

Tomada de Subsídios nº 01/2024 - Aspectos Econômicos e Concorrenciais de Plataformas Digitais

1. Introdução

A Câmara Brasileira da Economia Digital (Camara-e.net), na condição de principal entidade representativa multissetorial da internet no Brasil, composta por relevantes agentes da economia digital brasileira e mundial, vem, respeitosamente, apresentar suas contribuições à Tomada de Subsídios acerca dos “Aspectos Econômicos e Concorrenciais de Plataformas digitais”, conduzida por esta Secretaria de Reformas Econômicas (SRE) do Ministério da Fazenda (MF).

A Camara-e.net reconhece o mérito da tomada e destaca a importância da participação social para a construção de políticas públicas assertivas, capazes de viabilizar o contínuo desenvolvimento da economia digital brasileira e a oferta dos mais variados serviços digitais para os brasileiros.

2. Contribuições

I) Objetivo e Racional Regulatório

1) Que razões econômicas e concorrenciais justificariam a regulação de plataformas digitais no Brasil?

A adoção de instrumentos de regulação econômica deve partir da identificação clara de falhas de mercado, isto é, arranjos econômicos em que o mecanismo de mercado por si só não produz resultados eficientes¹.

Especificamente em relação à intervenção antitruste, a ação do poder público deve se debruçar sobre duas dimensões da falha de mercado:

- i. Controle de estruturas: o regulador concorrencial analisa diferentes formas de arranjos contratuais entre firmas que possam aumentar a concentração do mercado, sejam eles fusões, aquisições etc.
- ii. Controle de condutas: a autoridade analisa possíveis estratégias anticompetitivas advindas da existência prévia de poder de mercado.

¹ Tirole, J. (2015). Market Failures and Public Policy. American Economic Review, 105 (6): 1665-82. Disponível em: <https://www.aeaweb.org/articles/pdf/doi/10.1257/aer.15000024>.

Em qualquer caso, a política concorrencial parte de um pressuposto essencial: a aferição dos efeitos que a ampliação do poder econômico ou que a operacionalização de condutas com potencial lesivo geram para o ambiente competitivo e para o consumidor.

A regulação faz sentido quando há uma presunção de que virtualmente todas as condutas abordadas por ela devem ser proibidas, como resultado de uma falha de mercado. Quando se fala em regulação *ex ante*, aproximamo-nos de uma situação em que a compreensão basal é de que, em qualquer contexto, o dano ao consumidor superaria possíveis eficiências. Por isso, a ilegalidade *per se* é uma ferramenta extrema que deve ser usada com parcimônia e criteriosamente, sob pena de prejudicar eficiências que são benéficas tanto para consumidores quanto para empresas; por esse motivo, a experiência geral do direito antitruste na maioria das jurisdições limita esse tratamento apenas a cartéis verdadeiros.

No Brasil, a abordagem regulatória tem sido adotar regulações específicas por setor para lidar com falhas de mercado, como os monopólios naturais no setor elétrico ou de telecomunicações, ou assimetrias de informação em planos de saúde ou no setor bancário. Isso porque a análise concorrencial precisa avaliar o efeito líquido das condutas em questão, observando-as frente às eficiências econômicas relacionadas à sua operação.

Isso significa que a regulação para lidar com falhas de mercado deve ser determinada com base em evidências de danos específicos em setores específicos - em vez de tentar encontrar falhas de mercado que ocorrem em todo o "ecossistema digital", os órgãos de fiscalização e regulação da concorrência devem procurá-las em toda a economia, independentemente de uma empresa usar ferramentas digitais ou não.

A adoção de estruturas rígidas de *enforcement* sem um diagnóstico preciso do que necessita ser remediado se converte na não identificação clara dos agentes e das práticas que demandam regulação, não atacando de forma apropriada as preocupações concorrenciais.

Nesse sentido, ao considerar eventual regulação de "plataformas digitais", é fundamental definir cuidadosamente o que seriam "plataformas digitais". Não existe um fenômeno único que possa ser resumido como "plataforma digital". Embora muitas jurisdições tenham discutido a "regulação de plataformas digitais", as definições do que constitui uma plataforma digital variam, e são geralmente aplicadas de forma descuidada.

Ora, assim como existem diferentes setores industriais na economia "tradicional", também existem diferentes agentes econômicos que adotam tecnologias, por isso as chamadas "plataformas digitais" abrangem muitos setores econômicos diferentes com características econômicas e condições de concorrência distintas. Assim, não há razão para descrever

“plataformas digitais” de forma diferente de qualquer outro agente privado, de modo que a melhor maneira de descrever cada tipo de provedor de produtos ou serviços digitais se dá a partir do setor em que ele opera (saúde, entretenimento, etc.).

Por esse motivo, o termo "plataforma digital" pode assumir, por exemplo, um significado no contexto da regulação de comunicações, outro no contexto de discussões sobre privacidade e um terceiro se pensarmos em plataformas de intermediação de serviços. A ausência de uma definição uniforme de "plataforma digital" a nível global é uma fonte de riscos, especialmente considerando que o termo "plataforma digital" não é suficiente para designar um mercado formal ou sequer definir um grupo de mercados para fins de análise concorrencial.

Os agentes alvo de eventual regulação de plataformas digitais atuam em diversos setores da economia, operando tanto no meio físico como no digital. Tal regulação, portanto, teria efeitos desproporcionais de forma transversal em todos esses setores e prejudicaria o desenvolvimento de soluções digitais inovadoras para os consumidores.

Diante desse panorama e na medida em que outras jurisdições discutem regulações de "plataformas digitais", é prudente avaliar o impacto de tais legislações/regulações antes de replicá-las no Brasil.

A Europa, por exemplo, adotou recentemente o Digital Markets Act (DMA). Para além das preocupações e dificuldades enfrentadas na implementação de medidas de conformidade regulatória, ainda não se sabe qual será o impacto dessa regulação no crescimento ou declínio econômico, na inovação e nos investimentos naquela jurisdição². Agentes privados altamente competitivos e pró-consumidor deverão proceder com cautela ao considerar sua entrada ou participação nos mercados europeus, visto que a arquitetura regulatória do DMA pressupõe dezenas de obrigações proibitivas, reduzindo o espaço de ação por parte dos agentes econômicos tanto na criação de novos modelos de negócios, quanto de estratégias mercadológicas. Assim, as empresas terão que avaliar o valor a longo prazo de investir nesses mercados, uma vez que o DMA desincentiva o seu êxito.

² Algumas análises preliminares e notícias apontam que o DMA já está levando a produtos menos úteis e menos inovação. Nesse sentido:

“Apple Plans New Fees and Restrictions for Downloads Outside App Store: Meta, Spotify and other companies are weighing new options for customers as Apple makes changes to comply with new European law”. Disponível em: <https://www.wsj.com/tech/apple-plans-new-fees-and-restrictions-for-downloads-outside-app-store-f464f426>.

“Meta weighs fees for ad-free social media in Europe”. Disponível em: https://www.politico.eu/why-go-pro/?redirect_to=https%3A%2F%2Fwww.politico.eu%2Foauth%2Fauthorize%3Fclient_id%3DznQGLYseabkN6WX9uDEbFfROVnDhBF1a3SRoQjC0%26redirect_uri%3Dhttps%3A%2F%2Fapi.politico.eu%2Foauth%2Fcallback%26response_type%3Dcode%26pathname%3D%2Fnews%2F169493%26redirect_url%3Dhttps%3A%2F%2Fpro.politico.eu%2F%26timestamp%3D1706216651646302

“One Import Nations Do Not Need: The EU’s Digital Markets Act”. Disponível em: <https://itif.org/publications/2023/12/07/nations-do-not-need-eu-digital-markets-act/>

Deve-se considerar ainda que o DMA foi projetado como consequência dos próprios processos políticos e particularidades da União Europeia (UE), visando evitar fragmentação regulatória entre diferentes estados membros³ (uma preocupação que não se aplica ao Brasil). Além disso, as obrigações desenvolvidas no âmbito do DMA advêm da experiência concorrencial da autoridade antitruste do bloco econômico, estando intimamente ligadas à jurisprudência construída a partir da instrução, investigação e julgamento de casos específicos a um conjunto restrito de empresas, elemento que não apenas limita a adoção de obrigações no contexto europeu, como também tem difícil tradução e adaptabilidade para o cenário brasileiro - especialmente considerando que o CADE ainda não identificou quaisquer questões de concorrência nos casos que analisou que poderiam implicar a necessidade de novas regras e ferramentas.

Não nos parece adequado transformar uma conduta específica em uma violação *per se* diante da ausência de qualquer condenação por concorrência relativa à conduta no Brasil, uma vez que o padrão de violação antitruste não foi atendido. Na verdade, essa abordagem pode inibir a inovação ao impedir a competição no mérito.

Como detalhado abaixo, a legislação de concorrência nacional é suficiente para abordar preocupações relacionadas às atividades das chamadas "plataformas digitais" encontradas até agora. Na ausência de novos problemas ou preocupações e considerando que o CADE foi capaz de lidar com os existentes, nenhuma nova regulação se mostra necessária.

Existem diversos riscos e trade-offs substanciais associados à implementação de regulação de "plataformas digitais", destacam-se os seguintes: (i) excesso regulatório, que levaria a um arrefecimento do crescimento econômico e estagnação da inovação tecnológica e do investimento estrangeiro; (ii) aumento dos riscos para a segurança de dados e do consumidor, bem como à privacidade; (iii) o estabelecimento de obrigações muito particulares pode não capturar o desenvolvimento de novas condutas e modelos de negócio, elemento central em mercados dinâmicos; e (iv) a não consideração de diversas nuances nas condutas e ações dos agentes regulados pode configurar-se enquanto um elemento desincentivador de tecnologias inovadoras, reduzindo as externalidades positivas e a qualidade dos produtos ofertados nestes mercados.

Todos estes elementos apontam no sentido de que uma regulação precipitada, descalibrada ou desnecessária tem o condão de configurar uma situação em que o custo da ação regulatória pode ser muito maior do que o custo das possíveis – e não identificadas – falhas de mercado. Neste sentido, a regulação pode ter efeitos perversos sobre o funcionamento de

³ Comissão Europeia, "Impact assessment of the Digital Markets Act", item 2.1.3.

diversos modelos de negócios, reduzindo a capacidade e incentivos à inovação e limitando o conjunto de escolha do consumidor.

Portanto, qualquer iniciativa regulatória futura deve ser abordada com extrema cautela e não deve ser implementada sem justificativas concretas e razoáveis, cuidadosamente ponderadas para o contexto brasileiro.

1.1) Há razões distintas para regular ou deixar de regular diferentes tipos de plataformas?

Como mencionado na pergunta 1, não há consenso sobre quais negócios se qualificam como "plataformas digitais", assim como não há uma definição uniforme do que constitui um 'mercado digital'. O uso de termos tão amplos em normativos representa um risco para a concorrência, na medida em que agrupa uma ampla gama de indústrias e modelos de negócios sem fazer qualquer distinção entre eles.

A partir da análise do documento de trabalho do CADE que discute questões digitais⁴, evidencia-se que quase todos os mercados já têm ou em algum momento terão algum grau de digitalização, ampliando o escopo do que poderia potencialmente se qualificar como "digital". Do ponto de vista antitruste, portanto, não existe um único "mercado digital". Uma forma mais precisa de descrever os desenvolvimentos econômicos é a difusão de tecnologias "digitais" por toda a economia, em setores como publicidade, agricultura, automotivo, indústria e varejo. Empresas geralmente referidas como "big techs" podem ser mais bem descritas como pioneiras na adoção da tecnologia em setores muito distintos.

O tratamento diferenciado a agentes privados que adotaram tecnologias de forma mais abrangente que outras é ilógico e cria incentivos econômicos perversos. Esse tipo de abordagem penaliza a inovação, distorce a concorrência, protege incumbentes consolidados e, em última instância, prejudica os consumidores. Reguladores devem avaliar a dinâmica concorrencial em cada mercado relevante efetivo, e, não, segmentar ou aplicar regras distintas a determinados canais de distribuição dentro daquele mercado devido ao uso de determinada tecnologia.

Adotar uma abordagem de "tamanho único" não é apropriado, pois diferentes modelos de negócios não podem estar sujeitos às mesmas regras genéricas. Ao considerar uma potencial regulação (se necessária), os reguladores devem observar a dinâmica concorrencial em cada mercado realmente relevante e levar em consideração as particularidades do tipo de serviço fornecido e, não, segmentar ou aplicar regras distintas a determinados canais de distribuição

⁴ Caderno do CADE – Mercados de Plataformas Digitais, disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf>.

dentro daquele mercado devido ao uso de determinada tecnologia. Fazer o contrário pode desestimular a inovação e o investimento no país.

Por exemplo, a característica de "vencedor leva tudo", uma das falhas de mercado que a UE identificou para fundamentar o Digital Markets Act⁵, não se aplica ao varejo brasileiro, no qual existem muitas empresas estabelecidas que competem eficazmente em um mercado saudável, com diferentes modelos de negócios, e também com novos entrantes. Existem tanto varejistas puramente online quanto marketplaces, bem como grandes players com presença tanto no varejo tradicional quanto no online (como Magazine Luiza e Via). Cada um destes canais exerce uma pressão competitiva sobre os outros, uma vez que os consumidores utilizam vários canais para fazer compras, de acordo com a sua preferência.

Como os setores digitais não podem ser entendidos como um único mercado, se alguma nova regulamentação for adotada no Brasil, as preocupações a serem abordadas e a atividade econômica a ser regulada devem ser claramente definidas, com base nas especificidades de cada atividade e não apenas na utilização ou não de novas tecnologias.

1.2) Em qual medida o contexto brasileiro se aproxima ou se diferencia do contexto de outras jurisdições que adotaram ou estão considerando novas regulações para plataformas digitais? Quais casos, estudos, ou exemplos concretos no Brasil indicariam a necessidade de revisão do arcabouço jurídico-regulatório brasileiro?

Embora o Brasil esteja inserido no debate internacional sobre a regulação de "plataformas digitais", o debate local deve considerar a realidade brasileira e suas particularidades. O Brasil pode e deve continuar observando e aprendendo com a experiência internacional, mas deve ter cuidado para não importar modelos regulatórios que sejam desnecessários ou inadequados ao contexto nacional.

Não há evidências concretas de falhas de mercado em todas as chamadas "plataformas digitais" no Brasil que precisariam ser abordadas por regulação. Implementar um novo arcabouço regulatório com base em descobertas e conclusões de outras jurisdições representa riscos reais para o ambiente de concorrência brasileiro e para o crescimento econômico como um todo.

Algumas das preocupações identificadas em outras jurisdições podem não ser um problema no contexto nacional. Um exemplo dessa situação é o varejo, que, no Brasil, é altamente competitivo, com um grande número de players locais e globais bem estabelecidos (como Via, Magazine Luiza, Fast Shop e Centauro, além de muitos marketplaces exclusivamente online, como Mercado Livre, Amazon, Netshoes, Enjoei e outros). A dinâmica do mercado,

⁵ Comissão Europeia, "Impact assessment of the Digital Markets Act", 92.

portanto, é muito diferente daquelas percebidas em outras jurisdições, apresentando algumas características importantes de um mercado competitivo (como novas entradas, variação das participações de mercado dos players ao longo do tempo e pressão transfronteiriça de players que não operam no Brasil).

A implementação de regulação desnecessária e inadequada tem o potencial de criar barreiras artificiais aos mercados brasileiros, tornando o Brasil menos atraente para investimentos, aumentando os custos operacionais e, em última instância, prejudicando os negócios - especialmente os pequenos, que têm um maior risco de não conseguirem se adaptar a essa nova realidade. Especificamente em relação ao varejo, uma nova regulação tem o potencial de eliminar os incentivos para as empresas continuarem investindo em redes logísticas eficientes, um aspecto chave para o mercado.

Deve-se considerar também que o Brasil possui um arcabouço de defesa da concorrência forte, moderno e flexível, totalmente capaz de identificar e enfrentar potenciais preocupações que possam surgir das atividades das chamadas "plataformas digitais".

Enquanto outras jurisdições enfrentaram uma frustração geral em relação às ferramentas antitruste, o mesmo não ocorreu no Brasil. Pelo contrário, a autoridade de defesa da concorrência brasileira tem sido capaz de abordar eficientemente preocupações com a concorrência surgidas dos "mercados digitais" e demonstrou estar comprometida com os novos desafios impostos pela economia digital, aumentando o uso de medidas cautelares e acordos nos últimos anos para garantir uma intervenção oportuna nos chamados "serviços digitais", como nos casos do iFood e Gympass.

Não há evidências de que as ferramentas já existentes tenham falhado no Brasil, e não há uma percepção geral de que a autoridade concorrencial brasileira seja ineficaz para esse fim.

Adicionalmente, é possível aprender com as experiências internacionais, que demonstram a existência de uma variedade de abordagens, que reforçam a necessidade de identificação de problemas econômicos reais e análise técnica e aprofundada da necessidade ou não de introdução de novas ferramentas para endereçá-los.

II) Suficiência e Adequação do Modelo de Regulação Econômica e Defesa da Concorrência Atual

2) O arcabouço legal e institucional existente para defesa da concorrência - notadamente a Lei nº 12.529/2011 - é suficiente para lidar com as dinâmicas relacionadas às plataformas digitais? Há problemas concorrenciais e de natureza econômica que não são abordados de forma satisfatória pela legislação atual? Que aperfeiçoamentos seriam

desejáveis ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para lidar de maneira mais efetiva com as plataformas digitais?

As ferramentas já disponíveis para os órgãos de aplicação da lei antitruste são mais do que adequadas para identificar e remediar questões de concorrência no mercado. O Brasil possui um sistema robusto e abrangente de defesa da concorrência, que está bem equipado para endereçar eventuais preocupações concorrenciais: (i) a legislação atual possui ferramentas de combate às condutas anticompetitivas bem estabelecidas para compreender mercados e proteger consumidores, que se provaram adaptáveis ao longo do tempo – inclusive em mercados afetados por “plataformas digitais” - e suficientes para identificar e remediar preocupações concorrenciais na chamada economia digital; e (ii) o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) tem a experiência e expertise necessárias para conduzir rigorosas investigações - baseadas em evidências e análises econômicas.

Aliás, o CADE já exerce seus amplos poderes regulatórios em todos os setores, inclusive nos “mercados digitais”, de modo a promover os princípios fundamentais da política de concorrência. De fato, o CADE é um regulador eficaz das questões de concorrência nos mercados digitais e já investigou - e está investigando - ativamente inúmeras grandes empresas de tecnologia.

O Conselho analisou um total de 233 operações envolvendo "plataformas digitais" até o momento⁶. A maioria dessas operações foi analisada sob o procedimento sumário, o que indica que inicialmente não eram capazes de levantar preocupações à concorrência. O CADE possui grande experiência com “fusões digitais”, tendo analisado casos em uma ampla gama de segmentos - relacionados a ferramentas de busca na internet, serviços de redes sociais, serviços de vídeo sob demanda etc.

A autoridade também é capaz de identificar preocupações e aplicar remédios para preservar condições competitivas no mercado quando considera necessário. O caso Itaú/XP é um exemplo claro - na ocasião, o CADE identificou a XP como uma player disruptiva e inovadora em um mercado concentrado de dois lados e, portanto, decidiu impor remédios a certas práticas que entendia poderem criar barreiras à entrada no segmento.

O CADE também abriu 23 investigações de conduta relacionadas a aspectos "digitais" desde 2011⁷. Nessas oportunidades, o Conselho analisou as condições econômicas do caso

⁶ Caderno do CADE – Mercados de Plataformas Digitais, disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf.

⁷ Caderno do CADE – Mercados de Plataformas Digitais, disponível em: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf.

concreto, levando em consideração o contexto e os modelos de negócios envolvidos em cada situação específica. Todas essas investigações dizem respeito a condutas verticais e unilaterais, e a maioria envolve empresas de tecnologia relevantes no Brasil, como Google, Uber e iFood.

Recentemente, o CADE impôs medida preventiva e, posteriormente, chegou a um acordo (Termo de Compromisso de Cessação) com uma empresa que atua como plataforma de intermediação, em uma investigação relacionada ao fechamento de mercado para plataformas concorrentes e o incremento de barreiras à entrada. Evidencia-se, portanto, que o Conselho pode impor efetivamente remédios para abordar questões anticompetitivas quando considera apropriado⁸.

Ressalta-se que a maioria desses casos foi encerrada sem penalidades, o que demonstra a importância de uma análise cuidadosa dos efeitos para evitar punir comportamentos pró-competitivos. Isso mostra que a autoridade está bem equipada para conduzir tais casos e comprometida em tomar decisões com base em evidências e análises econômicas, garantindo assim que a aplicação da lei antitruste esteja abordando danos efetivos   concorrência, e, não, condutas legítimas e pr -competitivas que são malvistas por concorrentes menos eficientes, mas que beneficiam os consumidores, a inovação e a economia como um todo.

Com base na jurisprudência do CADE envolvendo aspectos "digitais", não há indicação de que a autoridade enfrente ou tenha enfrentado qualquer problema ou preocupação nova que esteja fora de seu escopo de ações (e que, portanto, exigiria novas regras específicas).

O Conselho também tem realizado iniciativas para reunir conhecimentos mais aprofundados sobre "mercados digitais" e os aspectos de concorrência associados a eles, para continuar aprimorando constantemente suas ferramentas.

Ademais, o CADE teve muitas iniciativas nos últimos anos para entender melhor os desafios apresentados pelos "mercados digitais" e as diferentes possibilidades de como abordá-los. Nesse sentido, já publicou estudos⁹ e tem acompanhado de perto os mercados relevantes¹⁰,

⁸ Inquérito Administrativo n. 08700.004588/2020-47.

⁹ Veja, por exemplo, 'Caderno do CADE – Mercados de Plataformas Digitais', disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/plataformas-digitais.pdf> e Concorrência em Mercados Digitais: uma revisão dos relatórios especializados, disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/documentos-de-trabalho/2020/documento-de-trabalho-n05-2020-concorrencia-em-mercados-digitais-uma-revisao-dos-relatorios-especializados.pdf>.

¹⁰ Em julho de 2020, o CADE solicitou a 19 empresas que fornecessem uma lista detalhada de fusões, aquisições e outros "atos de concentração" dos quais participaram nos 10 anos anteriores. Esses pedidos foram enviados às seguintes empresas brasileiras e globais: Amazon, B2W Digital, Booking.com, Google, iFood, Mercado Livre, Magazine Luiza, Facebook, Netshoes, Twitter, Microsoft, Submarino Viagens, Apple, Uber, 99, Via Varejo, Walmart e Tencent.

além de aprender e adquirir experiência revisando casos envolvendo setores digitais. Ademais, também está ciente do debate internacional sobre a regulação de "plataformas digitais" e tem participado ativamente dessas discussões¹¹.

Por outro lado, é importante ressaltar que o CADE pode realizar estudos nas estruturas de mercado para verificar a existência de falhas ou distorções e, se for o caso, aplicar as medidas necessárias para corrigi-las.

3) A Lei nº 12.529/2011 estabelece, no §2º do artigo 36 que: "Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia." As definições da Lei 12.529/2011 relacionadas ao poder de mercado e ao abuso de posição dominante são suficientes e adequadas, da forma como são aplicadas, para identificar poder de mercado de plataformas digitais? Se não, quais as limitações?

Sim. A atual legislação de concorrência e a aplicação das melhores práticas internacionais no cumprimento da legislação antitruste levam em consideração os riscos associados à concentração de mercado e ao abuso de poder econômico, ao mesmo tempo em que promovem a competição, a inovação e o crescimento no mercado.

A lei é flexível e adaptável o suficiente para permitir que o CADE desenvolva e utilize novas teorias de dano em casos envolvendo "plataformas digitais", a fim de capturar melhor as dinâmicas particulares dos mercados digitais.

De fato, a jurisprudência do CADE mostra que a autoridade tem dado cada vez mais atenção às discussões relacionadas ao abuso de posição dominante nos mercados digitais, e tem analisado cuidadosamente os efeitos da posição dominante sobre a concorrência.

¹¹Veja, por exemplo: <https://cdn.cade.gov.br/Relatoriorios%20de%20gestao/2020/Cap.%201/Abuse%20of%20dominance%20in%20digital%20markets.pdf>.

Nos atos de concentração, como OLX/Zap¹² e Itaú/XP¹³, o CADE estendeu sua análise para levar em conta as particularidades dos serviços digitais, inovando o tradicional arcabouço de análise para contemplar as mudanças na tecnologia.

Em investigações de conduta, o CADE adotou argumentos muito sofisticados ao analisar modelos de negócios e possíveis danos à concorrência, e tem considerado teorias de danos típicas das "plataformas digitais" com mais frequência¹⁴. Os casos do Google, que consistiram em três investigações diferentes, envolveram a discussão sobre como avaliar o poder de mercado em segmentos nos quais os serviços são oferecidos a preço zero¹⁵.

Nesse sentido, a definição do CADE de poder de mercado e posição dominante é suficiente e adequada para as chamadas "plataformas digitais".

4) Algumas condutas com potenciais riscos concorrenciais tornaram-se relevantes nas discussões sobre plataformas digitais, incluindo: (i) a discriminação econômica por algoritmos; (ii) falta de interoperabilidade entre plataformas concorrentes em determinadas circunstâncias; (iii) o uso descomedido de dados pessoais coletados, associados a eventuais condutas discriminatórias; e (iv) o efeito de alavancagem de um produto da própria plataforma em detrimento de outros concorrentes em mercados adjacentes; entre outras. Em qual medida a lei de defesa da concorrência oferece dispositivos para mitigar preocupações concorrenciais que surgem a partir das relações verticais ou de complementariedade em plataformas digitais? Quais condutas com potencial anticompetitivo não seriam identificadas ou corrigidas por meio da aplicação do ferramental antitruste tradicional?

A atual legislação de concorrência e sua aplicação já abordam essas preocupações de concorrência. Tais riscos estão todos dentro do escopo das teorias de dano de condutas exclusionárias e fechamento de mercado, e podem ser prontamente tratados usando o atual arcabouço legal (Artigo 36, alíneas V, VIII, IX e X da Lei nº 12.529/11).

- i. "Discriminação" é um termo vago. No contexto da legislação de concorrência, as proibições atuais de condutas excludentes capturam os riscos associados à chamada

¹² No caso OLX/Zap, o CADE reconheceu que "as partes têm condições de impedir ou degradar o acesso de outras empresas" e discutiu os riscos à inovação que poderiam surgir da transação. Consulte o Ato de Concentração 08700.001796/2020-94.

¹³No caso Itaú/XP, o CADE estendeu sua análise apesar da falta de sobreposição horizontal e de significativas participações de mercado, e, por fim, aplicou remédios.

¹⁴ A proporção de casos que consideraram teorias de dano típicas de plataformas digitais é muito maior entre as investigações de violação à ordem econômica". Veja KIRA, Beatriz; COUTINHO, Diogo R. "Ajustando as lentes: novas teorias de dano para plataformas digitais". Disponível em:<https://revista.cade.gov.br/index.php/revistadedefesadaconcorrenca/article/view/734/538>.

¹⁵ Veja, por exemplo, processo administrativo nº 08012.010483/2011-94.

"discriminação", incluindo a definição de preços ou condições de acesso diferenciados com o único propósito de excluir concorrentes. Uma proibição genérica de "discriminação" levará a uma análise minuciosa de atividades empresariais altamente competitivas e pró-consumidoras, incluindo restrições de acesso a usuários que se envolvem em práticas fraudulentas ou proibidas de outra forma. Também desincentivará empresas que alcançaram economias de escala, por exemplo, em serviços de entrega e outros, a ofertar esses serviços para outros agentes do mercado, já que qualquer uso primário de tais serviços poderia ser considerado "discriminação". Uma empresa estaria se resguardando ao manter esses serviços e as economias de escala associadas para seu próprio uso para evitar escrutínio regulatório.

- ii. O termo "interoperabilidade" é um termo amplo e indefinido. Pode constituir uma série de atividades, desde acesso limitado a um produto ou serviço até integração total em uma estrutura baseada em dados já existentes. Trata-se, portanto, de um conceito complexo e multidimensional que pode significar muitas coisas diversas em diferentes níveis e serviços. Por isso, o uso desse termo em um modelo regulatório pode levar a complicações substanciais de aplicação e conformidade, assim como gerar riscos à segurança de dados e à moderação de conteúdo caso a regulação demande conformidade absoluta .
- iii. A atual lei da concorrência do Brasil, aplicada em conjunto com as melhores práticas internacionais, leva em consideração preocupações associadas ao uso de dados como potencial abuso de poder econômico. Além disso, a aplicação da lei da concorrência não deve ser estendida para abranger questões políticas tangenciais, incluindo a proteção à privacidade. Em vez disso, tais questões devem ser tratadas por meio de uma legislação de privacidade abrangente (já existente no Brasil). Há um risco substancial para a resiliência das leis de concorrência caso formuladores de políticas e autoridades de defesa da concorrência comecem a considerar fatores alternativos fora do escopo da lei de defesa da concorrência ao avaliar e reprimir danos à concorrência.
- iv. Restringir o chamado "efeito de alavancagem" (ou seja, promover um novo produto ou serviço que seja adjacente ou complementar a uma oferta existente) implicaria estabelecer limitações arbitrárias sobre quais empresas podem promover ou fornecer quais serviços e de que maneira. Na prática, isso significaria que os governos escolheriam vencedores e perdedores, limitando fortemente atividades empresariais pró-competitivas e pró-consumidoras, incluindo integração de negócios que resulta em benefícios substanciais para os consumidores na forma de eficiências e produtos e serviços complementares simplificados. Isso também diminuiria os incentivos para as empresas inovarem em prol dos consumidores.

O CADE já aborda tais preocupações caso a caso e aplica diferentes teorias de dano para analisar a existência de efeitos anticompetitivos e ponderá-los em relação aos seus benefícios pró-competitivos. A atual legislação de concorrência fornece à autoridade a flexibilidade necessária para analisar cada caso de acordo com as particularidades dos serviços digitais ou modelos de negócios envolvidos, sem impor o risco de prejudicar práticas pró-competitivas e eliminar eficiências.

Portanto, as normas de defesa da concorrência existentes - e sua aplicação pelo CADE - são vigorosas e não levantam o risco de causar consequências não intencionais, ao contrário do que aconteceria se proibições genéricas a certas condutas fossem aplicadas.

5) Em relação ao controle de estruturas, é necessário algum tipo de adaptação nos parâmetros de submissão e análise de atos de concentração que busque tornar mais efetiva a detecção de potenciais danos à concorrência em mercados digitais? Por exemplo: mecanismos para revisão de aquisições abaixo dos limites de notificação, ônus da prova e elementos para análise - como o papel dos dados, entre outros - que contribuam para uma abordagem holística sobre o tema.

A legislação brasileira de concorrência fornece ferramentas adequadas e suficientes para o CADE identificar e detectar prejuízos à concorrência nos "mercados digitais" de forma preventiva, por meio do controle de fusões.

O Artigo 88, parágrafo 7 da Lei nº 12.529/2011¹⁶ concede ao CADE o poder de determinar que as partes submetam operações que não atingem os limites necessários para a notificação obrigatória. Na prática, esse poder permite que o CADE revise qualquer transação que considere necessária, independentemente de as partes envolvidas atenderem aos critérios de receita.

Embora isso não seja exclusivo dos "mercados digitais", essa ferramenta é especificamente relevante nesse contexto, principalmente porque é capaz de lidar com as preocupações que surgem das chamadas "aquisições predatórias" ou "*killer acquisitions*", que geralmente resultam em efeitos anticompetitivos e raramente são revisadas pelas autoridades de concorrência. O risco de operações anticompetitivas passarem despercebidas pelo radar do CADE por não atenderem aos limites de receita é, portanto, neutralizado.

¹⁶ Art. 88. §7 É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

Não há necessidade de adaptar os critérios de notificação estabelecidos pela legislação concorrencial brasileira neste momento especificamente para abordar as "preocupações digitais".

A existência desse poder para avocar operações que não atendem aos critérios é suficiente para mostrar que a legislação concorrencial brasileira é moderna e flexível, permitindo que o CADE identifique e aborde eficientemente preocupações concorrenciais decorrentes de operações no setor digital. Essa visão subsequentemente foi compartilhada e confirmada pelos membros do CADE¹⁷.

Em atos de concentração, as partes já são obrigadas a demonstrar que as operações são incapazes de levantar preocupações concorrenciais para tê-las aprovadas (Artigo 88, parágrafos 5 e 6 da Lei nº 12.529/11), portanto, não há necessidade de alterar o arcabouço existente para esse fim.

Além disso, como mencionado anteriormente, o CADE já está adaptando sua análise de atos de concentração para levar em conta as particularidades dos chamados "mercados digitais", como preço zero e efeitos de dados, como fez nos casos OLX/Zap¹⁸ e Itaú/XP¹⁹.

III) Desenho de Eventual Modelo Regulatório de Regulação Econômica pro-competitiva

6) O Brasil deveria adotar regras específicas de caráter preventivo (caráter ex ante) para lidar com as plataformas digitais, visando evitar condutas nocivas à concorrência ou a consumidores? A lei de defesa da concorrência - com ou sem alterações para lidar especificamente com mercados digitais - seria suficiente para identificar e remediar problemas concorrenciais efetivamente, após a ocorrência de condutas anticompetitivas (modelo ex post) ou pela análise de atos de concentração?

As diversas ferramentas atuais do Direito Concorrencial brasileiro são suficientes para lidar com as preocupações antitruste nos mercados digitais. Como os então chamados "mercados digitais" são caracterizados por inovação rápida e frequentes disrupções, é difícil, e muitas vezes ineficaz, tentar prever e regular o comportamento futuro por meio de regras ex ante.

¹⁷Por exemplo, Diogo Thomson, ex-superintendente e atual Conselheiro do CADE, já expressou em um evento que a lei concorrencial brasileira, ao dar grande poder à autoridade para analisar operações, é sólida e moderna o suficiente para abranger qualquer desafio potencial apresentado pelos mercados digitais. A transmissão completa do evento está disponível aqui: [link].<https://lnkd.in/dRRf2HUM>.

¹⁸ No caso OLX/Zap, o CADE reconheceu que "as partes têm condições de impedir ou degradar o acesso de outras empresas" e discutiu os riscos à inovação que poderiam surgir da transação. Consulte o Ato de Concentração 08700.001796/2020-94.

¹⁹ No caso Itaú/XP, o CADE estendeu sua análise apesar da ausência de sobreposição horizontal e de significativas participações de mercado, e, por fim, aplicou remédios.

Dada essa dinâmica, as jurisdições que estão considerando propostas *ex ante* para os mercados digitais devem considerar a necessidade de se evitar consequências não intencionais. Como já abordado, a legislação *ex ante*, na sua concepção, não corrige danos reais, pelo contrário, destina-se a prevenir danos potenciais, o que levanta algumas preocupações considerando que tais suposições têm uma tendência a impedir a inovação e o crescimento.

Em geral, não há consenso global sobre se são necessárias regulações *ex ante* e não há convergência para um modelo ou estrutura particular. Muitos acadêmicos e especialistas renomados manifestaram preocupações sobre a orientação representada pela regulação *ex ante* na Europa.

É preciso considerar que o DMA é a exceção no debate internacional devido à sua modelagem a partir de regras rígidas. Fóruns internacionais especializados, e a análise de diversas iniciativas e propostas mundo afora apontam que, ainda que sejam implementadas modelagens *ex ante*, a adoção de critérios principiológicos garante maior capacidade de adequação ao regulador e maior flexibilidade em relação à dinamicidade e caráter inovativo da economia digital.

Destacam-se os casos de Taiwan, Reino Unido, Alemanha, Índia, Coreia do Sul e Canadá. Taiwan decidiu não implementar nenhum adendo regulatório ao seu sistema de concorrência nacional após análise da problemática antitruste em mercados digitais no contexto nacional. No Reino Unido, se adotou um modelo regulatório que se assemelha à dinâmica *ex ante*, mas que se baseia em princípios e não na imposição de obrigações estritas. A Alemanha partiu da adoção de alterações na Seção 19ª de sua lei concorrencial, adicionando provisões específicas para mercados digitais, mas sem o estabelecimento de uma estrutura *ex ante* dura ou de uma listagem de players previamente sujeitos à regulação. Na Índia, o debate está se inclinando para um modelo que valoriza a inovação na economia digital em contraposição ao desenvolvimento de um sistema regulatório *ex-ante* puro. A Coreia do Sul está experimentando modelos de autorregulação. No Canadá, o governo lançou uma consulta pública sobre o futuro da política de concorrência, o resultado foi que houve um apoio limitado para iniciar um programa de regulamentação abrangente de plataformas digitais. No final das contas, o governo propôs mudanças significativas em sua Lei de Defesa da Concorrência, mas em cada uma delas, reconheceu a importância de as leis de concorrência se aplicarem igualmente a todas as empresas e setores.

Modelos regulatórios *ex ante* baseados em dinâmicas de comando e controle conformam-se enquanto consideravelmente rígidos (elemento amplificado quando da análise de mercados dinâmicos como o conjunto da economia digital), não favorecendo a avaliação das eficiências

econômicas particulares a cada estratégia mercadológica. Logo, estruturas que em teoria buscam resguardar a competição, podem se mostrar, na prática, um mecanismo de geração de barreiras à entrada, reduzindo a dinamicidade e eficiência do mercado e, conseqüentemente, afetando negativamente suas condições concorrenciais e os próprios consumidores.

Em outras palavras, orientar a regulação por objetivos generalistas – sem de fato analisar eventuais eficiências de cada caso – pode resultar na criação de estruturas regulatórias que desincentivem inovações e que sejam pouco responsivas à dinâmica própria de mercados digitais.

No caso brasileiro, como visto, ainda não foi identificada uma falha de mercado comum às chamadas “plataformas digitais” ou no *enforcement* da lei antitruste atual perante o “ambiente digital”, capaz de justificar a imposição de uma regulação *ex ante*. A regulação *ex ante* na ausência de uma falha de mercado específica se mostra inapropriada, assim como tentar encontrar uma única “falha de mercado” em todos os “ecossistemas digitais”, desconsiderando características individuais de cada indústria que se enquadra na categoria mais ampla de “digital”.

Embora a Lei de Defesa da Concorrência (LDC) não trate especificamente de mercados digitais, nos últimos anos, o SBDC tem avançado no desenvolvimento de conhecimento especializado referente a aplicação de políticas concorrenciais e regulatórias na economia digital. Adicionalmente, é importante ressaltar que, na análise de vários casos recentes, o CADE não identificou decisões que reconheçam a presença de práticas anticompetitivas significativas exclusivamente relacionadas à natureza digital desses mercados..

A estruturação da LDC forneceu ao CADE ferramentas administrativas eficazes para lidar com potenciais práticas anticompetitivas em diversos mercados, sem a necessidade de criação de um arcabouço regulatório rígido. Um exemplo disso é a capacidade de implementação de medidas preventivas, que possibilitam a negociação para cessar condutas anticompetitivas durante a investigação, minimizando os efeitos negativos decorrentes de eventual demora no processo de instrução e na aplicação de soluções. Esta abordagem também promove uma coordenação mais eficiente, interferindo menos na dinâmica específica de cada mercado, e conseqüentemente, contribuindo para um ambiente de maior segurança jurídica.

Em complemento, o CADE ainda tem competência para (i) requisitar informações diretamente de agentes investigados ou interessados, visando diminuir a assimetria de informações no mercado; (ii) investigar operações e atos de concentração que não necessitam de notificação segundo os critérios legais vigentes, indo além de seu papel de controle de condutas - esse

poder foi exemplificado recentemente quando o Tribunal do Cade, em sua sessão de 25 de outubro de 2023 (processo APAC 08700.004240/2023-01)²⁰, utilizou esse mecanismo, mostrando a eficácia e a capacidade de intervenção do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

A estrutura de investigação e sanção do SBDC é reforçada pela crescente rede regulatória para a avaliação de elementos relacionados à economia digital no Brasil. Este é o caso, por exemplo, da ANPD, que tem capacidade de análise de questões, instruções e sanções referentes à utilização de dados nos mais distintos segmentos. Conjuntamente ao SBDC, esta estrutura regulatória já se vale de diversos instrumentos para endereçar problemáticas concorrenciais nos segmentos em tela.

Além disso, vale destacar que o CADE já possui a necessária expertise técnica para conduzir estudos de mercado para acompanhar as condições de concorrência em dado mercado, e vem conduzindo tais estudos em diversos mercados, inclusive por meio do Departamento de Estudos Econômicos²¹. E, diante das conclusões dos estudos, o Conselho já é capaz de adotar as medidas cabíveis já previstas em lei, incluindo a instauração de procedimento administrativo para apuração de infrações à ordem econômica, bem como a recomendação de políticas de advocacy concorrencial²².

6.1) Qual a combinação possível dessas duas técnicas regulatórias (ex ante e ex post) para o caso das plataformas digitais? Qual abordagem seria recomendável para o contexto brasileiro, considerando ainda os diferentes graus de flexibilidade necessários para identificar de forma adequada os agentes econômicos que devem ser foco de eventual ação regulatória e das obrigações correspondentes?

A adoção de regulação ex ante não é necessária, nem aconselhável considerando o contexto brasileiro.

O atual arcabouço antitruste brasileiro é baseado em evidências e análises econômicas para garantir que a aplicação das leis antitruste esteja abordando prejuízos reais à concorrência,

²⁰ APAC n° 08700.004240/2023-01. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?1MQnTNkPQ_sX_bghfgNtnzTLgP9Ehbk5UOJvmyzesnbE-Rf6Pd6hBcedDS_xdwMQMK6_PgwPd2GFLjH0OLyFUaLq-1ejPGtGyZgd68EeLu0gyOs34dDtF1OQufWuj9Z.

²¹ Vide CADE, Documento de Trabalho. <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/estudos-economicos/documentos-de-trabalho>.

²² Vide CADE, Advocacy. <https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/publicacoes-institucionais/estudos-economicos/advocacy>.

e, não, condutas legítimas e pró-competitivas que são malvistas pelos concorrentes menos eficientes, mas que beneficiam consumidores, a inovação e a economia como um todo.

A legislação antitruste brasileira já concede ao CADE ferramentas adequadas e bem estabelecidas, que se mostraram adaptáveis ao longo do tempo, permitindo à autoridade compreender os mercados e proteger os consumidores independentemente das circunstâncias e dos setores envolvidos. Essas ferramentas permitiram com sucesso ao CADE identificar e remediar questões de competição na chamada economia digital.

Isso foi recentemente confirmado pelo Segundo Relatório do Grupo de Trabalho das Autoridades de Concorrência dos BRICS sobre a Economia Digital²³, que demonstrou que o CADE tem o poder legal para abordar totalmente condutas anticompetitivas que surgem do "cenário digital" - como colusão algorítmica, exclusividade, abusos de preços, auto-preferência e tying - mapeando casos anteriores em que avaliou com sucesso tais práticas e como aprimorou suas ferramentas para contemplar aspectos como preço zero e o valor dos dados.

Portanto, o CADE tem abordado efetivamente questões de competição levantadas no "cenário digital", tanto em casos de fusões quanto em investigações, tendo avaliado com sucesso várias condutas anticompetitivas e numerosas grandes empresas de tecnologia, como Google, Apple, Meta, Uber, agências de viagens online e iFood.

A regulação faz sentido quando há uma presunção de que praticamente todas as condutas abordadas por essa regulação devem ser proibidas, como resultado de uma falha de mercado. A abordagem regulatória no Brasil seguiu esse entendimento, adotando regulações setoriais específicas para abordar falhas de mercado, como monopólios naturais no setor de eletricidade ou telecomunicações, ou assimetrias de informação em planos de saúde ou no setor bancário.

Na ausência de uma falha de mercado específica e previamente identificada associada às atividades das "plataformas digitais", a regulação ex ante não faz sentido, e tentar encontrar uma única suposta "falha de mercado" em todas as "plataformas digitais" também é equivocado, pois não considera as características individuais das empresas que se enquadram nesse rótulo, que têm diferentes modelos de negócios entre si e operam em setores distintos.

²³ Veja 'BRICS in the digital economy: competition policy in practice – 2nd Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy'. Disponível em: <https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/noticias/2024/BRICS%20Digital%20Economy.pdf>.

Estabelecer uma lista de condutas ex ante proibidas - especialmente condutas que são reconhecidas por terem efeitos pró-competitivos dependendo do contexto em que são aplicadas - e criar um quadro rígido e pré-determinado para como certas empresas devem operar na economia digital seria negativo para o contexto brasileiro.

Por exemplo, proibir a auto-preferência pode desestimular empresas a se integrarem verticalmente em novos mercados ou proibir a promoção de produtos de marca própria, apesar dos benefícios para o consumidor, como preços mais baixos e seleção mais ampla. Proibições de "autopreferência", seja por meio de regulação ou por meio de separação estrutural, podem até privar os consumidores de competição ao remover concorrentes do mercado. Isso prejudicará empresas inovadoras em todos os setores da economia.

Além disso, em certas situações, a auto-preferência é uma prática comercial legítima e comum, especialmente no varejo, que pode ser benéfica para os clientes e realmente promover a competição. Restrições amplas à auto-preferência impediriam as empresas de tomar decisões básicas e fundamentais sobre como operar da melhor maneira, atender seus clientes e investir para o sucesso. O resultado poderia ser menos competição, menos inovação, preços mais altos e redução de oportunidades para as empresas mais competitivas e bem-sucedidas no mercado. Tais requisitos também poderiam forçar as empresas a compartilhar dados sensíveis de clientes e de negócios com concorrentes, criando sérias preocupações com privacidade e responsabilidade, já que as empresas perderiam a capacidade de aplicar suas próprias medidas de segurança aos dados uma vez que eles são importados para outra plataforma.

Não há necessidade de regulamentação adicional com base em uma abordagem ex ante, e qualquer discussão a esse respeito deve ser conduzida com extrema cautela. O atual sistema é robusto e tem se mostrado capaz de enfrentar os novos desafios advindos da difusão de tecnologia - em menor ou maior grau - por todos os setores da economia.

7) Jurisdições que adotaram ou estão considerando a adoção de modelos de regulação pró-competitivos - como as novas regras da União Europeia, a legislação japonesa e a proposta regulatória do Reino Unido, entre outras - optaram por um modelo assimétrico de regulação, diferenciando o impacto das plataformas digitais a partir de seu segmento de atuação e em função de seu porte, como é o caso dos gatekeepers no DMA europeu.

É preciso considerar que o DMA é a exceção no debate internacional devido à sua modelagem a partir de regras rígidas. Fóruns internacionais especializados, e a análise de diversas iniciativas e propostas mundo afora apontam que, ainda que sejam implementadas modelagens ex ante, a adoção de critérios principiológicos garante maior capacidade de

adequação ao regulador e maior flexibilidade em relação à dinamicidade e caráter inovativo da economia digital.

Destacam-se os casos de Taiwan, Reino Unido, Alemanha, Índia, Coreia do Sul e Canadá. Taiwan decidiu não implementar nenhum adendo regulatório ao seu sistema de concorrência nacional após análise da problemática antitruste em mercados digitais no contexto nacional. No Reino Unido, se adotou um modelo regulatório que se assemelha à dinâmica ex-ante, mas que se baseia em princípios e não na imposição de obrigações estritas. A Alemanha partiu da adoção de alterações na Seção 19ª de sua lei concorrencial, adicionando provisões específicas para mercados digitais, mas sem o estabelecimento de uma estrutura ex-ante dura ou de uma listagem de players previamente sujeitos à regulação. Na Índia, o debate está se inclinando para um modelo que valoriza a inovação na economia digital em contraposição ao desenvolvimento de um sistema regulatório ex-ante puro. A Coreia do Sul está experimentando modelos de autorregulação. No Canadá, o governo lançou uma consulta pública sobre o futuro da política de concorrência, o resultado foi que houve um apoio limitado para iniciar um programa de regulamentação abrangente de plataformas digitais. No final das contas, o governo propôs mudanças significativas em sua Lei de Concorrência, mas em cada uma delas, reconheceu a importância de as leis de concorrência se aplicarem igualmente a todas as empresas e setores.

Modelos regulatórios ex ante baseados em dinâmicas de comando e controle conformam-se enquanto consideravelmente rígidos (elemento amplificado quando da análise de mercados dinâmicos como o conjunto da economia digital), não permitindo a avaliação das eficiências econômicas particulares a cada estratégia mercadológica.

Em outras palavras, orientar a regulação por objetivos generalistas – sem de fato analisar eventuais eficiências de cada caso – pode resultar na criação de estruturas regulatórias que desincentivem inovações e que sejam pouco responsivas à dinâmica própria de mercados digitais, especialmente quando sequer foi identificada uma falha de mercado que justifique a imposição deste modelo a partir de uma presunção geral de ilicitude.

7.1) Uma legislação brasileira que introduzisse parâmetros para a regulação econômica de plataformas digitais deveria ser simétrica, abrangendo todos os agentes deste mercado ou, ao contrário, assimétrica, estabelecendo obrigações apenas para alguns agentes econômicos?

A atual legislação concorrencial e o recurso às melhores práticas internacionais em sua aplicação já são capazes de remediar eventuais riscos associados à concentração de mercado e ao abuso de poder econômico, enquanto fomentam a concorrência, a inovação e o crescimento dos mercados.

Além disso, como mencionado na pergunta 1, não há consenso sobre quais negócios se qualificam como "plataformas digitais", assim como não há uma definição uniforme do que constitui um 'mercado digital'. O uso de termos tão amplos em normativos representa um risco para a concorrência, na medida em que agrupa uma ampla gama de indústrias e modelos de negócios sem fazer qualquer distinção entre eles.

A partir da análise do documento de trabalho do CADE que discute questões digitais, evidencia-se que quase todos os mercados já têm ou em algum momento terão algum grau de digitalização, ampliando o escopo do que poderia potencialmente se qualificar como "digital". Do ponto de vista antitruste, portanto, não existe "mercado digital". Uma forma mais precisa de descrever os desenvolvimentos econômicos é a difusão de tecnologias "digitais" por toda a economia, em setores como publicidade, agricultura, automotivo, indústria e varejo. Empresas geralmente referidas como "big techs" podem ser mais bem descritas como pioneiras na adoção da tecnologia em setores muito distintos.

O tratamento diferenciado a agentes privados que adotaram tecnologias de forma mais abrangente que outras é ilógico e cria incentivos econômicos perversos. Esse tipo de abordagem penaliza a inovação, distorce a concorrência, protege incumbentes consolidados e, em última instância, prejudica os consumidores. Reguladores devem avaliar a dinâmica concorrencial em cada mercado relevante efetivo, e, não, segmentar ou aplicar regras distintas a determinados canais de distribuição dentro daquele mercado devido ao uso de determinada tecnologia. Alterações com escopo mal desenhado à política concorrencial podem desincentivar a inovação e o investimento no país.

Adotar uma abordagem de "tamanho único" não é apropriado, pois diferentes modelos de negócios não podem estar sujeitos às mesmas regras genéricas. Ao considerar uma potencial regulação (se necessária), os reguladores devem observar a dinâmica concorrencial em cada mercado realmente relevante e levar em consideração as particularidades do tipo de serviço fornecido e, não, segmentar ou aplicar regras distintas a determinados canais de distribuição dentro daquele mercado devido ao uso de determinada tecnologia. Fazer o contrário pode desestimular a inovação e o investimento no país.

Por exemplo, a característica de "vencedor leva tudo", uma das falhas de mercado que a UE identificou para fundamentar o Digital Markets Act, não se aplica ao varejo brasileiro, no qual existem muitas empresas estabelecidas que competem eficazmente em um mercado saudável, com diferentes modelos de negócios, e também com novos entrantes. Existem tanto varejistas puramente online quanto marketplaces, bem como grandes players com presença tanto no varejo tradicional quanto no online (como Magazine Luiza

e Via). Cada um destes canais exerce uma pressão competitiva sobre os outros, uma vez que os consumidores utilizam vários canais para fazer compras, de acordo com a sua preferência.

Como os setores digitais não podem ser entendidos como um único mercado, se alguma nova regulamentação for adotada no Brasil, as preocupações a serem abordadas e a atividade econômica a ser regulada devem ser claramente definidas, com base nas especificidades de cada atividade e não apenas na utilização ou não de novas tecnologias.

7.2) Caso a resposta seja no sentido de adoção de regulação assimétrica, quais parâmetros ou referências deveriam ser utilizados para esse tipo de diferenciação? Quais seriam os critérios (quantitativos ou qualitativos) que deveriam ser adotados para identificar os agentes econômicos que devem ser objeto de regulação de plataformas no caso brasileiro?

Como explicado anteriormente, não há consenso sobre quais empresas se qualificam como "plataformas digitais", assim como não há uma definição uniforme do que constitui um 'mercado digital'. O uso de termos tão amplos em normativos representa riscos para a concorrência, pois agrupa uma ampla gama de setores e modelos de negócios que operam tanto no espaço físico quanto no digital, sem fazer qualquer distinção.

Uma maneira mais precisa de descrever o que está acontecendo na economia é que a tecnologia "digital" está se difundindo por toda a economia, em setores tão diversos quanto publicidade, agricultura, automobilístico, manufatura e varejo. Empresas rotuladas coloquialmente como "big tech" são mais precisamente descritas como pioneiras na adoção de tecnologia em setores muito diferentes. Por exemplo, a Amazon é uma varejista, embora uma varejista digital, e assim se assemelha muito mais ao Mercado Livre e à Via ou Magazine Luiza (margens baixas, baixo lucro por funcionário, alto número de funcionários, etc.) do que Google, TikTok, Facebook, Twitter, etc.

Tratar empresas que adotaram tecnologia mais cedo e extensivamente do que outras de forma diferente, e aplicar regras e obrigações específicas a elas, é ilógico e cria incentivos econômicos perversos. Na prática, isso puniria a inovação, distorceria a concorrência, protegeria os incumbentes consolidados e, em última análise, prejudicaria os consumidores.

Ao projetar regulações, os reguladores devem analisar a dinâmica competitiva nos mercados realmente relevantes e não isolar ou aplicar regras diferentes a empresas específicas dentro desse mercado com base em seu uso de tecnologias específicas.

Quaisquer propostas devem, portanto, especificar claramente as atividades relevantes que estão sendo alvo e serem igualmente aplicadas às empresas que se envolvem nessas atividades, independentemente do provedor ou se a empresa foi desenvolvida inicialmente como um negócio digital ou não.

Introduzir um quadro regulatório que favoreça um conjunto de provedores sobre outro, focando em conceitos cada vez mais artificiais e obscuros, como "digital" ou "plataformas", gera o risco de super regulação e poderia levar a uma diminuição da concorrência e do investimento em soluções altamente inovadoras em diversos setores.

8) Há riscos para o Brasil decorrentes da não adoção de um novo modelo regulatório pró-competitivo, especialmente considerando o cenário em que outras jurisdições já adotaram ou estão em processo para adotar regras específicas voltadas a plataformas digitais, levando em conta a atuação global das maiores plataformas? Quais benefícios poderiam ser obtidos pela adoção de uma regulamentação análoga no Brasil?

Como já descrito, o impacto da regulamentação das "plataformas digitais" sendo implementada em outras jurisdições, como o DMA, ainda não está claro. É muito cedo para afirmar que tal regulamentação é "pró-competitiva", pois levanta preocupações que ainda precisam ser testadas na prática. De fato, ainda não há evidências robustas disponíveis sobre o impacto de tais soluções na inovação ou nos investimentos, ou mesmo sobre sua eficácia. Independentemente do que foi dito publicamente, tais modelos regulatórios são experimentais e, na realidade, levantam uma série de preocupações que ainda precisam ser testadas na prática.

Por isso, os riscos verificados para o Brasil não decorrem da não adoção de um novo modelo regulatório, cujos efeitos são questionáveis e incertos. Na verdade, os riscos decorrem da adoção precipitada de um modelo importado, que foi desenhado para uma jurisdição completamente diferente do Brasil, sem considerar se eventuais falhas de mercado identificadas em outros países se repetem ou não no País e sem uma discussão aprofundada do cenário nacional e suas especificidades. A legislação antitruste precisa ser adaptada às especificidades de cada ambiente concorrencial, garantindo que seja eficaz e não crie distorções de mercado que impeçam o desenvolvimento econômico nacional e a atração de investimentos.

8.1) Como o Brasil, no caso da adoção de uma eventual regulamentação pró competição, se integraria a esse contexto global?

O impacto da regulamentação das "plataformas digitais" sendo implementada em outras jurisdições, como o DMA, ainda não está claro. É muito cedo para afirmar que tal

regulamentação é "pró-competitiva", pois levanta preocupações que ainda precisam ser testadas na prática. De fato, ainda não há evidências disponíveis sobre o impacto de tais soluções na inovação ou nos investimentos, ou mesmo sobre sua eficácia. Independentemente do que foi dito publicamente, tais modelos regulatórios são experimentais e, na realidade, levantam uma série de preocupações que ainda precisam ser testadas na prática.

O DMA, por exemplo, prevê obrigações pouco claras, que impõem uma pesada carga de conformidade às empresas, o que provavelmente resultará em litígios e atrasos na implementação efetiva, e pode ser interpretado para proibir condutas que o legislador não pretendia proibir em primeiro lugar e que podem realmente ser benéficas, por exemplo, porque promovem a inovação ou beneficiam os consumidores.

Diante dessas preocupações, o Brasil se beneficiaria ao aguardar e observar os resultados concretos da experiência estrangeira antes de decidir adotar qualquer regulamentação. Agir com pressa para tirar conclusões e decidir seguir uma abordagem inspirada em outras jurisdições não é prudente e pode levar a consequências não intencionais. Ao invés disso, o Brasil deve observar cuidadosamente e aprender com as experiências internacionais, enquanto avalia suas circunstâncias únicas e identifica os problemas específicos que deseja corrigir, considerando seu contexto legal e econômico. Qualquer decisão que desconsidere tais aspectos e não se baseie em evidências poderia levar a custos desproporcionais para os consumidores no Brasil e ter um impacto na inovação e nos investimentos das empresas no país.

IV) Arranjo Institucional para Regulação e Supervisão

9) É necessário haver um regulador específico para supervisão e regulação de grandes plataformas digitais no Brasil, considerando-se apenas a dimensão econômico-concorrencial?

Todas as entidades públicas desempenham um papel na economia digital, na medida em que já aplicam a legislação concorrencial, aplicam regras de privacidade de dados, e regulam setores específicos como saúde, serviços bancários e seguros.

A adoção de tecnologia é extremamente disseminada em diversos setores da economia, que estão se transformando rapidamente, tornando desafiadora a criação de uma regulação ampla com efetividade quanto à aplicação e implementação a todos os atores. Muito embora haja bons elementos para presumir que as ferramentas já disponíveis são suficientes para enfrentar os desafios apresentados pelas "plataformas digitais", em um cenário subsidiário no qual se entenda que alguma regulação seja imprescindível, a

autorregulação regulada desponta como uma melhor solução, pois, a partir do estabelecimento de princípios direcionadores pelo órgão de supervisão com compromissos estabelecidos pelas plataformas, se mostra um mecanismo eficaz, que considerará as particularidades dos atores envolvidos e possibilitará a continuidade da inovação.

Assim, considerando a diversidade de modelos de negócio exercidos pelas plataformas, eventual determinação de órgão supervisor deve compreender alguns pontos essenciais: competência técnica e independência funcional. O conhecimento e a competência para criar e aplicar diretrizes e sanções é de extrema importância em razão das particularidades do mundo digital e suas constantes transformações. Adicionalmente, há que se considerar a necessidade deste órgão ser independente para que possa atuar com técnica e imparcialidade.

O estabelecimento de um órgão específico também deve considerar que os serviços digitais já são regulados por diversos órgãos e agências em temas específicos que são intrínsecos às suas atividades, como BACEN, CVM, Senacon e outros, fazendo-se necessário um juízo de necessidade e adequação quanto ao seu estabelecimento. Caso se entenda pela sua necessidade, a capacidade de comunicação deste órgão será de fundamental importância. O canal de comunicação deve (i) ser eficiente e buscar construir junto aos diferentes *stakeholders*, incluindo as plataformas, as regras e diretrizes necessárias; e (ii) buscar cooperar com o conjunto de reguladores setoriais que hoje atuam no cenário brasileiro, evitando o conflito de normas e entendimentos para maior eficiência e segurança jurídica.

Todavia, a Camara-e.net entende que é prudente avaliar o impacto de qualquer legislação/regulação antes de adotá-la ou de apontar uma dada agência ou órgão público como o ideal para aplicar uma regulação genérica sobre “plataformas digitais”, sem detrimento de regulações específicas já existentes ou a existir. É recomendável primeiro identificar as questões em que há um vácuo legal e em que se procura remediar por meio da legislação, e considerar eventual regulação futura de forma ponderada, antes de indicar em abstrato o agente econômico que deve ser responsável por ela.

9.1) Em caso afirmativo, seria adequado criar um órgão regulador específico ou atribuir novas competências a órgãos já existentes? Quais mecanismos de coordenação institucional seriam necessários, tanto em um cenário envolvendo órgãos e instituições existentes, quanto na hipótese de criação de um novo regulador?

Não é possível responder de forma abstrata qual órgão público deve ser responsável pela implementação de qualquer tipo de regulamentação genérica de "plataformas digitais". É

prudente primeiro identificar os problemas concretos que qualquer regulamentação desse tipo busca abordar e avaliar seu impacto potencial nos aspectos econômicos e de concorrência.