



CONSULTA PÚBLICA – FAZENDA

Resposta a tomada de subsídios: aspectos econômicos e concorrenciais de plataformas digitais

Sobre o Conselho Digital

O Conselho Digital é uma entidade brasileira, sem fins lucrativos ou afiliações políticas, que coordena, estuda e representa o ecossistema dos aplicativos de internet e toda a diversidade dos seus modelos de negócios.

Nossa organização acredita que a tecnologia, quando bem construída e utilizada, é uma porta para o futuro. Ela nos mantém conectados, potencializa habilidades, desenvolve novas oportunidades e pode mudar a vida das pessoas para melhor.

Partindo dessa premissa, atuamos através de estudos, eventos e atividades de advocacy em favor de políticas públicas e setoriais que fortaleçam uma internet livre, segura e responsável no Brasil e no mundo.

Defendemos políticas que respeitem a neutralidade tecnológica, a inovação e a diversidade de modelos de negócios; e que tenham como consequência:

- Usuários conscientes e com poder de escolha;
- Uma sociedade plural e próspera;
- Ambientes de negócio juridicamente seguros;
- Mercados abertos e dinâmicos; e
- Empresas responsáveis e lucrativas.

Por fim, assumimos o compromisso de construir um ambiente harmonioso e produtivo entre nossos associados, assim como uma relação transparente e colaborativa com a sociedade e governo.



Diretor-Executivo

www.conselhodigital.org.br

Sumário

1. Que razões econômicas e concorrenciais justificariam a regulação de plataformas digitais no Brasil?.....	6
Defesa da eficiência no atual SBDC e Constituição.....	7
Conclusão: Pergunta 1.....	10
1.1. Há razões distintas para regular ou deixar de regular diferentes tipos de plataformas?.....	12
Sugestão ideal: Manter a legislação atual e aplicar de forma mais efetiva o SBDC.....	13
Sugestão alternativa 1: criar regras ex ante apenas para mercados relevantes com falhas de mercado comprovadas por evidências.....	15
Conclusão: Pergunta 1.1.....	25
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?.....	26
Conclusão: Pergunta 1.2.....	27
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?.....	28
Há problemas concorrenciais e de natureza econômica que não são abordados de forma satisfatória pela legislação atual?.....	28
Que aperfeiçoamentos seriam desejáveis ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) para lidar de maneira mais efetiva com as plataformas digitais?.....	28
Conclusão: Pergunta 2.....	31
3. 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?.....	32
Os dois lados da disrupção.....	32
Eficiência deve ser critério de legitimação.....	34
Potenciais critérios para mensurar dominância.....	34
Conclusão: Pergunta 3.....	34

4. Em qual medida a lei de defesa da concorrência oferece dispositivos para mitigar preocupações concorrenciais que surgem a partir das relações verticais ou de complementaridade em plataformas digitais? Quais condutas com potencial anticompetitivo não seriam identificadas ou corrigidas por meio da aplicação do ferramental antitruste tradicional?.....	36
(i) Abuso Algorítmico.....	37
(ii) Interoperabilidade entre plataformas concorrentes.....	40
(iii) Abuso aos dados pessoais.....	42
(iv) Alavancagem: tipping effects e exclusividade.....	44
(iv) Auto-preferência.....	47
Conclusão: Pergunta 4.....	48
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.....	50
Conclusão: Pergunta 5.....	51
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?.....	52
Eficiência do modelo atual.....	54
Conclusão: Pergunta 6.....	55
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?.....	56
Conclusão: Pergunta 6.1.....	57
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?.....	58
Conclusão: Pergunta 7.1.....	59
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?.....	60
Conclusão: Pergunta 7.2.....	60
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?.....	61
Conclusão: Pergunta 8.1.....	64
8.1. Como o Brasil, no caso da adoção de uma eventual regulamentação pró competição, se integraria a esse contexto global?..	65
Conclusão: Pergunta 8.1.....	65
9. É necessário haver um regulador específico para supervisão e regulação de grandes plataformas digitais no Brasil, considerando-se apenas a dimensão econômico-concorrencial?.....	66
Conclusão: Pergunta 9.....	66
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?.....	67
Conclusão: Pergunta 9.1.....	68

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

Enquanto reconhecemos as preocupações da Secretaria de Reformas Econômicas sobre a necessidade de regulamentar plataformas digitais para promover a concorrência e proteger os consumidores, **é crucial avaliar os custos e benefícios potenciais de tais regulações.**

A intervenção regulatória deve ser considerada somente quando houver **evidências claras de falhas de mercado que não possam ser resolvidas por meio da legislação existente e de mecanismos de mercado.**

Uma regulamentação desmedida pode inibir a inovação, o crescimento econômico e a capacidade de as empresas brasileiras competirem globalmente. Neste sentido, a regulamentação de plataformas digitais no Brasil **pode não ser adequada em hipóteses onde:**

- A **competição e inovação já sejam suficientemente promovidas por mecanismos de mercado existentes**, indicando um ambiente competitivo saudável sem intervenção regulatória.
- Os **custos de conformidade superam os benefícios potenciais**, especialmente para startups e empresas menores, que poderiam enfrentar barreiras ao crescimento devido a requisitos regulatórios onerosos.
- A **legislação e as estruturas regulatórias atuais podem ser adaptadas ou interpretadas de maneira eficaz** para lidar com questões específicas sem a necessidade de novas regulamentações.

- Existam **riscos de desincentivar a inovação tecnológica**, limitando a capacidade das empresas de explorar novos modelos de negócios ou tecnologias emergentes.

Defesa da eficiência no atual SBDC e Constituição

O atual sistema brasileiro de defesa da concorrência não estabelece que a concentração de mercado, por si só, seja contrária à lei, sobretudo se decorrente de atuação empresarial eficiente e legítima, e/ou de características estruturais do mercado. É o que está previsto no **artigo 36, parágrafo primeiro, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**.

Segundo o dispositivo, existe uma distinção importante no contexto da defesa da concorrência no Brasil. Especificamente, este trecho esclarece que **a conquista de mercado por um agente econômico, quando essa conquista é resultado de sua maior eficiência em relação aos seus competidores, não é considerada uma infração à ordem econômica**, particularmente no que tange à proibição de dominar um mercado relevante de bens ou serviços.

Aqui estão os pontos-chave para entender essa disposição:

- **Processo Natural de Eficiência:** A lei reconhece que a competição entre empresas pode levar a diferentes resultados de mercado, baseados na habilidade de cada empresa de operar eficientemente. Quando uma empresa se torna líder de mercado ou conquista uma grande participação de mercado primariamente por ser mais eficiente — seja por meio de melhores práticas de produção, inovações, melhor gestão, ou estratégias de mercado mais eficazes —, esse resultado é considerado um reflexo natural e desejável da livre concorrência.
- **Não-Characterização de Ilícito:** Este ponto específico sublinha que, sob a legislação brasileira, o sucesso de mercado alcançado por meio da eficiência não é, por si só, um ato ilícito. Isso está em

contraste com situações em que a posição dominante no mercado é alcançada ou mantida por práticas consideradas anticompetitivas, como abuso de posição dominante, fixação de preços, restrição de produção, ou outras condutas que prejudicam a concorrência e a inovação.

- **Promoção da Concorrência Baseada em Mérito:** A legislação, portanto, incentiva a competição baseada no mérito e na inovação, reconhecendo que os consumidores se beneficiam quando empresas eficientes conseguem oferecer melhores produtos, serviços, ou preços devido à sua superioridade operacional ou inovativa. Isso ajuda a assegurar um mercado dinâmico onde a competição é baseada na busca por eficiência e inovação, ao invés de práticas anticompetitivas.

Este aspecto da lei brasileira reflete um princípio fundamental da política de defesa da concorrência: **a diferenciação entre o exercício legítimo de competitividade, fundamentado na eficiência, e o exercício abusivo de poder de mercado.** Ao **proteger a competição de mérito**, a lei visa promover um **ambiente econômico saudável**, onde a **inovação e a eficiência são recompensadas**, beneficiando assim os consumidores finais com **melhores preços e qualidade superior**.

Assim, é crucial reconhecer que a concentração de mercado, por si só, não é necessariamente prejudicial ao bem-estar do consumidor, desde que seja o resultado de uma competição baseada em mérito. Quando uma empresa adquire uma grande participação de mercado por meio de inovações, maior eficiência, ou através da oferta de produtos e serviços superiores, isso geralmente se traduz em benefícios diretos para os consumidores. Nesse sentido, uma postura excessivamente adversa à concentração de mercado pode limitar os incentivos para que as empresas busquem essas eficiências e inovações.

Além disso, uma política concorrencial excessivamente focada em evitar a concentração de mercado a todo custo pode resultar em intervenções regulatórias que, paradoxalmente, estagnem a concorrência. Isso ocorre

porque a regulamentação pode aumentar as barreiras à entrada no mercado, proteger ineficientemente empresas menos competitivas e, conseqüentemente, desencorajar a inovação e a competição baseada no mérito.

Enfim, é importante salientar que o **parágrafo primeiro do artigo 36 da Lei nº 12.529 não é um dispositivo isolado**. Ele tem respaldo em **vários artigos da Constituição Federal do Brasil de 1988**, que estabelecem as **bases para a ordem econômica e financeira, promovendo a livre concorrência e a defesa do consumidor** enquanto reprimem o abuso do poder econômico. Os principais artigos constitucionais que dão suporte a esse entendimento são:

- **Artigo 170:** Este artigo define os princípios gerais da atividade econômica no Brasil, enfatizando a **valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos da ordem econômica**. O objetivo é assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social, com observância, entre outros, dos princípios da **livre concorrência e da defesa do consumidor**. Este artigo embasa a ideia de que **a eficiência operacional, que beneficia o consumidor, está alinhada com os princípios da ordem econômica**.
- **Artigo 174:** Este artigo define o papel do Estado como regulador e fiscalizador da atividade econômica, **assegurando a liberdade de iniciativa** (o que inclui promover a defesa contra o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros). **Tal regulação deve, portanto, harmonizar-se com a eficiência econômica e não penalizar a competência e a eficiência em benefício do consumidor**.
- **Artigo 5º, XXII e XXIII:** Embora estes artigos se refiram especificamente aos direitos e deveres individuais e coletivos, eles estabelecem a **função social da propriedade** e, por extensão, podem ser relacionados **ao uso eficiente dos recursos**

econômicos. Uma interpretação ampla desse princípio sugere que **a eficiência econômica, que contribui para o bem-estar geral e a distribuição de benefícios à sociedade, está em consonância com os valores constitucionais.**

Juntos, esses artigos fornecem uma base constitucional para a compreensão de que a eficiência econômica e a competição baseada no mérito são valores protegidos e promovidos no quadro legal brasileiro. Assim, a Lei nº 12.529/2011, ao reconhecer que a eficiência não constitui em si um ilícito concorrencial, está alinhada com os princípios e objetivos da Constituição Federal, que visa promover uma ordem econômica baseada na livre iniciativa, na justiça social e na busca pela eficiência em benefício da coletividade.

Conclusão: Pergunta 1

Enfim, as razões econômicas e concorrenciais para justificar ou não a regulação de plataformas digitais no Brasil são multifacetadas. Do ponto de vista econômico, **a regulação pode ser justificada pela necessidade de corrigir falhas de mercado quando não houver ferramentas legais suficientes.** A intervenção regulatória poderia, assim, promover a concorrência, fomentar a inovação e proteger os consumidores contra práticas anticompetitivas.

Por outro lado, **pode haver argumentos contrários à inovação regulatória, em especial quando se trata de regras *ex ante*, baseados na ideia de que ela pode inibir o crescimento econômico e a inovação.** Regulações mal projetadas podem **criar barreiras à entrada, protegendo incumbentes em vez de desafiar seu *status quo*, e impor custos de conformidade que são desproporcionalmente onerosos.** Isso pode, paradoxalmente, aumentar a concentração de mercado, reduzir a competição e prejudicar o consumidor.

Portanto, a justificativa para a regulação de plataformas digitais no Brasil deve **equilibrar cuidadosamente a promoção da concorrência e a inovação com a proteção do consumidor e a sustentabilidade do**

mercado. Regulações bem pensadas podem promover um ecossistema digital saudável, enquanto regulações excessivas ou mal projetadas podem restringir o desenvolvimento econômico e a inovação tecnológica.

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

Devemos partir da premissa de que não existe um mercado digital único, mas sim uma tapeçaria complexa de ecossistemas interconectados, cada um com suas peculiaridades e dinâmicas. A diversidade dos modelos de negócios digitais é vasta, refletindo não apenas em como operam, mas também em como inovam, crescem e interagem com seus usuários, fornecedores e concorrentes. Ademais, mesmo dentro dos mesmos grupos econômicos, diferentes modelos de negócios coexistem entre si, não sendo raro uma empresa, mesmo as grandes empresas, liderar em determinado segmento, mas ter impacto menor em outro.

Também é válido que se diga que os consumidores são extremamente variados no espaço digital, com necessidades e expectativas distintas. Enquanto alguns consumidores buscam a mais recente tecnologia de ponta, outros podem estar mais interessados em soluções acessíveis ou em plataformas que ofereçam privacidade e segurança robustas. Uma abordagem regulatória inflexível pode não ser capaz de satisfazer essas necessidades diversificadas, potencialmente levando a maior homogeneização dos serviços, bem como indo em direção a soluções que beneficiam um segmento de mercado em detrimento de outros. Assim, políticas regulatórias homogeneizantes e rígidas podem inadvertida e paradoxalmente proteger incumbentes, reduzindo a pressão competitiva e desincentivando a inovação.

Por outro lado, é importante que não se tenha uma regulamentação que seja mais dura ou benéfica a um ou outro segmento de mercado, sob o risco de distorcer os incentivos de mercados, atraindo ou afastando investimentos por critérios alheios ao potencial próprio daquela

atividade. Em resumo, precisamos de isonomia e neutralidade no tratamento dos diferentes mercados, sem perder de vista as idiossincrasias de cada modelo de negócio.

Por fim, também **não se deve optar regular ou não regular pelo porte da empresa.** Plataformas digitais de grande porte geralmente atuam em diversos setores e mercados, possuindo diferentes níveis de influência competitiva em cada um. **Em certos mercados, essas plataformas podem exercer uma pressão competitiva considerável, enquanto em outros, podem ser participantes recentes, exercer o papel de maverick ou até mesmo ter um papel secundário,** enfrentando dificuldades para se estabelecer e podendo eventualmente abandonar o mercado. Por outro lado, **companhias de menor porte também podem exercer uma pressão competitiva mais significativa em nichos de mercado específicos onde atuam.** Dessa forma, ao se tomar decisões sobre regulações, é crucial **avaliá-las com base nas atividades específicas desenvolvidas em mercados determinados,** ao invés de considerar apenas a posição geral da empresa ou do conglomerado econômico ao qual pertence.

Sugestão ideal: Manter a legislação atual e aplicar de forma mais efetiva o SBDC

Acreditamos que a abordagem ideal não deve ser uma lei genérica sobre todos os mercados digitais, tampouco deve ser uma lei assimétrica para uma ou poucas plataformas, pois fugiria ao tratamento isonômico previsto em nossa constituição.

Considerando eventuais riscos associados a uma nova legislação, recomendamos que o Estado Brasileiro busque **aplicar as ferramentas já existentes, incluindo a legislação de defesa da concorrência do Brasil, antes de elaborar uma nova regra do zero.**

As ferramentas disponíveis são adequadas para resolver os problemas identificados e devem ser empregadas. Adicionalmente, mesmo que o Executivo reconheça a existência de preocupações remanescentes, a

legislação vigente oferece um caminho para abordá-las, dada sua notável abrangência e flexibilidade.

Esta opção é ideal pois consegue abarcar a concorrência entre serviços digitais e não-digitais, como foi o caso dos bancos e fintechs durante o julgamento do Ato de Concentração 08700.004431/2017-16.

Um exemplo interessante que deve ser mencionado é o aprimoramento do combate ao self-preferencing, quando há efeitos prejudiciais à concorrência.

A auto-preferência ocorre quando uma plataforma verticalmente integrada, utilizando sua posição dominante, favorece seus próprios produtos em detrimento de produtos concorrentes. Esta prática tem sido amplamente debatida na área antitruste, especialmente em relação aos mercados digitais. No setor varejista, um exemplo claro dessa prática - tanto em canais digitais como em canais offline - envolve a venda de produtos de marca própria.

Varejistas, atuando como plataformas de dois lados, conectam fornecedores e consumidores e podem influenciar a decisão de compra dos consumidores através de estratégias como posicionamento proeminente de produtos de marca própria nas prateleiras ou controle de preços favorável a esses produtos.

A auto-preferência, praticada por varejistas - seja em ambientes físicos como shoppings ou supermercados, quanto em ambientes online, como apps e portais - pode ou não trazer prejuízos à concorrência. Por exemplo, é prejudicial quando inclui o fechamento do mercado para produtos concorrentes e a imposição de barreiras à entrada ou dificuldades para a atuação desses agentes no mercado.

Conclui-se, portanto, que a prática de auto-preferência merece estudos aprofundados para melhor conceituação e compreensão de seus efeitos, tanto negativos quanto positivos, bem como para a análise das teorias de dano associadas.

Sugestão alternativa 1: criar regras *ex ante* apenas para mercados relevantes com falhas de mercado comprovadas por evidências

Considerando que o regulador discorde de nossa abordagem focada nas condutas anticompetitivas e escolha adotar uma regulamentação orientada em determinados segmentos de mercado, sugerimos que faça um teste para saber se há de fato a necessidade de se regulamentar determinado mercado. O teste se resume a **responder três questões:**

1. Qual o mercado relevante que estamos tratando?
2. Existe falha de mercado a ser corrigida neste mercado relevante específico?
3. Nosso ordenamento carece de ferramentas que possam atuar efetivamente nesta falha de mercado?

Passo 1 - Delimitando um mercado relevante

O primeiro passo deve ser **delimitar o mercado relevante** para compreender as dinâmicas competitivas desse mercado. Assim, para definir mercados relevantes, as autoridades de concorrência frequentemente usam o teste do monopolista hipotético, que normalmente visa analisar se um monopolista é capaz de realizar um "**SSNIP**" (Pequeno, mas Significativo e Não Transitório Aumento de Preço) em um mercado muito restrito.

Normalmente, as autoridades de concorrência consideram um **SSNIP de 5%** como um limiar para a definição de mercado relevante. Se um SSNIP não for lucrativo naquele mercado restrito específico, então o mercado relevante é expandido até que um SSNIP se torne possível e lucrativo para um monopolista hipotético.

No entanto, no contexto digital, existem pelo menos três características que tornam a definição de mercado relevante ainda mais complexa:

- Em **mercados multilaterais**, loops de feedback entre os lados podem fortalecer ou atenuar os efeitos de um aumento de preço, afetando o equilíbrio final.
- Uma complicação adicional de algumas plataformas digitais é que, em alguns casos, as particularidades de **preços não monetários ou "gratuitos"** podem reduzir a eficácia das ferramentas tradicionalmente utilizadas para definir mercados.
- Por fim, outra dificuldade é delinear adequadamente o mercado considerando a **natureza dinâmica e inovadora dos mercados digitais**, especialmente o **papel que a inovação** desempenha na captura de novas dimensões de competição dentro do mercado relevante.

Para mercados de preço zero, foram desenvolvidos novos métodos de análise.

- **SSNRIE**
Small but significant non-transitory reduction in innovation efforts - redução pequena, mas significativa e não transitória nos esforços de inovação
- **SSNDQ**
Small but significant and non-transitory decrease in quality - diminuição pequena, mas significativa e não transitória na qualidade
- **SSNIAL**
Small but significant and non-transitory increase in the advertising load - aumento pequeno, mas significativo e não transitório na carga publicitária
- **SSNIC**
Small but significant and non-transitory increase in exchanged costs - aumento pequeno, mas significativo e não transitório nos custos de troca

- **SSNIPT**

Small but significant and non-transitory increase in price or other worsening of terms - aumento pequeno, mas significativo e não transitório no preço ou outra piora das condições

Passo 2 - Avaliando Falhas de Mercado

Falhas de mercado que podem justificar uma intervenção antitruste (ou concorrencial) envolvem situações em que o funcionamento livre do mercado não consegue alcançar uma alocação eficiente dos recursos, ou em que há uma diminuição do bem-estar do consumidor. Algumas das principais falhas de mercado que podem levar a ações antitruste incluem:

- Monopólios e Poder de Mercado
- Cartéis
- Fusões e Aquisições Anticompetitivas
- Barreiras à Entrada e à Saída
- Falhas de Informação
- Externalidades

Intervenções antitruste são projetadas para corrigir pontualmente essas falhas, promover a concorrência e proteger o bem-estar dos consumidores, garantindo que os mercados funcionem de maneira justa e eficiente. As autoridades concorrenciais aplicam uma variedade de medidas, incluindo sanções, desinvestimento de ativos, e imposição de condições para operações de fusão e aquisição, para manter mercados competitivos.

A título de exemplo, sobre barreiras de entrada, podemos ilustrar com alguns potenciais mercados relevantes (Veja Exemplo 2).

Quadro 2: Surgimento de Novos Players e Especialização

O surgimento de novos players relevantes é um forte indicativo de que um mercado é competitivo e possui espaço para crescimento e inovação. Novas empresas podem introduzir inovações disruptivas, modelos de negócios alternativos e tecnologias emergentes, desafiando o *status quo* e promovendo a evolução do mercado.

Também deve se levar em conta se há espaço para especialização neste segmento de mercado; seja por nicho de mercado, demografia, ou tipo de serviço. Isto demonstra que mesmo em mercados aparentemente saturados, há oportunidades para empresas que conseguem identificar e servir segmentos específicos de forma eficiente. Isso não apenas prova a dinamicidade do mercado mas também indica uma possível estratégia de diferenciação para novos entrantes, que a partir de uma atividade especializada pode vir a desafiar incumbentes.

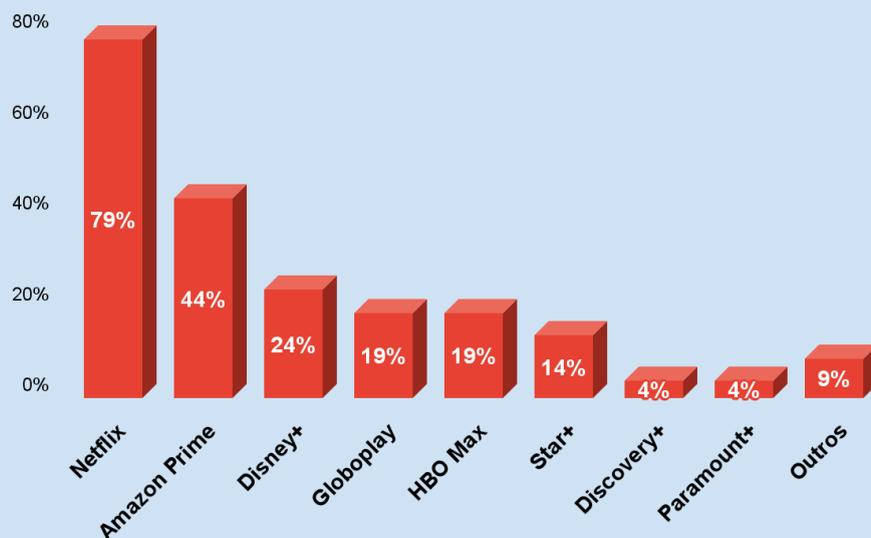
Apenas a título de exemplo, podemos observar a dinamicidade de alguns mercados:

- **Vídeo sob demanda (VoD)**

Por algum tempo esteve sob a liderança isolada do Netflix, tendo ficado mais difuso com a entrada de outros streamings como Amazon Prime Video, Disney+, Globoplay, HBO Max, Star+ entre tantos outros. Também vemos diferentes modelos de negócios: assinaturas para acesso ao catálogo completo, locação e aquisição de filmes individualmente; video on demand com publicidade.

Isto demonstra um mercado vivo e dinâmico, aberto à concorrência.

Gráfico 3 - Plataformas de VoD – Brasil (dez/2022)



Fonte: Mobile Time - Uso de Apps no Brasil. 2022¹

É importante salientar que nas avaliações do Ato de Concentração 08700.001390/2017-14 e do Ato de Concentração 08700.004494/2018-53, realizadas em 2017 e 2018, respectivamente, o CADE identificou que os serviços de vídeo sob demanda exercem uma pressão competitiva sobre o mercado de TV por assinatura. Entretanto, concluiu-se que os serviços de vídeo sob demanda e a TV paga não pertencem ao mesmo mercado relevante.

■ **Redes sociais**

¹ MOBILE TIME. Panorama Mobile Time/Opinion Box – Uso de apps no Brasil. Disponível em: <https://www.mobiletime.com.br/pesquisas/uso-de-apps-no-brasil-dezembro-de-2022/>. Acesso em 01/05/2023.

O Orkut foi uma das primeiras redes sociais a ganhar popularidade no país, tornando-se um fenômeno cultural nos anos 2000, antes de ser gradualmente suplantado pelo Facebook e outras plataformas. Recentemente, novos aplicativos como TikTok e Kwai ganharam destaque. Tem se visto um fenômeno de especialização, seja demográfica ou de finalidade. Por exemplo, o LinkedIn tem atuado na comunicação corporativa. Por mais de uma vez o “efeito rede” perdeu sua relevância, com uma migração natural dos consumidores para outras redes. Isto explica, por exemplo, o desinteresse e posterior fim de plataformas como o MSN, Myspace, ICQ etc.

■ **E-commerce**

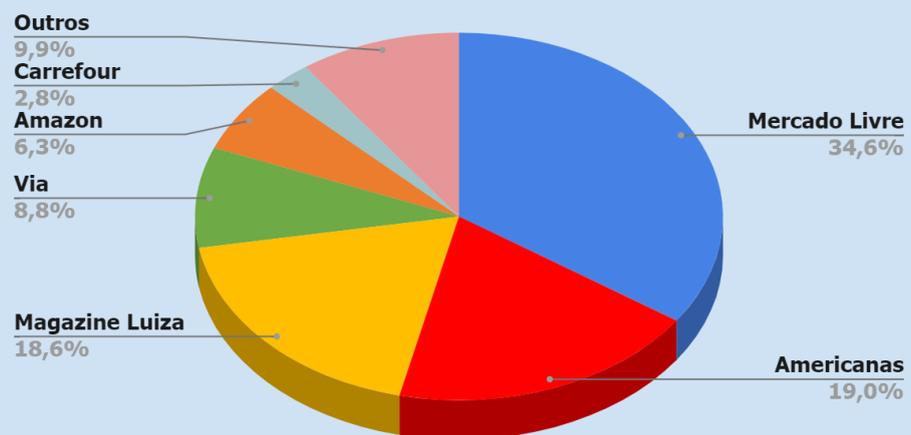
No Brasil, o e-commerce viu o surgimento de várias plataformas que transformaram o cenário do varejo, cada uma com sua própria trajetória. O Buscapé, lançado em 1999, inovou ao permitir comparações de preços, tornando-se referência para consumidores em busca das melhores ofertas.

O Mercado Livre, fundado no mesmo ano, expandiu-se rapidamente no país, estabelecendo-se como um dos principais marketplaces para uma vasta gama de produtos e serviços.

As Americanas e o Magazine Luiza, tradicionais varejistas que iniciaram suas operações físicas décadas antes, criaram canais digitais de vendas no início dos anos 2000, adaptando-se e crescendo no espaço online com plataformas robustas que integram vendas diretas e de terceiros.

A Amazon entrou oficialmente no mercado brasileiro em 2012, inicialmente focada em e-books e Kindles, antes de expandir sua oferta para incluir uma ampla gama de produtos. Esses serviços, cada um em seu próprio tempo, contribuíram significativamente para moldar o varejo no Brasil, enfrentando desafios únicos e aproveitando oportunidades em um setor em constante evolução. Isto demonstra um varejo vivo e dinâmico.

Gráfico 4 - Participação dos 30 Principais Marketplaces (2022)



Fonte: Sociedade Brasileira de Varejo e Consumo - SBVC, 2023.²

² SBVC. (2023). Ranking: 300 maiores empresas do varejo brasileiro, Volume 9. Acesso em 26 de abril de 2024, disponível em https://sbvc.com.br/wp-content/uploads/2023/08/RankingSBVC2023_VersaoDigital-2.pdf. Dados são limitados ao GMV Digital dos 30 principais marketplaces, superestimando as participações reportadas..

Passo 3 - Efetividade das ferramentas antitruste existentes

O direito antitruste brasileiro é regido principalmente pela Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estabelece a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos princípios da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Dentro deste arcabouço, várias ferramentas são utilizadas para promover e garantir a concorrência no mercado. Entre as principais ferramentas antitruste no Brasil, podemos destacar:

- **Análise de Concentração de Mercado:** Através da avaliação de fusões, aquisições e *joint ventures* que possam afetar a livre concorrência. Empresas devem submeter seus acordos de fusão ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) quando certos critérios financeiros são atendidos, para que seja avaliado o impacto dessas operações no mercado.
- **Investigação e Sanção de Condutas Anticompetitivas:** Inclui a apuração de práticas como cartéis, preços predatórios, monopólios, recusas de negócio e abuso de posição dominante. O CADE possui poderes para investigar, julgar e punir empresas e indivíduos que participem de práticas anticompetitivas.
- **Acordos de Leniência:** Similar aos programas de delação premiada em outras áreas do direito, os acordos de leniência permitem que participantes de um cartel cooperem com as investigações em troca de redução de penalidades.
- **Termos de Compromisso de Cessação (TCC):** São acordos firmados entre o CADE e as empresas para cessar uma prática considerada nociva ao ambiente concorrencial, podendo incluir compromissos para corrigir distorções.
- **Medidas Preventivas:** O CADE pode adotar medidas preventivas em caráter temporário para evitar danos irreparáveis ao mercado enquanto uma investigação está em andamento.

Mas também outros órgãos regulatórios têm impactado o cenário digital. É o caso, por exemplo, das fintechs e do Banco Central ilustrado abaixo.

Quadro 3: Open Banking e a atuação do Banco Central

O Open Banking, ou Sistema Financeiro Aberto, é uma iniciativa regulatória liderada pelo Banco Central do Brasil (BCB) que visa aumentar a competitividade e a inovação no setor financeiro. Por meio do compartilhamento padronizado de dados e serviços por meio de APIs (Interface de Programação de Aplicações), o Open Banking permite que clientes de instituições financeiras compartilhem seus dados pessoais e informações sobre transações com outras instituições, de maneira segura, rápida e conveniente, sempre com seu consentimento.

No cenário das fintechs é válido destacar, por exemplo, como uma *startup* brasileira que oferece conta bancária digital gratuita, o NuBank, encerrou 2022 com 70 milhões de clientes no Brasil, adquirindo 19,1 milhões de usuários naquele ano e aumentando sua base geral de clientes em 39%. Neste sentido, as ferramentas tradicionais de antitruste e as iniciativas do Banco Central de open banking permitiram a entrada de centenas de startups em um mercado tradicionalmente oligopolizado. A capacidade de um mercado de se adaptar a novas tecnologias e incorporá-las é um sinal de saúde e dinamismo.

A atuação do Banco Central no Open Banking é um exemplo claro de como as ferramentas antitruste e regulatórias podem ser aplicadas para fomentar a concorrência e a inovação:

- **Promoção da Concorrência:** Ao facilitar a entrada de novos players no mercado financeiro, o Open Banking reduz as

barreiras à entrada e desafia o domínio dos grandes bancos, promovendo uma maior concorrência.

- **Proteção ao Consumidor:** Garantindo que os consumidores mantenham o controle sobre seus dados e possam escolher com quem desejam compartilhá-los, promovendo transparência e autonomia para os usuários.
- **Inovação:** Ao permitir que fintechs e outros provedores de serviços financeiros desenvolvam novos produtos e serviços personalizados, o Open Banking estimula a inovação no setor.

A atuação do Banco Central, neste caso, exemplifica uma abordagem regulatória que, embora não seja tradicionalmente antitruste, complementa as ferramentas antitruste ao promover um ambiente de maior concorrência e inovação, alinhado aos objetivos da legislação antitruste brasileira.

Conclusão: Pergunta 1.1

Considerando as variáveis associadas a uma nova legislação, recomendamos que o Estado Brasileiro busque **aprimorar a aplicação das ferramentas ex post já existentes, antes de elaborar uma nova regra do zero.**

Caso a opção seja por uma regulação mais focada, sugerimos que seja **adotada uma regulação ampla, e apenas inove legislativamente após (1) delimitar um mercado relevante, (2) e quando encontrar falhas de mercado naquele mercado relevante e, por fim, (3) verificar a ausência de instrumentos regulatórios suficientes.**

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?

O contexto brasileiro possui particularidades, como diferenças culturais, econômicas, sociais e tecnológicas, que devem ser consideradas na formulação de políticas regulatórias. Embora experiências internacionais possam oferecer insights valiosos, é fundamental adaptar essas lições ao contexto nacional, levando em conta as especificidades do mercado brasileiro e os objetivos de política pública locais. A regulação deve ser moldada para incentivar a inovação e a competição, sem impor barreiras desproporcionais ao desenvolvimento tecnológico.

O debate sobre a regulação do setor digital é complexo e não há uma abordagem única reconhecida como a mais eficaz. Nos Estados Unidos, por exemplo, a regulação do setor tecnológico tem sido guiada por uma análise de impacto que visa proteger tanto os consumidores quanto a inovação, contribuindo para o crescimento do setor tecnológico e da economia.

Em contraste, a União Europeia adotou recentemente o Digital Markets Act (DMA), uma legislação de caráter protecionista que impõe regras estritas de conduta para as plataformas digitais sem exigir prova de dano, baseando-se na premissa de que certas práticas são intrinsecamente prejudiciais, sem espaço para justificativas com base em benefícios para empresas ou consumidores.

No Reino Unido tem sido discutida uma abordagem focada nos mercados digitais, *ex ante* e assimétrica. Mas se diferencia do modelo europeu por ser mais flexível, com regras baseadas em princípios em vez de deveres rígidos, permitindo que as empresas defendam suas práticas através da demonstração de benefícios para os consumidores, refletindo uma preferência por uma regulação que ofereça margem para justificativas baseadas em eficiências.

Esta **variedade de abordagens revela um espectro de regulações, desde regras pré-definidas até frameworks mais flexíveis**, refletindo diferentes filosofias sobre como equilibrar a promoção da inovação, a proteção do consumidor e a manutenção da concorrência. A nova regulação sempre envolve trade-offs, especialmente em mercados tão dinâmicos e inovadores como o digital, onde intervenções mal planejadas podem ter consequências indesejadas.

Portanto, é crucial que qualquer nova legislação seja cuidadosamente considerada para garantir que ela traga benefícios concretos e não comprometa a inovação ou a competição, preservando assim os benefícios que as plataformas digitais oferecem para a sociedade, desde a promoção da eficiência até o estímulo ao investimento e inovação.

Conclusão: Pergunta 1.2

Ao considerar a regulamentação do setor digital no Brasil, é essencial adaptar lições internacionais à realidade local, promovendo inovação e competição sem criar obstáculos ao desenvolvimento tecnológico. Quanto ao modelo europeu, é importante ressaltar que a Europa enfrenta desafios significativos em manter sua competitividade global em função de sua política de regulamentações rígidas.

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?

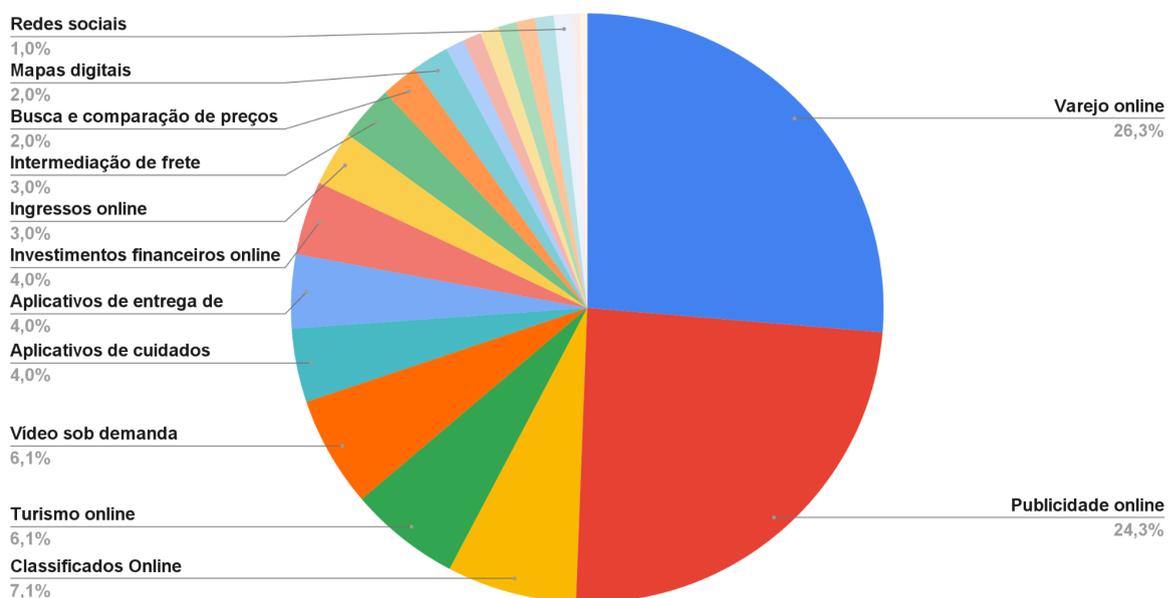
A Lei nº 12.529/2011, que estabelece o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), é uma legislação flexível, capaz de endereçar uma ampla gama de condutas e modelos de negócios no contexto da defesa da concorrência. Ela permite a análise de casos com base no equilíbrio entre danos concorrenciais, ausência de justificativas legítimas e a existência de eficiências ou benefícios ao consumidor. Esta abordagem adaptativa torna a

legislação atual potencialmente eficaz também no ambiente digital, que é caracterizado por sua dinamicidade e inovação contínua.

Em 2023, por exemplo, foi lançado o décimo nono número da série “Cadernos do Cade”, com enfoque específico em mercados de plataformas digitais nos quais foram identificadas atuações do Cade.

Segundo o estudo, entre 1995 e novembro de 2020, foram registradas 143 Atos de Concentração relacionados aos mercados digitais. Destes, cerca de 36% envolveram o setor de publicidade digital e 20% o varejo online. No intervalo de 16 de novembro de 2020 até 30 de abril de 2023, houve 90 novos Atos de Concentração, com 37% focados no varejo online e 10% em aplicativos voltados para a saúde, uma categoria que não havia sido mencionada na primeira edição do estudo. Olhando para o período completo de 1995 até abril de 2023, que totalizou 233 Atos de concentração.

Gráfico 05: CADE - Caderno de Mercados Digitais - Percentual de Atos de Concentrações por Segmentos (95 a 23)



Fonte: BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica – Cade.³ Com base na análise da jurisprudência do CADE apresentada no documento, a Lei nº 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), mostra-se adaptável e aplicável a uma ampla gama de práticas empresariais, inclusive no contexto dos mercados digitais. Em particular, o CADE já tem demonstrado competência para analisar práticas que possam ser anticompetitivas no ambiente digital, conforme destacado no "2nd Report by the Competition Authorities Working Group on Digital Economy"⁴, publicado recentemente.

Embora aperfeiçoamentos legislativos possam ser propostos, é imprescindível fundamentar, antes de qualquer discussão sobre revisão da lei, por que as adaptações necessárias ao contexto digital não podem ser efetivadas dentro das competências atuais do CADE, sem que se recorra a reformas legislativas.

Também relevante apontar que o CADE também tem implementado medidas como:

1. **Maior cooperação e coordenação com outras agências regulatórias**, nacionais e internacionais, para abordar questões transversais como privacidade de dados e segurança cibernética, que têm impactos diretos sobre a concorrência.
2. **Promoção de estudos e pesquisas** para melhor compreender os mercados digitais e suas implicações para a concorrência e para o consumidor, fundamentando ações regulatórias e legislativas em evidências atualizadas.
3. **Capacitação e atualização contínua dos membros do CADE** e de outros stakeholders envolvidos na aplicação da lei antitruste, para assegurar que estejam equipados para enfrentar os desafios colocados pela economia digital.

³

https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/estudos-economicos/cadernos-do-cade/Caderno_Plataformas-Digitais_Atualizado_29.08.pdf - Página 23. Acesso em 14 de fevereiro de 2024.

⁴ disponível em:

<https://cdn.cade.gov.br/Portal/assuntos/noticias/2024/BRICS%20Digital%20Economy.pdf>

Conclusão: Pergunta 2

Em resumo, a legislação atual é um ponto de partida eficaz e não vemos necessidade de alteração legislativa. A evolução de sua aplicação, combinada com a capacitação institucional da autoridade concorrencial tem sido suficiente para enfrentar as peculiaridades e as inovações apresentadas pelas plataformas digitais, assegurando a promoção da concorrência e a proteção do consumidor neste contexto dinâmico e inovador.

3. 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?

Embora a Lei nº 12.529/2011 estipule critérios de participação de mercado para a presunção de posição dominante, ela também outorga à autoridade competente a flexibilidade necessária para ajustar e adaptar esses critérios com base na análise econômica específica de cada setor. A própria autoridade já admitiu a possibilidade de incorporar uma variedade de fatores na avaliação do poder de mercado e das posições dominantes.

A flexibilidade na regulação de mercados dinâmicos, conforme apontado no relatório da Competition and Markets Authority (CMA) do Reino Unido em 2020, pode minimizar o risco de inibição da inovação. Isso sugere que adaptar as formas de regulação às características específicas desses mercados pode encorajar o desenvolvimento de novas tecnologias e modelos de negócios, ao invés de restringi-los.

Os dois lados da disrupção

É fundamental lembrar o papel da destruição criativa. O economista Joseph Schumpeter descreve o processo de "destruição criativa" como um motor essencial do desenvolvimento econômico capitalista. Schumpeter

argumentava que a inovação é o principal impulso por trás do crescimento econômico, mas que esse processo é inerentemente disruptivo. Empresas inovadoras introduzem novos produtos, serviços, métodos de produção, e tecnologias que revolucionam mercados e estruturas industriais existentes, o que pode levar ao declínio ou obsolescência de empresas e indústrias estabelecidas. Foi, por exemplo, o que aconteceu com as câmeras digitais que levaram à falência da famosa empresa de filmes fotográficos Kodak.

Esse ciclo contínuo de inovação e obsolescência estimula o progresso econômico, promovendo a eficiência e a emergência de novas indústrias. Enquanto cria riqueza e impulsiona o desenvolvimento tecnológico, o efeito schumpeteriano também pode gerar desafios sociais e econômicos, como a perda da posição dominante em certo mercado. Assim, Schumpeter via esse processo como vital para o dinamismo econômico e a evolução da economia, argumentando que a destruição criativa era necessária para a renovação e o crescimento sustentado a longo prazo.

A pressão exercida por novas tecnologias sobre os mercados estabelecidos é um indicador crucial da dinâmica de um setor. Neste sentido, é crucial destacarmos que os serviços digitais são particularmente suscetíveis a inovações tecnológicas e, portanto, a disrupção. Assim, a dinâmica dos serviços digitais permite que empresas possam rapidamente alcançar e perder posição dominante devido à inovação disruptiva.

Alexandre Cordeiro Macedo, Presidente do CADE, advertiu que "*medidas para regular os mercados digitais podem reduzir os investimentos e sufocar a inovação - e empresas eficientes e inovadoras são importantes para o desenvolvimento do mercado*"⁵.

⁵ Vide Competition Policy International, CPI TV Ten Minutes With CADE President Alexandre Cordeiro Macedo, tradução livre de "measures to regulate digital markets may reduce investments and stifle innovation – and efficient and innovative companies are important to the development of the market". Disponível em: <https://tv.competitionpolicyinternational.com/m/QC7UuPlc/cpi-tv-ten-minutes-with-alexandre-cordeiro-macedo-esteban-greco> Acesso em 15 de fevereiro de 2024.

Eficiência deve ser critério de legitimação

Ademais, no sistema brasileiro de defesa da concorrência, a Lei nº 12.529, de 2011, no artigo 36, parágrafo primeiro, reconhece a legitimidade da concentração de mercado quando esta resulta da superior eficiência de uma empresa sobre seus concorrentes. Esse marco legal distingue que a obtenção de uma posição de mercado por eficiência não configura uma violação à ordem econômica, especialmente no que diz respeito à proibição de dominância de mercado de maneira injusta ou prejudicial à concorrência. **Vide a resposta à pergunta 1.1. Este critério deve ser preservado.**

Potenciais critérios para mensurar dominância

Como dito, o CADE já admitiu a possibilidade de incorporar uma variedade de fatores na avaliação do poder de mercado e das posições dominantes. Neste sentido, conforme posto na resposta 1.1, outros critérios podem ser utilizados para avaliar se existe uma dominância de mercado. Uma empresa que domina o mercado pode, de forma significativa e não transitória, piorar as condições para o consumidor (ex: reduzir qualidade, aumentar a carga publicitária ou custos de transação) sem que haja prejuízo de receita ou market share.

Conclusão: Pergunta 3

Entendemos que a Lei nº 12.529/2011 já é flexível o suficiente para utilizar critérios alternativos para definir o domínio de mercado, compreendendo que:

1. Mercados digitais são dinâmicos e suscetíveis à disrupção tecnológica. Isto permite que mesmo em casos de alta concentração de mercado esta posição seja desafiada em virtude de inovações tecnológicas.
2. A eficiência deve se manter como um critério para distinguir a obtenção de uma posição de mercado de forma legítima em

contraposição da dominância de mercado de maneira injusta ou prejudicial à concorrência.

3. É válido ter como balizador que uma empresa em posição de dominância pode apresentar pioras de condições aos consumidores sem prejuízo de receita ou market share.

4. Em qual medida a lei de defesa da concorrência oferece dispositivos para mitigar preocupações concorrenciais que surgem a partir das relações verticais ou de complementaridade em plataformas digitais? Quais condutas com potencial anticompetitivo não seriam identificadas ou corrigidas por meio da aplicação do ferramental antitruste tradicional?

A Lei de Defesa da Concorrência no Brasil, representada pela Lei nº 12.529/2011, oferece um quadro normativo aplicável aos mercados digitais, abrangendo controle prévio de fusões e repressão *ex-post* a condutas anticompetitivas. O CADE demonstra flexibilidade e adequação ao tratar casos digitais, apesar de não haver diretrizes formais específicas para mercados digitais.

Uma série de casos investigados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) ilustram como a lei de defesa da concorrência é aplicada a práticas e/ou mercados digitais, abordando condutas com potenciais riscos concorrenciais. Os julgamentos do CADE comprovam que há ferramentas para a análise dos casos, embora haja sempre como aprimorar a aplicação da legislação antitruste.

Importante destacar que os casos abaixo não se limitam a condutas ou mercados 'puramente digitais'. Elas abrangem práticas comerciais complexas, em setores com variados graus de digitalização e adoção de novas tecnologias. Casos como Ipiranga e ATPCO, mencionados abaixo, não constituem necessariamente precedentes diretos para a 'concorrência em mercados digitais', nem exemplificam condutas de 'abuso algorítmico' de maneira estrita. Estes casos, na realidade, tangenciam o emprego de algoritmos e ferramentas automatizadas em contextos anticompetitivos, ressaltando a complexidade e as multifacetadas das práticas comerciais na era digital.

(i) Abuso Algorítmico

Consulta nº 08700.002055/2021-10 ("Caso Ipiranga").

Em 30 de junho de 2021, o Tribunal do CADE analisou uma consulta feita pela Ipiranga Produtos de Petróleo S.A. (Ipiranga), decidindo unanimemente que a nova política de negociação de preços com seus revendedores de combustíveis seria presumidamente lícita.

Essa política inovadora envolvia a adoção de um sistema de precificação baseado em algoritmos para sugerir preços máximos de venda de combustíveis líquidos no varejo à revendedores da bandeira Ipiranga. A análise enfatizou a natureza unilateral da política, que propunha preços máximos (não mínimos), mitigando preocupações antitruste devido ao aspecto não obrigatório dessas sugestões e à personalização da política para cada revendedor.

O tribunal também determinou que o sistema e os dados utilizados deveriam ser exclusivos da Ipiranga. Dada a potencialidade de efeitos adversos não antecipáveis e a ausência de consenso jurisprudencial sobre o tema, foi decidido que a validade da consulta se limitaria a dois anos.

Processo Administrativo nº 08012.000677/1999-70 ("Caso ATPCO")

Em agosto de 1999, notícias em diversos jornais reportaram que, cinco dias após uma reunião entre os presidentes das quatro principais companhias aéreas do Brasil (Varig, TAM, Transbrasil e VASP), os preços das passagens aéreas no trecho Rio-São Paulo tiveram um aumento simultâneo de 10%.

Diante disso, em 28 de março de 2000, o CADE instaurou o processo administrativo para investigar a suspeita de formação de cartel pelas empresas aéreas, motivada pelo aumento coordenado dos preços de suas passagens em 1999.

A investigação conduzida pela Seae não identificou o episódio como um simples caso de paralelismo consciente. Além do encontro entre os executivos das companhias, evidências mostraram que informações tarifárias foram compartilhadas entre as empresas através do Sistema ATPCO, gerido pela Airline Tariff Publishing Company (ATPCO).

Este sistema permitia que uma companhia aérea divulgasse uma alteração tarifária que, durante os três primeiros dias, só poderia ser visualizada por outras companhias aéreas, não estando acessível aos consumidores ou agências de viagem. Isso permitia à empresa que efetuou a alteração rever sua decisão caso os concorrentes não aderissem à mudança. Tal funcionalidade do Sistema ATPCO já havia sido questionada pelo Departamento de Justiça dos EUA, mas as alterações exigidas foram aplicadas apenas nos Estados Unidos.

Em setembro de 2004, o CADE concluiu que as quatro companhias aéreas haviam conspirado para elevar as tarifas. Como resultado, cada uma foi multada em 1% do faturamento obtido na rota em questão em 1999, além de serem proibidas de estabelecer tarifas conjuntamente e de anunciar ajustes tarifários antecipadamente. Por fim, em 23 de março de 2005, foi firmado um Termo de Compromisso de Cessação (TCC) entre o CADE e a ATPCO, semelhante ao acordo realizado nos Estados Unidos, no qual a

ATPCO se comprometeu a não empregar mecanismos que facilitassem o intercâmbio ágil de informações entre concorrentes.

(ii) Interoperabilidade entre plataformas concorrentes

Processo Administrativo 08700.005694/2013-19 Cade Ex Officio / Google Inc. e Google Brasil Internet Ltda (Caso "Google AdWords")

O caso envolve a representação protocolada pela Microsoft em julho de 2013 junto ao Cade, alegando que o Google estaria abusando de sua posição dominante no mercado de busca patrocinada através do Google AdWords. A Microsoft acusou o Google de restringir a interoperabilidade entre AdWords e outras plataformas de busca patrocinada concorrentes, dificultando a portabilidade de dados e a otimização de campanhas publicitárias. Esse comportamento, segundo a Microsoft, violaria normas antitruste ao limitar a competição e impedir o acesso de novas empresas ao mercado.

Em resposta, o Cade instaurou um processo administrativo para investigar as práticas do Google. Apesar da Microsoft e o Google terem posteriormente firmado um acordo para encerrar disputas concorrenciais, o Cade prosseguiu com a análise para avaliar possíveis infrações à ordem econômica.

A análise do Cade focou na definição do mercado relevante como sendo o de busca patrocinada no âmbito nacional, identificando o Google como detentor de uma posição dominante com mais de 90% do mercado. No entanto, após examinar as cláusulas contratuais da API do AdWords e os impactos na interoperabilidade entre plataformas, o Conselheiro Relator concluiu que as restrições impostas pelo Google eram racionais e justificáveis, tendo em vista o objetivo de otimizar o uso da plataforma tanto para o Google quanto para os anunciantes e consumidores.

Foi observado que as limitações não impediam a transferência de campanhas entre plataformas, seja de forma automática ou manual, e que os custos associados a tais transferências não eram proibitivos. Além disso, foi ressaltado que as cláusulas contratuais ofereciam proteções adicionais

aos dados dos anunciantes e garantiam o acesso às funcionalidades atualizadas da plataforma Google.

A investigação também revelou que, no mercado brasileiro, os anunciantes conseguem veicular propagandas em múltiplas plataformas simultaneamente, utilizando-se de ferramentas próprias ou de funcionalidades oferecidas pelas próprias plataformas de busca. Concluiu-se, portanto, que a interoperabilidade entre plataformas de busca patrocinada não era significativamente prejudicada pelas práticas do Google.

Com base nessas análises, o voto do Relator foi pelo arquivamento do processo, considerando que as condutas descritas não configuravam infrações à ordem econômica. Em 2019, o Tribunal acompanhou o voto do Relator e decidiu pelo arquivamento do processo administrativo.

(iii) Abuso aos dados pessoais

Recomendação CADE/ANPD/MPF/SENACON ("Caso Termos de Uso do Whatsapp")

O Cade deve observar as diretrizes da ANPD em decorrência da realização de tratamento de dados pessoais. Neste sentido, uma ação conjunta do CADE, da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), do Ministério Público Federal (MPF) e da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON) buscou evitar abusos aos dados pessoais após mudanças anunciadas pelo WhatsApp em sua Política de Privacidade. Essas mudanças, comunicadas em janeiro, incluíam o compartilhamento de dados dos usuários do WhatsApp com as empresas do grupo Facebook, ao qual o WhatsApp pertence.

Os órgãos reguladores expressaram preocupações com a possibilidade de as mudanças violarem direitos do consumidor, princípios da livre concorrência e da proteção de dados pessoais, conforme estabelecido no Código de Defesa do Consumidor e na Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD). Eles destacaram possíveis efeitos adversos sobre a concorrência e a liberdade de escolha do consumidor, visto que os termos de serviço atualizados do WhatsApp deveriam ser aceitos obrigatoriamente até 15 de maio de 2021, sob pena de perda de acesso ao serviço.

Como resposta, em 7 de maio, foi emitida uma recomendação conjunta aos responsáveis pelo WhatsApp e Facebook, pedindo o adiamento da implementação da nova política de privacidade e a não restrição de acesso ao aplicativo para aqueles que não aceitassem os novos termos. Além disso, recomendaram ao Facebook que se abstinhasse de tratar ou compartilhar dados coletados pelo WhatsApp sob a nova política, enquanto as autoridades não concluíssem suas análises.

O WhatsApp inicialmente concordou em suspender o prazo de aceitação da política de privacidade por 90 dias, garantindo que nenhum usuário teria sua conta suspensa ou apagada por não aceitar a nova política durante esse

período. Após negociações, o WhatsApp se comprometeu a cumprir várias recomendações dos órgãos reguladores, incluindo ajustes para maior transparência e acessibilidade, e a desenvolver materiais educativos sobre o uso seguro do aplicativo.

O processo de negociação destacou a importância da cooperação interinstitucional entre o CADE, a ANPD, o MPF e a SENACON para proteger os direitos dos consumidores, a privacidade e os dados pessoais, além de garantir a livre concorrência. As autoridades continuaram monitorando a situação, com previsão de novas evoluções a serem apresentadas pelo WhatsApp até 31 de agosto, seguidas de mais discussões sobre os próximos passos a serem tomados.

(iv) Alavancagem: tipping effects e exclusividade

Inquérito Administrativo nº 08700.004588/2020-47 ("Caso Rappi vs iFood")

Mercados com "tipping effects" ou "efeitos de inclinação" referem-se a um fenômeno em ambientes competitivos, especialmente comuns em mercados de cobertura, onde, após alcançar uma certa participação de mercado ou uma massa crítica, uma empresa tende a concentrar o maior número de usuários. Este efeito é impulsionado por características como efeitos de rede, em que o valor de um produto ou serviço aumenta à medida que mais pessoas o usam.



A matéria foi abordada no Procedimento Preparatório nº 08700.004588/2020-47 que envolveu a investigação pelo CADE de alegações de que o iFood, uma plataforma de entrega de alimentos online, estava abusando de sua posição dominante no mercado brasileiro de pedidos de comida online. Isso foi feito por meio de acordos de exclusividade com restaurantes, o que poderia potencialmente prejudicar a concorrência.

Em março de 2021, a SG (Superintendência-Geral do CADE) emitiu uma liminar preliminar proibindo novos acordos exclusivos por parte do iFood, devido a preocupações com efeitos de "tipping" no mercado.

A investigação apontou que o iFood estava garantindo relacionamentos exclusivos com restaurantes considerados essenciais ou "famosos", o que poderia elevar as barreiras à entrada de plataformas concorrentes e resultar no fechamento do mercado. Após a liminar, o iFood negociou um acordo de cessação de conduta, limitando seus acordos de exclusividade para facilitar o multihoming por restaurantes. Segundo o acordo firmado em fevereiro de 2023, o iFood limitou seus acordos de exclusividade a restaurantes que representam 25% do seu Valor Bruto de Mercadoria nacional e 8% dos

restaurantes afiliados em sua rede em cada cidade com mais de 500.000 habitantes. O acordo também estipula que o iFood não pode assinar acordos de exclusividade com redes de franquias com mais de 30 unidades e disciplinou compensações específicas para restaurantes tornados exclusivos.

Recurso Voluntário nº 08700.007228/2021-88 ("Caso GymPass")

Em setembro de 2020, a TotalPass denunciou a GymPass ao CADE por práticas anticompetitivas, alegando que a GymPass utilizava cláusulas de exclusividade e cláusulas MFN (Most Favored Nation) em seus contratos com academias credenciadas. Essas cláusulas, segundo a TotalPass, tinham o objetivo de dificultar a entrada e a competição de novas empresas no mercado de plataformas digitais agregadoras de academias de ginástica. A TotalPass solicitou a adoção de medidas preventivas para cessar imediatamente tais práticas, destacando que a imposição de obrigações de exclusividade afetava cerca de 80% das academias brasileiras, restringindo a capacidade destas de negociarem com concorrentes da GymPass.

Em dezembro de 2021, a SG deferiu parcialmente a medida preventiva, anulando as cláusulas MFN e proibindo novas cláusulas de exclusividade, embora mantendo as já existentes até uma análise mais detalhada.

O debate evoluiu para o Tribunal do CADE, onde diferentes conselheiros apresentaram seus pontos de vista. O Conselheiro Relator Luiz Hoffman propôs limitar a vigência das cláusulas de exclusividade a um máximo de 20% das academias parceiras da GymPass por localidade, enquanto a Conselheira Paula Farani defendeu medidas mais rigorosas, como a suspensão imediata de todas as obrigações de exclusividade e condições específicas para a manutenção dessas cláusulas em contratos com investimentos diretos comprováveis. A decisão final do Tribunal seguiu o voto de Farani, estabelecendo um marco importante na regulação de práticas competitivas no mercado de plataformas digitais de serviços de ginástica, enfatizando a importância da concorrência e da inovação no setor.

(iv) Auto-preferência

Processo Administrativo 08012.010483/2011-94 (Caso "Google Shopping")

O caso centrou-se em práticas supostamente anticompetitivas realizadas pelo Google em dois mercados relevantes identificados: o mercado nacional de busca genérica (SERP) e o mercado nacional de comparação de preços (Google Shopping). A investigação foi iniciada após denúncia da E-Commerce Media Group Informação e Tecnologia, que alegava que o Google estava privilegiando seus próprios serviços nos resultados de busca orgânica, especialmente após a introdução dos anúncios com imagens do Google Shopping (Product Listing Ads - PLA) em 2013.

A análise do caso pelo relator e conselheiros considerou a posição dominante do Google no mercado de buscas, a racionalidade de suas práticas comerciais e as possíveis justificativas econômicas frente aos alegados efeitos anticompetitivos. Discutiram-se as teorias de dano relacionadas à alavancagem indevida da posição dominante do Google para beneficiar seu serviço de comparação de preços (Google Shopping), através do tratamento preferencial na SERP e da exclusão de comparadores de preços do acesso aos PLAs.

O relator do caso afirmou não ter encontrado evidências de manipulação de algoritmos por parte do Google que justificassem as acusações. Ele também descartou a ideia de que houvesse umnexo causal entre as práticas do Google e a redução de comparadores de preço no mercado brasileiro, bem como não viu relação entre o aumento do custo por clique (CPC) e possíveis condutas anticoncorrenciais da empresa. Bandeira Maia destacou que os efeitos mencionados na denúncia provavelmente se devem mais a dinâmicas de mercado do que a ações específicas do Google.

Além disso, o relator apontou várias eficiências geradas pelas práticas do Google, tanto para consumidores quanto para anunciantes, como a transição para o modelo pago de anúncios de shopping (PLA), que incentiva varejistas a manterem informações detalhadas e atualizadas sobre seus

produtos. Esta mudança também facilitou a conexão direta entre consumidores e vendedores, potencialmente aumentando as taxas de conversão de compras. Bandeira Maia também mencionou os benefícios da apresentação de imagens nos anúncios, que podem aumentar a probabilidade de conversão de cliques em compras, além de melhorar a experiência do usuário.

Por fim, o Tribunal considerou que o lançamento do PLA pelo Google representou uma inovação que visava melhorar a qualidade e a experiência de buscas na internet, sendo classificada como uma conduta pró-competitiva, o que levou ao arquivamento do processo.

Conclusão: Pergunta 4

A análise de intervenções do CADE – como o Caso Ipiranga, Caso ATPCO, Caso Google AdWords, Google Shopping, o Caso iFood e o Caso dos Termos de Uso do WhatsApp – demonstra a eficácia dos instrumentos de antitruste disponíveis no Brasil, particularmente sob a égide da Lei 12.529/2011 e a atuação proativa do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Esses casos evidenciam que a legislação e o órgão regulador estão equipados para endereçar uma variedade de problemas anticoncorrenciais, incluindo abuso algorítmico, restrições à interoperabilidade entre plataformas concorrentes, abuso no tratamento de dados pessoais, e práticas de exclusividade que levam a efeitos de alavancagem.

Especificamente, o Caso Termos de Uso do WhatsApp ilustra a capacidade de tomar medidas preventivas e a importância da colaboração entre diferentes órgãos reguladores, como o CADE, a Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON), a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), e o Ministério Público Federal (MPF). Mas também o Banco Central e outros órgãos, quando necessário, como pudemos ver no no Quadro 3 da Pergunta 1.1.

Esta colaboração interinstitucional e a aplicação de outras ferramentas legais previstas, como a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) e demais diretrizes da ANDPD, ou o Código de Defesa do Consumidor, entre outras legislações, pode garantir uma abordagem holística e eficaz na proteção dos direitos dos consumidores, a promoção da livre concorrência e a proteção de dados pessoais. A sinergia entre diferentes marcos regulatórios e órgãos de fiscalização destaca a abordagem multifacetada necessária para enfrentar os desafios únicos impostos pelos mercados digitais, enfatizando a flexibilidade e adaptabilidade das ferramentas de antitruste no Brasil.

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.

O regime de controle de concentrações do CADE é bastante flexível e permite enfrentar diferentes mercados e práticas sem a necessidade de revisão formal da atual legislação concorrencial.

O Artigo 88, parágrafo 7, da Lei nº 12.529 de 2011 outorga ao CADE a autoridade para exigir que as partes envolvidas em operações que não alcançam os limites estipulados para notificação compulsória submetam tais operações à sua análise. Essa disposição confere ao CADE a capacidade de revisar qualquer transação que julgue relevante, sem que

seja necessário que as partes cumpram os critérios de faturamento previstos.

Conclusão: Pergunta 5

O arcabouço legal já garante que as autoridades possam efetivamente identificar, prevenir e remediar concentrações de mercado que possam ser prejudiciais à concorrência e à inovação. De todo modo, caso a opção legislativa seja pela atualização, alertamos que não se deve limitar essa exigência apenas a empresas que atuem no ambiente digital.

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?

A discussão sobre a implementação de regulações específicas para lidar com plataformas digitais no Brasil traz à tona o desafio de encontrar um **equilíbrio entre a promoção da inovação e a prevenção de práticas anticompetitivas**. Neste contexto, é fundamental que qualquer nova regulação seja cuidadosamente ponderada para combater e prevenir danos claros decorrentes da falta de concorrência, sem, contudo, inibir o dinamismo inovador dos mercados digitais.

A essência de um novo marco regulatório deve se concentrar na **identificação e combate a condutas efetivamente prejudiciais, para além do que a legislação atual consegue endereçar, evitando regulamentações baseadas em suposições teóricas de dano**. Isto sublinha a importância de uma análise minuciosa sobre os custos e benefícios das intervenções estatais, afastando-se de proibições que possam reprimir indevidamente comportamentos que são fundamentais para a concorrência, inovação e eficiência. Neste sentido, antes de propor novas legislações, **é imperativo explorar o aprimoramento e a aplicação efetiva da legislação de defesa da concorrência já existente no Brasil**, dada sua flexibilidade e capacidade de adaptação às novas realidades do mercado.

Para uma aplicação adequada de qualquer nova regulação, assim como da legislação de defesa da concorrência existente, a expertise econômica e um profundo entendimento dos trade-offs envolvidos são indispensáveis. Uma **abordagem baseada em evidências de prejuízo à concorrência e aos consumidores**, aplicável de forma abrangente, é crucial para evitar distorções no mercado e garantir uma intervenção apropriada e proporcional.

A regulação concorrencial **ex-ante é inicialmente atraente** por oferecer segurança jurídica. Esta abordagem é especialmente relevante em setores com falhas de mercado evidentes (ex: setor de telefonia ou energia), atuando preventivamente contra distorções. No entanto, a segurança jurídica proporcionada por esta abordagem **traz consigo uma rigidez que pode impedir ajustes necessários à dinâmica de mercado em constante mudança, representando um risco particular em setores dinâmicos e inovadores**. As inovações disruptivas desafiam as regulações ex-ante devido à sua capacidade de transformar radicalmente os mercados, tornando a avaliação prévia dos seus impactos ainda mais crítica.

A intervenção regulatória ex-ante sem uma análise cuidadosa e criteriosa dos impactos das inovações pode ser prematura e

contraproducente.⁶ Aplicar regulações ex-ante precocemente pode, inadvertidamente, proteger os primeiros inovadores contra avanços futuros que prometem elevar o bem-estar geral, ao barrar inovadores subsequentes. Em outras palavras, se as empresas que hoje são vistas como gigantes digitais e pioneiras se firmarem definitivamente em suas posições por meio de regulações ex-ante, e com isso, novos concorrentes encontrarem barreiras maiores para entrar no mercado, essas empresas poderão também se desinteressar pela inovação e investimento contínuos. Assim, os inovadores mais ousados de hoje podem se tornar os incumbentes confortáveis de amanhã, que poderão acabar buscando ou aceitando regulações para preservar suas vantagens. **Conseqüentemente, a regulação ex-ante pode acabar reforçando a posição dos atuais líderes de mercado ao criar barreiras regulatórias para os que chegam.**

A intervenção **ex post**, por sua vez, alinhada ao marco legal de defesa da concorrência, oferece uma abordagem mais flexível, capaz de ajustar-se às mudanças tecnológicas e de mercado.

Eficiência do modelo atual

As políticas públicas de concorrência no Brasil, conforme a Constituição Federal, manifestam-se principalmente por meio de regulações legais diretas ou poder regulamentar delegado, abrangendo tanto a prevenção quanto a repressão de práticas anticompetitivas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), conforme a Lei Antitruste nº 12.529/2011. Distinções são feitas entre regulação ativa (ex-ante), que antecipa e busca prevenir danos à concorrência, e regulação passiva (ex-post), que intervém após ou durante a ocorrência de atos potencialmente danosos. Adicionalmente, a advocacia da concorrência surge como uma ferramenta preventiva subutilizada, visando influenciar a formulação de políticas públicas com perspectiva antecipatória.

6

<https://www.competitionpolicyinternational.com/wp-content/uploads/2016/03/Platform-regulation.pdf>

Uma série de casos investigados pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) ilustram como a lei de defesa da concorrência é aplicada em mercados digitais, abordando as condutas com potenciais riscos concorrenciais mencionadas. Os julgamentos do CADE comprovam que há ferramentas para a análise dos casos, embora haja sempre como aprimorar a legislação antitruste. Veja a pergunta 4 acima.

Conclusão: Pergunta 6

A formulação de uma regulação eficaz para plataformas digitais no Brasil requer uma abordagem equilibrada que preserve tanto a capacidade de prevenir práticas anticompetitivas quanto de promover a inovação e o desenvolvimento econômico. É preferível uma abordagem ex post, mas caso se opte por um modelo ex ante, deve-se adotar uma regulação baseada em princípios e evitar proibições absolutas. Assim o Brasil pode fomentar um ambiente digital que seja ao mesmo tempo dinâmico, competitivo, propício ao crescimento e à inovação.

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 combinação das técnicas regulatórias ex-ante e ex-post para regular plataformas digitais no contexto brasileiro exige uma abordagem equilibrada que se adapte às especificidades do mercado digital e suas rápidas inovações. A **regulação ex-ante**, com seu conjunto de regras claras desde o início, pode oferecer segurança jurídica e um ambiente de previsibilidade para os agentes econômicos. No entanto, **sua rigidez pode limitar a capacidade de adaptação a novos desenvolvimentos tecnológicos e modelos de negócios emergentes**. Por outro lado, a **regulação ex-post** permite uma resposta mais flexível e adaptável às mudanças no mercado, mas pode ser percebida como reativa e tardia.

Para o Brasil, a estratégia recomendável envolve a aplicação das ferramentas já disponíveis no Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e uma atuação proativa do CADE.

Além disso, a cooperação internacional e o trabalho conjunto entre autoridades de concorrência e reguladores setoriais tornam-se cruciais, dada a natureza global das plataformas digitais e a possibilidade de aprender com múltiplas jurisdições enfrentando desafios similares. Isso pode ajudar a evitar abordagens regulatórias inconsistentes e facilitar a implementação de soluções inovadoras e eficazes que respeitem as particularidades do contexto brasileiro.

Conclusão: Pergunta 6.1

Enquanto a regulação ex-ante poderia estabelecer um quadro de regras bem definidas, sua inflexibilidade pode restringir a inovação e a adaptação aos avanços tecnológicos e novos modelos de negócio. Em contraste, a regulação ex-post se destaca por sua capacidade de oferecer respostas flexíveis e ajustadas às transformações do mercado, embora possa ser vista como um mecanismo reativo, com riscos de intervenções tardias. No entanto, essa flexibilidade inerente à regulação ex-post é fundamental para lidar de forma eficaz com as nuances e a evolução rápida do setor tecnológico, e a intervenção tardia pode sempre ser mitigada com medidas cautelares, minimizando possíveis impactos negativos sobre a concorrência e os direitos dos consumidores, ao mesmo tempo em que se preserva o ambiente propício para a inovação contínua.

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?

O antitruste já é assimétrico por sua própria natureza, visto que o abuso de posição dominante só pode ser exercido por aquele que detém tal posição. Os demais, não detentores de uma posição dominante podem praticar todas as condutas potencialmente anticompetitivas, como discriminação de preços, exclusão de rivais, açambarcamento etc. justamente porque suas ações não têm o condão de afetar o bem-estar do consumidor. Por esse motivo, o antitruste restringe sua aplicação às posições dominantes exercidas de forma abusiva. Caso contrário, haveria **uma espécie de infração por perigo abstrato** e o direito da concorrência passaria a proteger o segundo melhor/maior de cada mercado, em vez de focar na coletividade, titular dos bens jurídicos tutelados pela Lei n. 12.529/2011.

A estratégia do antitruste assimétrico que se discute ao redor do mundo teria como objetivo promover a concorrência por meio da diminuição do poder de mercado do incumbente.

A ideia é que, ao impor obrigações mais severas às grandes empresas, permita-se às demais uma maior liberdade para desenvolver seus algoritmos e inovar. Contudo, a realidade é que retira-se o potencial competitivo do incumbente e a regulação promove o segundo melhor, não

porque suas soluções são as melhores ou porque os consumidores expressaram tal preferência, mas porque o Estado entendeu que é preferível ter um número maior de agentes competindo.. Portanto, é crucial avaliar se as grandes empresas estão efetivamente abusando de suas vantagens competitivas em casos concretos, aplicando a regra da razão, ao invés de considerar o poder de mercado das grandes empresas de tecnologia como um ilícito em si.

Conforme já exposto na pergunta 1, o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência reconhece a legalidade da concentração de mercado quando ela é fruto de eficiência e aquisição legítima de mercado, conforme estabelecido no artigo 36, § 1º, da Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. De acordo com essa norma, há uma distinção crucial dentro da política de concorrência no Brasil. Em particular, o artigo mencionado destaca que o domínio de mercado alcançado por um agente econômico devido à sua superioridade em eficiência frente aos concorrentes não constitui violação à ordem econômica, especialmente no que se refere à proibição de controle dominante de um mercado significativo de produtos ou serviços.

Portanto, a lei antitruste brasileira, ao não considerar a eficiência como um ilícito concorrencial, reflete uma política econômica que valoriza a inovação e a competência, beneficiando a sociedade como um todo. Desta forma, não se pode punir as empresas meramente pelo seu tamanho, caso se baseie em aquisição legítima de mercado.

Conclusão: Pergunta 7.1

A abordagem do antitruste assimétrico enfrenta críticas ao potencialmente penalizar empresas pela mera condição de grandeza, sem necessariamente considerar abusos concretos de posição dominante. A legislação antitruste brasileira, especialmente conforme articulado no artigo 36, § 1º, da Lei nº 12.529, oferece um contraponto importante, ao eximir de infração a dominação de mercado fruto de eficiência e mérito. Assim, enfatiza-se a necessidade de uma aplicação criteriosa das regras antitruste, focada não no tamanho, mas na conduta das empresas no mercado, alinhando-se com

uma política que valoriza a eficiência, a inovação e os benefícios resultantes para a coletividade.

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?

Acreditamos que uma regulação ex ante não deve prevalecer.

Conclusão: Pergunta 7.2

Acreditamos que uma regulação assimétrica não deve ser o parâmetro buscado pelo Brasil.

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?

A decisão de adotar regulamentações semelhantes ao DMA no Brasil deve ser tomada com base em uma avaliação cuidadosa das necessidades específicas do mercado brasileiro e do ambiente regulatório existente, considerando tanto os benefícios potenciais para a concorrência e os consumidores quanto os riscos de inibir a inovação e o desenvolvimento tecnológico.

Diferentemente do que ocorreu com a General Data Protection Regulation (GDPR) da União Europeia e a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Brasil, onde a não-conformidade com os padrões internacionais de

proteção de dados poderia resultar em barreiras comerciais e em penalidades significativas para as empresas brasileiras, a situação com o Digital Markets Act (DMA) é contrária. O DMA é uma legislação específica para regular mercados digitais e práticas de grandes plataformas online na União Europeia, visando promover a concorrência e a inovação.

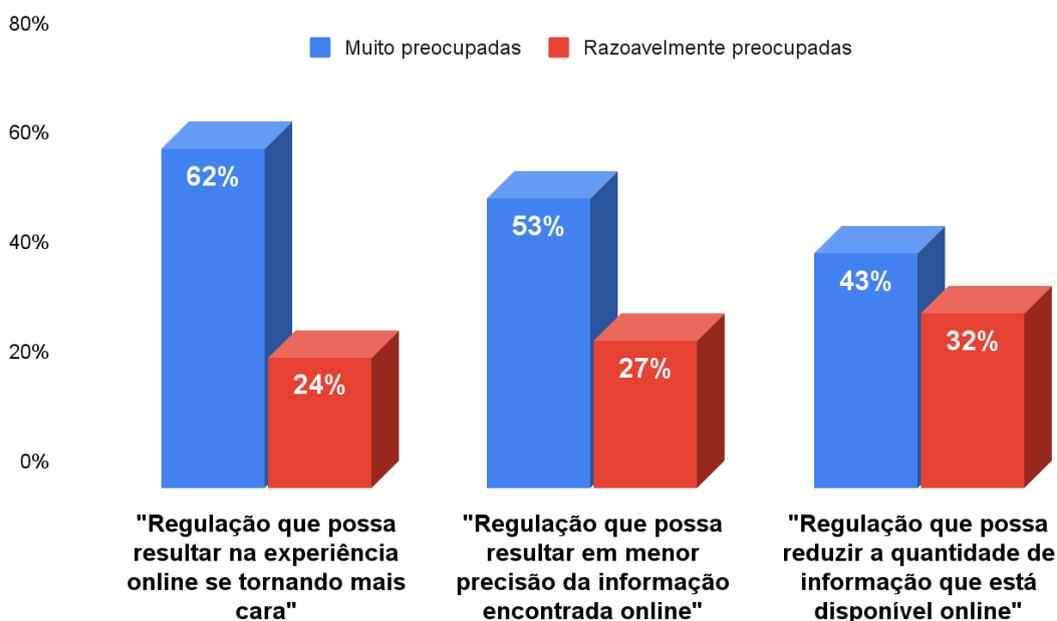
No caso do Brasil, a não adoção de um modelo regulatório semelhante ao DMA não implica automaticamente em não-conformidade com padrões internacionais, pois o DMA não tem um alcance extraterritorial tão amplo quanto a GDPR. Isso significa que enquanto a GDPR exige que qualquer país que trate dados de cidadãos da UE cumpra suas regras, o DMA regula as práticas de mercado dentro da UE e, por padrão, não impõe requisitos sobre jurisdições externas.

Importante ressaltar que o Digital Markets Act (DMA) europeu ainda aguarda avaliação de sua eficácia em campo. Paralelamente, o Digital Markets Competition and Consumers Bill (DMCC) do Reino Unido está atualmente sob revisão na Câmara dos Lordes. Observa-se que outras jurisdições encontram-se em estágios preliminares de desenvolvimento de suas respectivas legislações. Portanto, é nossa convicção que a replicação apressada de modelos regulatórios ainda não validados constitui o principal risco a ser evitado.

Ademais, não nos encontramos em uma competição regulatória, mas sim em uma busca contínua pela inovação e pelo aprimoramento do bem-estar dos consumidores. Sob essa perspectiva, a ausência de adoção de um novo marco regulatório não é percebida como um risco em si. Por outro lado, observam-se potenciais riscos à inovação e ao bem-estar dos consumidores decorrentes de uma legislação que não mantenha o devido equilíbrio.

Quanto a isto, é válido notar que no Reino Unido, pesquisa realizada pela ORB International a pedido da CCIA-UK a respeito do DMCC, revelou que o público estaria preocupado com quaisquer mudanças que possam piorar os serviços digitais que utilizam online.

Reino Unido: O público estaria preocupado com quaisquer mudanças que possam piorar a experiência



"Pesquisa comissionada pela CCIA-UK realizada pela ORB International"

Esses dados de pesquisa refletem crenças subjacentes de que o Governo deveria evitar intervenções que possam aumentar custos, qualidade ou quantidade dos serviços digitais. Assim, ainda na mesma pesquisa⁷:

- 46% concordam plenamente e 35% concordam em parte com a declaração de que o Governo do Reino Unido não deve sufocar a inovação tecnológica.
- 42% concordam plenamente e 36% concordam em parte com a declaração de que o Governo Britânico deve evitar criar obstáculos ao investimento em serviços de internet novos e melhorados.
- 32% concordam plenamente e 35% concordam em parte com a declaração de que o Reino Unido deve ter primeiro acesso a novas ou melhoradas tecnologias digitais.

7

<https://www.project-disco.org/competition/governance-for-the-digital-markets-competition-and-consumers-bill/>

Embora não tenhamos números de pesquisa no Brasil, acreditamos que o cenário seria equivalente.

Conclusão: Pergunta 8.1

Não acreditamos que o Brasil ou empresas brasileiras terão prejuízos de conformidade caso não haja a adoção de um novo modelo regulatório no modelo do DMA europeu. É importante que se diga que, diferentemente da relação GDPR-LGPD, não existem necessariamente barreiras comerciais ou penalidades significativas para empresas fora do território europeu.

Uma política pública bem-sucedida nessa área deve equilibrar cuidadosamente o incentivo à inovação e ao investimento tecnológico com a proteção dos consumidores e a promoção de uma concorrência saudável, sempre guiada por evidências e um entendimento claro dos desejos e necessidades da população.

A análise cautelosa é ainda mais crucial diante do fato de que o DMA e propostas regulatórias similares em outras jurisdições, como o Digital Markets Competition and Consumers Bill (DMCC) do Reino Unido, ainda estão sob revisão ou aguardando avaliação de sua eficácia. Isso sugere que uma adesão precipitada a modelos regulatórios que ainda não foram plenamente testados ou validados pode acarretar riscos significativos, especialmente em termos de potencial impacto na inovação e no bem-estar dos consumidores.

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

É fundamental reconhecer que as maiores e mais influentes empresas de tecnologia têm origem predominantemente na Ásia e nos Estados Unidos, regiões que podem ter abordagens regulatórias diferentes. Dessa forma, uma regulação excessivamente restritiva não é necessária para alcançar o alinhamento com os padrões internacionais e pode, inadvertidamente, gerar efeitos contraproducentes.

Uma regulamentação *ex ante* assimétrica, desenhada para regular especificamente as grandes plataformas, corre o risco de ser percebida como protecionista, o que poderia desencorajar o investimento estrangeiro. Além disso, tal abordagem poderia distorcer o mercado em favor de empresas locais, o que, embora possa parecer benéfico a curto prazo, pode limitar a competitividade e a inovação a longo prazo.

Conclusão: Pergunta 8.1

O desafio para o Brasil reside em equilibrar a promoção de uma concorrência plena e aberta com a flexibilidade necessária para se adaptar ao dinamismo do mercado. O arcabouço jurídico vigente já permite esse equilíbrio e é importante que o Brasil continue promovendo um diálogo contínuo entre reguladores, empresas e demais stakeholders, além de uma análise atenta das lições aprendidas em outras jurisdições, para criar um ambiente regulatório que suporte o crescimento sustentável do ecossistema digital no Brasil.

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

O atual modelo regulatório é suficiente para lidar com eventuais desafios dos mercados digitais e o Brasil deveria aprimorar e capacitar ainda mais as autoridades existentes que vêm desempenhando seus papéis de maneira eficiente e complementar.

Em um cenário subsidiário, no entanto, a autorregulação regulada emerge como uma solução efetiva. Esse modelo envolve a definição de princípios norteadores por um órgão supervisor, ao qual as plataformas se comprometem a aderir, estabelecendo um mecanismo que respeita as particularidades dos envolvidos e promove a continuidade da inovação. Dado o leque diversificado de modelos de negócio das plataformas, qualquer entidade supervisora designada precisa possuir competência técnica e ser funcionalmente independente.

Conclusão: Pergunta 9

Parece não ser necessário haver um regulador específico. O que parece necessário é investimentos para que o atual modelo seja mais capacitado e eficiente.

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?

O atual modelo regulatório é suficiente para lidar com eventuais desafios dos mercados digitais e o Brasil deveria aprimorar e capacitar ainda mais as autoridades existentes que vêm desempenhando seus papéis de maneira eficiente e complementar.

De toda forma, não é adequado estabelecer de maneira abstrata qual órgão governamental deveria ser encarregado da regulamentação de "plataformas digitais" sem antes identificar os desafios específicos que se pretende enfrentar com tal regulamentação. É crucial avaliar minuciosamente as implicações econômicas e competitivas dessa normativa antes de proceder com sua implementação.

Conclusão: Pergunta 9.1

Parece não ser necessário haver um regulador específico. O que parece necessário é investimentos para que o atual modelo seja mais capacitado e eficiente.