impacto da transformação digital na própria realidade social, o que inclui, obviamente os mercados, faz com que pareça estreme de dúvidas a necessidade de se controlar e monitorar e até mesmo coibir quando necessário a atuação das grandes plataformas digitais no mercado e na forma como controlam a coleta, o acesso e o uso de dados via inteligência artificial.

Não obstante, é inegável que a transformação digital da economia embora de certa forma "liderada" por esses grandes atores privados globais não se resume a isso. Outros fatores têm sido observados, sobretudo em países da chamada modernidade periférica, ou de constitucionalismo tardio ou inacabado, em que os compromissos do Estado em promover o desenvolvimento econômico e social simultaneamente ainda não foram totalmente satisfeitos. Inúmeros exemplos vindos da própria realidade econômica apontam nesse sentido. Um exemplo é o crescimento em regiões como a América Latina, das chamadas *Fintech*³⁴, plataformas e serviços voltados para facilitar o acesso das populações à produtos e serviços do sistema financeiro e bancário.

O impacto pró-competitivo dessas inovações em uma região do mundo em que boa parte da população é desbancarizada ou vive da economia informal, bem como em que os sistemas bancários são tradicionalmente concentrados e rigidamente regulados por conta de riscos sistêmicos, tem sido objeto de vários estudos e casos concretos em defesa da concorrência, como veremos em seção posterior desse trabalho. Mais do que isso, a inovação tecnológica aqui claramente contribuiu para permitir que uma grande parte da população tenha um meio adicional de exercer de forma material seus direitos de cidadania, democratizando o acesso a mercados de que antes não participavam.

Diante dessa duplicidade (ou multiplicidade) de fatores que a transformação digital traz para os mercados, que vão desde um espectro globalizado e relacionado diretamente com a transformação da sociedade em digital, envolvendo as *Big Tech* como co-detentores do poder (não só econômico) sobre a vida dos cidadãos, até modificações culturais, sociais e econômicas extremamente relacionados com o nível de desenvolvimento e o contexto das economia de cada estado nacional, tendo maior ou menor impacto na livre concorrência ou na possibilidade de melhoria da vida da

³⁴ V. nesse sentido os recentes trabalhos da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (2023;2024).

população por meio da inovação tecnológica a depender de fatores autóctones, uma visão crítica do constitucionalismo digital, analisando como se dá essa complexa relação de "glocalidade" na economia e como podem as Constituições dos Estados atuarem de forma normativa nessa mediação de interesses e de riscos e contingências, é um dos objetivos desse trabalho.

Em segundo lugar, há uma coincidência de desafios vividos pelo constitucionalismo contemporâneo e pela defesa da concorrência em virtude da complexa governança exigida pela sociedade em transformação. A globalização da economia com a escala atingida por meio da transformação digital introduz uma necessária vinculação transnacional e a necessidade de se lidar com desafios que são difusos: emergência climática, redução da pobreza, transformação dos mercados de trabalho, inteligência artificial e a transição do próprio capitalismo baseado na produção e na relação capital-trabalho para uma sociedade de consumo plataformizada, ou para um capitalismo de plataformas (De Gregorio, 2022; Lianos, 2002).

Esses fatores têm configurado um momento crítico de transformação também da forma de elaboração das políticas públicas e sua normatização, que passam a questionar a vigente primazia da economia e da tecnologia como principal fator de decisão. As crises em sequência (a financeira de 2008, a da pandemia, a guerra na Europa e a já crescente "guerra fria" tecnológica³⁵) tem exigido uma narrativa alternativa à econômica, a que Balaguer Callejon (2022) chama de "*interpretacion constitucional de la crisis*", para, justamente, devolver a capacidade de intervenção dos Estados ou grupo de Estados, na economia.

Pois bem, essa primazia anterior do discurso econômico e científico-tecnológico como superior, e nesse sentido, da interpretação "econômica" da Constituição ou, ainda, da colonização dos demais sistemas, incluído o jurídico, pelo sistema da economia, decorre do fato de que, no campo social, os novos valores do progresso econômico e tecnológico e os avanços que estes proporcionam geram satisfação e dependência e, a Constituição normativa, a princípio não parece ter nada a oferecer nesse contexto, sendo

³⁵ A expressão aqui refere-se a disputa "geopolítica" entre Eua, China e Europa no que diz respeito aos insumos básicos para a infra-estrutura da tecnologia digital, como os semicondutores. V. nesse sentido Bradford, 2024.

mais um obstáculo ou risco a esses avanços, como suas diversas camadas de promoção e proteção social (Callejon, 2022).

A ideia de eficiência econômica como um fim em si mesmo e o discurso neoliberal de limitação do espaço do Estado na intervenção na economia acompanhou a globalização e passou a influenciar e moldar inclusive a interpretação constitucional, tanto via adjudicação pela jurisdição constitucional como pelos agentes políticos responsáveis por conceber e implementar as políticas econômicas, mesmo em Estados cujas constituições normativas possuíam normas bastante rígidas em termos de constituição econômica (um exemplo claro, no caso brasileiro, está nas Emendas constitucionais que alteram grande parte dos dispositivos do art. 170 e ss., ou mesmo uma gradação das decisões judiciais do STF e de instâncias inferiores no sentido de dar deferência maior a decisões "econômicas", via consequencialismo, que passa inclusive ser expressado em norma na Lei de introdução às normas do direito brasileiro – LINDB, modificada pelo Lei 12.376/2010).

Naturalmente as questões da livre concorrência não passaram ao largo dessa influência, e, ao mesmo tempo em que se fortalecia a capacidade da autoridade antitruste em promover a regulação concorrência *ex post* (Leis 8.884/94 e 12.529/12) passou a se restringir e insular os objetivos do antitruste, cujas decisões passaram a adotar um padrão de prova e decisão relativamente globalizado e que dá maior pesos aos elementos econômicos neoclássicos, distanciando-se de outros elementos (como defesa do consumidor, valorização do trabalho, função social da propriedade), que muitas vezes compõem com a livre concorrência o paradigma constitucional de ordem econômica.

Assim que também a nível global o direito antitruste e a própria ideia de livre concorrência passam por um momento de transformação em relação a seus objetivos. Por diversas vezes nesse trabalho voltaremos ao tema e sobretudo na reflexão sobre como a adoção estrita no antitruste de um padrão de prova e decisão único e baseado em uma ideia geral de *consumer welfare*, influenciado pela Escola de Chicago, tem sido desafiado por sua incapacidade de servir como este padrão diante dos desafios da economia em transformação, e, particularmente, diante da transformação digital da economia.

Essa transformação digital, da mesma forma que alarga em escala, benefícios e riscos da globalização e expõe a necessidade de se construir discursos alternativos ao discurso meramente econômico, também expõe de maneira sem precedentes os desafios,

limites e alcance que a livre concorrência como princípio da ordem econômica e a defesa da concorrência como forma de aplicação do direito enfrentam.

A necessidade de se restabelecer a capacidade da livre concorrência de efetivamente regular mercados sem impedir a inovação e, mais ainda, possibilitando que se crie um espaço regulado pelo direito público que seja capaz de traduzir e mediar tendências globais e contextos locais, promovendo o desenvolvimento econômico traduz o tamanho do desafio enfrentado. Diante disso, analisar as discussões e desafios aos objetivos do antitruste, bem como sua adequação e especificidade diante de realidades locais, supranacionais e globais, sob o marco teórico crítico do constitucionalismo digital, servirá como suporte para propor uma reinterpretação constitucional que agregue conteúdo ao princípio da livre concorrência para lidar com os desafios da transformação digital e, ao mesmo tempo, encontrar limites e fronteiras para o papel da lei de defesa da concorrência brasileira e da autoridade responsável pela sua aplicação, o Cade, sem necessariamente importar soluções e regulações pré-concebidas em outras partes do mundo ou globalmente, mas adaptá-las segundo paradigma constitucional do antitruste brasileiro, construído segundo uma legitimação própria identificada com a sociedade híbrida (física e digital, que aqui vive) e condizente com o estágio de desenvolvimento do estado brasileiro e com as oportunidades oferecidas pela inovação.

Se o maior desafio da governança digital parece ser encontrar, de fato, um ambiente de equilíbrio e de conciliação entre os interesses econômicos, a atuação do Estado e a inovação, esse equilíbrio parece advir de manter-se uma perspectiva aberta diante da realidade digital e buscar harmonizá-la com a realidade física. E, logo, incorporar as discussões dos objetivos do antitruste por meio da tradução crítica proposta pelo constitucionalismo digital parece ser essencial para essa governança.

Em terceiro lugar, verifica-se uma correlação histórica entre constitucionalismo, intervenção econômica e livre concorrência. Como vimos, uma das razões de nascimento do constitucionalismo e da própria Constituição como conhecemos hoje, com força normativa, resulta da necessidade de se conter o poder do Estado, inclusive na atividade econômica, e da necessidade, posterior, de submeter também ao império da lei tanto essa intervenção como os conflitos decorrentes das relações econômicas, sobretudo as que envolvem as liberdades de iniciativa e as relações entre capital e trabalho. No constitucionalismo mais recente essa correlação foi complexificada dado que em muitas das constituições normativas no pós-guerra o Estado passa a também ter um papel de

promoção social e não somente de proteção. Assim, o Estado que passa a ter um papel de indução de desenvolvimento também atua, ainda que maneira excepcional na maior parte dos casos, na economia.

Mas, além disso, uma parte grande da atividade econômica passa a depender do Estado, em razão de investimentos, contratação e obrigações e da institucionalização e consolidação de arcabouços institucionais e normativos que regulam e dão segurança jurídica à livre iniciativa. Assim em muitos Estados, a Constituição econômica para além de regular a livre iniciativa e a relação de capital e trabalho, passa também a regular setores inteiros da economia e a relação entre agentes privados econômicos, via livre concorrência, direitos do consumidor e outros direitos difusos. Essa complexidade decorre em muitos casos, daquilo que o Ferraz Jr (1998) chamou, entre nós, de hibridismo constitucional, isso é, a conjugação (tentativa) de equilibrar em um mesmo documento constitucional, características do Estado liberal e do Estado social.

Em constitucionalismos incompletos como o brasileiro da Constituição Federal de 1988, em que a redução de desigualdades e inclusão social programadas constitucionalmente ainda não puderam ser totalmente realizadas, as normas programáticas destinadas ao Estado social foram atingidas diretamente pela interpretação econômica oriunda da globalização. Não por acaso que aqui e em outros Estados com características semelhantes essa tensão do estado liberal, privilegiado pela globalização, com o social, prejudicado pela globalização, tenha potencializado o surgimento de movimentos populistas que, ao fim do dia, atacam o próprio paradigma de democracia que resultou no constitucionalismo ali vigente.

De fato, essa adoção de uma interpretação econômica da constituição que não valorize o equilíbrio exigido entre estados liberal e social acaba por resultar no risco da Constituição se tornar apenas um simbolismo apto a legitimar o status quo e distanciar-se de seu programa de desenvolvimento e inclusão original. Mais do que isso, a ausência desse equilíbrio pode levar a vertentes autoritárias em ambos os vetores, social e liberal, conforme se privilegie um sobre o outro e se imponham as finalidades de um como prioritárias. Nesses Estados, em que o programa constitucional social continua incompleto, uma nova "deferência" constitucional a fatores globais econômicos e tecnológicos, sem a devida tradução para o contexto local e as necessidades e oportunidades econômicas e sociais específicas, terminará por esvaziar o próprio valor da Constituição e do constitucionalismo como núcleo de legitimação para proteger os

direitos fundamentais, controlar o poder e canalizar os conflitos sociais por meio do Direito.

Nesse contexto de constitucionalismo incompleto, deve-se cuidar, ainda, para que a mera importação de atualizações e soluções de modelos regulatórios relacionados a transformação digital não sirva também de elemento meramente simbólico para a legitimação de situações de poder privado e global já estabelecidas. E nesse ponto a livre concorrência se torna fundamental, tanto como instrumento jurídico-constitucional para instrumentalizar o estado como co-participante da governança global e como integrante da rede de contenção do poder privado e público, mas também para permitir e fomentar a pluralidade oriunda da livre iniciativa de sua própria sociedade, que se aproveita das inovações tecnológicas para criar novos mercados, permitir inclusão e expansão de mercados tradicionais e, assim, promover desenvolvimento. A visão crítica do constitucionalismo digital, nesse ponto, instrumentaliza a livre concorrência a ser pensada de forma descolonizada e direcionada a não ser apenas um princípio simbólico, mas um efetivo instrumento democrático de intervenção estatal³⁶.

Em quarto lugar, embora o avanço tecnológico seja impulsionado claramente pelos interesses econômicos e os impactos da transformação digital se revelem primeiro nos mercados, o fato da ordem econômica do constitucionalismo contemporâneo normalmente é firmada sobre um tripé de intervenção estatal no interesse social e excepcional, livre iniciativa e livre concorrência, com variações de intensidade e prioridade a depender de cada Constituição e dos contextos locais, faz com que, ao contrário do que ocorre com os direitos e garantias fundamentais individuais e sociais, a percepção do balanço entre os riscos advindos da transformação digital *vis a vis* a expansão das possibilidades de exercício de direitos, no caso via livre iniciativa e concorrência, seja mais propensa a esta segunda.

Isso ocorre por dois motivos principalmente: primeiro porque o poder econômico diretamente interessado na transformação digital consegue influenciar interpretações e seleções do sistema jurídico que lhe sejam favoráveis, não somente pela capacidade de controlar os aspectos virtuais da vida social, mas também porque efetivamente, ainda que de forma oligopolizada, esse poder econômico efetivamente oferece inovações que

³⁶ Sobre o papel da livre concorrência como uma ferramenta democrática na era digital v. Ezechai e Robertson, 2024.

trazem satisfação e progresso (e dependência). Segundo, pelo caráter de revolução industrial da transformação digital, ou seja, pela compreensão da sociedade da oportunidade de progresso que a era digital representa.

No primeiro caso podemos dizer que o vetor é mais negativo do que positivo do ponto de vista de proteção de direitos e contenção de poder e no segundo caso podemos dizer que o vetor é mais positivo. Ambos, no entanto apontam para uma zona cinzenta de neutralidade, no sentido de que para os direitos econômicos, a transformação digital representa uma oportunidade. O aproveitamento dessa oportunidade, no entanto, parece depender, assim como no caso das revoluções industriais anteriores, da capacidade institucional de se apreender os benefícios e controlar os riscos (Aghion et. al, 2023).

Essa capacidade, por sua vez, depende de uma integração normativa que estabeleça, pela via do sistema jurídico, a canalização dos conflitos, a contenção dos riscos e a segurança decorrente do equilíbrio constitucional. Ao contrário dos direitos e liberdades individuais afetados pela transformação digital, no entanto, em que os elevados riscos se atrelam diretamente a dignidade humana e são mais ou menos comuns em escala global, e, nesse sentido, justificam-se tentativas de estabelecimento também global de princípios e valores que sejam estabelecidos em ordens transnacionais, no caso dos direitos econômicos parece-nos que a legitimidade do sistema jurídico para estabelecer a integração normativa capaz de, ao mesmo tempo, conter os riscos e aproveitar as oportunidades da transformação digital necessita encontrar guarida no tripé das constituições econômicas - intervenção-livre iniciativa-livre concorrência - e no contexto econômico de cada economia local que será o *locus* da transformação.

Nesse sentido, a preservação da concorrência no plano interno aos estados contribui também para a contenção do poder econômico global, sobretudo se essa preservação tiver como princípio promover a abertura dos mercados locais para as oportunidades da transformação digital. Esse equilíbrio exige que a livre concorrência seja um princípio da ordem econômica não como um fim em si mesmo, mas como parte de um sistema de valores e princípios que devem ser ao mesmo tempo filtro e horizonte para o desenvolvimento de políticas públicas econômicas e para a construção de um desenho institucional de defesa da concorrência que consiga ao mesmo tempo preservar a inovação e conter abusos. I

Isso importa tanto participar de um sistema global de governança quanto aos impactos globalizados da transformação digital da economia na sociedade digital pelo poder dos controladores de acesso, ou *big tech*, como explorar as possibilidades da transformação digital na capacidade dos mercados novos e tradicionais contestarem antigas estruturas de poder econômico, oligopolizadas ou extremamente concentradas (Flew, 2024).

Assim, estudar a livre concorrência tendo o constitucionalismo digital como marco teórico adquire dupla importância: capacitar o Estado, via interpretação da constituição econômica, a conter o poder global dos atores privados digitais como co-participante de um sistema complexo de co-regulação e governança global e, ao mesmo tempo, fomentar abertura para inovação, via política econômica e via política de defesa da concorrência, de forma a garantir a melhor apropriação dos benefícios da transformação digital.

Ao restabelecer a força normativa da ordem econômica da Constituição, o sistema jurídico também ganha uma melhor capacidade de tradução dos impactos da era digital segundo as peculiaridades e o grau de desenvolvimento de cada estado. Entre nós, esse restabelecimento, importa, necessariamente, por reconstitucionalizar a livre concorrência, tanto como princípio da ordem econômica como enquanto fundamento para aplicação da lei de defesa da concorrência contra o abuso do poder econômico. Na seção seguinte, explicamos o que queremos dizer com essa reconstitucionalização pela via do constitucionalismo digital.

2.3 CONSTITUCIONALISMO DIGITAL, INTERVENÇÃO ESTATAL E LIVRE CONCORRÊNCIA NA CF/88

Para dar início ao nosso caminho que parte do campo teórico e mais abstrato do constitucionalismo digital e percorrerá os próximos capítulos em direção a interpretação e aplicação concreta da teoria no ramo do direito da concorrência, é preciso situar a livre concorrência na Constituição Federal de 1988 não apenas no campo da previsão normativa, mas também na forma como tem sido aplicada concretamente. E, nesse sentido, a análise mais detida sobre a aplicação do princípio da livre concorrência e da lei de defesa da concorrência nos casos concretos, nos leva a conclusão de que o direito da concorrência, no Brasil, desenvolveu-se de maneira desconstitucionalizada.

O termo desconstitucionalização, já utilizado por nós na introdução é, como afirmado alhures, emprestado do artigo “*A desconstitucionalização do direito de defesa da concorrência*” de Luis Fernando Schuartz ([s.d.]). Neste curto, porém denso trabalho, o autor demonstra que, por diversos fatores, a defesa da concorrência no Brasil, sobretudo em seu processo decisório regulando casos concretos, afastou-se, ao contrário de outros ramos do direito brasileiro, do recurso à princípios constitucionais como fonte normativa para justificar ou dar sentido (ou somente “capa de sentido” ou “simbolismo”) ao conteúdo decisório.

Ao contrário, na linha do que também ocorreu mundo afora no ramo do direito da concorrência³⁷, sobretudo na sua aplicação prática pelas autoridades antitruste, a construção do sentido e do conteúdo normativo das decisões resulta de uma grande deferência e incorporação, pelo sistema jurídico, dos cânones e métodos da ciência econômica, notadamente aqueles inspirados nas teorias neoclássicas, como o padrão do *consumer welfare* da Escola de Chicago, cuja disseminação nas últimas décadas teve alcance praticamente global nos sistemas de defesa da concorrência.

Essa deferência à técnica econômica, no campo do direito concorrencial tem algum sentido, afinal, trata-se de um campo jurídico cuja aplicação e decisão impacta diretamente na realidade econômica. Mais do que isso, a existência ou não de um abuso ou de um risco concorrencial depende de fatos econômicos e das evidências da ocorrência real desses fatos. Assim, o direito da concorrencial, com sede constitucional recebe os *inputs* do sistema da economia e os absorve pelo código do direito, ou seja, lícito ou ilícito. Em verdade, independentemente do sistema legal ou da jurisdição, a ideia de livre concorrência e o direito antitruste sempre se moldaram ao que se pode chamar de dinâmica econômica (ou fática) das relações da iniciativa privada nos mercados e com o mercado e, sobretudo, dentro do contexto das democracias liberais e sociais-liberais.

Diante dessa relação, fatores como tempestividade e consequências, utilidade e produção de bem-estar, passaram a ser cada vez mais quantificados (ou quantificáveis/estimáveis) com base em elementos da ciência econômica, cabendo ao direito antitruste a difícil porém necessária tarefa de incorporar e traduzir esses elementos. Assim que, mesmo em países cujo sistema de defesa da concorrência é bastante judicializado e em que predomina o arcabouço jurídico de *common law*, essa

³⁷ V. Oliveira, 2024.

“tecnicidade” e o consequencialismo dos modelos econômicos e de análise das dinâmicas de mercados passaram a ter maior preponderância no processo decisório antitruste do que, como ocorreu em outros ramos do direito, a hermenêutica extraída dos valores e princípios insculpidos no texto constitucional, como comando genérico, abstrato e valorativo último até o caso concreto.

J.M.M.A. Andrade (2014), aponta que essa deferência do direito a economia é desejável e até mesmo saudável no campo das evidências, das provas utilizadas nos casos concretos para a análise antitruste. Como estamos tratando de fatos econômicos que geram consequências reais ou potenciais na economia é com base nos conflitos causados por essa consequência no ambiente livre dos mercados que se deve buscar a medida de gravidade para definir, juridicamente, situações que merecem punição ou regulação estatal. Assim, o uso da economia como teoria da prova é fundamental para que se possa canalizar os conflitos e suas soluções por meio do direito.

Nesse sentido, uma economicização do direito da concorrência não é somente natural como essencial para se dar robustez probatória na aplicação da lei. J.M.M.A. Andrade (2014), além de convergir no diagnóstico de desconstitucionalização de Schartz ([s.d.]), defende que, do ponto de vista da teoria da prova, o direito da concorrência deveria se pautar por uma abordagem ainda mais econômica (o “*even more economic approach*”).

Não obstante, no que diz respeito a teoria da decisão, o autor aponta, com percuciência, que a deferência do direito da concorrência deve ser ao próprio direito, inclusive, ao direito constitucional. Em se tratando de uma das formas mais diretas da intervenção estatal na economia, a regulação da defesa da concorrência, baseada na lei, não pode, sob a justificativa de uma melhor técnica econômica, deixar de seguir os preceitos jurídicos que limitam ação estatal e reduzem a discricionariedade pública na tomada de decisão³⁸.

É necessário afirmar aqui, ainda de maneira introdutória, para que não restem dúvidas, que:

- (i) essa aproximação e deferência entre o direito antitruste e a ciência econômica é o resultado de uma construção mais do que secular, sobretudo

³⁸ Cf. nesse sentido, Grau (2004).

nos EUA (com momentos mais ou menos radicais), mas que serviu de maneira bastante coerente aos objetivos das democracias e do constitucionalismo liberal do pós-guerra, sobretudo na era da globalização econômica. No Brasil particularmente essa deferência a economia cumpriu nas últimas três décadas o papel de desenvolver a livre concorrência adequando-se à complexidade de nosso desenvolvimento econômico. Com o aumento dessa complexidade trazido pela transformação digital, no entanto, parece ser natural questionar-se a suficiência desse modelo;

(ii) essa “desconstitucionalização” gerou resultados positivos e fundamentais para a construção de sistemas de repressão ao abuso do poder econômico de maneira quase que globalizada segundo cânones comuns e bastante calcados em evidências empíricas. Assim longe de ser inconstitucional, a desconstitucionalização da livre concorrência teve o fundamental papel, sobretudo em democracias mais recentes como a brasileira, de permitir a consolidação do direito antitruste como um importante mecanismo de intervenção do Estado frente aos desafios impostos pela atuação do poder econômico sem necessariamente coibir a livre iniciativa e, sobretudo, com maior estabilidade político-institucional, distanciando-se de princípios constitucionais abertos e que vulgarmente acabam por vezes interpretados de maneira consequencialista ou ideológica, em nome de um suposto papel emancipador do direito, sujeito a influência de interesses de grupos privilegiados;

(iii) não se pode negar a essa desconstitucionalização, de outro lado, um papel político (e as vezes até geopolítico) de tentar isolar-se os mercados de uma interferência mais decisiva de outros princípios constitucionais e da atuação da própria corte constitucional, atendendo a benefícios mais amplos da política econômica neoliberal e globalizada e, bem assim, do poder econômico;

Nesse ponto, há de se reconhecer que, de fato, uma ortodoxia exagerada em modelos econômicos baseados em preço ou uma deferência excessiva aos postulados (neo)liberais pode, ao final, resultar em distorções no processo decisório qualificadas pela não atuação da livre concorrência da maneira mais efetiva do ponto de vista do seu status constitucional, bem como de um insulamento do direito antitruste e da política de defesa

da concorrência de outras políticas públicas integrantes da política econômica do Estado e dos ramos do direito a ela relacionados.

Mais do que isso, como vimos, a sede constitucional da livre concorrência parece ser a chave para que a ordem econômica constitucional preserve sua força normativa diante dos desafios da transformação digital, bem como para traduzir e mediar a influência global fragmentada da sociedade digital e das soluções adotadas em outros Estados e blocos de Estados, adequando esses *input* à aquisição evolutiva do direito constitucional brasileira e ao programa de inclusão e redução de desigualdade previsto na nossa Carta Magna.

Assim que propomos aqui uma reconciliação entre as “conquistas” que a desconstitucionalização do direito da concorrência permitiu e as “possibilidades” que a reconstitucionalização desse direito poderia oferecer para que o Estado seja mais capazes de lidar com os novos desafios da economia e de sua regulação, sobretudo aqueles decorrentes da transformação digital e de seus impactos nos mercados e na economia como um todo.

De outro lado, é importante também deixar claro que ao trazer à discussão uma necessária reconstitucionalização da livre concorrência no Brasil, não estaremos, propriamente, ignorando, sem a devida reflexão e contextualização, as recentes discussões teóricas, legislativas e práticas sobre os objetivos do antitruste que vem ocorrendo em contexto global. Essas discussões serão nosso objeto de estudo e interpretação, via constitucionalismo digital, na segunda parte do trabalho. Mas, de certa forma, a nossa proposta tangencia tais discussões ao buscar compatibilizar, diferenciando, o princípio da livre concorrência (art. 170, IV) como princípio da ordem econômica com a determinação legal de coibir o abuso do poder econômico (art. 173, §4), que sustenta a atividade de defesa da concorrência e da aplicação da Lei, papel atualmente desempenhado pelo Cade.

Com base nessa diferenciação hermenêutica, sem se afastar da notória relação de continência entre os dois ditames constitucionais, pretendemos abrir espaço para formulação de políticas públicas e modelos de intervenção estatal na economia mais condizentes com a complexidade e os desafios da transformação digital, sem perder o rigor técnico e baseado em evidências econômicas (não somente aquelas defendidas pelos postulados de Chicago) da defesa da concorrência nos casos concretos, ainda que

necessariamente aprimorando seus instrumentos de ação e a decisão e amplificando, pela via da interpretação constitucional, o conteúdo jurídico de parte das competências já atribuídas ao CADE

Explica-se: a política de defesa da concorrência e o direito antitruste tem vivido, mundialmente, uma situação de stress institucional. Ao mesmo tempo em que atingiu padrões relativamente consolidados e globalizados de intervenção mundo afora, fortemente baseados na ciência econômica e em evidências, por uma série de fatores, dentre eles a transformação digital (mas também questões de sustentabilidade e preservação do meio ambiente, redução de desigualdades e até, mais recentemente, inflação e mercados de trabalho), vive um momento de inflexão que opõe, em apertada síntese, correntes que defendem uma ampliação do mandato das autoridades antitruste para que sua atuação tenha como objetivo também a preservação/fomento desses valores que vão além da produção de bem-estar nos mercados pela garantia da competição e correntes tidas como mais “conservadoras” que defendem que a deferência histórica do antitruste à ciência econômica não impede que este se reformule ao mesmo tempo em que seria mais bem fundamentado em evidências sobre aquilo que pode ou não caracterizar um abuso de poder econômico causador de dano.

No que se refere especificamente a transformação digital, esse debate teórico tem tido consequências práticas, tanto no campo legislativo e regulatório como também nas decisões de autoridades antitruste mundo afora. A noção de que é necessário algum tipo de medida mais rigorosa, *ex ante* e em caráter preventivo de controle do poder econômico das *big tech* tem sido bastante disseminada, resultando em legislações (promulgadas ou propostas) e competências de atuação das autoridades antitruste bastante ampliadas e discricionárias na União Européia com o Digital Markets Act (DMA), mas também na Alemanha, França, Reino Unido, Austrália, Brasil e, até recentemente nos Estados Unidos.

Ocorre que, assim como o desenho institucional e a metodologia do direito antitruste possui um caráter global, mas que é sempre adaptado, influenciado e diferenciado pelo contexto jurídico de cada Estado nacional, também a transformação digital e as capacidades decorrentes dessa (inovação, massificação, dinamização) depende fortemente do contexto institucional e econômico de cada Estado nacional.

Logo, as soluções jurídicas e os avanços regulatórios necessários a absorção da complexidade e ao enfrentamento dos desafios impostos pela economia digital passam também por uma necessidade de se traduzir ao sistema jurídico-constitucional de cada Estado nacional, o debate acima mencionado sobre os objetivos da política de defesa da concorrência e o papel da autoridade antitruste. E, a nosso sentir, essa tradução somente faz sentido no contexto de construção do constitucionalismo digital no interior de cada Estado nacional, no seio da sua própria Constituição.

Dessa forma é que, no caso brasileiro, a Constituição pode ser um importante algoritmo hermenêutico para uma ampliação da capacidade do Estado em lidar com os desafios da transformação digital. No que se refere a livre concorrência, a proposta que colocamos a discussão é uma diferenciação funcional entre a livre concorrência - princípio da ordem econômica (art. 170, IV) e a livre concorrência - defesa da concorrência nos casos concretos trazidos ao CADE (art. 173, §4º).

Sem desnaturar a clara relação de sentido e de continência entre estes dois dispositivos constitucionais, tal diferenciação permitiria uma reconstitucionalização do tema sem deixar de lado as vantagens e conquistas institucionais gerados pela desconstitucionalização da defesa da concorrência (Schuartz, s.d.). Para o princípio da ordem econômica, restaria o papel de orientar a discussão e a formulação de políticas públicas e da política econômica que contemplem no seu seio o valor concorrência.

Assim, ideias estruturantes como, por exemplo, a neutralidade de redes, a interoperabilidade de tecnologia, o controle no uso acesso e disponibilização dos diversos tipos de dados, o acesso a infraestrutura essencial de telecomunicações, a garantia de isonomia no fomento público à inovação seriam introduzidos na ordem econômica, tanto no plano político como no plano legislativo-regulatório, por meio da maior efetividade ao princípio da livre concorrência. Da mesma forma inovações legislativas ou regulatórias que incrementem ou deem maior transparência aos instrumentos e procedimentos de ação dos órgãos antitruste e da própria sociedade no controle ao abuso do poder econômico na economia digital também seriam fundadas nesse princípio. Ademais, a compatibilização de outras normas relativas à transformação digital, como aquelas referentes a mercado de trabalho, privacidade de dados e direitos de usuários e consumidores e a cooperação interinstitucional, regional e internacional em temas relativos a economia digital teriam seu fundamento constitucional a partir do princípio da livre concorrência, o qual

fundamentaria também, a possibilidade de controle constitucional nessa formulação e execução de políticas públicas.

De outro lado, essa diferenciação funcional-hermenêutica preservaria, para autoridade antitruste, ou seja, para a defesa da concorrência, o conteúdo jurídico procedimental de sua atuação e a competência de tomada de decisão com base em evidências e em critérios fortes da ciência econômica, incorporando inclusive os métodos de aprimoramento da economia como teoria de prova para identificar o abuso na economia digital, tudo isso mediante o seguimento dos princípios constitucionais do processo e das premissas relativas a intervenção excepcional do estado na ordem econômica e da preservação da livre iniciativa.

Desta forma, reservar-se-ia a autoridade antitruste o papel de efetivar o princípio constitucional da ordem econômica dentro dos limites para os quais é melhor talhada, cuidando de novas manifestações de temas já conhecidos do direito antitruste, que são intensificados e potencialmente mais danosos e frequentes na economia digital, bem como pela incorporação de um instrumental mais variado da teoria econômica (na linha do “*even more economic approach*”), sem perder os ganhos que o instrumental neoclássico possui tanto como forma de acessar evidências empíricas como para o estabelecimento de prioridades de ação. Também possibilitar-se-ia uma reinterpretação ou atualização das interpretações correntes pelo CADE das competências e possibilidades de atuação previstas na Lei 12.529/11, inclusive com novas regulamentações e aperfeiçoamento de mecanismos, mediante debate público. Tudo isso em um cenário de contraditório e ampla defesa, mediante procedimentos já bem testados e definidos, como por exemplo, a possibilidade de imposição de restrições e monitoramentos, inclusive por via negociada.

Caberia a defesa da concorrência, ademais, também a defesa da inovação na medida em que atue para preservar as inovações e as transformações dos mercados tradicionais frente ao abuso do poder econômico já consolidado e tradicional, permitindo novas e mais eficientes dinâmicas competitivas nos mercados. Nesse sentido, cuidaria a defesa da concorrência não somente de atuar para controlar o poder econômico das *big tech*, dispondo do instrumental necessário para tanto, inclusive por alteração legislativa e ampliação das competências para atuação estrutural e preventiva, mas também para absorver e preservar uma abertura dos mercados para que a sociedade possa se apropriar também dos benefícios da era digital, com riscos minimizados.

Nos próximos dois capítulos procuraremos identificar e caracterizar os desafios da transformação digital na e da economia e a forma como isso altera ou tensiona com os paradigmas do antitruste tradicional e da própria ideia de livre concorrência. Ao reorganizar o debate sobre os objetivos do antitruste, separando questões políticas (e geopolíticas), questões metodológicas gerais do mundo em transformação e específicas da era digital e ao descrever casos e modelos regulatórios concretos de concorrência em mercados digitais, ou digitalizados, pretendemos, ao final, introduzir o constitucionalismo digital e a hermenêutica constitucional nele fundamentada como fonte de soluções concretas para a livre concorrência na transformação digital.

**PARTE II – TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA ECONOMIA E LIVRE
CONCORRÊNCIA**

3. DESAFIOS DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA ECONOMIA PARA A LIVRE CONCORRÊNCIA

Na primeira parte desse trabalho procuramos estabelecer as chaves teóricas pelas quais pretendemos introduzir a análise do princípio e da defesa da livre concorrência na Constituição Federal diante da transformação digital, especialmente, dos efeitos dessa transformação na economia.

A chave escolhida, como afirmado, é a do constitucionalismo digital, enquanto uma ideologia crítica, isto é, um conjunto de valores estruturados que permitem traduzir, adaptar e remodelar os direitos e liberdades consagrados no constitucionalismo pós guerra e nas Constituições que dali derivaram para a nova realidade da era digital, de forma a restabelecer a força normativa da constituição bem como o papel do Estado-nação como um regulador efetivo tanto para proteção como para a promoção de cidadania e bem-estar.

Afirmamos também, ao final da primeira parte, nosso entendimento de que o constitucionalismo digital deve ser a chave também para uma reconstitucionalização, no sentido de readequação e reaproximação, da defesa da concorrência e do direito da concorrência no Brasil ao princípio constitucional da livre concorrência, insculpido no art. 170, IV como um dos cânones a guiar a ordem econômica.

Ao reaproximar, na prática, a política pública e o *enforcement* de defesa da concorrência de sua sede constitucional em linha com o constitucionalismo digital pretendemos fornecer um modelo hermenêutico que ao mesmo tempo afaste o mero simbolismo do princípio constitucional e contribua para superar os desafios impostos à economia pela transformação digital, sobretudo no que se refere a prevenção, repressão e contestabilidade do poder econômico exercido por determinados agentes privados e supranacionais na era digital, mas também para capacitar o ferramental existente da defesa da concorrência para ser apto, é dizer suficiente e tempestivo, para continuar exercendo o papel de garantir a livre concorrência nos mercados e o pluralismo resultante da alocação de recursos institucionalizada pelo mercado.

Como também já afirmado, atribuímos parte desse distanciamento entre a defesa da concorrência e o princípio constitucional da livre concorrência a um excessivo insulamento técnico e autocontenção burocrática dessa política pública e de seus objetivos³⁹, resultado inclusive de uma interpretação restritiva das competências legais

³⁹ V. nesse sentido Miola e Onto (2024) e Miola (2016).

do Cade e da sua aplicação concreta na defesa da concorrência pela própria autoridade, que fortaleceu-se demasiadamente em um vetor "reativo" de subsunção aos casos concretos de atos de concentração e de infrações à ordem econômica e da gestão eficiente de recursos públicos na análise desses casos, sem necessariamente construir um valor permeável da ideia de livre concorrência enquanto parte da política econômica para além dos mercados e casos afetados pela atuação do Cade.

Esse distanciamento permitiu, é verdade, uma atuação efetiva na coibição do poder econômico dentro desses limites restritos estabelecidos de atuação, inclusive contribuindo para a institucionalização da defesa da concorrência e do Ca no Brasil, bem como para o fortalecimento de sua independência técnica. Não obstante, o mesmo distanciamento, resultado também da deferência dos órgãos judiciais, sobretudo o STF⁴⁰, na interpretação do princípio da livre concorrência em relação à lei da defesa da concorrência, fato que não ocorreu, ao menos na mesma intensidade em outras áreas do direito, impediu, por outro lado a problematização sobre os objetivos a serem perseguidos na defesa da concorrência enquanto manifestação de poder-dever estatal derivada diretamente de um princípio constitucional, fortalecendo assim, uma concepção restritiva do papel da defesa da concorrência, alinhada a uma agenda internacional de boas práticas e convergência influenciada pelo Consenso de Washington e pela prática antitruste dos países desenvolvidos, notadamente influenciada pela Escola de Chicago e seus padrões de *consumer welfare*.

É importante termos em consideração, ainda, que este distanciamento também foi de certa forma proposital, isto é, resultado de uma visão política e de política econômica que ao mesmo tempo em que buscava uma determinada convergência internacional com métodos e práticas consolidadas e também respondia a influência de grandes potências no sentido de exigir dos países menos desenvolvidos uma certa “paridade” institucional em termos econômicos, como garantia de estabilidade.

Conforme demonstra Carvalho (2023), a disseminação a partir da Escola de Chicago da política de defesa da concorrência ao redor do mundo resulta da confluência entre neoinstitucionalismo, neoliberalismos e da economia neoclássica. A economia neoclássica foi utilizada para atribuir à política de defesa da concorrência um caráter

⁴⁰ Nesse sentido, a decisão paradigmática do min. Luiz Fux no âmbito do RE nº 1.083.955, julgado na 1ª Turma, no dia 28/05/2019 (Brasil, 2019).

tecnocrático, atribuindo-lhe uma certa superioridade científica ao lidar com questões do mercado em oposição a uma atuação política e intervencionista do Estado baseado na discricionariedade dos agentes, o que se compatibilizava com os ideais (políticos) do neoliberalismo. Por fim, o neoinstitucionalismo foi relevante para atribuir as instituições responsáveis à política de defesa da concorrência um caráter mais ou menos global de boas práticas e capacidade estatal adequada para desenvolver livremente os mercados, permitindo, sobretudo aos Estados Unidos, que utilizassem a sua política de defesa da concorrência como vetor expansionista de sua lógica de mercado.

No entanto, diante dos desafios que a globalização, sobretudo com o fenômeno da transformação digital, coloca para o próprio constitucionalismo, como vimos, mas também para a economia e a política pública subjacente, esse distanciamento torna-se, de alguma forma, um entrave para a adaptação da política de defesa da concorrência ao lidar com a transformação digital. Mais do que um entrave, entre nós, no Brasil, o distanciamento representa uma perda de oportunidade de superação, pela hermenêutica constitucional, ou seja, por uma manifestação intra-sistêmica e já existente no ordenamento jurídico, como reação à irritação do ambiente que o circunda e de outros sistemas, como o econômico.

O modelo "reativo" de livre concorrência mencionado acima continua a funcionar e a dispor de meios de atuação, porém diante da reconfiguração da economia, com novos agentes, novos modelos de negócio e, sobretudo, uma nova dimensão espacial e temporal calcada na inovação tecnológica ostensiva e na presença de agentes privados com muito poder econômico e com poder transnacional ou supranacional, este modelo se fragiliza, revelando falhas de tempestividade, efetividade e suficiência.

E, da mesma forma que ocorre com o próprio constitucionalismo calcado na realização de direitos humanos, individuais, econômicos e sociais, essa fragilização ocorre, justamente, quando a reafirmação da livre concorrência se torna ainda mais fundamental para a efetivação da Constituição normativa, sobretudo no que se refere à constituição econômica.

Diante desse cenário é que pretendemos uma (re)interpretação constitucional que reaproxime a defesa da concorrência e sua lei de uma hermenêutica abrangente do princípio constitucional da livre concorrência, de forma a torná-lo apto a fundamentar medidas de política pública e de aplicação/aprimoramento legal que possam fortalecer o

modelo de defesa de concorrência estabelecido no Brasil para lidar com os desafios da era digital⁴¹. E é também nesse sentido que estabelecemos o constitucionalismo digital como um mapa⁴² para nos guiar nesse caminho, representando tanto uma agenda de pesquisa como um modelo teórico de desenvolvimento dessa hermenêutica proposta.

Mas, quais são, efetivamente, esses desafios impostos pela transformação digital na economia e que, especialmente, desafiam a defesa da concorrência tradicional e de alguma forma nos impõe um dever de restabelecimento da força normativa do princípio constitucional da ordem econômica que fundamenta a Lei de Defesa da Concorrência e a própria existência e atuação do Cade?

É isto que pretendemos expor nessa segunda parte do trabalho, ainda de forma sobretudo descritiva, mas apontando também, de forma crítica e analítica, conclusões parciais sobre onde entendemos que a reformulação do princípio constitucional da livre concorrência pelo constitucionalismo digital pode incidir e que repercussões isso tende a produzir na política pública de promoção e defesa da livre concorrência.

É importante aqui fazer um esclarecimento sobre a limitação do trabalho nesse ponto, válido para toda esta segunda parte que é a de que vários dos temas que aqui serão tratados renderia, isoladamente, trabalhos, pesquisa e teses específicas, sendo que muito já está sendo produzido nesse sentido. Nesse sentido, não pretendemos aqui esgotar todos esses temas e muito menos entrar em todas as suas especificidades teóricas e dogmáticas. Nossa intenção aqui é demonstrar a transformação que vem ocorrendo no âmbito da livre concorrência e sua defesa diante das mutações resultantes da era digital e como isso pode, por meio de uma reconstrução hermenêutica de um dos princípios da ordem econômica, o da livre concorrência, ser de alguma forma enfrentado e destrinchado no sistema jurídico brasileiro.

⁴¹ Forgioni (2022) classifica o direito antitruste como uma técnica para a implementação de políticas públicas. Nesse sentido, convergimos com a autora e reforçamos a necessidade de se diferenciar a necessidade técnica da utilização da ciência econômica e jurídica de maneira forte nos casos concretos mas apenas e, tão somente, enquanto instrumento de uma política pública adjacente de sede constitucional e não como um “fim em si mesmo”.

⁴² Reafirmamos aqui que adotamos o constitucionalismo digital como uma ideologia em sentido neutro, ou seja como um conjunto-quadro de valores e princípios estruturados pelo constitucionalismo, que variam de acordo com a Constituição de cada país, portanto, e devem servir de base para a adaptação da interpretação constitucional na era digital.

Antes de ingressar diretamente nos tipos de desafios, nas suas manifestações teóricas e concretas e nas reações a estas manifestações, é importante deixarmos claro como pretendemos organizar essa parte do trabalho.

De início, faz-se necessário dizer que a transformação digital da economia impõe uma série de desafios imediatos a atividade tradicional de *enforcement* da defesa da concorrência, independentemente do modelo institucional adotado por cada país ou bloco de países. Esses desafios decorrem da própria natureza dos modelos de negócio e da inovação decorrente da aplicação do desenvolvimento tecnológico na economia e de sua transformação em produtos e serviços que visam gerar lucro e se tornam, assim, bens de consumo/insumo de maneira generalizada. Em recente estudo da OCDE, algumas características da economia digital são apontadas como elementos de complexidade à análise antitruste e à política de defesa da concorrência⁴³:

- a) Presença de mercados de vários lados (*multi-sided markets*): a economia digital é marcada pela existência de “plataformas”, isto é agentes intermediários que congregam diversos agentes de mercado, como usuários fornecedores de bens e serviços de um lado e consumidores de outro, ou ainda, diferentes elos da cadeia que negociam por meio da plataforma;
- b) Fortes efeitos de rede (*network effects*): quanto maior o número de usuários de uma plataforma maior seu valor como produto para estes usuários. Em casos extremos, esses efeitos levam ao “tombamento” (*tipping*) do mercado em um monopólio tamanho o valor criado pela plataforma em relação aos usuários que dela “dependem”;
- c) Economias substanciais de escala e escopo: altos custos fixos e baixos ou zeros custos variáveis permitem rápida escalabilidade, expansão geográfica e uso de ativos para entrar em novos mercados;
- d) Alta dependência de uso de dados: o que torna difícil replicar o modelo para competir ou analisar as variáveis competitivas;
- e) Custos de troca: usuários são perfilados e constroem reputação nas plataformas, sendo difícil transferir esses elementos adquiridos no contexto de uma plataforma para outra;

⁴³ OECD (2022), *OECD Handbook on Competition Policy in the Digital Age*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/c8c1841b-en>.

- f) Relevância de propriedade intelectual: proteção patentária ou de segredo industrial sobre algoritmos e tecnologias podem dificultar a entrada tempestiva e suficiente;
- g) Preços baixos ou gratuidades: associados a modelos de negócios cujas fontes de renda advém de outros elementos decorrentes da utilização da plataforma, como a detenção de dados de consumidores, a publicidade online ou a criação de modelos premium ou avançados de uso;
- h) Inovação disruptiva: inovações que reduzem custos de transação ou de intermediação e que, por ocorrerem sob controle da plataforma ou ecossistema, podem ser oferecidos fora das restrições normativas existentes em mercados tradicionais;
- i) Modelos de negócio altamente verticalizados ou conglomerados: empilhamento de produtos e serviços sob uma base relativamente comum controlada por um “*gatekeeper*” que atua em todos os mercados em que controla o acesso como partes de um ecossistema fechado;

É necessário ressaltar que várias dessas características existiam ou podiam existir em mercados tradicionalmente analisados pela defesa da concorrência e pelo antitruste tradicional. Algumas outras características parecem mais próprias do componente digital dos mercados, como, por exemplo, o afastamento dos modelos de negócio de um modelo de competição baseada em variáveis tradicionais como preço e qualidade. O que difere os mercados digitais é a presença dessas características de maneira muito acentuada e conjunta, bem como a rapidez e a escalabilidade com que podem interferir na dinâmica competitiva e no comportamento dos agentes, usuários e consumidores.

Assim, as características estruturais da economia digital, como os fortes efeitos de rede, por exemplo, aliados à características de mercados de múltiplos lados indicam uma forte tendência à concentração de mercado: como o maior valor da plataforma para o usuário é atingido conforme mais usuários dela se tornam dependentes e a intenção da plataforma é justamente promover uma interdependência entre diferentes lados do mercado por meio de efeitos indiretos de rede caracterizados por benefícios cruzados entre os usuários e por *feedback loops*, que retroalimentam o valor da plataforma de um lado para outro, existe uma dinâmica chamada de *winner takes all/most*, isto é aquele que se sobrepõe, ou seja constrói melhor valor enquanto plataforma, torna-se essencial para

os diferentes lados, passando a ser dominante ou até mesmo, a tombar (*tipping*) o mercado a um monopólio.

Da mesma forma, estes efeitos de rede aliados às economias de escala e escopo e ao papel proeminente dos dados para as relações econômicas elevam as barreiras a entrada gerando um poder de mercado duradouro e menos contestável por inovações residuais, tornando a competição mais dependente de disrupção. O uso intensivo e assimétrico dos dados interfere diretamente na capacidade de escolha do consumidor e em seu comportamento, gerando um efeito de *lock in*, caracterizado pelos custos de mudança associados a criação de redes pessoais, assimetria informacional e exploração de vieses comportamentais.

Para além disso, há uma capacidade de alavancagem das plataformas para atuar em novos mercados digitais, partindo de sua vantagem relacionada a dados e usuários e a estas características estruturais aqui mencionadas. Assim, os chamados mercados digitais na verdade se complexificam em ecossistemas com estruturas comparáveis a ecossistemas fechados⁴⁴ e que contam com combinação intrincada de serviços e produtos complementares.

Desta forma ao controlar um ecossistema fechado, naturalmente, uma plataforma coloca-se como seu *gatekeeper*, controlando seu acesso e funcionamento bem como extraindo das relações de dependência criadas dentro da interação nele existente seu benefício econômico, aumentando a barreira a entrada para rivais, que necessitariam tentar replicar, ao menos em parte, o modelo ali constituído.

⁴⁴ Os ecossistemas fechados são caracterizados por uma estrutura complexa e bem definida, com fronteiras claras e componentes intrinsecamente interligados. Este sistema contém todos os elementos necessários para seu funcionamento e sobrevivência a longo prazo, sendo impossível tratar seus componentes de forma isolada devido à sua natureza interdependente.

Em seu funcionamento, estes ecossistemas apresentam efeitos positivos da diversidade através de espécies-chave, demonstrando efeitos de seleção específicos e mantendo ciclos internos de materiais e energia de forma autossustentável. Sua composição fundamental inclui organismos autótrofos (produtores) e heterótrofos (consumidores), além de um sistema sofisticado de armazenamento de recursos, todos contidos dentro de fronteiras claramente estabelecidas.

As interações dentro destes ecossistemas são caracterizadas por fluxos de energia controlados e ciclos de nutrientes internos bem estabelecidos. Como resultado, os ecossistemas fechados funcionam como unidades autocontidas, onde os processos ecológicos ocorrem dentro de limites definidos, permitindo maior controle e observação das interações entre seus componentes.

Esta estrutura integrada e autossuficiente permite que o ecossistema mantenha sua estabilidade e funcionamento ao longo do tempo, com cada elemento desempenhando um papel específico e essencial para a manutenção do todo.

Diante dessas características é possível observar desde logo como a economia digital complexifica a atividade das autoridades de defesa da concorrência e seus mecanismos legais, procedimentos, metodologias e técnicas de análise. A complexificação trazida pela economia digital não é só revelada no *enforcement* antitruste, mas também na formulação da política econômica e da política de defesa da concorrência a ela vinculada.

Os desafios regulatórios da economia digital envolvem, pois, tanto limitações analíticas da análise antitruste tradicional, importando em dificuldades na definição de mercado relevante, conceito-chave para análise de fusões e condutas unilaterais por exemplo, dado que é a partir dele que delimita a existência ou não de poder de mercado e posição dominante, como a ideia de ecossistema modifica a dinâmica competitiva, ao estabelecer uma relação de competição interna e outra externa. A perda de relevância de variáveis tradicionais de análise como preço, quantidade e qualidade por exemplo, e o ganho de relevância de outros fatores como vieses comportamentais, inovação e essencialidade e dependência de determinadas infraestruturas também desafiam o antitruste tradicional, sobretudo se considerada a visão mais estrita da Escola de Chicago acerca do padrão de análise baseado no *consumer welfare*, mas mesmo se considerarmos a ampliação do escopo desse padrão pelos autores considerados como pós-Chicago.

De outro lado, na formulação e execução de políticas públicas os desafios também se revelam. A governança desigual presente nos ecossistemas, a sua caracterização como infraestrutura essencial, gerando dependência nos diferentes lados de mercado e a sua capacidade expansionista, isto é, de afetar ao mesmo tempo um múltiplo de produtos e serviços diferentes e ao mesmo tempo interdependentes desafiam o ferramental tradicional e também o desenho institucional das autoridades antitruste, moldadas para uma aplicação *ex post* e reativa da lei, a partir da possibilidade/existência de um abuso de poder econômico.

Como fomentar a inovação e permitir uma abertura da economia diante da onipresença destes ecossistemas fechados e do seu controle por *gatekeepers* passa a ser uma das principais dúvidas a ser solucionadas por Estados e grupos de Estados na formulação de políticas públicas. A existência de um grupo de *gatekeepers* especialmente poderoso é uma evidência concreta da dificuldade estatal de lidar com o poder econômico gerado nestes ecossistemas. O processo de formação e consolidação destas *big tech*, conforme mostraremos adiante, envolve, justamente, a apropriação das características dos

mercados digitais, valendo-se de um ambiente original aberto e incentivador de inovação disruptiva e que foram gradualmente sendo transformados em um ambiente de ecossistemas fechados e de acesso controlados.

Como tratamos na primeira parte do trabalho, esse processo é mais um componente daquilo que tratamos com o fim da utopia inicial da internet e do ciberespaço, de um ambiente globalizados sem “donos”, para um ambiente paraestatal controlado por agentes privados poderosos, com a perda do protagonismo dos Estados e sua Constituição, pugnando por um constitucionalismo digital.

Isso faz com que, para além dos desafios imediatos introduzidos pela economia digital, existe um outro conjunto de elementos que impactam não somente os mercados, mas a vida como um todo, e que de forma mediata compõe essa revolução que o componente digital traz à livre concorrência. Como também já trabalhado na primeira parte do trabalho, a existência de uma "sociedade virtual" cujo acesso e controle não se unicamente por fontes estatais, pelo contrário, se dá normalmente sob crivo de poderosos agentes privados, cujos interesses nem sempre convergem com a ideia de proteger e promover direitos e liberdades, e o fato de que essa sociedade virtual convive, influencia e transforma a sociedade "analógica", cujos conflitos e habitantes ainda se dão dentro de um território estatal, transforma a ideia central da defesa da concorrência, qual seja, a de coibir o abuso de poder econômico, em um elemento que vai bastante além da clássica dominação de mercados.

A atuação global desses agentes e, ao mesmo tempo, descolada de qualquer tipo de ideia de jurisdição ou fronteira, também transforma o desafio já coloquial da globalização de cooperação e coordenação institucional, em uma necessidade de sobrevivência e relevância. A forma de reação a esse poder aparentemente incontestável e da capacidade de penetração na sociedade e na economia, também introduz novos elementos a serem levados em conta pela política de defesa da concorrência, na medida em que proteger a inovação passa também a ser não só o fomento e a proteção da inovação como política interna mas também como forma de acessar e participar do desenvolvimento econômico, introduzindo preocupações com aumento de desigualdades e inclusão por meio de uma possível exclusão digital.

Da mesma forma, a existência de determinados agentes econômicos, de poder global, cujo poder econômico torna qualquer medida meramente pecuniária de sanção

insuficiente em termos de dissuasão e que, ao mesmo tempo, controlam verdadeiros impérios, constituindo ecossistemas que deles são totalmente dependentes e a eles subordinados, desafia a forma tradicional de controle estatal de abuso de poder e de regulação econômica, tanto em termos de tempestividade, como de capacidade institucional (suficiência e eficiência).

Mais ainda, ao reconhecermos o caráter de revolução industrial a transformação digital⁴⁵, e admitirmos que essa revolução é baseada na inovação tecnológica, surge um elemento de necessária resposta institucional para que os benefícios desse desenvolvimento possam ser efetivamente apropriados e distribuídos, nos termos pretendidos no programa constitucional.

Tudo isso envolve pelo menos dois planos: um global/supranacional, de construção institucional e de soberania para integrar, participar e interferir nas tomadas de decisões no plano geopolítico e da política internacional e outro local, de fortalecer as capacidades estatais para promover desenvolvimento sustentável e digital respeitando o marco fundamental da Constituição.

Assim, no campo específico da defesa da concorrência, o desafio passa não só o fortalecimento institucional do ponto de vista instrumental, para aplicação da Lei 12.529/11 e para atuação da autoridade responsável, mas também pelo aumento da capacidade institucional do Estado de fomentar uma política pública ao mesmo tempo pró-competitiva e inovadora, que contribua para a competitividade do país em âmbito internacional, tanto como mercado consumidor como enquanto exportador de conhecimento e tecnologia, que possa contribuir para o fomento dessa inovação nos mercados locais e para um acesso justo dos consumidores aos benefícios da transformação digital, baseado na proteção de seus direitos e liberdades.

Estes dois conjuntos de elementos que desafiam a livre concorrência na transformação digital, *i.e.*, aqueles imediatos decorrentes da mudança na atividade econômica, como aqueles mais mediatos decorrentes da transformação da vida e da (oni)presença das *big tech* de maneira geral estão, a nosso ver, contemplados no princípio constitucional da ordem econômica que consagra a livre concorrência entre nós.

⁴⁵ V. nesse sentido Aghion et. al (2020).

E devem sim, mediante uma hermenêutica que fundamente uma interpretação constitucional que readapte e traduza o conjunto de valores nele insculpidos para a era digital (pela via do constitucionalismo digital) informar a aplicação da lei de defesa da concorrência e sua eventual reforma e atualização coibir o abuso do poder econômico.

Assim, passaremos agora a apresentar as manifestações concretas na política de defesa da concorrência e na aplicação do direito da concorrência desses dois conjuntos de elementos da transformação digital da economia, fazendo-o sob dois prismas:

(i)filosófico e teórico: Apresenta características gerais dos impactos da transformação digital sobre as políticas públicas relacionadas a livre concorrência. Assim, reflete sobre a relação entre evolução tecnológica e inovação, de um lado, e regulação econômica, especialmente a concorrencial, de outro, tecendo ainda considerações sobre essa relação e a política industrial, e procura descrever como a transformação digital da economia também transforma esse contexto. Além disso, descreve sobre como o fenômeno das *big tech* diferencia-se nesse contexto e agrega ainda mais complexidade a essa relação entre inovação e concorrência, bem como esse fenômeno impacta a própria capacidade jurídico-institucional das leis de defesa da concorrência de regular esse tipo de agente. Por fim, refletimos como essa transformação e sobretudo as *big tech* impactam outra discussão teórica relevante, embora mais ampla, que trata da própria reafirmação e adaptação do papel da defesa da concorrência no mundo em transformação, ao menos, desde a globalização econômica.

(ii)empírico: analisa as reações da realidade prática dos Estados e de seu arcabouço institucional relacionadas a defesa da concorrência diante dos mais diversos de desafios impostos pela transformação digital. Estas reações são tanto políticas como normativas e metodológicas. Por isso procuraremos identifica-las por meio de discussões no plano geopolítico e das políticas públicas, bem como pela análise de casos concretos envolvendo transformação digital pelas autoridades de defesa da concorrência, como ainda pela análise de modelos legislativos e regulatórios concretos de iniciativas de regulação da transformação digital.

Esse "mapa" aqui apresentado não pretende criar uma categorização dessas manifestações concretas, mas antes organizar tais fenômenos para deles extrair os alicerces sobre os quais pretendemos, na parte final desse trabalho, construir nossa tese acerca da interpretação constitucional da livre concorrência com base no constitucionalismo digital e da repercussão prática dessa interpretação para a política pública e o direito da concorrência.

4. CARACTERÍSTICAS GERAIS DA TRANSFORMAÇÃO DIGITAL DA ECONOMIA E AS POLÍTICAS DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA

A era digital e, principalmente a ascensão das *big techs* transformaram profundamente as estruturas econômicas e sociais em escala global. Apenas para dar números a essa transformação, em uma análise comparativa da evolução das 10 maiores empresas negociadas em bolsa no mundo e do valor de mercado agregado delas verifica-se que, em 2009 apenas Apple e Microsoft compunham esse grupo, ao lado de empresas de petróleo telecom, varejo tradicional, setor financeiro, alimentos, farmacêuticas e construção civil, sendo que juntos totalizavam um valor de mercado de 3 trilhões de dólares. Em 2014, o Google ingressou nesse grupo, que ainda continha uma diversidade de agentes e totalizava 4 trilhões. Em 2023, ou seja, menos de 15 anos depois, o valor agregado dessas empresas saltou para 17,6 trilhões (representando um crescimento de 17,6% ao ano), sendo que exceto por uma gigante petrolífera e uma representante do setor farmacêutico, todas as outras 8 empresas são ligadas à transformação digital: Google, Apple, Amazon, Microsoft, Meta/Facebook – as *big five* ou *GAFAM* - Nvidia, Broadcom e TSMC. Desse valor as *big five* representam mais 11 trilhões de dólares de valor⁴⁶.

Estas grandes empresas de tecnologia, como Google, Amazon, Facebook, Microsoft e Apple⁴⁷, consolidaram posições de controle da sociedade digital por meio da constituição de ecossistemas globais, ao mesmo tempo fechados e inter-relacionados que congregam não somente diversos mercados digitais como a digitalização de mercados tradicionais, reconfigurando a dinâmica de poder econômico e impondo desafios significativos para a política de defesa da concorrência.

⁴⁶ Brasil, Ministério da Fazenda, 2024. O expressivo crescimento do setor está ligado aos ganhos substanciais de produtividade proporcionada pelo modelo de negócio das plataformas, cuja cadeia de valores está intrinsicamente ligada ao modelo de ecossistema e de alavancagem entre camadas desse ecossistema e menos baseada em ativos, humanos físicos e financeiros.

⁴⁷ Ezrachi e Stucke (2022) utilizam o termo “*tech barons*” para definir essas empresas eua característica onipresente, muito provavelmente em alusão ao termo “*robber barons*” utilizado por Josephson (1962) para se referir os magnatas industriais americanos que formaram os primeiros monopólios e trustes, além de influenciar o mercado financeiro e a política e que teriam sido uma das razões da reações que levaram à edição do Sherman Act. Para Ezrachi e Stucke (2022) embora o termo se refira primordialmente às *big five* (Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft) ele também pode ser atribuída a quaisquer outras empresas que atinjam as mesmas características, como por exemplo a Tencent e Aliexpress na China ou ainda, a Nvidia, de semicondutores

A capacidade dessas empresas de acumular e analisar grandes volumes de dados, combinada com seu alcance global, tornou-as agentes econômicos de influência sem precedentes, capazes de moldar não apenas mercados, mas também comportamentos sociais e políticos. Ao controlar esses ecossistemas, com poder quase estatal dentro das fronteiras dos mesmos, e com grande capacidade de entrincheirar esse poder fazendo permear as mais diversas camadas e elos dos ecossistemas, controlam também um valor fundamental da transformação digital que é o alcance da inovação e o grau de inclusão e de interferência do poder estatal sobre o desenvolvimento tecnológico.

Ao consolidar, por meio de seu poder econômico, uma posição estratégica para o desenvolvimento da “sociedade” digital, estes agentes transformam as relações sociais na medida que condicionam a capacidade de interação e comunicação, tornando-se um verdadeiro território paraestatal. Ao controlar o meio de comunicação e interação social e, ao mesmo tempo, tornarem-se essencial ao desenvolvimento dos mercados, esse poder econômico se transforma também em poder político, sem, no entanto, as mesmas amarras que o constitucionalismo, sobretudo o do pós-guerra, colocou ao Estado⁴⁸.

Neste contexto, surgem questões fundamentais para o direito e a economia, principalmente no que diz respeito ao papel do Estado na regulação desses agentes e de sua atuação como controlador de acesso aos ecossistemas e na economia, bem como na proteção da livre concorrência. Parte da importância deste trabalho está em explorar como a defesa da concorrência pode se adaptar aos desafios impostos pela inovação tecnológica e pelo poder das *big techs*, promovendo um ambiente digital inclusivo e equilibrado. Ao mesmo tempo, buscamos fornecer elementos para aprimorar a política e a defesa da livre concorrência para modernizar-se diante da digitalização da economia.

A transformação digital vai além das *big tech* (embora muito influenciada diretamente por sua inovação e consolidação). É essencial, ao pensarmos em qualquer análise sobre a economia digital, que a gênese desses grandes agentes é prioritariamente decorrente de um ambiente propício à inovação, tanto do ponto de vista do acesso a pesquisa, tecnologia e investimento quanto também do ponto de vista do apoio institucional e estatal. Esse é um ponto importante de ter em mente porque muitas vezes esses grandes agentes utilizam esses fatores como “defesa” contra a relevância de um

⁴⁸ Nesse sentido a utilização do conceito de *Tech Barons*, de Ezrahi e Stucke.

papel estatal, tanto na regulação como no estabelecimento de outras políticas públicas, atribuindo seu sucesso a uma leitura bastante restrita, da Escola de Chicago, sobre a ideia de destruição criativa de Schumpeter⁴⁹.

Uma parte relevante desta segunda parte do trabalho cuida de tentar desmistificar algumas dessas falácias e distorções relacionadas à forma como se desenvolve a competição nos mercados digitais, o elemento diferenciador da presença e poder das *big tech* e como ele pode ser pervasivo inclusive para agentes não vinculados a ela e, sobretudo, para a possibilidade de surgimento de inovação e inovadores alternativos, realçando a necessidade de se restabelecer capacidade estatal e um papel protagonista que permite a gênese de um ambiente digital mais competitivo e inclusivo.

Além disso, este trabalho busca compreender como o Brasil, com suas especificidades socioeconômicas e institucionais, pode desenvolver políticas que incentivem a inovação e a competitividade sem negligenciar a proteção dos direitos fundamentais e a promoção de uma economia justa, calcada na livre iniciativa, na valorização do trabalho humano e que promova desenvolvimento econômico e social, tal como previsto na ordem econômica constitucional.

A relevância desta análise também reside na necessidade de reavaliar o papel do constitucionalismo na era digital, como já diversas vezes afirmado alhures. O conceito de constitucionalismo digital emerge aqui, enquanto ideologia crítica, como uma abordagem que adapta os princípios fundamentais de liberdade e igualdade ao contexto digital, buscando proteger tanto a livre iniciativa quanto os direitos fundamentais dos cidadãos em um ambiente dominado por agentes privados com vasto poder econômico mas que, ao mesmo tempo oferece uma escala de oportunidades de inclusão e uma pluralidade informacional jamais vista em outras revoluções industriais.

⁴⁹ Essa leitura restrita schumpeteriana sustenta a ideia de Chicago de que monopólios seriam naturalmente instáveis e transitórios, dado que a inovação sempre ofereceria contestabilidade. Na verdade essa visão é restrita por dois pontos: (i) o próprio schumpeter reconhece que esse fator levaria ao fim do capitalismo, isto é, diante da concentração e poder em poucos agentes isso geraria uma reação do próprio capitalismo que o transformaria gradualmente em um modelo socialista de mercado e (ii) a ideia de schumpeter da destruição criativa implica em que a destruição faria com que a competição se deslocasse para outro mercado e que aquele (onde há o monopólio) seria abandonado. Não é o que acontece com as *tech* que, ao contrário não somente mantém seus domínios no seu negócio original (como a venda de telefone, a rede social, ou o mecanismo de busca) mas ao enfrentar competição em mercados adjacentes, procura entrenchear-se nestes outros mercados também ou controlar a inovação.

A nossa proposta de constitucionalismo digital envolve uma reinterpretação da Constituição que permita ao Estado atuar como regulador eficaz na promoção do bem-estar social e da cidadania na era digital, inclusive no que diz respeito a política e a defesa da concorrência, sobretudo pela centralidade dessa política no que se refere ao desenvolvimento da economia digital.

Especificamente, neste capítulo, procuramos:

- (i) Investigar o papel das *big techs* na economia digital e os desafios regulatórios que elas apresentam para a defesa da concorrência, bem como propor como a nossa abordagem de constitucionalismo digital pode permitir ao Estado atuar de maneira mais efetiva na regulação das *big techs* e também aprimorar os mecanismos existentes na defesa da concorrência para atuar mais eficazmente em questões relacionadas a mercados digitais e a digitalização de mercados;
- (ii) Explorar a relação entre inovação e concorrência, ressignificando-a na era digital, destacando como a teoria da destruição criativa se aplica (ou não) ao cenário atual;
- (iii) Analisar a tensão entre política industrial e defesa da concorrência, discutindo como equilibrar o fomento à inovação com a promoção de um ambiente competitivo e discutir o conceito de "armadilha da tecnologia intermediária" também impacta a discussão e as estratégias que países de constitucionalismo tardio, como o Brasil, podem adotar para superá-la.
- (iv) Explorar como a transformação digital e a presença das *big techs* à luz do discutido nos itens anteriores reforçam a necessidade de se repensar os objetivos da política pública e do *enforcement* da defesa da concorrência, e como o constitucionalismo digital pode oferecer uma alternativa nesse sentido ao Brasil.

4.1 O FENÔMENO DAS BIG TECHS E SEU PODER ECONÔMICO

A expressão *big tech* se encontra sintetizadas por algumas das corporações que protagonizam boa parte da transformação digital como Google, Amazon, Facebook,

Apple e Microsoft (*big five* ou *GAFAM*), as quais se destacam por características singulares que lhes conferem um poder econômico extraordinário. Mas é importante ressaltar que o conceito deve ser, para ser útil, à prova de futuro e compreendido como expansível sempre que se encontrar um agente privado dotado por estas características. Assim, legislações e jurisdições podem e devem possuir critérios distintos, tanto quantitativos quanto qualitativos, para diferenciar este tipo de agente segundo o objeto de análise que se tenha em consideração.

Em termos de regulação econômica as diversas iniciativas legislativas recentes buscam de alguma forma expandir esse conceito para não ser automaticamente associada às *big five*. Assim, as ideias de *gatekeeper* prevista no *Digital Markets Act (DMA)* da união europeia, ou de agentes com status de mercado estratégico do *Digital Markets, Competition and Consumer Act (DMCC)*, do Reino Unido ou empresa de significância primordial do Art. 19-A do *GWB*, da Alemanha, embora naturalmente inspirados pela existência das *big tech* naturalmente procuram alinhar o conceito ao papel genérico e abstrato de legislações que se pretendem aplicáveis de forma perene. Também é importante ressaltar que tais conceitos abstratos e genéricos são mais adequados do ponto de vista do direito positivo porque de alguma forma permitem a adequação a realidades locais. Assim, os conceitos que envolvem o controlador de acesso a determinados ecossistemas podem variar de jurisdição para jurisdição, conforme, por exemplo, existam agentes nacionais com poder econômico significativo para a economia digital local, complementando, assim, a possibilidade dessas regulações contemplarem, para além do aspecto global, também especificidades locais.

Não obstante, importa-nos, do ponto de vista de uma abordagem filosófico-teórica acerca do impacto da transformação digital na livre concorrência, o papel exercido pelas *big tech* originais, de forma que, doravante, toda vez que utilizarmos esse termo em específico estaremos tratando principalmente das *big five*, acrescidas de um ou outro agente que também atingiu essa relevância supranacional e capacidades similares de exercício abusivo de poder econômico por sua posição de *gatekeeper* de ecossistemas digitais de grande relevância e transfronteiriços.

O motivo dessa escolha é bastante auto-evidente: a existência desses agentes é talvez o principal ponto de inflexão dos debates sobre livre concorrência na última década, desafiando todo um sistema de convergência e boas práticas internacionais e uma

rede coordenada e similar de arcabouços normativos e autoridades de diferentes jurisdições a repensar tanto seu objeto de atuação como a política pública adjacente diante de um novo grau de poder econômico.

Mais do que isso, ao contrário de outros grandes agentes transnacionais que poderiam ser considerados especialmente relevante em indústrias tradicionais e sempre desafiaram a regulação estatal e sobretudo as autoridades de defesa da concorrência (como as *big oil*, *big pharma*, por exemplo), as *big tech* reúnem algumas características distintas que tornam o fenômeno do poder econômico obtido por elas essencialmente revolucionário.

Compreender as diferenças entre as *big techs* e os grandes agentes de indústrias tradicionais, é bastante informativo, porque demonstra a especificidade desses agentes. Mais do que isso, essa diferenciação demonstra um ponto bastante importante desse trabalho que é a necessidade de repensar a política e as leis de defesa da concorrência. Nesse sentido, a “defesa” muitas vezes argumentada por estas empresas de que os Estados já possuem o arcabouço normativo adequado para lidar com abusos, revela-se insuficiente quando se as dinâmicas de poder, modelos de negócio e as implicações para a política antitruste, destacando as particularidades que tornam as *big techs* agentes únicos no panorama econômico global.

As *big techs* operam com um modelo de negócios centrado em dados, caracterizado pela escalabilidade exponencial e custos marginais próximos a zero. O valor é gerado por efeitos de rede e pela monetização indireta via publicidade e uso de dados. Em contraste, agentes de setores tradicionais como *big pharma* e *big oil* dependem de modelos baseados em produção física, patentes ou exploração de recursos naturais, apresentando custos marginais significativos e menor escalabilidade. Enquanto as *big techs* extraem valor de informações e conectividade, as indústrias tradicionais o fazem de ativos tangíveis e propriedade intelectual. Ademais, as *big techs* conseguem atingir um público global com custos adicionais mínimos, enquanto as indústrias tradicionais enfrentam limitações físicas, como a necessidade de infraestruturas de produção e logística, tornando o crescimento mais lento e mais oneroso. O poder econômico das *big techs* é baseado em intermediação digital, controle de dados e infraestruturas tecnológicas, fortalecidos por efeitos de rede que criam altos custos de mudança (*lock-in*). Esses efeitos de rede fazem com que, quanto mais usuários utilizam uma plataforma,

mais valiosa ela se torna, criando barreiras significativas para novos entrantes. Já as indústrias tradicionais dependem de ativos físicos, investimentos em capital e controle de recursos escassos. O poder de mercado nas indústrias tradicionais, ao contrário, está associado ao controle sobre matérias-primas, capacidades produtivas e distribuição. As *big tech*, portanto, possuem uma capacidade única de expansão global quase instantânea, enquanto as indústrias tradicionais enfrentam limitações impostas por fatores físicos e regulatórios, como infraestrutura e barreiras alfandegárias.

Além disso, as *big techs* adotam a competição a preço zero, onde os serviços são ofertados sem custos diretos ao consumidor, mas monetizados por meio de publicidade e dados. Esse modelo depende de externalidades de rede, com implicações significativas para a análise competitiva. Métricas tradicionais como preço e participação de mercado tornam-se inadequadas, exigindo novas abordagens para avaliar qualidade, poder de mercado e eficiências. Diferentemente, as indústrias tradicionais geralmente dependem de estratégias de precificação direta para gerar receita, o que torna suas práticas competitivas mais transparentes e mensuráveis com as ferramentas tradicionais de análise econômica.

A competição digital introduz três novas dimensões principais: a competição por dados, por atenção e por integração. O domínio das *big tech* depende da quantidade e qualidade dos dados coletados, bem como da capacidade de processamento e personalização de serviços. Em contraste, as indústrias tradicionais têm foco em fatores como a qualidade dos produtos físicos, eficiência produtiva e inovação incremental. No campo da competição por atenção, as *big tech* investem fortemente em engajamento e design de interface, tornando-se fundamentais a experiência e o tempo de permanência do usuário. Já as indústrias tradicionais buscam fidelizar seus consumidores por meio de qualidade de produto e confiança na marca. Além disso, a criação de ecossistemas integrados fechados amplia o alcance das *big techs* proporcionando conveniência e *lock-in* para os usuários, enquanto as indústrias tradicionais se concentram na criação de cadeias de valor físicas e na otimização de seus processos produtivos.

A diferença também se revela na aplicação da lei antitruste, da forma como tradicionalmente concebida para as indústrias tradicionais, que enfrenta desafios metodológicos no contexto digital. A mensuração do poder de mercado requer superar

testes baseados na ciência econômica neoclássica como o SSNIP⁵⁰, que busca identificar o menor mercado relevante no qual um monopolista hipotético poderia impor um aumento pequeno mas significativo e não transitório de preços de forma lucrativa e incorporando métricas qualitativas e análise de mercados de múltiplos lados. Além disso, é essencial considerar benefícios não-monetários, como inovações em qualidade, privacidade e conveniência, ao avaliar eficiências. Este é um dos motivos pelo qual os métodos tradicionais de análise de eficiências exclusivamente baseados em *output*, que normalmente resultam ao final, em uma análise de preço/custo, também se tornam insuficientes.

Mas para além dos impactos diretos na prática do antitruste, o ambiente digital levanta preocupações como degradação de qualidade (redução de privacidade e manipulação de escolhas) e exploração de dados (discriminação algorítmica e abuso informacional), que atingem direitos que vão bastante além do mero exercício da livre iniciativa ou direitos de consumidor/contratuais, exigindo respostas regulatórias robustas por parte do Estado.

Além disso, as *big techs* utilizam aquisições estratégicas para eliminar competidores e expandir mercados, além de alavancar ecossistemas integrados, combinando serviços e tecnologias para consolidar sua posição de mercado. Estratégias como a de *self preferencing* (auto preferência) para seus próprios serviços e produtos integrados reforçam o *lock-in* e dificultam a concorrência. A opacidade e o modelo fechado desses ecossistemas somados a escala obtida por meio da base de usuários, facilita a penetração em mercados adjacentes e um controle de estratégias inovadoras rivais.

Esse panorama sublinha a complexidade e a urgência de repensar estruturas regulatórias para lidar com as especificidades da competição na era digital, equilibrando

⁵⁰ Sigla para *Small but Significant Non Transitory Increase in Price*, teste que passou a ser introduzido como forma de definir (com base em determinação não arbitrárias) o mercado relevante, base para a posterior definição de poder de mercado, que é a operação principal do método neoclássico defendido por Chicago para medir os efeitos competitivos de uma fusão ou conduta. O teste se baseia em fundamentos neoclássicos centrais, como o comportamento racional dos consumidores, a maximização dos lucros por agentes e análise marginal de custos e benefícios. O foco em preço reflete a visão mais estrita da Escola de Chicago que mercados tendem ao equilíbrio justo por meio de preços e a eficiência alocativa é medida por respostas a variações de preços. Não por acaso o teste foi introduzido pelo Departamento de Justiça Americano em 1982 no caso Nestle/Perrier, sob forte influência de Chicago (Hovenkamp, 2005).

os benefícios da inovação tecnológica com a proteção do consumidor e da concorrência. A natureza intangível dos ativos das *big techs* e sua capacidade de expansão exponencial contrastam diretamente com as limitações físicas e os desafios regulatórios enfrentados pelas indústrias tradicionais, evidenciando a necessidade de abordagens regulatórias diferenciadas para garantir um ambiente competitivo justo para todos.

Fundamentalmente, ainda, este poder diferenciado das *big tech* se manifesta tanto por meio da capacidade destes agentes de promover inovações disruptivas, controlar vastos volumes de dados e integrar mercados diversos em ecossistemas altamente interconectados como, diferentemente das empresas tradicionais, pela capacidade das *big techs* de escalar rapidamente suas operações e consolidar sua presença em setores múltiplos, transcendendo as barreiras de mercado convencionais. Essa habilidade é reforçada pela criação de ecossistemas digitais fechados, que combinam infraestrutura essencial, integração vertical e horizontal dificultando a entrada de concorrentes e perpetuando sua dominância, bem como seu controle sobre a inovação disruptiva. Uma evidência marcante disso, por exemplo, é a completa ausência, salvo em algumas camadas-nicho de produtos ou serviços⁵¹, de “novas” integrantes das *big five*, pelo menos desde que a Meta/Facebook se consolidou.

A influência das *big techs* não se limita ao espaço digital, mas estende-se a mercados tradicionais, alterando profundamente os modelos de negócios e desafiando paradigmas regulatórios. O impacto global dessas empresas é amplificado por sua natureza transnacional, que lhes permite operar além das jurisdições tradicionais, tornando insuficientes as abordagens regulatórias baseadas exclusivamente em legislações nacionais vigentes. Elas controlam infraestruturas críticas que sustentam a economia digital, como a da computação em nuvem, a da intermediação de pagamentos e a de sistemas operacionais, exercendo influência econômica e política em escala global. A atuação dessas empresas, ao ultrapassar fronteiras nacionais, apresenta desafios únicos para órgãos regulatórios, que frequentemente enfrentam limitações em sua capacidade de intervir em estruturas de mercado globalizadas.

⁵¹ Spotify e X, por exemplo, são exemplos de plataformas que conseguem, em alguma medida, exercer rivalidade em camadas dos ecossistemas controlados por *big tech*. Vale a ressalva, entretanto que se tomando o número de usuários de ambos, estes também seriam considerados *big tech* segundo alguns critérios regulatórios de diferentes jurisdições e em regulações que possuem objetivo diverso da regulação concorrência (como a regulação de serviços digitais, por exemplo).

A globalização e a transformação digital, ao redefinirem as fronteiras de mercado com base na infraestrutura digital e no controle de dados e algoritmos, criam novas barreiras que não se limitam ao espaço físico. Essas barreiras permitem que as *big techs* utilizem sua dominância em um mercado regional para reforçar posições em outros mercados, promovendo redes de dependência que conectam economias nacionais e limitam alternativas competitivas.

Essa dinâmica é especialmente evidente em países como o Brasil, onde, apesar de a legislação de defesa da concorrência buscar proteger a livre concorrência no mercado interno, a dependência estrutural de plataformas digitais globais reduz a eficácia das medidas regulatórias tradicionais. A falta de competidores locais robustos exacerba os desafios enfrentados pelas autoridades na proteção da competitividade e no incentivo à inovação. No entanto, a existência desses competidores locais depende, em muito de uma política industrial e econômica que seja pró-competitiva, que fomente a inovação e elimine barreiras a entrada, o que se torna extremamente complexo uma vez que grande parte da economia digital se encontra de alguma forma controlada pelas *big tech*.

Diante dessa realidade, é evidente a necessidade de cooperação internacional para enfrentar o poder econômico das *big techs*. Esforços coordenados entre autoridades regulatórias de diferentes países são essenciais para harmonizar padrões regulatórios, restringir práticas anticompetitivas e assegurar que essas empresas operem em conformidade com as leis de concorrência e proteção ao consumidor.

No entanto, a regulação não pode se limitar a uma abordagem reativa; ela precisa antecipar e adaptar-se às transformações do mercado digital global. Apenas com políticas públicas alinhadas às especificidades do ambiente digital e às exigências da economia globalizada será possível mitigar os impactos da dominância dessas empresas e promover mercados mais equilibrados e dinâmicos.

4.2. REVISITANDO AS RELAÇÕES ENTRE CONCORRÊNCIA E INOVAÇÃO

A análise das relações entre concorrência e inovação na era digital exige uma reavaliação das teorias clássicas, particularmente à luz do papel desempenhado pelas grandes plataformas tecnológicas. Joseph Schumpeter (1942), em sua teoria da destruição criativa, argumentava que o progresso econômico se dava por meio de ciclos de inovação

disruptiva, nos quais novos produtos e modelos de negócio substituíam os antigos, impulsionados pela capacidade de grandes empresas em liderar investimentos tecnológicos. Segundo Schumpeter (1942), "os monopólios temporários resultantes de inovações bem-sucedidas são as alavancas do crescimento econômico".

Contudo, conforme já afirmado no contexto das *big techs*, o papel das grandes corporações como catalisadoras desse processo é questionado. Em vez de promoverem uma destruição criativa contínua, práticas como as aquisições estratégicas — ou como sua versão mais amplamente estudada e divulgada, as *killers acquisitions* — frequentemente neutralizam competidores emergentes, absorvendo inovações que poderiam desafiar seu domínio (Cunningham et al., 2021). Essas aquisições "eliminam da competição produtos potencialmente disruptivos antes que possam alcançar maturidade no mercado" (Cunningham et al., 2021, p. 25).

Além de aquisições no sentido mais preciso do termo, as *big tech* se valem de outras estratégias voltadas a controlar a inovação e principalmente os *tech pirates*, termo utilizado por Ezrachi e Stucke (2022) para diferenciar os inovadores efetivamente disruptivos dos *tech barons*, compostos pelas *big tech*. Em primeiro lugar, destaca-se a vigilância de mercado, que envolve o uso da posição privilegiada dos *tech barons* como controladores do ecossistema, permitindo o monitoramento completo do mercado, a identificação precoce de ameaças disruptivas nascentes e a vigilância constante de inovações que possam ameaçar sua cadeia de valor (Ezrachi e Stucke, 2022).

Outra estratégia utilizada pelos *tech barons* é a distorção da oferta de inovação, que pode ser dividida em duas categorias principais: restrições de acesso e controle de recursos. As restrições de acesso incluem a exclusão de disruptores do ecossistema, a redução da interoperabilidade e a privação da escala necessária para a sobrevivência desses disruptores (Ezrachi e Stucke, 2022). Já o controle de recursos abrange a limitação do acesso ao financiamento de longo prazo, a cópia de tecnologias dos disruptores e aquisições estratégicas de potenciais competidores, de forma a garantir o controle do mercado e suprimir a concorrência (Ezrachi e Stucke, 2022)

Ademais, os *tech barons* manipulam a demanda por meio do controle da interface e do direcionamento do comportamento dos usuários. No que tange ao controle da interface, são utilizados "dark patterns" para direcionar as escolhas dos usuários, criação de fricção artificial para inovações disruptivas, ao mesmo tempo em que reduzem a

fricção para inovações que fortalecem seu ecossistema (Ezrachi e Stucke, 2022). Quanto ao direcionamento do comportamento, os *tech barons* utilizam práticas como auto preferência nos resultados, "*nudging*" dos usuários para a adoção de inovações desejadas e desenho do ecossistema de forma a favorecer seus próprios interesses (Ezrachi e Stucke, 2022). Dessa forma, o resultado das estratégias dos *tech barons* é um mercado com menos inovações disruptivas que agregam valor significativo e mais inovações que sustentam o poder dos *tech barons* ou que visam extrair valor do ecossistema, em vez de criar novos produtos ou serviços que beneficiem os consumidores (Ezrachi e Stucke, 2022; Hoppner, 2022) Dessa forma, as práticas adotadas pelos *tech barons* levam a uma transformação negativa do ecossistema de inovação, prejudicando o desenvolvimento de soluções tecnológicas que possam desafiar o status quo e criar valor real para a sociedade.

Esse conjunto de estratégias adotadas pelas *big tech* ou *tech barons* desmontam uma de suas principais defesas com relação à uma eventual regulação estatal específica ou mesmo ao acirramento das normas antitruste em sua direção.

Como afirmamos no início dessa seção, frequentemente essas empresas se utilizam da ideia de "destruição criativa", na visão mais estrita proposta pela Escola de Chicago acerca do conceito de Schumpeter, para defenderem que a dinâmica competitiva e a rapidez da transformação digital seria suficiente para disciplinar seu poder econômico (Ezrachi e Stucke, 2002). Os aspectos trazidos acima deixam claro que, na verdade o controle que exercem sobre a inovação em verdade se aproximariam muito mais da visão de Kenneth Arrow sobre concorrência inovação, em que ambientes monopolistas têm menos incentivos para inovar, já que novos produtos frequentemente substituem os já existentes, reduzindo o retorno sobre o investimento em inovação.

O debate Schumpeter-Arrow (embora fictício dado que Schumpeter faleceu antes de Arrow publicar seus trabalhos) pautou uma boa parte das discussões entre concorrência e inovação nos últimos 50 anos. A visão schumpeteriana e a perspectiva de Arrow apresentam argumentos divergentes em relação ao papel das grandes empresas e da competição no incentivo à inovação. Schumpeter argumenta que grandes empresas têm mais recursos para pesquisa e desenvolvimento (P&D) e que monopólios temporários podem incentivar a inovação. Ademais, a "destruição criativa" é vista como um mecanismo que disciplina os incumbentes, enquanto a competição seria direcionada pela inovação, em vez de pelo preço. Em contraste, Arrow defende que a competição gera

mais incentivos para a inovação do que os monopólios, uma vez que monopolistas têm menor motivação para inovar, devido ao "efeito substituição", que desestimula a inovação própria em mercados concentrados.

As limitações da visão schumpeteriana são evidenciadas pelo comportamento de monopolistas protegidos, que frequentemente não se mostram inovadores vigorosos. Pelo contrário, empresas dominantes tendem a suprimir inovações disruptivas, evitando ameaças ao seu poder de mercado. O "efeito substituição" também se apresenta como uma barreira à inovação, pois monopolistas preferem manter o *status quo* a adotar novas tecnologias que possam canibalizar suas receitas existentes. Em contraposição, Arrow argumenta que mercados competitivos proporcionam maior vigor inovativo, uma vez que as empresas precisam constantemente buscar novas soluções para se manterem competitivas. Evidências empíricas corroboram a perspectiva de Arrow, mostrando que mercados competitivos são mais dinâmicos em termos de inovação, enquanto monopolistas costumam focar em suprimir inovações de terceiros e proteger receitas existentes. Essa dinâmica fica ainda mais evidente nos mercados digitais, diante da constatação que plataformas dominantes constroem barreiras à inovação e estabelecem ecossistemas fechados que reduzem a contestabilidade. Esse ambiente torna-se propício para a necessidade de intervenção regulatória com o objetivo de restaurar a competição dinâmica e permitir o surgimento de inovações significativas.

A dinâmica da transformação da internet demonstra a pertinência desse debate, tanto do ponto de vista da defesa das *big tech* acerca da visão schumpeteriana, como da sua superação em direção a uma perspectiva mais próxima da proposta por Arrow. A transformação da internet pode ser analisada da seguinte forma: inicialmente, a internet era vista como um espaço aberto de inovação e destruição criativa, com baixas barreiras de entrada para novos competidores e interoperabilidade garantida por padrões abertos. Esse ambiente original favorecia a inovação e a concorrência. Nessa primeira onda da internet, entre os anos 1990 e 2000, é possível ver que grandes empresas de tecnologia que investiam recursos substanciais em inovação, como Google, Apple e Microsoft, por meio de um alto investimento em P&D rivalizaram e acabaram por substituir as empresas pioneiras incumbentes. Assim, por exemplo, Google superou AltaVista/Yahoo como mecanismo de busca, Facebook superou o Orkut e o MySpaces como rede social e o Google Chrome supera o Internet Explorer (que já tinha superado o Netscape) como

navegador dominante. No entanto, após essa primeira onda observou-se uma transformação significativa que resultou na criação dos chamados "Jardins Murados" (Walled Gardens), ou seja, ecossistemas fechados e controlados pelas grandes empresas de tecnologia, que impõem restrições à interoperabilidade e exercem controle sobre dados e acesso a mercados (Hoppner, 2022). As áreas mais próximas aos serviços mais relevantes dessas empresas que substituíram as incumbentes pioneiras, foram gradativamente “muradas” e concentradas. Isso é empiricamente constatado com relação aos buscadores, navegadores, *marketplaces* e *app stores*. Estas grandes plataformas digitais construíram ecossistemas fechados, levando a uma concentração de mercado em níveis sem precedentes. Conseqüentemente, a inovação significativa diminuiu em áreas controladas por *gatekeepers*, revelando as limitações do ideal de competição espontânea no ambiente digital (Hoppner, 2022).

A transformação da internet em um ambiente controlado inclui o uso de diversos mecanismos de controle como os apontados acima, baseados, sobretudo na vigilância de mercado e a imposição de barreiras técnicas. A vigilância de mercado envolve o monitoramento constante de potenciais ameaças, a identificação precoce de inovadores disruptivos e o uso de dados para antecipar tendências competitivas (Hoppner, 2022) Já as barreiras técnicas incluem restrições de acesso às APIs, limitação da portabilidade de dados e criação de padrões proprietários, dificultando a atuação dos competidores (Hoppner, 2022) [3]. Entre os mecanismos mais utilizados pelos *tech barons* para suprimir a inovação estão a privação de ativos essenciais para inovação, a limitação técnica do escopo para inovações, o monitoramento constante de inovações rivais, as estratégias de aquisições eliminatórias (conhecidas como "killer acquisitions") e a obstrução da difusão de inovações concorrentes, ou por invisibilização, ou por neutralização ou simplesmente por meio de cópia (Hoppner, 2022). Esses mecanismos demonstram que empresas dominantes não possuem incentivo para inovar contra seu próprio negócio, e os *gatekeepers* ativamente suprimem inovações de terceiros. Além disso, os ecossistemas fechados tornam extremamente difícil contestar as posições dominantes das grandes empresas de tecnologia (Hoppner, 2022), dado que exigiriam um entrada multi-camadas ou ainda a construção de modelos alternativos de múltiplos lados e com a mesma escala. Essa estrutura não apenas diminui a pressão competitiva, mas também influencia a natureza da inovação: enquanto a inovação incremental é favorecida, a inovação verdadeiramente disruptiva, que desafia o *status quo*, é desestimulada.

A complexidade da sociedade digital agrava esse cenário, uma vez que esses ambientes são caracterizados por interações dinâmicas, não lineares e altamente interdependentes, moldadas por dados e algoritmos. O controle de dados e algoritmos confere a essas empresas vantagens competitivas quase insuperáveis, ao mesmo tempo que limita o surgimento de alternativas inovadoras (Zuboff, 2019).

Embora essa análise sobre a transformação da internet nos indique que a relação entre competição e inovação na transformação digital se aproxima mais da perspectiva teórica de Arrow, vale dizer que o modelo dele apresenta limitações teóricas que também não permitem captar adequadamente a complexidade da transformação digital. Arrow assume um modelo de concorrência perfeita, que existe somente como modelo teórico mas não na prática, além de simplificar excessivamente o processo inovativo, desconsiderando custos de P&D e a necessidade de recursos e de fomento para que a inovação possa efetivamente ser capaz de exercer pressão competitiva.

Entre essas abordagens divergentes de Schumpeter e Arrow, Philippe Aghion propõe uma síntese contemporânea, representada por sua teoria da curva em "U" invertido, segundo a qual a relação entre concorrência e inovação não é linear⁵² mas segue um formato de U invertido em que no ponto máximo há um equilíbrio entre inovação e concorrência. Isso quer dizer que até certo ponto, a concorrência estimula a inovação ao pressionar empresas a buscar diferenciação e vantagem competitiva. Porém, níveis excessivos de concorrência podem reduzir os incentivos para investimentos em pesquisa e desenvolvimento, especialmente em setores que demandam alto capital inicial e retornos de longo prazo. Neste sentido, algum nível de regulação estatal que promova um equilíbrio entre inovação e concorrência, seria desejável. Como por exemplo, proteção de propriedade intelectual, políticas industriais voltadas a crescimento e uma política de defesa da concorrência forte contra o risco de concentrações que possam desincentivar futuras inovações, é desejável. Nas palavras de Aghion *et al* (2023., p.63) *“O capitalismo deve recompensar a inovação, mas precisa ser regulado para evitar que as rendas da inovação sufocem a concorrência e, assim, comprometam a inovação futura”*.

A proposta de Aghion é particularmente relevante para o mercado digital, onde a baixa concorrência atual, amplificada pelo domínio das Big Techs, inibe o dinamismo

⁵² Outros autores do u invertido.

inovador. Políticas regulatórias voltadas para o equilíbrio competitivo, como a promoção da interoperabilidade entre plataformas, restrições a condutas de auto preferência e o acesso equitativo e transparente a dados, poderiam restaurar a capacidade do mercado de incentivar tanto a inovação incremental quanto a disruptiva. A necessidade de intervenção estatal para restaurar a competição dinâmica nos mercados digitais dominados é amplamente justificada pelo fato de que esses mercados não se autocorrigem. A competição dinâmica não funciona em ecossistemas fechados, e, portanto, é necessária a intervenção para restaurar a contestabilidade e remover barreiras artificiais à inovação (Hoppner, 2022). O objetivo dessa intervenção deve ser possibilitar o surgimento de inovações significativas e restaurar condições para uma competição dinâmica efetiva (Hoppner, 2022).

A constatação de uma regulação que promova um equilíbrio para fomentar a inovação ataca também uma outra alegação bastante comum das *big tech*, qual seja, a de regulações rígidas seriam prejudiciais à inovação. Esta alegação alcança de maneira geral a transformação digital da economia e se relaciona com o caráter de “novidade” atribuído às inovações e, sobretudo à inovações tecnológicas e também o o tripé principiológico comum das constituições econômicas que já tratamos aqui, que privilegia a livre iniciativa e a intervenção excepcional do Estado na economia.

De fato, a inovação depende, em certa medida, de um ambiente livre de criação em que os eventuais riscos atrelados aos investimentos necessários para que a inovação se torne efetivamente um produto ou serviço lucrativos sejam de alguma forma protegidos e compensados. A lógica da propriedade intelectual e da proteção patentária é toda construída com base nessa premissa. Mas esta premissa frequentemente induz a uma argumentação no sentido de que toda e qualquer regulação estatal pode gerar desincentivo à inovação. Regulações estatais podem, sobretudo se mal desenhadas ou extremamente rigorosas, gerar barreiras a entrada e empecilhos à inovação.

Contudo, diversos são os fatores que podem contribuir ou inibir a inovação. A regulação é um fator ambivalente nesse sentido. Na linha proposta por Aghion *et al* (2023) algum nível de regulação é geralmente necessário justamente para que inovadores não se tornem monopolistas, pela extensão do pioneirismo protegido pela propriedade intelectual e, conseqüentemente, ajam para diminuir inovações futuras ao restringir a competição.

Essa alegação comum das *big tech* de que a regulação rígida é prejudicial ao tipo de competição da era digital, porque diminuiria a capacidade inovadora delas e, mais do que isso, sua função de *coral reef* (Ezarchi e Stucke, 2022), isto é de funcionar como plataformas que “alimentam” outras inovações e inovadores a partir de seus negócios base, inspirou Anu Bradford (2022;2024) a realizar um estudo direcionado a identificar elementos dessa suposta dicotomia, bem como de eventuais falácias nela contida. A análise da autora parte de uma dessas falácias, inclusive, que seria a ausência de *big techs* europeias e que isso se relacionaria diretamente ao seu modelo de regulação mais rígido.

Segundo Bradford (2024), a oposição entre regulação digital e inovação constitui uma falsa dicotomia, uma vez que a relação entre esses elementos é mais complexa e não se resume a uma escolha excludente. Não há, assim, uma relação unidirecional entre regulação e desenvolvimento tecnológico, visto que a complexidade da relação leva a impactos bidirecionais, nos quais as regulações podem incentivar inovações e promover eficiências que, de outra forma, não surgiriam (Bradford, 2022). A autora aponta, ainda, que a Europa enfrenta verdadeiros obstáculos estruturais que impedem seu desenvolvimento tecnológico, que vão muito além da mera regulação digital. A ausência de um mercado digital único verdadeiramente integrado (e não fragmentado em várias legislações nacionais), o acesso limitado a capital de risco em comparação aos Estados Unidos (também pela fragmentação do mercado financeiro), as diferenças culturais relacionadas ao risco e ao empreendedorismo, bem como as dificuldades em atrair e reter talentos globais (por questões nacionais relacionadas à imigração, por exemplo), são apontados como os principais desafios que dificultam a inovação na região. Assim, Bradford defende que os verdadeiros obstáculos à inovação na Europa são de natureza estrutural e não se resumem à existência de regulações rigorosas (Bradford, 2022).

O relatório Draghi (2024), documento estratégico apresentado à Comissão Europeia sobre o futuro da competitividade da região frente aos desafios econômicos e a competição global com os Estados Unidos e a China, corrobora a visão apontada, classificando o subinvestimento em P&D e a falta de integração das políticas fiscal, monetárias e de burocracia no bloco como os principais entraves à inovação. Nesse sentido, Bradford reúne evidências empíricas que mostram que, mesmo que a Europa abandonasse toda sua regulação digital, isso não garantiria automaticamente um nível de inovação comparável ao dos Estados Unidos. Nesse contexto, a complexidade regulatória

é um desafio mais significativo do que a rigidez das regulamentações em si. Enquanto os Estados Unidos são muitas vezes apresentados como um exemplo de sucesso tecnológico devido à suposta falta de regulação, Bradford argumenta que o sucesso dos EUA decorre, principalmente, de fatores como a existência de um mercado integrado, a abundância de capital de risco e a cultura de aceitação do risco, que são determinantes mais relevantes do que a não intervenção regulatória (Bradford, 2022)

Neste ponto, Bradford (2024) enfatiza que o sucesso das empresas de tecnologia dos Estados Unidos não se deve exclusivamente a um ambiente regulatório permissivo, mas sim a uma série de fatores estruturais que proporcionam um ecossistema favorável à inovação e ao crescimento tecnológico. O mercado integrado, que permite a rápida escalabilidade das inovações. Os mercados de capital robustos e acessíveis, oferecem financiamento para startups e empresas emergentes. As leis de falência menos punitivas, que incentivam o empreendedorismo e a disposição para assumir riscos e políticas de imigração mais favoráveis, que atraem talentos globais, também são elementos apontados como diferenciais fundamentais que impulsionaram o crescimento das gigantes de tecnologia nos EUA, enquanto a Europa tem encontrado dificuldades para replicar essas características (Bradford, 2024). Para além disso, vale dizer que durante a primeira onda da internet, o incentivo ao investimento em P&D e uma facilidade relacionada a burocracia com relação ao Vale do Silício tinha direta conexão com a agenda global de expansão política e geopolítica dos Estados Unidos, da qual essas empresas de tecnologia eram a frente “digital”.

Assim, é possível conciliar um compromisso com a regulação digital centrada em direitos e, ao mesmo tempo, ser competitivo em inovação tecnológica, desde que sejam enfrentados os desafios estruturais que realmente impactam o desenvolvimento tecnológico. Dessa forma, a relação entre regulação e inovação não é necessariamente conflituosa, e a intervenção regulatória pode ser uma ferramenta que, quando bem implementada, pode criar condições mais favoráveis para o desenvolvimento tecnológico (Bradford, 2022).

Mas mesmo que superando-se essas duas falácias relacionadas à uma suposta incompatibilidade entre a regulação e a inovação e mesmo que se entenda que o equilíbrio entre a livre iniciativa absoluta e uma regulação rígida, venha, justamente por meio de um *enforcement* concorrencial efetivo, é fato que, tradicionalmente, a legislação de defesa da

concorrência enfrenta desafios significativos ao abordar considerações relacionadas inovação⁵³. Mesmo em jurisdições em que a aplicação do paradigma do *consumer welfare* não é adotada em padrão estrito como pelo judiciário americano, permitindo que fatores não relacionados a preço sejam considerados na análise, a consideração da inovação por mais que esteja presente na retórica da atuação das autoridades, acaba medida seguindo padrões econômicos neoclássicos e muito relacionados ao caso concreto, estaticamente, e não pensado como um componente dinâmico de concorrência atual e potencial, diretamente relacionado à possibilidade de empreender, de entrar em mercados e de efetivamente ter condições de se estabelecer como rival. Embora a teoria antitruste mais recente tenha evoluído, essa limitação ainda prevalece.

Até por isso que, recentemente, a OCDE (2023) promoveu um amplo debate, nesse sentido, de onde se extraem alguns pontos chave, com base em manifestações das próprias autoridades de defesa da concorrência que ajudam a compreender esse cenário e corroboram o que dissemos até agora.

Primeiro é constatado que a base teórica para a relação entre concorrência e inovação não é única, uma vez que os processos de inovação funcionam de maneira distinta em diferentes indústrias. Conforme acima exposto, diversos modelos teóricos apresentam conclusões divergentes sobre essa relação, o que demonstra a complexidade do tema. Alguns estudos sugerem uma relação positiva entre concorrência e inovação, enquanto outros encontram uma relação negativa, e há ainda aqueles que indicam uma relação em formato de U invertido. Esse panorama revela que não há uma explicação universal para a dinâmica entre concorrência e inovação e que existem diversos fatores relevantes que influenciam essa relação, como a contestabilidade dos mercados, que tende a estimular a inovação, o grau de diferenciação no mercado, as sinergias potenciais entre inovadores e a possibilidade de proteção da inovação por meio de direitos de propriedade intelectual.

Além disso, a inovação é impulsionada por múltiplos elementos externos, operando dentro de um sistema mais amplo que inclui políticas industriais que preservam

⁵³ Ezrachi e Stucke (2022) constatam o paradoxo dessa informação. Ao mesmo tempo em que a maior parte dos economistas, se perguntados qual deveria ser o principal incentivo para promover a competição responderiam inovação, a prática da defesa da concorrência nunca conseguiu traduzir de forma significativa a ideia de inovação como motor principal da competição.

a contestabilidade, um sistema eficiente de direitos de propriedade intelectual, o tamanho das empresas, seus modelos de negócios, bem como o acesso a financiamento e a colaboração entre diferentes atores. A perspectiva dinâmica da inovação também traz considerações fundamentais, como o fato de que a inovação bem-sucedida pode levar à evasão da concorrência, criando uma situação em que as empresas inovadoras se tornam líderes de mercado. Nesse sentido, é essencial ajustar a abordagem das autoridades de concorrência, levando em consideração a capacidade real de inovar das empresas e analisando seus planos futuros de inovação (OCDE, 2023). Dessa forma, a avaliação da concorrência deve ir além de um enfoque estático e considerar as capacidades dinâmicas das empresas.

Há uma necessidade de adotar uma perspectiva mais ampla sobre a dinâmica da concorrência e inovar nos métodos de análise das capacidades dinâmicas das empresas. Isso requer cautela para evitar a sub-aplicação das leis de concorrência, especialmente em contextos onde a inovação desempenha um papel central. Ademais, é fundamental compreender os aspectos gerenciais e regulatórios que influenciam a inovação, de modo a garantir que as políticas públicas promovam um ambiente propício ao desenvolvimento tecnológico e ao crescimento econômico sustentável (OCDE, 2023).

Essa complexidade da relação entre inovação e concorrência tem consequências específicas no domínio das plataformas digitais. O foco tradicional das autoridades de defesa da concorrência possui como referência modelos de negócios e estruturas competitivas que também são transformados na economia digital. Disto resulta uma constatação de que o instrumental tradicional do antitruste e a própria formulação objetiva da política pública adjacente é insuficiente para lidar com questões específicas do ambiente digital, sobretudo no que se refere à inovação. Analisar a capacidade dinâmica de efetivamente inovar e competir em um ambiente que congrega elementos como a concentração de dados e a manipulação algorítmica, o entrincheiramento e empilhamento de mercados de serviços e produtos complementares por meio de ecossistemas fechados, a relação de dependência estabelecida e o controle absoluto e pouco transparente sobre a infraestrutura, a governança e o acesso aos ecossistemas, demanda, como a própria conclusão do debate da OCDE (2023) nos mostra uma transformação da forma de análise das autoridades de defesa da concorrência com relação à inovação, bem como a questionar sobre a suficiência dessa fórmula.

Nesse sentido, parece-nos que uma síntese entre as perspectivas teóricas de Schumpeter, Arrow e Aghion oferece um marco analítico valioso para compreender o impacto das *big techs* na inovação e na concorrência, evitando falsas dicotomias e contribuindo para a formulação de teorias mais alinhadas a analisar as capacidades inovadoras e os modelos de negócio do ambiente digital. Enquanto Schumpeter reconhecia o papel das grandes empresas na promoção de ciclos de inovação, Arrow argumentava que a concorrência era a verdadeira força motriz do progresso. Aghion, por sua vez, sugere que a inovação prospera em um equilíbrio entre esses extremos, destacando a necessidade de um nível adequado de concorrência que estimule tanto a criação quanto a implementação de novas ideias.

No ambiente digital, essa abordagem aponta para a importância de políticas regulatórias que restrinjam práticas anticompetitivas e evitem a criação de barreiras a entrada e, ao mesmo tempo, incentivem investimentos em pesquisa e desenvolvimento e permitam o desenvolvimento de ambientes livres para inovação. A promoção de interoperabilidade, além de medidas de transparência relacionadas aos ecossistemas fechados, são alguns exemplos de eliminação dessas barreiras que podem contribuir para a contestabilidade necessária para o desenvolvimento da competição via inovação. Estas medidas aliadas a medidas de apoio ao empreendedorismo tecnológico e criação de infraestruturas digitais públicas e alternativas, por meio de política industrial, pode restaurar o dinamismo competitivo necessário para que a destruição criativa cumpra seu papel transformador na economia digital do século XXI.

A adaptação da legislação concorrencial brasileira poderia, neste sentido incluir medidas *ex ante* que sejam capazes de prevenir a construção desses “jardins murados” mantendo os mercados contestáveis sem com isso necessariamente impor custos absolutos à competição. Ao defender o constitucionalismo digital como meio para ressignificar o conteúdo do princípio da livre concorrência na Constituição e a forma como este deve influenciar a aplicação da legislação antitruste, o fazemos por entender que pela integração desse princípio com os demais objetivos da ordem econômica se encontra uma fundamentação jurídica bastante sólida para justificar a intervenção estatal nesse ponto, como forma, na verdade de permitir uma amplificação da livre iniciativa e da livre concorrência.

Mas, a despeito de mudanças legislativas, a aplicação prática da Lei 12.529/11 deve avançar na consideração desses fatores ao lidar com casos referentes à

transformação digital, utilizando de seus instrumentos já vigentes, incorporando teorias de dano que sejam mais adequados para captar as dinâmicas dos mercados digitais e ampliando seu conhecimento sobre os modelos de negócio desses agentes digitais, sobretudo as *Big Tech*. No último capítulo deste trabalho procuraremos fazer algumas sugestões nesse sentido. Além disso, políticas públicas que combinem financiamento para startups e incentivos à inovação tecnológica poderiam nivelar o campo competitivo, permitindo que empresas emergentes desafiem o domínio das grandes plataformas. É por isso que na próxima seção cuidaremos de tratar de outra relação tradicionalmente conflituosa mas fundamental para compreender os desafios da transformação digital, que é a relação entre política industrial e concorrência.

4.3. CONCORRÊNCIA, POLÍTICA INDUSTRIAL E OS DESAFIOS DA TECNOLOGIA

A tecnologia digital possui uma natureza cumulativa e disruptiva, com implicações profundas na forma como indústrias e mercados são reconfigurados. Essa transformação complexa não apenas amplia as fronteiras da inovação, mas também cria desafios significativos para a formulação de políticas e regulações adequadas. O caráter acumulativo da tecnologia, que se desenvolve sobre avanços prévios, gera interdependências que fortalecem atores dominantes, como as *big tech*, enquanto podem dificultar a entrada de novos competidores. Ao mesmo tempo, sua capacidade disruptiva redefine paradigmas econômicos e sociais, ampliando desigualdades estruturais, particularmente em países em desenvolvimento.

Como apontam Thomson de Andrade e Oliveira (2024), os debates em torno da economia digital, desenvolvimento tecnológico e produção sustentável têm catalisado uma revisão profunda na relação entre Estado e mercado, especialmente no contexto das políticas industriais. Essas políticas, tradicionalmente marcadas por intervenções protecionistas e orientadas à criação de setores vencedores, estão agora se transformando para incorporar estratégias que moldam mercados por meio da expansão de infraestruturas digitais e da promoção de incentivos voltados à inovação e à sustentabilidade (Juhász et al., 2023; Rodrik, 2004). Essa evolução reflete uma tentativa de alinhar objetivos econômicos às demandas e oportunidades apresentadas pela emergente economia digital.

Este novo paradigma na elaboração e implementação de políticas industriais destaca-se por incorporar princípios de condicionalidade e alinhamento com valores públicos, conforme apontado por Mazzucato e Rodrik (2023). Essas condicionalidades vinculam investimentos públicos a objetivos de bem-estar coletivo, como sustentabilidade, inclusão e desenvolvimento tecnológico, buscando assegurar que os recursos empregados gerem inovações com impactos sociais positivos. Juhász et al. (2023) reforçam que, ao moldar estruturas econômicas, essas políticas devem promover valores estratégicos como a digitalização e a sustentabilidade, equilibrando a urgência de respostas às transformações tecnológicas com a necessidade de atender às demandas de uma interdependência global crescente. Além disso, Mazzucato (2016) defende que a incorporação de condicionalidades é essencial para garantir que o desenvolvimento econômico esteja alinhado a objetivos de longo prazo e benefícios sociais.

Tal processo de ressignificação das políticas industriais traz novamente à tona o debate sobre as interfaces entre políticas industriais e concorrenciais, um elemento especialmente relevante no contexto de infraestruturas e mercados digitais. A interação entre essas políticas, tradicionalmente vista como conflitante, reflete uma dicotomia fundamental: enquanto a política concorrencial atua como um instrumento de "market fixing", visando corrigir falhas de mercado e garantir a eficiência e neutralidade competitiva (Tirole, 2017; Sokol, 2014), a política industrial caracteriza-se como "market shaping", com o objetivo de moldar mercados para alcançar metas estratégicas e de desenvolvimento. Sokol (2014) aponta que esses objetivos podem entrar em conflito quando intervenções industriais geram vantagens desproporcionais a determinados setores, desafiando os princípios de neutralidade competitiva. Contudo, na era digital, essa relação está se tornando mais complementar, com ambas as políticas avançando em direções que tradicionalmente pertenciam à outra — o "market shaping" torna-se mais sensível à contestabilidade, enquanto o "market fixing" incorpora elementos que moldam mercados.

Nesse cenário, conforme destacado pela OCDE (2024), torna-se crucial que o desenvolvimento de políticas industriais digitais seja embebido em estruturas pró-concorrenciais desde sua concepção. Essa abordagem assegura que os objetivos macroeconômicos de inovação e sustentabilidade estejam organicamente alinhados com a manutenção de mercados abertos e dinâmicos. Alinhar esses vetores distintos de "fixing" e "shaping" é essencial para que as mercados e ecossistemas digitais apresentem

drivers que não apenas incentivem a inovação, mas que também evitem a concentração de poder e garantam oportunidades equitativas para novos entrantes no mercado (Crémer et al., 2023).

Assim como na relação entre histórica entre concorrência e inovação sempre foi marcada, do ponto de vista filosófico e teórico por uma tensão entre dois valores aparentemente antagônicos de política pública e suas tentativas de reconciliação, o mesmo ocorre com a política industrial, talvez de forma ainda mais acentuada, dado que o histórico da política industrial no pós-guerra, principalmente na Europa, mas também em outras regiões do mundo por ela influenciadas e, ainda, na China, é de protecionismo e escolha de setores e agentes específicos a serem agraciadas, duas ideias que são, naturalmente, anticompetição.

Aghion et al. (2021) explica que diante da dificuldade em se “defender” esse tipo de política industrial calcado no protecionismo doméstico e na (má) escolha de determinados setores ou empresas nacionais como beneficiários, escolha geralmente marcada por interesses outros que não evidências econômicas (que em verdade apontavam perla ineficiência desse modelo na geração de crescimento), as políticas industriais do período neoliberal procuraram se estabelecer em modelos horizontais que se aplicariam a todos os setores da economia. Essa horizontalidade seria marcada por investimentos em educação, reformas trabalhistas e previdenciárias e desenvolvimento de um setor financeiro voltado à *private equities e venture capital*.

Dessa forma, o estado se desincumbiria de atuar mais diretamente na economia, deixando que o mercado se desenvolvesse e adequasse a alocação dos recursos de forma livre e eficiente. Mas, mesmo este modelo não prescinde de alguma ação estatal. Um exemplo utilizado por Aghion (2021) é justamente a questão da proteção da propriedade intelectual e o acesso ao crédito. Em contraponto, a essa ideia de horizontalidade, Aghion estabelece que existem outros elementos que justificariam uma política industrial estatal que não fosse puramente horizontal, ou seja, que fosse além da posição de absoluta excepcionalidade da intervenção estatal. Os três elementos apontados pelo autor relacionam-se diretamente com os desafios da transformação digital: *path dependence*, ou seja, o peso do hábito e os custos de troca relacionados a uma troca e adoção de novas tecnologias, mesmo que funcionam melhor; a necessidade de coordenação entre

diferentes políticas estatais e; (iii) a existência de certos riscos que somente um organismo como o Estado pode ser capaz de sustentar inicialmente

No caso de países como o Brasil, essa dinâmica que deve ser estabelecida entre política industrial e concorrência deve ser útil para a superação da chamada “armadilha da tecnologia intermediária” (Fuest et. al)⁵⁴, na qual economias emergentes encontram dificuldades para transcender um nível mediano de desenvolvimento tecnológico devido à dependência estrutural de inovações estrangeiras. Tal dependência limita a capacidade desses países de competir globalmente em setores de alta tecnologia, restringindo suas economias a inovações incrementais e à adaptação de soluções já desenvolvidas em centros tecnológicos avançados. Essa limitação estrutural impede que esses países desenvolvam autonomia tecnológica, perpetuando um ciclo de dependência e vulnerabilidade econômica.

Para superar essas barreiras, políticas industriais robustas e colaborativas podem desempenhar um papel central na promoção do desenvolvimento tecnológico autônomo. Essas políticas devem priorizar a criação de um ambiente de inovação local por meio de investimentos estratégicos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), incentivos à colaboração público-privada e estímulo à criação de ecossistemas digitais inclusivos. Uma política industrial efetiva deve ainda abordar a desigualdade no acesso a recursos digitais e promover a inclusão tecnológica em larga escala, garantindo que a transformação digital beneficie a sociedade de forma ampla.

Além disso, estratégias para superar a armadilha da tecnologia intermediária devem incorporar iniciativas voltadas à capacitação técnica e à criação de infraestrutura digital avançada. No Brasil, isso implica investimentos em redes de alta velocidade, centros de dados locais e tecnologias emergentes, como inteligência artificial e computação em nuvem. Tais esforços não apenas fortaleceriam a competitividade

⁵⁴A ideia de armadilha da tecnologia intermediária se relaciona diretamente com a ideia de “armadilha da renda média” conceito proposto primeiramente por economistas do Banco Mundial que caracteriza a dificuldade de alguns países de renda média fazerem a transição para a renda alta. Geralmente se atrela essa armadilha ao baixo nível de inovação e desenvolvimento tecnológico, aos sistema educacional inadequado para a economia do conhecimento e as instituições fracas ou corruptos, que, no longo prazo causam estagnação do crescimento a vulnerabilidade a choques externos e a falta de competitividade do país com economias avançadas ou emergentes.

tecnológica do país, mas também criariam empregos qualificados e promoveriam maior inclusão digital⁵⁵.

Contudo, a formulação de políticas industriais e tecnológicas em um contexto globalizado exige uma integração coerente com as políticas de concorrência, especialmente em economias dominadas por plataformas digitais. As *big techs*, com seu controle sobre dados, infraestrutura e algoritmos, impõem barreiras significativas à entrada de novos players, perpetuando um ambiente de concentração econômica e limitando a inovação disruptiva.

Para lidar com essa realidade, é necessário que as políticas de concorrência evoluam além do enfoque tradicional em práticas anticompetitivas e potencial risco de abuso via concentrações, incorporando estratégias que promovam a interoperabilidade entre plataformas, limitem o monopólio sobre dados e incentivem condições justas de mercado e, principalmente, a abertura dos mercados à livre iniciativa através do fomento e da diminuição de barreiras à inovação.

A interpretação do princípio constitucional da livre concorrência ressignificada pelo constitucionalismo digital deve permitir, desde logo, uma aplicação da lei antitruste que capte as necessidades dessa nova e renovada política industrial voltada à superação da armadilha tecnológica, além de sustentar necessárias mudanças para que esse equilíbrio necessário entre política industrial e concorrência possa ser atingido.

O Cade pode desempenhar um papel essencial nesse equilíbrio entre a promoção da concorrência e o fortalecimento de políticas industriais. Para atuar com eficácia nesse contexto, o Cade pode adotar uma abordagem integrada, por meio do desenvolvimento de marcos regulatórios de atuação *ex-ante* que previnam a concentração excessiva de mercado, mas também, de imediato por ampliar e modificar o seu monitoramento *ex-post* para responsabilizar práticas anticompetitivas e reprimir concentração abusivos em tempo hábil e com mecanismo eficazes para o meio digital. Além disso, parcerias entre o Cade

⁵⁵ O programa “IA para o Bem de Todos” exemplifica essa abordagem ao investir em infraestrutura digital e capacitação para democratizar o acesso à inteligência artificial e integrar regiões menos favorecidas ao desenvolvimento tecnológico (Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação, 2024). Outra iniciativa notável é o Pix, que transformou o sistema financeiro brasileiro ao fomentar a inclusão digital e a competição no setor bancário são exemplo de ações que demonstram como políticas industriais alinhadas à governança digital podem criar ambientes mais inclusivos e competitivos, contribuindo para a construção de uma economia digital resiliente e equitativa (Tirole, 2024; OECD, 2024).

e outros órgãos governamentais podem alinhar políticas de inovação tecnológica com objetivos de concorrência, permitindo que empresas locais prosperem em um ambiente regulatório mais equitativo.

Ao integrar políticas industriais e de concorrência de forma sinérgica, o Brasil pode não apenas reduzir sua dependência tecnológica, mas também posicionar-se como um líder global na governança digital e na promoção de uma economia inclusiva e sustentável. Um exemplo claro em que regulação, concorrência e política industrial juntas é o exemplo das chamada *fintech*.

O panorama das *fintechs* na América Latina reflete um setor dinâmico e em expansão, destacando-se pela sua relevância para a inclusão financeira e pelo impacto econômico. Atualmente, a região conta com 2.712 *fintechs* ativas, das quais 58,7% estão no Brasil, que também lidera em termos de captação de investimentos, somando US\$ 10 bilhões desde 2014. No total, a América Latina recebeu US\$ 15,6 bilhões em aportes nos últimos 10 anos, o que ressalta a atratividade do setor para investidores. Um dos aspectos mais notáveis das *fintechs* é seu impacto na inclusão financeira. Aproximadamente 57% dessas startups têm como público-alvo pessoas não bancarizadas, com destaque para o segmento de empréstimos, que lidera o atendimento a essa população. Além disso, soluções voltadas para pagamentos e remessas focam principalmente em pequenas e médias empresas sub-bancarizadas, contribuindo para a expansão do acesso a serviços financeiros básicos (IADB, 2024).

No entanto, o setor também enfrenta desafios regulatórios significativos. A atuação proativa do Cade no setor tem sido bastante significativa, como veremos no próximo capítulo, procurando sobretudo, garantir o caráter disruptivo dessas inovações frente a um setor tradicional oligopolizado na região. Estudos da OCDE mostram, que inclusive, isso é uma tendência entre autoridades da América latina, dado o impacto transformador que essas empresas tiveram e possibilitam na democratização do acesso de populações totalmente desbancarizadas ao sistema financeiro.

A atuação tempestiva da defesa da concorrência nesses casos, em parceria com o regulador setorial (no caso brasileiro o Banco Central), tem contribuído para uma consolidação do setor sendo que inclusive já se verificam *fintechs* adquirindo bancos tradicionais para expandir operações e adquirir licenças bancárias. Essa estratégia não

apenas amplia os serviços oferecidos, mas também visa alcançar sustentabilidade financeira e equilíbrio operacional em um ambiente competitivo. Paralelamente, a criação de parcerias estratégicas com instituições financeiras tradicionais e o desenvolvimento de soluções complementares ao sistema bancário têm sido fundamentais para o crescimento e a resiliência das fintechs na região (IADB, 2024). A trajetória das fintechs na América Latina demonstra que, embora o setor enfrente desafios significativos, como a necessidade de maior integração regulatória e superação de barreiras estruturais, ele desempenha um papel essencial na democratização dos serviços financeiros. Além disso, as iniciativas para equilibrar inovação, política industrial e regulação podem servir como modelo para outros mercados em desenvolvimento, reafirmando a importância do setor para o progresso econômico e social da região.

À luz desses exemplos, fica claro que a transformação digital impõe um novo paradigma para esta relação tensa entre concorrência e inovação, tanto do ponto de vista de uma política industrial voltada a objetivos econômicos maiores e conectados com a necessidade de interação com a economia globalizada como por meio de uma política de concorrência que ofereça suporte a essa política, condicionando-a para ser mais inclusiva e responsiva, e facilitando-a por meio do *enforcement* em relação ao poder econômico, incorporando a necessidade de fomento ao desenvolvimento industrial e tecnológico, via inovação e abertura de mercados em medidas específicas de política industrial que contemplem a competição. Não deve haver, nesse sentido, uma relação binária de “sim” ou “não” entre a política industrial e a defesa da concorrência. Mas sim um redesenho da governança da política industrial que a torne mais compatível com a competição e com o crescimento econômico baseado na inovação (Aghion et. al, 2021).

4.4. OBJETIVOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA ERA DIGITAL **ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.**

Em linha com os impactos da transformação digital acima descritos e com a necessidade de revisão, ou reformulação, de parte da política de defesa da concorrência para reconciliar-se com outros valores da política econômica, encontra-se o talvez principal ponto de inflexão da política de defesa da concorrência e do direito antitruste nos últimos 50 anos, ao menos do ponto de vista teórico, que é o debate concernente aos objetivos e ao objeto dessa política.

A globalização econômica potencializada pela transformação digital fez com que na última década na prática das autoridades de defesa da concorrência e das diversas legislações que eclodiram e se disseminaram ao redor do mundo, se escancarasse uma série de limitações ao modelo de *enforcement* e ao próprio desenho institucional de formulação e aplicação dessa política pública. Paradoxalmente, assim como no caso do constitucionalismo, este debate sobre a suficiência do antitruste e seus objetivos em um mundo em transformação e de complexa governança, ocorre justamente quando em virtude da mesma globalização e da necessidade do capitalismo de incutir nos sistemas jurídicos tanto dos países desenvolvidos como dos países em desenvolvimento, um modelo de aplicação da “constituição econômica”, a política de defesa da concorrência atinge seu ápice em termos de disseminação global⁵⁶.

É imperioso dizer que essa disseminação da lei de defesa da concorrência decorre em muito da influência americana (e claro do seu poder econômico) na própria globalização econômica. Mais do que isso ela encontra amparo e guarida também na formação dos blocos regionais econômicos, principalmente a União Européia. A livre concorrência passa, no final do século passado, a ser um elemento não somente de garantia de igualdade de competições em cada mercado local, mas um dos requisitos de segurança jurídica e de compromisso estatal com a abertura de mercados que demandava a economia global.

O protagonismo norte-americano não decorre somente da sua óbvia condição de potência geopolítica e econômica global mas também do seu pioneirismo e construção histórica no campo específico do antitruste. Assim, ainda que cada jurisdição e legislação de defesa da concorrência possuísse, dentro de cada sistema jurídico uma principiologia e objetivos próprios, a interpretação e aplicação do direito antitruste e mesmo a formulação objetiva e prioritária da política também foi diretamente influenciado por aquilo que se produzia e vigorava nos Estados Unidos e que, aos poucos, inclusive com um certo aval multilateral por meio de uma espécie de *soft power* relacionado aos casos de sucesso, passou a ser considerado como um paradigma das boas práticas.

⁵⁶ Nesse sentido, a consolidação do *Competition Comitee*, na OCDE, e a o crescimento da *International Competition Network* -rede que congrega mais de 120 autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo tiveram grande influência na disseminação de boas práticas de concorrência ao redor do mundo. Nesse sentido ver tb. Pereira Neto e Sadami (2024) e Anderson e Lugard (Editors) (2022).

Embora de certa forma, essa influência americana passe a ser mitigada pelo forte multilateralismo e pela necessária cooperação internacional entre as diversas autoridades de defesa da concorrência, fruto da necessidade de se lidar com questões e casos concretos de alcance global, e também, pelo fortalecimento da política de defesa da concorrência no seio da União Européia⁵⁷, é inegável que a disseminação e implementação da política de defesa da concorrência e seu *enforcement* até a última década foi, de maneira relativamente globalizada, aquela que melhor atendia aos interesses do capitalismo moldado pelo consenso de Washington e pelas políticas neoliberais americanas.

Não obstante, e sobretudo após a crise de 2008, dentro e fora dos Estados Unidos, emerge com maior força o debate sobre a necessidade de se revisitar os objetivos do antitruste de forma a torna-lo mais apto a captar e coibir melhor a concentração de poder econômico nos mercados em transformação bem como ser um efetivo instrumento redistributivo no sentido de promover mercados abertos à livre iniciativa e uma competição mais justa. A transformação digital exerce um papel chave na eclosão desse debate ao desafiar as próprias estruturas de análise e premissas metodológicas e teóricas sobre o poder econômico que subsidiavam a aplicação das leis de defesa da concorrência durante décadas.

Carvalho (2023) classifica dois os fatores que resgatam o debate sobre os objetivos do antitruste dos bancos acadêmicos o tornam novamente relevante em termos de política pública: um conjuntural, representado pelo refreamento da globalização e outro estrutural, representado pela ascensão da economia digital, das questões relativas a transição energética e de preocupações com a concentração de renda. A disseminação da política de defesa da concorrência de caráter mais tecnocrata era inspirado por um pacote de medidas defendidos pelas potências mundiais como forma da criação de um mercado global. As crises econômicas que demonstraram a fragilidade das formações de cadeia de valor nesse nível global, bem como o crescimento da China enquanto força geopolítica trazem novas preocupações acerca da necessidade de políticas industriais mais agressivas e com a participações dos estados. De outro lado, a preocupação com a concentração do poder econômico induz a necessidade de se repensar as formas de intervenção estatal na economia, incluindo as políticas de defesa da concorrência. O surgimento de novos

⁵⁷ O caso GE/Honeywell, de talvez marque o primeiro grande dissenso entre a política europeia e americana.

modelos de negócios e estruturas de mercados, oriundos da transformação digital, constituídos em ecossistemas fechados, com as características que já descrevemos, desafia o modelo tradicional de análise da formação do poder econômico e exige do estado uma resposta mais tempestiva sob pena de ser insuficiente.

A insuperável necessidade de se considerar a inovação como um motor de concorrência e como a variável “em disputa” por agentes rivais, a existência de agentes privados extremamente poderosos e supraestatais cujo dinamismo e escala não são acompanhados por políticas meramente reativas, e a constatação empírica do descompasso entre a capacidade estatal de detecção e reação aos movimentos dinâmicos de um mercado em evolução e com governança não conhecida colocam em questão a suficiência da defesa da concorrência como forma de intervenção legítima do poder estatal.

Não é nossa intenção aqui esgotar esse debate, sobre o qual inclusive, diversos trabalhos acadêmicos tem sido produzidos especificamente, mas sim de certa forma organizar alguns de seus aspectos em função do nosso objetivo nessa tese e demonstrar que a interpretação do princípio da livre concorrência no Brasil, à luz do constitucionalismo digital pode contribuir para, inspirado na luz que este debate traz sobre a necessidade de reformular o paradigma teórico do antitruste para adequá-lo a uma economia em transformação, promover uma ressignificação desse princípio por meio de cânones próprios ao sistema jurídico constitucional brasileiro e à ordem econômica pretendida pela Constituição Federal.

Assim, ao tratar do debate sobre os objetivos do antitruste, para além de deixar claro a influência das políticas externas e internas relacionadas e ele nas diferentes jurisdições, também pretendemos extrair dele aquilo que parece ser o resultado de uma disputa ideológica relevante, principalmente dos Estados Unidos e aquilo que parece ser menos relacionado a adesão ou influências de escolas de pensamento em disputa e mais diretamente relacionado à nova realidade imposta pela transformação digital. Jogar uma luz sobre o debate americano é essencial porque, assim como a disseminação de um determinado tipo “ideal” de política e legislação antitruste partiu dali para o mundo, grande parte do questionamento sobre a suficiência e adequação desse ideal também é inspirado pelo debate hoje ali vigente. Contudo, é preciso diferenciar, neste debate, aquilo que é específico de um contexto local, inclusive de disputa de poder político, daquilo que

é inexorável diante da transformação digital e poder ser, portanto, replicado mundo afora, devendo ser absorvido pelos estados nacionais, na forma de suas constituições.

Já afirmamos aqui anteriormente que a partir dos estudos e da influência da chamada de Escola de Chicago, a legislação antitruste norte-americana de defesa da concorrência e as influenciadas por ela mundo afora, passou a ser interpretada de forma mais restrita com foco na eficiência alocativa e no chamado princípio do *consumer welfare* ou bem-estar do consumidor. A visão de Chicago defendia que a partir dos métodos da escola neoclássica e da possibilidade de quantificação de eficiências obtidas, medidas sobretudo com impactos em preços é que se deve medir o potencial risco ou não de uma concentração ou uma prática ser anticompetitiva.

Embora predominante na prática do antitruste americano desde após seu surgimento, do ponto de vista teórico, o paradigma de Chicago sempre enfrentou, nos próprios Estados Unidos, considerações críticas e movimentos em sentido contrário. Nesse sentido, destaca-se por exemplo, a influência da Escola de Harvard sobre as autoridades de defesa da concorrência norte-americana, também chamada de estruturalista, porque partia de presunções a partir do aumento de poder de mercado, dava menos ênfase a objetivos não econômicos (e sim jurídicos) na aplicação da lei. A Escola de Chicago floresce como um contraponto a esse perfil de Harvard e parte do seu sucesso é atribuído justamente a transformação técnica que defende, ao abandonar objetivos não econômico e quase impossíveis de medir para adotar técnicas da economia neoclássica de forma mais rigorosa, além de confiar aos mercados um caráter de autocorreção mais efetivo do que a intervenção estatal. Posteriormente, as críticas a esse padrão estritamente influenciam decisivamente um retorno da influência de Harvard, por aquilo que Hovenkamp (2017) chama de *chastised* Escola de Harvard, representada principalmente pelos escritos de Areeda e Turner (1978). Tanto a Escola de Harvard *chastised* como a Escola pós Chicago, ambas versões moderadas e conciliatórias das suas escolas originais, tiveram como demonstra Hovenkamp (2017) grande influência nas decisões administrativas e judiciais americanas, sobretudo a partir do final dos anos 1990.

No entanto, a influência da Escola de Chicago e seu padrão mais estrito de análise, continuaram a influenciar muito a prática do antitruste americano até hoje, e também nas jurisdições cujas leis se desenvolveram após a disseminação da política de defesa da concorrência como parte do pacote neoliberal de globalização. Lancieri et al (2023)

procuram explicar esse fenômeno da influência de Chicago no judiciário americano (e seu papel no declínio do *enforcement antitruste*) e levantam a hipótese de que isso ocorre por uma possível captura de juízes não eleitos pelo poder econômico. Oliveira (2024) procura trabalhar hipóteses diversas, tanto para a disseminação do *consumer welfare* nos Estados Unidos como na Europa. Algumas das explicações podem ser relacionadas à formação das autoridades e dos juízes, que se influenciaram por livros de economista e juristas oriundos de Chicago.

A hipótese mais plausível, no entanto, parece ser a aquela também aventada por Schartz (s.d.): a de que na construção institucional das leis de defesa da concorrência e das autoridades como entidades responsáveis por combater o poder econômico a utilização de um discurso tecnocrata e baseado em métodos quantitativos que possam ser traduzidos em valores (preço) fornece uma legitimidade maior, além de ser um instrumental menos custoso e complexo. Aliado a isso, a agenda de política econômica subjacente, a do neoliberalismo, reforçava essa ideia de uma intervenção estatal supostamente neutra e apolítica.

Essa hipótese faz bastante sentido se olharmos a trajetória europeia. Embora o antitruste europeu tenha origens no ordoliberalismo liberalismo alemão, que nasce no pós guerra como uma terceira via entre capitalismo de mercado e socialismo, a adoção de um sistema de controle de fusões pela União Europeia fez com que, mesmo em um cenário em que a legislação contém outros objetivos para a política de defesa da concorrência, padrões de análise oriundos da Escola de Chicago sejam adotados e passem também a exercer uma influência relevante. Isso também é verdade em outras jurisdições, como o Brasil, que passaram a adotar o mecanismo de análise prévias de fusões e aquisições.

De outro lado, Jenny (2016) nos mostra em estudo comparativo sobre o desenho institucional das autoridades de defesa da concorrência que, embora de fato haja uma disseminação de alguma ideia de *consumer welfare* como objetivo na maior parte dessas autoridades, a maior parte delas também adotam outros objetivos. E, de fato, quando se considera a atuação dessas autoridades (OCDE, 2023) na prática, exceto naquilo que se refere a controle de concentrações, a verdade é que muitas vezes outros objetivos, inclusive não econômicos são levados em consideração.

Mesmo em países que, ainda que não conste como objetivo expresso da lei, adotaram na sua prática padrões semelhantes ao de Chicago, como o Brasil, a utilização do termo *consumer welfare* varia casuisticamente de maneira bastante significativa, tornando-o o conceito quase que apenas um referencial retórico, que permite a absorção ou inclusão de outras considerações. Borges e Schneider (2024) em pesquisa empírica analisando os votos e decisões do Cade, apontam como a ideia de *consumer welfare* varia de julgador para julgador, abarcando tanto ideias mais amplas como considerações de eficiências mais restrita, tipo Chicago.

De tudo isso resulta que, sim, a influência de Chicago na prática das autoridades antitruste americanas e ao redor do mundo é bastante significativa e que, sim, a utilização desse paradigma, de forma aberta e transparente, ou incorporada a outros objetivos existentes e locais, levou a uma certa uniformização da prática antitruste ao redor do mundo para um paradigma mais restrito de atuação, muito baseado em questões relacionadas a preço e eficiência econômica, muitas vezes contrariando objetivos constitucionais dos países.

Como apontamos acima, entretanto, esse paradigma deixa de ser suficiente (Carvalho, 2023) e uma nova discussão sobre os objetivos do antitruste, não meramente acadêmica, mas por necessidade de política pública, passa a vigorar na última década. O principal movimento que impulsiona esse debate talvez seja ascensão ao poder, isto é, aos cargos responsáveis pela formulação da política e aplicação da lei, nos Estados Unidos, do chamado movimento neobrandeiano⁵⁸. Em alusão ao *justice* da Suprema Corte Louis Brandeis, cuja legado se direciona contra o *curse of bigness*, ou seja, a necessidade de se impedir a existência de monopólios e oligopólios, além de proteger pequenos negócios, esse movimento busca resgatar parte do estruturalismo de Harvard e também a ampliação dos objetivos do antitruste para compatibilizá-los com outros objetivos de política econômica, questionando assim, a visão estrita de Chicago. Esse movimento ganha força sobretudo no contexto da transformação digital e com a ascensão de Tim Wu e Lina Khan a posições de poder no governo Biden.

⁵⁸ Para uma taxonomia do neobrandeianismo v. Mueller (2024) e Portuese (2019). Para críticas a esse movimento v. Wright e Ginsburg (2013) e Lambert e Cooper (2023).

Para além de questionarem teoricamente os métodos de Chicago e do debate/disputa americana sobre os objetivos do antitruste naquele país, o movimento neobrandeisiano traz duas importantes contribuições à ressignificação dos objetivos do antitruste em nível mundial: a necessidade de que, diante da transformação digital e da existência das *big tech*, é necessário agir de maneira estrutural (isto é contra a concentração de poder e a construção e barreiras a entrada) e o que o antitruste precisa adotar uma visão mais prática e jurídica acerca da concentração de mercado, por meio de presunções de risco baseada em critérios de tamanho, quantitativos e qualitativos, como forma de prevenir que a dinâmica da transformação digital aumente ainda mais a concentração de poder. O neobrandeisianismo não somente desafia Chicago no campo teórico, mas na prática antitruste, isto é, na tentativa de alterar o *status quo* de como aqueles que a aplicam a lei, no caso americano, os juízes, devem entender os objetivos da defesa da concorrência na era digital. Este talvez seja o principal legado desse movimento.

Mas para além do debate americano, que obviamente também se dissemina e influencia uma ressignificação dos padrões de *consumer welfare* ao redor do mundo, fato é que diante da evidência empírica (Furman, 2018; DeLoecker et. al, 2020) de que nos últimos anos houve um aumento da concentração econômica nos mercados e que a defesa da concorrência não foi capaz de conter o crescimento econômico, a ressignificação dos objetivos do antitruste passa a ser um debate fundamental para o desenho dessa política para enfrentar os desafios do mundo em transformação. E esse debate encontra guarida sobretudo na Europa, onde o *consumer welfare standard* como vimos sempre encontrou disputa com as origens estruturalista ordoliberalis e onde, principalmente, a preocupação com a reafirmação de direitos na era digital se sobressai.

Diante disso, para além de debates teóricos, é fundamental aqui, ao pensar em como o constitucionalismo digital pode contribuir para a construção de uma política de defesa da concorrência na transformação digital no Brasil, que também façamos uma ressignificação e readaptação dos objetivos do antitruste entre nós. Como veremos, o caminho mais seguro que propomos é que isso seja feito não por adesão a qualquer um dos lados da discussão que aqui narramos, mas por meio da reconstitucionalização da livre concorrência.

A necessidade de se repensar ou, problematizar o paradigma do *consumer welfare* e a partir daí os objetivos da política antitruste em geral se tornou uma questão de política

pública novamente saliente na transformação digital. A OCDE (2023) conduziu, nesse sentido, ampla discussão sobre o tema, como maneira de condensar as diferentes visões que emergem no contexto mundial e de alguma forma, estabelecer o cerne do debate, que é, no fundo, como os países podem dispor em suas política públicas de diferentes escolhas legítimas e que devem seguir, sobretudo, aquilo que seja mais compatível e possível diante das realidades de cada jurisdição.

Nessa escolha, alguns critérios são fundamentais de se tomar em conta, como previsibilidade, a promoção do bem-estar social, a capacidade administrativa do estado e a sustentabilidade política, sobretudo no longo prazo.

A previsibilidade é essencial para fornecer orientação clara às empresas, assegurando consistência nas decisões ao longo do tempo e reduzindo a incerteza jurídica. Esse aspecto é crucial para que as empresas possam planejar suas atividades e investimentos com maior segurança e estabilidade. Nesse sentido, Broulik (2022) alerta para a virtude da previsibilidade muitas vezes desconsiderada pelas autoridades de defesa da concorrência em sua atuação, sobretudo quanto aos impactos de alterações abruptas de diretrizes e prioridades.

A promoção do bem-estar social constitui um dos pilares dessas políticas, buscando maximizar os benefícios para a sociedade como um todo. Isso envolve a consideração de eficiências produtivas e alocativas, bem como a avaliação de efeitos dinâmicos e de inovação. O objetivo é garantir que os recursos sejam utilizados de forma eficiente, gerando benefícios de longo prazo para todos os agentes envolvidos. Nesse ponto nos parece fundamental a incidência dos valores constitucionalmente estabelecidos para a política econômica como um todo, ao lado da livre concorrência. (OCDE, 2023)

A capacidade estatal de administração da política e do *enforcement* também desempenha um papel central na viabilidade prática das políticas. Isso requer clareza nos critérios de análise e custos administrativos razoáveis, de modo a garantir que os processos sejam executados de forma eficiente e acessível. Políticas complexas ou onerosas tendem a ser menos eficazes, dificultando sua aplicação e aceitação, além de poderem gerar efeitos inversos, como a perda da credibilidade institucional. Nesse sentido, é que Schuartz (s.d.) apontou que a desconstitucionalização da livre concorrência no Brasil produziu ao menos esse resultado benéfico, qual seja, a de consolidar um

sistema público de gestão da política por meio de uma autoridade relativamente independente, ao menos do ponto de vista administrativo e eficiente quanto ao manejo dos casos concretos (Miola e Onto, 2024), ainda que isso não tenha se refletido de maneira estrutural na contenção do crescimento do poder econômico no longo prazo.

Por fim, a sustentabilidade política depende da aceitação das políticas por diferentes *stakeholders*, do alinhamento com valores sociais e da credibilidade institucional. Para que sejam efetivas, as políticas devem contar com amplo apoio e legitimidade, garantindo sua implementação a longo prazo (OCDE, 2024). Nesse sentido é que defendemos a necessidade de um realinhamento da política com sua sede constitucional.

No mesmo estudo (OCDE, 2023) também restou claro, diante do sumário que congrega as contribuições dos diversos países e a discussão em si que, à linha do que já mencionamos, muito embora o padrão do *consumer welfare* tenha se consolidado como o “principal objetivo”, institucionalizado ou prático, das autoridades de defesa da concorrência em sua atuação, tanto do ponto de vista legislativo como do ponto de vista do *enforcement*, esse padrão convive com outros objetivos, cuja aplicação também se revela nos casos concretos, ainda que de forma não declarada ou com menos frequência que o padrão do bem-estar de consumidor. O estudo classifica de forma bastante útil esses objetivos e fornece elementos de vantagens e desvantagens de cada um.

No âmbito das políticas de bem-estar, destacam-se três padrões principais com vantagens e desvantagens distintas (OCDE, 2023):

- (i) O padrão de bem-estar do consumidor tem como vantagens o foco claro nos benefícios ao consumidor, a relativa facilidade de mensuração e sua ampla aceitação internacional. No entanto, pode ignorar eficiências produtivas importantes, concentrando-se excessivamente em preços e apresentando dificuldades para lidar com efeitos dinâmicos.
- (ii) O padrão de bem-estar total, por sua vez, considera todos os efeitos econômicos, incorporando eficiências produtivas e oferecendo uma visão mais abrangente. Contudo, esse padrão é mais complexo

de administrar, pode permitir uma concentração excessiva e apresenta menor previsibilidade em relação aos demais.

- (iii) O padrão de proteção à concorrência foca no processo competitivo, garantindo maior previsibilidade e facilidade de administração. Apesar disso, pode ignorar algumas eficiências produtivas e apresentar riscos de proteção excessiva, sendo menos flexível para lidar com inovações.

A escolha entre esses padrões deve ser orientada pelos objetivos específicos da política e pelas características do mercado em questão, garantindo um equilíbrio entre previsibilidade, bem-estar social, facilidade de administração e sustentabilidade política (OCDE, 2023).

Diante do fato empiricamente constatado de que houve, nos últimos anos um aumento da concentração econômica em níveis globais (Furman, 2018) e que esse aumento é resultado também da transformação digital e diante também da constatação de que, a despeito da adesão a diferentes objetivos possíveis para a política de defesa da concorrência, existe uma necessidade imposta pelos impactos da transformação digital na forma como se dão as relações econômica na era digital, parece-nos claro que a política de defesa da concorrência deve estar aberta a inclusão e adaptação de seus objetivos (e à implicações teóricas e metodológicas que isso represente) de forma a poder dar conta desses desafios.

Novamente, independentemente da adesão a alguma das escolas de pensamento acima mencionadas, ou mesmo da adoção, por parte da legislação local e da sua autoridade aplicadora de parâmetros mais próximos ao do *consumer welfare* americano, é fato que, para além do debate americano, na maior parte das jurisdições sempre existiu algum tipo de adaptação ou maior abrangência dos objetivos da lei antitruste, sobretudo nos países que adotaram um constitucionalismo mais voltado ao bem-estar social ou a modelos híbridos entre os tipos de Estado liberal e social.

Assim, se de um lado é verdade, e como já afirmamos aqui, parece empiricamente demonstrado que, ainda que as legislações locais e as autoridades de defesa da concorrência tenham absorvido a influência americana e uma tendência a aplicação mais restrita das leis de defesa da concorrência no sentido de uma neutralidade técnica e

supostamente apolítica relacionada ao padrão do bem-estar do consumidor e com foco nas eficiências econômicas, também é verdade que para algumas jurisdições, sobretudo a dos países emergentes, essa tecnicidade (que aqui no Brasil equiparamos a ‘desconstitucionalização’) sempre foi entendida mais como um instrumento de consolidação institucional e construção de reputação diante do poder econômico do que, propriamente, uma ideologia efetivamente valorada em termos de política pública. O modelo da lei brasileira e a forma como evoluiu a defesa da concorrência no Brasil é um exemplo claro disso (Miola, 2016; Miola e Onto, 2024).

Nesse contexto, o conceito de constitucionalismo digital, que busca transpor os princípios do constitucionalismo tradicional para o ambiente digital, garantindo que direitos fundamentais, como liberdade econômica, igualdade e privacidade, sejam protegidos em um cenário marcado pelo controle massivo de dados e pela centralidade das plataformas digitais representa uma maneira de se absorver, via hermenêutica constitucional, i.e. a partir de valores e princípios estruturados no sistema jurídico local, e pela aproximação da política e da defesa da livre concorrência à ordem econômica constitucional.

Assim, a reformulação dos objetivos do antitruste reclamada ou, em disputa, no debate teórico americano e na disputa (geo)política internacional, pode ser melhor absorvida, naquilo que é relevante para a jurisdição brasileira, sem que se tenha que necessariamente aderir ou simplesmente mimetizar aqui um debate jurídico cuja tradição não é relacionada ao sistema jurídico pátrio. A adaptação do princípio da livre concorrência na ordem econômica como o vetor fundamental da política concorrencial e da aplicação da Lei de vigência, integrado aos demais princípios da ordem econômica também redirecionados pelo constitucionalismo digital requer que a política de concorrência vá além do tradicional foco no bem-estar do consumidor, de origem exógena mas bastante influente, integrando objetivos como a proteção à inovação, a promoção da diversidade de mercado e a inclusão tecnológica.

Em suma, a superação da influência teórica externa e o reencontro da defesa da concorrência com o conteúdo jurídico-constitucional mais amplo do princípio da livre concorrência necessariamente têm como consequência a realização mais direta dos objetivos mais abrangentes já previstos no art. 1º da Lei 12.529/11: a livre iniciativa, livre concorrência, defesa dos consumidores, função social da propriedade e repressão ao

abuso do poder econômico, como *DITAMES CONSTITUCIONAIS*, ou seja, como manifestação concreta da ordem econômica. E, no constitucionalismo digital, isso significa, necessariamente, como vimos acima, justamente, a superação de tensões e a reconciliação entre concorrência, inovação e política industrial, sobretudo diante do poder econômico das *big tech*.

A era digital evidenciou a insuficiência de abordagens regulatórias baseadas exclusivamente na análise de preços e na estrutura de mercado. As práticas “monopolistas” das *big Techs* frequentemente escapam às métricas tradicionais e ao modelo de competição perfeita em que se baseia a economia neoclássica e sua defesa pela Escola de Chicago, sendo dissimuladas por meio de aquisições estratégicas, controle de dados e manipulação algorítmica. Essas dinâmicas transformam as grandes empresas de tecnologia em verdadeiros *gatekeepers* de ecossistemas e infraestruturas essenciais, capazes de influenciar não apenas o comportamento dos consumidores, mas também as condições de concorrência e o ritmo da inovação. Nesse cenário, o papel do Estado na regulação torna-se ainda mais relevante, demandando uma postura ativa na criação de marcos normativos que garantam não somente a repressão a abuso do poder de mercado ou posição dominante, mas também a abertura e a contestabilidade de mercados atuais e futuros.

A proteção da inovação, um dos principais motores do crescimento econômico, emerge como objetivo prioritário da política de concorrência contemporânea. No entanto, práticas estratégicas, como as que envolvem aquisições e controle da inovação, em que grandes plataformas adquirem startups inovadoras para eliminar futuros competidores ou para inclui-los em seu ecossistema ou ainda, para valer-se de seus talentos e tecnologias apresentam desafios substanciais, sobretudo se analisadas isoladamente como é o arcabouço disseminado no controle preventivo das autoridades de defesa da concorrência.. Tais estratégias não apenas restringem a diversidade de mercado, mas também inibem o surgimento de soluções tecnológicas disruptivas que poderiam redefinir padrões de consumo e concorrência e o fazem sem que a autoridade de defesa da concorrência tenha capacidade de reagir a estes movimentos *enquanto* acontecem, ou no seu nascedouro. Para enfrentar esse cenário, é necessário um monitoramento mais rigoroso e sistêmico dessas estratégias, considerando não apenas o impacto imediato no

mercado, mas também suas implicações de longo prazo para a inovação e a dinâmica competitiva.

A reformulação dos objetivos antitruste na era digital também exige o desenvolvimento de novas métricas para avaliar o poder de mercado, uma vez que indicadores tradicionais, como participação de mercado e preços, mostram-se inadequados para capturar a complexidade das relações digitais. Além disso, políticas antitruste precisam enfatizar e reforçar o acesso a infraestrutura e a transparência e a governança de dados como ferramentas centrais para a regulação de mercados digitais, prevenindo que práticas algorítmicas, controle de dados e opacidade de governança intraecossistemas façam com que, sob o argumento da inovação e seus riscos, estes mercados se tornem monopolísticos ou oligopolísticos e passem a inibir inovação⁵⁹.

No caso brasileiro, o debate sobre a reformulação dos objetivos da livre concorrência na era digital é especialmente relevante, dado o impacto das *big techs* na economia local e a dependência de inovações estrangeiras. A atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) nesse contexto pode desempenhar um papel central na adaptação da política antitruste às novas exigências do ambiente digital. Além de seu foco tradicional na repressão de práticas anticompetitivas e na análise, o Cade pode adotar uma abordagem mais proativa, tanto pela ressignificação de suas ferramentas já existentes, como as soluções negociadas, as medidas preventivas e a imposição de remédios monitoráveis, bem como pelo incremento de novos poderes regulatórios ex-ante que permitam um maior monitoramento sobre as estratégias e ações das grandes plataformas com relevância no país, e assim evitem práticas de captura de mercados nascentes, transposição de monopólios entre camadas do ecossistema e controle da inovação disruptiva, promovendo uma maior abertura da economia digital à condições justas de competição⁶⁰.

Em síntese, a era digital redefine os objetivos da política de concorrência. Muito mais do que o debate teórico sobre a insuficiência do paradigma ideológico que informou a prática antitruste nos últimos anos, essa redefinição exige, na prática, um equilíbrio

⁵⁹ Ver nesse sentido, o conceito de Data-o-polies, de Grunes e Stucke (2017).

⁶⁰ V. nesse sentido o relatório produzido pelo Ministério da Fazenda acerca da Tomada de Subsídios SER/MF 1/2024, que recomenda a adição de competências e ferramentas específicas ao Cade para atuação na era digital e o seu fortalecimento institucional (Brasil, 2024): disponível em: [Relatório Plataformas - Consolidado](#). Acesso em 07/12/2024.

entre a promoção de mercados competitivos, e a proteção de valores fundamentais ao desenvolvimento tecnológico da transformação digital, como inovação, inclusão e diversidade de alternativas. Nesse sentido, autores como Bietti (2023^a; 2023b e 2024) e Lianos (2021; 2022; 2024) tem proposto abordagens regulatórias mais adaptativas e flexíveis, com espaço para um certo experimentalismo, que permita a construção de soluções conjuntas entre Estado e regulados para poder ampliar a capacidade institucional de absorver os benefícios da era digital.

Assim para além da discussão teórico-filosófica, a reformulação dos objetivos do antitruste é uma consequência imediata da transformação digital por simples inadequação do modelo construído no último século e meio para garantir competição no meio digital. Para isso, é crucial uma abordagem regulatória flexível e inovadora, capaz de responder aos desafios impostos pelo poder das *big bechs* e ao mesmo tempo, renovando e atualizando as técnicas e metodologias que permitiram o desenvolvimento e a disseminação da defesa da concorrência no capitalismo global, garantindo que a economia digital se desenvolva de forma equitativa, dinâmica e em conformidade com os princípios constitucionais⁶¹.

No próximo capítulo pretendemos descrever como essa reformulação da política e da prática antitruste já tem surtido efeitos na prática. Mas antes, é importante abrir um breve parêntesis para dimensionar um pouco dessa discussão sobre os impactos da transformação digital na livre concorrência diante da próxima fronteira dessa revolução que é a massificação e consolidação econômica (isto é, como fator de produção e consumo) da inteligência artificial e sua relação com o poder econômico das *Big Tech*.

4.5 BREVE CONSIDERAÇÃO SOBRE INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL

A premissa desse trabalho é estudar a o constitucionalismo digital e a livre concorrência na era digital a partir da transformação da economia já vigente e onipresente. Assim, ao falarmos em mercados digitais, economia digital, estamos falando, primariamente, da realidade já enfrentada e vivida na maior parte do mundo. Entretanto, a próxima fronteira dessa revolução industrial já se encontra em andamento e com diversas implicações práticas, que é a fronteira da inteligência artificial. Nesse sentido

⁶¹ V. nesse sentido Bietti (2023a) e Newman (2022)

mesmo que não seja o objeto principal do nosso trabalho, cumpre-nos uma breve consideração sobre a IA, dado que uma boa parte do que hoje se discute acerca da concorrência na era digital e do papel das *big tech* também pode ser, de alguma forma, transposto para a inteligência artificial.

A inteligência artificial (IA) fortalece as vantagens competitivas das *big techs* ao consolidar sua posição de domínio por meio de acesso privilegiado a dados em larga escala, personalização algorítmica e capacidade de prever e influenciar comportamentos. Esses fatores criam barreiras substanciais à entrada de novos competidores, particularmente startups, que carecem dos recursos e da infraestrutura para competir em igualdade de condições. A dependência da IA por dados de alta qualidade, alto poder computacional, investimentos de risco e capacidade de atrair talentos, reflete a necessidade de políticas de compartilhamento de infraestruturas, e interoperabilidade que mitiguem essas barreiras, permitindo que empresas menores desenvolvam suas próprias soluções tecnológicas. Assim, uma das principais preocupações desde logo no campo da IA é justamente, impedir que as *big tech* transponham o poder econômico que já possuem também para a fronteira da inteligência artificial. Manter os mercados de IA e as inúmeras oportunidades que ela oferece abertos e acessíveis talvez seja uma das principais missões das autoridades de defesa da concorrência nos próximos anos (Hanley e Thun, 2024 e Bostoen e Kramer, 2024)

Os efeitos de rede e os loops de retroalimentação, amplificados pela IA, beneficiam desproporcionalmente as *big techs*. Cada interação dos usuários gera novos dados que aprimoram os algoritmos e fortalecem as ofertas personalizadas, criando um ciclo de vantagem competitiva que dificulta a mobilidade dos consumidores entre plataformas. Para enfrentar essa dinâmica, é essencial implementar regulamentações que limitem práticas como o autopreferenciamento e promovam a interoperabilidade entre plataformas. Essas medidas podem estimular um mercado digital mais acessível e competitivo, desafiando o controle excessivo das Big Techs sobre o ecossistema digital.

Algumas características da IA já são desde logo captadas pela defesa da concorrência. Por exemplo, a existência de parcerias entre empresas que detem grande

poder computacional e dados (notadamente *big techs*) e startups específicas⁶². Além disso, diante dos riscos relacionados tanto ao investimento, como ao tipo de aplicação que a IA pode gerar, muitas vezes o desenvolvimento de produtos e serviços depende de parcerias e colaborações entre concorrentes, de forma horizontal ou vertical. Nesse sentido, o Cade deve atuar desde logo para cuidar que dessas parcerias e colaborações não surjam comportamentos anticompetitivos e criação de barreiras a entrada ou fechamento de mercados.

Além disso, as estratégias competitivas dessas empresas incluem o controle de infraestruturas críticas, como plataformas de nuvem e frameworks de IA, e a realização de aquisições estratégicas que eliminam potenciais concorrentes. O controle sobre infraestrutura essencial perpetua uma posição de dominância, enquanto práticas como estratégias de aquisição que absorvem talentos e tecnologias que poderiam alimentar a inovação e a diversidade tecnológica. Políticas que promovam a separação estrutural e regulem aquisições com base em impactos de longo prazo para a concorrência e a inovação são essenciais para mitigar esses problemas.

Os desafios regulatórios apresentados pela IA demandam uma abordagem integrada que considere questões estruturais e comportamentais. A concentração de poder econômico pelas Big Techs, intensificada pela IA, cria monopólios naturais que restringem a inovação e consolidam desigualdades de mercado. Políticas que promovam a criação de *data pools* setoriais e regulamentem a portabilidade de dados podem facilitar o acesso de pequenas empresas a recursos essenciais, promovendo um ambiente mais inclusivo e inovador. Simultaneamente, questões comportamentais relacionadas à transparência e responsabilidade algorítmica precisam ser enfrentadas com rigor. Regras que exijam explicabilidade nos processos de IA e auditorias independentes podem garantir que as práticas de autopreferenciamento e discriminação sejam identificadas e corrigidas, promovendo uma concorrência mais justa e protegendo os direitos dos consumidores.

Para alinhar esses desafios a um modelo regulatório eficaz, são necessárias medidas estruturais que assegurem o acesso a dados e a neutralidade das infraestruturas,

⁶² Nesse sentido recentemente a Superintendência-Geral do CADE abriu procedimentos para avaliar parcerias (e possíveis aquisições) de startups por *big techs* (Amazon, Microsoft e Google). V. Brasil (2024b, 2024c e 2024d)

bem como medidas comportamentais que promovam a transparência e o tratamento não discriminatório de competidores. Essas propostas se inserem em um esforço mais amplo de adaptar a política antitruste às especificidades da economia digital, integrando preocupações com inovação e concorrência em um único arcabouço normativo.

No contexto brasileiro, a adaptação do arcabouço regulatório é essencial para enfrentar os desafios impostos pela IA e pelo domínio das Big Techs. O sucesso das políticas de concorrência e inovação dependerá da capacidade de equilibrar medidas que limitem o poder das grandes plataformas enquanto promovem um ambiente de inovação inclusivo e resiliente. Alinhadas aos princípios do constitucionalismo digital, essas políticas podem proteger a economia brasileira contra a dependência tecnológica e criar condições para o desenvolvimento de um ecossistema digital competitivo, sustentável e independente.

O Projeto de Lei 2338/2023 (Brasil, 2023) que tramita no senado federal incorpora parte dessas preocupações aqui mencionadas, ao incluir o Cade no sistema de governança e procurar criar um ambiente aberto à competição que, ao mesmo tempo, não seja extremamente rígido a atuação de startups inovadoras.

5. LIVRE CONCORRÊNCIA NA ERA DIGITAL – DEBATES CONCRETOS E MANIFESTAÇÕES EMPÍRICAS

Após as diversas reflexões sobre os impactos da transformação digital na livre concorrência feitas no capítulo anterior, faz-se necessário uma transposição para a realidade das consequências práticas e dos seus efeitos já percebidos na realidade dos estados e do sistema jurídico, tanto em termos de política pública como em termos de atuação da autoridade da defesa da concorrência. Assim, nesta seção veremos como que, empiricamente, a transformação digital tem gerado reações (constitucionais) empíricas com impactos na livre concorrência e sua defesa.

Desde logo, cumpre, no entanto, esclarecer sobre as limitações deste trabalho também neste ponto. Assim como no capítulo anterior, diversos dos aspectos, casos concretos, iniciativas regulatórias e posições geopolíticas que serão aqui tratadas tem sido objeto de inúmeros trabalhos e pesquisa, tanto no campo específico do direito e da economia da concorrência, como em abordagens mais abrangentes. Claramente, aqui,

nossa intenção não é esgotar nenhum dos pontos específicos desses casos e modelos de regulações, mas sim descrevê-los criticamente à luz do nosso objeto principal de pesquisa que é a livre concorrência no Brasil à luz de sua sede constitucional reinterpretada pelo constitucionalismo digital.

Esta avaliação passa, necessariamente, pela discussão de casos concretos relacionados a economia digital, envolvendo tanto *Big Techs* como outros agentes e ecossistemas e também a interação entre as plataformas digitais e a digitalização dos diferentes mercados. Da mesma forma, a crescente reação dos Estados ou grupo de estados com relação à necessidades impostas pela transformação digital tem levado a uma série de alterações legislativas e novos arcabouços normativos de regulação concorrencial, sobretudo direcionados às grandes plataformas digitais. Este tipo de reação caracteriza, de maneira bastante exemplar, a ideia das reações *constitucionais* às lacunas do constitucionalismo tradicional e da necessidade de tradução de seus valores para a era digital, conforme muito bem identificado por autores como Celeste (2022) e De Gregorio (2022).

Mas, ainda antes de chegarmos à concretude empírica dos casos e das propostas normativas relacionadas a livre concorrência na era digital, é necessário, até mesmo para reforçar a ideia de que o constitucionalismo digital representa uma ideologia e, enquanto tal, deve incorporar os valores de cada paradigma constitucional tradicional na tradução desses para a era digital, estabelecer que tanto a abordagem relacionado a atuação concreta da defesa da concorrência nos casos, como as reações do sistema jurídico às irritações do ambiente em forma de novas leis e normas não podem ser dissociadas completamente da estratégia política e geopolítica dos estados.

Para além das reações do sistema jurídico, os Estados enquanto entidade política também reagem aos movimentos da transformação digital, sobretudo diante da perda de sua centralidade decisória, da existência de grandes atores privados detentores de poder econômico e político *quase* estatal e da fragmentação das sociedades de seu território em um conjunto de sociedades globais e virtuais interligadas a elas.

Nesse sentido, a primeira manifestação empírica que devemos avaliar é aquela relaciona a forma de como os estados lidam com os desafios da transformação digital na correlação global de forças e de poder. Para fazer isso, partiremos de uma análise baseada sobretudo nos trabalhos mais recentes de Anu Bradford (2020 e 2023), que a partir da

constatação de um imperialismo digital nos dá uma chave importante para entender como a transformação digital também representa, de certa forma, uma transformação dos centros de poder e da forma como os estados interagem entre si diante da “concorrência” pelo poder exercida pelas *big tech*.

5.1 IMPERIALISMO DIGITAL

A ideia de imperialismo digital, notoriamente consagrada por Anu Bradford (2024), demonstra que a partir da conjuntura que demonstra o crescimento da China e um refreamento da globalização (Carvalho, 2023) e diante do crescimento exponencial do poder econômico e político das *big tech*, o mundo reordena a sua correlação e forças, tanto para reagir ao crescimento chinês como para fortalecer-se diante da influência dessas grandes empresas de tecnologia. Assim, essa correlação se reconstrói a partir de três vetores, ou potências, dominantes. Cada uma dessas potências passa a adotar e defender modelos distintos de como lidar com o fenômeno da transformação digital e como utilizar essa revolução industrial para disseminar seu poder e agregar aliados no contexto geopolítico.

As três potências dominantes no contexto do imperialismo digital são os Estados Unidos, a União Europeia e a China, cada uma adotando um modelo distintivo. No modelo proposto por Bradford (2024), o que distingue os referidos modelos é sua característica principal. É importante ressaltar, no entanto, que a categorização em três modelos distintos e rivais carrega em si uma simplificação didática. Ou seja, na realidade, estes modelos distintivos também trazem características e influências de seus modelos rivais, e, na medida em que disputam poder, sofrem alterações e adaptações.

A contribuição mais importante de Bradford (2024) a nosso sentir, a partir dessa simplificação categórica está em jogar luz de maneira bastante clara e objetiva sobre os desafios que os Estados Nação e a relação de poder entre estes Estados passam a ter na transformação digital a partir do protagonismo desses impérios digitais e da forma como se relacionam com as fontes de poder privadas, notoriamente as *big tech*. Nesse sentido, importa-nos, verificar como o constitucionalismo dessas potências se transforma também diante da corrida imperialista e, para tanto, o modelo proposto por Bradford (2024) é um excelente ponto de partida.

Os Estados Unidos adotam um modelo orientado pelo mercado, caracterizado pela concentração de poder em grandes corporações de tecnologia, como Google, Facebook, Apple, Amazon e Microsoft, que exportam suas plataformas e seus modelos de negócios para o restante do mundo. Essa exportação envolve não apenas produtos e serviços, mas também valores como a liberdade de expressão, conforme a concepção norte-americana, e a ênfase em um mercado livre, sem significativa interferência governamental (Bradford, 2024).

A União Europeia, por sua vez, segue um modelo orientado por direitos, exercendo seu poder digital por meio de regulamentações rigorosas que, eventualmente, tornam-se padrões globais. O Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) e o Digital Markets Acts (DMA), são exemplos claro desse fenômeno. Mesmo empresas situadas fora da Europa precisam adaptar-se às regras europeias para operar em seus mercados, o que demonstra a força normativa do bloco. Esse movimento é percebido por Bradford (2024) como uma tentativa de assegurar que a internet respeite os direitos dos cidadãos e a privacidade, em contraste com o modelo norte-americano.

A China, por outro lado, apresenta um modelo baseado em um controle estatal quase total sobre o ambiente digital. A implementação do chamado "Grande Firewall" é uma demonstração clara do desejo chinês de controlar o fluxo de informação e restringir o acesso a conteúdos que não estejam alinhados aos interesses do governo. Além disso, empresas como Huawei e TikTok têm se tornado instrumentos de projeção do poder digital chinês, exportando tecnologias e padrões que, por vezes, envolvem questões relacionadas à vigilância e à segurança nacional (Bradford, 2024).

Cada um desses impérios promove sua própria visão da economia digital, busca expandir sua esfera de influência global e desenvolve abordagens regulatórias próprias. As batalhas regulatórias no âmbito do imperialismo digital podem ser divididas em conflitos verticais e horizontais. Os conflitos verticais ocorrem entre governos e empresas de tecnologia, envolvendo a regulação das grandes corporações tecnológicas em cada jurisdição e o controle sobre o poder econômico e político. Nos Estados Unidos, empresas como Google, Facebook e Amazon frequentemente resistem a regulamentações que buscam limitar seu poder econômico. A União Europeia, por outro lado, vem impondo regras mais rigorosas para garantir que as grandes corporações respeitem direitos fundamentais. Na China, o governo exerce um controle vertical absoluto, regulando não

apenas as empresas locais, mas também influenciando a maneira como estas operam internacionalmente. Os conflitos horizontais, por sua vez, ocorrem entre governos e referem-se a normas e valores, refletindo a competição por influência global e as disputas sobre a governança digital. A batalha por definir os padrões da economia digital se intensifica na esfera internacional, com Estados Unidos e União Europeia disputando a normatização da privacidade e dos direitos dos consumidores, enquanto a China apresenta um modelo que favorece a supervisão estatal e o controle da informação (Bradford, 2024)

Nesse contexto, destaca-se, ainda, o Efeito Bruxelas (Bradford, 2020), que representa uma forma específica de poder regulatório da União Europeia. A UE utiliza seu vasto mercado consumidor como alavanca para influenciar o cenário global, de modo que as empresas globais, para operar na Europa, preferem adotar padrões uniformes baseados nas regulações europeias. Esse movimento leva à definição de regras que acabam se tornando padrões globais em áreas como proteção ambiental e privacidade de dados. A Estratégia Europeia, exemplificada por regulamentações como o GDPR e o *Digital Markets Act* (DMA), demonstra claramente o impacto do Efeito Bruxelas, impondo obrigações de interoperabilidade entre plataformas e estabelecendo restrições ao uso de dados pessoais por parte das grandes empresas de tecnologia.

Mais do que isso, o Efeito Bruxelas faz com que as legislações e regulações produzidas na Europa sejam disseminadas e muitas vezes literalmente copiadas por outros países, sobretudo aqueles que possuem a mesma tradição constitucionalista de proteção de direitos, fortemente influenciados pela colonização europeia. O Brasil é um exemplo desses países. A Lei de Proteção de Dados (LGPD) brasileira é reconhecidamente uma transposição do GDPR para a realidade (muito das críticas a lei vem dessa mimetização entendida por alguns como irrefletida ou irrealista). Recentemente outras normas como o *Digital Services Act* (DSA), o *Digital Markets Act* (DMA) e *AI-Act* tem sido apontados como exemplos desse efeito, dada a eclosão de iniciativas parecidas em outros países, desenvolvidos e emergentes.

Por outro lado, a China adota uma abordagem multifacetada com sua estratégia de Rota da Seda Digital (Digital Silk Road), investindo massivamente em infraestrutura digital em países em desenvolvimento e oferecendo alternativas mais acessíveis aos sistemas ocidentais. A expansão da infraestrutura digital chinesa é impulsionada por empresas chinesas e envolve tecnologias de ponta, como 5G, centros de dados e

inteligência artificial. Esses investimentos são particularmente estratégicos na África e no Indo-Pacífico, e integram os objetivos mais amplos da política externa chinesa, além de servirem para a captação de talentos e o acesso a tecnologias nascentes (o mercado chinês por ser fechado muitas vezes não permite que a China tenha conhecimento do que se faz ao redor do mundo).

Os países emergentes enfrentam diferentes opções estratégicas no contexto do imperialismo digital. Muitos desses países são pressionados a escolher entre os três modelos dominantes. Países como Brasil e África do Sul, por exemplo, frequentemente se alinham com as regulamentações europeias para proteger seus cidadãos, mas continuam a depender das tecnologias norte-americanas. Outras nações, como a Índia, buscam um modelo híbrido ou intermediário, adotando regulamentações que mesclam aspectos de diferentes abordagens, de forma a preservar sua soberania digital. Além disso, há países que estão desenvolvendo abordagens próprias, como é o caso da Índia, que tem se destacado no desenvolvimento de uma infraestrutura digital autônoma, expandindo sua capacidade tecnológica. No entanto, esses países enfrentam desafios consideráveis, como a pressão para escolher entre os modelos dominantes, a necessidade de equilibrar interesses nacionais – especialmente no que tange à proteção da privacidade dos cidadãos enquanto se busca o crescimento econômico – e o risco de marginalização digital. A ausência de uma infraestrutura robusta e autônoma coloca muitos países em uma posição de dependência tecnológica, aumentando sua vulnerabilidade a pressões externas.

Bradford (2024) sugere que a resposta aos impérios digitais requer uma abordagem colaborativa envolvendo países emergentes. A autora argumenta que uma aliança que vá além do eixo EUA-UE é fundamental, devendo incluir países da América do Sul, como Brasil, Argentina, Uruguai e Chile; da África, como África do Sul, Gana e Botsuana; e da Ásia, como Japão, Índia e Coreia do Sul. Além disso, Oceania também deve fazer parte, com a inclusão da Austrália e Nova Zelândia. A coalizão de democracias liberais proposta por Bradford oferece benefícios específicos para países emergentes.

A formação de uma coalizão ampla permite que os países emergentes acessem uma infraestrutura digital sem dependência excessiva da China, participando de um modelo que equilibra inovação com proteção de direitos. Além disso, tal coalizão proporciona maior poder de barganha coletiva nas negociações internacionais, ampliando a capacidade de influenciar decisões globais sobre governança digital. A cooperação

tecnológica entre os membros dessa coalizão também oferece oportunidades significativas de desenvolvimento. Isso inclui o compartilhamento de recursos e capacidades de inovação, o desenvolvimento conjunto de soluções tecnológicas e o acesso a mercados mais amplos por meio de padrões regulatórios harmonizados.

Os países emergentes que participam dessa coalizão podem adotar elementos regulatórios que melhor se adequem às suas necessidades específicas, ao mesmo tempo em que participam ativamente da formulação de padrões globais. Dessa forma, é possível equilibrar a proteção de direitos com o desenvolvimento econômico.

A participação nesta coalizão permite que os países emergentes evitem a armadilha de ter que escolher exclusivamente entre o modelo americano ou chinês, podendo desenvolver abordagens híbridas que melhor atendam seus interesses nacionais. Os países emergentes enfrentam questões particulares, como a necessidade de equilibrar o acesso a tecnologias essenciais e o risco de protecionismo tecnológico excessivo. Além disso, há uma demanda significativa por investimentos em áreas estratégicas. Bradford (2024) enfatiza que apenas uma coalizão ampla de democracias, incluindo ativamente os países emergentes, pode efetivamente contrabalançar o avanço da visão tecnológica autoritária e determinar o tipo de sociedade digital que prevalecerá globalmente.

No que tange às tendências futuras, a competição global parece estar se movendo em direção a uma ordem digital bipolar, na qual os Estados Unidos e a União Europeia promovem seus diferentes modelos de democracias digitais, enquanto a China lidera um bloco de autocracias digitais. Apesar das diferenças, a interdependência econômica entre essas potências ainda é um fator limitador para um desacoplamento total. Além disso, existe a possibilidade de surgimento de polos alternativos, como Brasil, Índia e Rússia, que podem emergir como intermediários, buscando um caminho entre as duas grandes esferas de influência. Bradford (2024) argumenta que o futuro da ordem digital global não será caracterizado por um desacoplamento completo, mas sim por uma competição gerenciável entre diferentes modelos regulatórios, na qual os países emergentes buscarão seu espaço nesse novo contexto geopolítico.

O constitucionalismo digital oferece ferramentas importantes para complementar as estratégias de reação ao imperialismo digital propostas por Bradford (2020;2024). O marco regulatório nacional, no contexto do constitucionalismo digital, estabelece

princípios e garantias fundamentais para o ambiente digital, permitindo equilibrar inovação com a proteção de direitos dos cidadãos. Além disso, fornece uma base jurídica sólida para regular as grandes plataformas tecnológicas, conferindo maior segurança e previsibilidade às ações estatais.

O constitucionalismo digital também contribui para o equilíbrio de poderes no ambiente digital. Ele oferece diretrizes para contrabalancear o poder das grandes empresas de tecnologia e estabelece limites aos poderes privados no ambiente digital. Isso promove uma governança mais democrática, permitindo a participação de múltiplos atores e garantindo que o poder digital não se concentre exclusivamente nas mãos das corporações. A adoção do constitucionalismo digital proporciona vantagens estratégicas significativas.

Em termos de autonomia digital, permite o desenvolvimento de estruturas normativas próprias, adaptadas à realidade local, além de fornecer uma base sólida para a proteção de direitos e garantir a soberania digital. No âmbito da cooperação internacional, o constitucionalismo digital facilita a harmonização regulatória com outros países democráticos e permite a participação em fóruns internacionais de governança digital, fortalecendo a posição negociadora dos países emergentes frente às grandes potências tecnológicas. Assim, o constitucionalismo digital pode fortalecer a capacidade dos países emergentes de desenvolverem respostas próprias ao imperialismo digital, complementando as estratégias de coalizão propostas por Bradford (2024).

5.2. CASOS CONCRETOS DAS AUTORIDADES ANTITRUSTE

Já afirmamos aqui que, a despeito da escolha da política pública mais acertada para endereçar os desafios dos mercados digitais para análise tradicional da defesa da concorrência, a transformação econômica decorrente da digitalização impõe, necessariamente, uma revisão de institutos e naturezas jurídicas de forma a melhor adequar a análise técnica e jurídica das situações concretas de abuso de poder econômico às realidades fáticas da transformação digital e que, a nosso sentir, a partir de um constitucionalismo digital, este caminho poderia ser realizado de forma mais segura e ao mesmo tempo compatível com as necessidades globais e com a necessária soberania digital dos estados.

Uma premissa fundamental da análise tradicional de abuso de poder econômico no âmbito do direito da concorrência decorre das ideias de possibilidade e probabilidade abuso de poder de mercado, de forma unilateral ou coordenada prejudicando concorrentes atuais e potenciais. A partir daí, por presunção legal, é estabelecido um patamar de participação no mercado acima do qual este agente possui posição dominante. Essa presunção é relativa na medida em que o poder de mercado pode independer dessa definição específica de participação. Mas, simplificando, a partir de um dado patamar de poder de mercado se assume que a empresa teria possibilidade de cometer abusos, exercendo seu poder unilateral e/ou coordenadamente. A partir de então se analisa se existe uma probabilidade para que esse abuso ocorra (ausência de rivalidade, elevadas barreiras a entradas de novos agentes, etc.) e, por fim, se, ainda que haja essa probabilidade, existe algum tipo de justificativa (eficiência) que permitiria que mesmo assim a conduta ou o ato de concentração não fosse reprimido pelo Cade.

Pois bem, a transformação digital gera efetiva disrupção nesse tipo de análise. A disrupção aqui é na acepção exata do termo, de confusão, ruptura. Explicando: ainda que essa análise simplificada descrita acima varia de um segmento para outro da economia (em mercados regulados por exemplo) esse veio comum tem sido o caminho seguro das autoridades para a análise antitruste, até porque respaldado empiricamente pela economia neoclássica que informou, de maneira geral, a constituição econômica típica do constitucionalismo das democracias liberais, sobretudo a partir dos anos 1980. Não obstante, a velocidade, alcance e características específicas dos mercados digitais e digitalizados (mercados tradicionais incrementados pela tecnologia) impõem lógicas completamente novas a esse passo-a-passo tornando a análise muito mais complexa e multivetorial.

Em suma: dificilmente se consegue, sobretudo se pensarmos nas grandes plataformas das *Big Tech* se atingir uma definição precisa de mercado relevante afetado (é mais provável que se tenha que trabalhar com cenários e ecossistemas), bem como definir uma *proxy* para aferir participação quantitativamente. Ao mesmo tempo, sabe-se que existem algumas vantagens decorrentes do pioneirismo e da inovação e que determinados problemas antigos podem vestir roupas novas, impedindo, por exemplo a entrada de novos concorrentes em mercados totalmente natos no meio digital, por meio do controle exercido sobre um ou mais ecossistemas.

Para além disso, existe uma nova lógica de dependência entre diferentes elos das cadeias conectados que são conectados por plataformas, o que dificulta compreender quem pode ou não oferecer rivalidade e como isso se relaciona com mercados tradicionais e não totalmente digitalizados. Mais ainda, também surge questionamentos com relação a competição nascente e potenciais entradas via inovação e, assim, de contestabilidade de mercados em situações em que os agentes possuem alguma característica de *gatekeeper* digital e, ao mesmo tempo, atuam em mercados específicos ao lado de outros agentes que não possuem essa característica, novamente gerando problemas velhos com roupagem nova, como os problemas de interoperabilidade e neutralidade de redes, de efeitos de conglomerado ou *portfolio* e efeitos de rede decorrentes integrações verticais (entre elos diferentes da cadeia produtiva).

Soma-se, ainda, novos modelos de negócio e um componente de inovação protagonista nesses modelos impõem às autoridades antitruste uma nova abordagem sobre a própria dinâmica competitiva dos agentes envolvidos, exigindo uma análise não só direcionada ao preço ou a qualidade, mas multinível e baseada na incerteza (e na inovação) como medida de rivalidade (PETIT e SCHREPEL, 2023).

Tudo isso que mencionamos aqui tem se revelado nos casos concretos e tem reforçado aquela que talvez seja a preocupação principal a ser verificada pelas autoridades de defesa da concorrência quando avaliando casos de economia digital: o deslocamento da estratégia competitiva abusiva de situações de exercício de poder de mercado “quantificado” para o exercício de um poder de mercado “posicional” (Fernandes, 2022), isto é, que possibilita a atuação no chamado ecossistema digital como um todo com vantagem competitiva, seja bloqueando a entrada, seja controlando a inovação, seja criando relações de dependência em vários níveis da cadeia produtiva.

Essas mudanças na forma de manifestação do poder econômico é o que tem levado as diversas jurisdições, para além das questões políticas, a questionar o modelo de defesa da concorrência *ex post* como a melhor forma de atuar na prevenção e repressão ao abuso do poder econômico, principalmente quando se está diante de situações que envolvam as *big tech*. Diante da transformação digital talvez seja importante a transformação da defesa da concorrência. Na prática, muitas jurisdições têm discutido e alterado transformações nesse sentido. Não obstante, até que essas alterações aconteçam, as autoridades de defesa da concorrência têm que lidar com os casos envolvendo a economia digital utilizando-se de seu instrumental disponível. A descrição aqui de alguns casos tem o condão de

demonstrar como as dificuldades de utilização se revelam na prática e como ele pode ser atualizado, desde logo, via interpretação, e por melhorias legislativas.

Diante desse cenário, parece-nos necessário agora passar a uma análise não exaustiva, mas bastante exemplificativa, da forma como autoridades internacionais e o Cade tem atuado nos casos relacionados a economia digital, destrinchando um pouco dos problemas acima mencionados e de como se revelam nos casos concretos. A escolha dos casos tem o objetivo de extrair deles algumas possíveis conclusões comuns que nos ajudem na parte final desse trabalho.

5.2.1 Casos internacionais

No plano internacional, ainda antes da edição do DMA, os casos envolvendo algumas das *big tech* na Europa foram o principal motor de muitas das discussões que envolvem a transformação digital e a livre concorrência e já vem sendo tratadas aqui neste trabalho há vários dos capítulos. Um dos marcos para o aumento da atenção por parte das autoridades europeias com relação aos casos de mercados digitais (além do fator geopolítico/protecionista de que a maior parte das *big tech* são estrangeiras mas atuam de forma bastante ostensiva nos mercados europeus, gerando dependência de usuários comerciais e consumidores) surge com a preocupação relacionada à estratégias de aquisição do *Facebook* principalmente pelo fato de que os sistemas de fusões e aquisições europeus simplesmente, por conta de seus desenhos, deixaram de captar as compras de aplicativos como o *Whatsapp* e o *Instagram*, pela *Meta/Facebook*.

Outro marco fundamental foi o caso instaurado na Alemanha contra o *Facebook*, acerca de sua política de dados e o potencial anticompetitivo e prejudicial aos consumidores. De forma pioneira, porque utilizava como parte da teoria do dano o desrespeito a outra política pública, a de proteção de dados, o caso *Facebook* alemão aparece como uma das primeiras reações fortes das autoridades de defesa da concorrência no mundo contra as *big tech*.

Em resumo, em 2019, o *Bundeskartellamt*, autoridade antitruste alemã, determinou que o *Facebook* não poderia combinar dados entre seus diferentes serviços, como *WhatsApp* e *Instagram*, sob a justificativa de que tal prática violava normas de proteção de dados e contribuía para a acumulação de poder de mercado. Ademais, a coleta de dados de sites de terceiros por meio de botões como “curtir” e “compartilhar” foi

considerada uma prática problemática. A decisão teve impacto direto na reforma da legislação de concorrência alemã, conhecida como GWB, ao estabelecer um precedente significativo para o uso de violações de proteção de dados como evidência de abuso de posição dominante. Além disso, a decisão reforçou a relação entre o direito da concorrência e a proteção de dados, influenciando ainda a formulação de regulações mais amplas na União Europeia, como o Digital Markets Act (DMA). Em última instância, a abordagem do Bundeskartellamt foi validada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que reconheceu que as autoridades de concorrência podem utilizar o Regulamento Geral de Proteção de Dados (GDPR) como ferramenta para identificar abusos de posição dominante. As consequências práticas dessa decisão foram expressivas. A Meta foi forçada a alterar suas práticas de processamento de dados na Europa, estabelecendo que os usuários não consentem automaticamente com a mineração de dados apenas por visitarem sites. Além disso, o caso criou precedentes que estimularam outras autoridades antitruste europeias a agir em questões relacionadas à proteção de dados, reforçando a interseção entre regulação de mercado e privacidade.

Na mesma linha paradigmática e que diretamente influenciou as discussões ao redor do mundo, mas principalmente a necessidade de se estabelecer uma regulação específica para mercados digitais, destacam-se, ainda, os casos da União Europeia contra o Google. A União Europeia emergiu como um dos principais atores no cenário regulatório global das grandes corporações tecnológicas, especialmente em questões antitruste, por meio de uma série de decisões emblemáticas contra o Google. A abordagem europeia nessas decisões deixa clara o objetivo de não apenas coibir práticas anticompetitivas, mas também fomentar um mercado digital mais justo, promovendo condições de concorrência equilibradas, onde empresas menores possam competir com as chamadas "*big techs*".

Entre as decisões mais notáveis está o caso de 2017, em que a Comissão Europeia multou o Google em 2,42 bilhões de euros por práticas de abuso de posição dominante em seu serviço de comparação de preços, conhecido como Google Shopping. Segundo a decisão, o Google favoreceu seu próprio serviço (*self-preferencing* ou autopreferência) em detrimento de concorrentes, alterando a forma de exibição dos resultados de pesquisa, de modo que o Google Shopping fosse sistematicamente exibido em uma posição privilegiada na página de resultados gerais. A Comissão argumentou que essa prática prejudicava a concorrência ao limitar a visibilidade de alternativas ao Google Shopping,

restringindo a escolha dos consumidores e prejudicando o desenvolvimento de empresas rivais. Essa decisão foi confirmada pelo Tribunal Geral em 2021 e reafirmada em 2024 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, que destacou *a prática de autofavorecimento como um desvio dos padrões de concorrência leal pelo mérito* (UNIAO EUROPEIA, 2024b).

A abordagem da União Europeia também incluiu uma decisão antitruste contra o Google em 2018, relacionada ao sistema Android. Nesta decisão, a Comissão Europeia multou o Google em 4,34 bilhões de euros, alegando que a empresa havia imposto restrições ilegais aos fabricantes de dispositivos móveis, garantindo que seu mecanismo de busca fosse o padrão pré-instalado nos dispositivos Android. Essas práticas incluíam a exigência de pré-instalação do Google Search e do navegador Chrome, o que consolidava ainda mais a posição dominante da empresa, dificultando a entrada de competidores no mercado de buscas e navegadores. O Tribunal de Justiça da União Europeia considerou que essa prática do Google violava o artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), reforçando a dominância do Google e limitando a concorrência no mercado de mecanismos de busca (UNIÃO EUROPEIA, 2018).

Outro caso significativo ocorreu em 2019, quando o Google foi multado em 1,49 bilhão de euros por abusar de sua posição dominante no mercado de publicidade online. A investigação concluiu que o Google impunha cláusulas restritivas em contratos com terceiros que utilizavam sua plataforma de publicidade AdSense, impedindo-os de exibirem anúncios de concorrentes. Essas restrições minavam a capacidade de outras empresas competirem de forma justa no setor de publicidade digital, consolidando ainda mais o poder do Google nesse segmento (UNIÃO EUROPEIA, 2024a).

As decisões antitruste da União Europeia contra o Google, que incluem as multas impostas em 2017, 2018 e 2019, evidenciam a estratégia europeia de regulação das chamadas "big techs", com o objetivo de criar um ambiente digital mais competitivo e seguro para consumidores e empresas. A abordagem da União Europeia visa promover uma economia digital equilibrada, baseada em princípios de concorrência justa, e assegurar que o ambiente digital seja um espaço onde empresas de todos os tamanhos possam prosperar e onde os consumidores tenham acesso a uma ampla variedade de escolhas e serviços.

Essas decisões refletem o compromisso do bloco em atuar como um contraponto ao poder excessivo das grandes corporações tecnológicas, especialmente ao considerar a prática de autofavorecimento e as barreiras à entrada de concorrentes. Além das sanções financeiras, a União Europeia também impôs obrigações ao Google para modificar suas práticas, como a forma de exibição dos resultados de comparação de preços e a exclusividade na pré-instalação de aplicativos, visando restaurar condições justas de competição. Essas ações destacam o papel regulatório da UE na definição dos padrões globais de regulação antitruste e proteção da concorrência, impondo limites ao poder de mercado das grandes plataformas digitais e promovendo um ambiente que busca equilibrar inovação, competição e direitos dos consumidores (UNIAO EUROPEIA, 2024b; UNIAO EUROPEIA, 2018).

As decisões da União Europeia contra o Google tiveram como base diferentes teorias de dano, que foram fundamentais para as razões de decidir dos casos analisados. As principais teorias de dano identificadas nos processos incluem:

- (i) **Exclusão de Concorrentes e Efeitos de Barreiras à Entrada** Em todos os casos, a Comissão Europeia identificou que as práticas do Google resultavam na exclusão de concorrentes e na criação de barreiras significativas à entrada no mercado. No caso do Google Shopping, o favorecimento do próprio serviço por meio do ajuste nos algoritmos teve como consequência direta a redução da visibilidade dos concorrentes, impedindo que esses competissem em condições equitativas (UNIAO EUROPEIA, 2024b).
- (ii) **Autofavorecimento e Prejuízo à Concorrência:** A teoria do autofavorecimento foi amplamente empregada nos casos contra o Google, especialmente no Google Shopping e no Android. A Comissão concluiu que a prática de garantir uma posição de destaque ao Google Shopping e a exigência de pré-instalação do Google Search e do Chrome configuravam um desvio dos padrões de concorrência leal pelo mérito. Esse comportamento representava uma vantagem competitiva injustificada, que prejudicava a inovação e limitava a escolha dos consumidores (UNIAO EUROPEIA, 2017; 2018).

- (iii) Restrição à Inovação e Impactos na Diversidade de Escolha**:
- Outro ponto comum nas decisões foi o entendimento de que as práticas do Google restringiam a inovação e reduziam a diversidade de escolha no mercado digital. Ao limitar o acesso de concorrentes e fortalecer sua própria posição dominante, o Google minava o incentivo à inovação por parte de outras empresas, prejudicando o dinamismo do mercado e os interesses dos consumidores (UNIAO EUROPEIA, 2024a).

Essas teorias de dano fornecem uma base sólida para justificar as sanções impostas ao Google e as obrigações para modificar suas práticas. Elas refletem a preocupação das autoridades europeias com a manutenção de um ambiente competitivo e com a prevenção de práticas que favoreçam apenas as grandes plataformas, em detrimento dos concorrentes e da inovação no setor digital. Muitas dessas preocupações viraram obrigações *ex ante* refletidas no corpo da regulação de mercados digitais europeia (DMA).

Essas decisões demonstrem que mesmo se utilizando de um ferramental e da legislação tradicional de defesa da concorrência, a atuação das autoridades de defesa da concorrência pode fazer frente aos problemas da transformação digital. No entanto, quando nos deparamos com o tempo decorrido entre a abertura das investigações originais pela Comissão Europeia e seu julgamento final pela corte de justiça (mais de 10 anos no caso do Google Shopping), bem como com a baixa representatividade da maior multa da história aplicada na Europa diante das receitas e do valor de mercado e, mais ainda, com a consolidação e crescimento do poder econômico da empresa em mercados adjacentes no mesmo período, resta bastante claro que há um claro descompasso entre a efetividade das ações antitruste e a dinâmica da era digital.

Além das decisões europeias, a atuação do governo dos Estados Unidos também foi significativa em relação ao poder monopolista do Google. Em 2024, o Tribunal Distrital dos Estados Unidos concluiu que o Google violou a Seção 2 do Sherman Act ao manter seu monopólio nos mercados de serviços gerais de busca e publicidade em texto por meio de acordos de distribuição exclusivos. Esses acordos garantiam que o Google fosse o mecanismo de busca padrão em praticamente todos os dispositivos móveis e navegadores, utilizando pagamentos de "compartilhamento de receita" para garantir exclusividade. Em 2021, esses pagamentos somaram mais de 26 bilhões de dólares,

representando quase quatro vezes todos os outros custos específicos de busca do Google combinados (ESTADOS UNIDOS, 2024).

A decisão americana destacou que os acordos de distribuição do Google tinham efeitos anticompetitivos, impedindo rivais de alcançarem consumidores de forma significativa. A corte concluiu que o Google não apresentou justificativas pró-competitivas válidas para tais acordos, considerando-os um exercício de poder de monopólio que resultou na cobrança de preços supracompetitivos para anúncios de busca em texto. Embora a corte tenha reconhecido que o Google não possuía poder monopolista no mercado de anúncios de busca em geral, determinou que a manutenção de acordos exclusivos prejudicava a concorrência nos mercados de serviços gerais de busca e de anúncios em texto (ESTADOS UNIDOS, 2024).

A decisão recente dos Estados Unidos é paradigmática em alguns sentidos e, muito embora, formalmente, o juiz Mehta tenha se utilizado de um método analítico e de teorias do dano que remontam a aplicação da lei da forma tradicional no judiciário americano, demonstrando aqui também, que já existe alguma capacidade das autoridades antitruste atuarem desde logo frente às big tech, da mesma forma que nas decisões Europeias, a tempestividade da decisão e a dificuldade em estabelecer penas suficientes para retornar ao *status quo*, demonstram que uma transformação da legislação para permitir o controle desses agentes previamente a sua consolidação como monopólio parece ser a forma mais adequada para lidar com os modelos de negócio e as estratégias de acumulação do poder econômico por estes agentes.

Assim como na União Europeia, a decisão americana reflete uma preocupação com o abuso de poder de mercado e a exclusão de concorrentes. Ambas as jurisdições buscaram abordar o controle excessivo do Google sobre canais de distribuição e sua capacidade de limitar o acesso de rivais ao mercado, enfatizando a necessidade de restaurar a competição justa e assegurar um ambiente digital onde consumidores possam ter acesso a uma maior diversidade de opções e serviços. Em linha geral, na decisão americana pode-se destacar o avanço de se utilizar um *framework* de análise conhecido mas abrindo a possibilidade de que outros objetivos, como concentração de mercado e criação de barreiras a entrada devem ser levados em consideração como teoria do dano, bem como a necessidade de se proteger a inovação.

5.2.2 Casos do CADE

Em paralelo à essas paradigmáticas decisões internacionais também nos interessam verificar como a transformação digital tem impactado os casos concretos da autoridade antitruste brasileira. Embora não seja o principal mercado das *big tech*, e a economia digital brasileira ainda é bastante incipiente em comparação com as áreas desenvolvidas do mundo, o Brasil é uma jurisdição destacada em âmbito regional, o que faz com que inevitavelmente, diante do processo de transformação digital, surjam casos concretos envolvendo as questões complexas e dinâmicas da economia digital.

Para fins de uma tentativa de classificação sistemática dos tipos de casos tratados pelo Cade, acreditamos ser útil dividi-los em alguns grupos temáticos, a saber: a) casos de mercados digitalmente natos que envolvem produtos ou serviços; b) casos que analisam rivalidade entre mercados tradicionais e mercados digitais; c) casos que trazem discussões de *first-movers*, em que plataformas digitais inovadoras praticam condutas “tradicionais” para manutenção de sua posição dominante; d) casos envolvendo *Big Techs*, notadamente o Google.

a) casos de mercados digitalmente natos que envolvem produtos ou serviços;

Com relação, ao primeiro grupo de casos, tem-se verificado, nos casos concretos, que a expressão ampla *mercados digitais* contempla, normalmente, dois tipos de situações: aquelas que envolvem produtos e serviços que não existiam antes da transformação digital e efetivamente causam uma disrupção no modelo de negócio de determinado setor ou ainda cria um novo mercado, e outras, que envolvem mercados que já existiam, mas cujo modelo de negócio é transformado dos modos usuais de fazer negócios para o meio digital.

Essa primeira divisão é útil porque nesses mercados digitalmente natos é que a proteção à inovação passa também a ser o principal objeto da análise concorrencial, isto é, menos que verificar o poder de determinada plataforma ou sua capacidade de obtenção de dados ou de alcance, aqui se procura, na verdade, impedir que a inovação seja, de alguma forma, obstaculizada, ou pela aplicação estritamente legalista da lei concorrencial ou pela tentativa de um rival, seja ele tradicional ou digital, de impedir essa inovação. Aqui se protege, sobretudo, as startups e outras inovações. É também nesses grupos de

casos que, na análise de atos de concentração econômica se analisa o componente das chamadas *killer acquisitions* ou aquisições de concorrentes nascentes.

O tema deste primeiro grupo foi bastante tratado pelo Cade com relação a entrada do Uber no Brasil. O Uber talvez seja o melhor exemplo de mercado digitalmente nato e que causou disrupção (não à toa muitas vezes se fala em uberização da economia ou economia do compartilhamento – baseado no modelo Uber). Dois aspectos são interessantes nas análises do CADE com relação ao Uber. Primeiro, fora de casos concretos, o Cade pôde atuar em *advocacy* demonstrando, mediante estudos econômicos, que o Uber não era um serviço desregulado concorrente do táxi, mas sim um serviço complementar, que inclusive atingia um público que antes não utilizava táxi (BRASIL. 2018b). Para além disso, em casos concretos⁶³, o CADE teve de considerar o modelo disruptivo do Uber para afastar por exemplo, alegações de que se trata de um cartel de preço (que congregaria motoristas concorrentes) ou, ainda, de uma cooperativa. Ali considerou-se, claramente, o Uber como plataforma de múltiplos lados e os efeitos pró-consumidor e de melhoria da oferta no serviço de transporte individual pela inovação, como o fundamento para se defender a entrada do Uber, tanto em termos de *advocacy* ao fornecer subsídios para enfrentar as diversas iniciativas legislativas que propunham impedir a entrada do serviço pelo Uber ou outros aplicativos, como em termos de processos administrativos em denúncias mútuas de taxistas contra o Uber e vice-versa.

Com relação às *killer acquisitions* e/ou a aquisição de competidores nascentes, na esteira do caso internacional aqui já mencionado da fusão Facebook/Whatsapp, o CADE procurou avaliar se existiram casos que não teriam preenchidos os requisitos para a notificação obrigatória ao CADE e que poderiam ter algum efeito anticompetitivo. De maneira geral, no entanto, e mesmo olhando para a experiência internacional, esse é um problema que já existia em mercados tradicionais (por exemplo, a compra de pequenos produtores rurais por grandes conglomerados do agronegócio) e que pode sim existir em determinadas situações sobretudo envolvendo startups, dada, inclusive, a capacidade que essas empresas tem de se tornarem efetivos competidores de grandes atores (veja, por exemplo, os casos da XP, do Nubank e outras *fintech*, que, no Brasil, hoje conseguem oferecer alguma rivalidade aos grandes bancos tradicionais, bem como democratizar o acesso a esses mercados).

⁶³ V. BRASIL.2016 e BRASIL, 2018a.

No entanto essa análise tem que ser vista com parcimônia, sobretudo em países emergentes ou subdesenvolvidos em que uma intervenção indevida relacionada a compra de startups poderia gerar um desincentivo ao próprio ecossistema de investimentos que permite seu surgimento. Mais do que isso essas aquisições, isoladamente, por meio da análise tradicional de atos de concentração dificilmente conseguirão traduzir teorias do dano que efetivamente sustentem uma intervenção. Mesmo assim, recentemente, em casos envolvendo parcerias de IA com *big techs*, foram abertos casos com esse intuito⁶⁴

Repisa-se, no entanto, que se trata de uma renovação de um problema antigo: a de como tratar, em análise de fusões, competidores potenciais ou nascentes, problema esse que já é passível de ser endereçado pela legislação e prática concorrencial atual. A diferença, no entanto, parece ser perceptível no caso dessas aquisições se inserirem no contexto estratégico de controle da inovação das *big tech*. E, nesse ponto, embora a lei já permita uma atuação proativa do Cade, seria mais eficaz que a autoridade tivesse a capacidade de agir previamente e monitorando a estratégia de maneira conjunta.

b) casos que analisam rivalidade entre mercados tradicionais e mercados digitais

Um outro grupo de casos que vem sendo analisado pelo Cade em decorrência da transformação digital da economia diz respeito a situações em que os mercados tradicionais e os modelos tradicionais de negócios passam a competir ou de maneira direta ou de maneira suplementar com mercados digitais. Aqui, novamente, mais do que uma proteção aos efeitos da digitalização, a concorrência tem agido para proteção da inovação. Procura-se, normalmente, analisar se ao menos uma de duas situações estão ocorrendo: (i) se há uma tentativa de um grande agente do mercado tradicional de trasladar o seu poder de mercado, sobretudo quando se trata de mercados concentrados, também para o ambiente digital e (ii) se os mercados *online* conseguem oferecer rivalidade para os mercados *off-line* e vice-versa. A primeira hipótese tem-se revelado bastante comum no Brasil e na América Latina com o fenômeno das *fintechs*. Tradicionalmente o mercado financeiro e bancário dessa região é pouco competitivo, inclusive sendo a maior parte da população desbancarizada e à margem do mercado de capitais. As *fintechs* são geralmente empresas start-ups ou agentes financeiros menores e mais pulverizados que se utilizaram

⁶⁴ V. Brasil (2024b, 2024c e 2024d)

da digitalização para ampliar o alcance e o acesso da população aos bens e serviços financeiros.

Dois casos são paradigmáticos nesse sentido no CADE: a fusão entre a XP e o Itaú⁶⁵ em que foram impostas restrições justamente pelo fato de que a XP era um *maverick*, ou seja, um *player* disruptivo que conseguia oferecer alguma contestação e rivalidade ao concentrado sistema bancário tradicional. Não somente, mas também em virtude das restrições impostas alguns anos após o Itaú desfez a operação. O outro caso é o caso do chamado *GuiaBolso*⁶⁶. O GuiaBolso é um aplicativo de dispositivos móveis que visa oferecer com base nos dados bancários de cada pessoa serviços e produtos financeiros e de investimentos. O aplicativo visa justamente atingir uma grande parcela da população que somente tem algum acesso a esse tipo de serviço via gerente do banco tradicional. Para o funcionamento desse aplicativo, no entanto, cada usuário autorizava o acesso, pela plataforma, a seus dados e informações bancárias. No entanto, o Bradesco começou a dificultar o acesso pelo aplicativo, mesmo autorizado pelo usuário, criando condições extras de checagem e conferência de acesso o que inviabilizaria a automação do aplicativo. Após investigação do CADE houve um compromisso de cessação de prática, por parte do Bradesco que passou a não mais criar dificuldades à operação do GuiaBolso. Para além disso, a intervenção do Cade se mostrou efetiva para manter o mercado acessível até que o Banco Central regulasse o *open banking* e determinasse regras de acesso horizontais aos dados bancários.

Quanto a segunda hipótese aventada acima, que cuida da verificação e dos efeitos da rivalidade em mercados em que convivem modelos *on* e *off-line*, podemos nos referir, por exemplo, ao caso que considerou abusivas cláusulas abrangentes de nação mais favorecidas praticadas por agências de viagem online (como Booking e Decolar, por exemplo) que exigiam dos hotéis que nela anunciavam melhores condições e vantagens nos preços anunciados por meio da plataforma em relação aos do meio físico⁶⁷. Também vale referir a análise realizada em casos de fusão como o AT&T/Time Warner⁶⁸ e Disney/Fox⁶⁹ em que se avaliou, e descartou, a pressão competitiva exercidas por plataformas “over the top” (OTTs, como Netflix, por exemplo) como suficientes a dirimir

⁶⁵ V.BRASIL. 2017

⁶⁶ V.BRASIL.2018c

⁶⁷V. BRASIL, 2016a.

⁶⁸ V.BRASIL, 2017b

⁶⁹ V.BRASIL, 2018d

o poder de mercado das programadoras de tv por assinatura. Embora se tenha descartado os OTTs como rivais efetivos naquelas operações se reconheceu o crescimento desse segmento e a possibilidade futura de se considerar a rivalidade entre ambos.

c) casos que trazem discussões de first-movers, em que plataformas digitais inovadoras praticam condutas “tradicionalis” para manutenção de sua posição dominante

Em um terceiro grupo de casos, temos a situação em que plataformas digitais inovadoras (sejam de mercados digitalmente natos ou digitalizados) inovam em determinado segmento e conseguem, com isso, extrair as vantagens do pioneirismo, os chamados *first-movers*. A preocupação aqui é que após esse pioneirismo, ou, após criarem um mercado, esses atores podem tender a, por meio de condutas anticompetitivas diversas, consolidar seu poder de mercado e impedir novos entrantes ou, até mesmo outras inovações. Além disso, há uma preocupação gerada porque geralmente ao “criarem” um elemento pioneiro no mercado essas plataformas criam em seus usuários dos diversos lados da cadeia, uma relação de dependência, às vezes até financeira, que torna o custo de transação e de troca muito alto, com bastante potencial exclusionário. Estudos econômicos que analisam o tema, inclusive, apontam a tendência de que nesses casos, a depender do tamanho do mercado e da economia e do tipo da plataforma, surjam situações de *winner-takes-all*, isto é, em que após a disputa inicial apenas um dos agentes terá capacidade e eficiência suficiente para sobreviver (e dominar) um determinado mercado ou segmento.

O CADE lidou atualmente com dois casos paradigmáticos nesse sentido: *Ifood*⁷⁰ e *Gympass*⁷¹, recentemente.

No caso do *Ifood*, por meio de exclusividades firmadas com os usuários fornecedores da plataforma (notadamente restaurantes), bem como valendo-se do efeito de pioneiro com relação aos usuários clientes (consumidores) a entrada de novas plataformas e a manutenção de outros concorrentes se tornou extremamente custosa e as vezes, a depender do tamanho da cidade, por exemplo, impossível. Após a pandemia de COVID-19 essa dificuldade ficou ainda mais premente, dado que muitos dos restaurantes fornecedores da plataforma passaram a depender dos investimentos feitos pelo *Ifood* e do movimento por ele gerado *online* para sobreviver. Nesse caso, o CADE entendendo alto

⁷⁰ BRASIL.CADE Inquérito Administrativo nº n° 08700.004588/2020-47

⁷¹ BRASIL.CADE Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65.

o risco competitivo e pela verossimilhança do efeito anticompetitivo da exclusividade, concedeu medida preventiva impedindo novos contratos de exclusividade e a renovação dos atuais. No aprofundamento das investigações pode ser verificado, ainda, que a despeito do que poderiam indicar a saída de alguns concorrentes fortes desse mercado e mesmo a estrutura desse mesmo mercado em outros países da América Latina, não se tratava, no Brasil, de uma situação de *winner-takes-all* em que o pioneirismo do *Ifood* o teria levado a posição de plataforma dominante. De fato, o que se apurou é que dois elementos utilizados pela plataforma em sua prática comercial é que vinham impedindo maior concorrência: a duração e as condições de contratos de exclusividade com restaurantes de médio porte, sobretudo após a pandemia, e a manutenção de exclusividades com grandes redes de restaurante, as quais inclusive contam com delivery próprio bem estabelecido. Esses dois fatores impediam que o principal rival do *Ifood* no Brasil, o *Rappi*, mesmo tendo marca forte, capacidade de investimento e qualidade superior em algumas cidades revelada pela preferência dos usuários, não conseguisse, mesmo assim, exercer rivalidade efetiva. No início de 2023, foi celebrado, então, compromisso de cessação de prática pelo *Ifood* com o CADE acabando com as exclusividades problemáticas aqui referidas, visando permitir assim, um aumento de incerteza e assimetria entre as plataformas, promovendo mais concorrência, inclusive via inovação e novas entradas.

No caso do *Gympass* trata-se de uma plataforma de benefícios trabalhistas opcionais, no caso específico, um agregador de serviços de academias de ginástica e outros fornecedores de serviços de atividade física. A plataforma funciona basicamente fornecendo a empresa esses serviços de agregação por uma assinatura para que essa disponibilize integralmente ou por regime de co-participação a atividade física como benefício aos seus empregados. Ocorre que para viabilizar seu negócio nesse mercado que praticamente foi criado pela plataforma, a *Gympass* se valia de contratos de exclusividade com academias que representavam quase que 80% do mercado brasileiro. Quando houve a tentativa de entrada de um novo agente, a *Totalpass*, mesmo essa contando em seu grupo com a maior rede de academias do Brasil (*Smartfit*) verificou-se que o sistema de exclusividades do *Gympass* seria uma barreira bastante acentuada a entrada. Mais do que isso, a exclusividade era também prejudicial ao próprio desenvolvimento do mercado de academias e atividades físicas, na medida em que aquelas academias que tinha uma frequência garantida pela exclusividade da *Gympass*

deixavam de investir em si mesmas para aumentar seus clientes. Diante disso, após investigação, houve um compromisso de cessação de prática formalizado pela *Gympass* que a obrigou a reduzir o escopo de sua exclusividade em sua base de clientes e atrelar essa exclusividade a realização de investimentos diretos no desenvolvimento do negócio das academias exclusivas, fomentando o desenvolvimento do mercado para além de seus usuários e permitindo, inclusive, que os demais entrantes também possam estabelecer contratos com essas academias.

Ambos os casos demonstram, com base em evidências empíricas, como a transformação digital pode intensificar e modificar variáveis competitivas de forma bastante prejudicial, sobretudo quando tratamos de plataformas, ou seja, de mercados de vários lados conectados pela tecnologia. Também demonstram como a combinação entre medidas cautelares ou preventivas e a solução negociada pode ser uma saída mais segura para que a autoridade de defesa da concorrência possa lidar com “velhos problemas em roupas novas” e tentar endereçar tais problemas sem necessariamente agir de forma extremamente intervencionista e ao mesmo tempo exercendo algum experimentalismo regulatório (Bietti, 2024), equilibrando a relação entre intervenção e inovação.

d) casos envolvendo Big Techs, notadamente o Google.

Com relação às *big tech*, o Cade basicamente atuou em casos relacionados ao Google (Fernandes, 2022). Alguns dos casos se relacionam diretamente com as investigações europeias e foram instaurados na esteira ou concomitantemente a investigações de outras jurisdições, ainda no começo da década de 2010, como é o caso do Google Shopping, instaurado em 2011 e decidido apenas em 2019. Embora sejam casos representativos da possibilidade de atuação do Cade frente às plataformas digitais, esses casos devem ser analisados com parcimônia, sobretudo o Google Shopping, dado que desde 2011 para cá há um todo um processo de amadurecimento, institucional do Cade e internacional sobre *big techs* que impactaram diretamente na decisão final do caso. O tempo decorrido, aqui, assim como no caso europeu, acabou por tornar a atuação do Cade intempestiva e insuficiente. Não obstante esses casos representam importantes pontos de partidas para discussão futura e, sobretudo, para discussões acerca de melhorias e incrementos legislativos no Brasil. Como forma de demonstrar uma certa evolução entre o caso Google Shopping, que foi o primeiro e abordagens mais recentes, vamos nos limitar aqui a análise desse primeiro caso e também do recente caso Google/Yelp. De qualquer forma é importante realçar que recentemente o Cade tem procurado priorizar a

ênfatizar sua atuação na economia digital, e outros casos contra *big tech* tem surgido, como por exemplo contra o Meta/Whatsapp, Apple e o próprio Google.

Relativamente ao Google, a principal discussão nos casos analisados decorre de sua posição de *gatekeeper* da internet, ou seja, de plataforma de entrada para diversos outros serviços e produtos, e ao mesmo tempo fornecedor concorrente de produtos e serviços. No que diz respeito ao Cade, faz-se aqui referência a dois casos do Google como paradigmáticos. Trata-se do caso Google Shopping⁷² e do caso Google/Yelp⁷³. O primeiro caso foi aberto ainda em 2011, quando as discussões da repercussão concorrencial da transformação digital ainda eram incipientes. A principal discussão da época dizia respeito a uma suposta discriminação do buscado do Google, via algoritmo, que direcionaria o ranking de sua página de respostas a eventuais pesquisas de produtos e bens para seu próprio comparador de preços em detrimento de outros diversos sites de comparação de preços existentes no mercado brasileiro. A tese subjacente era de que como o Google seria uma *essential facility* ou insumo essencial, deveria haver neutralidade. Após anos de instrução, em 2019, o Tribunal do CADE, por maioria, definiu que muito embora o Google seja um *gatekeeper* para a internet de uma maneira geral, ele não seria um insumo essencial para que as pessoas pudessem ter acesso a sites comparadores de preços. Tampouco o desvio de tráfego do buscador geral Google era o principal método que levava as pessoas a estes sites comparadores, e o crescimento de mercado dos mesmos ao longo da instrução processual corroborava isso. Além disso reconheceu-se a possibilidade de que, desde que fosse de maneira destacada e não no ranking geral de respostas, o Google pudesse fornecer resultados oriundo de outros serviços fornecidos por ele, como o Google Shopping. Esse caso é frequentemente um alvo de críticas ao Cade e utilizado como fundamentação para discussões acerca da necessidade de se alterar a regulação concorrencial no Brasil para permitir uma atuação mais tempestiva e suficiente. O principal ponto de crítica aqui seja justamente porque passados 8 anos, o Cade foi incapaz de incorporar em sua análise novas teorias do dano que eram mais condizentes com as preocupações da transformação digital. Essa análise mais “tradicional” do caso teria levado ao seu arquivamento por ausência de efeitos (no sentido de Chicago)⁷⁴

⁷² BRASIL. 2011.

⁷³ BRASIL. 2016b

⁷⁴ Nesse sentido, v. Fernandes, 2022.

Já no ano de 2022, um segundo processo contra o Google foi arquivado. Tratava-se de uma investigação instaurada após denúncia do YELP, site e aplicativo que fornece um ranking de avaliação de restaurantes em todo o mundo, que alegava que sua entrada e pouco tempo de permanência no Brasil fora prejudicada por conta de atitudes discriminatórias do Google. Novamente a discussão sobre ser o buscador do Google insumo essencial ao mesmo tempo em que fornecia também um elemento de ranking no seu mecanismo de busca *local* (que direciona os resultados ao local de quem pesquisa) prejudicaria a neutralidade competitiva. Novamente se chegou à conclusão de que embora o buscador geral do Google seja um *gatekeeper* da internet, o desvio de tráfego oriundo das pesquisas do Google não é um insumo essencial para os aplicativos de ranking de restaurantes. O interessante desse caso é que se pode verificar, especificamente, que existiam inúmeras outras maneiras de se obter acesso ao YELP que não eram por meio do Google e que estas maneiras eram mais significativas em termos de acessos de usuários na plataforma. O avanço fundamental neste segundo caso, no entanto, tem a ver com a forma como se tratou os mercados potencialmente envolvidos e a análise de poder de mercado deles decorrentes. Consolidou-se nesse caso a necessidade de não se ater a definições precisas de mercados relevantes quando estamos tratando de ecossistemas digitais, utilizando-se, ao contrário de diferentes cenários para verificação do poder de mercado “posicional” (Fernandes, 2022) do agente para daí concluir ou não pelo abuso com base nas evidências do caso concreto. Mais do que isso se considerou a ideia de mercados principais e adjacentes. Muito embora o resultado do caso tenha sido o arquivamento, restou claro que o Cade passou nesse caso a incorporar os elementos complexos relacionados aos ecossistemas digitais e a posição do Google como um *gatekeeper*, o que certamente representa um avanço para casos futuros. Não obstante, o caso mais uma vez evidencia que a falta de tempestividade da atuação da defesa da concorrência pode simplesmente tornar insuficiente esse tipo de controle. Embora não tenha sido comprovado, o fato é que o YELP deixou de prestar serviços no Brasil. Embora não houvesse prova concreta de que isto decorreu diretamente da ação do Google, a existência de um agente com poder econômico não contestado deste porte, sem um mecanismo que monitore suas estratégias de bloqueio a competidores inovadores, dificulta certamente a entrada e permanência de produtos e serviços alternativos nesses mercados adjacentes ao da busca principal do Google.

Embora tenhamos aqui feito uma classificação dos casos em grupos, o que se revela de todo esse apanhado e desse breve e superficial sobrevoo sobre a atuação do Cade nos mercados digitais⁷⁵ é que, primeiro, a Lei de Defesa da Concorrência parece que possibilita desde logo, que o Cade possa lidar com as complexidades concretas e as denúncias de abusos nos mercados digitais brasileiros, muito embora a análise tradicional segundo critérios e objetivos que precisam ser ressignificados possam representar um entrave à tempestividade e a suficiência dessa atuação.

Segundo nos parece que o Cade tem estado aberto e conseguido captar, utilizando seus poderes habituais de prevenção e repressão do abuso de poder econômico, as principais discussões econômicas trazidas pela transformação digital e, nesse sentido, pode adaptar-se às inovações de imediato. E, terceiro, que as discussões europeias e americanas não necessariamente são as mesmas que serão reproduzidas em economias emergentes ou menos desenvolvidas do ponto de vista da universalidade e inclusão digital. Mesmo assim, parte das dificuldades e dilemas que levaram, sobretudo na Europa, a reformulação da legislação concorrencial, se repete por aqui e poderia também justificar um incremento legislativo no Brasil.

Como afirmamos alhures, nada disso significa que a própria interpretação da Lei 12529/11 e, principalmente, as metodologias e análises empreendidas pelo Cade nessa interpretação não devam ser adaptadas, modernizadas e testadas (com base em evidências empíricas) em virtude da economia digital, até porque, ainda que se proponha uma nova regulação fato é que os problemas concorrenciais e casos concretos oriundos da transformação digital continuarão a ser submetidos ao crivo do Cade. A complexidade adicionada pela transformação que vivemos não pode ser simplesmente ignorada pela autoridade antitruste sob pena de irrelevância. Nesse sentido, faz-se necessário, no caso concreto, procurar enfrentar temas até então espinhosos e disputáveis na análise tradicional antitruste, de forma a encontrar soluções mais tempestivas e adequadas aos novos modelos de negócio e competição que surgem nesse novo contexto

5.3. MODELOS DE REGULAÇÃO CONCORRENCIAL

Nesta seção procuraremos fazer uma análise descritiva das principais iniciativas de regulação concorrencial. É necessário antes de mais nada um esclarecimento de

⁷⁵ V. também BRASIL.CADE, 2021.

limitação quanto a este exercício de direito comparado: inúmeras são as reações e tentativas de adaptação dos arcabouços normativos locais e regionais aos desafios da defesa da concorrência na era digital. Iniciaremos com regulações já vigentes, a alteração na lei alemã, o DMA e o DMCC do Reino Unido. Após falaremos um pouco sobre outras iniciativas relevantes, como as de Japão, Coreia, Austrália, e Brasil. Em cada ponto, destacaremos alguns pontos críticos e, ao final, tentaremos identificar elementos comuns a todas elas que vão nos orientar em direção a terceira parte desse trabalho, mais especificamente na comparação entre estas diversas reações e a legislação vigente no Brasil.

Diversos trabalhos têm se dedicado a fazer a tentativa de comparação e crítica entre os diversos instrumentos, sobretudo diante do impacto do Digital Markets Act europeu na eclosão de iniciativas regulatórias ao redor do mundo. Nesse sentido, autores como Andriychuk (2023), Fernandes (2024) e Auer et. al (2024), além de documentos de organismos como a OCDE (2021), oferecem valiosas reflexões e contribuições para que cada jurisdição pense o modelo de regulação que eventualmente deseja adotar ou discutir. Nossa intenção aqui é mais modesta e se restringe aos limites desse trabalho. A ideia é demonstrar como tem sido estas reações regulatórias aos desafios da transformação digital para a livre concorrência e como este novo modelo de antitruste pode ser complementar ao já tradicional para lidar com a economia digital.

Primeiramente, cumpre dizer que os modelos variam basicamente entre alterar a própria legislação concorrencial ou simplesmente inaugurar novas legislações sobre o tema, como objetivos e principiologia próprias. De forma, geral, no entanto, essa transformação do antitruste tem privilegiado a autoridade de defesa da concorrência já constituída pelos países como a autoridade competente para assumir a função de controlar e monitora as *big tech*.

Digno de nota, sobretudo para os fins aqui propostos, está a iniciativa brasileira prevista no PL 2768/2022. Embora inserido num contexto de discussão sobre regulação dos mercados digitais, essa iniciativa brasileira parece destoar da realidade desse debate. Primeiro que ela claramente não é fruto de uma reflexão ou escolha de política pública declarada, mas uma iniciativa de um congressista isolado. Segundo porque ao invés de empoderar a autoridade antitruste, aproveitando toda sua estrutura e know-how, ela cria um novo sistema e transforma os mercados digitais num setor a ser regulado pela agência responsável pela regulação de telecomunicações. Mais ainda, ao estabelecer critérios de

gatekeeper cria um patamar único, baseado em faturamento em valor que potencialmente atingiriam não só grandes plataformas, mas também *start-ups* ou concorrentes disruptivos, como *fintechs* por exemplo, ou seja, se colocaria o mesmo rol de obrigações para empresas consolidadas e entrantes, aumentando sobremaneira o risco de captura e as barreiras para a inovação. Por fim não estabelece obrigações a estas entidades, mas sim princípio gerais, deixando um espaço gigantesco de discricionariedade ao futuro regulador, o que, por si só, aumentaria os riscos de judicialização, os custos de monitoramento, diminuindo transparência, previsibilidade e segurança jurídica. Some-se isso ao fato de que o PL não exclui as normas da legislação concorrencial, o que poderia gerar uma potencial zona de sombreamento e contradição entre o tratamento estatal a estas entidades, desincentivando ainda mais a inovação.

Várias dessas críticas fazem com que essa iniciativa tenha sido praticamente congelada ou abandonada nesse momento e que será substituída pela proposta do Ministério da Fazenda que descreveremos adiante. No entanto, a utilizada de fazermos referência a ela nesse momento, é demonstrar, na linha do proposto por Fernandes (2024) que muito embora o DMA seja a inspiração e um propulsor de reformas ao redor do mundo, principalmente nos países de mesma tradição constitucional, a mera imitação pode gerar uma situação de *lost in translation*, mais prejudicial do que efetiva ao debate da regulação digital.

A regulação de plataformas digitais tem evoluído globalmente, com diferentes abordagens adotadas por países e blocos econômicos. A seguir, apresentam-se as principais iniciativas em algumas jurisdições relevantes, além de uma análise comparativa destacando os elementos em comum e as especificidades de cada sistema.

Na Alemanha, a reforma da Lei de Concorrência (GWB) trouxe avanços significativos para a regulação de mercados digitais. Entre os destaques está a possibilidade de designação de empresas com importância primordial para a concorrência em múltiplos mercados. Essas empresas, muitas vezes plataformas digitais, são submetidas a obrigações específicas para evitar práticas anticompetitivas, como o autofavorecimento e o bloqueio ao acesso de concorrentes. A lei também permite que autoridades antitruste atuem preventivamente, antes que os efeitos anticompetitivos se manifestem plenamente, fortalecendo a abordagem *ex ante*. Além disso, a Alemanha se

destaca por integrar questões de proteção de dados à análise antitruste, utilizando violações de privacidade como evidências de abuso de posição dominante.

Na União Europeia a implementação do Digital Markets Act (DMA) representa uma abordagem regulatória *ex ante*, com foco na identificação e controle de *gatekeepers*. Esses *gatekeepers* são plataformas digitais que detêm uma posição dominante e desempenham um papel estratégico em mercados digitais. O DMA estabelece obrigações amplas e horizontais, incluindo requisitos de transparência sobre o uso de dados e práticas comerciais, garantia de interoperabilidade e portabilidade de dados, além de restrições a práticas de autofavorecimento (*self-preferencing*). Empresas como Alphabet, Amazon, Apple, ByteDance, Meta e Microsoft foram designadas como *gatekeepers* e estão sujeitas a um sistema rigoroso de obrigações imediatas e multas por descumprimento baseada no faturamento global.

No Reino Unido, foi instituído o Digital Markets, Competition and Consumers Act (DMCC). Uma das características principais é a existência de uma unidade específica, dentro da autoridade de defesa da concorrência por aplicação da lei, a Digital Markets Unit (DMU). Esta unidade adota uma combinação de regulação *ex ante e ex post*, direcionada a empresas identificadas como possuidoras de "Strategic Market Status" (SMS). As principais medidas incluem a adaptação das obrigações às características de cada empresa, após uma investigação e mercado, a aplicação de multas por não cumprimento das obrigações que podem alcançar 10% do faturamento global, além do estabelecimento de um código de conduta com regras claras para cada uma das plataformas digitais.

O Japão adotou o chamado Smartphone Act, que regula especificamente o ecossistema de dispositivos móveis. Essa legislação abrange sistemas operacionais móveis, lojas de aplicativos, navegadores e buscadores. Entre as medidas destacam-se a proibição de práticas anticompetitivas, a garantia de acesso equitativo e condições de uso justas nas lojas de aplicativos e a restrição ao uso indevido de dados e práticas de autofavorecimento. Multas para violações variam entre 20% e 30% do faturamento das empresas infratoras, demonstrando o compromisso robusto do país com a concorrência. A lei também traz a possibilidade de uma designação dos agentes relevantes, mas tem como diferencial a sua especificação a alguns tipos de serviços digitais, que são os mais relevantes para a jurisdição japonesa. Na Coreia do Sul, a Lei de Concorrência foi

revisada para incluir critérios específicos relacionados à dominância de plataformas digitais. As emendas ampliaram as penalidades, que podem atingir 8% do faturamento global das empresas, e introduziram regras de transparência, exigindo a divulgação de informações comerciais relevantes. Além disso, a legislação busca coibir abusos de poder, incluindo práticas anticompetitivas e favorecimento próprio. Apesar de inicialmente considerar uma legislação separada para plataformas digitais, o país optou por fortalecer o arcabouço regulatório existente.

Na Índia, a regulação de mercados digitais está focada em plataformas de e-commerce e pagamentos digitais. O país introduziu regras para assegurar maior transparência e justiça nas práticas comerciais, incluindo a proibição de discriminação contra vendedores independentes e práticas de autofavorecimento. Além disso, as autoridades têm buscado formas de controlar o uso excessivo de dados pelas grandes plataformas, garantindo que os pequenos comerciantes não sejam prejudicados. A Índia também estuda a criação de um regime regulatório que combina elementos de controle antitruste com proteção de dados, reforçando sua soberania digital e promovendo um ambiente competitivo para novos entrantes no mercado.

A mais recente proposta legislativa é a da Austrália, onde após um longo processo consultivo foi proposto um regime digital para identificar plataformas significativas e sujeitá-las a obrigações amplas e específicas. A iniciativa se concentra inicialmente em marketplaces de aplicativos e serviços de publicidade digital. O regime também prevê a ampliação das capacidades da Australian Competition and Consumer Commission (ACCC) para fiscalizar e aplicar penalidades, reforçando a capacidade regulatória do país no setor digital.

Em linha com essas iniciativas e diante da insuficiência e inadequação da proposta contida no PL 2678/22, no início de 2024 o Ministério da Fazenda iniciou um processo de tomada de subsídios com vista a fazer uma avaliação dos mecanismos de concorrência existentes e de eventual necessidade de ajustes. A ideia de fazer um estudo abrangente sobre a capacidade institucional do regime de concorrência brasileiro para lidar com as plataformas digitais era um reclamo antigo do Cade nessas discussões. Após a tomada de subsídios, que contou com participação ativa do Cade, foi produzido um relatório que traz diversas propostas de alterações legislativas e infralegais para incrementar o regime de concorrência brasileiro. Por esse relatório, o Brasil passará a ter um modelo híbrido que

integra regulação ex ante e ex post, com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) como órgão central. As propostas brasileiras incluem:

(i) Criação de Instrumento Legal para Designação de Agentes Econômicos Sistêmicos:

- Definição de critérios qualitativos e quantitativos para identificar plataformas dominantes.
- Imposição de obrigações gerais, como regras de transparência e notificação prévia de atos de concentração.
- Estabelecimento de obrigações substantivas, incluindo a proibição de práticas como autofavorecimento, restrição ao acesso de concorrentes e uso indevido de dados comerciais.
- Monitoramento periódico por meio de relatórios para garantir conformidade.

(ii) Unidade Especializada no CADE:

- Criação de uma unidade para monitorar mercados digitais e identificar distorções competitivas.
- Implementação de novas obrigações e condução de investigações específicas.
- Coordenação interinstitucional com órgãos como ANATEL e ANPD.

(iii) Atualização dos Critérios de Notificação de Atos de Concentração:

- Inclusão de informações detalhadas sobre os modelos de negócios, dados coletados e características das plataformas envolvidas.
- Priorização de casos com maior impacto competitivo.

(iv) Ampliação dos Poderes do CADE para Estudos de Mercado:

- Realização de análises sistêmicas para identificar barreiras estruturais e comportamentais.
- Atuação proativa para propor medidas corretivas.

(v) Desenvolvimento de Novas Teorias do Dano:

- Avaliação de práticas de autofavorecimento e exploração de vieses comportamentais.
- Desenvolvimento de teorias específicas para mensurar impactos concorrenciais em mercados digitais.

(vi) Revisão dos Formulários de Notificação:

- Exigência de dados específicos, como número de usuários, interoperabilidade e tipos de serviços ofertados.
- Adequação das ferramentas analíticas à dinâmica digital.

(vii) Utilização do Artigo 88, §7º da Lei 12.529/2011:

- Requisição de atos de concentração não sujeitos a notificação obrigatória, mas com potencial impacto competitivo.

(viii) Atualização da Portaria Interministerial 994/2012:

- Elevação dos critérios de faturamento para notificação obrigatória, otimizando os recursos do CADE.

Como se percebe dos diversos modelos regulatórios concretos, alguns já vigentes e outros ainda em elaboração, a regulação de mercados digitais é uma prioridade global, com iniciativas que refletem o compromisso de diversos países em promover mercados mais justos e transparentes. O modelo brasileiro, alinhado às melhores práticas internacionais, busca criar um ambiente regulatório robusto e adaptável, que atenda às especificidades das plataformas digitais e promova a concorrência em um setor em rápida evolução. Embora cada jurisdição apresente peculiaridades em suas iniciativas regulatórias, é possível identificar elementos comuns que destacam tendências globais na regulação de mercados digitais. Entre esses elementos, destacam-se:

- (i) **Designação de Gatekeepers (ou alguma denominação semelhante):** A maioria dos sistemas analisa critérios qualitativos e quantitativos para identificar plataformas digitais que detêm uma posição dominante. Essas plataformas, frequentemente referidas como "gatekeepers", desempenham um papel central no mercado e, por isso, estão sujeitas a regulamentações específicas e obrigações adaptadas.
- (ii) **Transparência:** Há um consenso sobre a necessidade de aumentar a transparência das operações das plataformas digitais. Isso inclui a exigência de divulgação de informações detalhadas sobre práticas comerciais, uso de dados, algoritmos e termos de serviço. Essa transparência visa mitigar a assimetria de informações entre as plataformas e os usuários, além de fortalecer o monitoramento por parte das autoridades reguladoras.
- (iii) **Combate ao Self-Preferencing:** A prática de autofavorecimento, em que plataformas priorizam seus próprios produtos ou serviços em detrimento de

concorrentes, é amplamente condenada. Regulamentos buscam coibir essa prática para promover condições equitativas de concorrência, garantindo que produtos de terceiros recebam tratamento justo e imparcial.

(iv) **Poderes Ampliados para Autoridades Concorrenciais:** A maioria dos sistemas tem investido na ampliação das capacidades institucionais de suas autoridades antitruste. Essas mudanças incluem a possibilidade de agir *ex ante*, além de realizar investigações detalhadas, impor penalidades significativas (proporcionais ao faturamento global das empresas infratoras) e implementar medidas corretivas de maneira eficaz.

(v) **Interoperabilidade e Portabilidade de Dados:** Muitos regimes regulatórios têm enfatizado a importância da interoperabilidade entre sistemas e a portabilidade de dados, permitindo que os usuários migrem facilmente entre plataformas. Essa medida visa reduzir barreiras à entrada de novos competidores e aumentar as opções disponíveis para os consumidores.

Esses elementos comuns refletem uma convergência de objetivos entre as diversas iniciativas regulatórias, buscando estabelecer mercados digitais mais equilibrados, transparentes e competitivos. A regulação de mercados digitais reflete um esforço global para equilibrar inovação e competição, protegendo consumidores e incentivando a entrada de novos players. Essas iniciativas, embora distintas em sua implementação, convergem para um objetivo comum: a promoção de mercados digitais mais justos e transparentes, com direção à inovação.

6. O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL COMO MODELO TEÓRICO PARA A LIVRE CONCORRÊNCIA E SUA DEFESA – CONCLUSÃO PARCIAL

Ao final desta parte do trabalho nos parece ser importante estabelecer, como conclusão parcial, como, diante da verdadeira transformação teórica e prática da livre concorrência e da sua defesa na era digital, podemos utilizar o constitucionalismo digital, conforme conceituado e tratado na primeira parte do trabalho, como um modelo teórico tanto para a hermenêutica constitucional do princípio da livre concorrência como para a definição das políticas públicas a ela relacionadas e, sobretudo, para a aplicação da lei de defesa da concorrência tanto no que se refere ao seu caráter preventivo como repressivo diante do abuso de poder econômico, como ainda, como um valor (constitucional) de política econômica a ser disseminado e absorvido na estrutura dos mercados, tanto aqueles diretamente impactados ou decorrentes da transformação digital como por aqueles que passam por um processo de digitalização e readaptação nessa nova era.

O constitucionalismo digital entendido como uma ideologia em sentido neutro, ou seja, como modelo teórico fundamentado em um conjunto estruturado de valores que permeiam o sistema jurídico, centrado nas liberdades e direitos fundamentais e na capacidade estatal de promover inclusão social (Celeste, 2022), seria o modelo teórico responsável pela compreensão e tradução dos anseios da sociedade digital para o sistema jurídico.

Em um contexto de transformação digital, o constitucionalismo digital propõe uma tradução dos anseios da sociedade digital para o sistema jurídico, não como uma reflexão acrítica, mas como uma mediação constitucional entre diferentes sistemas sociais. Esse modelo confere ao Estado legitimidade para ressignificar valores, princípios e direitos diante das inovações tecnológicas, promovendo um processo de acoplamento entre a realidade analógica e digital. Isto é, o modelo hermenêutico baseado no constitucionalismo digital deve refletir, no mundo real ou analógico (o qual inclui a sociedade digital embora que nele não se limita, mas o influencia e dele depende) a aquisição evolutiva mediada pela Constituição como acoplamento estrutural entre os diferentes sistemas sociais e suas formas de comunicação.

É na Constituição (e sobretudo no pós-guerra, por meio da sua interpretação pela jurisdição - principalmente constitucional) que o Estado deve encontrar a

legitimidade para promover a ressignificação de valores, liberdades e princípios, bem como de seus poder-deveres, diante das transformações da era digital. E, nesse sentido, um constitucionalismo digital crítico (Golia, 2022) (isto é que reconheça as limitações e deficiências decorrentes do desenvolvimento do próprio constitucionalismo naquele Estado) pode fornecer um instrumental mais adequado a permitir a transformação dos princípios constitucionais e das regras a eles atrelados e deles decorrentes para melhor se adequar a era digital.

Com o avanço da economia digital, o princípio da livre concorrência requer ressignificação para manter a competitividade nos mercados e assegurar a liberdade de escolha dos consumidores, bem como a abertura dos mercados à livre iniciativa. Nesta parte do trabalho pudemos avaliar do ponto de vista teórico e empírico essa realidade.

A liberdade de iniciativa, sustentada pelo constitucionalismo pós-guerra, continua sendo um elemento fundamental para o desenvolvimento econômico e a pluralidade democrática. A “destruição criativa”, conceito central no capitalismo, é absorvida pelas instituições constitucionais, permitindo às nações lidar com o progresso derivado das revoluções industriais, incluindo a revolução digital atual. Nesse sentido, a preservação do princípio da livre concorrência é essencial nas democracias constitucionais, demandando uma reinterpretação que contemple a era digital, em que novos agentes econômicos, como as *big techs*, desafiam as regulações tradicionais.

Nesta segunda parte do trabalho ao descrever e refletir sobre os diversos impactos que a transformação digital da economia causam na livre concorrência, ficou demonstrado que a ideia de livre concorrência e o direito antitruste necessitam dessa ressignificação sob pena de se tornar não somente irrelevante do ponto de vista jurídico ou da ação estatal, mas sobretudo de se tornar irrelevante para o fim que sempre o orientou, qual seja, a da preservação de uma liberdade fundamental não somente ao desenvolvimento econômico, mas também à pluralidade democrática e ao desenvolvimento social. Ao se preservar ambientes econômicos competitivos e garantir liberdade de escolha ao consumidor de um lado (quantidade de escolha - não exclusão), bem como a liberdade de iniciativa, de empreender de outro (abertura e igualdade de oportunidades - ausência de barreiras injustificadas e proteção à inovação), a ideia de livre concorrência é um sustentáculo do constitucionalismo do pós-guerra e, principalmente, do desenvolvimento dos diferentes tipos de capitalismo que dele sobrevieram.

E, uma vez que a profecia schumpeteriana⁷⁶ não se concretizou, parece-nos claro que o capitalismo, ainda que transformado e diferenciado nas formas e nos graus de intervenção estatal, concretiza-se como o modelo de organização econômica dos países democráticos (ainda que também a democracia assuma diferentes níveis e formas). Nesse sentido, a destruição criativa do capitalismo, controlada por instituições (constitucionais) parece ser também a forma de melhor absorção pelas diferentes nações dos progressos e desenvolvimentos oriundos das revoluções industriais, como é a revolução industrial que vivemos agora, com a transformação digital (Aghion *et. al.*, 2023).

Diante disso, isto é, de uma certa inevitabilidade do capitalismo nas democracias constitucionais e da relação diretamente proporcional entre o desenvolvimento capitalista e a institucionalidade dos diferentes Estados, a preservação do princípio da livre concorrência e a sua defesa por meio da legislação e de autoridades de aplicação específicas é também fundamental. E, para esta preservação, é mais do que fundamental uma ressignificação da livre concorrência de forma melhor compreender e traduzir as revoluções da era digital, para a institucionalidade constitucional. É nesse ponto que o constitucionalismo digital como modelo teórico para a formulação do conteúdo jurídico do princípio constitucional da livre concorrência deve servir como ponto de partida capaz de reorientar a institucionalização da livre concorrência diante da transformação digital.

O conceito de constitucionalismo digital propõe uma atualização dos valores e direitos fundamentais consagrados nas Constituições modernas para enfrentar os desafios da era digital (Fernandes e Mendes, 2022). Esse modelo de interpretação constitucional busca adaptar a proteção dos direitos individuais e a regulação do poder econômico ao

⁷⁶ Em "Capitalismo, Socialismo e Democracia" (1942), Schumpeter profetizou que o capitalismo não sobreviveria, não por seu fracasso, mas por seu próprio sucesso. Sua previsão central consistia em três pontos principais o sucesso do capitalismo levaria ao domínio de grandes corporações e ao crescimento de valores hostis ao próprio sistema, especialmente entre intelectuais. O sistema seria gradualmente substituído por alguma forma de socialismo através de um processo democrático, com partidos social-democratas sendo eleitos para os parlamentos. A transição ocorreria quando a produção em massa tornasse os produtos acessíveis a todos, levando a uma mentalidade socialista que diminuiria a competição essencial ao capitalismo. Schumpeter previu que esta transformação ocorreria até o final do século XX. Ele imaginou que o socialismo resultante manteria o mercado, mas com uma distribuição mais justa da riqueza, o que, como sabemos não ocorreu (pelo menos não da forma prevista).

contexto dos mercados digitais, onde empresas globais detêm um poder econômico e social significativo

Nessa segunda parte do trabalho, ficou claro que os desafios da transformação digital são de ao menos duas ordens correlacionadas e que demandam uma atuação estatal equilibrada: uma ordem direcionada a um questão de poder econômico das *big tech* que transcende o poder do Estado e exige uma reformulação de sua política de defesa da concorrência para alinhar-se a um sistema de contenção do poder econômicos, em que os estados e suas Constituições reafirmem sua força normativa e uma segunda ordem direcionada a reformulação da própria interpretação e aplicação da lei de defesa da concorrência por parâmetros que vão além dos estritos parâmetros consagrados pela economia neoclássica e que fundamentaram a disseminação da defesa da concorrência no neoliberalismo. Com relação a ambas as ordens a discussão *avivada* (Carvalho, 2023) para além dos bancos acadêmicos sobre os objetivos do antitruste podem e deve ser repensados à luz do princípio constitucional da ordem econômica, sem uma necessária adesão a correntes de pensamento estrangeiras (e a política econômica que representam) e de forma mais alinhada aos objetivos da política econômica brasileira.

Para promover esse equilíbrio, o constitucionalismo digital propõe o dinamismo regulatório, que se adapta às mudanças tecnológicas, e a flexibilidade institucional, que permite uma regulação responsiva (Bietti, 2024 e Lianos, 2024). O equilíbrio sistêmico, por sua vez, harmoniza a concentração e fragmentação de poder, buscando a integração entre soberania nacional e cooperação internacional para regular o impacto econômico das plataformas digitais globais. Dessa forma, o constitucionalismo digital se posiciona como um guia teórico para as políticas de defesa da concorrência, tanto no caráter preventivo como repressivo, em relação ao abuso de poder econômico, fortalecendo a regulação estatal e a proteção contra práticas anticompetitivas.

No contexto brasileiro, a Constituição de 1988 prevê a livre concorrência como princípio constitucional fundamental, mas o ambiente digital demanda uma reinterpretção deste princípio. O constitucionalismo digital propõe que o Estado brasileiro, por meio de suas instituições, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), adote uma postura ativa na monitorização e regulamentação das práticas das *big techs*, reforçando a legitimidade da defesa da concorrência e assegurando que a legislação se adeque às novas formas de poder econômico. Ao mesmo tempo,

reforça a necessidade de se garantir a isonomia e a tecnicidade da atividade de *enforcement* do Cade nos casos concretos. Não se defende aqui, de maneira nenhuma, um afastamento da atividade de *enforcement* do Cade da utilização instrumental da ciência econômica e suas reformulações. Mas sim, defende-se que esta utilização seja compatibilizada com uma política econômica informada a partir da Constituição.

O princípio constitucional da livre concorrência é um alicerce da política econômica no Brasil, mas o contexto digital exige uma abordagem que vá além das interpretações tradicionais. O constitucionalismo digital possibilita uma reaproximação entre a defesa da concorrência e o princípio constitucional, permitindo que o direito econômico seja interpretado de forma a proteger a economia digital e os consumidores.

Ao colocar o princípio da livre concorrência no centro da análise dos mercados digitais, o constitucionalismo digital abre caminho para que a defesa da concorrência seja vista como um direito fundamental dos cidadãos. Isso significa tanto que as autoridades regulatórias brasileiras, como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), adotem uma postura mais ativa, utilizando uma interpretação constitucional direcionada à permitir o monitoramento prévio e a regulação das práticas das *big techs*. Essa reaproximação reforça a legitimidade das políticas de defesa da concorrência e permite que a legislação se adapte para responder às práticas monopolistas das plataformas digitais.

A implementação do constitucionalismo digital na política econômica brasileira traria várias implicações para a estrutura regulatória e a economia. Em primeiro lugar, o constitucionalismo digital promove uma visão na qual a regulação é proativa, buscando proteger os mercados digitais e evitar a concentração excessiva de poder econômico. Isso implica uma reforma na legislação de defesa da concorrência, que incluiria novos e atualizados mecanismos para limitar o poder de mercado das *big techs* e garantir inovação.

Além disso, o constitucionalismo digital permite que o Brasil desenvolva uma economia digital mais inclusiva, onde as políticas públicas são orientadas para a proteção dos direitos dos consumidores e para a promoção de um ambiente competitivo. A adoção desse modelo pode fortalecer a capacidade do Estado brasileiro de criar e implementar políticas que promovam a inovação e a concorrência, equilibrando o poder das grandes plataformas com o direito dos cidadãos de acessar um mercado justo e equitativo. A

reformulação dos objetivos da lei de defesa da concorrência de forma intrasistêmica permitiria, por exemplo, que a concorrência pudesse ser um vetor de outras políticas necessárias para lidar com a transformação digital, como a política industrial.

Assim, a defesa da concorrência pode ser vista como um direito fundamental dos cidadãos no ambiente digital, garantindo um mercado justo e aberto, tanto para a livre iniciativa como para os consumidores e, no limite, até mesmo para o exercício democrático⁷⁷. Mais do que isso, a defesa da concorrência e a adoção de uma política econômica que contemple o valor da livre concorrência, repaginado pela ideologia do constitucionalismo digital, contribui, ao impor limites ao poder econômico aparentemente infinito das grandes plataformas globais, para a manutenção de um desenvolvimento econômico e social sustentável e de um capitalismo pluralista e ainda vocacionado ao ambiente democrático.

Essa abordagem do constitucionalismo digital também demonstra que a manutenção da capacidade institucional da livre concorrência na era digital requer também uma modernização regulatória, com o desenvolvimento de capacidades técnicas e mecanismos de participação social, além de uma coordenação internacional para lidar com o impacto transnacional das plataformas digitais.

A inovação regulatória, com o uso de instrumentos já existentes e novos como *sandboxes* regulatórios, permite a experimentação institucional e a adaptação das políticas econômicas e legislativas às necessidades da economia digital. No Brasil, a adoção do constitucionalismo digital pode promover uma economia digital inclusiva e competitiva, fortalecendo a capacidade do Estado de implementar políticas que estimulem a inovação e limitem a concentração de poder econômico.

Em síntese, o constitucionalismo digital emerge como uma resposta aos desafios impostos pela transformação digital, ao propor uma reaproximação entre o direito à concorrência e outros princípios constitucionais, integrando a proteção dos direitos fundamentais e o fortalecimento do papel do Estado como regulador. Esse modelo visa a adaptar o constitucionalismo aos novos paradigmas econômicos, promovendo um

⁷⁷ V. nesse sentido Ezrahi e Robertson (2024).

equilíbrio dinâmico que preserve os direitos fundamentais e estimule um mercado digital competitivo e inclusivo.

PARTE III – CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E LIVRE CONCORRENCIA

7. A HERMENEUTICA CONSTITUCIONAL DA LIVRE CONCORRENCIA NA CF88 E A ECONOMIA EM TRANSFORMAÇÃO - O CONSTITUCIONALISMO DIGITAL COMO PARADIGMA

No final da primeira parte desse trabalho introduzimos parte do objetivo desse trabalho que é de fundamentar uma reaproximação da livre concorrência e da aplicação da lei de defesa da concorrência de sua sede constitucional. E que, para fazer isso, diante dos desafios trazidos pela transformação digital, o caminho deve percorrer uma reinterpretação do próprio princípio constitucional da livre concorrência por meio do constitucionalismo digital.

Na segunda parte desse trabalho procuramos demonstrar os desafios que a transformação digital traz, tanto no plano teórico como concreto, à livre concorrência, tanto na economia como, principalmente, na sua institucionalidade, isto é, no direito antitruste e na capacidade estatal de intervenção na ordem econômica por meio da defesa da concorrência. Ao final desta segunda parte, procuramos estabelecer com base nesses desafios como o constitucionalismo digital pode servir de modelo teórico para a transformação da livre concorrência na era digital, preservando as conquistas institucionais do constitucionalismo e traduzindo e interpretando os anseios advindos da digitalização da sociedade e da economia digital, permitindo que se restabeleça a força normativa da Constituição e o bom funcionamento da Constituição econômica sem deixar de lado a preservação e proteção de direitos e liberdades fundamentais.

Nesta parte final, pretendemos dar ainda mais concretude a essa proposta, demonstrando como se processa essa reconstitucionalização da livre concorrência por meio do paradigma do constitucionalismo digital e como isso pode fundamentar o sistema jurídico a ele correlacionado e permitir que a Constituição exerça sua função de acoplamento sistêmico, isto é, garanta a capacidade institucional do Estado de formular políticas públicas e absorver as transformações econômicas por meio da absorção dos inputs advindos da transformação digital, bem como por meio de seu caráter de aquisição evolutiva e fonte primária das decisões do sistema jurídica, sirva de fundamento para a readaptação do sistema jurídico-institucional aos desafios do poder econômico emanado dessa transformação, bem como às oportunidades de inovação, inclusão e desenvolvimento socioeconômico. Por meio da Constituição, e de um discurso

constitucional baseado no princípio da livre concorrência ressignificado, pretendemos superar desafios relacionados à compatibilização entre abordagens globais e locais de regulação da economia digital, bem como promover as bases para políticas públicas que promovam integração entre os diferentes princípios da ordem econômica e entre estes e outros princípios fundamentais do Estado brasileiro, e, ainda, justificar a legitimidade de escolhas, tanto de política pública, como de *enforcement* que possam contribuir para a legitimidade de outras políticas públicas necessárias para a absorção institucional do progresso derivado da revolução industrial que assistimos, como a política industrial, as políticas de fomento a inovação e políticas de inclusão digital.

Ademais, nossa ideia ao adotar o constitucionalismo digital como paradigma hermenêutica também se compatibiliza, como veremos, com a necessidade de se construir um discurso jurídico relacionado à livre concorrência que seja mais adaptativo e responsivo às novas tecnologias, mesmo que para tanto, seja necessária uma maior abertura do direito antitruste a novos conceitos e ferramentais de análise. Aliás, é próprio do constitucionalismo digital essa ressignificação. O presente trabalho é um dos primeiros que procura estabelecer o constitucionalismo para a ressignificação de um direito econômico, que estaria posicionado na 2ª geração dos direitos humanos. Não obstante, esse campo teórico já sinaliza e tem fundamentado essa ressignificação em outros campos.⁷⁸

No campo do direito econômico, e diante do que vimos na segunda parte desse trabalho, parece ser útil a construção de um discurso jurídico-constitucional para retomar a força normativa da CF com relação a big tech, ao mesmo tempo construir um antitruste moderno para a economia digital como um todo. Na segunda parte desse trabalho restou claro que a transformação digital exige a superação de velhas dicotomias e o rompimento com certa tradição econômica e jurídica relacionado ao direito antitruste. Ao mesmo tempo, esse rompimento não deve simplesmente abandonar todo o ferramental e a capacidade institucional das autoridades de defesa da concorrência. A independência técnica e relativa autonomia política dessas autoridades é um fruto do constitucionalismo democrático e sua especialização capacitação foram e são fundamentais para lidar com o alvo regulatório a que se destinam: o poder econômico e seus abusos.

⁷⁸ Nesse sentido, v. decisões do STF na ADI 6389, ADI 6649, ARE 1.1042075, RE 418.416.

Para além disso, como o direito antitruste e a decisão jurídica relacionada a defesa da concorrência dependem, tanto do ponto de vista conceitual, como de efetividade, do instrumental da ciência econômica, essa relativa independência ao mesmo tempo em que possibilitou uma maior especialização dessas autoridades em termos de conhecimento dos mercados e agentes que regulam, de outro lado promoveu quase que uma identificação entre a atividade de enforcement e a política pública subjacente. Em suma, a política de defesa da concorrência descolou-se de suas bases constitucionais e da própria política econômica e passou a ter um caráter mais reativo, relacionado a casos concretos.

Nesse sentido é que ocorreu uma “desconstitucionalização” da defesa da concorrência, não no sentido de desrespeito a alguma norma ou princípio constitucional, mas no sentido de uma “deferência” às autoridades de defesa da concorrência, até mesmo pelas cortes constitucionais, em relação a natureza técnica e especializada de suas decisões, bem como de seus impactos na dinâmica econômica (Schuartz, s.d.). Esse não foi um fenômeno observado apenas entre nós, mas também em outras jurisdições⁷⁹, como resultado tanto da adoção de políticas econômicas neoliberais, eu pregavam uma ideia de intervenção mínima do estado na economia, como pela influência dessas políticas e de uma visão econômica neoclássica e ortodoxa, na chamada interpretação econômica da constituição (Callejon, 2022), muitas vezes refletida no próprio texto constitucional na parte da ordem econômica ou nas decisões das cortes constitucionais. Essa interpretação da constituição pela chave econômica consolida-se com a globalização. Em termos teóricos e metodológicos, a “desconstitucionalização” resultou numa prevalência, pois, de um instrumental econômico baseado sobretudo em padrões de análise de bem-estar do consumidor relacionados a componentes de preço-custo (*output*) e de eficiências.

Esse instrumental, influenciado sobretudo pela Escola de Chicago, mas também no que se chama de pós-chicago, passou a direcionar a atuação, em formato de boas práticas e de padronização técnica, da maior parte das autoridades antitruste no mundo, inclusive em países (ou blocos de países) que não necessariamente seguiam a tradição da *common law* e, mais ainda, cujos ordenamentos jurídicos locais expressamente introduziam a consideração de outros princípios constitucionais e objetivos ao princípio da livre concorrência, à política econômica e a política de defesa da concorrência, como

⁷⁹ Conforme seção 4.4 *supra*.

é o caso brasileiro. Como vimos na segunda parte desse trabalho, essa disseminação de um determinado padrão de análise baseado na ideia estadunidense de *consumer welfare*, além de exportar para ordenamentos jurídicos completamente distintos e com tradições jurídicas diversas, um debate eminentemente norteamericano e contextualizado no sistema jurídico dos Estados Unidos, gerando obviamente uma série de conflitos adaptativos e de tradução, também resultou, em muitos países, incluindo o Brasil, em um distanciamento entre o princípio constitucional da livre concorrência, que vai muito além do antitruste e deve permear toda a construção da ordem econômica, tanto institucionalmente como em políticas públicas, da política de defesa da concorrência, que passou a se restringir a aplicação do direito antitruste, ou seja, a atuação de prevenção e repressão do abuso do poder econômico em casos concretos, mediante uma linguagem, técnica e procedimento especializado e quase que totalmente dependente do instrumental neoclássico.

Em um momento de revolução industrial marcado pela transformação digital, em que a economia nos moldes neoliberais não somente enfrentou crises globais, em que a própria globalização enfrenta seus maiores paradoxos (Rodrik, 2011) e em que a economia se digitaliza, fazendo nascer tanto mercados e ecossistemas completamente digitais e afastados da institucionalidade estatal e da constituição econômica, bem como transforma os mercados tradicionais, modificando as formas e modelos de negócio, e modificando as próprias bases que determinam os vetores de competição na dinâmica econômica, não parece mais ser suficiente e tampouco adequado, a manutenção do mesmo instrumental antitruste desenhado em um mundo globalizado e neoliberal, bem como parece ser cada vez mais necessária a superação de alguns paradigmas ou o retorno do encontro entre a defesa da concorrência, isto é, a política voltada para prevenir e reprimir o abuso do poder econômico e a política econômica mais ampla, baseada no princípio da livre concorrência, mas também em outros valores constitucionais integrados

7.1. A “RECONSTITUCIONALIZAÇÃO” DA LIVRE CONCORRENCIA NA CF/88

Desde o início deste trabalho nos referimos ao objetivo de defender a reconstitucionalização da livre concorrência na Constituição Federal de 1988 com fundamento em uma hermenêutica calcada no constitucionalismo digital. Cumpre agora a tarefa de demonstrar como isso pode se traduzir na prática, ou seja, na operacionalização

do sistema jurídico brasileiro. A reconstitucionalização tal como aqui concebida pretende servir para uma melhor compreensão e tradução dos anseios e desafios oriundos da transformação digital da economia por meio da ressignificação do princípio constitucional da livre concorrência, de forma a informar tanto a repressão ao abuso de poder econômico como a formulação da política de defesa da concorrência e de outras adjacentes, bem como da própria política econômica. Por meio desse caminho, pretendemos superar vários dos desafios apontados na segunda parte desse trabalho, como a necessidade de revisão da relação da livre concorrência com a inovação e a política industrial, a necessidade de se reprimir o abuso do poder econômico criado e entrenchado por meio de ecossistemas digitais fechados e contrários a inovação e inovadores disruptivos, a necessidade de se impedir a monopolização ou oligopolização, por meio desses ecossistemas, do espaço “público digital”, bem como suprir a capacidade institucional do CADE, enquanto autoridade responsável pela promoção e defesa da livre concorrência, para incrementar seu ferramental técnico e decisional, para alcançar tempestiva e suficientemente a necessidade de intervenção estatal.

A reconstitucionalização faz com que a ressignificação da livre concorrência possa ser feita de maneira interna ao sistema jurídico brasileiro e de maneira mais equilibrada aos demais aspectos protegidos pelo programa constitucional, sem necessariamente ter que romper completamente com paradigmas evolutivos da atuação do SBDC em termos de especialização técnica e autonomia e independência das decisões e sem, necessariamente, aderir ideologicamente a visões políticas e geopolíticas estrangeiras, cujo enfrentamento não necessariamente aqui se replica. Mais além, pretendemos expandir o princípio constitucional insculpido no art. 170, IV e integrá-lo ao art. 220, § 5º, da Constituição, cuja ressignificação pode ser fundamental para a construção de uma política de defesa da concorrência direcionada ao fenômeno onipresente das *big tech*, na economia digital. Também pretendemos diferenciar funcionalmente, mas inter-relacionando, o que é política de livre concorrência relacionada ao princípio constitucional daquilo que é a atividade, também constitucionalmente prevista e consagrada, de repressão ao abuso de poder econômico.

Ao diferenciar o campo do direito constitucional econômico do direito antitruste *stricto sensu* mas vinculá-los por meio de uma interpretação constitucional mais abrangente e calcada no constitucionalismo digital, procuraremos propor um algoritmo de reprodução sistêmica, hermenêutico, que possa orientar decisões de política pública e

de enforcement relacionados a livre concorrência na era digital, até mesmo no plano da alteração legislativa.

Mas, nosso ponto de partida aqui, é, como já afirmamos por diversas vezes, sempre crítico. Assim, devemos reconhecer que a discussão sobre desconstitucionalização/reconstitucionalização da livre concorrência precede à era digital ou ao componente por nós introduzido, do constitucionalismo digital (Schuartz, s.d).

O que podemos extrair de autores como Schuartz (s.d.), Frazão (2017) e J.M.A. Andrade (2014) citados alhures é que, embora partam de diferentes premissas, convergem no ponto que aqui nos importa a reflexão, por considerarmos ser uma inflexão necessária ao desenvolvimento do direito antitruste capaz de lidar com a economia digital. Com diferentes visões acerca de repercussões positivas e negativas do distanciamento do direito antitruste do direito constitucional todos reconhecem de certa forma uma circunscrição da política pública relacionada à livre concorrência à aplicação do direito antitruste pelas autoridades administrativas judiciárias em casos concretos.

Esta visão coincide, entre nós, com a atuação do Supremo Tribunal Federal em relação tanto ao princípio do art. 170, IV, como em casos envolvendo as decisões do CADE ou a aplicação da Lei 12.529/11 (e de sua antecessora a Lei 8.884/94). Uma breve análise de uma amostra desses casos⁸⁰ demonstra que ao menos três tendências: uma atuação deferente, quanto ao mérito, à atuação do CADE, talvez tendo como ápice a decisão do min. Luiz Fux no RE nº 1.083.955, julgado na 1ª Turma, no dia 28/05/2019 (Brasil, 2019); a revisão de decisões do CADE normalmente se dá pelo questionamento de constitucionalidade relacionados a direitos processuais, ou seja a aplicação de dispositivos relacionados ao processo administrativo e civil e sua concordância com a Constituição; com relação ao princípio da livre concorrência, previsto no art. 170, IV o uso argumentativo, reforçando a sua aplicabilidade e pervasividade no ordenamento jurídico e nas questões relativas a ordem econômica e ao direito econômico, mas raramente relacionado a questões relacionadas diretamente a aplicação da lei antitruste ou a proteção e defesa da concorrência de forma estrita.

É importante ressaltar que essa deferência, além de ser desejável em determinada medida em um sistema jurídico-constitucional que consagra a regulação como uma das

⁸⁰ Pesquisa realizada pelo nome do Cade enquanto parte e pelo portal A constituição pelo supremo, utilizando o art. 170, IV, da CF/88.

formas de intervenção legítima do Estado na economia e prevê a criação de entidades e órgãos do poder executivo, mediante lei específica e com competências executivas, também decorre, em boa parte, de um dos aspectos apontados pelos autores acima mencionados, qual seja, a especialização técnica e a consolidação institucional (inclusive internacional) da autoridade de defesa da concorrência.

Para além disso, tanto na vigência da Lei 12.529/11, como na Lei 8.884/94, a atuação do CADE, mesmo bastante influenciada pela comunidade antitruste internacional e pelos paradigmas econômicos neoclássicos de eficiência e consumer welfare, não deixou totalmente de tomar em consideração em suas decisões e seu processo decisório, outros valores e princípios constitucionais relacionados a livre concorrência, ao menos quando estes princípios e valores pudessem ter-lhes atribuído, uma “variável” concorrencial, ou seja, as situações concretas demandavam também a análise de outros fatores que embora aprioristicamente não interferiam diretamente na competição econômica poderiam em alguma medida influenciar esse processo. Não raras vezes, nestas situações, o CADE invocou, justamente, a sede constitucional da livre concorrência e seu contexto como um, mas não único, princípio da ordem econômica⁸¹

Assim, quando aqui defendemos uma (re)aproximação do direito da concorrência e da atividade regulatória estatal de repressão ao abuso do poder econômico, bem como da formulação da política de defesa da concorrência ao conteúdo constitucional do princípio da livre concorrência não estamos simplesmente mimetizando no sistema jurídico brasileiro a discussão relacionada aos objetivos do antitruste que ocorre internacionalmente ou ainda se apropriando um discurso de retorno às origens, que algumas correntes, como o neobrandeisianismo nos estados unidos por exemplo, conforme tratamos na segunda parte desse trabalho.

Pelo contrário, embora este debate influencie diretamente uma parte de nossos objetivos aqui, ao jogar luz acerca da necessidade de uma adaptação da política e do direito da concorrência para uma melhor governança da economia do mundo em transformação digital, o que procuramos demonstrar aqui é justamente, que a Constituição Federal de 1988, uma vez interpretada à luz do constitucionalismo digital, disponibiliza a capacidade institucional e o fundamento de validade tanto para uma atuação suficiente e tempestiva como para reformas e mudanças legislativas e normativas

⁸¹ V. nesse sentido a contribuição do CADE à roundtable sobre sustentabilidade da OCDE (2021).

necessárias. Ao recorrer à sua sede constitucional, o direito antitruste e a política de defesa da concorrência podem, reformular objetivos mais compatíveis com a preservação da inovação, adequar-se uma necessidade cada vez mais premente de interação entre o componente econômico global e o poder jurídico local, construir um regime de *accountability* em relação às *big Tech* e seu papel fundamental e além disso, permitir uma maior abertura sistêmica para uma resignificação adaptativa de seu conteúdo na era digital, inclusive pela atuação da corte constitucional em seu papel de *reframing*.

Dessa maneira, sair de uma posição tenorata de suposta neutralidade apolítica absoluta (e ilusória) e se transformar sem necessariamente perder as conquistas e avanços que essa posição lhe rendeu historicamente, como a aproximação dos sistemas jurídico e econômico, a autonomia decisória e a capacidade técnica e a preferência pelo consensualismo e por processos decisórios que contemplam soluções negociadas. Ao mesmo tempo, diante da importância que o controle do poder econômico assume no constitucionalismo digital, sobretudo diante do poder e influência das *big tech*, também o direito constitucional pode valer-se de uma melhor e mais abrangente incorporação da livre concorrência como princípio norteador de políticas públicas. Em um ambiente de extrema dependência dos ecossistemas controlados por poucos agentes econômicos, permitir a possibilidade de abertura e de dinamismo aos mais diferentes setores da economia, todos digitalizados, é fundamental também à construção do espaço público do mundo digital e, bem assim contribuir também para que o constitucionalismo digital se desenvolva no sentido de promover a democracia em um ambiente multifacetado e fragmentado, atendendo aos anseios da sociedade digital, que vão muito além das fronteiras do estado e necessitam ser absorvidos pelo sistema jurídico estatal

A reconstitucionalização da livre concorrência surge, pois, também como uma resposta possível aos desafios contemporâneos que envolvem o fortalecimento da soberania estatal no contexto econômico global e a adaptação às novas dinâmicas do mercado digital. A partir da Constituição Federal de 1988, a livre concorrência foi elevada ao patamar de princípio estruturante da ordem econômica, refletindo um compromisso com a pluralidade de atores econômicos e a proteção do consumidor. Além disso, ao lado do princípio da livre iniciativa, também expressamente protegido na Constituição e da intervenção excepcional do Estado na economia, princípio implícito e que decorre de diversos dispositivos constitucionais, incluindo de maneira mais direta o art. 173, a livre concorrência forma um tripé principiológico que deve ser apto, via hermenêutica

constitucional, a compatibilizar a abertura e liberdade dos mercados com políticas industriais, sociais e de fomento advindas do Estado. Em um momento em que, conforme já dispusemos na segunda parte deste trabalho, parece ser fundamental o papel da inovação como motor da economia e competitividade internacional, bem como a necessidade de políticas públicas de fomento nesse sentido, a reafirmação deste tripé na ordem econômico também ganha relevo.

Assim ao mesmo tempo em que se deve privilegiar a concorrência nos mercados e a transformação pró-competitiva dos mesmos pelo componente digital, que os dinamiza e transforma, no contexto do constitucionalismo digital, o conceito de concorrência assume uma dimensão adicional, relacionada à necessidade de accountability das grandes plataformas tecnológicas (*big techs*) e à promoção de valores democráticos. E também nesse aspecto, a interação constante entre o local e o global na era digital exige uma coordenação mais complexa entre políticas públicas, que precisam estar alinhadas com princípios que transcendem as fronteiras do Estado. Da mesma forma que o constitucionalismo do pós-guerra se legitimou nas declarações internacionais de direito, também o constitucionalismo digital se legitima com a formulação e coordenação de paradigmas globais de direitos relacionados a era digital. E a concorrência nesse aspecto assume papel central, justamente, pela existência dos novos ecossistemas e seus controladores.

O papel da concorrência, nesse cenário, é duplo: por um lado, protege a soberania dos Estados, sua competitividade e sua importância no cenário de poder diante da expansão das *big techs*, e, por outro, promove a inclusão social ao garantir acesso a produtos e serviços diversificados e competitivos. Assim, a reconstitucionalização da livre concorrência representa um mecanismo de defesa da democracia e dos direitos fundamentais em um ambiente digital que frequentemente escapa ao controle estatal tradicional.

7.2. A DIFERENCIAÇÃO FUNCIONAL ENTRE A LIVRE CONCORRENCIA E A DEFESA DA CONCORRENCIA NA CF/88

A Constituição Federal de 1988 consolidou a livre concorrência como um dos princípios fundamentais da ordem econômica brasileira, expressa no art. 170, IV. Esse princípio, ao mesmo tempo em que estabelece um ambiente de liberdade para a atuação

dos agentes econômicos, exige que o Estado adote políticas que assegurem uma competição saudável e livre de práticas abusivas. No entanto, é possível fazermos, entre nós, uma distinção fundamental entre o conceito de “livre concorrência” e o de “defesa da concorrência” na Constituição. Vale dizer que, ao menos do ponto de vista teórico o direito antitruste é um subsistema jurídico que se fundamenta no princípio da livre concorrência e pretende realiza-lo por meio de leis e normas que previnem e reprimem atos que a ele sejam contrários.

Neste sentido, o Estado regula a atividade econômica para garantir a liberdade dos agentes de competir. A partir dessa regulação, é o direito, interpretado com conceitos oriundos da ciência econômica, quem define dentro do código lícito ou ilícito o que respeita ou não o princípio constitucional. Nesse ponto as ideias de livre concorrência e defesa da concorrência coincidem, sendo essa a aplicação concreta daquela. Não obstante, quando pensamos na livre concorrência como um princípio da ordem econômica em conexão com dois princípios fundamentais da república (a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa) e ladeado por outros princípios que também permeiam outros títulos e capítulos da constituição, como a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente e a redução das desigualdades, resta claro que a ideia de livre concorrência deve ir além da sua defesa concreta nos mercados mediante a repressão e prevenção ao abuso do por econômico.

Além de se compatibilizar e integrar estes outros princípios da ordem econômica a livre concorrência também informa outros direitos, liberdades e garantias constitucionais naquilo que se refere ao impacto deles nesta ordem econômica. Como direito humano de segunda dimensão, relaciona-se com outros direitos econômicos e sociais consagrados no constitucionalismo global, bem como com os direitos de terceira e quarta geração, relacionados à democracia substantiva, ao pluralismo político e de ideias, a liberdade de informação e ao meio ambiente e desenvolvimento sustentável. Nesse sentido, além de não poder ser resumido à defesa da concorrência, deve compor e informar outras políticas públicas em sua formulação e interpretação.

E o próprio constituinte nos forneceu uma amostra de como isso deveria funcionar, ao dispor, por exemplo, sobre a proibição de monopólios ou oligopólios diretos ou indiretos nos meios de comunicação, no Art. 220, §5º. Este dispositivo aliás, na tentativa de ressignificar o conteúdo jurídico do princípio da livre concorrência à luz do constitucionalismo digital assume uma nova e relevante importância, sobretudo para

fundamentar uma capacidade estatal proativa de regulação concorrencial por parte do CADE diante das big tech, razão pela qual o analisaremos mais detidamente adiante.

Assim, o que propomos no presente trabalho é, também, uma diferenciação funcional entre o princípio da livre concorrência como norteador da ordem econômica e a defesa da concorrência *in concreto* mediante a repressão a abuso de poder econômico. Essa diferenciação não significa que ambas as ideias não estejam conectadas, ao contrário, é estabelecida entre elas uma relação de continente e conteúdo, sendo a defesa da concorrência diretamente derivada e influenciada pelo princípio constitucional correlato. A livre concorrência funciona, pois, como um princípio norteador da ordem econômica e das políticas públicas, servindo como continente que delimita e orienta o campo de atuação da defesa da concorrência, como previsto no art. 170, IV da CF/88. A defesa da concorrência, por sua vez, é o conteúdo operacionalizado por meio de órgãos específicos, como o CADE, que atuam para prevenir e punir condutas anticoncorrenciais, em linha com o disposto no art. 173, §4º da CF/88. Em outras palavras, a livre concorrência estabelece as diretrizes gerais que devem guiar o mercado e, em conformidade com esse princípio, a defesa da concorrência age para assegurar que essas diretrizes sejam respeitadas, combatendo monopólios e práticas predatórias.

Essa diferenciação tem dupla utilidade: amplia o conteúdo e a pervasividade do princípio constitucional e da política pública relacionada a livre concorrência e, ao mesmo tempo, permite uma adaptação da defesa da concorrência e um ajuste de seus objetivos institucionais com base em fundação constitucional sem necessariamente abrir mão de sua independência técnica e autonomia decisória para decidir sobre casos concretos.

Além disso, essa relação hierárquica permite que o princípio constitucional da livre concorrência informe a formulação de políticas públicas em suas três dimensões principais: polity (estrutura política e institucional), politics (processo de tomada de decisão) e policy (conteúdo das políticas)⁸². Desse modo, o princípio constitucional da livre concorrência não apenas guia a atuação do CADE e pode incrementar seus mecanismos, procedimentos e objetivos a partir de uma hermenêutica baseada no constitucionalismo digital, mas também fundamentar uma série de políticas e regulamentações que buscam garantir uma economia competitiva, acessível e que ao

⁸² O uso dessa classificação é amplamente utilizada na ciência política, surgindo da tradição anglo-saxônica representada por autores como Lasswell (1956), Dye (1972) e por Frey (2000), Pennings (2006), Zimmermann (2008) e Secchi (2010)

mesmo tempo se direcione ao bem-estar do consumidor, mas também ao fomento e proteção da inovação (e dos inovadores), bem como a necessidade de garantir a abertura à livre iniciativa nos mais diferentes mercados digitais e digitalizados.

Seguindo as dimensões polity, politics e policy, oriundas da ciência política, podemos ter uma visão integrada sobre como o princípio da livre concorrência impacta a formulação de políticas públicas, abrangendo desde a estrutura institucional até o conteúdo das políticas:

(i) Polity: Estrutura Política e Institucional

Na dimensão polity, nos referimos à ordem do sistema político e sua estrutura institucional. Ou seja, aqui nos referimos à ordem econômica e a previsão constitucional de defesa da concorrência ao mesmo tempo, dado que estamos tratando tanto do sistema jurídico como da estrutura político-administrativa responsável pela política pública. Aqui, a livre concorrência é vista como um princípio estruturante que molda o aparato institucional e jurídico do Estado brasileiro e direciona a organização econômica. Esse princípio determina a constituição de instituições como o Cade, que são essenciais para operacionalizar a defesa da concorrência de acordo com o ordenamento constitucional. A Constituição de 1988, ao garantir a livre concorrência, oferece uma base sólida para a estruturação de um sistema institucional comprometido com a preservação de um mercado competitivo, evitando práticas monopolistas ou predatórias. Aqui também se insere a determinação do art. 220, §5º da Constituição que proíbe o monopólio ou oligopólio direto e indireto dos meios de comunicação social. A dimensão polity implica também a responsabilidade do Estado em assegurar que suas normas e estruturas institucionais atendam a princípios constitucionais de igualdade, justiça social e proteção ao consumidor, formulados no texto a partir dos princípios fundamentais e também dos sistema de proteção e garantia de direitos e liberdades fundamentais, bem como dos direitos sociais e econômicos. É também nesta dimensão que identificamos o “hibridismo” constitucional com relação ao seu propósito

duplo: social e liberal⁸³ e nos baseamos para identificar a existência, na relação entre Estado e sociedade na economia, de um tripé principiológico baseado na livre iniciativa, livre concorrência e intervenção excepcional do Estado na economia. Da mesma forma, ao configurar a atuação do CADE e outras agências reguladoras, a CF/88 estrutura o cenário onde a defesa da concorrência ocorre, oferecendo um limite e um norte para o desenvolvimento institucional.

(ii) Politics: Processo de Tomada de Decisão

Quanto à dimensão *politics*, esta se relaciona diretamente com os processo da dinâmica política dinâmica política, que envolve a competição pelo poder entre forças e agentes políticos, bem como a representação de diversos grupos de interesse (como o poder econômico por exemplo) e ao processo de tomada de decisão, que envolve as relações entre poderes do estado, bem como entre o Estado, o mercado e a sociedade civil no contexto das políticas públicas. Assim, para a política pública de livre concorrência, o princípio constitucional orienta o debate político, exigindo que os impactos sobre a competitividade e pluralidade do mercado sejam sempre considerados, bem como o princípio da menor intervenção e da livre iniciativa. No processo decisório, esse a livre concorrência age como um contrapeso às pressões de grupos econômicos influentes, promovendo decisões que visem o bem público e o equilíbrio do mercado. A política de defesa da concorrência, baseada no princípio constitucional, deve considerar os interesses da sociedade e buscar transparência nas decisões, limitando a interferência de interesses monopolísticos ou oligopolísticos. A dimensão *politics* também destaca a importância da atuação independente e técnica dos órgãos de defesa da concorrência, mas com *accountability* e transparência. Assim, ao mesmo tempo em que exige técnica e independência decisória do Cade, exige que dentro do devido processo legal de seus procedimentos, da missão institucional que lhe é confiada e da priorização do *enforcement* que lhe compete, sejam considerados também fatores extraídos dessa dinâmica política. A

⁸³ V. Ferraz Jr (1997)

consideração dessa dimensão a partir de um princípio constitucional permite que em oposição a uma ilusória atuação completamente neutra, hermética e apolítica, os *inputs* advindos da sociedade (e no nosso caso a sociedade é tanto analógica como digital) sejam considerados no processo decisório e de hermenêutica e aplicação da Lei 12529/11.

(iii) Policy: Conteúdo das Políticas Públicas: A dimensão policy está ligada ao conteúdo específico das políticas públicas, que se traduzem em ações concretas para promover um ambiente de concorrência saudável. Sob a ótica da livre concorrência, a política deve contemplar a prevenção de abusos econômicos, incentivando a inovação, a eficiência e a proteção ao consumidor. Isso inclui políticas voltadas a combater práticas anticoncorrenciais, apoiar o desenvolvimento de um mercado diversificado e oferecer melhores condições para a atuação de novos entrantes. A aplicação prática desse princípio resulta na implementação de políticas que protejam o consumidor e assegurem acesso a uma variedade de produtos e serviços. A dimensão policy é a operacionalização do princípio de livre concorrência, traduzindo-o em ações que impactam diretamente a vida dos cidadãos. Ao regular e fiscalizar o mercado, a policy impulsiona uma economia mais inclusiva e competitiva, consolidando o papel do Estado na promoção de justiça social e eficiência econômica. Nesta dimensão, a da *policy*, é que a Constituição exercerá sua função de horizonte e limite, permitindo a adaptação e tradução das necessidades da era digital para uma atuação concreta mais efetiva do princípio constitucional da livre concorrência como um valor a ser considerado na formulação de políticas públicas, sobretudo na política econômica, mas também na concretude da política de defesa da concorrência, permitindo, por exemplo, a implementação de novos mecanismos e procedimentos de atuação do CADE para dar conta dos desafios da era digital, como os que descrevemos na segunda parte desse trabalho, por exemplo, a necessidade de uma atuação mais tempestiva e suficiente, e nesse sentido mais proativa e especial, em relação a determinados agentes econômicos que dominam os ecossistemas digital gerando dependência, sobretudo econômico, as chamadas Big Tech.

Essa análise das dimensões **polity**, **politics** e **policy** reflete como o princípio de livre concorrência transcende a defesa da concorrência em si, abrangendo todos os aspectos da formulação de políticas públicas. Ao influenciar cada uma dessas dimensões, a livre concorrência garante que a ordem econômica seja estruturada, implementada e monitorada de forma coerente com os valores constitucionais.

Pelo lado da defesa da concorrência, ao mesmo tempo em que deve seguir as orientações gerais do princípio constitucional da livre concorrência, precisa preservar sua autonomia e independência técnica para agir de forma imparcial e objetiva. Essa independência é essencial para que o Cade possa exercer suas funções regulatórias sem interferências políticas ou econômicas. No entanto, essa independência técnica não exclui a necessidade de abertura cognitiva, isto é, uma visão ampliada que considere os impactos sociais e econômicos das decisões, à luz de um princípio de livre concorrência reformulado para os desafios contemporâneos.

Ao considerar a defesa da concorrência sob um princípio reformulado, as práticas de fiscalização e julgamento podem ser aprimoradas para responder a questões como a concentração de poder econômico nas mãos de grandes corporações digitais, a definição e a medida do poder econômico dentro de ecossistemas digitais, o impacto da inovação em fusões e aquisições, a contestabilidade dos mercados, o papel da evolução tecnológica em mercados tradicionais e a absorção da inovação na digitalização dos mercados pelos diferentes agentes econômicos, e a convivência de agentes e mercados *online e offline*, aspectos que desafiam o equilíbrio da concorrência em uma economia cada vez mais globalizada e digitalizada. Esse alinhamento com um princípio renovado de livre concorrência permite uma aplicação mais dinâmica e adaptada às novas realidades econômicas e tecnológicas, bem como a formulação de novas teorias, econômicas e jurídicas, para aferição de condutas danosas à concorrência e das diferentes expressões do exercício abusivo ou não do poder econômico.

Como podemos pensar, de maneira mais pragmática e concreta o papel dessa hermenêutica constitucional baseada no constitucionalismo digital da forma aqui proposta, isto é, a partir da reconstitucionalização do princípio da livre concorrência e da sua diferenciação funcional da defesa da concorrência nos termos acima propostos. No próximo capítulo procuraremos demonstrar a repercussão direta disso na aplicação da Lei 12.529/11 pela CADE e na atuação concreta dessa autarquia. Mas antes, vale a pena

delinear nosso ponto de partida, qual seja, o papel exercido pela Constituição e sua interpretação (inclusive, quando necessário, pelo poder judiciário e, em última análise, pela corte constitucional). Nesse sentido, procuramos desenvolver três funções hermenêuticas a partir do texto Constitucional: como horizonte normativo, como limite de atuação estatal e como um algoritmo para a tomada de execução tanto na formulação como execução de políticas públicas relacionadas ao programa constitucional

7.2.1. A CONSTITUIÇÃO COMO HORIZONTE

A Constituição Federal de 1988 na esteira do constitucionalismo do pós-guerra inaugura no sistema jurídico brasileiro um programa constitucional que se baseia na limitação do poder do Estado, mas, assim como a tradição e legitimidade global da qual faz parte, também uma carta de proteção, garantia e promoção de direitos e liberdades fundamentais. Ainda que tardiamente, de forma extremamente analítica e abrangente, a Constituição impõe ao Estado brasileiro uma série de deveres acompanhados de poderes e previsões de complemento legislativo para a realização desse programa. Não é por acaso que destina títulos completos ao que denomina ordem econômica e ordem social, manifestando claro intento do constituinte em, de fato, ordenar o presente e o futuro, por meio de uma estrutura institucional e jurídica com força normativa e pervasividade na sociedade.

Assim, a Constituição Federal de 1988 configura-se como um horizonte normativo. Para o sistema jurídico, além de ser o acoplamento estrutural com os sistemas da política, da economia, da sociedade, e de representar, na forma de princípios e direitos fundamentais, a aquisição evolutiva daquilo que esse sistema consagra como valores a serem protegidos e implementados na forma do direito, o programa constitucional representa um verdadeiro “horizonte de justiça” (Vianna, 2013), a informa toda e qualquer interpretação do direito a partir de então. Por meio de sua interpretação, constantemente ressignificada pelo papel central exercido pelo STF com relação a outros direitos fundamentais da era digital, como proteção de dados principalmente⁸⁴, este horizonte normativo permite uma adaptação e perenidade do programa constitucional, restabelecendo sua força normativa diante da dinâmica de mutação da sociedade e da

⁸⁴ A atribuição de direito fundamental à proteção de dados pelo STF levou posteriormente a edição de Emenda Constitucional pelo Congresso Nacional, estabelecendo esse direito expressamente no rol do art. 5º da CF/88.

economia. Assim que, diante da transformação digital, a adoção de um constitucionalismo também digital permite a atualização e adaptação desse programa a partir do horizonte normativo de proteção e promoção de direitos que deve ser preservado como conquista, bem como a reformulação ou ampliação desse horizonte conforme se faça necessário para restabelecer a força normativa do texto.

Nesse sentido, o art. 170 da CF/88 e seus princípios estabelecem o horizonte normativo para a ordem econômica em geral e, em particular para a livre concorrência. Este horizonte considera a aplicação conjunta dos princípios formadores da ordem econômica e destes com os demais princípios constitucionais. Assim, define não apenas as diretrizes da política econômica interna, mas também os limites e os objetivos de integração econômica com outras nações, considerando inclusive, as necessidades supranacionais e globais e necessidade de preservação da soberania nacional e da competitividade do país no cenário internacional.

No contexto de um mundo cada vez mais globalizado, a livre concorrência não pode ser interpretada isoladamente. A Constituição, ao estabelecer um horizonte normativo, destaca a importância de que o Brasil participe ativamente de acordos e regulações internacionais que promovam a concorrência e combatam práticas anticoncorrenciais transnacionais. A integração regional, especialmente no âmbito do Mercosul e de outros blocos econômicos, exige que o país adote uma postura ativa na harmonização das regras de concorrência, criando um ambiente onde as empresas possam operar sob normas semelhantes e previsíveis. Esse cenário de integração se reformula e exige nova atenção quando nos deparamos com a existência de fenômenos paraestatais que exercem poder e capacidade de controle e conformação social por meio do poder econômico, como é o caso das *big tech*. Também exige uma maior cooperação entre a pluralidade de atores políticos formais e informais diante de fronteiras territoriais mais fluidas e da intensidade e velocidade das comunicações, das informações e da interação de dados característicos da era digital.

Esse horizonte constitucional de integração visa também proteger os interesses econômicos do Brasil, permitindo a entrada de empresas estrangeiras de forma competitiva, mas dentro de um mercado regulado que proteja os direitos dos consumidores, usuários e garanta a equidade no ambiente de negócios, sobretudo diante da dependência econômica da livre iniciativa brasileira aos ecossistemas globais. A harmonização das políticas de defesa da concorrência é essencial para prevenir o

surgimento de monopólios transnacionais que possam enfraquecer a economia brasileira e prejudicar a concorrência e os consumidores brasileiros, mas, também, violar direitos e garantias fundamentais prevista na constituição.

Além de sua função econômica, a Constituição como horizonte normativo abrange também a realização de valores constitucionais fundamentais, como a soberania nacional e a justiça social, também aqui repaginada para combater a exclusão digital. A defesa da concorrência, orientada por esses valores, busca garantir que o mercado sirva aos interesses da sociedade, promovendo a inclusão econômica e evitando que grandes corporações abusem de seu poder.

A primazia do princípio constitucional da livre concorrência na interpretação e aplicação da lei reflete-se na criação de políticas públicas que respeitam esses valores. A constituição funciona, assim, como uma bússola que direciona as políticas econômicas para além dos interesses imediatos, promovendo uma ordem econômica alinhada aos direitos e garantias individuais e sociais. Esse horizonte normativo permite uma interpretação dinâmica e atualizada dos princípios constitucionais, considerando os novos desafios da economia digital e das práticas comerciais internacionais. Como tal, a Constituição oferece um guia para a elaboração de políticas econômicas que sejam não apenas tecnicamente adequadas, mas também socialmente justas e internacionalmente coordenadas. Entendido à luz do constitucionalismo digital, esse horizonte permite que o princípio da livre concorrência seja resignificado em direção a uma maior capacidade estatal de reagir ao poder econômico das Big Tech e, ao mesmo tempo, promover a inovação e a inclusão digital.

7.2.2. A CONSTITUIÇÃO COMO LIMITE

A Constituição Federal de 1988, além de funcionar como um horizonte normativo, estabelece limites claros para a atuação do Estado na defesa da concorrência. Esses limites asseguram que a intervenção estatal, ainda que necessária para regular o mercado e proteger os consumidores, ocorra dentro de um marco constitucional que respeite a autonomia do mercado e a liberdade dos agentes econômicos. Nesse contexto, a Constituição atua como um parâmetro que orienta a atuação do Estado e das instituições, delimitando o escopo da regulação econômica. Uma releitura do princípio constitucional

da livre concorrência à luz do constitucionalismo digital e a reaproximação desse princípio à atividade de defesa da concorrência exercida pelo CADE também impõe a ressignificação desses limites de maneira adequada a era digital.

Assim, na interpretação constitucional, ainda tendo como norte o tripé principiológico da livre iniciativa, livre concorrência e a intervenção excepcional do Estado na economia, a política de defesa da concorrência deve procurar legitimidade para, dentro desses limites, reformular a sua atuação diante dos desafios da era digital. Ao mesmo tempo em que se deve buscar uma interpretação da Lei 12.529/11 adaptada ao ambiente digital, também são necessários uma reavaliação e um diagnóstico da suficiência e da tempestividade dessa lei nesse novo ambiente, de forma que não haja um desbalanceamento entre os três princípios acima citados diante de uma interpretação extremamente restrita dos limites impostos pela constituição.

Pelo contrário, ao ressignificar o princípio da livre concorrência deve-se ter em conta a importância que o controle do poder econômico assume na era digital, tanto sob o prisma das oportunidades que a inovação traz ao ambiente competitivo e à inclusão digital (e assim a consecução de outros princípios constitucionais, como os relacionados a ordem social, por exemplo), como sob o prisma da manutenção da soberania nacional e da força normativa da constituição e dos princípios democráticos diante da atuação das Big Tech. Para o exercício dessa dupla função, isto é, de possibilitar uma política de defesa da concorrência que potencialize as oportunidades da era digital e ao mesmo tempo seja capaz de oferecer contestabilidade ao poder econômico das *big tech*, é importante que se encontre um equilíbrio na aplicação do princípio da livre concorrência entre privilegiar um Estado muito intervencionista de um lado ou extremamente leniente de outro.

Nesse sentido, parece-nos que a própria Constituição nos oferece um caminho bastante interessante de potencialização do princípio livre concorrência em combinação com outros princípios da ordem econômica. Parece-nos fundamental nesse ponto, estabelecer de forma definitiva, no sentido do constitucionalismo digital, a necessária correlação entre o princípio constitucional da livre concorrência, a repressão ao abuso do poder econômico (art. 173, §4º) e o art. 220, § 5º da Constituição Federal. Dado ao exercício hermenêutico que é proposto nesse trabalho, de repensar a livre concorrência à luz do constitucionalismo digital, parece fundamental que a proibição dos monopólios e oligopólios dos meios de comunicação prevista na Constituição Federal seja também

ressignificada pensando nos meios de manifestação, comunicação e socialização da sociedade digital, representados nos ecossistemas digitais controlados pelas *big tech* e seu poder econômico, como parte indissociável da realização do princípio da livre concorrência na era digital e ponto fundamental de transformação ativa da defesa da concorrência, estabelecendo um novo limite dentro da hermenêutica do tripé entre livre iniciativa, livre concorrência e intervenção excepcional do Estado na economia.

Nesse intento, parece necessário uma análise da forma como o art. 220, §5º da Constituição Federal, tem sido interpretado até hoje, tanto pelo STF, como pelo próprio CADE e outros entes estatais.

7.2.2.1 A PROIBIÇÃO DOS MONOPÓLIOS E OLIGOPÓLIOS DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO, SUA (RE)INTERPRETAÇÃO SEGUNDO O PRINCÍPIO DA LIVRE CONCORRÊNCIA NA ERA DIGITAL EM RELAÇÃO ÀS BIG TECH.

O art. 220, § 5º da Constituição Federal de 1988, proíbe expressamente que os meios de comunicação social possam, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio. A inclusão desse dispositivo na ordem social no que se refere ao direito de comunicação é parte da concretização, por este mesmo art. 220, das liberdades fundamentais de opinião, expressão, e informação, alicerces de um Estado democrático.

Ao dispor que a manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação sob qualquer forma, processo ou veículo não podem sofrer restrições de nenhuma natureza, observado o disposto na Constituição, o texto constitucional assevera a garantia ao pluralismo democrático necessário, veda a censura e outros tipos de restrição. Adicionalmente, procurou o constituinte originário proibir que essas liberdades, tão fundamentais ao Estado democrático sejam alvo de restrições em virtude do poder econômico de determinados agentes que detém, controlam ou influenciam a comunicação social, notadamente, os meios de comunicação.

Este dispositivo constitucional, para além de informar a política de defesa da concorrência no setor específico dos meios de comunicação, tem servido também para garantir a competitividade e fundamentar regulamentações desses meios, sobretudo por meio de regulações setoriais, quando é o caso, ou seja, quando se trata de setores ou indústria definida que ou pela exploração de bem público ou pelo risco de externalidades negativas esteja sujeito a regulações setoriais do tipo comando controle, como é por exemplo, o caso das concessões de radiodifusão ou mesmo da produção audiovisual. Assim, embora o dispositivo constitucional pareça ter aplicabilidade imediata, o que

permitiria ao Estado uma intervenção direta, por meio de lei e de seus órgãos para impedir tais oligopólios e monopólios, sua interpretação tem sido mais principiológica do que no sentido de informar a regulação e a aplicação das leis concorrenciais no setor. Assim, embora durante muito tempo tenha se buscado por meio desse dispositivo fundamentar projetos de lei de regulação da mídia de maneira geral, a possibilidade dessa regulação também resultar em uma restrição estatal à liberdades que o dispositivo visa a proteger fez com que ele tenha sido interpretado de maneira adjacente a outras políticas públicas, sobretudo pelo CADE, Anatel e Ancine.

Por outro lado, o referido § 5º do art. 220 já foi por algumas vezes alvo de interpretação constitucional pelo STF. A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6.387 MC-REF, julgada em 2020 sob relatoria da ministra Rosa Weber, tratou da proteção de dados pessoais e da liberdade de informação. O Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a necessidade de proteger os dados pessoais como uma extensão da liberdade de expressão e comunicação, destacando a relevância do *pluralismo informativo como fundamento essencial para a democracia*. Já a ADI 2.404, julgada em 2016 sob relatoria do ministro Dias Toffoli, tratou da classificação indicativa e da liberdade de programação das emissoras de comunicação. O STF reafirmou o direito das emissoras à liberdade de programação e enfatizou a importância da diversidade na comunicação social. O Tribunal também mencionou o §5º do artigo 220 da Constituição como uma garantia do *pluralismo informativo, reforçando a necessidade de um ambiente midiático diverso e inclusivo*. A principal utilização do dispositivo pelo STF deu-se no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, realizado em 2009 e relatado pelo ministro Carlos Britto, em que o Tribunal abordou a constitucionalidade da Lei de Imprensa. O tribunal declarou que a Lei de Imprensa não foi recepcionada pela Constituição de 1988 e reafirmou *a importância do pluralismo na mídia, alertando que a concentração midiática pode comprometer a livre circulação de ideias, essencial para a construção de uma sociedade democrática*.

.Destas decisões da suprema corte, se pode retirar um núcleo contitudístico para o dispositivo constitucional que importa ao nosso exercício aqui. Em suma, das decisões pode-se depreender que: o pluralismo informativo é um componente essencial da democracia e que pode ser obstaculizado pela concentração do poder econômico. O STF considera o pluralismo informativo como valor constitucional fundamental e por isso a

diversidade de fontes de informação é essencial para a democracia. Nesse sentido, deve o Estado atuar para prevenir concentrações excessivas dos meios de comunicação e, assim, garantir a diversidade de vozes no espaço público. Tais limites às concentrações devem ser feitos mediante mecanismos regulatórios e a vedação a arranjos que possam caracterizar monopólio ou oligopólio. E é nesse sentido que o dispositivo ainda gera discussão, não resolvida pelo STF, sobre a necessidade de ser regulamentado por lei específica que defina parâmetros do que deveria ser considerado oligopólio ou monopólio no setor. Não obstante, como já afirmamos, o dispositivo tem sido utilizado: a) pelo Cade na análise de fusões e aquisições no setor, bem como em condutas anticompetitivas; b) pela Anatel na regulação das concessões de radiodifusão, e; c) pela Ancine na regulação do setor audiovisual.

Embora em todas essas aplicações o princípio da livre concorrência esteja subjacente, dado que o conceito de oligopólio e/ou monopólio, em regra, nada mais é que o oposto ao de livre concorrência, nos interessa particularmente para nosso propósito dois aspectos: a) a possibilidade de extensão do conceito de meios de comunicação para o meio digital e, particularmente, para os ecossistemas controlados pelas Big Tech: e, b) a forma como o CADE tem utilizado o art. 220, §5º em consonância com o princípio da livre concorrência e como isso deve ser reinterpretado à luz do constitucionalismo digital.

Com relação ao primeiro ponto, o próprio STF tem interpretado o dispositivo de maneira ressignificada, reconhecendo a necessidade de incorporação aos meios de comunicação também os meios de comunicação digital. A dificuldade talvez principal seja diferenciar, no meio digital o que não é meio de comunicação. Dado os diferentes modelos de negócio, normalmente ancorados em um tipo de produto ou serviço principal (como um sistema operacional, um buscador, uma rede social ou um dispositivo/hardware) a tradução dos ecossistemas digitais, ou das diferentes plataformas digitais que o compõe em meios de comunicação não é totalmente automática. Em alguma maneira, dada a forma como as relações da sociedade digital se constroem, baseada sobretudo na tradução de todos os componentes das trocas sociais em dados, sempre se pode afirmar que os agentes econômicos nos mercados digitais ou digitalizados possuem alguma camada de *media*. Contudo, observada essa característica também não se pode negar que um determinado grupo desses agentes econômicos, notadamente os que aqui nos referimos por *big tech* controlam o acesso a meios de comunicação de maneira

fundamental, tornando aqueles que desejam participar de seus ecossistemas dependentes e submetidos a estes meios.

Nesse sentido tais agentes concentram poder, mediante controle de acesso, de comportamentos e de utilização de meios de comunicação fundamentais ao desenvolvimento das relações sociais e, sobretudo, econômicas no mundo atual. Assim, parece-nos bastante adequado que podemos considerar que estes agentes se constituem de alguma maneira como monopólios nos ecossistemas que controlam e como oligopólios na relação entre estes ecossistemas. Esse controle dos meios de comunicação digital por meio de seus ecossistemas já inclusive deu mostras das capacidades destes agentes de interferir positiva ou negativamente em questões relacionadas ao pluralismo democrático, processos eleitorais ou na disseminação de informações falsas e discursos de ódio. Mas para além disso ele também se revela do ponto de vista econômico, causando dependência e dominação dos mercados digitais e controlando a entrada de novos agentes e da inovação.

Uma ressignificação do art. 220, § 5º no constitucionalismo digital implicaria na aplicação da proibição de monopólios e oligopólios dos meios de comunicação para as Big Tech, mediante uma releitura do que significa propriamente deter monopólio/oligopólio no ambiente digital, entendido como concentrar poder econômico e controle de acesso aos ecossistemas digitais com possibilidade de extrair destes benefícios e vantagem típicas de figuras monopolísticas/oligopolísticas em mercados tradicionais.

E, ainda nesse sentido, importa também a interpretação do Cade quanto ao dispositivo, como no caso envolvendo Abril Comunicações S.A. e Editora O Dia S.A., analisado em 2016, decidido pela aprovação com restrições. O fundamento constitucional do Art. 220, §5º foi citado expressamente, justificando a imposição de remédios estruturais para evitar concentração excessiva. Entre as medidas impostas, destacou-se a alienação de ativos específicos como requisito para a aprovação da operação.

Em 2019, no caso entre o Grupo Globo e o Grupo Fox, a análise considerou o dispositivo constitucional na delimitação do mercado relevante, avaliando o impacto na pluralidade de fontes de informação. A operação foi aprovada com condições comportamentais, incluindo compromissos voltados à manutenção da diversidade informativa. Em outro caso relacionado a práticas anticompetitivas no mercado de TV

por assinatura, o processo administrativo nº 08012.003048/2001-31 resultou na condenação por práticas restritivas. A vedação constitucional a monopólios e oligopólios foi expressamente mencionada, culminando na aplicação de multas significativas como sanção pelas condutas ilícitas.

Já o caso entre Disney e Fox, analisado em 2019, recebeu extensa consideração do Art. 220, §5º da Constituição. A avaliação destacou os impactos no pluralismo informativo, resultando na aprovação da operação condicionada a remédios estruturais e comportamentais significativos.

A análise dos casos considera as especificidades do mercado de mídia, segmentando-o por tipo de conteúdo e avaliando sobreposições horizontais e verticais. Essa segmentação é essencial para delimitar o impacto concorrencial de operações ou condutas. A avaliação também abrange custos fixos e irreversíveis, barreiras regulatórias e economias de escala e escopo, que influenciam a possibilidade de entrada de novos concorrentes no mercado. Os índices de concentração aplicados são adaptados para o mercado de mídia, incluindo análises de participação de mercado e poder de portfólio, permitindo identificar o impacto potencial de operações em termos de domínio competitivo. Os remédios aplicados incluem medidas estruturais, como desinvestimento de ativos, venda de participações acionárias e separação de unidades de negócio. Além disso, há remédios comportamentais, como compromissos de não discriminação, garantias de acesso a conteúdo e limitações na aquisição de direitos exclusivos.

As decisões mostram uma análise multifacetada, considerando aspectos econômicos e constitucionais, e avaliando o impacto na diversidade de conteúdo e em mercados relacionados. Entre as preocupações recorrentes estão a concentração vertical, o poder de barganha, o acesso a conteúdo e a diversidade editorial. A análise dos mercados de mídia tem se tornado mais sofisticada, com o desenvolvimento de remédios específicos e uma consideração crescente de aspectos digitais, refletindo a complexidade crescente dos mercados e a necessidade de regulação adaptada às novas dinâmicas tecnológicas.

Em síntese conclusiva, a Constituição Federal de 1988 impõe um limite claro a concentração excessiva de meios de comunicação, pois vincula diretamente essa

concentração a um risco ao pluralismo democrático e a garantia de liberdades fundamentais que são seus alicerces.

Assim na consideração do papel constitucional de limite hermenêutico, a relação entre livre iniciativa, livre concorrência e intervenção estatal excepcional na economia deve levar em consideração essa especificidade, qual seja, a de que o peso da intervenção é necessariamente maior quando exigido para se evitar a concentração desses meios. Traduzido para o constitucionalismo digital, a existência de agentes econômicos dominantes de ecossistemas deve induzir uma maior intervenção estatal sobre a concentração excessiva de poder econômico destes agentes.

Ainda que, considerando o tripé principiológico, se entende, como tem sido o entendimento do STF, que a Constituição não autoriza uma quebra direta do monopólio/oligopólio de meios pelo Estado, a sua regulação é uma exigência democrática, que deve fundamentar a atuação da defesa da concorrência nesse sentido. Além disso a previsão constitucional deve servir como orientação às políticas públicas de defesa da concorrência na era digital, dado principalmente o caráter de *media* das *big tech*.

Assim, o constitucionalismo digital não só autorizaria como não prescindiria de medidas de ampliação do escopo da defesa da concorrência para uma regulação das *big tech* de forma mais interventiva, tempestiva e suficiente. O princípio da livre concorrência no constitucionalismo digital possui, pois, também, o caráter de fundamentar o controle proativo do poder econômico oriundo da detenção dos meios de comunicação no ambiente digital.

7.2.3. A CONSTITUIÇÃO COMO ALGORITMO HERMENEUTICO PARA A TOMADA DE DECISÃO

Um terceiro e último papel concreto da Constituição Federal de 1988 na hermenêutica aqui proposta é sua utilização como um algoritmo. O conceito de algoritmo, oriundo das ciências exatas refere-se a uma sequência finita de ações executáveis que visam obter uma solução a um determinado tipo de problema. Todo algoritmo deve ser finito, ter passos bem precisos (ou seja, que possam ser padronizados e que não possuem ambiguidade) e ser efetivos em fornecer a solução que dele se espera. Algoritmos podem ser simples ou mais complexos, demandando, por exemplo, a necessidade de repetição

dos passos ou de decisões intermediárias para o seguimento do caminho. Pensando o direito como um sistema e a tarefa hermenêutica, ou seja, de compreensão, tradução e interpretação do direito, como um problema a ser solucionado (em tese ou em concreto), também é possível pensar em como a interpretação constitucional e sua aplicação podem servir a soluções de problemas práticos, como o de formulação de uma política pública ou de sua execução no plano concreto.

Assim, para o nosso propósito aqui, a Constituição não apenas orienta e limita a atuação estatal na defesa da concorrência, mas também oferece um guia interpretativo — ou um “algoritmo hermenêutico” — que permite aplicar seus princípios a uma variedade de situações práticas. Esse algoritmo hermenêutico funciona como uma árvore decisional, que estrutura o processo de tomada de decisão em temas complexos de concorrência, oferecendo uma base normativa que garante a coerência e a integridade das ações do Estado.

A construção de uma árvore decisional para a interpretação do princípio da livre concorrência permite que a aplicação desse princípio seja realizada de forma estruturada e sistemática. Esse modelo orienta o intérprete a começar com o conteúdo central do princípio — o incentivo à competitividade e à pluralidade de agentes econômicos no mercado, de forma adaptada a era digital — e a analisar cada situação com base em um conjunto de perguntas e condições derivadas dos valores constitucionais.

(i) identificação ao princípio da livre concorrência: O primeiro passo da árvore decisional consiste em identificar se a ação ou decisão em análise está alinhada com o princípio da livre concorrência como definido pela Constituição e reinterpretado segundo o constitucionalismo digital. Isso implica verificar se a decisão promove um mercado competitivo e se atende ao interesse público, evitando práticas que possam levar ao monopólio ou à concentração excessiva de mercado, bem como ao abuso do poder econômico. Na era digital, diante da dificuldade em se apurar poder de mercado ou de concentração segundo os mecanismos clássicos do direito antitruste, deve-se considerar se a decisão, seja ela de política pública, seja de *enforcement* antitruste, respeita ao mesmo tempo a preservação da inovação e a abertura dos ecossistemas digitais a entrada de novos competidores e de inovadores, bem como impede o exercício de poder econômico como forma de entrincheiramento dos controladores de

acesso aos ecossistemas, ou seja, das diferentes plataformas, em benefício próprio ou para criação de dependência ou dominação.

(ii) Consideração dos Limites Constitucionais: Em seguida, o algoritmo hermenêutico requer que o intérprete examine os limites estabelecidos pela Constituição para a defesa da concorrência. Isso inclui avaliar o respeito aos direitos fundamentais, à liberdade econômica e à proteção do consumidor, evitando excessos regulatórios que possam comprometer a liberdade empresarial e a inovação. Esse passo exige uma análise detalhada do “trípé constitucional”, discutido anteriormente e também da verificação acerca da constituição ou não da situação como enquadrada em hipótese que aciona a proibição prevista no art. 220, §5º da Constituição tal como reinterpretada acima diante da transformação digital.

(iii) Avaliação dos Impactos Sociais e Econômicos: A árvore decisional também considera os impactos mais amplos de qualquer decisão de defesa da concorrência, incluindo as consequências sociais e econômicas. Esse passo exige que o intérprete leve em conta o bem-estar dos consumidores, o incentivo à inovação e a promoção da justiça social, que na era digital também pressupõe a proteção dos ecossistemas digitais contra barreiras a entrada e condutas de autopreferência e “tombamento” de mercados, além da garantia de maior transparência e acesso sem dependência econômica ao meio digital, tanto por usuários agentes econômicos como por consumidores, além a preservação de mecanismos constitucionais de responsabilidade civil, penal e administrativa, bem como liberdade de informação e expressão. O algoritmo hermenêutico, nesse contexto, orienta a análise de políticas e ações que promovam, ao mesmo tempo a inclusão econômica e o desenvolvimento sustentável, mediante a preservação da concorrência entre os agentes econômicos.

(iv) Integração de Valores e Princípios Fundamentais: A última etapa da árvore decisional implica uma ponderação final entre os princípios fundamentais e os valores constitucionais aplicáveis. Esse processo de ponderação busca equilibrar os interesses em jogo e promover uma decisão que reflita o compromisso com a democracia e os direitos fundamentais. A Constituição, como guia interpretativo, assegura que nenhuma decisão

de defesa da concorrência seja tomada sem considerar seu impacto no equilíbrio entre a livre concorrência e estes outros direitos, bem como deve ser o guia para orientar exceções e ponderações entre os princípios na aplicação concreta da lei e do direito antitruste.

Essa árvore decisional hermenêutica permite uma aplicação prática consistente e coerente dos princípios constitucionais na formulação de políticas públicas e no *enforcement* das normas de concorrência. Ao adotar essa estrutura interpretativa, o Estado e os órgãos reguladores, como o Cade, podem assegurar que suas decisões estejam em conformidade com a Constituição e sejam orientadas por uma análise abrangente dos valores econômicos e sociais em questão.

Mais do que isso, podem, via hermenêutica constitucional e, inclusive seguindo as decisões do judiciário e do STF, tornar suas decisões mais responsivas e adaptativas diante da transformação digital, respondendo mais tempestiva e suficientemente as demandas da sociedade. Essa abordagem oferece uma metodologia para tomar decisões complexas de forma integrada, respeitando os limites constitucionais e promovendo uma defesa da concorrência que seja tanto eficaz quanto justa, ou seja, que promova tanto a eficiência perseguida pelo instrumental clássico da defesa da concorrência como também a promoção de inovação, de inclusão digital e o fortalecimento da soberania digital. Ao seguirmos um caminho orientado a uma solução, conforme o proposto na árvore de decisão aqui apresentado podemos oferecer decisões tanto de políticas públicas como de *enforcement* que sejam direcionadas ao desenvolvimento de uma economia digital mais justa e competitiva.

A formulação de políticas públicas no Brasil é orientada pela Constituição Federal, que estabelece a livre concorrência como um princípio estruturante da ordem econômica. Esse princípio orienta o Estado na criação de políticas que promovem um ambiente de negócios equilibrado e favorecem a pluralidade de agentes econômicos, garantindo que os consumidores tenham acesso a produtos e serviços diversificados e a preços justos. A livre concorrência, ao servir de fundamento para políticas públicas, permite que o Estado atue de forma preventiva e repressiva, evitando abusos de poder econômico e monopólios que possam prejudicar a economia e a sociedade. Políticas públicas baseadas na livre concorrência buscam alcançar um desenvolvimento econômico sustentável e inclusivo, onde empresas de diferentes portes possam competir em condições equitativas. Esse princípio também incentiva a inovação e a eficiência

produtiva, uma vez que as empresas, em um mercado competitivo, precisam melhorar constantemente seus processos e produtos para manter a preferência dos consumidores. No contexto da economia as políticas públicas inspiradas pelo princípio de livre concorrência não apenas promovem uma economia saudável, mas também reforçam o compromisso constitucional com a equidade e a transparência.

A Constituição também deve guiar o *enforcement*, ou seja, a aplicação prática das normas e políticas de defesa da concorrência. O *enforcement* envolve ações de fiscalização, investigação e sanção por parte de órgãos reguladores, como o Cade, para assegurar que as práticas anticoncorrenciais sejam coibidas e que o princípio de livre concorrência seja respeitado.

O *enforcement* orientado pelos princípios constitucionais exige que o Cade e outras agências reguladoras atuem de forma independente e técnica, mas sempre considerando o impacto social e econômico de suas decisões, bem como a necessidade de se interpretar o princípio constitucional da livre concorrência de forma abrangente e combinada com os demais princípios da ordem econômica. A Constituição oferece um arcabouço para que o *enforcement* não seja apenas uma aplicação rígida das normas, mas uma prática que leve em conta os direitos dos consumidores e a necessidade de um mercado justo e equilibrado. Esse enfoque permite que o *enforcement* seja adaptável e atenda às realidades de um mercado em constante mudança, especialmente em áreas de grande transformação, como a economia digital.

A aplicação do *enforcement* conforme os valores constitucionais, permite que o Cade tome decisões que balanceiem a proteção ao mercado e a promoção da justiça social, que na era digital se traduzem em fomento a inovação e abertura dos mercados, bem como a proteção do acesso responsável. O princípio constitucional e a própria lei de regência trazem objetivos muito mais amplos que os de *consumer welfare*, como expresso inclusive no art. 1º da Lei 12.529/11 e que sua aplicação é orientada pelos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores repressão ao poder econômico, e, ainda, que o art. 88, §§ 5º e 6ª da Lei 12.529/11, disciplina as regras de análise para concentrações estabelecendo que tais concentrações serão proibidas se resultarem em eliminação ou redução substancial da concorrência, reforçarem posição dominante ou resultarem na dominação de mercados e que para ser autorizadas tem de atingir, ao menos alternativamente, os objetivos de aumentar a produtividade e a competitividade,

melhorar a qualidade de bens e serviços, propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico e que sejam repassados aos consumidores parte relevantes desses benefícios. No entanto, a influência dos parâmetros da Escola de Chicago, conforme já exposto aqui, levou o Cade a uma interpretação mais restrita desses objetivos, alinhando-se a a ideia de bem-estar líquido (agregado entre produtores e consumidores) baseada na eficiência de Pareto.

Ao perseguir uma atuação estatal com base no paradigma do constitucionalismo digital pretendemos, pela via hermenêutica, fornecer ferramentas de transformação do sistema jurídico relacionado ao princípio da livre concorrência, permitindo uma maior tempestividade e suficiência da atuação da defesa da concorrência no ambiente digital e uma melhor compreensão dos desafios impostos tanto a essa política pública como ao seu *enforcement*. Procuramos nesse capítulo fornecer as bases dessa hermenêutica. No próximo capítulo, caminharemos um último passo em direção à concretude, ressaltando como essa operação de ressignificação e interpretação da constitucional deve resultar na prática.

8. CONSTITUCIONALISMO DIGITAL E LIVRE CONCORRENCIA – UMA PROPOSTA DE APLICAÇÃO CONCRETA À LUZ DA CF/88

Neste último capítulo pretendemos usar a hermenêutica proposta no capítulo anterior de forma concreta, isto é, apresentando como a reconstitucionalização da livre concorrência por meio do paradigma do constitucionalismo digital pode ser aplicado na prática da política pública e do enforcement da defesa da concorrência.

Nosso intuito é demonstrar as capacidades institucionais e possibilidades já existentes no sistema jurídico brasileiro que, com alguma adaptação e flexibilidade interpretativa, podem permitir uma abertura cognitiva a este sistema que seja suficiente para desde logo já permitir a realização do princípio constitucional da livre concorrência na ordem econômica diante da transformação digital da economia.

A proposta é demonstrar que, a partir da árvore decisional proposta anteriormente, e dos horizontes e limites estabelecidos pela Constituição Federal, tanto os poderes do Estado, de forma mais geral, como o CADE de forma mais específica, já se encontram capacitados para permitir ao Estado brasileiro, ao mesmo tempo, coordenar-se no esforço internacional de enfrentar os desafios globais trazidos pela era digital, realçando a competitividade do país e permitindo inclusão digital pelo aproveitamento das oportunidades geradas, bem como construir, no plano interno, uma política pública de promoção e defesa da livre concorrência suficiente e tempestiva para enfrentar os desafios que a era digital impõe, e que procuramos demonstrar no capítulo 4 deste trabalho.

Ainda, em sede contributiva, procuraremos apontar onde e em que medida, alterações normativas, infralegais e legais, podem ajudar a incrementar o arcabouço constitucional da livre concorrência, tornando o Estado mais apto também para lidar com o fenômeno onipresente dos grandes agentes econômicos privados que controlam os ecossistemas digitais mais relevantes, aqueles que geram dependência tanto econômica como tecnológica para as mais diversas atividades econômicas e sociais e que atingem a maior parte da sociedade digital, tanto no plano dos negócios como da possibilidade de exercício de direitos e garantias fundamentais.

Antes de prosseguir, no entanto, é necessário consignar um ponto. Não será objeto desse capítulo oferecer uma proposta de redação legislativa, isto é, de redação de alteração específica da legislação em vigor no momento em que escrevemos o presente trabalho.

Neste ponto, convergimos com o relatório do Ministério da Fazenda aqui já referido no item 5.3 *supra*, como um modelo bastante adequado e adaptado às realidades brasileiras para suprir as deficiências ferramentais e legais do Cade para estabelecer um monitoramento *ex ante* das *big tech*.

A ideia aqui é aplicar a hermenêutica constitucional proposta à prática da política e da defesa da concorrência no Brasil, de maneira que possa servir de inspiração e fonte de pesquisa para agenda futura, inclusive legislativa, sobre o tema, partindo da mesma base: o constitucionalismo digital.

Também é necessário deixar claro que parte da interpretação e das propostas que serão aqui consignadas já podem ter sido, total ou parcialmente, alvos de proposições legislativas ou de discussões pré-legislativas e de políticas públicas. Este trabalho dialoga com tais medidas concretas, mas a elas não se resume, propondo, antes de tudo, um quadro analítico concreto que possa, inclusive, dar margem às escolhas e caminhos democráticos distintos, dentro dos trâmites e procedimentos assim previstos para alteração de políticas públicas e legislação.

Nossas premissas aqui são, portanto, demonstrar tanto em termos de política pública como em termos de aplicação da lei de defesa da concorrência:

- (i) as capacidades estatais já existentes e as formas e instrumentos de coordenação economia, atualização e adaptação à realidade digital;
- (ii) os ajustes possíveis de interpretação e aplicação de princípios e regras já existentes para permitir uma melhor tradução dos desafios da transformação digital da;
- (iii) as medidas possíveis para capacitar o sistema jurídico e o Estado brasileiro a manter sua força normativa em relação a agentes econômicos privados transnacionais e detentores de grande poder econômico (*big techs*);
- (iv) eventuais pontos abertos a pesquisa futura e alterações legislativas;
- (v) a necessidade de uma maior coordenação e co-regulação pelos vários agentes estatais e da agenda digital do Estado;

Com base nessas premissas, dividiremos o presente capítulo em duas seções: uma voltada à possível concretização de medidas na formulação de políticas públicas e outra mais voltada diretamente à atuação do Cade e da aplicação da Lei 12.529/11.

8.1. POLÍTICA PÚBLICA

Com relação a formulação de políticas públicas, o princípio da livre concorrência na ordem econômica, atualizado pela hermenêutica baseada no constitucionalismo digital impõe desde logo, o reconhecimento da necessidade de recuperação da força normativa constitucional, mais especificamente da Constituição econômica, perante um fenômeno global e distante da centralidade da mera relação entre estados;

A consideração do poder econômico global de agentes privados controladores de ecossistemas digitais, e sua posição *quasi* estatal nas relações de poder de maneira geral, com capacidade de influenciar diretamente na construção do espaço público e das relações sociais nestes espaços, levam a uma necessidade da consideração desse poder econômico como um elemento de atenção fundamental para os Estados pela capacidade de que este possa verdadeira se traduzir em poder político e influenciar a própria existência das democracias constitucionais e do constitucionalismo. Para além disso, conforme trabalhamos na parte inicial dessa tese, a própria existência do constitucionalismo depende de sua digitalização, isto é, da capacidade dos Estados e de suas constituições de traduzirem como referente cultura os anseios da sociedade multifacetada, que não se resume mais a sociedade analógica residente dentro das fronteiras estatais mas é, ao mesmo tempo, virtual e global.

Nesse sentido cabe ao Estado, de acordo com a Constituição, a construção de uma política pública digital, isto é, que permita uma abordagem que ao mesmo tempo permita a sua inserção como um dos protagonistas dessa conformação do poder de maneira global, aumentando sua capacidade de coordenação e interação com estados, grupos de estados, organismos multilaterais e entidades paraestatais, inclusive privadas, e de outro lado a tradução dessa transformação global em benefício das características locais que o legitimam.

A formulação, portanto, de uma agenda digital de longo prazo, que siga o horizonte constitucional da cooperação internacional e integração regional, e da

promoção da dignidade da vida humana e que ao mesmo tempo respeite os limites e as garantias impostas pelos direitos fundamentais e, ainda, a separação harmônica dos poderes, por meio da participação, cooperação e divisão de competências de todos na construção da agenda parece ser o caminho inevitável.

Ressalta-se aqui a necessidade da atuação do poder executivo na qualidade de proponente e executor dessas políticas, do poder legislativo enquanto legitimador e representante da sociedade na civil, responsável por selecionar e incorporar, mediante processo democrático, os diversos interesses envolvidos e, ainda do Poder Judiciário, na necessária e imediata tarefa de *reframing* e de garante da soberania. Com relação ao Judiciário, inclusive, dado que estamos tratando aqui de uma ressignificação de um princípio constitucional pelo constitucionalismo digital, e do restabelecimento da força normativa da Constituição, da qual a centralidade da Corte constitucional é característica necessária, ressalta-se aqui o fundamental papel que deve ser assumido pelo STF para a construção dessa agenda, ressaltando sua posição de imediato receptor dos conflitos de direitos fundamentais observados na sociedade digital .

Em, em relação especificamente a política pública que é objeto de nosso trabalho, e sobretudo, diante do também já ressaltado vetor do poder econômico que molda a transformação digital, parece-nos que parte importante da construção dessa agenda pública digital, passa, primordialmente pela política econômica, de maneira geral, e pela política de defesa da concorrência, de forma específica.

8.1.1. POLÍTICA ECONOMICA

A Constituição Federal de 1988 estabelece os princípios fundamentais para a ordem econômica, destacando a soberania nacional, a livre iniciativa, livre concorrência, a função social da propriedade, a defesa do consumidor e do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais, inclusive pela valorização das pequenas e médias empresas. Esses princípios servem de base para a formulação de políticas públicas voltadas para o desenvolvimento econômico, que deve também servir como meio para a justiça social. Tais princípios, traduzidos e compreendidos segundo os novos reclamos da sociedade digital devem servir de base para a adaptação às transformações e serem

capazes de permanecer como um referente cultural a informar as instituições estatais responsáveis por cumprir o programa constitucional.

A interpretação oriunda da hermenêutica constitucional baseadas no constitucionalismo digital são essenciais para a atualização desses princípios, garantindo que o Estado esteja preparado para lidar com as mudanças nas dinâmicas de mercado. A política econômica influencia diretamente a estrutura e a dinâmica do mercado, promovendo ou restringindo a concorrência, fomentando os setores econômicos, criando condições de financiamento e captação de recursos, gerando segurança jurídica para investidores e definindo prioridades de atuação estatal, sobretudo quanto a criação de infraestrutura e a proteção e incentivo à inovação.

No contexto da digitalização, é crucial incentivar políticas que favoreçam a inovação e a competitividade. Conforme já diversas vezes demonstrado nesse trabalho, a transformação digital impõe necessariamente a conformação dos Estados nação a uma coordenação entre o global e o local. Além disso, a inovação tecnológica é o componente fundamental dessa transformação, sendo necessária a existência de institucionalidade capaz de absorver os seus benefícios e também de capacitar o Estado tanto para a competitividade da economia nacional no cenário internacional como para permitir, no mercado interno.

A política econômica é a forma do poder executivo de buscar cumprir o programa constitucional da ordem econômica, compatibilizando os diversos interesses que devem ser preservados e os objetivos que devem ser atingidos. Seguindo a orientação constitucional e as leis que dela derivam, é na formulação dessa política que se busca contemplar as necessidades da economia para seu desenvolvimento, com o fomento ao investimento, a diversificação e complexidade necessárias e, ao mesmo tempo, garantir que este desenvolvimento seja sustentável, ou seja, contemple a necessidade de justiça social promovida pelo sistema de proteção de direitos e liberdades fundamentais.

A formulação da política econômica deve, assim, na linha do proposto acima, ser reformulada diante da transformação digital para capacitar o Estado e, se necessário, incrementar o arcabouço institucional e normativo decorrente com base na orientação constitucional também reformulado a partir do constitucionalismo digital. Diante da diversidade de desafios, a política econômica deve fazer parte da agenda digital de longo prazo proposta acima e que deve permear as diferentes funções estatais.

Dada a importância e relevância do poder econômico das grandes empresas responsáveis pela globalização da transformação digital, a política econômica deve ser o ponto de atenção para a construção de uma política pública que permita aos Estados uma verdadeira soberania digital e um maior e mais adequado protagonismo na definição de prioridades e da melhor abordagem para lidar com esse poder econômico, respeitando o seu grau de desenvolvimento e, ao mesmo tempo, o seu nível de inclusão e desigualdade (social e digital).

Por meio da política econômica o Estado pode, por meio de suas funções, legitimamente priorizar setores, orientar princípios e normas para a regulação da infraestrutura, garantir um ambiente institucional que permita o investimento na transição para a digitalização de forma abrangente na economia, bem como ao desenvolvimento e acesso a produtos e serviços tecnológicos. Além disso é a política econômica que deve avaliar os impactos da digitalização e da transformação digital nos mercados de trabalho, financeiro e de capitais, criando as condições para um melhor aproveitamento das oportunidades e da flexibilidade oferecidas pelo ambiente tecnológico e ao mesmo tempo garantir que essa transição seja feita sem a perda de direitos e garantias conquistadas e consolidadas pelo sistema jurídico.

Nesse sentido, a política econômica deve fundamentar a incorporação de uma política de defesa da concorrência que possa ser traduzida por uma cultura da livre concorrência na economia digital e que permeie toda a política econômica, permitindo o controle do abuso de poder econômico e uma maior contestabilidade da ação dos grandes agentes econômicos em direção a redução das barreiras a entradas e a inovação e, ao mesmo tempo, forneça condições de segurança jurídica, acesso e transparência, para permitir que a sociedade se beneficie desse ambiente digital globalizado e dos serviços e plataformas desses grandes agentes sem que isso incorra em risco a direitos fundamentais.

Ao pensar sobre uma política econômica voltada ao desenvolvimento das capacidades digitais do país, deve se ter em conta a dependência e utilidade que as grandes plataformas digitais e, sobretudo, a cadeia de valor por elas produzidas para os diferentes setores, digital ou em transição. Assim, a incorporação da livre concorrência na política econômica é um instrumento efetivo para promover o necessário equilíbrio entre a liberdade de iniciativa, a inovação e o dinamismo econômico e a abertura de mercados a novos agentes inovadores.

A necessária compatibilização da concorrência com outros valores da política econômica importa sobretudo para que uma postura muito rígida da defesa da concorrência (ou da regulação) com alvo direcionado a determinados agentes privados não seja um fator que gere mais exclusão digital do que propriamente incentivo e abertura dos mercados a inovação. Não parece que a adesão a interpretações muito extremas do princípio da livre concorrência, como a do neobrandeisiano ou versão de Chicago do *consumer welfare* sejam o caminho desse equilíbrio, mas sim a construção de uma capacidade adaptativa e flexível do Estado a estes novos fenômenos (Bietti, 2024), integrando e coordenando (e até subsidiando) uma agenda econômica digital (Aghion et. al.. 2022)

Ao mesmo tempo em que se deve criar maneiras de o Estado conter o poder das *big tech* e a pervasividade desse poder econômico nas diversas esferas de poder, um cenário em que elas deixem de estar presentes não parece ser o mais adequado do ponto de vista econômico e social, sobretudo para um país de constitucionalismo ainda tardio e déficit de bem estar. De outro lado simplesmente permitir que estes agentes exerçam livremente desse poder econômico em nome de uma suposta competição schumpeteriana também não parece adequado, sobretudo se pensarmos no papel econômico do Brasil, inclusive em termos digitais. Além disso, conforme ocorreu com o já citado exemplo das *fintech*, bem como da atuação concreta dos CADE envolvendo mercados digitais “locais”⁸⁵, a livre concorrência pode e deve ser um importante vetor de promoção da inovação e dinamização de mercados tradicionais em transição para a digitalização, oferecendo uma oportunidade de maior abertura e queda de barreiras a entrada em mercados tradicionalmente concentrados e oligopolizados.

A configuração econômica e social do país, e o arcabouço institucional inaugurado pela Constituição, demonstram que a transformação digital da economia exige uma política econômica que seja reconfigurada a partir do modelo híbrido concebido para a ordem econômica da CF/88 para atender de modo mais substancial os diversos princípios e objetivos nela formulada. A complexidade da era digital parece compatibilizar-se com a complexidade prevista e programada na Constituição e que orienta o sistema jurídico-institucional para atuação do Estado na economia.

⁸⁵ Cf. seções 4.3 e 5.2.2 *supra*.

O horizonte principiológico parece adquirir uma nova feição (digital) que exige um esforço estatal na sua realização completa sob pena de perda de legitimidade e força normativa na complexa governança do mundo em transformação. Ao mesmo tempo os limites da livre iniciativa, livre concorrência e intervenção excepcional do Estado da economia precisam ser revistos, não para deixarem de atuar como limites, mas para ressignificar a forma de atuação do Estado, inclusive incorporando a necessidade de se monitorar ou regular determinados tipos de plataformas e produtos/serviços que se constroem como verdadeiros meio de comunicação e de composição do espaço público.

Essa tarefa de controle passa por uma reformulação da defesa da concorrência mas não prescinde da incorporação dessa a um paradigma renovado da política econômica que faça parte uma agenda digital de longo prazo, e que contemple uma política industrial voltada a capacitação da economia brasileira para a era digital e para a promoção da inovação. A política industrial deve ser reavaliada e reorientada para garantir o desenvolvimento de um ambiente propício à inovação tecnológica e à inclusão digital, considerando as interseções entre políticas públicas e os princípios constitucionais da livre concorrência. A Lei 12.529/11, que rege a defesa da concorrência no Brasil, deve ser interpretada de forma a integrar os objetivos de competitividade econômica com a promoção de um ambiente digital justo e acessível.

A economia digital impõe desafios significativos à interpretação tradicional dos limites da intervenção estatal. O conceito de constitucionalismo digital sugere uma adaptação da política econômica e também das práticas regulatórias para refletir as novas realidades digitais, em que o papel dos grandes ecossistemas digitais exige um equilíbrio entre promover a inovação e evitar a concentração de poder econômico. Estudos recentes indicam que, para enfrentar os desafios do mercado digital, é necessária uma abordagem que combine regulação proativa e flexibilização da aplicação de normas existentes, conforme discutido por Bietti (2024) e Lianos (2024). A política de defesa da concorrência da era digital, partindo dessas premissas de política econômica, deve ser reorientada nesse sentido.

8.1.2. POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRENCIA

Ao referirmo-nos a política de defesa da concorrência de forma separada da atuação concreta do Cade e do SBDC (que também inclui o Ministério da Fazenda, por

meio de secretaria com competência no tema) na aplicação da Lei 12.529/11, replicamos aqui, na prática, a nossa proposta de diferenciação funcional entre o conteúdo jurídico do princípio da livre concorrência na ordem econômica e da atividade de repressão ao abuso do poder econômico, reforçando no entanto a relação de continente e conteúdo entre ambos.

A política de defesa da concorrência é nesse sentido, parte da política econômica e deve fazer, na linha que propusemos, parte da agenda digital de longo prazo que defendemos. Mas, como também já afirmado aqui em diversos dos tópicos, parte fundamental dessa política é desempenhada e formulada pela atividade do SBDC e, sobretudo, pelo Cade por meio das suas normas infralegais, precedentes jurisprudenciais, súmulas, guias e manuais.

Embora defendamos, no tópico anterior, que a política de promoção, proteção e defesa da concorrência não possa se restringir a essa atividade *in concreto*, sob pena de recairmos no distanciamento dessa atividade do princípio constitucional que o fundamenta e restringirmos seu alcance e importância, são os órgãos do SBDC por meio de suas atribuições que possuem melhor capacidade técnica e institucional de executar essa política pública. Inclusive, ao reforçar essa atribuição, reforça-se ao mesmo tempo a capacidade técnica e independência decisória do Cade o papel de promoção e disseminação da livre concorrência na política econômica do Ministério da Fazenda e a necessidade de adaptar essas atribuições para realizar na era digital os demais objetivos e princípios da ordem econômica.

A digitalização da economia exige um foco renovado na política de defesa da concorrência, incluindo a construção de uma cultura de *compliance*, a promoção de soluções negociadas e uma complexa interação com agentes privados e outras regulações setoriais, como a regulação de proteção de dados e a regulação setorial de IA. A atuação das grandes plataformas digitais e o desenvolvimento de tecnologias de inteligência artificial criam desafios significativos para a defesa da concorrência. A convergência entre regulação concorrencial e *enforcement* antitruste tem sido defendida como uma forma eficaz de garantir que o poder econômico não se concentre nas mãos de poucas empresas.

Nesse sentido, autores como Cafarra, Gawer e Jacobides (2024) destacam a necessidade de abordar a questão do poder dos ecossistemas digitais de forma abrangente

e integrada. A abertura e a transparência dos mercados são fundamentais para a promoção da concorrência em um ambiente digital. Garantir o acesso a informações e eliminar barreiras de entrada são objetivos centrais para evitar práticas anticoncorrenciais e promover um mercado mais justo e inclusivo. A atuação do Cade deve ser voltada para fortalecer a cooperação com outras autoridades e promover uma regulação que garanta igualdade de condições para todos os agentes econômicos. Além disso, reforça-se o papel da advocacia da concorrência, exercido em conjunto por Cade e Ministério da Fazenda, para disseminar no setor público e privado a importância da livre concorrência na era digital.

A interpretação e aplicação dos artigos da Lei, com base nos princípios constitucionais da ordem econômica a partir de uma hermenêutica do constitucionalismo digital como a proposta no capítulo anterior deve fornecer uma base sólida para abordar as novas realidades do mercado digital. Assim, pelo menos três aspectos transformadores devem ser realçados :

- (i) A abordagem tradicional do *consumer welfare* tem sido amplamente criticada por ser insuficiente para lidar com os desafios do mercado digital⁸⁶. A integração de novas abordagens, como as propostas pela escola neobrandeisiana nos Estados Unidos, mas também outras decorrentes de tradições jurídicas e alguns outros países que sempre de alguma forma incorporaram em suas leis objetivos mais amplos do que a mera eficiência como objeto das ações de política de defesa da concorrência, parece demonstrar a demanda por uma perspectiva mais ampla e adaptada ao contexto atual, permitindo que a defesa da concorrência também aborde questões como equidade social e proteção do trabalho, conforme argumentado por Glick e Bush (2023). Essas novas perspectivas não devem necessariamente significar o abandono da política de defesa da concorrência que objetiva uma maior eficiência econômica e altamente baseada em evidências, tampouco o abandono das técnicas e metodologias construídas pela economia neoclássica, mas sim, uma visão menos restrita na formulação da política pública que suplemente e amplie os horizontes dessa eficiência e das evidências utilizadas para medi-la para além de

⁸⁶ Cf. seção 4.4 *supra*.

critérios estritamente quantitativos e baseados em resultados de preço/qualidade e custo, incorporando também melhoria de níveis qualitativas e a consideração de variáveis econômicas ligadas a sustentabilidade, a redução e desigualdades, inclusão digital e valorização do trabalho. Em suma, entre nós, essas novas perspectivas, para além do debate teórico-metodológico e sem a necessidade de adesão automática a correntes políticas e geopolíticas, conduzem a uma nova aproximação da política de defesa da concorrência como um, mas não o único, princípio da ordem econômica. Ou seja, antes que uma ruptura com *status quo* atual o que a política de defesa da concorrência necessita é da adequação desse *status quo* baseado fortemente em uma visão estritamente econômica, e dentro desta, restrita a uma específica corrente econômica, à amplitude de princípios e valores que o sistema jurídico programa para a ordem econômica.

- (ii) A Constituição Federal também estabelece a proibição de monopólios nos meios de comunicação, o que é particularmente relevante no contexto das plataformas digitais, que atuam como intermediárias de informação e publicidade. A regulação dessas plataformas deve considerar os princípios constitucionais e buscar prevenir a concentração excessiva de poder econômico e informacional. Assim, a proibição constante do art. 220, §5º, que já vem sendo interpretada, pelo próprio CADE, no sentido de ampliar o limite de intervenção estatal quando diante destes monopólios e oligopólios de meios de comunicação, deve ser atualizada considerando o papel de *media* assumida pelas grandes plataformas digitais e sua influência na construção do espaço público. Uma ampliação de competências e procedimentos que permita um maior monitoramento econômico destas plataformas, parece encontrar respaldo constitucional na atualização desse dispositivo.
- (iii) A árvore decisional baseada no princípio da livre concorrência deve, ainda, informar a necessidade de melhoria na atuação concreta do *enforcement* antitruste, seja pela reinterpretação da Lei e das competências do CADE em sentido mais amplo e adequado ao constitucionalismo digital, seja para

apontar e decidir sobre espaços de melhoria legislativa, como a criação de novos procedimentos e ferramentas que garantam a tempestividade e suficiência das ações de *enforcement* na era digital.

A partir desses aspectos mencionados, ao SBDC cumpre formular uma política de defesa da concorrência que direcione as ações de *enforcement* e de advocacia da concorrência para corresponder aos desafios impostos pela transformação digital de forma concreta.

A priorização da economia digital nas três atividades principais da autoridade concorrencial – preventiva, repressiva e advocacia da concorrência -, com especial atenção a presença das grandes plataformas digitais e também do impacto da digitalização na concorrência em mercados tradicionais, exige a criação de massa crítica e capacidade institucional no estudo e definição das ideias de ecossistemas e plataformas digitais e *gatekeepers*, com métricas próprias de tipologia e de aferição de poder econômico (ou de “mercado”), de capacidade e incentivo a abusos e, ainda, de seus impactos na inovação.

Esta priorização também exigirá da política de defesa da concorrência uma aproximação com a política de proteção de dados e de telecomunicações e com suas regulações setoriais, uma vez que tanto os dados como a infraestrutura de redes, e o acesso a estes ativos se tornam variáveis competitivas chaves e nem sempre quantificáveis em forma de preço/custo. A mesma aproximação é imposta com relação ao sistema de governança e a regulação de IA, que se configura como o principal elemento disruptivo de inovação no ambiente digital, ao mesmo tempo que possui um potencial de externalidades negativas bastante além da mera consideração econômica.

E, ainda, a política de defesa da concorrência concebida no constitucionalismo digital não pode prescindir de diretrizes e atenção ao poder econômico das *big tech* e de alguns dos seus produtos e serviços chave, que fundamentam sua posição de controladores de acesso.

Assim, pensar em qual deve ser a abordagem para lidar de forma tempestiva e suficiente com esse poder econômico, elegendo os pontos de monitoramento e prevenção mais iminentes e relacionados com a realidade econômica brasileira e com os objetivos da política econômica e a agenda digital de longo prazo, e, ainda, estabelecer parâmetros relativamente objetivos a partir de evidências e estudos sobre quais são esses agentes, serviços, produtos ou plataformas que necessitam de uma maior intervenção estatal e qual

deve ser o objetivo dessa intervenção (maior abertura, maior transparência, maior contestabilidade, entre outros), adaptando e flexibilizando estes objetivos ao longo do tempo em linha com o avanço tecnológico é o papel da política de defesa da concorrência que pretende ser à prova de futuro e responsiva à transformação digital.

8.2. ENFORCEMENT

Na perspectiva da aplicação da lei antitruste, isto é, na perspectiva mais concreta possível da livre concorrência, a hermenêutica constitucional proposta com base no constitucionalismo digital nos fornece duas capacidades principais:

- (i) a possibilidade de reinterpretar as competências do CADE para uma imediata repercussão ante aos desafios da transformação digital, possibilitando não só a aplicação da lei em casos concretos que, como já acima demonstramos que tem sido feito de forma regular, mas também uma dimensão proativa na análise destes casos, na linha das diretrizes apontadas para a política pública acima, e uma identificação das “lacunas” de constitucionalismo digital (Celeste, 2022) existentes e que poderiam ser incrementadas via alteração normativa, infralegal ou legal;
- (ii) ajustar as ferramentas metodológicas e procedimentais do CADE para uma atuação mais efetiva, permitindo também a identificação de espaços de melhoria e necessidade de capacitação institucional, inclusive pela via legislativa.

8.2.1. REINTERPRETANDO AS COMPETENCIAS DO CADE NA LEI 12.529/11 A LUZ DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Na esteira do acima proposto, para cada uma das atividades do Cade é preciso fazer um exercício de reinterpretação legal e infralegal das competências no intuito de compreender, traduzir e adequar estas competências para lidar com os desafios impostos pela era digital. Trata-se de um exercício hermenêutico que permita a utilização imediata do arcabouço vigente e, ao mesmo tempo, aponte as eventuais lacunas para melhorias e atualizações.

8.2.1.1. CONTROLE PREVENTIVO (DE ESTRUTURAS)

As autoridades de defesa da concorrência tradicionalmente ocupam-se em sua atividade preventiva, de estabelecer critérios e analisar as concentrações econômicas que tenham relevância concorrencial, de forma a prevenir o estabelecimento de estruturas de mercado que aumentem a probabilidade de exercício abusivo, unilateral ou coordenado, de poder econômico. Embora os modelos estabelecidos mundo afora variem quanto a compulsoriedade, momento da análise da autoridade e critérios de submissão, de maneira geral o controle preventivo é feito a partir da apresentação das informações por parte das empresas e a análise leva em conta os cenários de competição anteriores e posteriores a concentração, de forma a concluir pela probabilidade ou não de exercício abusivo de poder de mercado, a partir do nexo entre a operação e o aumento do risco.

É uma análise, portanto, preventiva, mas sempre também preditiva, isto é, com algum grau de visão de futuro daqueles mercados e do comportamento de seus agentes quanto a rivalidade, entradas e investimentos. Esta análise preditiva, no entanto, foi tradicionalmente moldada para analisar mercados e setores tradicionais, seguindo procedimentos e usando ferramentas razoavelmente consolidadas de forma global por meio de boas práticas e baseadas fortemente no instrumental neoclássico econômico, voltado para padrões de eficiência principalmente, conforme estabelecido pela Escola de Chicago e pós-Chicago.

Vale dizer aqui que esse instrumental é bastante adequado para muitos dos casos apresentados ao CADE, bem como que, a despeito da interpretação restrita sobre eficiências e o padrão de bem-estar de consumidor extremamente vinculado a resultados de preço (consagrado sobretudo no judiciário americano e que de alguma forma influenciou a sua aplicação mundo afora), esse instrumental permite a inclusão na análise de outras variáveis competitivas como qualidade, propriedade intelectual e poder de marca, por exemplo. Para além disso, esse instrumental também permitiu que as autoridades de defesa da concorrência desenvolvessem também ferramentas para análise

dos efeitos da concentração em relações verticais (entre vários elos da cadeia produtiva) e até mesmo conglomeral⁸⁷.

No Brasil, desde a vigência da Lei 12.529/11, a análise de atos de concentração é feita por meio do controle prévio, o que significa que uma vez preenchidos os critérios de faturamento que tornam a notificação destes atos ao CADE obrigatória, estes somente podem se consumar com o aval da autoridade. Em caso de descumprimento dessa obrigação as partes envolvidas estão sujeitas a multas e até mesmo a anulação do negócio jurídico. A lei brasileira contempla ainda a possibilidade de a autoridade avocar a análise de atos, dentro do período de um ano, quando estes não satisfaçam os critérios de faturamento para a notificação obrigatória, caso verifique que há algum potencial risco concorrencial envolvido.

Para além do arcabouço legal relativo ao controle preventivo, a análise de concentrações pelo CADE, desde a Lei 12.529/11 que adotou o sistema de aprovação prévia destes atos obrigatoriamente notificados, a autoridade de defesa da concorrência procurou desenvolver de forma ativa, um regime colaborativo e de transparência da regulamentação. Nesse sentido, alia-se à modernidade das previsões legais, uma série de regulamentos infralegais, que disciplinam a atividade do CADE, tanto em termos de gestão eficiente de recursos, como de diretrizes e interpretações direcionadas aos agentes jurisdicionados e, ainda, manuais e guias de metodologia de análise, que além de disciplinar procedimentos, estabelecem de maneira mais sistematizada as variáveis, informações e defesas necessárias a serem consideradas na análise, compondo a chamada “teoria do dano” de cada caso. No mesmo sentido, os diferentes tipos de restrições (ou remédios) que podem ser aplicadas em casos de riscos concorrenciais, também foram disciplinados e detalhados para além da Lei⁸⁸.

Essa normatização, transparência e segurança jurídica quanto ao controle preventivo, permitiu ao Cade a construção de uma reputação de eficiência no exercício desse poder de polícia, de maneira relativamente tempestiva e relativamente suficiente nos diferentes mercados, posicionando-se nesse sentido não somente dentro do estado brasileiro, mas como uma referência internacional. Essa institucionalidade e experiência

⁸⁷ V. por exemplo, os Guias do CADE para concentração não horizontais (Guia V+). Disponível em [Guias do Cade — Conselho Administrativo de Defesa Econômica](#)

⁸⁸ Nesse sentido tb, o guia de análise de sobreposições horizontais e o guia de remédios do Cade. Disponíveis em [Guias do Cade — Conselho Administrativo de Defesa Econômica](#)

acumuladas ao mesmo tempo em que capacitam o Cade para desde logo já lidar com os desafios da transformação digital impõe uma necessidade de adaptação e atualização rápida (diante da necessidade de autorização prévia para consumação dos atos) e a criação de novas capacidades.

Ao mesmo tempo em que, do ponto de vista institucional, as capacidades institucionais e mesmo o conteúdo material advindo da Lei 12.529/11 possibilitam desde logo uma atuação do controle preventivo atualizada e direcionada aos desafios da transformação digital, a aplicação concreta da lei também direcionou-se, ao longo do tempo, para uma interpretação mais estrita acerca do papel da defesa da concorrência na caracterização da probabilidade de abuso no controle preventivo, aproximando-se mais do paradigma de eficiência, iniciado pela tradição de Chicago e não totalmente superado pelas teorias posteriores.

Apesar de não previsto, sequer mencionado pela legislação, o padrão do *consumer welfare* internacionalmente disseminado também passou a ser a métrica das decisões do CADE no caso concreto. Assim embora a lei traga algumas disposições que buscam conectar a atividade concreta de defesa da concorrência ao conteúdo do princípio constitucional da livre concorrência, como por exemplo, a necessidade de que as eficiências das concentrações econômicas sejam pelo menos em parte repassados aos consumidores a existência também na própria lei de dispositivos e justificam a possibilidade de concentrações com base em defesas como aumento da produtividade, qualidade e eficiência tem guiado a ação do Cade nesse sentido.

O número de ACs analisados *vis a vis* aqueles em que há imposição de remédios e/ou reprovação, parece demonstrar o peso do padrão de análise e o ônus autoimposto ao Cade na análise de elementos como entrada, rivalidade e mesmo das justificativas de eficiências de uma forma que acaba favorecendo a assimetria da informação em relação ao agente econômico, sobretudo em situações em que as métricas econômicas tradicionais não se revelam totalmente suficientes ou parece inadequadas⁸⁹.

Outro exemplo, é a forma como o CADE lida com a presunção estrutural acerca de poder econômico (ou posição dominante) presente na própria lei. Essa presunção,

⁸⁹ Em 2024 até o momento foram julgados 631 atos de concentração, sendo que apenas 1 foi reprovado e 2 aprovados com restrição (um deles mediante a celebração de acordo em controle de concentrações - ACC). Disponíveis em [CADE em Números.qvw](#)

embora relativa, ou seja, depende de confirmação no caso concreto, tem sido tradicionalmente usada como uma presunção *de minimis*, isto é, tem sido utilizada para filtrar situações que estão abaixo do patamar de 20% de mercado, transformando-as em casos simples, analisados sumariamente⁹⁰.

No entanto, uma interpretação mais condizente com o princípio da livre concorrência, ressignificado à luz do constitucionalismo digital e amplificado para compor com outros elementos a política econômica reclamada por essa “nova” ordem constitucional, induz necessariamente ao uso mais proativo dessa presunção (e talvez sua própria reformulação pela via legislativa) no sentido de que ela represente, no mínimo, a inversão do ônus da prova no controle preventivo: uma vez superada a presunção (que continua relativa) o ônus é dos agentes e demonstrar para a autoridade, com toda informação disponível, que não há probabilidade de abuso. Neste sentido, inclusive, a OCDE (2024) tem se debruçado sobre o tema.

A contribuição brasileira ao debate promovido pela OCDE traz, inclusive, importante constatação sobre a necessidade e os ganhos possíveis ao controle de estruturas com o uso proativo dessa presunção, inclusive pensando na economia digital⁹¹. Para além disso, a ressignificação do art. 220, §5º também deveria fazer considerar uma presunção estrutural de inversão do ônus da prova sempre que se estiver diante de um caso envolvendo plataforma digital com características de *media*, exigindo, no mínimo, um escrutínio mais detalhado do tema.

Como já apontado aqui por diversas vezes a economia digital desafia o instrumental tradicional do antitruste modificando estruturas sob as quais a análise antitruste sempre centrou sua metodologia. A introdução de novos conceitos como ecossistema, por exemplo, ao invés de mercado, bem como a dificuldade em se estabelecer paradigmas de *share* dentro desses ecossistemas e de aferir rivalidade diante dos diferentes modelos de negócio das plataformas e, ainda, de medir e avaliar o papel da inovação (e de rivais inovadores) na contestabilidade do poder econômico dentro e fora das plataformas apontam a necessidade de uma revisão não somente teórica, mas também prática e uma inadequação de determinados conceitos para aferir o risco concorrencial decorrente das concentrações que envolvam as plataformas digitais. Mais ainda, a

⁹⁰ Cf. Resolução Cade 33/2022.

⁹¹ Nesse sentido v. CADE, 2024.

diferenciação e capacidade de competição entre estas plataformas e agentes tradicionais, a necessidade de se entender as variáveis não relacionadas unicamente a preço e custo e a capacidade preditiva dos agentes econômicos em detrimento da informação assimétrica detida pela autoridade exigem que, para que o controle de estruturas possa ser efetivado, exista um maior acesso a informação e dados por parte da autoridade e uma inversão do ônus da prova uma vez superado os patamares de presunção em quaisquer cenários de competição avaliados pela autoridade.

Assim como o antitruste tradicional se vale da ideia de mercado relevante como uma *proxy* para aferir poder de mercado e construir suas teorias do dano, novas métricas precisam ser utilizadas para aferição do poder econômico e da alteração de estruturas promovidas pelas concentrações. E, em virtude também do dinamismo desses novos modelos de negócio, as teorias do dano também necessitam de componentes dinâmicos, que não apenas estabeleçam uma comparação entre uma situação pré e pós concentração, mas também avaliem cenários alternativos e não necessariamente excludentes do comportamento da inovação, das entradas e da dependência de outros agentes em relação a plataforma. A construção dessas novas teorias só será suficiente e efetiva na medida em que se reduza o ônus da autoridade em diante da assimetria da informação em direção ao ônus das partes envolvidas, a partir de uma presunção estrutural, ainda que relativa, mas revisitada não somente para filtrar casos simples, mas também para exigir maior escrutínio de casos complexos⁹².

Ao repensar a competência do CADE para o controle preventivo de estruturas, ainda nos direcionando para o arcabouço existente, mas buscando adaptá-lo ao contexto digital, uma preocupação necessária é acerca da tempestividade da atuação da autoridade e da capacidade institucional para esta atuação.

Embora haja uma previsão de notificação obrigatória baseada no faturamento dos agentes envolvidos, o que torna faz com que a autoridade tenha sua capacidade de vigiar os atos relevantes de maneira compulsória, as formas de concentração na economia digital nem sempre se enquadram nessa obrigatoriedade ou a desafiam. É bastante comum na economia digital, como pudemos demonstrar e analisar na segunda parte desse trabalho, que as fusões, aquisições e contratos associativos nesse ambiente envolva muitas vezes

⁹² Os casos recentes mencionados no item 5.2.2 *supra*, envolvendo plataformas digitais demonstram a complexidade de encontrar soluções e de estabelecer as teorias do dano em ecossistemas.

negócios nascentes, *start-ups*, tecnologias ainda em desenvolvimento entre outras coisas. Não necessariamente, pois, o critério exclusivo de faturamento será suficiente para dar o gatilho da competência da autoridade antitruste.

Este aspecto, aliás, conforme já também discutimos aqui anteriormente, foi justamente um dos fatores que fez eclodir uma percepção acerca da insuficiência de mecanismos antitruste tradicionais e que gerou, inclusive, em alguns países, a alteração da lei. A preocupação com as estratégias de *killer acquisitions* ou *nascent acquisitions* relaciona-se diretamente com essa (in)capacidade das autoridades de muitas vezes, por assimetria informacional ou pelo alcance jurisdicional, detectar esse tipo de estratégia de concentração que pode gerar efeitos anticompetitivos.

A Lei 12.529/11 traz uma solução parcial a esse problema, ao conferir ao Cade a competência para avocar concentrações que não satisfaçam os critérios de notificação obrigatória, desde que no prazo de um ano contado da realização do ato. A regulamentação infralegal desse dispositivo disciplina o procedimento para denúncia de concentrações não notificados, o qual também abarca a possibilidade de hipóteses de casos não obrigatoriamente notificados que geram prejuízos concorrenciais. Não obstante, ainda que a lei brasileira tenha sido percuciente em prever a possibilidade de prejuízo concorrencial e necessidade de atuação do CADE para atos não notificáveis, esse sistema precisa de ajustes para funcionar adequadamente.

Em primeiro lugar, a utilização do critério único do faturamento para a notificação obrigatória exige que, frequentemente, se faça uma escolha entre atualizar esse critério de acordo com sua defasagem com a economia ao longo dos anos, inclusive pela relação entre o valor nominal e a inflação, ou manter o critério “desatualizado” para que se aumente o escopo de concentrações de notificação obrigatório. É certo que, para investir em um trabalho proativo, que seja mais adequado a economia digital e que permita uma análise mais estratégicas das concentrações a ela relacionadas, o ideal seria priorizar esse controle por meio da avocação de atos que não necessariamente sejam notificáveis, mas que possam ser de atenção.

Ocorre que para que esta atuação proativa seja mais capacitada, seria necessário que:

- (i) fossem estabelecidos critérios claros e transparentes pelo Tribunal do Cade, se possível após estudo econômico, para fundamentar e estabelecer prioridades neste tipo de ação e;
- (ii) que houvesse uma melhor alocação de recursos entre a atuação reativa oriunda da notificação obrigatória de atos ao CADE e esta atuação proativa, o que somente seria possível com a revisão dos critérios de notificação obrigatória, reduzindo o número de concentrações, sobretudo as simples e sumárias, sob esse escrutínio.

A forma de fazer isso poderia ser somente uma atualização do critério faturamento. No entanto, parece que a forma mais adequada seria combinar algum tipo de atualização frequente desse critério com a revisão de outros temas relacionados ao conhecimento de atos de concentração que se relacionam diretamente com o conceito de atos de concentração, previstos sobretudo em resoluções do Cade (notadamente a Resolução 33/2022) e que tratam dos conceitos de grupo econômico, de poder de controle, de participações minoritárias e de ativos. Inclusive, neste ponto dos ativos, é importante que a autoridade se debruce sobre a ideia de que a economia digital também faz prevalecer a existência de novos “ativos” concorrencialmente relevantes, como tecnologias, modelos de linguagem, aplicações, conjuntos de dados em diversas formas, talentos humanos e diversos tipos de hardware e software.

A partir da política de defesa da concorrência inspirada pelo constitucionalismo digital e pelo princípio constitucional da livre concorrência, o controle de estruturas, na prática, poderia ser desde logo modificado para tornar-se mais proativo, na linha do acima proposto.

Ao fortalecer esse controle proativo, sobretudo pela possibilidade de alocar mais recursos para casos mais importantes e complexos, bem como priorizar a avocação de casos não obrigatórios relacionados a era digital, além do controle nos casos concretos, a autoridade poderá formar massa crítica para avaliar aspectos fundamentais da transformação digital da economia que se relacionam a concentração de poder econômico, como por exemplo, detectar estratégias de aquisição voltadas a entrenchamento ou controle da inovação, aquisição de dados e talentos (*acqui-hires*) essenciais para o desenvolvimento dessa inovação, bem como a competitividade e a evolução dos ecossistemas de *start-ups* (inclusive quanto a sua forma de financiamento e

investimento e suas diferentes estratégias de negócio, diferenciando aquelas criadas para inovar e ser adquiridas daquelas que pretendem efetivamente se consolidar e atuar como inovadores disruptivos ou *mavericks*).

Outro ponto importante já existente na legislação atual e que pode contribuir para um controle de estruturas mais adequado a era digital diz respeito à análise e submissão dos chamados contratos associativos. Entendidos como uma das formas de concentração econômica estes contratos possuem um regime especial de submissão, regulamentado pela Resolução 33/2022, que os conceitua, ainda que por meio de conceitos jurídicos indeterminados, e define o horizonte temporal em que estas parcerias empresariais passam a caracterizar uma concentração relevante aos olhos do Cade.

O escrutínio de tais contratos pode ser bastante necessário ao lidar com o ambiente digital, porque muitas vezes os agentes econômicos que atuam em ecossistemas digitais ou mesmo em setores tradicionais que estão em transição para a digitalização valem-se de parcerias com concorrentes de forma a melhor alocar os riscos e custos associados à inovação. Em relação à inteligência artificial isto é ainda mais latente. Nesse sentido, também esta regulamentação deve ser repensada à luz do constitucionalismo digital, tanto do ponto de vista da suficiência, ou seja, dos requisitos que tornam um contrato associativo submissível ao Cade como em relação ao alinhamento de seus aspectos temporal e material à priorização da política de defesa da concorrência em atuar proativamente com relação a concentração em ecossistemas digitais.

Alinhado a esse esforço de proatividade baseado na lei vigente, há espaço, ainda, para um incremento legislativo relacionado especificamente às *big techs*. Como visto acima e já aqui reiterado por diversas vezes, o poder econômico entrincheirados desses grandes agentes realça vários dos elementos acima citados com relação à sua capacidade de modificar as estruturas dos diferentes mercados e ecossistemas e gerar riscos e até mesmo fechamento a qualquer tipo de rivalidade e competição⁹³. A capacidade informacional e preditiva dessas grandes plataformas, aliadas ao impacto imediato e irreversível de seus movimentos faz com que, por melhor que seja o desenho legal e a adaptação desse desenho a uma postura mais proativa relacionada a economia digital, ainda assim a atuação da autoridade dificilmente será tempestiva e suficiente para “prevenir” o risco da concentração por elas promovidas.

⁹³ Sobre entrincheiramento v. Bostoen e Petit (2023).

O caso das *killer ou nascent acquisitions* é reluzente neste ponto. Muitas das diversas aquisições realizadas por essas plataformas não deixaram de ser notificadas as autoridades antitruste, como o Cade. Ocorre que, analisadas de forma isolada, tais operações não têm, com já visto, uma teoria do dano que as sustente sob as métricas tradicionais do antitruste. Mesmo com a adoção de novas teorias do dano mais dinâmicas e direcionadas a analisar o impacto da concentração para a inovação, dificilmente a análise isolada de um caso concreto permitirá a autoridade a capacidade de intervir adequadamente, por nexos causal.

Assim, para uma verificação mais concreta sobre esse tipo de aquisição, não basta a análise isolada de um negócio jurídico específico, mas sim como essa aquisição se insere em um contexto estratégico da plataforma em relação a inovações ou inovadores que, de alguma forma, oferecem algum tipo de reação ou ameaça ao seu poder econômico. Vimos que estas estratégias podem ser diversas e que um dos diferenciais dessas grandes plataformas é justamente sua capacidade de antecipar movimentos e de atuar quando a rivalidade sequer ainda tem um produto/serviço materializado ou em funcionamento. Além disso, uma análise isolada, ainda que em alguma circunstância levasse à intervenção do Cade com imposição de alguma obrigação, dificilmente pode prever como aquela plataforma vai tratar de adequar aquele agente adquirido dentro do seu ecossistema (ou seja, sob seu controle), isto é, como parte do entrincheiramento e da complementariedade que é típica desses modelos.

Um controle de estruturas proativo e efetivamente preventivo não pode prescindir de um modelo especial para o tratamento dos movimentos dessas grandes plataformas, com ritos e obrigações próprias, que garantam a tempestividade e a suficiência da atuação da autoridade. Em capítulo anterior demonstramos diversos modelos que vem sendo adotados mundo afora e sua comparação e compatibilidade com o sistema brasileiro de defesa da concorrência. Nessa direção, um modelo de controle *ex ante* de plataformas especialmente designadas, permitindo uma regulação assimétrica conforme o modelo de negócio de cada uma e os riscos concorrenciais a ele relacionados parece ser fundamental para que o controle preventivo de estruturas da legislação de defesa da concorrência possa de fato prevenir o abuso de poder econômico e garantir a livre concorrência diante da concentração econômica realizada por essas plataformas.

Neste ponto, é importante ressaltar, inclusive, que o controle preventivo de estruturas relacionados às grandes plataformas é fundamental para que a política

econômica possa criar condições de fomento a modelos alternativos de negócios que possam rivalizar e permitir o desenvolvimento de uma política industrial digital efetiva pelo Brasil. Dentre as características dos ecossistemas e mercados digitais está a criação de dependência que leva a situações de *winner takes all/most* por parte do agente pioneiro ou que melhor se apropria da inovação. Uma grande parte do poder econômico dessas plataformas surge justamente dessa apropriação aliada ao entrincheiramento posterior desses mercados dentro do mesmo ecossistema que controlam, sobretudo por meio do controle dos dados e da infraestrutura de tratamento desses dados e a capacidade de predição e transferência interna desses ativos, sujeitando quem atua dentro desses ecossistemas a uma relação de dependência.

Como dificilmente se consegue competir com estas plataformas em todas as camadas do ecossistema, mas somente em nichos, é fundamental que um controle preventivo sobre essas estruturas seja realizado para impedir novos tombamentos de novos mercados bem como para criar estruturas alternativas para desenvolvimentos de modelos de negócio rivais, ainda que não em todas as camadas, mas que consigam se desenvolver fora da relação de dependência. Sem uma atuação proativa da autoridade de defesa da concorrência, dificilmente se terá tempestividade suficiente para garantir que essas alternativas se desenvolvam em um ambiente de abertura de competição.

O exemplo extremo e protecionista da China mostra como é possível o desenvolvimento de modelos alternativos na ausência desses grandes agentes. O que propomos aqui não é esse extremo, dado que ele absteria da competição e impediria que se pudesse abstrair os benefícios das inovações, produtos e serviços dessas grandes plataformas, mas sim, uma possibilidade de regular e estabelecer alguma condições de maneira prévia a atuação desses agentes, que permita uma abertura maior à modelos alternativos e, assim, a um futuro de competição com maior contestabilidade do poder econômico desses agentes.

Conforme trabalhado em capítulo anterior a compatibilização da política de defesa da concorrência a uma política industrial não meramente protecionista, mas que seja capaz de:

- (i) promover auxílio transversal ao desenvolvimento da economia digital, por meio de governança de dados e compartilhamento de

infraestruturas e condicionada a manutenção do ambiente aberto à competição e;

- (ii) que tenha como foco a diminuição de barreiras a entrada de quaisquer naturezas a agentes inovadores, pode valer-se bastante de medidas específicas e prévias por parte da autoridade antitruste a estas grandes plataformas que visem especificamente reduzir barreiras e garantir acesso e transparência.

Um modelo de designação específico para as grandes plataformas digitais deve ser criado, possibilitando uma regulação diferenciada e adaptada às particularidades desses agentes econômicos, bem como a análise da estratégia de aquisição, contratação e associação destes agentes que resulte em ainda mais concentração de seu poder econômico e também de transferência de poder para tecnologias inovadoras e novos ecossistemas, como os modelos de linguagem de Inteligência artificial, por exemplo.

Ademais, diante dos impactos e desafios futuros impostos pela digitalização da vida e seu caráter global, juntamente com outras transformações correlatas — como a necessidade de absorver os benefícios dessa revolução industrial para a redução das desigualdades, a inclusão social, e a transformação das relações de trabalho —, vimos que é crucial capacitar a economia para se complexificar e se diversificar. Isso deve ser feito por meio de uma política industrial voltada para objetivos públicos e baseada na manutenção de ambientes competitivos, livres e abertos, que permitam a digitalização de setores tradicionais para aumentar a produtividade, inclusive com o uso de inteligência artificial, de forma sustentável.

Para além de uma melhora no controle de estruturas a fim de capacitar a autoridade a lidar com grandes *gatekeepers* da era digital de forma prévia, tempestiva e eficaz, é também essencial fortalecer a atuação proativa do CADE, especialmente para que qualquer reforma legislativa seja à prova do futuro, ou seja, que abarque não apenas as questões relacionadas um controle prévio de alguns agentes digitais específicos e designados como *gatekeepers* ou algum sinônimo, mas que inclua outros mecanismos de controle proativo de estruturas de mercados que possam ser acionados *ex officio*, por provocação governamental ou mesmo por agentes econômicos e que contribua com esse novo modelo de política industrial, bem como na transição de modelos tradicionais para digitalizados e sustentáveis.

Nessa direção, a adoção de um procedimento de análise competitiva das estruturas dos diferentes mercados, a partir de uma motivação específica ou de uma investigação setorial, visando identificar barreiras à entrada e outros entraves à livre concorrência, visando sobretudo garantir a competição como valor na transformação da economia via digitalização, inteligência artificial e mecanismos de sustentabilidade, e que possa estabelecer obrigações gerais e específicas de forma cogente a setores e agentes privados, assim como recomendações de ação para outros agentes estatais de todos os poderes e entes federativos, parece fundamental para construir uma política de defesa da concorrência alinhada ao princípio constitucional da livre concorrência repaginada.

Vale notar que procedimentos semelhantes já existem em algumas legislações estrangeiras, como a mexicana e a alemã, e poderiam servir de inspiração para essa reforma, ao lado de mecanismos que já fazem parte do direito brasileiro, como as competências de agentes reguladores setoriais⁹⁴. A ampliação da competência prevista no art. 17 da Lei 12529/11, aliada ao aprimoramento dos mecanismos de *enforcement* e devido processo, representaria um passo fundamental nesse sentido e também poderia ser alvo desse incremento legislativo.

8.2.1.2 CONTROLE REPRESSIVO (CONDUTAS ANTICOMPETITIVAS)

Da mesma maneira que as competência preventivas do Cade devem ser repensadas segundo a hermenêutica baseada no constitucionalismo digital, conforme exposto na seção anterior, a competência repressiva do Cade, isto é, o controle das condutas anticompetitivas ou infrações à ordem econômica deve também ser ressignificado não somente na teoria, mas na prática do Cade na aplicação da legislação vigente.

Aqui também a Lei 12.529/11 apresenta um arcabouço normativo já bastante abrangente e diversificado de atuação da autarquia no combate a este tipo de infração administrativa. A existência de um tipo infracional aberto, que considera como conduta punível todo e qualquer ato que tenham por objeto ou possa gerar (repetir a lei), entrega

⁹⁴ Tanto a lei mexicana como a lei alemã (GWB) preveem um procedimento específico, que não se encaixa exatamente como uma análise de condutas ou de concentrações, mas que se direciona para a análise e recomendações para que se eliminem barreiras, estrutura, comportamentais e estatais/artificiais, a entrada e a competição nos mais diversos setores econômicos, permitindo assim, que a autoridade seja proativamente não somente em casos concretos, mas também como formulador de política pública.

ao CADE a possibilidade de detectar, investigar e punir uma ampla gama de ações praticadas pelos agentes econômicos.

O rol exemplificativo do art. 36, §3º, amplifica esse horizonte ainda mais. Ao lado desta tipificação aberta, o rol de sanções possíveis, bem como as diferentes ferramentas de investigação previstas, enreda um arcabouço que se mostra bastante efetivo para a atuação da autoridade. Uma série de ritos que consagram o contraditório e ampla defesa, bem como a possibilidade de ampla produção probatória e a previsão de soluções negociadas que envolvam inclusive a assunção de obrigações (ou remédios) por parte dos investigados, complementam esse arcabouço. Por fim, a existência de previsão da possibilidade de adoção de medidas cautelares para assegurar o resultado do processo e evitar riscos e danos imediatos ao mercado, permite uma atuação rápida da autoridade ainda que a instrução dos casos necessariamente se alongue por conta dos procedimentos legais.

À primeira vista, pois, o sistema legal relacionado ao controle repressivo, parece, quanto ao seu desenho, suficiente e tempestivo e razoavelmente adaptável a qualquer situação econômica que importe em uma infração à concorrência. Assim como no caso do controle preventivo, parte do que já está previsto na lei desde 2011, são medidas que tem sido alvo das regulações e alterações legislativas mundo afora para lidar com o fenômeno da transformação digital, especialmente com relação às grandes plataformas.

No entanto, as características da transformação digital aqui já reiteradamente tratadas, bem como o uso intensivo de dados como ativo essencial e o posicionamento das grandes plataformas controladoras de ecossistemas, dentro das quais estabelecem competição vertical com diversos outros agentes, geram uma série de potenciais condutas associadas a essas características e que, embora já possam de alguma maneira ser endereçada no arcabouço legal vigente, desafiam novas interpretações e teorias do dano baseadas nelas para que possam ser coibidas na prática, de maneira suficiente e tempestiva.

Aqui novamente temos que diferenciar quando as condutas mencionadas são agravadas por serem praticadas por *big techs*. É que nestes casos, ainda que o arcabouço legal seja amplo, a sua suficiência e tempestividade é desafiada. Novamente, um tratamento muito estrito das teorias do dano tradicionalmente utilizadas para análise de condutas unilaterais, também muito associado ao padrão de bem estar do consumidor,

pode levar a que, isoladamente, determinadas condutas não sejam adequadamente avaliadas quando ao seu potencial (dinâmico) de gerar dano. Mais do que isso, condutas verticais ou unilaterais geralmente trazem consigo eficiências o que torna ainda mais complicada a forma de análise da autoridade, que depende da demonstrar de que está justificativa de eficiente não se sustenta perante o dano potencial da conduta. Mais uma vez, nesse ponto, uma releitura da lei deve impor uma redistribuição do ônus da prova nesses casos, ainda que sob presunção relativa, dada a assimetria informacional e a capacidade dos agentes econômicos se valerem de um eventual prolongamento das investigações, complexas por natureza, para extrair o máximo de benefício da conduta e tornar insuficiente qualquer sanção ao final⁹⁵. O uso de medidas cautelares é a forma mais rápida de se evitar o risco de insuficiência, mas ele também depende de uma superação de visões estritas do antitruste tradicional. Não obstante, uma ausência de controle sobre prazos de concessão e revisão dessas medidas pode torna-las ineficazes.

Há ainda, um componente adicional de dificuldade no escrutínio das condutas relacionadas, que é o fato de que, mesmo em condutas tradicionais, as condutas verticais ou unilaterais possuem uma dificuldade maior de avaliação, detecção e punição, dado que normalmente decorrem de atos legítimos dos agentes econômicos, que se tornam ilegais porque praticados abusivamente, isto é, em virtude de seu poder econômico e com o único intuito de prejudicar concorrentes.

A tecnologia de investigação das autoridades antitruste desenvolveu-se primordialmente, ao longo das décadas de 2000 e 2010 priorizando o combate aos cartéis, entendidos como mais grave conduta contrária à concorrência. No entanto, na economia digital, embora tais condutas também sejam potencializadas por meio de algoritmos e acordos de colaboração, as condutas mais graves à concorrência parecem ser aquelas que advém justamente da plataformização da economia, sobretudo quando praticadas por *big tech*

Estas condutas são desafiadoras sobretudo por três motivos:

- (i) pela falta de tecnologia mais desenvolvida com relação ao padrão de análise de condutas verticais e/ou unilaterais;

⁹⁵ A duração dos casos do Google, conforme mencionado no item 5.2 acima, demonstra claramente esse aspecto.

- (ii) pela característica de *winner takes all/most* dos ecossistemas digitais;
- (iii) pela dificuldade em desenhar sanções que sejam suficientes, para além da pena pecuniária, a restabelecer a competição e prevenir condutas futuras, dado que se está lidando com um abuso praticado no seio do modelo de negócio dos agentes envolvidos.

Adicionalmente repete-se aqui o cenário de extrema assimetria informacional entre autoridade e agentes econômicos, bem como a necessidade de se entender como o modelo de negócios e o ecossistema relacionado funciona e pode se beneficiar da conduta abusiva, ou porque gera dependência de outros agentes ou porque tem capacidade e incentivo para excluir competidores ou impedir a entrada ou, ainda, porque relaciona-se diretamente com a forma como a inovação tecnológica permite ou sustenta a competição naquele determinado ecossistema.

Assim, no controle repressivo, o impacto da transformação digital que impõe revisitar as competências do Cade decorre menos da adequação/suficiência/alcance do arcabouço legal e muito mais da sua implementação na prática e das complexidades naturais a esse tipo de investigação. Na experiência recente do Cade verifica-se como essa dificuldade de aplicação prática pode levar a resultados distintas.

No caso do *Google shopping*, por exemplo, o tempo de processamento e de instrução do caso demonstra a complexidade de construção de uma teoria do dano baseada em evidências seguindo os métodos tradicionais de análise de condutas unilaterais que levou, ao final, ao arquivamento do caso depois de quase uma década. Já nos casos *Guia Bolso*, *Ifood* e *Gympass*, também aqui já mencionados, a utilização do mecanismo de medida preventiva, com um caráter cautelar mais amplo e *pro societate* e, posteriormente, a negociação e realização de uma solução negociada, via termo de compromisso de cessação, permitiu que se redesenhasse e fossem criadas novas regras para o modelo de negócio das plataformas existentes e da sua relação com outros agentes econômicos, permitindo um controle repressivo tempestivo e suficiente.

Também nesses casos, a incorporação de teorias avançadas para análise de práticas anticompetitivas em mercados digitais, desde o início, foi essencial para lidar com a complexidade dos mercados digitais e garantir um ambiente mais aberto à competição no futuro. Mesmo assim, verifica-se nesses casos, que o mercado já estava

“tombado” pelo agente pioneiro, sendo a atuação do CADE importante para garantir alguma rivalidade e a possibilidade de abertura a agentes inovadores.

Novamente aqui, a particularidade das *big tech* parece reforçar a necessidade de um controle preventivo desses agentes, por meio de uma regulação que justamente preserve essa abertura dos mercados e a presença de alternativas desde antes, uma vez que diante do poder econômico desses agentes, ainda que o controle repressivo os alcance e ative todo o arcabouço legal já existente em sua máxima potência, dificilmente pelas características dos mercados digitais essa atuação será suficiente para restabelecer o status quo inicial, de paridade de oportunidades para todos os rivais (Fernandes, 2022).

Ainda no que se refere ao controle repressivo, é de se ressaltar a necessidade de atualização também da política de combate a cartéis para lidar com os novos fenômenos de coordenação entre concorrentes e de comportamentos colusivos, facilitados, implementados ou potencializados pelo meio digital. Nesse sentido, novamente, aqui não há insuficiência do arcabouço legal, mas uma necessidade de se reinterpretar as teorias do dano tradicionalmente relacionadas a cartéis, bem como investir também em métodos de investigação e detecção que usem a tecnologia a favor dessa atividade. Alguns fenômenos típicos da era digital complexificam o combate aos cartéis. O uso de algoritmos de precificação é o mais óbvio deles.

Já há muito a literatura antitruste avalia os impactos desses algoritmos na chamada colusão algorítmica e mesmo da potencialidade desses algoritmos induzirem à colusão tácita em mercados não naturalmente propensos a ela. Desde uma visão quase que de ficção científica da década de 2010, com a possibilidade de os “robôs” representados por esses algoritmos aprenderem a fazer cartel sozinhos até o estágio atual muito se evoluiu. A certeza é que a tecnologia pode facilitar e potencializar condutas colusivas mesmo em mercados cuja estrutura não seja concentrada. Não só isso, a possibilidade de monitorar o “cumprimento” desses acordos ilegais e de “punir” desvios é extremamente potencializada pelos algoritmos, bem como as estratégias de dissimulação e clandestinidade. Além disso, algoritmos podem facilitar estratégias denominadas *hub-and-spoke*⁹⁶. Tudo isso exige da autoridade a criação de capacidade de lidar e detectar os

⁹⁶ Cartéis *hub and spoke* segundo a OCDE (2019) se caracterizam por um acordo que se dá entre agentes concorrentes em um mesmo mercado mas que é coordenado por um agente ou intermediários verticalmente relacionados (hub). Essa estrutura complexa nem sempre exige uma comunicação direta e horizontal entre os concorrentes em um esquema triangular e “contratual” de troca.

comportamentos relacionados a esses algoritmos, bem como uma reinterpretação acerca do padrão probatório de cartéis, possibilitando a produção e um reforço de provas indiretas que demonstrem o uso desses mecanismos tecnológicos e outros, como machine learning e inteligência artificial, como suficientes para a caracterização da conduta.

Outro aspecto relacionado a colaboração entre concorrentes que deve exigir uma atenção especial das autoridades é a existência de acordos de colaboração entre concorrentes e agentes econômicos para o desenvolvimento de inovação. No campo da inteligência artificial tem sido comum este tipo de cooperação entre concorrentes, ainda que potenciais, para uma melhor alocação de riscos e recursos associados à pesquisa e desenvolvimento. Ao mesmo tempo em que o controle repressivo deve estar aberto nesses casos a boa-fé dos agentes parece ser necessário um olhar vigilante para que estes acordos temporários e para empreendimento comum futuro não se tornem um canal de cartelização entre agentes. Assim, quando tais parcerias não estejam sujeitas ao controle preventivo, o controle repressivo precisa estar à postos para coibir eventuais abusos do poder econômico.

Por fim, um último aspecto da política de repressão a infrações a ordem econômica, especificamente relacionado a condutas coordenadas e cartéis, deve também ser realçado diante da transformação digital. Há um esforço recente das autoridades antitruste na detecção e investigação de condutas coordenadas de agentes econômicos direcionados ao mercado de trabalho, isto é, entre agentes que concorrem por mão-de-obra. Embora naturalmente direcionado a trabalhadores empregados, é notório que diante da chamada “uberização” do trabalho relacionado às plataformas digitais, o controle repressivo também deva deitar lentes sobre uma potencial coordenação entre plataformas que utilizam este tipo de prestação de mão-de-obra.

8.2.1.3 ESTUDOS E ACOMPANHAMENTO DE MERCADO

Ainda sob a dimensão do *enforcement* e como repensá-lo à luz de uma hermenêutica do princípio da livre concorrência no constitucionalismo digital, um ponto que é comum aos desafios impostos pela transformação digital é a ausência de massa crítica de dados, informações e conhecimento do funcionamento desses novos modelos de negócio e dos ecossistemas digitais. Isso ocorre tanto pelo caráter disruptivo e inovador oriundo das diversas tecnologias, tanto em mercados digitalmente natos como naqueles

em transição de digitalização, como pela assimetria gerada pela concentração e controle sobre dados e algoritmos por parte dos agentes econômicos que os exploram. Este segundo ponto é realçado pela natureza de dependência das relações *business-to-business* que ocorre dentro dos múltiplos lados das plataformas, bem como para características de preço zero ou quase zero dos serviços ofertados, o que transforma também o aspecto da demanda e a relação de consumo ali estabelecida.

Nesse sentido, para dar suporte aos casos concretos, mas também para fundamentar melhor as prioridades do seu *enforcement*, avaliando, ainda, as características locais do desenvolvimento tecnológico, da inclusão digital e os desafios e serviços em que alguma intervenção parece mais premente pelo risco de abuso de poder a ele associado, o Cade deve expandir seus estudos de mercado para identificar barreiras e condições estruturais que possam limitar a concorrência, para obter dados de diferentes públicos e construir sua própria base sobre estes ecossistemas, bem como produzir conhecimento independente sobre o funcionamento e as relações comerciais estabelecidas no interior desses ecossistemas e também entre ecossistemas. A partir de estudos que resultem de um acompanhamento contínuo dos mercados *online e offline*, tais estudos podem recomendar medidas e requisições de informações para possibilitar que sejam feitas intervenções rápidas e eficazes quando necessário.

Novamente, embora a competência de acompanhamento e estudos de mercados esteja expressa na Lei 12.529/11 (art. 17), esta foi tradicionalmente interpretada em duas vertentes: a) como uma forma retrospectiva de avaliar as variáveis concorrenciais e a experiência do CADE nos mercados, bem como eventuais problemas decorrentes da regulação ou de outras medidas estatais de intervenção; b) como estudos baseados em estimativas e métricas públicas para avaliação do nível de concorrência nos mercados e/ou do impacto da atuação do CADE. Para além disso, também se tem utilizado de estudos para fundamentar medidas de advocacy específicos ou sob demanda de outros agentes governamentais de todos os poderes do estado e entes federativos.

Entretanto, tais estudos não têm tido o condão de serem utilizados de forma mais prescritiva, ou seja, com conclusões que demandem do próprio CADE, a partir de recomendações, medidas concretas e abertura de processos administrativos de condutas administrativas ou avocação de atos de concentração, por exemplo. Ou seja, tais estudos não têm sido usados como um fundamento de possibilidade para o *enforcement* com base

em evidências econômicas ou empíricas de estruturas ou comportamentos que possam gerar abuso de poder econômica.

Ainda que não seja competência do atual Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE, a condução de processos de *enforcement*, parece-nos natural que, como órgão auxiliar ao Tribunal e à Superintendência-Geral, os estudos de mercado ali produzidos tivessem um condão mais próximo dos *Market inquiries* produzidos na CMA, do Reino Unido, mesmo que limitando-se a recomendar a abertura de processos de *enforcement*.

Ao pensarmos, no entanto, na necessidade de resposta tempestiva e suficiente para os desafios da economia digital, bem como na capacidade de antecipação de mudanças no mercado e necessidade de recomendação de ajustes proativamente, a existência dessa competência de estudos e de acompanhamento de mercados devem fazer parte das atividades do Cade de maneira mais coordenada e útil para a atuação *ex officio* do órgão em processos de *enforcement*. Isso deve, necessariamente, incluir a análise de tendências em tecnologias emergentes e seus impactos na concorrência. O CADE deve emitir orientações e recomendações com força de "representação", atuando de forma preventiva e orientadora para evitar práticas anticompetitivas antes que elas causem danos significativos ao mercado.

Da mesma forma, para além de propor medidas concretas de aplicação da lei vigente, tais investigações de mercado passam a ser essenciais na construção de uma estrutura que possa lidar previamente, por exemplo, com determinados agentes designados, a partir de estudos e recomendações de medidas direcionadas a cada modelo de negócio, naquilo que tem maior risco à concorrência. E, ainda, a realização destes estudos pode contribuir ativamente para a formulação da política de defesa da concorrência ao fundamentar decisões do Tribunal sobre a priorização de setores, tipos de plataforma e agentes que merecem especial atenção, desde logo, ou seja, mesmo antes de qualquer alteração legislativa que crie um regime próprio de regulação.

8.2.2. AJUSTANDO O “TOOLKIT” DE ATUAÇÃO DO CADE À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

A seção anterior cuida de repensar algumas das competências já existentes na lei do CADE e propor novas interpretações e apontar lacunas de modificação com vistas ao atendimento, pela defesa da concorrência, do conteúdo jurídico do princípio constitucional da livre concorrência ressignificado no constitucionalismo digital. Mas para além da reformulação interpretativa acerca das competências já existentes e seus eventuais defeitos, é possível também realizar exercício semelhante direcionando-o para algumas das ferramentas já existentes e corriqueiramente utilizadas pelo CADE na sua atividade.

Antes de ingressar nesse exercício, cumpre ressaltar que *de lege ferenda* já nos manifestamos aqui pela necessidade de incremento legislativo que crie, a partir de um objetivo maior de proteção da abertura do ambiente digital à livre iniciativa e paridade de armas e desenvolvimento da inovação, uma forma específica de controle direcionado aos grandes agentes econômicos da economia digital, por meio de procedimentos próprios, com obrigações desenhadas segundo o risco e o desenho de cada modelo de negócio para tornar o controle exercido pelo CADE mais tempestivo e suficiente. Também já nos manifestamos no sentido de que a transformação digital impõe uma necessidade de um controle preventivo de barreiras à entrada, como foco prioritário na transformação e digitalização dos diversos setores e mercados, além de ajustes estruturais específicos para as Big, a fim de garantir um ambiente competitivo justo e acessível. Um exercício propositivo nesse sentido foi feito no apêndice desse trabalho, com uma minuta de proposta de alteração da Lei.

Mas para além disso, o CADE deve reformular seus critérios de análises e incorporar novas teorias de danos em seu enforcement, visando uma abordagem mais abrangente e adaptada às realidades dos mercados digitais. Isso inclui a priorização do *enforcement* na forma acima trabalhada, mas também a utilização criativa da caixa de ferramentas (“toolkit”) já existente na Lei, inclusive com regulamentações infralegais mais direcionadas à transformação digital. Elegemos aqui algumas dessas ferramentas que, com base apenas em uma reinterpretção podem ser expandidas e adaptadas às necessidades decorrentes da transformação digital.

8.2.2.1. REMEDIOS, REVISÃO E AVOCAÇÃO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO E MEDIDAS PREVENTIVAS (CAUTELARES)

Já afirmamos aqui que setores tecnológicos devem ser priorizados nas análises de atos de concentração e na atividade repressiva do CADE neste momento da transformação

digital, dada a sua relevância e o potencial impacto na inovação. Esta priorização deve ser prévia e transparente, e aprovada pelo Tribunal do CADE. O CADE deve expandir suas teorias de análise de danos, indo além do conceito tradicional de dominância de mercado, e considerar o impacto potencial na inovação e na entrada de novos agentes. A proteção e o incentivo à competição nascente são fundamentais para garantir um ambiente inovador e competitivo, ao mesmo tempo.

Neste sentido, tanto no controle preventivo como em sede de medidas cautelares e ou definitivas em condutas, O CADE deve buscar garantir por meio de remédios, para além das medidas imediatas de restabelecimento do *status quo*, que condutas futuras não prejudiquem a inovação e a entrada de novas empresas no mercado. Isso envolve uma atualização dos guias de remédios do CADE bem como uma maior utilização de testes e investigações de mercado na formulação e desenho desses remédios. Mais do que isso, deve-se construir remédios *tailormade* e que tenham flexibilidade para serem revistos de acordo com a evolução tecnológica, sob pena de se tornarem inócuos diante da capacidade de destruição criativa do meio digital e da capacidade das plataformas digitais de se remodelarem e substituírem produtos, serviços e modificarem seus termos e condições⁹⁷.

Além disso, a partir de uma priorização transparente e fundamentada em estudos de mercado, uma atuação mais proativa poderia valer-se de institutos já presentes na lei como o recurso de terceiros interessados, a revisão de atos de concentração e a possibilidade de avocação de processos arquivados em fase inicial na Superintendência-Geral do CADE, responsável pela condução das investigações, por parte do Tribunal do CADE, como uma forma de estabelecer maior *accountability* para casos envolvendo ecossistemas digitais. Um maior escrutínio desses casos, em dupla instância e com foco em aumentar a capacidade e o conhecimento institucional do ambiente digital permite que as decisões do CADE sejam mais precisas na forma de intervenção e mais dinâmicas quanto necessidade de adaptação das teorias do dano para lidar com as questões da economia digital.

No mesmo sentido, o uso de medidas cautelares diante de situação de condutas em potencial, como forma de precaução e garantia da suficiência do resultado final do processo, pode ser um instrumento poderoso para, por exemplo, impedir que as

⁹⁷ A exemplo da recomendação conjunta CADE, ANPD, SENACON e MPF acerca do adiamento da vigência da nova política de Termos e Condições do Whatsapp, determinando sua adequação a LGPD e a não restrição aos usuários que não aderissem aos termos.

características de *winner takes all* e *tipping* dos mercados digitais prevaleçam antes que se tenha a certeza sobre a legalidade da conduta praticada pelo agente, além de permitir desde logo medidas de preservação da inovação e de agentes inovadores. Adicionalmente, a publicidade dessas medidas confere maior transparência aos riscos e práticas do investigado permitindo, também, que um controle social e reputacional possa ser exercido pelos usuários e consumidores daquele produto ou serviço e pela sociedade civil em geral, aumentando a visibilidade sobre o funcionamento dos ecossistemas.

8.2.2.2. SANÇÕES EM CONDUTAS

Um outro fator importante a ser considerado ao tratar de casos de condutas anticompetitivas em mercados digitais diz respeito ao sancionamento em caso de condenação ou acordo. Conforme já mencionamos, a Lei 12.529/11 prevê, para além da sanção pecuniária, um rol bastante amplo de sanções, estabelecendo inclusive um modelo aberto ao dizer que poderá ser adotado como medida sancionatória qualquer ato que seja necessário para o restabelecimento da concorrência.

Este amplo rol sancionatório deve ser utilizado com sabedoria pela autoridade, segundo a lógica já defendida aqui de que a defesa da concorrência para além da resolução punitiva ao agente no caso concreto deve procurar utilizar as sanções como forma de instrumentalizar a realização completa do princípio constitucional da livre concorrência. Assim, as sanções aplicadas pelo Cade devem ser proporcionais e eficazes, visando a prevenção de práticas anticompetitivas e a dissuasão de condutas nocivas ao ambiente digital. Isso envolve uma análise que vai bem além do mero cálculo e aplicação de uma multa aos agentes envolvidos.

Inclusive, em muitos casos, sobretudo naqueles envolvendo as *big tech*, a sanção pecuniária, por mais elevada que seja, ainda assim não seria suficiente do ponto de vista dissuasório, principalmente considerando em conjunto com a duração dos processos *ex post*. Os casos do Google Shopping da Europa e do Google nos Estados Unidos, são bons exemplos das dificuldades de se sancionar estes grandes agentes pela lógica tradicional do antitruste. Enquanto no primeiro foi aplicada a maior multa da história da Comissão Europeia, mantida pelo Tribunal de Justiça Europeu, e mesmo assim, essa multa representou um parcela ínfima do faturamento anual da empresa, nos Estados Unidos as sanções propostas pelo Departamento de Justiça vão, exatamente, na direção da dissuasão

pela via não pecuniária, com o estabelecimento de remédios como desinvestimento de ativos, desverticalização, etc⁹⁸. Também entre nós, no CADE, os casos de mercados digitais que resultaram em algum tipo de sanção, ainda que pela via negociada, como os mencionados no item 5.2 *supra*, revelam que para o eficaz restabelecimento da competição e prevenção de novas condutas, a utilização de medidas restritivas de direitos e imposição de obrigações de fazer e não fazer se apresenta como mais dissuasória e mais proporcional, efetivamente intervindo nos pontos do modelo de negócio que efetivamente geram risco concorrencial.

Desta forma, independentemente de uma eventual alteração das competências do CADE que importe em regulação concorrencial assimétrica prévia e impor obrigações a determinados agentes designados como *gatekeepers*, a atividade sancionatória do CADE, deve, desde logo, incrementar a forma de sancionar os casos envolvendo mercado digital. A integração de práticas de compliance deve ser exigida de empresas infratoras, garantindo que as obrigações sejam cumpridas de forma efetiva e preventiva. Medidas que previnam o uso de disposições contratuais (ou os conhecidos Termos e Condições de uso), bem como possam regular a forma de uso e tratamento de dados, além de restrições à formas de exclusividade e fato e de direito e o uso de disposições do tipo nação mais favorecida⁹⁹, por exemplo, parecem mais adequadas do que a simples sanção pecuniária para não somente punir os agentes como restabelecer níveis de competição adequados e a abertura dos ecossistemas a entrada de rivais.

Por fim, no que se refere especificamente a sanção pecuniária, esta não deve ser abandonada sobretudo em casos de condenação (e não solução negociada) e mais graves. No entanto, para serem mais efetivas, o CADE pode se valer de instrumentos já previstos na Lei 12.529/11 como a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica e a solidariedade, podendo direcionar tais sanções não somente para a empresa ou a plataforma diretamente envolvida na conduta mas aos seus grupos econômicos, assegurando que as sanções tenham um efeito real sobre os responsáveis.

Além disso, diante da complexidade da tecnologia digital e da diversidade dos modelos de negócio da plataforma, bem como da capacidade informacional e técnica destes agentes de se utilizarem de dados, algoritmos, sistemas e modelos e linguagem, as

⁹⁸ Cf. [How the DOJ wants to break up Google's search monopoly - The Verge](#), acesso em 07/12/2024.

⁹⁹ Clausulas de nação mais favorecidas são cláusulas que atribuem descontos diferenciados a depender se a compra se pela plataforma digital ou diretamente pelo estabelecimento comercial.

o CADE deve buscar, na aplicação de sanções, uma ação coordenada com outras autoridades regulatórias, garantindo uma abordagem integrada e eficaz que sirva tanto para o desenho de sanções de obrigações mais complexas, como para o efetivo monitoramento do cumprimento destas sanções

8.2.2.3. CONSULTAS E SOLUÇÕES NEGOCIADAS COMO “SANDBOX REGULATÓRIO”

A Lei 12529/11 apresenta em seu ferramental e na sua regulamentação infralegal, uma série de instrumentos que são voltados a um processo dialógico com os agentes econômicos, tanto de forma preventiva como no âmbito de procedimentos de controle de concentrações e de condutas. Alguns desses instrumentos, revisitados, podem ser bastante úteis e eficazes na construção de soluções criativas para o fortalecimento da concorrência em ecossistemas e plataformas digitais. Estes instrumentos podem servir, sobretudo, para permitir a autoridade que possa exercer o experimentalismo (Bietti, 2024), por nós aqui já referido, tão importante para a flexibilidade e adaptabilidade da defesa da concorrência à complexidade econômica determinada pela transformação digital.

Nesse sentido, a consulta, procedimento previsto no art. 9º § 4º da Lei e regulamentado na Resolução 12/2015, poderia ser ampliada e utilizada como uma forma de construção coletiva de conhecimento e de sinalização do CADE quanto a medidas de precaução, conformidade, transparência e acesso a serem adotadas por ecossistemas e plataformas a fim de proteger a concorrência e permitir a existência de abertura e rivalidade nesse ambiente. A consulta pode ser um instrumento ativado pelos próprios agente privados e de forma preventiva para evitar riscos concorrenciais futuros além de servir como uma espécie de *sandbox* regulatório, permitindo ao CADE um monitoramento mais tempestivo de determinadas situações, bem como a construção de soluções e obrigações que possam ser testadas e revistas, se necessário.

Em processos de controle de concentrações e de condutas, esta mesma lógica do *sandbox* regulatório e da efetivação de medidas e obrigações que permitam um monitoramento flexível, adaptativo e evolutivo, pode ser utilizado por meio de instrumentos de solução negociada já existentes, e pelos quais o CADE já possui experiência e tecnologia no desenho de soluções construtivas e criativas para o restabelecimento do *status quo* concorrencial e a prevenção de risco futuro. Medidas de

fomento a inovação, redução de barreiras de entrada, proteção de dados como ativos, interoperabilidade, restrição a exclusividades e preferências, abertura e transparência de acesso a sistemas e produtos, podem ser testadas e adaptadas durante o monitoramento destes instrumentos já existentes, que são o Acordo em Controle de Concentrações (ACC) e o Termo de Compromisso de Cessação de condutas (TCC).

Assim, por meio desses instrumentos de consulta, ACC e TCC, o CADE pode utilizar uma experiência já bastante consolidada para adotar medidas e sinalizações adequadas que não somente sirvam para impor obrigações individuais a agentes econômicos mas também para a construção de ecossistemas digitais mais propensos à inovação e mais competitivos, possibilitando, inclusive, que a defesa da concorrência contribua para a política econômica de maneira mais ampla. Tais instrumentos já preveem a possibilidade de participação de terceiros interessados e a possibilidade do CADE consultar *experts* e outras agências reguladoras, não só para a formulação das obrigações e medidas da sua decisão, mas também para o monitoramento futuro, para o qual inclusive pode utilizar-se da figura dos *trustees*.

A colaboração de agentes econômicos e demais interessados é essencial para a construção de soluções regulatórias eficazes. A participação ativa dos stakeholders deve ser promovida em processos de consulta pública e na formulação de políticas regulatórias. A adoção de soluções negociadas, no formato de "sandbox regulatório", pode permitir o teste de novas abordagens e a adaptação das normas às mudanças rápidas do mercado digital. O aproveitamento da experiência e de instrumentos já existentes na Lei do CADE, desde que revisitados e amplificados para maior participação pode ser um instrumento bastante eficaz nesse sentido. Isso, inclusive já vem sendo feito, ainda de maneira incipiente, em casos relacionados a economia digital enfrentados pelos CADE. Alguns desses exemplos já foram tratados por nós, no item 5.2, *supra*.

Novamente, aqui, a suficiência e a tempestividade da utilização desses instrumentos quando pensamos na *big tech* dependeria de uma transformação imediata tanto da política como da interpretação da Lei nessa direção. Como já reiteradamente tratado aqui, o poder econômico desses agentes, e sua capacidade de entrincheiramento e alavancagem dentro dos ecossistemas que controlam exigem uma atuação mais específica e direcionada.

Assim, embora a reinterpretação aqui proposta deva compor essa transformação do sistema brasileiro de defesa da concorrência e já possa ser ativada de imediato, permitindo ao CADE a transposição dessa experiência desenvolvida nos casos concretos para um modelo de regulação prévia e assimétrica desses agentes que seja efetivamente preventivo e, principalmente, contraponha o poder econômico desses antes que o ambiente competitivo seja transformada. Nesse sentido, estes instrumentos já potentes devem ser incorporados a um sistema que combine uma regulação ex ante para determinados agentes e situações com um efetivo controle ex post. A OCDE, inclusive, já possui estudos nesse sentido da combinação de instrumentos relacionados a sua aplicação em países do G7.

A ideia de combinar instrumentos ex ante e ex post cumpre ainda um papel importante na construção de um ambiente de coordenação entre as diferentes regulações de plataformas digitais em diferentes jurisdições ao mesmo tempo em que possibilita a construção de sistema locais que possam ser mais adequados ao estágio de desenvolvimento econômico e da transformação digital em cada país.

8.2.3. A PROTEÇÃO DA INOVAÇÃO PELA CONCORRENCIA

Um elemento comum da hermenêutica proposta por nós nesse trabalho, utilizando o princípio constitucional da livre concorrência e sua interação e integração com os demais princípios da ordem econômica como ponto de partida também para a defesa da concorrência na prática, tanto na formulação da política quanto na aplicação da lei aos casos concretos é a constatação que a análise tradicional de concorrência deve ser ressignificada para incluir a promoção da inovação como um objetivo central a ser perseguido e promovido

A transformação digital enreda um elemento central praticamente totalizante que é evolução tecnológica digital irreversível, pervasiva a mercados nascentes e também a mercados tradicionais. O dinamismo e a rapidez transformativa dessa tecnologia e da sua incorporação na economia, com escala e multiplicidade de agentes, relações e possibilidades de desenvolvimento, bem com sua natureza transfronteiriça e descentralizada, fragmentada entre diferentes tipos de agentes privados e públicos, obriga as instituições do estado e ao direito uma necessidade de ressignificação constante e adaptabilidade. No âmbito da concorrência econômica o distanciamento das relações entre agentes e entre estes e consumidores de uma relação baseada fundamentalmente em

preço, induz a necessidade de se avaliar novas variáveis chave para a promoção de um ambiente propício a livre iniciativa.

Como trabalhamos em capítulo anterior, para que a destruição criativa do capitalismo possa continuar exercendo seu poder transformador e possibilitar que os ganhos produzidos por essa transformação sejam traduzidos em desenvolvimento econômico e social inclusivo e sustentável, é necessário que as instituições estatais exerçam um papel de regulador que ao mesmo tempo em que possibilite a inovação impeça a formação de concentrações de poder econômico por parte de agentes privados que impeça a entrada e o desenvolvimento de novos agentes inovadores e de inovações efetivamente disruptivas e benéficas para a sociedade. A competição nascente deve ser incentivada para garantir que novas tecnologias e empresas tenham condições de prosperar. As instituições devem então procurar um equilíbrio entre regulação e inovação, garantindo que novos agentes econômicos tenham acesso ao mercado e possam competir de maneira justa, contribuindo para a diversidade e o avanço tecnológico.

No âmbito da defesa da concorrência, a consideração da inovação, embora de alguma forma sempre tenha sido levada em consideração em casos concretos que se relacionavam a mercados ou setores onde essa variável é um fator de grande relevância. No entanto, a consideração desses elementos, sobretudo após o advento da escola de Chicago e da sua disseminação entre as diferentes autoridades de defesa da concorrência ao redor do mundo, sempre foi restrita e associada ao elemento principal oriundo do padrão de *consumer welfare* e de eficiência econômica, que é a sua repercussão em preços (e em alguns casos em qualidade) ((OCDE, 2023). Diversos trabalhos recentes têm procurado identificar como a inovação tem sido considerada pelas diferentes autoridades, incluindo o Cade, como os de Schrepel (2023), Cruvinel et al (2022) e Oliveira (2023).

Apesar da expressão *inovação* estar sempre presente e de que como afirmado em mercados tradicionalmente ligados a inovação, propriedade intelectual, marcas e tecnologia, este componente tem algum peso na análise associada ao elemento principal de preço ou *outcome* (qualidade/custo/etc) e na rivalidade, a consideração da inovação como elemento central para a manutenção de rivalidade ou de abertura dos mercados é elemento recente, muito associado à transformação digital da economia. Vários estudos e autores tem intensificados esforços na inclusão do componente da inovação (e dos agentes inovadores) na construção de teorias do dano, tanto para fusões e aquisições como

para condutas. Alguns exemplos disso são os trabalhos de Lyra e Pires-Alves (2023 e 2024), Lyra *et al* (2024) e Fernandes (2022).

Contudo, ainda há uma extrema dificuldade entre estabelecer métricas e maneiras de quantificar o valor da inovação, sobretudo dentro da cadeia de valor de ecossistemas. Mas ainda, a diferenciação entre *tipos de inovação*, parece ser fundamental para entender estratégias de ataque a competidores nascentes ou potenciais, bem como a real possibilidade de que determinados agentes (*Mavericks*) possam ser considerados como alternativas e rivais efetivos dentro e fora de ecossistemas (OCDE, 2023) e Lyra *et al.* (2024).

Mais uma vez aqui, ao olharmos para o caso específico das *big tech*, a opacidade de funcionamento dos ecossistemas e algoritmos que controlam, bem como a ausência de transparência e acesso ao uso e tratamento dos dados que possuem ou obtêm das relações intra ecossistema. Nesse sentido por mais que se avance um metodologias de consideração em casos concretos, o que parece ser uma tendência que suplanta inclusive a discussão sobre ampliação ou não dos objetivos da defesa da concorrência, dado que a realidade econômica impõe que sejam reconsiderados elementos que vão bastante além da ideia de preço/custo, com relação as *big tech* uma defesa da concorrência que possua como elemento central a inovação, exige por parte da autoridade um grau de controle e acesso prévio aos modelos de negócios desses agentes de forma a prevenir movimentos irreversíveis que conttenham a inovação.

Uma defesa da concorrência pensada a luz do constitucionalismo digital, não pode prescindir, pois, de tomar a inovação como principal elemento gerador de competição na economia digital e digitalizada, sendo a variável chave para permitir um ambiente propício a evolução tecnológica e a livre iniciativa. Além disso, a promoção de uma política industrial que promova como objetivo público e transversal a construção de infraestrutura e condições de investimento propícias a construção de modelos compartilhados de transformação digital, acessível a todos e com foco na inclusão dos agentes, não pode prescindir da construção de um desenho institucional que combine elementos *ex ante* e *ex post de* aplicação a lei aos casos concretos baseados na promoção e preservação da inovação.

8.3. ADVOCACY E COOPERAÇÃO INSTITUCIONAL

A transformação digital exige como vimos uma reformulação das próprias instituições para se adaptarem aos seus desafios e impactos. Para além da possibilidade de estabelecimento de novas legislações e competências, o estado deve se preparar para ser capaz de lidar com as características multifacetadas dessa coordenação e fortalecer uma agenda abrangente de política pública que faça com que a intervenção estatal da economia seja, de fato, um elemento disciplinador do poder privado e que possibilite a livre iniciativa e a inovação na economia.

No campo da advocacia da concorrência (*advocacy*), ou seja, da promoção da cultura da concorrência, a reformulação da forma de atuação do CADE e do Ministério da Fazenda no sentido de garantir uma política econômica e setorial que seja pró-competitiva é ainda mais importante. Tanto a secretaria responsável pelo acompanhamento econômico no Ministério da Fazenda, como o próprio CADE e ambos, em coordenação, devem atuar de maneira proativa para introduzir as preocupações concorrenciais advindas da transformação digital da economia na formulação legislativa, normativa e de políticas públicas. Segundo o art. 19 da Lei 12.529/11 essa atividade cabe, principalmente no que se refere as relações governamentais, principalmente ao Ministério da Fazenda, que deve realizar estudos e ações voltadas a fundamentar a ações governamentais que promovam a livre concorrência nos mercados. A recente tomada de subsídios promovidas por este Ministério, realizando praticamente uma análise de impactos e resultados da atividade do Cadecom o intuito de estabelecer um melhor arcabouço institucional e sugerir um incremento de competências, procedimentos e ferramentas ao Cade para a defesa concorrência na economia digital, sobretudo com relação aos grandes agentes privados considerados *gatekeepers* é um exemplo do tipo de atuação que se espera em termos de advocacia da concorrência à luz de um princípio constitucional da livre concorrência ressignificado pelo constitucionalismo digital.

Mas, além da atividade de advocacia de concorrência promovida pelo Ministério da Fazenda no seio da política econômica, cumpre ao Cade também o acompanhamento de mercado e a necessidade de monitoramento das práticas dos agentes econômicos (arts. 13, II e 17, da Lei 12.529/11). Mais do que isso, ao Cade e ao SBDC como um todo cumpre também o papel de contribuir para a formulação legislativa, normativa e das políticas públicas a partir das evidências e da massa crítica acumulada dos casos concretos

e do conhecimento produzido na instrução desses casos. Para além da consideração abstrata dos incentivos e entraves que o desenho das políticas públicas e das normas podem ocasionar no ambiente competitivo, o papel do Cade é fundamental para a execução e o desenho concreto das medidas necessárias à promoção da competição. Nesse sentido, por exemplo, o Cade pode ajudar a desenhar as condicionalidades necessárias a implementação de políticas industriais pró-competitivas no meio digital, indicando e desenho remédios e medidas preventivas de conformidade que ajuste essa política a finalidades competitivas, ou seja, que não representem mero protecionismo ou privilégio a agentes e setores escolhidos.

Além dessa atividade de promoção da concorrência voltada às ações governamentais, em um contexto de economia globalizada e com agentes transnacionais privados excessivamente poderosos, a advocacia da concorrência exercida pelo SBDC também deve ser o ponto de contato entre a defesa da concorrência e a promoção do valor concorrência junto aos mercados e a sociedade. Essa “educação” para a concorrência deve servir tanto ao *compliance* dos agentes privados como para permitir o controle social das práticas realizadas, sobretudo no contexto pouco transparente e de assimetria informacional que permeia os ecossistemas digitais. Empoderar usuários comerciais e consumidores a identificar e denunciar potenciais ações e estratégias anticompetitivas ou de criação de barreiras a entrada pode ser um útil instrumento para desencadear uma série de medidas de *enforcement* como as acima mencionadas. Além disso, em um sistema futuro de regulação *ex ante* e assimétrica de alguns agentes considerados *gatekeepers* essa relação com os agentes envolvidos, tanto regulados como os que deles dependem, podem contribuir para o desenho de obrigações mais flexíveis, precisas e à prova de futuro, bem como para um monitoramento mais eficaz de seu cumprimento e conformidade.

Essa atividade de advocacia, já exercida atualmente, necessita de melhor formalização e coordenação. Uma advocacia da concorrência para a era digital exige uma maior coordenação entre a regulação concorrencial e outras regulações, como que formando uma “rede de reguladores” que fortaleça o papel do estado perante os desafios da era digital. Neste sentido, o Cade e o Ministério da Fazenda não podem prescindir de atuar proximalmente em cooperação institucional com outros agentes diretamente envolvidos com a era digital e com a digitalização da economia, como a agência nacional de proteção de dados, os reguladores setoriais e a futura regulação da inteligência artificial.

A proteção de dados e a promoção da concorrência estão intrinsecamente relacionadas no ambiente digital. A regulação de dados deve ser coordenada com a defesa da concorrência, garantindo que grandes plataformas não utilizem dados pessoais para criar barreiras à entrada ou limitar a competição. Medidas de conformidade para grandes empresas no tratamento de dados são essenciais para garantir que o uso de informações pessoais não resulte em práticas anticompetitivas. Além disso o papel desempenhado pelos dados na formação e consolidação do poder econômico, o seu valor como ativo essencial e o acesso aos dados como uma das principais barreiras a entrada impõe uma necessária relação entre a autoridade de defesa da concorrência e autoridade de proteção de dados. O Cade deve atuar em conjunto com outras autoridades para assegurar o cumprimento das normas de proteção de dados¹⁰⁰.

A regulação setorial deve considerar as características específicas de cada setor, garantindo que as normas sejam adequadas às realidades de cada mercado. O desenho regulatório brasileiro já induz, de maneira geral um dever das agências de promover a competitividade dos e nos setores, isto é, naqueles aspectos em que a regulação modela o ambiente de livre concorrência.

No contexto digital, é importante adaptar as regulamentações para lidar com a dinâmica rápida e as inovações tecnológicas que caracterizam esses setores e, também, para lidar com a digitalização dos setores e o eventual descompasso entre essa e a regulação. Uma coordenação entre os reguladores e a defesa da concorrência pode ser fundamental para garantir que a regulação não seja ela própria um instrumento de barreira à entrada da inovação ou, ainda, um mecanismo de que permita que agentes regulados “tradicionais” em mercados concentrados transponham esse poder de mercado para a fronteira digital impedindo uma abertura. A regulação setorial deve ser integrada com a defesa da concorrência, assegurando que os objetivos de promoção da competitividade e de proteção ao consumidor sejam alcançados de forma coordenada e eficaz. Um exemplo bastante significativo nesse sentido relaciona-se com as fintechs e também os movimentos que, no Brasil, se direcionam para o open finance e open banking, tendo como um grande exemplo a introdução do pix. Aliás, neste ponto, inclusive, a interação entre o regulador setorial como uma espécie de *hub* de interoperabilidade obrigando todos

¹⁰⁰ Os casos recentes envolvendo atuação conjunta entre ANPD e CADE com relação aos termos e condições do Whatsapp e o uso cativo de dados de terceiros pela *Meta* para treinamento de ferramentas de IA demonstram a necessidade dessa coordenação.

os agentes de mercado a se enquadrarem em um mesmo arcabouço regulatório demonstra como a regulação pode ser desenhada para abrir o mercado e permitir uma concorrência mais vigorosa mesmo em setores regulados, como ocorreu por exemplo no caso das *fintech* e no posterior implemento do *open banking*.

Na mesma linha, a interação já natural e histórica entre a defesa da concorrência e a defesa do consumidor deve ser intensificada e coordenada. Sobretudo quando tratamos de grandes plataformas digitais, incluindo as *big tech* mas também os principais portais de *e-commerce*, existe uma sobreposição natural entre regulações de serviços e produtos digitais com a regulação concorrencial *ex ante* e *ex post*. A implementação de regulamentos específicos para plataformas e serviços digitais na sua relação com os usuários das mais diversas espécies é, nesse sentido é essencial para garantir um ambiente competitivo e transparente. A proteção do consumidor e a promoção da transparência nas operações das plataformas digitais são fundamentais para garantir um ambiente de mercado justo. Aliado às questões de privacidade de dados, o controle do poder econômico também pelo lado de sua relação com a demanda é parte indispensável da política econômica desenhada como uma agenda digital abrangente e condizente com os princípios da ordem econômica.

Ao lado disso, a definição de parâmetros para o desenvolvimento e uso responsável de IA é fundamental para garantir que essa evolução tecnológica seja utilizada de forma ética, segundo grau de risco à própria dignidade humana. A defesa da concorrência pode contribuir para essa governança mais ampla da IA, sobretudo por meio da utilização de *sandbox* regulatórios e do monitoramento ativo de obrigações relacionadas à inovação. Ademais, a avaliação dos impactos das tecnologias de IA sobre a competitividade do mercado deve ser uma prioridade. O CADE deve assegurar que o uso de IA por grandes plataformas não resulte em práticas anticompetitivas ou na exclusão de novos agentes do mercado. Mais do que isso, na linha do que já proposto por alguns autores, a defesa da concorrência tem um papel fundamental para garantir que os mercados possivelmente novos ou transformados pela IA não sejam desde logo tombados e dominados por aqueles que detem a maior capacidade de prever e custear inovações, que são as *big tech*.

Um último ponto não menos importante em termos de advocacy e cooperação é a cooperação entre autoridades de concorrência de varias jurisdições. Conforme trabalho recente de Pereira Neto e Sadami (2024), parte da globalização e das boas práticas de

defesa da concorrência se desenvolveram ao longo dos anos nas diversas jurisdições justamente por meio de redes de autoridades para a troca de experiências, informações e cooperação concreta. Tais redes tiveram papel fundamental nas décadas de 2000 e 2010 e foram responsáveis pela disseminação da defesa da concorrência e de padrões internacionais de livre concorrência de forma razoavelmente globalizada¹⁰¹.

Nesse momento da transformação digital, essas redes assume um novo papel que é a de buscar alguma convergência global acerca do papel da livre concorrência na economia digital em um mundo de regulações fragmentadas e diversas e, ao mesmo tempo, abrir um diálogo de diversidade entre estas diversas iniciativas, permitindo que se construam desenhos de boas práticas que ao mesmo tempo permitam um tratamento global para aquilo que é global, leia-se a atuação das *big tech*, e as necessidades locais de cada Estado de promover um ambiente digital competitivo local.

Desta forma, a colaboração com outras jurisdições na regulação de grandes plataformas digitais e de IA é essencial para enfrentar os desafios globais da economia digital. A harmonização das normas e a troca de informações entre autoridades internacionais podem contribuir para a promoção de um ambiente competitivo global e para contestar de forma mais efetiva o poder desses grandes agentes privados, devolvendo parte do protagonismo estatal, ainda que “em rede” com outros estados, no exercício de regular o poder econômico. O desenvolvimento de padrões internacionais de concorrência é necessário para garantir que as empresas globais operem de acordo com regras justas e que promovam a competitividade, ao mesmo tempo, a experiência dessas redes demonstra que tais padrões somente se tornam efetivos do ponto de vista da força normativa e da capacidade institucional de coibir o poder econômico, quando adaptados e direcionados aos problemas mais imediatos da realidade local.

¹⁰¹ V. nesse sentido, Lugard e Anderson (editors), 2022.

CONCLUSÃO

A presente tese analisou a transformação do princípio constitucional da livre concorrência frente aos desafios impostos pela era digital, buscando promover uma reconciliação entre o direito constitucional e o direito concorrencial sob a perspectiva do constitucionalismo digital. A seguir, apresentam-se as principais conclusões parciais dos capítulos e a conclusão geral da pesquisa.

Com base no objetivo geral da pesquisa, que é definir uma interpretação da livre concorrência na Constituição Federal de 1988 à luz do constitucionalismo digital, de forma a fornecer soluções para os desafios da transformação digital da economia compatíveis com o desenho institucional brasileiro e com o contexto econômico no qual estamos inseridos, foram estabelecidos os seguintes objetivos específicos:

- (i) Estabelecer, criticamente, a relação histórica entre as democracias liberais, o constitucionalismo do pós-guerra e o modelo de capitalismo baseado na livre concorrência e estudar como se deu a evolução desse modelo de constitucionalismo e da relação entre intervenção estatal, livre iniciativa e livre concorrência até os tempos atuais e, especialmente, na gênese e vigência da Constituição Federal de 1988.
- (ii) Adotar um novo paradigma de constitucionalismo, o do constitucionalismo digital, definindo-o conceitualmente e em suas características, como ponto de partida de uma hermenêutica constitucional capaz de absorver as complexidades do mundo em transformação e fornecer uma governança jurídico-política da transformação digital da economia.
- (iii) Identificar os principais impactos da transformação digital da economia no que diz respeito à livre concorrência, organizando e aclarando o debate sobre os objetivos da defesa da concorrência, o papel da livre concorrência na contestação das diversas manifestações do poder econômico na era digital e na constituição de uma ordem econômica capaz de regular a economia digital de maneira adequada aos demais direitos e ditames do programa constitucional, preservando a inovação e as oportunidades de desenvolvimento que decorrem da revolução industrial e tecnológica.

(iv) Fornecer, a partir de uma hermenêutica constitucional baseada no constitucionalismo digital, uma interpretação da livre concorrência enquanto princípio da ordem econômica e da defesa da concorrência enquanto política pública e de enforcement que seja, ao mesmo tempo, capaz de dar soluções para o enfrentamento dos desafios da economia digital e dar suporte à tomada de decisões jurídico-políticas que sejam condizentes com o desenho e a capacidade institucional da CF/88 e com o contexto econômico brasileiro.

(v) Propor, com base nas interpretações antes sugeridas e diante da necessidade de soluções concretas a desafios da economia digital para a livre concorrência, modelos de tomada de decisão e de incremento do arcabouço legal existente, incluindo debates sobre a necessidade ou não de alterações ou atualizações desse arcabouço, bem como sobre a interação entre livre concorrência e outros direitos e valores garantidos pela CF/88 e sobre a necessidade de uma maior interação entre centro de poderes, públicos e privados, internos e externos, mediante cooperação interinstitucional e transnacional.

O estudo estabeleceu o constitucionalismo digital como um marco interpretativo adequado para compreender as transformações sociais, econômicas e jurídicas decorrentes da era digital. Argumentou-se que a simples atualização dos sistemas jurídicos não é suficiente, sendo necessária uma transformação profunda do direito constitucional para enfrentar os novos centros de poder emergentes no ambiente digital.

Analisou-se o processo histórico de "desconstitucionalização" do direito concorrencial no Brasil, evidenciando como o insulamento institucional e a extrema deferência aos paradigmas econômicos neoclássicos e da Escola de Chicago reduziram a eficácia do sistema de defesa da concorrência em responder às particularidades da realidade econômica nacional e aos movimentos da transformação digital. Foram examinados os impactos específicos da transformação digital, com ênfase no papel das *big techs* e seu poder econômico transnacional.

Demonstrou-se que os instrumentos tradicionais de análise antitruste são insuficientes para captar as dinâmicas e a complexidade da economia digital e, com base nessa constatação. Propôs-se uma reconstitucionalização do direito concorrencial à luz do constitucionalismo digital, introduzindo novos parâmetros interpretativos que

conciliem a proteção da concorrência com outros princípios constitucionais da ordem econômica, como o desenvolvimento sustentável e a promoção da igualdade social.

A pesquisa evidenciou a urgência de reconciliar o direito da concorrência com sua matriz constitucional para enfrentar os desafios da era digital. Essa reconciliação deve ser fundamentada em uma interpretação constitucional que:

- (i). Reconheça a inadequação dos paradigmas econômicos tradicionais frente às novas dinâmicas digitais.
- (ii). Incorpore abordagens multidisciplinares e multiníveis.
- (iii). Considere os impactos sociais e distributivos das decisões antitruste.
- (iv). Equilibre a proteção da concorrência com outros objetivos constitucionais, como inovação e inclusão.
- (v) Fortaleça a capacidade institucional do sistema brasileiro de defesa da concorrência.

A interpretação constitucional do princípio da livre concorrência à luz do constitucionalismo digital é essencial para que essa reconciliação seja efetiva, pois fornece uma estrutura interpretativa capaz de lidar com as complexidades e especificidades da economia digital.

As limitações de escopo e espaço do trabalho, entretanto, demonstram um amplo espaço aberto à agenda de pesquisa futura, a partir da ideia de constitucionalismo digital aqui proposta e da sua relação com a livre concorrência. Algumas dessas possibilidades reúnem: estudos empíricos sobre os impactos distributivos das plataformas digitais no Brasil, análise comparada das respostas institucionais à economia digital em diferentes jurisdições em casos concretos, o desenvolvimento de novos instrumentais metodológicos para análise antitruste de mercados digitais, investigação sobre mecanismos de cooperação internacional para regulação das big techs e pesquisas sobre a interface entre proteção de dados, concorrência e inovação. Todos esses campos já reúnem alguns trabalhos e massa crítica que podem ser explorados de maneira amplificada e reordenada à luz da ideia de constitucionalismo digital e da reconstitucionalização do direito e da defesa da concorrência no Brasil.

O constitucionalismo digital permite alinhar os princípios constitucionais às novas dinâmicas tecnológicas e econômicas, promovendo uma governança mais adequada e inclusiva, que respeite os valores fundamentais da Constituição Federal de 1988 enquanto enfrenta os desafios impostos pela transformação digital. Dessa forma, o direito concorrencial brasileiro pode evoluir de maneira robusta, garantindo um equilíbrio entre competitividade, justiça social e inovação em um cenário cada vez mais digital.

REFERÊNCIAS

ABBOT, Alden F. A brief comparison of European and American Antitrust Law. The Competition Law & Policy Guest Lecture Programme, 2005.

ACEMOGLU, D. et al. Too much data: Prices and inefficiencies in data markets. *American Economic Journal: Microeconomics*, v. 14, n. 4, p. 218-256, 2022.

ACEMOGLU, D.; ROBINSON, J. A. Why nations fail: the origins of power, prosperity, and poverty. 1. edition ed. New York, NY: Crown Publishing, 2012.

ACEMOGLU, D.; OZDAGLAR, A.; SIDERIUS, J. Misinformation: Strategic sharing, homophily, and endogenous echo chambers. National Bureau of Economic Research, 2021.

AFFELDT, P. et al. Market concentration in Europe: Evidence from antitrust markets. 2021.

AFFELDT, P.; DUSO, T.; SZÜCS, F. 25 years of European merger control. *International Journal of Industrial Organization*, v. 76, p. 102720, 2021

AFFELDT, P.; KESLER, R. Big tech acquisitions—towards empirical evidence. *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 12, n. 6, p. 471-478, 2021. AKCIGIT, Ufuk et al. Rising corporate market power: emerging policy issues. *International Monetary Fund*, 2021.

AGHION, P.; ANTONIN, C.; BUNEL, S. The power of creative destruction: economic upheaval and the wealth of nations. Tradução: Jodie Cohen-Tanugi. First Harvard University Press paperback edition ed. Cambridge, Massachusetts London, England: The Belknap Press of Harvard University Press, 2023.

AKMAN, P. A web of paradoxes: empirical evidence on online platform users and implications for competition and regulation in digital markets. *Va. L. & Bus. Rev.*, v. 16, p. 217, 2021.

AKMAN, P. The Tests of Illegality Under Articles 101 and 102 TFEU. *The Antitrust Bulletin*, v. 61, n. 1, p. 84-104, 2016. ANDRIYCHUK, Oles. EU Digital Competition Law: The Socio-legal Foundations. *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, p. 1-24, 2023.

AKMAN, P. Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act (December 1, 2021). (2022) 47 *European Law Review* 85, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3978625> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3978625>

ANDRADE, J. M. A. Economicização do direito concorrencial. São Paulo: Ed. Quartier Latin do Brasil, 2014.

ANDRIYCHUK, O. The Normative Foundations of European Competition Law. Edward Elgar Publishing, 2017.

ARROW, K. The Macro-context of the Microeconomics of Innovation. Entrepreneurship, Innovation, and the Growth Mechanism of the Free-Enterprise Economies, p. 20-27, 2007.

ARTHUR, W. B. The nature of technology: what it is and how it evolves. Place of publication not identified: Free Press, 2014.

AUER, D.; MANNE, G.; RADIC, L. Playing the Imitation Game in Digital Market Regulation – A Cautionary Analysis for Brazil. SSRN Electronic Journal, [s. l.], 2024. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=4656027>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BAGG, S. Whose Coordination? Which Democracy? On Antitrust as a Democratic Demand. *Politics & Society*, v. 51, n. 3, p. 364-386, 2023.

AZZARITI, G. Internet e costituzione. *Politica del diritto*, v. 42, n. 3, p. 367-378, 2011.

BAKER, J. Competition policy as a political bargain. *Antitrust LJ*, v. 73, p. 483, 2005.

BAKER, J. Economics and Politics: Perspectives on the Goals and Future of Antitrust. *Fordham L. Rev.*, v. 81, p. 2175, 2012.

CALLEJÓN, F. B. La constitución del algoritmo. Madrid: Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.

BANCO INTERAMERICANO DE DESENVOLVIMENTO (IADB). Fintech na América Latina e no Caribe: um ecossistema consolidado para recuperação. Washington, D.C.: BID, 2022. Disponível em: <https://publications.iadb.org/pt/fintech-na-america-latina-e-no-caribe-um-ecossistema-consolidado-para-recuperaco>. Acesso em: 9 dez. 2024.

BANCO MUNDIAL. Antitrust and Digital Platforms: An analysis of global patterns and approaches by competition authorities. 2021. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/36364>

BANKS, J.; WEINGAST, B. The political control of bureaucracies under asymmetric information. *American Journal of Political Science*, p. 509-524, 1992. 110

BARMA, N. H.; VOGEL, S. K. (ed.). The political economy reader: Contending perspectives and contemporary debates. Routledge, 2021.

BARBOSA, V. Digital Markets Act: um novo paradigma para o Direito Concorrencial. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2024

BARFIELD, W. (ED.). The Cambridge Handbook of the Law of Algorithms. 1. ed. Cambridge University Press, 2020.

BARLOW, J. P. A Declaration of the Independence of Cyberspace. Disponível em: <https://www.eff.org/cyberspace-independence>. Acesso em: 11 set. 2023.

BARNARD, C.; ODUDU, O. The Cambridge yearbook of European legal studies. Oxford: Hart Pub., 2010.

BARROSO, L. R.; OSORIO, A. As constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 9, n. 2, 18 out. 2019.

BAYE, M.; PRINCE, J. The Economics of Digital Platforms: A Guide for Regulators. The Global Antitrust Institute Report on the Digital Economy, v. 34, 2020.

BECK, U. The metamorphosis of the world. Cambridge: Malden, MA: Polity, 2016.

BENNETT, C. What is policy convergence and what causes it?. British journal of political science, v. 21, n. 2, p. 215-233, 1991.

BERCOVICI, G. Constituição econômica e desenvolvimento. Grupo Almedina, 2022.

BERMAN, P. S. Cyberspace and the state action debate: The cultural value of applying constitutional norms to private regulation. U. Colo. L. Rev., v. 71, p. 1263, 2000.

BERNATT, M. Populism and Antitrust: The Illiberal Influence of Populist Government on the Competition Law System. 1. ed. [s.l.] Cambridge University Press, 2022.

BIETTI, E. A Genealogy of Digital Platform Regulation. SSRN Electronic Journal, [s. l.], 2021. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=3859487>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BIETTI, E. Experimentalism in Digital Platform Markets: Antitrust and Utilities' Convergence (November 11, 2022). University of Illinois Law Review, Vol. 2024, No. 4, p. 1277, 2024, Northeastern University School of Law Research Paper No. 460, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4275143> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4275143>

BIETTI, E. Rawlsian Justice and Antitrust's Social Function (August 11, 2023). Northeastern University School of Law Research Paper No. 461, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4537972>

BLAIR, R.; SOKOL, D. D. Welfare standards in US and EU antitrust enforcement. Fordham L. Rev., v. 81, p. 2497, 2012.

BOBBIO, N.; MATEUCCI, N.; PASQUINO, G.; Dicionario de Política. Brasília: Editora Unb, 2000, Vol. 1 e 2.

BOBBIO, N.; NOGUEIRA, M. A. O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo. [s.l.] Paz e terra Rio de Janeiro, 1986.

BOBBIO, N. O futuro da democracia; uma defesa das regras do jogo/Norberto Bobbio; tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 17, 1986.

BONIFACIO, J.; DAHL, R. A democracia e seus críticos. São Paulo: Martins Fontes, 2012. *Conexão Política*, v. 1, n. 1, p. 143–154, 2012.

BORK, R. *The antitrust paradox: A policy at war with itself*. Free Press, 1993.

BOSTOEN, F.; PETIT, N. Platforms' Treacherous Turn. *SSRN Electronic Journal*, [s. l.], 2023. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=4664056>. Acesso em: 11 abr. 2024.

BRADFORD, A. *The Brussels effect: How the European Union rules the world*. Oxford University Press, USA, 2020.

BRADFORD, A. The global dominance of European competition law over American antitrust law. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 16, n. 4, p. 731-766, 2019.

BRADFORD, A. *Digital empires: The global battle to regulate technology*. Oxford University Press, 2023.

BRADFORD, A. The False Choice Between Digital Regulation and Innovation. *Northwestern University Law Review*, v. 118, n. 2, 2024.

BRADFORD, A.; CHILTON, A.; LANCIERI, F. The Chicago School's limited influence on international antitrust. *The University of Chicago Law Review*, v. 87, n. 2, p. 297-330, 2020.

BRADFORD, A.; JACKSON JR, R.; ZYTNICK, J. Is EU merger control used for protectionism? An empirical analysis. *Journal of Empirical Legal Studies*, v. 15, n. 1, p. 165-191, 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.001390/2017-14. Requerentes: AT&T Inc. e Time Warner Inc. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZnHcHjqStvJ5tvzT-q1yr-rThyJwyGjgMQ3PRwTFLfJ>. Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de concentração nº 08700.004431/2017-16. Requerentes: Itaú Unibanco S/A. e XP Investimentos S/A. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2017. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcdfFcfZWRxr6YsQNW62xc2PaXP3jAde7aujS-Rw_LXoR>. Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08700.004494/2018-53. Requerentes: The Walt Disney Company e Twenty-First Century Fox, Inc. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277>

GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSx6VT8s_7a39CZOxmQ-t2wypOQEzO5-IvOP8aS3cDfx>.

Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. BRICS in the digital economy: 2nd report by the competition authorities working group on digital economy. Brasília: CADE, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/cade/pt-br/assuntos/noticias/cade-divulga-estudo-atualizado-sobre-mercados-de-plataformas-digitais>. Acesso em: 9 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Cadernos do Cade: Mercados de Plataformas Digitais Brasília: CADE, 2023. Disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf. Acesso em: 9 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. 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 01/2018 do do Departamento de Estudos Econômicos do CADE, Brasília: 2018.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.005679/2016-13. Representados: Expedia do Brasil Agência de Viagens e Turismo Ltda., Decolar.com Ltda. e Booking.com Brasil Serviços de Reserva de Hotéis Ltda. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br//sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcTxHTesk7ujM0u5JLxr9KheofVYrD_3wGZyVwWqL1PUl>.

Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.003211/2016-94. Representadas: Google INC. e Google Brasil Internet Ltda. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br//sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcVFZUPs3cjrSbYIGEdhGWUVrgZOs-LkgCOS1JS1rExqD>.

Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.006067/2018-18. Representadas: Prefeitura do Rio de Janeiro, Prefeitura de São Paulo e Prefeitura de Manaus. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2018. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br//sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcZ5GM7vHqebpOINfOaHZnXxzqiWgOnNCU9I7NmZdCWch>.

Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47. Representada: Ifood.com Agência de Restaurantes Online S. A.

Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br//sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcaPonKpemY1591TZDvz41cKkeMG3znSccU-isTZDv-qj>. Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Inquérito Administrativo nº 08700.004136/2020-65. Representada: GPBR Participações Ltda (“Gympass”). Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2020. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br//sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSAING3BEuxBuDxuaTl21JtluCsnT1rW6o6w8bRweD-x>. Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo 08012.010483/2011-94. Representados: Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2011. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br//sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q221ByVKByYDYwsa13_JxqldakEIsAfM400_nlair2nlnoNzF4h6tAzo-cc8tTVt>. Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Procedimento Preparatório nº 08700.008318/2016-29. Representada: Uber do Brasil Tecnologia Ltda. Brasília, DF: Conselho Administrativo de Defesa Econômica, 2016. Disponível em: <https://sei.cade.gov.br//sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcSmaZSnn4I7X4mkhqtj_-iWhtS5xu8FqKCeJDjVKLoHF>. Acesso em: 07 dez. 2024.

BRASIL. Constituição Federal. 1988 Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 14 jun. 2018.

Brasil. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação. IA para o bem de todos – proposta de plano brasileiro de inteligência artificial 2024-2028. Disponível em: https://www.gov.br/mcti/pt-br/acompanhe-o-mcti/cct/legislacao/arquivos/IA_para_o_Bem_de_Todos.pdf. Acesso em: 27 out. 2024.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Secretaria de Reformas Econômicas. Relatório consolidado sobre plataformas digitais. Brasília: Ministério da Fazenda, 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/relatorios/relatorio-plataformas-consolidado.pdf>. Acesso em: 9 dez. 2024.

BROOK, O. In search of a European economic imaginary of competition: fifty years of the Commission’s annual reports. *European Law Open*, v. 1, n. 4, p. 822–851, dez. 2022.

- CALLEJON, F. La Constitucion del Algoritmo, Fundacion Manuel Gimenez Abad, 2022.
- CAMPILONGO, C. F.; GONZAGA, A. A.; FREIRE, A. L. Enciclopédia Jurídica da PUCSP: teoria geral e filosofia do direito. 2017.
- CARVALHO, J. Cidadania no Brasil. O longo Caminho. 3ª ed. Rio de Janeiro. Civilização Brasileira, , 2002.
- CARVALHO, V. M., Política de Defesa da Concorrência: Dos fundamentos teóricos à implementação, São Paulo: Singular, 2023.
- CASTRO, R. Cyberspace and Constitution. SSRN Electronic Journal, 2022.
- CELESTE, E. Digital Constitutionalism: The Role of Internet Bills of Rights. 1. ed. London: Routledge, 2022.
- CELESTE, E.; DA SILVA SANTARÉM, P. R. Constitucionalismo Digital: Mapeando a resposta constitucional aos desafios da tecnologia digital. Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça, v. 15, n. 45, p. 63–91, 22 mar. 2022.
- COELHO DE FREITAS, R.; WOLKMER, A. C. O impacto do novo constitucionalismo nos processos de construção da democracia na américa latina. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, v. 70, 15 fev. 2018.
- COUTO, C. G.; LIMA, G. D. M. R. Continuidade de Políticas Públicas: A Constitucionalização Importa? Dados, v. 59, n. 4, p. 1055–1089, out. 2016.
- COWGILL, B.; PRAT, A.; VALLETTI, T. Political power and market power. Working paper. 2021.
- CRANE, D. A. Antitrust and Democracy: A Case Study from German Fascism. U of Michigan Law & Econ Research Paper, n. 18-009, 2018.
- CRANE, D. A. Antitrust and wealth inequality. Cornell L. Rev., v. 101, p. 1171, 2015.
- CRÉMER, J.; CRAWFORD, G. S.; DINIELLI, D.; FLETCHER, A.; HEIDHUES, P.; SCHNITZER, M.; MORTON, F. M. S. *Fairness and contestability in the digital markets act*. Yale J. on Reg., v. 40, p. 973, 2023.
- CUNNINGHAM, C.; EDERER, F.; MA, S. Killer acquisitions. Journal of Political Economy, v. 129, n. 3, p. 649-702, 2021.
- DE ABREU DUARTE, F.; DE GREGORIO, G.; GOLIA, A. J. Perspectives on Digital Constitutionalism. SSRN Electronic Journal, 2023.
- DE GREGORIO, G. Digital Constitutionalism in Europe: Reframing Rights and Powers in the Algorithmic Society. 1. ed. [s.l.] Cambridge University Press, 2022.

DE LOECKER, J.; EECKHOUT, J.; UNGER, G. The rise of market power and the macroeconomic implications. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 135, n. 2, p. 561-644, 2020.

DEUTSCHER, E.; MAKRIS, S. Exploring the ordoliberal paradigm: the competition-democracy nexus. *Competition Law Review* (2016) Volume, v. 11, p. 181-214, 2016.

ESTADOS UNIDOS. United States District Court for the District of Columbia. Memorandum Opinion, United States of America et al. v. Google LLC et al., Case No. 20-cv-3010 (APM). Washington, D.C.: United States District Court, 2024. Disponível em: <link>. Acesso em: 9 dez. 2024.

EUROPA. Commission decision of 27.6.2017 relating to proceedings under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Article 54 of the Agreement on the European Economic Area (AT.39740 - Google Search (Shopping)). Bruxelas: European Commission, 2017. Disponível em: https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39740/39740_14996_3.pdf. Acesso em: 9 dez. 2024.

EUROPA. Court of Justice of the European Union. Judgment of the Court (Grand Chamber) of 10 September 2024, Case C-252/21 P, Google LLC and Alphabet, Inc. v European Commission. Luxembourg: Court of Justice of the European Union, 2022. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=289925&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2415122>. Acesso em: 9 dez. 2024.

EVANS, D.; SCHMALENSEE, R. The antitrust analysis of multi-sided platform businesses. National Bureau of Economic Research, 2013.

EZRACHI, A.; ROBERTSON, V. H. S. E. Can competition law save democracy? Reflections on democracy's tech-driven decline and how to stop it. *Journal of Antitrust Enforcement*, [s. l.], p. jnae043, 2024.

FARRELL, J.; KATZ, M. The economics of welfare standards in antitrust. 2006.

FEATHERSTONE, M.; LASH, S.; ROBERTSON, R. (EDS.). *Global modernities*. London ; Thousand Oaks, Calif: Sage Publications, 1995.

FERNANDES, V. O. *Direito da concorrência das plataformas digitais: entre abuso de poder econômico e inovação*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

FERNANDES, V. O. Lost in translation? Critically assessing the promises and perils of Brazil's Digital Markets Act proposal in the light of international experiments. *Computer Law & Security Review*, v. 52, p. 105937, 2024.

FERRAZ JÚNIOR, T. S. Constituição brasileira e modelo de Estado: hibridismo ideológico e condicionantes históricas. *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. esp., p. 125-147, 1997.

FICHERA, M. *The EU and Constitutional Time: The Significance of Time in Constitutional Change*. [s.l.] Edward Elgar Publishing, 2023.

FONSECA JR., M. *A política antitruste brasileira e sua capacidade de enfrentamento dos mercados digitais: uma proposta de regulação concorrencial das plataformas digitais*. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Direito no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – UNB. Brasília: 2022.

FORGIONI, P. *Os Fundamentos do Antitruste*, 12ª ed. São Paulo: RT, 2022.

FOX, E. M. Modernization of antitrust: A new equilibrium. *Cornell L. Rev.*, v. 66, p. 1140, 1980.

FOX, E. M. The battle for the soul of antitrust. *California Law Review*, v. 75, n. 3, p. 917-923, 1987.

FRANCIS, D.; SPRIGMAN, C. *Antitrust: Principles, Cases and Materials*. 2023.

FUKUYAMA, F.; RICHMAN, B.; GOEL, A. How to save democracy from technology: ending big tech's information monopoly. *Foreign Aff.*, v. 100, p. 98, 2021.

FRAZÃO, A. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2017.

FUEST, C.; GROS, D. MENGE, P-L.; PRESIDENTE G., TIROLE, J. *How to Escape the Middle Technology Trap: A report by the European Policy Analysis Group, Institute for European Policymaking, Bocconi University and Toulouse School of Economics*, 2024.

GADAMER, H., *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. Flávio Paulo Maurer. 10ªed. Petrópolis:Vozes.

GAL, M. Antitrust in a globalized economy: the unique enforcement challenges faced by small and developing jurisdictions. *Fordham Int'l LJ*, v. 33, p. 1, 2009.

GALVÃO, J. O. L. *O neoconstitucionalismo e o fim do estado de direito*. Doutorado em Direito do Estado—São Paulo: Universidade de São Paulo, 7 dez. 2012.

GARDA-HUIDOBRO, J. El difícil constitucionalismo hispanoamericano. *PERSONA Y DERECHO*, v. 68, [s.d.].

GILL, L.; REDEKER, D.; GASSER, U. *Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of Rights*. (2015).

GINSBURG, D.; WRIGHT, J. The Goals of Antitrust: Welfare trumps choice. *Fordham Law Review*, 2014, Vol. 81,

GLICK, M; LOZADA, G.; BUSH, D. Why Economists Should Support Populist Antitrust Goals. *Utah L. Rev.*, p. 769, 2023. HAGIU, Andrei; WRIGHT, Julian. Multi-sided platforms. *International Journal of Industrial Organization*, v. 43, p. 162-174, 2015.

- GOLIA, A. J. The Critique of Digital Constitutionalism. SSRN Electronic Journal, 2022.
- GRAU, E. A Ordem Econômica na Constituição de 1988, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRIMM, D. Constitutionalism: past, present, and future. First edition ed. Oxford: Oxford University Press, 2016.
- GRIMM, D. Constitutional Adjudication and Constitutional Interpretation: Between Law and Politics. NUJS Law Review, vol. 4, no. 1, p. 15-30, , mar. 2011.
- HANLEY, D. A Topology of Multisided Digital Platforms. Connecticut Public Interest Law Journal, v. 19, n. 2, 2020.
- HIGGINS, R. Diagonal merger. Review of Industrial Organization, v. 12, n. 4, p. 607-623, 1997.
- HANNIKAINEN, I. et al. Are There Cross-Cultural Legal Principles? Modal Reasoning Uncovers Procedural Constraints on Law. SSRN Electronic Journal, 2021.
- HEARN, D.; MEAGHER, M. Stakeholder Capitalism's Next Frontier: Pro- or Antimonopoly? [s.d.].
- HOFFMANN-RIEM, W. Teoria Geral Do Direito Digital. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2021.
- HOLMES, P. A sociedade civil contra a população: Uma teoria crítica do constitucionalismo de 1988. Revista Direito e Práxis, v. 13, n. 1, p. 279–311, jan. 2022
- HOLMES, P. Deslocamentos transnacionais da soberania popular: Império e multidão como distinção pós-democrática? Tempo Social, v. 27, n. 1, p. 239–260, jun. 2015.
- HOLMES, P. O Constitucionalismo entre a Fragmentação e a Privatização: Problemas Evolutivos do Direito e da Política na Era da Governança Global. Dados, v. 57, n. 4, p. 1137–1168, dez. 2014.
- HOLMES, P. Transnational constitutional pluralism, its promises and pitfalls. Sequência: Estudos Jurídicos e Políticos, v. 41, n. 82, p. 61–91, 5 dez. 2019.
- HÖPPNER, T. From Creative Destruction to Destruction of the Creatives: Innovation in Walled-Off Ecosystems. SSRN Electronic Journal, [s. l.], 2022. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=4145216>. Acesso em: 11 abr. 2024.
- HOVENKAMP, H. Antitrust's Goals in the Federal Courts. SSRN Electronic Journal, [s. l.], 2023. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=4519993>. Acesso em: 11 abr. 2024.
- HOVENKAMP, H. Gatekeeper Competition Policy. SSRN Electronic Journal, [s. l.], 2023. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=4347768>. Acesso em: 11 abr. 2024.

- HOVENKAMP, H. Antitrust and platform monopoly. Yale LJ, v. 130, p. 1952, 2020.
- HOVENKAMP, H. Distributive justice and consumer welfare in antitrust. Available at SSRN 1873463, 2011.
- HOVENKAMP, H. Federal Antitrust Policy: The Law of competition and its practice. 3^a ed. Thomson-West, 2005.
- HOVENKAMP, H. Gatekeeper Competition Policy. Available at SSRN 4347768, 2023.
- HOVENKAMP, H. The antitrust enterprise: principle and execution. Harvard University Press, 2005.
- HOVENKAMP, H. The Harvard and Chicago Schools and the dominant firm. U Iowa Legal Studies Research Paper, n. 07-19, 2010.
- HOVENKAMP, H. The Slogans and Goals of Antitrust Law. SSRN Electronic Journal, [s. 1.], 2022. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=4121866>. Acesso em: 11 abr. 2024.
- HOVENKAMP, Herbert. The Rationalization of Antitrust. 2002.
- HOVENKAMP, H.; SHAPIRO, C. Horizontal Mergers, Market Structure, and Burdens of Proof. 127 Yale L. J. 1996 KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. Yale IJ, v. 126, p. 710, 2016.
- JACKSON, V. C.; DAWOOD, Y. (eds.). Constitutionalism and a right to effective government? Cambridge, United Kingdom Port Melbourne, VIC New Delhi Singapore New York, NY: Cambridge University Press, 2022.
- JENNY, F., The Institutional Design of Competition Authorities: Debates and Trends (January 1, 2016). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2894893>
- JUHÁSZ, R.; LANE, N.; RODRIK, D. *The new economics of industrial policy*. Annual Review of Economics, v. 16, 2023.
- KADRI, T. E. Juridical Discourse for Platforms. Harvard Law Review Forum v. 136,
- KHAN, L. Amazon's Antitrust Paradox. The Yale Law Journal, v. 126, n° 3, 2017.
- KLOBUCHAR, A. Antitrust: taking on monopoly power from the Gilded Age to the digital age. First edition ed. New York: Alfred A. Knopf, 2021.
- KOKOTT, J. Opinion of Advocate General Kokott delivered on 24 March 2022, Case C-252/21 P, Google LLC and Alphabet, Inc. v European Commission. Luxembourg: Court of Justice of the European Union, 2022. Disponível em: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=281162&pageIndex=0&doclang=EN&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3429565>. Acesso em: 9 dez. 2024.

KOVACIC, W.; SHAPIRO, C. Antitrust policy: A century of economic and legal thinking. *Journal of Economic perspectives*, v. 14, n. 1, p. 43-60, 2000.

LANCIERI, F.; POSNER, E.; ZINGALES, L. The Political Economy of the Decline of Antitrust Enforcement in the United States, 2023. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4011335>

LESSIG, L. Code is law. *Harvard Magazine*, v. 1, p. 2000, 2000.

LIANOS, I. Value extraction and institutions in digital capitalism: Towards a law and political economy synthesis for competition law. *European Law Open*, v. 1, n. 4, p. 852–890, dez. 2022.

LIANOS, I.; ELLER, K. H.; KLEINSCHMITT, T. Towards a Legal Theory of Digital Ecosystems. [S. l.]: SSRN, 2024. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=4849340>. Acesso em: 28 out. 2024.

LUGARD, P.; ANDERSON, D. (eds.), *The International Competition Network ar Twenty*, Intersentia-Concurrences, 2022.

LUHMANN, N. A Constituição como aquisição evolutiva. Tradução realizada a partir do original (“Verfassung als evolutionäre Errungenschaft”. In: *Rechthistorisches Journal*. Vol. IX, 1990, pp. 176 a 220), cotejada com a tradução italiana de F. Fiore (“La costituzione comeacquisizione evolutiva”. In.: ZAGREBELSKY, Gustavo.

LUHMANN, N. *Introdução à Teoria Dos Sistemas*. São Paulo: Editora Vozes, 2021.

LUHMANN, N. *Law as a Social System*. Oxford University Press, 2004.

PORTINARO, P.P.; LUTHER, J. *Il Futuro della Costituzione*. Torino: Einaudi, 1996), por Menelick de Carvalho Netto, Giancarlo Corsi e Raffaele DeGiorgi. Notas de rodapé traduzidas da versão em italiano por Paulo Sávio Peixoto Maia.

LYRA, M. P. O.; PIRES-ALVES, C. C. Three Faces of Innovation Competition: Choosing the Framework for Horizontal Merger Assessment. *Journal of Competition Law & Economics*, v. 20, p. 1, 2024.

LYRA, M. P. O.; MACHADO, G.B.S., Protecting the innovator, not the innovation: the antitrust assessment of innovation maverick acquisitions. Working Paper, 2024.

LYRA, M. P.; PIRES-ALVES, C. C. Innovation Competition and Innovation Effects in Horizontal Mergers: Theory and Practice in the United States and European Commission. *Antitrust Bulletin*, v. 68, p. 460-476, 2023.

MAZZUCATO, M. *From market fixing to market-creating: a new framework for innovation policy*. *Industry and Innovation*, v. 23, n. 2, p. 140–156, 2016.

MAZZUCATO, M.; RODRIK, D. *Industrial policy with conditionalities: a taxonomy and sample cases*. 2023.

MENDES, Gilmar Ferreira; FERNANDES, V.O. Constitucionalismo digital e jurisdição constitucional: uma agenda de pesquisa para o caso brasileiro. *Revista Justiça do Direito*, v. 34, n. 2, p. 6-51, 2020.

JACOBIDES, M. G.; LIANOS, I., Regulating platforms and ecosystems: an introduction, *Industrial and Corporate Change*, Volume 30, Issue 5, October 2021, Pages 1131–1142,

MIOLA, I. Z. Direito da concorrência e neoliberalismo: a regulação da concentração econômica no Brasil. *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 4, p. 643-689, 2016.

MIOLA, I. Z.; ONTO, G. Antitrust between success and failure: A sociological and ethnographic reappraisal of Brazilian competition policy. *economic sociology. perspectives and conversations*, v. 25, n. 2, p. 20-27, 2024.

MONTI, G. Taming digital monopolies: A comparative account of the evolution of antitrust and regulation in the European Union and the United States. *The Antitrust Bulletin*, v. 67, n. 1, p. 40-68, 2022.

MOTTA, Massimo, *Competition Policy, Theory and Practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 2004.

MUELLER, B. The Arc of Antitrust: A text-based Measure of Antitrust Policy beliefs and attitudes. Working Paper, 2024.

NEVES, M. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.

NEVES, M. Entre subintegração e sobreintegração: a cidadania inexistente. *Dados*, v. 37, p. 253–275, 1 jan. 1994.

NEVES, M. From transconstitutionalism to transdemocracy. *European Law Journal*, v. 23, n. 5, p. 380–394, set. 2017.

NEVES, M. Os Estados no centro e os Estados na periferia: alguns problemas com a concepção de Estados da sociedade mundial em Niklas Luhmann. *Revista de Informação Legislativa*, ano 52, n. 206, pp. 111-135 abr-jun 2015.

NEWMAN, J. M. Antitrust in Digital Markets. *Vanderbilt Law Review*, v. 72, pp.1499-1561. 2019

NEWMAN, J. M. The Output-Welfare Fallacy: A Modern Antitrust Paradox. *Iowa Law Review*, [s. l.], v. 107, pp. 563-619, 2022.

NIENTIEDT, D. Hayek and Schmitt on the “Depoliticization” of the Economy. *SSRN Electronic Journal*, 2022.

NUSDEO, F. *Curso De Economia: Introdução Ao Direito Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OCAMPO, S. P.; BRASIL JR., A. O cenário “pós-luhmanniano” e a América Latina: entrevistas com Marcelo Neves e Aldo Mascareño. *Sociologia & Antropologia*, v. 10, n. 1, p. 15–72, abr. 2020.

OECD. G7 inventory of new rules for digital markets: Analytical note. 2023. Disponível em: https://www.kantei.go.jp/jp/singi/digitalmarket/pdf_e/betten3-2.pdf. Acesso em: 9 dez. 2024.

OECD. Competition policy in digital markets. Paris: OECD Publishing, 2022. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/competition-policy-in-digital-markets_80552a33-en. Acesso em: 9 dez. 2024.

OECD. Consumer welfare standards: Advantages and disadvantages compared to alternative standards: Background note. Paris: OECD Publishing, 2023. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/consumer-welfare-standards-advantages-and-disadvantages-compared-to-alternative-standards_3d174fdf-en.html. Acesso em: 9 dez. 2024.

OECD. Ex ante regulation and competition in digital markets. Paris: OECD, 2022. Disponível em: <https://web-archieve.oecd.org/temp/2022-12-16/597336-ex-ante-regulation-and-competition-in-digital-markets.htm>. Acesso em: 9 dez. 2024.

OECD. *Pro-competitive industrial policy: OECD roundtables on competition policy papers*. Disponível em: https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/pro-competitive-industrial-policy_7c6b4708-en. Acesso em: 11 nov. 2024.

OECD. The role of innovation in competition enforcement: Background note. Paris: OECD Publishing, 2023. Disponível em: https://www.oecd.org/en/publications/the-role-of-innovation-in-competition-enforcement_6599e020-en.html. Acesso em: 9 dez. 2024.

OECD. The use of structural presumptions in antitrust. Contribuição do Brasil. OECD Roundtables on Competition Policy Papers, n. 317. Paris: OECD Publishing, 2024. Disponível em: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD\(2024\)25/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3/WD(2024)25/en/pdf). Acesso em: 9 dez. 2024.

OLIVEIRA, P. H. A economia política da regulação concorrencial de mercados digitais: um estudo comparativo entre EUA e União Europeia. Dissertação apresentada para obtenção do título de mestre em Administração Pública e Governo (Política e Economia do Setor Público) na Escola de Administração de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EAESP). São Paulo: 2024.

ORBACH, B. Policy realignment and competition in attention markets. *Journal of Antitrust Enforcement*, v. 11, n. 2, p. 247–252, 27 jul. 2023.

PEREIRA NETO, C. M. S.; SADAMI, A. Globalization of competition policy: three waves and sailing towards an uncertain future, Working paper, 2024.

PEREIRA, J. R. G.; KELLER, C. I. Constitucionalismo Digital: contradições de um conceito impreciso. *Revista Direito e Práxis*, v. 13, n. 4, p. 2648–2689, dez. 2022.

PERNICE, I. Global Constitutionalism and the Internet. Taking People Seriously. SSRN Electronic Journal, 2015.

PERRONE, P.; MELLO, C. Constitucionalismo, transformação e resiliência democrática no Brasil: o lus Constitutionale Commune na América Latina tem uma contribuição a oferecer? [s.d.].

PETIT, N.; SCHREPEL, T., Complexity-Minded Antitrust (July 29, 2022). Journal of Evolutionary Economics (2023), Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4050536> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4050536>

PIRES-ALVES, C. C.; GONZALO, M.; LYRA, M. P. O. Startups and young innovative firms mergers & acquisitions: an antitrust debate? Lessons from the ICT tecno-economic paradigm. Revista de Economia Contemporânea, v. 23, p. e192324, 2019.

POLANYI, K. A Grande Transformação: As origens políticas e econômicas do nosso tempo. Leya, 2010.

PORTUESE, A. Antitrust Populism: Towards a Taxonomy. SSRN Electronic Journal, [s. l.], 2019. Disponível em: <https://www.ssrn.com/abstract=3400274>. Acesso em: 12 abr. 2024.

PORTUESE, A. Digital Markets Act: the path to overregulation in: CPI Columns June 2022, disponível em www.competitionpolicyinternational.com.

POSNER, R. A. Antitrust Law, 2^a ed. Chicago, 2001.

POSTEMA, G. J. Constitutional Norms—Erosion, Sabotage, and Response. Ratio Juris, v. 35, n. 2, p. 99–122, jun. 2022.

POSTEMA, G. J. From Law's Existence to Law's Rule: Reflections on Kramer's Understanding of the Rule of Law. [s.d.].

PRZEWORSKI, A. Qué esperar de la democracia. Límites y posibilidades del autogobierno. Buenos Aires: Siglo XXI, 2010.

ROBERTSON, R. Globalization: social theory and global culture. Reprinted ed. London: Sage Publ, 2000.

ROCHA, A. S. Genealogia da constituinte: do autoritarismo à democratização. Lua Nova: Revista de Cultura e Política, n. 88, p. 29–87, 2013.

RODOTÀ, S. Una costituzione per Internet?. Politica del diritto, v. 41, n. 3, p. 337-352, 2010.

RODRIK, D.; STIGLITZ, J. E. New growth strategy for developing nations. Essay prepared for the IEA-ERIA Project on the New Global Economic Order, 2024.

RODRIK, D. *Industrial policy for the twenty-first century*. 2004.

- ROSEN, J. Louis D. Brandeis: American Prophet. Yale University Press, 2016.
- SÁ, M.V.S. Integrando proteção de dados e defesa da concorrência: rediscussão do papel do direito antitruste e seu ferramental clássico na economia digital movida a dados. Dissertação de Mestrado, IDP, Brasília, 2023.
- SALOP, S. C.; BAKER, J. B. Antitrust, Competition Policy, and Inequality. SSRN Electronic Journal, 2015.
- SARMENTO, D. Direitos, democracia e república: escritos de direito constitucional. [s.l.] Editora Fórum, 2017.
- SARMENTO, D. O Direito Constitucional e o Direito Internacional: diálogos e tensões. [s.d.]. Em: SARMENTO, D. (ed.). Direitos, democracia e república: escritos de direito constitucional. [s.l.] Editora Fórum, 2017.
- SCHREPEL, T. Being an Arthurian. [s.d.].
- SCHREPEL, T. Law + Technology. SSRN Electronic Journal, 2022.
- SCHUARTZ, L. F. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. [s.d.].
- SCHUARTZ, L. F. Consequencialismo Jurídico, Racionalidade Decisória e Malandragem. Revista de Direito Administrativo, v. 248, p. 130–158, 1 maio 2008.
- SCHUMPETER, J. A. Capitalism, Socialism, and Democracy, New York, NY, Harper, 1942.
- SHAPIRO, C. Regulating Big Tech: factual foundations and policy goals. Network Law Review, Feb, 2023. Disponível em <https://networklawreview.org/shapiro-big-tech>.
- SHERWIN, R. K. Legitimizing Law in a Digital State. SSRN Electronic Journal, 2019.
- SIROTA, L. A Constitution without Constitutionalism. Verfassungsblog: On Matters Constitutional, 3 jul. 2023.
- SOKOL, D. D. *Tensions between antitrust and industrial policy*. Geo. Mason L. Rev., v. 22, p. 1247, 2014.
- SOKOL, D. D. Troubled waters between US and European antitrust. Mich. L. Rev., v. 115, p. 955, 2016.
- STUCKE, M; GRUNES, A. P. Data-opolies (March 3, 2017). CONCURRENCES No. 2-2017 (2017), University of Tennessee Legal Studies Research Paper No. 316, SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2927018>
- STUCKE, M; EZRACHI, A. Competition Overdose: How Big Tech Barons smash innovation and how to strike back. HarperCollins. 2022.

STUCKE, M; EZRACHI, A. *Competition Overdose: How the Market Ethos Can Both Cure and Poison Us*. HarperCollins 2020.

SUNSTEIN, C. R.; VERMEULE, A. *Interpretation and Institutions*. [s.d.].

SUSSKIND, J. *The digital republic: on freedom and democracy in the 21st century*. New York: Pegasus Books, 2022.

SUSSKIND, J. *The Digital Republic: On Freedom and Democracy in the 21st Century*. Bloomsbury Publishing, 2022.

TALADAY, J.; L, P. *The Ten Principle of Ex Ante Competition Regulation in: CPI Columns November 2022*, disponível em www.competitionpolicyinternational.com.

TEIXEIRA, A. V. *Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional*. *Revista de Investigações Constitucionais*, v. 3, n. 3, p. 141, 21 dez. 2016.

TERUEL LOZANO, G. M. *Fundamental rights in the digital society: towards a constitution for the cyberspace?* *Revista chilena de derecho*, v. 46, n. 1, p. 301–315, abr. 2019.

TERZIS, P. *Against digital constitutionalism*, *European Law Open*, 2023.

TEUBNER, G. *Constitutional Fragments: Societal Constitutionalism and Globalization*. Oxford University Press, 2012.

TEUBNER, G. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2020.

TEUBNER, G. *Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?* in Karl-Heinz Ladeur (ed), *Public Governance in the Age of Globalization*. Routledge 2004.

TEUBNER, G. *Law as an autopoietic system*. Oxford/Cambridge, Blackwell Publishers, 1993.

TEUBNER, G. *Societal constitutionalism: alternatives to state-centered constitutional theory?*. 2004.

THOMSON DE ANDRADE, D.; OLIVEIRA, P. H. *Integrating competition and industrial policy in Brazil: shaping a dynamic digital economy through antitrust and innovation*. Working Paper, 2024.

THORNHILL, C. *A sociology of constitutions: constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective*. Cambridge University Press, 2011.

THORNHILL, C. *Crise democrática e direito constitucional global*. Editora Contracorrente, 2021.

THUN, M. V.; HANLEY, D. A. Stopping Big Tech from Becoming Big AI. Open Markets Institute, 2024.

TIROLE, J. *Competition and industrial policy in the 21st century*. Oxford Open Economics, v. 3, suplemento 1, p. i983–i1001, 2024.

TIROLE, J. *Economics for the common good*. 2017.

TUCK, R. *The Sleeping Sovereign: The Invention of Modern Democracy*. 1. ed. [s.l.] Cambridge University Press, 2015.

VON BOGDANDY, A. Ius Constitutionale Commune na América Latina. Uma reflexão sobre um constitucionalismo transformador. *Revista de Direito Administrativo*, v. 269, p. 13-66, 2015.

VIEIRA, O. V. A Constituição como reserva de justiça. *Lua Nova: revista de cultura e política*, p. 53-97, 1997.

VIEIRA, O. V. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. Editora Companhia das Letras, 2018.

WALDRON, J. The Rule of Law as an Essentially Contested Concept. *SSRN Electronic Journal*, 2021.

WANDERER, B. Economia movida a dados e o papel das plataformas digitais. *Revista de Direito Setorial e Regulatório*, v. 9, n° 2, p. 22-43, 2023.

WEYMOUTH, S. Competition Politics: Interest Groups, Democracy, and Antitrust Reform in Developing Countries. *The Antitrust Bulletin*, v. 61, n. 2, p. 296–316, jun. 2016.

WOHLGEMUTH, M. The Communicative Character of Capitalistic Competition. n. 1, 2005.

WOODCOCK, R. The Contrasting Approaches to Power of the Modern State and the Antitrust Laws: Lessons for Platform Regulation. *SSRN Electronic Journal*, 2020.

WU, Tim. *The Curse of bigness: Antitrust in the New Gilded Age*. New York: Columbia Global Report, 2018.

ZHANG, K. Market, law and distribution: tracing a stream of liberal economic thinking. *Peking University Law Journal*, v. 8, n. 2, p. 91–121, 2 jul. 2020.

ZINGALES, L. Preventing economists' capture. *Chicago Booth Research Paper*, n. 13-81, 2013.