

REGULAÇÃO DE *BIG TECHS* NO BRASIL: NECESSIDADE OU EQUÍVOCO?

BIG TECHS REGULATION IN BRAZIL: NECESSITY OR MISTAKE?

*Amanda Flávio de Oliveira*¹

SUMÁRIO: Introdução. 1 Regulação de *big techs*: um movimento global?. 2 Regulação de *big techs*: justificativas metajurídicas?. 3 Regulação de *big techs*: justificativas jurídicas?. Conclusão. Referências.

¹ Doutora, mestre e especialista em Direito Econômico pela UFMG. Professora associada dos cursos de graduação, mestrado e doutorado em Direito da UnB.

RESUMO: Desde que a União Europeia fez publicar o DMA (*Digital Markets Act*) e desde que, nos Estados Unidos, o governo Biden alçou a cargos públicos relevantes alguns acadêmicos críticos do poder das *big techs*, discute-se à exaustão no Brasil se o país deveria aliar-se ao movimento de produção de medidas regulatórias específicas para essa espécie de agente econômico. O presente texto pretende oferecer uma perspectiva diferente daquela que vem sendo mais comumente apresentada, concluindo pela desnecessidade dessa regulação, fundamentando-se em razões jurídico-econômicas pertinentes e apontando um possível erro de diagnóstico que esteja sendo cometido pelos estudiosos do tema. Acredita-se que o ordenamento jurídico brasileiro já possui o instrumental necessário para o enfrentamento dos problemas que surgem, os quais não se diferenciam muito de situações similares precedentes.

PALAVRAS-CHAVE: Regulação. *Big Techs*. Direito Antitruste. Direito Regulatório. AED.

ABSTRACT: Since Europe published the DMA (*Digital Markets Act*) and, in the United States, the Biden government raised some academics critical of the power of big techs to relevant public positions, there has been an exhaustive debate in Brazil whether the country should ally with them in order to produce specific regulatory measures for this kind of economic player. This article intends to offer a different perspective from the one that has been more commonly presented, concluding that this kind of regulation is unnecessary in Brazil, based on pertinent legal and economic reasons, and pointing out a possible diagnostic error that is being committed by scholars. Brazilian legal system has the necessary tools to face the problems that arise, which are not very different from similar situations in the past.

KEYWORDS: Regulation. Big Techs. Antitrust Law. Regulatory Law. Law and Economics.

INTRODUÇÃO

Memes podem ser considerados uma evolução da tradicional charge, e seu habitat é a internet. Eles geralmente são utilizados como instrumentos de humor ou deboche, mas alguns deles têm a incrível habilidade – como as charges também sempre tiveram – de transmitir grandes verdades...e nos permitir enxergar o óbvio que nos escapa.

Em um meme que viralizou na web recentemente, um senhor, vestido elegantemente de terno e gravata, aparece à porta da casa de sua amada com um belo buquê de flores de corte em mãos e diz para ela, com os braços estendidos: “*Tomem! Eu achei algumas coisas bonitas e as matei para que você pudesse olhá-las apodrecer*”. Há muita sabedoria nesse meme, disfarçada de humor.

Na vida estatal, tal qual ocorre na vida romântica, corre-se o risco de se deixar encantar por atos e narrativas... e cegar-se diante do que eles realmente representam. Compete ao acadêmico reconhecer o seu objeto de estudo tal como ele realmente é, dar-lhe o nome apropriado, analisá-lo com objetividade e sem paixões, contextualizá-lo adequadamente. Quando o objeto de estudo tem as características de uma ação estatal sobre a liberdade econômica, impõe-se, para além de verificar com exatidão o seu significado no ordenamento jurídico, proceder também a uma análise diagnóstica de sua capacidade de atingir objetivos da República.

O presente artigo pretende promover apontamentos sobre a contemporânea intenção de se realizar uma regulação específica para *big techs* no Brasil, ponderando sobre seu contexto, seu significado e sua pertinência – em uma tentativa de avaliar as coisas objetivamente, como elas efetivamente são.

O antitruste representa uma das raras disciplinas jurídicas em que a abordagem econômica dos fatos e das normas é correntemente admitida, inclusive no Brasil. Em especial, a abordagem chicogoana de *Law and Economics* vem exercendo profunda influência na matéria há algumas décadas, em todo o mundo. Embora este texto não pretenda ser um trabalho de Análise Econômica do Direito em sentido estrito, as concepções dessa Escola encontram-se inevitavelmente em suas premissas subjacentes, especialmente o modo de pensar econômico, como não poderia deixar de ser.

1. REGULAÇÃO DE *BIG TECHS*: UM MOVIMENTO GLOBAL?

O antitruste parece ser uma disciplina sempre em busca de sua razão de ser. Desde seu surgimento e implementação, nas mais variadas jurisdições, muito já se debateu sobre as razões pelas quais se deveria regular a competição entre empresas, e o tema segue indefinido.

Dentre as Escolas de pensamento pertinentes, a doutrina referencial, com maior frequência, duas delas. A *Escola de Harvard* identificou, como motivo de existir da disciplina antitruste, evitar excessivas concentrações de mercado (seja lá o que queira significar o qualificador “excessivas”). É de se reconhecer que essa predileção apriorística por concorrentes “menores” ou “pulverizados” revelava-se, de alguma forma, simplista demais para o objeto de estudo, sempre dinâmico (o mercado). Já a *Escola de Chicago*, que vem predominando há algum tempo no cenário global, fundamenta-se na busca do bem estar do consumidor, ou da eficiência alocativa do mercado. A frustração com o descompasso entre sua proposta e seus resultados, passadas algumas décadas de prevalência do modelo em diferentes jurisdições, é algo notável, e encontra-se nas bases do dilema contemporâneo, que resgata o debate sobre as razões do antitruste².

A referência a nomes de universidades americanas para intitular as Escolas revela a influência do antitruste produzido nos Estados Unidos da América sobre todos os demais países que disciplinaram a matéria no decorrer do século XX, muito embora as origens materiais do antitruste possam ser melhor identificadas como tendo sido fruto de uma construção britânica (MORGAN, 1994). Em continuidade a essa influência, surge na contemporaneidade o “Neobrandeisianismo”, movimento que, embora sem negar o valor do bem-estar do consumidor nos objetivos antitruste, entende que essa política não deve se ater exclusivamente a isso, mas agregar valores como combate à desigualdade, à pobreza, além de gênero, meio ambiente, padrão de emprego, proteção a micro empresas, entre outros, como critérios de análise.

Os fundamentos da nova Escola não saem ilesos de uma análise mais robusta. A falta de objetividade da proposta, apta a produzir ou ampliar insegurança jurídica, é uma das causas de maior desaprovação que ela enfrenta. Nem mesmo sua denominação encontra-se livre de crítica: é que ao se pretender resgatar um suposto legado do então Ministro da Suprema Corte americana, Louis Brandeis, na matéria, pode-se estar cometendo uma grave inadequação, eis que as ideias dele parecem não coincidir com precisão com a proposta atual (OLIVEIRA; MOTA; ROS, 2022).

A busca por uma reavaliação da política antitruste que o surgimento de uma nova Escola revela é compreensível, entretanto. De um lado, tem-se a já mencionada frustração com os resultados da política antitruste praticada, vis-à-vis seus propósitos, mesmo em países com *enforcement* premiado na matéria. Soma-se a isso uma outra razão, esta mais frágil como fundamento jurídico, mas inquestionavelmente mencionada nas discussões sobre o tema

2 Para se compreender a evolução histórica da legislação antitruste, com seus reflexos na legislação brasileira, recomenda-se o já clássico livro de Isabel Vaz (VAZ, 1993). Em obra atualíssima, Victor Oliveira Fernandes descreve com precisão e objetividade as características das Escolas tradicionais do antitruste, com foco no tema central deste artigo (FERNANDES, 2022).

antitruste: o surgimento de empresas às quais se convencionou denominar *Big Techs* e o anseio por “discipliná-las”.

O fenômeno ao qual se convencionou chamar *big tech* talvez possa ser assim genericamente sintetizado: um conjunto limitado de grandes empresas, responsáveis pela criação e/ou desenvolvimento de produtos e/ou serviços tecnológicos inovadores, que alcançaram parcela significativa do mercado em que se inserem nos últimos anos. São geralmente empresas líderes em seus mercados relevantes, que em certa medida têm ditado tendências, criado protagonismos e determinado orientações, além de terem obtido adesão substancial por parte da população em geral aos seus produtos e/ou serviços digitais (OLIVEIRA; AZEVEDO, 2022). Essa tentativa de definição não é indene de críticas, todavia. É que definir uma *big tech* implica necessariamente criar um conceito discriminatório, que a diferencie de empresas que são seus pares, e essa diferenciação, inevitavelmente, parece recair sobre seu patamar de sucesso como fator de demérito.

A União Europeia indiscutivelmente tomou a dianteira na tentativa de definir e disciplinar assimetricamente essas empresas. Em vigor desde novembro de 2022, o DMA (*Digital Markets Act*) pretende regulamentar empresas qualificadas como “*gatekeepers*” no mercado digital. Eles parecem orgulhar-se da aprovação da norma em “tempo recorde”: entre sua propositura e sua aprovação decorreu pouco mais de um ano.

A norma europeia define “*gatekeepers*” a partir de critérios qualitativos, como a espécie de serviço prestado (p. ex. intermediação online de serviços em lojas de aplicativos), além de critérios relacionados a seu tamanho (p, ex., ser uma plataforma que possua pelo menos 45 milhões de usuários ativos na Europa) e a detenção de posição “entrincheirada” ou “durável”. É inevitável reconhecer o retorno da preocupação antitruste com o tamanho das empresas (de certas empresas), assim como é inevitável questionar-se os critérios definidos e sua adequação, proporcionalidade e/ou objetividade. A concepção de *gatekeeper* utilizada, embora a princípio pareça se aproximar de uma concepção de abuso de posição dominante (atraindo, assim, um tratamento tradicional da teoria antitruste), vai além. Abandonando o modelo de *enforcement* antitruste tradicional, o DMA estabelece ações previamente permitidas ou *proibidas* para essas empresas, criando uma regulação apriorística à qual elas devem obediência. O afastamento da norma de um padrão neoclássico de tratamento dos mercados tem sido identificado por alguns estudiosos, constituindo, o DMA, em um possível efeito do sentimento geral de frustração com relação ao antitruste produzido com base nesses fundamentos (SANTOS, 2023). É de se reconhecer que a iniciativa europeia (comunitária) seguiu o fluxo de iniciativas nacionais prévias e sobre ela inovou. Na Alemanha, por exemplo, alterações pontuais na sua lei concorrencial regulamentaram especificamente (assimetricamente) empresas digitais.

Por sua vez, os EUA, país considerado historicamente um protagonista na definição de tendências antitruste no mundo ocidental, também vem dando sinais de que o tema mereça atenção específica, embora não seja facilmente discernível o que seria vontade política concreta nessa questão, e o que representa apenas *sinalização política* ou narrativa de um grupo de entusiastas da pretensão. Tim Wu e Lina Khan, dois acadêmicos notoriamente críticos do poder econômico no mercado digital (KAHN, 2017; WU, 2018), foram alçados, pelo Governo Biden, a postos de grande expressão na burocracia americana. Kahn foi designada presidente da Federal Trade Commission (FTC), e Wu, responsável por políticas de tecnologia e concorrência. O movimento animou entusiastas da regulação de *Big Techs*. É de se notar, entretanto, que, passados alguns anos da indicação e dos festejos que propiciaram, muito pouco se caminhou no sentido de uma efetiva implementação de medidas políticas a esse título, e há razões para se duvidar da mudança desse cenário.

Os entusiastas da regulação das *Big Techs* costumam repercutir também propostas legislativas que começam a surgir no Congresso americano nesse sentido. Entre elas, destaca-se a proposta intitulada “*American Choice and Innovation Online Act*”, que incluiria regras voltadas a impedir a adoção, pelas empresas, de condutas de “*self preferencing*”. Essa prática consistiria na suposta adoção, pelas empresas em questão, de uma estratégia de alavancar seu poder de mercado em atividades adjacentes às custas do poder de mercado que detêm na atividade principal. Em suma, trataria de conduta em que a *Big Tech* privilegiaria empresa do mesmo grupo econômico em relação às suas concorrentes³.

Também a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) se mobilizou em relação ao tema. Em 2021, a entidade publicou estudo que versa sobre regulação *ex ante* e antitruste em mercados digitais, analisando as iniciativas sobre disciplinar *Big Techs* e reforçando a premissa de que talvez haja mesmo um movimento global nesse sentido.

No Brasil, o Projeto de Lei n. 2.768 foi apresentado na Câmara dos Deputados em fins de 2022, atraindo para o país a discussão sobre a necessidade de uma tal regulação e abrindo espaço para amplos debates acadêmicos sobre a adequação da proposta. Há pontos de convergência entre o modelo europeu do DMA e pontos de divergência. O PL destaca, entre empresas, aquelas às quais deveria ser aplicado um tratamento regulatório diferenciado, por critérios de tipo de atividade e tamanho, em um modelo que claramente se inspira, mas possui divergências em relação ao europeu. Também no caso brasileiro, há motivos para se questionar as escolhas feitas, sobretudo no que concerne à sua pertinência, flexibilidade, adequação, atualidade e/ou razoabilidade. Atribui-se à já existente agência

3 Conforme o artigo, em fase de elaboração: *Big techs, concorrência e o relatório do congresso americano de 2020*, do autor César Mattos.

de telecomunicações (ANATEL) a função de aplicar novos comandos a serem por ela emitidos a essas empresas – aparentemente fazendo opção por regulação administrativa *ex ante* -, mas, em paralelo, o PL preserva as atribuições do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quando for o caso, deixando em aberto o risco concreto de redundância estatal nos seus papéis de regulador e órgão antitruste. Também é criado um lamentável *Fundo de Fiscalização de Plataformas Digitais*, para os quais as empresas submetidas deveriam necessariamente contribuir, em valores um tanto consideráveis.

A leitura da Justificação do PL n. 2768/2022, de certa forma, constrange pelas razões metajurídicas que embasariam a medida: seja a referência *nominal* a empresas às quais se pretende direcionar a regulação; seja a referência aos valores de mercado dessas mesmas empresas – *valuation* –; seja a referência ao fato de que União Europeia já as regulou, e de que alguns entusiastas dessa medida nos Estados Unidos já apresentaram relatórios nesse sentido; as razões “político-econômicas” para o PL parecem frágeis e criticáveis. Melhor sina não lhe aguarda uma análise que contemple fundamentos jurídicos para tanto.

2. REGULAÇÃO DE *BIG TECHS*: JUSTIFICATIVAS METAJURÍDICAS?

O PL n. 2.768/2022 brasileiro sustenta-se, como mencionado, em possíveis razões de ordem político-econômica para a produção da norma. Ele não é o único, no entanto, a fazê-lo. Também na Europa e nos EUA, causa constrangimento a referência nominal a empresas às quais se pretende regular – e até um acrônimo foi criado para tanto: GAFAM.

GAFAM pode ser considerado o primeiro acrônimo utilizado para destacar empresas “perigosas” para a sociedade ou a “democracia” pelo grande poder que detêm, e representaria, na ordem, Google, Apple, Facebook, Amazon e Microsoft. Uma abordagem objetiva dos fundamentos metajurídicos apresentados como fundamento para a norma pressupõem algumas reflexões:

- a) O acrônimo já se encontra desatualizado. A terceira das empresas mencionadas passou por um movimento de renovação de sua marca e agora se chama Meta. Longe de ser um argumento crítico tacanho, a constatação remete a uma advertência relevante. Richard Posner, escrevendo no início dos anos 2000 sobre os desafios do antitruste em uma nova economia, já advertia pelo risco real de a burocracia estatal encontrar-se sempre desatualizada em relação àqueles e àquilo que regularia. Segundo ele, a dificuldade de o antitruste americano enfrentar a nova economia não

decorreria de uma questão dogmática ou doutrinária de incompatibilidade. O problema residiria no aspecto institucional, na ausência de recursos técnicos mesmo do aparato estatal em acompanhar o dinamismo da nova realidade (POSNER, 2001). Curiosamente, o acrônimo utilizado caricaturiza esse argumento.

b) Aparentemente, teria sido resgatada a preocupação com o tamanho das empresas per se, e uma tentativa sempre temerária de mensurar o limite em valor monetário a partir do qual elas se distinguiriam de seus pares para dever obediências regulatórias diferenciadas se revela novamente. O tema do critério do tamanho de empresas para configurar situações supostamente perigosas para a sociedade encontra-se nas bases do antitruste, com o desenvolvimento, ainda no início do século XIX, da já mencionada Escola de Harvard. Mas é de se reconhecer que uma certa concepção rasa de justiça que indica proteção a pequenos frente a grandes, transportada para o antitruste, assombra a disciplina de tempos em tempos. Não há muita sustentação técnica – econômica ou de “justiça social” – para uma tal preocupação, mas o argumento se revela mais atrelado a motivações políticas que técnicas, sempre que referenciado.

O tema é controverso desde sempre. Ayn Rand, notória crítica da legislação antitruste americana (RAND, 2022, p. 49), em palestra proferida em Boston em dezembro de 1961, chegou a se referir às grandes empresas como “a minoria perseguida dos Estados Unidos”, em razão da “penalização” que sofrem por suas virtudes. Mais contemporaneamente, o movimento americano “Neobrandeisianano”, que resgata discussões sobre tamanho de empresas como fundamento para a atuação estatal, vem sido referenciado por alguns estudiosos do tema naquele país por sua característica populista, atrelando essa circunstância à ascensão de Biden à presidência em 2020. Estudos que avaliam os primeiros anos da administração Biden apontam o viés ideológico e pouco técnico das premissas, e advertem para sua pequena capacidade de alteração do curso do antitruste americano de forma expressiva (PORTUESE, 2022).

c) Tampouco se sustenta o argumento de serem essas novas empresas realidades inéditas pelo poder que detêm no mercado em que inseridas. Nas bases desse argumento repousa uma incompreensão do que representam o poder econômico, o poder político, e a real capacidade dos detentores daquele de pautar e fragilizar este (GREENSPAN, 2022). O tema é mais complexo do que este texto permitiria avançar e desenvolvê-lo fugiria dos propósitos mais diretos deste artigo. Mas por ora resta evidenciar a presunção subjacente à crença no ineditismo de um tal “poder” econômico.

Em primeiro lugar, cumpre revisitar a própria história do antitruste global, especialmente o caso americano e o europeu. *Standard Oil*, *Microsoft*, *AT&T* são experiências concretas de intervenção estatal no mercado concorrencial presentes nessa trajetória, cujos resultados podem e devem ser avaliados pela capacidade ou não de gerar as consequências esperadas. Eram empresas que, ao seu tempo, possuíam “poder econômico” igualmente “assustador”. Da mesma forma, se o critério for uma suposta “influência política” que detém certas novas empresas e seus titulares, a história nos aponta casos como de *Vanderbilt*, *Andrew Carnegie* ou *J.P. Morgan*, que demonstram que a vida se reinventa, com novos personagens, mas elementos semelhantes (OLIVEIRA; AZEVEDO, 2022).

Do ponto de vista econômico, fundamento muito caro a uma abordagem antitruste, uma análise mais minudente tampouco revela grandes razões para surpresa: características econômicas como posição dominante, efeitos de rede, mercados de dois ou mais lados, economias de escala ou escopo, concorrência baseada em inovação, vantagem da empresa pioneira, verticalização e o tratamento de dados, para mencionar alguns temas, são matérias já suficientemente estudadas na doutrina, contempladas em legislações e aplicadas por autoridades de todo o globo, o Brasil, inclusive (MATOS, 2022). Inevitável perceber, portanto, que além da inexistência de grandes novidades a serem enfrentadas, já se possui uma experiência considerável em situações semelhantes, apta a permitir fazer opções mais assertivas quanto a objetivos sociais pretendidos e a capacidade de modelos pré-existentes de logr-los⁴.

d) Por fim, há que se considerar o argumento que consta, inclusive, do PL n. 2.768/2022, como justificacão para uma tal lei brasileira, e seria o fato de Europa e Estados Unidos estarem se movimentando nesse sentido. Um tal fundamento tem mais capacidade de ser fatal do que sério. A criaçao de uma nova abordagem jurídico-coercitiva aplicável a agente econômico em atuaçao no Brasil precisa, mais do que de razao metajurídica para tanto, mesmo que econômica, de adequaçao ao ordenamento jurídico nacional. A adoçao, aqui, de regras que se inspirem em outras, produzidas para outras realidades ou jurisdiçoes, mesmo se aquelas aderissem aos fundamentos da Ordem Constitucional brasileira, podem ser efetivamente hábeis a atravancar o que deveria fomentar: o desenvolvimento econômico do país.

4 Sowell nos exorta a resgatar a experiência (SOWELL, 2009).

3. REGULAÇÃO DE *BIG TECHS*: JUSTIFICATIVAS JURÍDICAS?

O afã por se regular *big techs*, no Brasil ou fora dele, tem embaçado as reflexões jurídicas que necessariamente precisam ser feitas. Antes de se questionar se o Brasil deve ou não aderir a uma tal proposta, cumpre checar se o ordenamento jurídico permitiria a iniciativa e se, permitindo-a, haveria a necessidade de criação de novas instituições.

Publicada às vésperas da pandemia de 2019-2020, a Lei de Liberdade Econômica, no Brasil, Lei n. 13.874/2019, terminou por ter sua eficácia e a percepção de sua eficácia turvada pelo fenômeno sanitário. Não que ela fosse incompatível com a realidade sanitária global, tampouco que ela não tenha sido aplicada naquela fase. Entretanto, no plano dos debates jurídicos, a natural efervescência que seu surgimento representou no ordenamento jurídico brasileiro, expressa em publicações e eventos jurídicos pró e contra sua edição, foi amansada.

A produção de uma lei com esse conteúdo não se deu em vão, àquele momento da prática constitucional brasileira. Passadas três décadas da Constituição de 1988, o pêndulo precisava seguir seu curso, e resgatar, revalorizando, o princípio da liberdade econômica, fazia-se premente (OLIVEIRA, 2020). Foram, então, consagrados explicitamente, no plano legal brasileiro, princípios norteadores da atuação do Estado no domínio econômico, a serem observados em atenção ao princípio da livre iniciativa constitucional: a liberdade como uma garantia no exercício de atividades econômicas; a boa-fé do particular perante o poder público; a intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício de atividades econômicas; e o reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado (art. 4º da Lei).

A atuação do Estado em deferência à liberdade econômica é a tônica da lei, e comandos diretos e explícitos a entes estatais nesse sentido se fazem presentes: em seus artigos 3º e 4º são inúmeras as determinações aptas a reiterar a imperiosidade de se conceder tratamento isonômico e não discriminatório a agentes econômicos que se encontrem em um mesmo mercado relevante. Ademais, estabelece-se o ilícito de abuso de poder regulatório para situações em que a administração pública crie reserva de mercado ao favorecer, na regulação, grupo econômico, ou profissional, em prejuízo dos demais concorrentes (art. 4º, II); redijam enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco (inc. IV); aumentem os custos de transação sem demonstração de benefícios (inc. V); criem demanda artificial ou compulsória de produto, serviço ou atividade profissional (inc. VI), introduzam limites à livre formação de sociedades empresariais ou de atividades econômicas (inc. VII).

Expressamente, o art. 4º-A, incluído pela Lei n. 14.195/2021, estabelece ser dever da administração pública e das demais entidades que se sujeitam à LLE, na aplicação da ordenação pública sobre atividades econômicas privadas, dispensar tratamento justo, previsível e isonômico entre os agentes econômicos.

As normas referenciadas, como se sabe, aplicam-se a entes da administração pública. Mas *essas normas representam*, como, de fato, todo o conteúdo da Lei de Liberdade Econômica, *um exercício de preenchimento do conteúdo de um princípio constitucional, fundamento da República (art. 1º, CR/88) e da Ordem Econômica (art. 170, CR/88)*.

É, portanto, indispensável proceder-se a um cotejo entre o PL que visa criar uma discriminação de tratamento jurídico em desfavor de um grupo de agentes econômicos e o princípio constitucional da livre iniciativa, para fins de verificar sua constitucionalidade. O conteúdo indiscutivelmente atribuído a esse princípio por ocasião da publicação da LLE, que não tolera protecionismos de nenhuma mão (*nem a favor*, *nem em desfavor* de agente econômico qualquer), não autoriza admitir-se regulações apriorísticas assimétricas. Isso não quer dizer que essas empresas não devam obediência a comandos constitucionais de mesmo nível que o princípio da livre iniciativa, mas sobre aqueles já existe robusta construção legal, doutrinária e jurisprudencial disponível.

A esse respeito, a legislação brasileira de defesa da concorrência está dotada de instrumentos variados, como análise *ex ante* de atos de concentração, possibilidade de imposição de medidas preventivas, celebração de acordos de cessação de práticas, entre outros, quando cabíveis. No âmbito institucional, a Superintendência Geral do CADE fez criar, no ano de 2022, uma unidade de análise exclusiva para condutas unilaterais. A literatura antitruste tem contribuições variadas para temas como fusões conglomeradas, verticalização. Conciliar os princípios constitucionais de livre iniciativa, livre concorrência e repressão aos abusos de poder econômico impõe seguir a trilha que conduz à aplicação, se for o caso, de toda essa construção antitruste a casos que envolvam *Big Techs*.

O problema da frustração com os resultados do antitruste tal qual vem sendo praticado nos últimos tempos persistirá, todavia. Entretanto, insatisfações com os resultados materiais do antitruste precisam ser avaliadas objetivamente, sem paixões ou romantismos. E seu enfrentamento precisa ocorrer dentro da técnica disponível. A identificação nominal de empresas a título de alvos preferenciais funciona como política populista, mas não como técnica jurídico-econômica. A finalidade constitucional da Ordem Econômica, conforme o Texto Constitucional de 1988, consiste em assegurar a todos existência digna. Os instrumentos por ela definidos – a livre concorrência, por exemplo – constituem apenas isso: instrumento para um fim.

É verdade que há tempos se discute na literatura sobre a adequação de uma intervenção antitruste estática – como a chicagoana – em um contexto

dinâmico – como o mercado –, circunstância esta que – é preciso admitir – as *Big Techs* elevam a um outro patamar. É bem verdade que uma tal abordagem antitruste dinâmica não é simples de se realizar e implementar – o que talvez explique seu tímido prestígio, sobretudo entre as autoridades. Também é de se reconhecer a correlação existente entre uma perspectiva dinâmica e o reconhecimento da *inovação* como um valor econômico destacado⁵.

De toda sorte, pelo menos a partir de abordagens harvardianas ou chicagoanas, já há muito conhecimento acumulado na história antitruste global de enfrentamento do poder econômico, segundo suas teses. Já se pode, portanto, avaliar o resultado da experiência – seus acertos, desacertos, fragilidades. Privilegiar a experiência em matéria de política pública constitui caminho sóbrio e realista. Não se trata de comparar virtuosidades de teses abstratas entre si, mas seus resultados concretos. Parafraseando Friedman, a história antitruste global já nos permite cotejar o real com o real⁶.

Por sua vez, revisitar os fundamentos do antitruste tendo em vista os resultados por ele produzidos em comparação à expectativa que levou à sua criação constitui sempre medida a ser valorizada. Só pode ser considerado um bom estatuto jurídico aquele que foi hábil a produzir os resultados por ele desejados. Importa, porém, que essa reavaliação seja objetiva, isenta de paixões e comprometida com valores constitucionais e legais consagrados⁷.

CONCLUSÃO

Em 1820, 94% das pessoas encontravam-se em situação de extrema pobreza no globo; em 2015, esse número caiu para 10%. O que aconteceu de tão extraordinariamente bom em um curto espaço de tempo relativo de existência da humanidade?

Por mais que se esforce, é difícil identificar um líder público ou uma instituição pública oficial, vocacionada para o interesse público, que tenha, ao longo desses dois séculos, sido hábil a desenvolver um planejamento em favor da riqueza em escala planetária e implementado com eficácia tão contundente. Parece inevitável reconhecer a inovação, cumulada e sucessiva, como a grande ação responsável por tanto êxito, sempre difusa, multiforme e desordenada quanto à sua origem.

Se a inovação de fato estiver nas bases do desenvolvimento econômico da humanidade, sobretudo em um país cuja Constituição eleja, como objetivo da República, a vida digna das pessoas, o foco primordial de preocupação

5 Recomenda-se, no ponto, conhecer a Escola shumpeteriana e suas reflexões sobre o tema antitruste

6 “Temos, agora, várias décadas de experiência com a intervenção governamental. Já não é necessário comparar o mercado, como ele efetivamente atua, e a intervenção governamental, como idealmente deveria funcionar. Agora temos condições de cotejar o real com o real.” (FRIEDMAN, 2023).

7 Alan Greenspan e Ayr Rand são dois grandes críticos da edição de leis antitruste. Sugere-se, a esse título, os textos deles em: RAND, 2022.

dos estudiosos deveria ser a promoção daquela. Ao agir impulsionados por uma iniciativa europeia de disciplinar empresas americanas sem uma percepção crítica disso e descuidando da verificação essencial de pertinência constitucional, uma tal proposta de regulação assimétrica apenas pode significar um agir enamorado por narrativas... que não cabe em política pública, pelo custo social alto que representa.

REFERÊNCIAS

FERNANDES, Victor Oliveira. *Direito da concorrência e plataformas digitais*. São Paulo: RT, 2022.

FRIEDMAN, Milton. Capitalismo e liberdade. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2023. E-book.

GREENSPAN, Alan. Antitruste. In: RAND, Ayn. Capitalismo: o ideal desconhecido. São Paulo: LVM, 2022, p. 69-77.

KAHN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*, n. 126, p. 710-805, 2017.

MATTOS, César. Características econômicas das grandes plataformas digitais e o poder de mercado. *WebAdvocacy Direito e Economia*, out. 2022. Disponível em: <https://webadvocacy.com.br/2022/10/20/caracteristicas-economicas-das-grandes-plataformas-digitais-e-o-poder-de-mercado/> Acesso em: 20 mar. 2023.

MORGAN, Thomas D. *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*. Saint Paul, MN: West Publishing Company, 1994.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Lei de liberdade econômica e o ordenamento jurídico brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Regulação de novas tecnologias. In: Colunas da WebAdvocacy: direito e economia. In: MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade; MENDONÇA, Elvino de Carvalho; LIMA, Marcos André Mattos de (org). *Colunas da WebAdvocacy: direito e economia*. Brasília, 2022. v. III. E-book.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; AZEVEDO, José Américo. Bigtechs: qual a novidade?. In: MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade; MENDONÇA, Elvino de Carvalho; LIMA, Marcos André Mattos de (org). *Colunas da WebAdvocacy: direito e economia*. Brasília, 2022. v. I, p. 8-12.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; MOTA, Julia Gomes; ROS, Luiz Guilherme. Sobre razões do antitruste, o “advogado do povo” Louis Brandeis e o neobrandeisianismo. In: MENDONÇA, Rachel Pinheiro de Andrade; MENDONÇA, Elvino de Carvalho; LIMA, Marcos André Mattos de (org.). *Colunas da Web Advocacy: direito e economia*. Brasília, 2022. v. I, p. 16-19.

PORTUESE, Aurelien. Biden antitrust: the paradox of the new antitrust populism. *George Mason Law Review*, v.29, issue 4, 2022. Disponível em: https://lawreview.gmu.edu/print__issues/biden-antitrust-the-paradox-of-the-new-antitrust-populism/. Acesso em: 20 mar. 2023.

POSNER, Richard A. Antitrust in the new economy. *Antitrust Law Journal*, v. 68, n. 3, p. 925-943, 2001.

RAND, Ayn. *Capitalismo: o ideal desconhecido*. São Paulo: LVM, 2022.

SANTOS, Humberto Cunha dos. A discussão de uma possível lei brasileira de regulação dos mercados digitais. *Jota*, mar. 2023. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-discussao-de-uma-possivel-lei-brasileira-de-regulacao-dos-mercados-digitais-02032023>. Acesso em: 20 mar. 2023.

SOWELL, Thomas. *Os intelectuais e a sociedade*. São Paulo: Realizações, 2009.

VAZ, Isabel. *Direito econômico da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

WU, Tim. The curse of bigness: antitrust in the new gilded age. New York: *Columbia Global Reports*, 2018.